

# Základní práva očima československé meziválečné právní vědy

Michal Šejvl\*

**Abstrakt:** Článek představuje názory meziválečné československé právní vědy na právní význam katalogu základních práv. Představitele této vědy třídí do tří skupin: První skupinu autorů reprezentuje zejména František Weyr a je pro ni typická skepse k právnímu významu základních práv, v nichž spatřuje pouhé „monology zákonodárce“. Článek se snaží rekonstruovat argumentaci pro tento názor, ukázat, že taková argumentace v mnohém vychází z názorů právní vědy 19. století, a vyvrátit jednotlivé argumenty, které stojí především na podceňování jak hierarchie právních norem, tak soudního přezkumu ústavnosti. Druhá skupina autorů je nejpočetnější a tvoří proto „hlavní proud“ meziválečné právní vědy, pro který bylo typické, že (až na výjimky) nepovažuje základní práva za důležité téma, ale zároveň nepopírá právní význam základních práv (aniž by většinou vyvracela argumenty skeptiků), jež se liší podle formulace konkrétního práva v ústavě, což má vliv i pro případnou přímou aplikaci soudy, kterou „hlavní proud“ uznává. Konečně třetí skupinu názorů představuje pouze Jaroslav Krejčí, který nejenže nakonec došel k tomu, že „podstata a smysl“ základních práv jsou nezrušitelné, ale z ochrany základních práv učinil jeden z hlavních cílů ústavního soudnictví. To se pokoušel zreformovat způsobem, jež se již v mnohém blíží současnému pohledu na roli ústavního soudnictví pro ochranu základních práv, a proto považuje článek Krejčího názory za jedny z nejprogresivnějších v československé meziválečné právní vědě. Článek současně ukazuje, že mnohá základní práva byla přímo aplikována soudy a že žádný z meziválečných autorů se nehlásil k přirozenému právu.

**Klíčová slova:** základní práva, lidská práva, československá ústavní listina z roku 1920, František Vavřínek, František Weyr, Jiří Pražák, Jiří Hoetzel, Bohumil Baxa, Václav Joachim, Cyril Horáček ml., Jaromír Sedláček, Zdeněk Peška, Franz Adler, Fritz Sander, Jaroslav Krejčí, soudní přezkum ústavnosti, československý ústavní soud, československý nejvyšší správní soud, právní síla, přímá aplikace základních práv, nezrušitelnost základních práv

## Úvod

Když vznikal československý stát, prozatímní vláda složená z Masaryka, Štefánika a Beneše (maje na mysli adresáta prohlášení, jímž byla především americká veřejnost a prezident Wilson) v *Prohlášení nezávislosti československého národa* (tzv. washingtonské deklaraci<sup>1</sup>) z 18. října 1918 mj. napsala, že budoucí stát „*ve stálé snaze o pokrok zaručí úplnou svobodu svědomí, náboženství a vědy, literatury a umění, slova, tisku a práva shromažďovacího a petičního*“. Z tohoto prohlášení na první pohled plyne, že ochrana zde vyjmenovaných základních práv<sup>2</sup> bude jednou z priorit budoucí republiky. Po vzniku republiky však byla situace o poznání složitější, jak píše třeba Ferdinand Peroutka: „*Nebyly-li potom zásady washingtonské deklarace uskutečněny úplně [...], bylo to jednak následkem toho, že*

\* JUDr. Michal Šejvl, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: michal.sejvl@ilaw.cas.cz. Tento článek je jedním z výstupů grantového projektu Grantové agentury ČR *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* č. 17-08176S.

<sup>1</sup> *Declaration of Independence of the Czechoslovak Nation by Its Provisional Government*. New York: Marchbanks Press, 1918.

<sup>2</sup> V tomto článku používám termín „základní práva“ pro označení těch práv, která jsou zakotvena ústavou jakožto základním zákonem státu. Volím tento termín místo dnes obvyklejšího termínu „lidská práva“, protože byl používán v dobové literatuře a lépe vystihuje rozdíl mezi lidskými právy, která mohou mít i jiný než ústavní či obecně pozitivněprávní základ (typicky pro ty, kdo považují lidská práva za přirozená). Rovněž německá teorie hovoří o ústavně zaručených právech jako o *Grundrechte*, odkud se cca v 70. letech dostal tento termín i do francouzské teorie (*droits fondamentaux*) – viz např. FAVOREU, L. – GAIA, P. – GHE-VONTIAN, R. – MESTRE, J.-L. – PFERSMANN, O. – ROUX, A. – SCAFFONI, G. *Droit constitutionnel*. 15e édition. 2013, s. 867 an.

*poválečná doba byla chaotičtější, lidé zmatenější, nebezpečí pro demokracii větší a zneužívání svobod rozšířenější, než se čekalo, jednak toho, že československý stát nežije v sousedství Ameriky, nýbrž v Evropě“.*<sup>3</sup> Vskutku se zdá, že „středoevropská“ minulost byla pro osud základních práv v prvních letech republiky rozhodující: Pozastavení práv z katalogu základních práv z tzv. prosincové ústavy (státní základní zákon č. 142/1867 ř. z.) v důsledku výjimečného stavu vyhlášeného v souvislosti s vypuknutím války v červenci 1914 (nař. č. 158/1914 ř. z.) bylo převzato i do československého práva tzv. recepčním zákonem č. 11/1918 Sb. z. a n. a zůstalo účinné v podstatě až do konce srpna 1919,<sup>4</sup> což se samozřejmě dá v poválečné nestálosti poměrů pochopit.<sup>5</sup> Tzv. prozatímní ústava z 13. listopadu 1918 (zákon č. 37/1918 Sb. z. a n.) také neobsahovala žádný katalog základních práv,<sup>6</sup> a tak se program prozatímní vlády mohl částečně uskutečnit až vydáním ústavní listiny č. 121/1920 Sb. z. a n., účinné od 6. března 1920 (dále jen „ústavní listina“), která katalog „práv a svobod, jakož i povinností občanských“ upravovala ve své hlavě páté a hlavu šestou vyhradila pro práva národních, náboženských a rasových menšin. A právě to, jaký právní význam měl katalog z hlavy páté podle představitelů právní vědy v meziválečném Československu, je tématem tohoto článku.

Hned v úvodu je třeba říci, že na rozdíl od vzletných slov washingtonské deklarace o „stálé snaze o pokrok“ či o víře „ve svobodu – a ve svobodu vždy větší a větší“, nebyla základní práva pro meziválečnou československou právní literaturu významným tématem. Z časopisecké i knižní produkce, o níž si můžeme udělat jakýsi obrázek třeba z různých bibliografií ústavního práva,<sup>7</sup> je patrné, že největší pozornosti nauky veřejného či ústavního práva se patrně těšila z celkem pochopitelných důvodů především otázka národnostní a jazyková a dále pak otázka delegace zákonodárné moci na vládu (což souvisí mj. s prvním rozhodnutím československého ústavního soudu z listopadu roku 1922 ve věci Valticka a Vitorazska a poté s hojným tzv. zmocňovacím zákonodárstvím především po roce 1933) a konečně i otázka tzv. vázaných kandidátních listin či mandátů. Problematice základních práv byla věnována vlastně jen jediná monografie Jaroslava Krejčího, dále se jí pak zabývají práce o ústavní listině z roku 1920 přehledového či komentářového charakteru, učebnice práva ústavního či správního a samostatně ve velmi omezené míře i produkce časopisecká či příspěvky v různých sbornících.

Domnívám se, že v současnosti dominantním názorem, který o meziválečné nauce ve vztahu k základním právům máme, je ten, jenž stručně a výstižně vyjádřila v úvodu ke komentáři k současné Listině základních práv a svobod Eliška Wagnerová: „*Středoevropské ústavy z meziválečného období již sice obsahují katalogy základních práv, avšak ta nejsou*

<sup>3</sup> PEROUTKA, F. *Budování státu I–II (1918–1919)*. 4. vydání. Praha: Academia, 2003, s. 47.

<sup>4</sup> Nařízení vlády č. 296/1919 Sb. z. a n. sice zrušilo tuto suspenzi k 6. červnu 1919, ale zároveň pro Čechy, Moravu a Slezsko nadále suspendovalo velkou část práv z katalogu tzv. prosincové ústavy, a to až do vydání vládního nařízení č. 489/1919 Sb. z. a n. z 26. srpna 1919.

<sup>5</sup> Již méně pochopitelný však z dnešního pohledu může být třeba rozsudek československého Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. 580/1920 Boh. admin., který (když rozhodoval o nepovolení spolku libereckých Němců zemskou politickou správou v Praze) mj. říká: „*Není proto vyřízení žádosti za povolení k utvoření spolku podané v době suspense cit. čl. 12 zákla. zákona státního v podstatě své rozhodnutím úřadu v obvyklém slova smyslu, jež by vyžadovalo zvláštní odůvodnění, nýbrž jeví se jako projev svrchované vůle státu..., který ve své plné akční volnosti není individuálními právy ústavním zákonem zaručenými nijak omezen. Práva ta jsou na dobu suspense zbavena své účinnosti tím, že na ten čas mizí i sám zákonný zdroj jejich.*“

<sup>6</sup> Podle § 6 této ústavy mohl být takový katalog vydán kvalifikovanou většinou, což se nestalo.

<sup>7</sup> Viz např. KALOUSEK, V. *Bibliografie čl. práva ústavního. Sborník věd právních a státních*. 1931, roč. 31, s. 121 an., WEYR, F. – NEUBAUER, Z. *Ústavní listina Československé republiky. Její znění s poznámkami*. Praha – Brno: Orbis, 1931, s. 85 an., PEŠKA, Z. *Československá ústava a zákony z ní souvislé. II. díl*. Praha: Československý kompas, 1935, s. 1874 an.

ještě zdaleka závazným kritériem pro zákonodárce, a tím méně justiciabilním právem, které by vyvolávalo přímé účinky, jichž by se jednotlivci mohli dovolávat. Užívání práv bylo odkázáno na konkretizaci, provedenou zákony.<sup>8</sup> Pokusím se ukázat, že pojetí omezeného významu (či bezvýznamnosti) katalogu základních práv je typické pouze pro menší část naší meziválečné právní vědy a naopak že většinovým názorem byl ten, který základním právům přikládal právní význam i z hlediska praktického, byť o poznání menší, než katalogům základních práv přikládáme dnes. Podle mne představují výjimku z tohoto „hlavního proudu“ názory Jaroslava Krejčího, jehož bych se neostýchal označit za propagátora vysokého významu základních práv a za jistého předchůdce současného pojetí základních práv, především proto, že si velmi dobře uvědomoval úzký vztah mezi významem základních práv a ústavním soudnictvím garantujícím ochranu těchto práv. Představitelé meziválečné právní nauky podle jejich názorů na význam základních práv rozdělili do tří skupin – na ty, pro něž jsou základní práva pouhými „monology zákonodárcovými“ (abych použil známou frázi pocházející od Jiřího Pražáka a častokrát citovanou Františkem Weyrem), na autory „hlavního proudu“ a nakonec na samotného Jaroslava Krejčího.

K tomu ještě několik poznámek: Právním významem základních práv budu rozumět právní relevanci práv z katalogu, ať již v podobě přímé aplikovatelnosti pro adresáty (přímý účinek), nebo jako kritéria normotvorby pro zákonodárce. Jde tedy o relativně široké chápání právního významu, z čehož plyne, že právní bezvýznamnost základních práv znamená, že jsou relevantní pouze z jiného hlediska než právního (politického, akademického, symbolického, historického apod.) Za představitele československé právní vědy považují autory nejen české a slovenské, ale i německé, kteří působili na právnické fakultě Německé univerzity v Praze a kteří se katalogem základních práv z ústavní listiny z roku 1920 zabývali, protože i tito byli svými českými kolegy čtení, reagovalo se na ně a polemizovalo se s nimi v odborném tisku.<sup>9</sup> Z hlediska časového představím názory prezentované autory mezi léty 1920 a 1939,<sup>10</sup> byť je někdy budu zasazovat do kontextu názorů starších, především z vědy veřejného práva rakouského a německého. V následujícím textu mi půjde opravdu pouze o to, jaký právní význam přikládali právní vědci základním právům jako takovým, nikoli o to, jak hodnotili či interpretovali jednotlivá práva z katalogu ústavní listiny, protože to již je specializovaná problematika do velké míry závislá na konkretizujících zákonech, jako je typicky právo spolčovací, tiskové, církevní apod. Stranou proto

<sup>8</sup> WAGNEROVÁ, E. – ŠIMÍČEK, V. – LANGÁŠEK, T. – POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 6. Wagnerová později svůj názor na význam základních práv pro meziválečnou československou literaturu poněkud změnila, nejspíše pod vlivem Krejčího práce – viz WAGNEROVÁ, E. Základní práva. In: BOBEK, M. – MOLEK, P. – ŠIMÍČEK, V. (eds). *Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, zejména s. 332–335.

<sup>9</sup> Naopak zde nebudou prezentovány názory zahraničních autorů, kteří psali o československém ústavním právu a dotkli se i problému základních práv, jako by byl třeba Polák Maciej Starzewski, jehož práce o československé ústavě byla recenzována v odborném tisku – viz STARZEWSKI, M. *Konstytucja Republiki Czechosłowackiej*. Kraków: Krakowska Spółka Wydawnicza, 1926, zejména s. 157 an., kde se Starzewski hlásí k právní nevýznamnosti katalogu základních práv. Pro recenzi tohoto díla Cyrilem Horáčkem ml. viz *Sborník věd právních a státních*. 1927, roč. 27, s. 118 an. Na doporučení jednoho z recenzentů nebudou považovat za představitele československé právní vědy významného rakouského právníka Ludwiga Adamoviche staršího, byť působil téměř tři roky na pražské Německé univerzitě a československému státnímu právu věnoval celou učebnici, v níž krátce pojednává o právním významu základních práv v ústavní listině – viz ADAMOVICH, L. *Grundriss des tschechoslowakischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrechtes)*. Wien: Verlag der Österreich. Staatsdruckerei, 1929, s. 58.

<sup>10</sup> Možná by bylo vhodnější omezit se v článku pouze na období tzv. první republiky, protože tzv. druhá republika již představuje autoritářský stát, v němž jsou mnohá základní práva porušována (pomysleme-li třeba na zavedení cenzury, otevřený antisemitismus praktikovaný i státními orgány apod.) Protože však několik málo děl zde zmiňovaných vyšlo až v roce 1939 a z hlediska argumentačního představují kontinuitu s předchozím stavem, rozhodl jsem se období, jemuž je věnován tento článek, zakončit až rokem 1939.

zůstane i problematika práv menšinových dle šesté hlavy ústavní listiny, která by vydala na samostatnou rozsáhlou studii. Mnoho autorů této doby se věnovalo i otázce rovnosti (zakotvené zejména v § 106 a § 128 ústavní listiny) a přestože jde o problematiku velmi zajímavou, vzhledem k jejímu charakteru (rovnost je určité „metaprávo“, protože jde o rovnost v jiných právech) jde opět o otázku dosti komplikovanou, jíž se věnovat nebudu a o níž je dle mého názoru vhodné pojednat samostatně. Jakožto teoretikovi práva mi v textu půjde především o rekonstrukci teoretických argumentů pro význam, či naopak nevýznamnost základních práv – nepůjde tedy o dějiny osudů lidí nebo právních úprav, ale o dějiny idejí, tedy tvrzení a argumentů na jejich podporu. Konečně je vhodné zmínit i ty, kteří se problematice základních práv dle ústavní listiny věnovali přede mnou, byť třeba z poněkud jiného úhlu pohledu. Proto bych rád poukázal na již výše citované práce Elišky Wagneřové a jednu studii Ondřeje Horáka,<sup>11</sup> které pro mne byly důležité a v mnohém přínosné.

## 1. Katalog základních práv jako „monology zákonodárcovy“

Názory Františka Vavříčka zde budou představeny jako první, protože jsou dobrým příkladem přetrvávání staršího názoru o tom, že základní práva nemají právní význam – v tomto smyslu jsou Vavříčkovy názory jistým „mostem“ mezi dřívější „rakouskou“ naukou veřejného práva a naukou československou. Tento konstitucionalista byl jedním z prvních, kdo napsal učebnici československého ústavního práva, a to ve dvou dílech, které vyšly v letech 1920 a 1921. Na konci prvního dílu poukazuje Vavříček na zbytečnost katalogu práv – tato „zaručování rozumí se sama sebou“, protože se práva zaručují jen v mezích zákonů, a proto „nemuselo tudíž ani toto všeobecné zaručování v ústavě být, když o tom rozhodují jiné zákony“. Katalog práv je proto pouze „poukaz a direktiva“ pro budoucí zákonodárství, jde o „hesla“, která nejsou nijak nová a „nedosahují ani kroměřížského návrhu z r. 1848. Zůstala většinou táž jako předtím.“<sup>12</sup> Podrobněji se Vavříček věnuje základním práům na počátku druhého dílu, kde rozvíjí výše představené argumenty – katalog má význam pouze negativní, protože jde pouze o „negaci předchozího stavu právního“ a nemá vlastně žádné „soustavné uspořádání“, tedy systematiku.<sup>13</sup> Zakotvení práv v ústavě má charakter „osvědčování přirozené volnosti a schopnosti jednat“, která byla dříve omezena – pro budoucnost se však tato omezení vylučují (samozřejmě s výjimkou těch na základě zákona). „Naproti tomu je ovšem celá řada jednání, plynoucích taktéz z přirozené volnosti, ale ježto při nich nikdy nedocházelo k omezením se strany státní moci, nebylo také potřeba ohledně těchto jednání zvláště zaručovati jednotlivcům svobodu od zasahování státní moci.“<sup>14</sup> V kontextu svobody projevu (§ 117 ústavní listiny) se Vavříček vyjadřuje ještě jasněji o zbytečnosti jejího zakotvení v ústavě: „Je vůbec otázka, jakou cenu má všeobecné zaručení volného projevu mínění, když speciální předpisy administrativní mohou každý volný projev důkladně omeziti a potlačiti? [...] Když všeobecně stanoví se, že nikdo nemůže být v projevu svého přesvědčení omezován nad míru obecnými zákonnými předpisy stanovenou, vyslovuje se tím jen to, co se rozumí samo sebou, i nemá takové zaručování žádného

<sup>11</sup> HORÁK, O. Katalog základních práv a svobod v tzv. prosincové ústavě z roku 1867 a v československé ústavní listině z roku 1920 se zvláštním zohledněním majetkového práva (Teoretické aspekty, právní úpravy, aplikační praxe). In: *Rakousko-uherské vyrovnání 1867 a jeho státoprávní důsledky v českých zemích a na Slovensku. Sborník příspěvků ke 140. výročí rakousko-uherského vyrovnání*. Ostrava: KEY Publishing, 2007, s. 82–99.

<sup>12</sup> VAVŘÍNEK, F. *Základy práva ústavního. Díl I.* Praha: Všeherd, 1920, s. 198.

<sup>13</sup> VAVŘÍNEK, F. *Základy práva ústavního. Díl II.* Praha: Všeherd, 1921, s. 5.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 6.

praktického významu. V mezích zákona stejně každý může dělat, co mu libo; jen když zákon neporušuje.<sup>15</sup> A v kontextu svobody vědeckého bádání (§ 118 ústavní listiny) Vavřínek píše, že toto „všeobecné prohlášení ideálního hesla zůstává však formulí bez konkrétního obsahu a náleží spíše mezi rozumující monology zákonodárcovy. Je těžko odvoditi z takového monologu v daném případě konkrétní právo občanské: nikomu nezaručují se tu určitě nějaká práva. Monology takové patří také mezi ukázky nezávazného obsahu zákonného.“<sup>16</sup>

Tyto Vavřínkovy názory nebo postřehy nejsou nové, a to ani v kontextu jeho vlastního díla, protože se v mnohém téměř slovo od slova shodují s tím, co napsal do přehledové Tobolkovy práce v roce 1907 o významu katalogu základních práv z tzv. prosincové ústavy<sup>17</sup> – pro Vavřína nebyl vlastně žádný rozdíl mezi právy garantovanými bývalým mocnářstvím a současnou republikou. Všechny tyto argumenty je také možné „vystopovat“ až k první (a výtečné) české práci o rakouském ústavním právu Jiřího Pražáka. I on poukazuje na to, že v případě katalogu práv jde o „vytčení mezi státní moci oproti vlastní sféře jednotlivého individua“,<sup>18</sup> k čemuž však dodává, že taková omezení jsou neslučitelná se státní suverenitou, ledaže by šlo o práva přirozená, což však Pražák odmítá<sup>19</sup> – základní práva mají pozitivněprávní základ a pouze se jeví jako subjektivní práva.<sup>20</sup> I Pražák tvrdí, že není důvodu zaručovat pouze tato práva v katalogu, když do „vlastní sféry individua“ může patřit i mnoho jiných jednání, která výslovně zaručena nejsou, takže takový seznam by se dal prodlužovat do nekonečna.<sup>21</sup> Konečně i Pražák se domnívá, že lze-li základní práva omezit zákonem, „není pomoci proti křivdám spáchaným zákonodárstvím státním“.<sup>22</sup> Katalog práv nemá význam, protože to, že naše osobní svoboda je omezená zákony státu, se rozumí samo sebou.<sup>23</sup> Zkrátka, v případě katalogu práv jde pouze o „monology zákonodárcovy“<sup>24</sup> (jak zní často citovaný Pražákův obrat), jež nemají v praxi význam závazných norem.

Vavřínek se však přeci jen od Pražáka v něčem liší, ačkoli jde spíše o náznak. Uvědomuje si totiž, že v Československu existuje ústavní soud, který by právě mohl přinést onu „pomoc proti křivdám spáchaným zákonodárstvím státním“, jež by snad mohly spočívat i v porušování základních práv. Nejspíše však kvůli tomu, že šlo o instituci nově ustavenou, o níž ještě nevěděl, jak bude v praxi fungovat, hovořil o potenciální ochraně práv

<sup>15</sup> Ibidem, s. 8.

<sup>16</sup> Ibidem, s. 11.

<sup>17</sup> VAVŘÍNEK, F. Výklad dnešního státního zřízení království a zemí na říšské radě zastoupených. In: TOBOLKA, Z. V. Česká politika. Díl druhý, část první. Ústava mocnářství rakousko-uherského. Praha: Jan Leichter, 1907, s. 505 an.

<sup>18</sup> PRAŽÁK, J. Rakouské právo veřejné. Díl první, Právo ústavní. Část první, Ústava obecní. Praha: Jednota právnická v Praze, 1895, § 2, s. 10.

<sup>19</sup> PRAŽÁK, J. Rakouské právo veřejné. Díl první, Právo ústavní. Část třetí, Ústava říšská. Praha: Jednota právnická v Praze, 1898, § 178, s. 47.

<sup>20</sup> „...J souce toliko formou, ve které se jeví určité omezení státem sobě samému uložené.“ Ibidem, pozn. na s. 47.

<sup>21</sup> „Vždyť zajisté tímž právem, jakým se mluví o volnosti tiskové, spolčovací atd. mohlo by se mluvit o právu choditi na procházku, jiti, píti atd., tak že by řada těchto „práv“ do nekonečna mohla býti prodloužena.“ Ibidem, pozn. na s. 48. Tento argument používá i známý německý právník Paul Laband, když se ptá, proč jsou v katalogu zaručena pouze některá práva a ne třeba celý obsah obchodního zákoníku. Viz LABAND, P. Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Dritte Aufgabe. Freiburg: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1895, § 16, pozn. na s. 134.

<sup>22</sup> PRAŽÁK, J. Rakouské právo veřejné. Díl první: Právo ústavní. Část první: Ústava obecní, § 2, s. 9.

<sup>23</sup> „Pokud se v zákonech dotčených jen vyslovuje zásada, že jednotlivec nemůže býti omezován ve své svobodě individuální nad míru zákonem stanovenou, nemá vytčení to – pokud při něm máme na zřeteli netoliko předpisy dosud vydané, nýbrž i předpisy budoucí – pražádného praktického významu, poněvadž se tím vyslovuje něco, co se rozumí samo sebou a poněvadž dosah svobody tuto prý zaručené vždy závislým jest na obsahu speciálních zákonů, jimiž předmět ten jest upraven.“ PRAŽÁK, J. Rakouské právo veřejné. Díl první: Právo ústavní. Část třetí: Ústava říšská, § 178, s. 49.

<sup>24</sup> Ibidem, s. 49.

ústavním soudem velmi všeobecně: „Ústava tak dává závazný program příštímu zákonodárství. U nás pak v ústavním soudě dána jest garancie, že principy ústavy budou i v příštím zákonodárství skutečně zachovány. Zákony, odporující zásadám ústavy, budou podrobeny zkoumání orgánu, jenž by neplatnost jejich autoritativně prohlásil.“<sup>25</sup>

Druhým autorem, který připravil již v roce 1921 učebnici československého ústavního práva<sup>26</sup> a byl zároveň skeptický k právnímu významu základních práv, byl František Weyr<sup>27</sup> a i jeho argumenty proti významu katalogu základních práv mají své starší kořeny u Jiřího Pražáka a vědy veřejného práva v 19. století. Weyr si Pražáka velice vážil,<sup>28</sup> a proto se u něj objevuje nejen obrat „monology zákonodárcovy“, ale i tvrzení, že výčet základních práv „dal by se snadno rozšířit do nekonečna“,<sup>29</sup> že základní práva mají svůj základ v pozitivním právu, takže by je zákonodárce mohl kdykoli úplně zrušit (pokud by dodržel předepsanou formu ústavního zákona),<sup>30</sup> že základní práva představují spíše „akademické výzvy adresované ústavou zákonodárci a ostatním orgánům státu, aby zachovávali určité politické ideje vtělené právně do katalogu občanských práv a svobod, avšak vyslovené pojmy tak obecnými, že jejich pojmová aplikace v juristickém smyslu není možná“,<sup>31</sup> čímž se skepticky vyjadřuje k jejich přímé aplikovatelnosti a opět opakuje to, co před ním psal již Pražák.<sup>32</sup>

Weyr však některé argumenty předchozích autorů tvořivě rozvinul. Hned jeho první argument pro nevýznamnost základních práv v *Soustavě* je následující: Katalogy základních práv vycházejí podle něj z premisy, že státní moc je dovoleno vše, co jí není výslovně zakázáno (protože jinak by podle něj nedávalo smysl stavět bariéry státní moci v tom jednání, které by stejně nemohla učinit, když by je neměla výslovně dovoleno<sup>33</sup>), „kdežto správným jest, že je jí všechno zakázáno, co jí není zákonem výslovně dovoleno (a tím arcíť zároveň jako povinnost uloženo), čímž odpadá nutnost zvláštních bariér, jichž stanovení

<sup>25</sup> VAVŘÍNEK, F. *Základy práva ústavního*, Díl II., s. 12.

<sup>26</sup> WEYR, F. *Soustava československého práva státního*. Brno: Barvič a Novotný, 1921.

<sup>27</sup> Weyr se sám podílel na vzniku československé ústavní listiny jako poslanec Národního shromáždění, kde plnil funkci druhého místopředsedy ústavního výboru. Některé své vzpomínky ze své práce v Národním shromáždění (nikoli však na přípravu katalogu základních práv, protože text ústavní listiny byl vypracováván především vládou a jejími právníky) publikoval ve WEYR, F. *Vzpomínky na ústavní výbor revolučního Národního shromáždění*. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1921, roč. 4, s. 50 an. a s. 196 an. Možná je zajímavé, že Weyrovy vzpomínky jsou spíše souborem jeho úvah o praktické politice a o chování politiků v Národním shromáždění než textem, který by nám pomohl osvětlit obsah ústavní listiny.

<sup>28</sup> Je vysoce pravděpodobné, že Weyr považoval Pražáka za nejvýznamnějšího českého právního vědce vůbec. O tom svědčí některé jeho poznámky – např. v *Základech filosofie právní* píše, že považuje Pražákovu *Rakouské právo ústavní*, „za dílo jedinečné a tou měrou vynikající, že v oboru ústavního práva rakouského ani v české ani v celé německo-rakouské literatuře nic jen poněkud rovnocenného po bok stavěti se mu nemůže“. – viz WEYR, F. *Základy filosofie právní (Nauka o poznávání právníckém)*. Brno: A. Piša, 1920, s. 177. Podobně pak ve své recenzi na Herrnittovy *Grundlehren des Verwaltungsrechts* v roce 1921 píše, že Pražákovu dílo „jest nejznamenitějším výplodem české literatury právnícké, ani Randovy práce nevyjímajíc“. Viz *Časopis pro právní a státní vědu*. 1921, roč. 4, s. 72.

<sup>29</sup> WEYR, F. *Soustava československého práva státního*, s. 278.

<sup>30</sup> „Co se týče pak moci zákonodárné, jest zřejmé, že dotčené ‚meze‘ nejsou nepřekročitelné. Aniž by se totiž dotkla ústavně zaručených svobod občanských, může je překročiti (t. j. po případě ony svobody omeziti nebo snad vůbec zrušiti), zachová-li jen při tom postup ústavní listinou předepsaný (2. odst., 1. článku uvoz. zákona).“ *Ibidem*, s. 67.

<sup>31</sup> WEYR, F. – NEUBAUER, Z. *Ústavní listina Československé republiky. Její znění s poznámkami*, s. 66.

<sup>32</sup> „[...] jinak však zůstává vždy pochybné, jak dalece hodí se jednotlivé předpisy zákl. zákonů státních k tomu, by přímo jich bylo užíváno, neb třeba-li k tomu konci ještě zvláštního zákona prováděcího.“ Viz PRAŽÁK, J. *Rakouské právo veřejné. Díl první, Právo ústavní. Část třetí, Ústava říšská*, s. 51.

<sup>33</sup> Zde se Weyrova argumentace blíží argumentaci federalisty Alexandra Hamiltona z *Federalisty* č. 84, který byl přesvědčen o tom, že katalog práv ve federální ústavě tak, jak ho požadovali ve své době antifederalisté, je zbytečný: „Půjdu ještě dále a budu tvrdit, že listina práv v tom smyslu a rozsahu, v jakém je vymáhána, by v navržené ústavě byla nejen zbytečná, ale dokonce nebezpečná. Obsahovala by různé výjimky z pravomocí, které nebyly uděleny, a právě tím by poskytla věrohodnou záminku požadovat více, než bylo uděleno. Proč prohlašovat, že věci nesmějí být učiněny, neexistuje-li žádná moc, která by je učinila? Proč by například mělo být řečeno, že svoboda tisku nesmí být omezována, když neexistuje žádná moc, která by mohla omezení uložit?“ Viz HAMILTON, A. – MADISON, J. – JAY, J. *Listy federalistů*. Olomouc: Univerzita Palackého, 1994, s. 455 an.

se pak ani de lege ferenda nedoporučuje, poněvadž vyvolává pak mylný dojem, že ve všech směrech, jichž zmíněný ‚katalog‘ se nedotýká, jsou libovolné zásahy státní moci do sféry jednotlivcovy dovoleny.“<sup>34</sup> Weyr zde jistě naráží na starší názory, že státní moc má jakési vlastní „přirozené“ právo vládnout i bez zákonné opory, které se objevovaly v dobách absolutistických států, ale v pozměněné formě přetrvávaly i do moderní doby. Konkrétně má Weyr pravděpodobně na mysli Pražákův názor o „produktivní stránce“ moci výkonné<sup>35</sup> či tezi německého právníka Otto Mayera, který tvrdil, že výkonná moc často jedná „ze své vlastní moci“, pokud není výslovně řečeno, že platí tzv. výhrada zákona (*Vorbehalt des Gesetzes*), což se podle něj slučovalo s koncepcí *Rechtsstaatu*.<sup>36</sup>

Proč by však mělo být jedině správným názorem, že státní moc může jednat jedině tehdy, kdy jí to zákon výslovně dovoluje či příkazuje? Na to Weyr odpovídá, když se v *Teorii práva* zabývá organizací správy: Kdyby orgány státu mohly jednat i tam, kde právní řád mlčí (*praeter legem*), pak by podle Weyra jednaly v oblasti, kde panuje „nedostatek jakékoli vázanosti, tedy také normy (povinnosti)“. Pak by se ale taková činnost neděla v souladu s právem a nebyla by ani přístupna normativnímu poznávání: „Právní vědě, která se domnívá, že vlastním a původním předmětem jejího poznávání jsou tato domnělá ‚práva‘ (oprávnění), přestává býti – [...] – právní řád, pokud se týče jeho obsahu, vlastním předmětem poznání, nýbrž stává se jím to, co tento právní řád neobsahuje.“<sup>37</sup> Právě proto z důvodů normativního poznávání (a nikoli z důvodů jiných jako by byla třeba právní jistota jednotlivců) musí platit opak, tedy že státní moc může jednat jedině tehdy, pokud jí jí to výslovně dovoleno.

Tento názor však vede ihned k dalšímu argumentu, který je také kritický k právnímu významu základních práv: Pro jednotlivce totiž také platí, že „oblast jeho svobody“ je „oblastí, které se nedotýká obsah normového souboru, jemuž je soukromník jinak podroben jako povinnostní subjekt“.<sup>38</sup> Jenže pak takovou „oblast svobody“ nemůžeme dle Weyra označovat za subjektivní práva: „Všecko, co někdo smí a může, t. j. co mu není právním řádem zakázáno, jest podle této konstrukce (konstrukce oblasti svobody jednotlivce – pozn. autora článku) jeho subjektivním právem. [...] Ve skutečnosti jde zde však o nepřijatelnou a omylnou konstrukci subjektivního práva, kterou se něco svou podstatou

<sup>34</sup> WEYR, F. *Soustava československého práva státního*, s. 67.

<sup>35</sup> PRAŽÁK, J. *Rakouské právo veřejné. Díl první, Právo ústavní. Část třetí, Ústava říšská*, § 228, s. 260: „[...] nelze však tvrditi, že by orgánové výkonné moci byli vůbec omezeni na pouhé provádění zákonů v případech konkrétních. Mát výkonná moc zajistě i stránku produktivní; ona není pouhým vykonavatelem příkazů zákonodárnou mocí daných, nýbrž postupuje samostatně, pokud jen postup takový lze srovnati se zákonem.“

<sup>36</sup> Mayer nejdříve zdůrazní, že justice je vázána zákonem úplně, ale u správy takové úplné podřízení zákonu není možné, protože mnohotvárnost spravovaných poměrů je tak veliká, že je nutné zachovat vysokou míru volného uvážení – tam, kde to však možné je, je třeba správu zákony omezit, jak velí princip *Rechtsstaatu*. „V souladu s ústavou vytvořený zákon je nezbytnou podmínkou státní činnosti jen pro záležitosti zvláště významné. Ve všech ostatních případech zůstává výkonná moc volná; jedná ze své vlastní moci a nikoli na základě zákona. Tuto výluku samostatného správního postupu, která je zde pro ony zvláště významné záležitosti, nazýváme výhradou zákona.“ Viz MAYER, O. *Deutsches Verwaltungsrecht. Erster Band*. Leipzig: Duncker und Humboldt, 1895, s. 74. Mezi ony zvláště významné záležitosti Mayer počítá i základní práva – ibidem, s. 75 an. Weyr s Mayerovou tezí jinde výslovně polemizoval, když kritizoval tzv. výpraskový patent užívaný ještě v československém právu – viz WEYR, F. *Kritika císař. nařízení z 20. dubna 1854 č. 96 ř. z.* In: *Publikace druhého sjezdu právníků československých konaného v Brně*. Brno, 1925, s. 33 an.

<sup>37</sup> WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 307.

<sup>38</sup> Ibídem. Zde Weyr jistě navazuje na následující Kelsenova slova: „Z dosavadních vývodů plyne, že zde žádným způsobem nemůže jíti o práva, poněvadž sféru, do které nezasahuje právo, nelze kvalifikovati jakožto právo, jelikož ‚svoboda‘ znamená tolik jako: ‚nebýti dotčen právním řádem,‘ a může tudíž s hlediska právního toliko negativně býti pojmově vymezena.“ Viz KELSEN, H. *Základy obecné teorie státní*. Brno: Barvič a Novotný, 1926, § 37, s. 47. (Tato Kelsenova práce je překladem německého výtahu z jeho obsáhlé *Allgemeine Staatslehre* z roku 1925, který však německy samostatně nikdy nevyšel, takže „český překlad [...] je vlastně originálem“, jak píše František Weyr v předmluvě k tomuto dílu – ibídem, s. 1.)

*negativního – t. j. nedostatek povinnosti, zákazu nebo příkazu, tedy oblast svobody a volnosti individua, jinak právnímu řádu podrobeného – konstruuje pozitivně jako oprávnění. Tyto pozitivně jako subjektivní oprávnění chápané svobody jednotlivcovy bývají též východiskem pro konstrukci t. zv. základních (nezadatelných atd.) práv v ústavních listinách.*<sup>39</sup> Jestliže tedy základní práva ohraničují „oblast svobody“ jednotlivce, pak nemůže jít o subjektivní práva, ale pouze o nějaká „práva domnělá“, což je opět formulace, s níž se můžeme setkat u Pražáka, když poukazyval na to, že sebeomezení státní moci (kterými podle něj jsou základní práva) se pouze jeví jako subjektivní práva.<sup>40</sup>

Konečně je zde poslední Weyrův argument proti významnosti katalogu základních práv, konkrétně jeho skeptický postoj k tomu, že takový katalog práv z toho důvodu, že je obsažen v ústavní listině, může být jistou mezí i pro „obyčejného“ zákonodárce: „*Právě s praktického hlediska je těžko rozeznávat ‚obyčejného‘ zákonodárce – [...] – a ústavního, když ve skutečnosti jsou to titíž lidé, kteří rozhodují o obyčejných a ústavních zákonech, a celý rozdíl prakticky se scvrká na určitou kvalifikovanou většinu a quorum. Nelze proto mít za pravděpodobné, že by obyčejný zákonodárce byl náchylným rušit občanské svobody a práva, kdežto ústavní zákonodárce by byl jejich ochráncem.*“<sup>41</sup> To, čemu bychom dnes říkali vyšší právní síla ústavního zákona oproti zákonu „obyčejnému“, je tak pro Weyra redukována na rozdíl mezi kvory uvnitř stejné instituce. O roli ústavního soudu jakožto případného ochránce základních práv nenalezneme u Weyra nic.<sup>42</sup>

Podobné názory jako Weyr měli i někteří jeho žáci hlásící se k normativismu,<sup>43</sup> ale třeba i ti, kteří se (podle Weyrových slov) od normativní teorie později distancovali,<sup>44</sup> nebo

<sup>39</sup> WEYR, F. *Teorie práva*, s. 193. Toto pak opakuje i dále, když považuje za „nomopojetický poklesek“ „každý pokus konstruovat to, co jest svou (roz. normativní) podstatou pouhou negací, pozitivně, tedy sféru svobody, t. j. nedostatku normativní vázanosti, pozitivně jako subjektivní právo (oprávnění) toho, kdo jest svoboden, t. j. nemá závazků (povinností).“ – Viz ibidem, s. 309.

<sup>40</sup> „Vždyt práva, o která jde, postrádají obsahu pozitivního, jsouce toliko formou, ve které se jeví určité omezení státem sobě samému uložené. Tím také se vysvětluje nedostatek náležité subjektivně individualisace těchto domnělých oprávnění, kteráž přý náležejí všem občanům na základě přirozených jejich poměrů, nehledic k jistým skutečnostem, jimiž by založen byl vznik jejich vzhledem k určité osobě.“ Viz PRAŽÁK, J. *Rakouské právo veřejné. Díl první, Právo ústavní. Část třetí, Ústava říšská*, pozn. na s. 47.

<sup>41</sup> WEYR, F. *Soustava československého práva státního*, pozn. na s. 276 an.

<sup>42</sup> Pro úplnost je třeba dodat, že Weyrovy názory na právní nevýznamnost základních práv z dvacátých a poloviny třicátých let zůstaly stejné i později – viz WEYR, F. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich 1937, zejména s. 66 an. a s. 248 an. Ve své jinak pochvalné recenzi na tuto knihu to celkem trefně vyjádřil Jaroslav Krejčí: „Weyrovu právníckému myšlení také zvláště nehoví, aby v pozitivní ústavě hledal imanentně obsažená omezení nejvyšších státních orgánů, jestliže taková omezení nelynou z výslovného nebo alespoň jasného ustanovení. Svědčí o tom zejména jeho postoj k právnímu významu základních práv (svobod občanských), která ústava zaručuje. Weyr nevidí v těchto zárukách nic zvlášť cenného pro ochranu jednotlivce [...]. Ani u nás není autora, který by pohlízel na ústavně zaručené svobody tak skepticky jako Weyr. Od tohoto stanoviska neupouští Weyr v celku ani ve svém novém díle, třebaže od jeho druhého vydání *Soustavy* bylo o věci i u nás dosti napsáno v opačném smyslu.“ Viz KREJČÍ, J. *Moderní stát*. 1938, roč. 11, s. 17.

<sup>43</sup> Příkladem by mohl být právník a pozdější národohospodář Kazimír Čakrt, který píše takto stručně a výstižně o základních právech v ČAKRT, K. *Základní práva*. In: CHALUPNÝ, E. (ved. red.). *Slovník národohospodářský, sociální a politický*. III. díl. Praha: Janáček, 1933, s. 671: „Označují se jako ‚monology zákonodárce‘, t. j. právně nezávazný slib, že v zákonodárství i ve správě budou zásady základních práv uskutečněny. Také jejich výčet jest právně bez praktického významu. Je např. právnícky samozřejmé, že občan může svobodně jednati, pokud právní normou v tom není omezen; právně lze stanoviti jen toto omezení, nikoliv volnost jednání. Výčet základních práv (právních bariér) je nahodilý, odůvodněný jen historicky a empiricky, t. j. mluví se jen o takových politických svobodách, které nejčastěji byly porušovány. Bylo by také technicky nemožné, vypočítavati všechno, co je právně občanu dovoleno. [...] Jinak existence a platnost těchto práv je ovšem předpoklad, který nelze dokázat; jsou požadavkem politickým a morálním.“

<sup>44</sup> Za příklad by mohl sloužit pozdější profesor církevního práva Rudolf Wierer, který pronesl při jedné příležitosti několik slov o významu základních práv: „Ryze právnícké hledisko nemůže spatřovati v katalogu základních práv nic jiného nežli politický program pro budoucí zákonodárství. Takový arci program do budoucna je i z politického hlediska ceny velmi problematické, jelikož právě abstraktní zásada základního práva na př. náboženské svobody, může býti způsobem formálně juristicky bezvadným ‚provedena‘ zákonodárce ve smyslu protichůdném neobmezené náboženské svobodě. Právní význam má takový katalog jen tenkrát, stanoví-li ústava, že určité ‚základní právo‘ může býti prolomeno resp. modifikováno jen normou určité kvality



ti, kteří normativisty nikdy nebyli.<sup>45</sup> Protože jsem se však výše pokusil ukázat, že mnoho Weyrových argumentů je vlastně jen rozvinutím starších tezí, konkrétně často od Jiřího Pražáka, a že v mnohém podobné názory měl i František Vavřínek, nespojuji fakt, že někdo byl normativista, s tím, že by nutně musel kritizovat právní význam základních práv – ostatně (jak ukážu níže) Jaroslav Krejčí se během svého života nejspíše také stal normativistou a tuto skepsi k základním právům s Weyrem a jinými rozhodně nesdílel.

Aby však tento text nebyl pouze „zmapováním“ názorů jiných, je podle mého vhodné podrobit tyto skeptické postoje k základním právům kritice, nebo naopak ukázat, v čem lze dát těmto názorům za pravdu. Nejde mi přitom o kritiku, která by poukázala třeba na to, že dnes již máme jinou ústavní úpravu katalogu základních práv, jiné pravomoci ústavního soudu apod., tedy o kritiku poukazující na to, že tyto problémy již za nás „vyřešily dějiny“. Vezmu proto tyto teoretické názory vážně a pokusím se s nimi vyrovnat v teoretické rovině.

Začnu argumentem o negativním charakteru základních práv. Podle něj jde základním právům o ohraničení „oblasti svobody“ jednotlivce, která právě proto, že je „nedotčena“ právním řádem (a je tedy oblastí absence povinností), nemůže být chápána jako oblast, v níž jednatel má subjektivní práva právě proto, že subjektivní práva jsou definovatelná až skrze povinnosti. S tím by se dalo souhlasit v tom, že absence povinnosti *sama o sobě* nemůže být subjektivním právem.<sup>46</sup> Pochybné by však již mohlo být, zda opravdu v případě této „oblasti svobody“ dochází pouze k tomu, že nemáme povinnosti, anebo zda dochází i k tomu, že povinnosti má někdo jiný, typicky povinnosti k tomu nerušit naši „oblast svobody“<sup>47</sup> – jestliže mám např. volnost jít na procházku v tom smyslu, že nemám povinnost na ni nejít, nemá někdo jiný *nutně* plynoucí povinnost nebránit mi v uskutečnění procházky? Pokud na tuto otázku odpovíme kladně,<sup>48</sup> pak se celý Weyrův (i Kelsenův) argument hroutí, protože „oblast svobody“ není oblastí, která není „dotčena“ právním řádem, ale naopak oblastí, v níž jsou právním řádem stanoveny povinnosti jiným subjektům než těm, o jejichž „oblast svobody“ se jedná. Potom však ani zásada, podle níž státní

---

(tedy na př. zákonem a nikoli nařízeními apod.). Jen tato negativní hranice proti druhotným orgánům normotvorným je pro kritické nazírání juristické právně významná; je to historicky pozorováno zbytek velmi chudý proti přehnanému významu, který přisuzovala škola práva přirozeného těmto seznamům jako základním existenci moderního státu.“ – viz WIERER, R. Problém důsledků principu náboženské svobody. *Sborník prací k počtě šedesátých narozenin Františka Weyra 25. IV. 1939*. Praha: Orbis, 1939, s. 278 an. Pro to, že se Wierer od brněnské školy a normativní teorie „do jisté míry distancoval“, viz WEYR, F. *Paměti 2 – Za republiky (1918–1938)*. Brno: Atlantis, 2001, s. 79 an.

<sup>45</sup> Dobrým příkladem by mohl být Jan Říha, úředník na ministerstvu železnic (v roce 1926 ministr železnic v Černého druhé úřednické vládě), který s odkazem na Weyra takto psal o významu katalogu základních práv v přehledové práci o československém ústavním systému v Tobolkově *Politice*: „V podstatě tento katalog ústavních svobod znamená sotva více nežli program zákonodárcův neukládati občanstvu omezení více, nežli jest naprosto nutno, tedy liberální směr v ústavě a správě státní a jest přičísti na účet zmíněné nepřesnosti dikce, prohlašuje-li ústava jedním dechem řadu svobod a zároveň stanoví nebo ohlašuje možnost jich obmezení.“ Viz ŘÍHA, J. *Organisace státu a státní moci v republice Československé*. In: TOBOLKA, Z. (red.). *Politika. Co má věděti o Československé republice každý občan. Díl II a III*. Praha: Československý kompas, 1925, s. 276.

<sup>46</sup> Pro ty, kteří znají hohfeldovské právní pozice, jde o triviální poznatek – volnost (*liberty, privilege*) k jednání A (která je definována jako neexistence povinnosti ke zdržení se A) samotná není subjektivním právem.

<sup>47</sup> Řečeno za pomoci hohfeldovských kategorií – otázka zní, zda naše „oblast svobody“ není definovaná komplexy právních pozic, jejichž složkami nejsou i nároky (*claims*) vůči jiným, aby naše volnosti minimálně nerušili.

<sup>48</sup> Uznávám, že s kladnou odpovědí může být problém – např. z toho, že mi právní řád nezakazuje užívat drogy nebo hrát hazardní hry, ještě pro mnohé nutně nebude plynout, že mám subjektivní práva na užívání drog nebo na hraní hazardních her, s nimiž jsou spojeny povinnosti ostatních nerušit mne v těchto škodlivých aktivitách. K tomuto řešení však tenduji ti, kteří uznávají charakter lidských práv jakožto práv přirozených či morálních (*moral rights*). Pokud se však omezíme na oblast základních práv, která jsou z definice (viz výše) zaručena pozitivním právem (*legal rights*) a uvědomíme-li si, že je ústavně zaručena obecně osobní svoboda (viz např. § 107 odst. 1 ústavní listiny nebo čl. 8 Listiny základních práv a svobod), pak na tyto činnosti mám subjektivní právo.

moc má jednat jedině tehdy, když to má právem výslovně dovoleno, nemůže být považována za nutnou pro normativní poznávání, ale stává se vlastně výsledkem politického rozhodnutí – jestliže chceme mít liberální stát, pak musíme přijmout do našeho právního řádu tuto zásadu.

S tímto argumentem souvisí otázka, zda jsou základní práva dostatečně určitá či individualizovaná v tom smyslu, že jsme schopni vždy říci, která porušení objektivního práva jsou zároveň i porušení práv základních. Tento problém, který také můžeme nalézt nejen u Pražáka<sup>49</sup> či Weyra,<sup>50</sup> ale třeba i u Hoetzela,<sup>51</sup> není dle mého názoru vyřešen ani dnes, přestože je klíčový pro stanovení aktivní legitimize před správními či ústavními soudy<sup>52</sup> – pokud totiž za subjektivní právo budeme chápat objektivním právem chráněný zájem jednotlivce, který je individualizovaný či konkretizovaný (aby byly vyloučeny *actiones populares*), snadno se můžeme ptát, proč nemá např. konkrétní oběť konkrétního trestného činu subjektivní právo na potrestání pachatele, když onen individualizovaný a konkretizovaný zájem chráněný objektivním právem nejspíše má<sup>53</sup> apod. Tento argument však nesouvisí se základními právy jako takovými, ale týká se pouze těch subjektivních práv, která nejsou explicitně zformulována – což právě nebývá případ základních práv.<sup>54</sup>

S určitostí základních práv je spojen i velmi starý argument, že tato práva jsou formulována natolik obecně, že sama o sobě žádný smysl nemají a musí být provedena až v konkretizujících zákonech.<sup>55</sup> Na tento argument se dá odpovědět tak, že záleží na znění konkrétního ustanovení zakotvujícího dané subjektivní právo – např. již důvodová zpráva k ústavní listině ústavního výboru Národního shromáždění tvrdila o § 113 odst. 2 této listiny (upravujícím taxativní důvody, za nichž lze rozpustit spolek), že tento odstavec je natolik určitý,

<sup>49</sup> Ten se na jednom místě pozastavuje nad tím, jak je možné, že říšský soud ve své judikatuře dovodil, že když je někdo odňat svému zákonnému soudci, je tím porušeno jeho subjektivní právo, protože k tomu ihned dodává: „*Při konstrukcích tak umělých jest pak ovšem možno, z každého porušení práva objektivního zároveň odvoditi porušení určitého práva subjektivního*...“ – Viz PRAŽÁK, J. *Rakouské právo veřejné. Díl první, Právo ústavní. Část třetí, Ústava říšská*, § 251, pozn. na s. 326. Pražák tedy v odnětí případu zákonnému soudci spatřoval pouze porušení nějaké organizační normy o osobní příslušnosti soudů a nikoli porušení subjektivního práva.

<sup>50</sup> „*Tam, kde je právo, nárok, musí býti korespondující povinnost, bez níž by práva či nároku ani býti nemohlo. Poměrně prostá úvaha postačí, abychom nahlédli, že opak právě pronesené věty neplatí: tam, kde je povinnost, může, ale nemusí býti odpovídající právo [...]. Normě „miluj svého bližního“ může, ale nemusí odpovídati nárok či právo onoho bližního na lásku.*“ – viz WEYR, F. *Základy filosofie právní (Nauka o poznávání právníckém)*, s. 151.

<sup>51</sup> HOETZEL, J. *Soudní kontroly veřejné správy*. Praha: Všeherd, 1924, s. 17 an. či HOETZEL, J. *Československé správní právo. Část všeobecná*. 2. přepracované vydání. Praha: Melantrich, 1937, s. 251 an.

<sup>52</sup> Srov. k tomu např. § 3 odst. b) zák. č. 143/1867 ř. z., o zřízení říšského soudu, nebo § 2 zák. č. 36/1878 ř. z., o správním soudu (tzv. říjnový zákon) v minulosti, anebo dnes § 72 odst. 1 pí. a) zákona o Ústavním soudu či § 65 odst. 1 soudního řádu správního. Současný NSS ostatně ve své judikatuře rozšířil pojem zásahu do subjektivního práva žalobce i na zásah do „právní sféry“ žalobce – viz usnesení rozšířeného senátu NSS sp. zn. 6 A 25/2002 (906/2006 Sb. NSS).

<sup>53</sup> Je možné argumentovat tak, že i kdyby oběť zájem na potrestání pachatele měla, objektivní právo tento zájem oběti nechrání, a proto nemůže jít o subjektivní právo na potrestání – objektivní právo chrání pouze jiné zájmy oběti, typicky na náhradu škody vůči pachateli. Zdá se mi však neintuitivně představovat si, že stát má zájem na potrestání, zatímco oběť nikoli – stát není nějaký „monolit“ úplně oddělený od jednotlivců, kteří ho tvoří, a zájem státu není úplně oddělen od zájmů jednotlivců (být veřejný zájem není jen sumou zájmů jednotlivců).

<sup>54</sup> V jejich případě se objevuje jiný problém: Které konkrétnější (nesamostatná) práva jsou obsažena v jiném obecněji formulovaném (samostatném) právu? Obsahuje např. svoboda svědomí v sobě subjektivní právo na výhradu svědomí projevující se v odepření očkování dítěte? K rozdílu mezi samostatnými a nesamostatnými právy (který je inspirován Razovým rozlišováním mezi *core rights* a *derivative rights*) viz ŠEJVĽ, M. *Lidská práva jako subjektivní práva. Teoretické a historické aspekty*. Praha: ÚSP, 2017, s. 88 an.

<sup>55</sup> Tento argument se objevuje mj. už ve středověké Anglii, kdy se mnohá ustanovení *Magny Charty* neaplikovala, protože nebyla určitá – např. to, že „*nikomu neprodáme nebo neodepřeme spravedlnost*“ se královskými soudy neaplikovalo, protože bylo neurčité, zatímco ustanovení třeba o tom, kolik šilinků má dostat vdova po šlechtici, co padl v královských službách, se aplikovalo – viz např. POLLOCK, F. – MAITLAND, F. W. *History of English Law before the Time of Edward I. Vol. I*. 2. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 1898, s. 182 an.

že má přímý účinek<sup>56</sup> a třeba z judikatury NSS známe nálezy, kdy byl tento odstavec opravdu přímo použit.<sup>57</sup> Stejný soud pak uznal i přímou aplikovatelnost § 122 a 123 ústavní listiny týkajících se náboženské svobody.<sup>58</sup> Není tedy pravda, že by všechna zakotvení základních práv byla neurčitá a tedy i neschopná přímé aplikace – Wagnerová tedy nemá pravdu, když tvrdí, že se v této době katalogy základních práv neaplikovaly přímo.

Další argument, podle něhož je opravdu zbytečné zaručovat základní práva, pokud pro státní moc nutně platí, že může jednat jen na základě a v mezích zákona, znamená vlastně přehlížení principu právní síly – netřeba totiž zakazovat to, co není dovoleno, ale může být vhodné na *ústavní* rovině zakázat, aby byly v budoucnu vydávány *zákony*, které by narušování základních práv dovolovaly.<sup>59</sup> Weyrův skepticismus k principu právní síly je u něj jako u normativisty možná překvapivý, ale je třeba uvědomit si, že teorie o stupňovité výstavbě právního řádu (*Stufenbaulehre*) byla v době, kdy poprvé vyšla Weyrova *Soustava* (kde podceňuje praktické rozlišování mezi ústavodárcem a zákonodárcem – viz výše) vlastně ještě nerozpracovaná, protože Merklův spis o právní moci (který lze považovat za první hlubší práci o *Stufenbaulehre*), vyšel až v roce 1923.<sup>60</sup> O to více možná překvapí, že poté, co v *Teorii práva* Weyr toto učení plně přijímá a rozvíjí,<sup>61</sup> zároveň zde prezentuje svůj názor o zbytečnosti zakotvování základních práv právě z toho důvodu, že přece státní moci je dovoleno jen to, co je jí dovoleno výslovně. Weyr také nejspíše podceňuje roli ústavního soudu jakožto orgánu, který by právě měl bdít nad souladem mezi ústavními zákony a „obyčejnými“ zákony – jedna věc je totiž poukazovat na to, že celý rozdíl mezi předpisy různé právní síly se redukuje na rozdíl mezi kvory pro přijetí předpisů různé právní síly stejným orgánem (národním shromážděním) a jiná věc je učinit z ústavního soudu skutečného „strážce“ právní síly, který zakročí tehdy, když předpisy nižší právní síly odporují předpisům vyšší právní síly.

Argument o zrušitelnosti základních práv ústavodárcem je typický pro pozitivistické chápání základních práv a do velké míry je opět dědictvím německé nauky 19. století, která zcela určitě od průkopnické Gerberovy práce odmítla přirozenoprávní pojetí veřejných subjektivních práv, podle něhož je stát jaksi „zvnějšku“ omezen přirozenými právy jednotlivců, a místo toho hovořila o omezení státu, která stát stanoví sám sobě,<sup>62</sup> což pak nalezneme třeba u Jellineka či výše mnohokrát zmiňovaného Pražáka. Třeba Gerber a Jellinek však uznávali to, že sebeomezení státu v podobě základních práv sice není teoreticky nutné, jedná se však o společenskou či právně-politickou „nutnost“.<sup>63</sup> Ostatně

<sup>56</sup> „Ustanovení hlavy páté a částečně o hlavy šesté mají různou právní povahu resp. dosah. Některá jsou normami bezprostředně účinnými, tak, že derogují dosavadním zákonům (Srv. na př. § 113 odst. 2).“ – citováno dle PEŠKA, Z. *Československá ústava a zákony s ní souvislé. I. díl*. Praha: Československý kompas, 1935, s. 361.

<sup>57</sup> Viz nálezy 1679/1922, 2177/1923, 2372/1923, 2241/1923. Boh. admin.

<sup>58</sup> Viz nálezy 8963/1930 a 9830/1930. Boh. admin.

<sup>59</sup> Řečeno hohfeldovsky, základní práva nejsou pouze nároky (*claims*), ale především jsou ústavními uzavřeními (*immunities*) proti budoucí tvorbě zákonů, která by chtěla tyto nároky zrušit.

<sup>60</sup> MERKL, A. *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff: eine rechtstheoretische Untersuchung*. Wien: F. Deuticke, 1923.

<sup>61</sup> Viz typicky WEYR, F. *Teorie práva*, s. 124 an.

<sup>62</sup> GERBER, C. F. *Ueber öffentliche Rechte*. Tübingen: Laupp'schen Buchhandlung, 1852, zejména s. 79 an.

<sup>63</sup> Gerber hovořil o tom, že státní moc není absolutní, ale naopak omezena cílem, jímž je ochrana „zájmů národního života“ (*Interessen des Volkslebens*), které se v novějších ústavách projevují jako „práva národa“ (*Volksrechte*) – viz GERBER, C. F. *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*. Dritte Auflage. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1880, s. 33 an. Jellinek na jedné straně zdůrazňuje „právní autonomii státu“ v tom, že suverenity je „schopnost výhradního sebeurčení a tudíž sebeomezení státní moci, právně jinými mocnostmi nespoutané, a sice cestou právního řádu, na jehož základě jedině činnost státu nabývá povahy právně hodnotitelné. [...] Neomezená je suverénní moc jenom v tom smyslu, že jí žádná jiná moc nemůže právně bránit ve změně vlastního řádu právního.“ – viz JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Leichter, 1906, s. 508. V tomto smyslu není suverenity ome-

i Weyr, který chce na základní práva pohlížet ryze normativně, také tvrdí, že jejich význam je spíše politický a historický,<sup>64</sup> a od svých předchůdců se liší vlastně „jenom“ tím, že právně-politické či společenské hledisko chce oddělovat od ryze normativního (což má být důsledek metodologické „ryzosti“ normativismu). Domnívám se, že z hlediska právního pozitivismu (chápujícího právo jako společenský fakt) asi nelze příliš namítat proti tomu, abychom katalogy základních práv chápali jako produkt historických zkušeností, které vedly jejich autory k tomu, aby zaručovali právě ta práva, jež byla v minulosti upírána, což ve společenské praxi vadilo.<sup>65</sup>

Konečně poslední argument proti významnosti základních práv spočívá v tom, že jsou vždy omezená konkrétními prováděcími zákonodárstvími, a proto záleží spíše na obsahu tohoto zákonodárství, a nikoli na tom, co je v ústavním katalogu základních práv. Dle mého názoru i tento argument stojí na podceňování pojmu právní síly a jejího případného „strážce“ v podobě ústavního soudu. Když bychom totiž vzali vážně to, co o stupňovité výstavbě právního řádu píše Weyr v *Teorii práva*, nejde jen o to, že vyšší ústavní norma deleguje „obyčejného“ zákonodárce k vydání nižšího „obyčejného“ zákona, ale i o to, že „je nemyšlitelné, aby nižší, delegovaný normotvůrce projevoval při normotvorbě vůli, od vůle nižšího normotvůrce obsahově odlišnou“ a že „nižší (delegovaný) normotvůrce tento rámec [stanovený vyšší normou – pozn. autora článku] nesmí překračovat, čili jinými slovy: stanovit něco, co by rámcově normě obsahově odporovalo“.<sup>66</sup> Potom se však již stanovení základních práv v ústavě vůbec nejeví jako zbytečné, protože se tím vytváří obsahový rámec pro „obyčejného“ zákonodárce.

Abych tedy tuto část zakončil: Nedomnívám se, že především Weyrovy argumenty proti právnímu významu katalogu základních práv souvisejí s jeho normativismem, protože (za prvé) většinou jde o rozvinutí starších názorů právní nauky 19. století a (za druhé) protože sám normativismus, který velmi podstatně přispěl k rozpracování nauky o stupňovité výstavbě právního řádu (a tedy o pojmu právní síly), sám o sobě může naopak posílit jejich právní význam – stačí, když si uvědomíme, že právě zakotvení katalogu těchto práv na ústavní rovině představuje významnou mez pro „obyčejného“ zákonodárce, *nota bene*, když tuto mez bude střežit třeba ústavní soud. Toto rozvinutí však Weyr neprovedl.

## 2. Autoři „hlavního proudu“ – katalog základních práv není zbytečný, ale není ani důležitým tématem

Přední osobností československé nauky veřejného práva byl bezesporu Jiří Hoetzel, který (jako sekční šéf na ministerstvu vnitra) připravil osnovu ústavní listiny<sup>67</sup> a podílel se i na

---

zena „zvnějšku“ přirozenými právy lidí. Jellinek však také chápal „právní autonomii“ státu, analogicky k tomu, jak třeba Kant viděl morální autonomii jednotlivce v sebeomezení jednotlivce v tom smyslu, že si dává povinnosti sám sobě. Jinými slovy: Chce-li se stát jednotlivcem dle Kanta morálním, musí se sebeomezit (stanovením povinností sobě samotnému), a analogicky by se snad dalo říci, že chce-li být stát právním, musí se také sebeomezit – nikoli však nutně tím, že by přijal základní práva. Konečně za třetí však zde jsou dle Jellineka praktické limity státní moci dané tím, že stát je nejen právní pojem, ale především sociální útvar – proto mohou být základní práva limity, protože společnost tyto limity chce, jsou společensky nutné. To se pak slučuje s právním pozitivismem třeba v Hartově pojetí, kdy je právo považováno za výtvar společenské praxe.

<sup>64</sup> WEYR, F. *Soustava československého práva státního*, s. 275 an.

<sup>65</sup> Tento pohled na lidská práva jakožto *legal rights* jsem se snažil naznačit v článku ŠEJVL, M. Lidská práva jako diskursivní pojem. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 6, s. 473–500.

<sup>66</sup> WEYR, F. *Teorie práva*, s. 126.

<sup>67</sup> O této své činnosti informoval veřejnost formou osobních vzpomínek především v HOETZEL, J. Ku vzniku ústavní listiny. Několik vzpomínek. *Právník*. 1928, roč. 67, s. 558 an.

vládní důvodové zprávě k ní. O katalogu základních práv v hlavě páté však Hoetzel nepíše nikde příliš podrobně. Jen zdůrazňuje, že základní práva nejsou zbytečná a pro význam konkrétních ustanovení často odkazuje právě na důvodové zprávy vlády či ústavního výboru Národního shromáždění. Typickým by přitom mohl být jeho článek z roku 1920, v němž píše: „*Pokládám za velikou vymoženost pro občany, že ústavní listina sama ohraničuje jejich právní sféru. Podle mého názoru šlo hlavně o to, která ‚práva a svobody‘ mají býtí předmětem ústavní listiny, resp. kterým omezením mají ‚práva a svobody‘ podléhati. [...] Omezení v naší ústavní listině připuštěná nejsou podle mého úsudku nad míru nezbytně nutnou. [...] Na všeobecná základní práva občanská, resp. na předpisy hlavy páté úst. listiny nazírá se mnohdy velice skepticky. Praví se o nich, že nemají vlastně významu a ceny, že jsou jakousi ranou do vody. Jak vládní důvodová zpráva k ústavní listině, tak i zpráva referenta ústavního výboru Dr. Boučka podávají důkaz o tom, že na otázku lze – důvodně – nahlížeti také jinak. Tam také je naznačeno, jaký různý právní význam mají jednotlivé §§ hlavy páté úst. listiny.*“<sup>68</sup> Následuje pak rozbor jednotlivých ustanovení hlavy páté v podstatě v souladu s výše uvedenými důvodovými zprávami.<sup>69</sup> Velmi podobně se ke katalogu základních práv staví Hoetzel i později např. v hesle do *Slovníku národohospodářského* o ústavní listině: I zde nejdříve poznamená, že „*někdy se neprávem podceňuje význam takových základních práv občanských. Příslušné předpisy mají pro občana význam zvýšených záruk právních, protože obyčejnými zákony nelze takové ústavní předpisy změnití nebo zrušití. Tyto předpisy mají však také význam interpretační, protože následkem jich starší normy nabývají jiného smyslu.*“<sup>70</sup> Poté se věnuje právnímu významu jednotlivých paragrafů páté hlavy formou krátkých glos k jednotlivým ustanovením, v podstatě velmi podobně jako ve výše zmiňovaných důvodových zprávách. Více místa pak Hoetzel věnoval z páté hlavy výkladu § 111<sup>71</sup> a pak zásadě zakotvené rovnosti v § 106 a 128 ústavní listiny.<sup>72</sup> Jeho kritické názory vůči autorům první skupiny pak můžeme nalézt v jeho recenzi na Vavřínkovu práci a Weyrovu *Soustavu*. V celkem nemilosrdné recenzi na Vavřínkova<sup>73</sup> opět odkazuje na důvodovou zprávu ústavního výboru, dodává, že spatřuje „*význam základních práv ještě v jiných směrech než jen ve vázanosti obyčejného zákonodárce*“, aby pak připojil několik kritických poznámek, třeba k Vavřínkem zmiňovanému § 118 ústavní listiny, který „*není pro mne pouhým ideálním heslem, formulí bez konkrétního obsahu, pouhým rozumujícím monologem zákonodárcovým. I bez ‚prováděcích‘ zákonů měl by § 118. praktický význam. Kdyby ministr školství konkrétním aktem omezoval na př. vysokoškolského profesora v jeho svobodě vědecké [...], mohl by adresát takového příkazu si stěžovati k nejvyššímu správnímu soudu, odvoláváje se pouze na § 118. úst. listiny. Zaručuje-li úst. list. každému*

<sup>68</sup> HOETZEL, J. Ústavní listina Čsl. republiky. *Sborník věd právních a státních*. 1920, roč. 20, s. 21 an.

<sup>69</sup> Hoetzel vlastně totéž jako ve výše citovaném článku opakuje ve vydání ústavní listiny k jejímu desetiletému výročí: „*V moderním státě právním pokládá se za samozřejmost, že občan musí býti chráněn proti nezákonnému jednání úřadů. Do osobní a majetkové svobody občanů může stát zasahovati jen, když je k tomu zákonem zmocněn. Bývá zvykem, že v ústavách samých se občanům zaručují určitá práva jako základní práva občanská. Tak je tomu i v naší ústavní listině.*“ Dále následuje velmi stručný výklad o tom, že tato práva nenáleží jen občanům, ale všem obyvatelům, že demokratická zásada rovnosti vede ke zrušení výsad a k obecné zásadě nediskriminace (řečeno dnešním slovníkem), čímž naše ústavní listina splnila závazky mezinárodní smlouvy (saint-germainské). Viz *Ústavní listina Československé republiky s úvodem univ. prof. Dra Jiřího Hoetzela k desátému výročí ústavní listiny*. Praha: Státní nakladatelství, 1930, s. 12 an.

<sup>70</sup> HOETZEL, J. Československo. Ústava. In: CHALUPNÝ, E. (ved. red.). *Slovník národohospodářský, sociální a politický. I. díl*. Praha: Janáček, 1929, s. 483.

<sup>71</sup> HOETZEL, J. Příspěvky k výkladu ústavní listiny. *Sborník věd právních a státních*. 1925, roč. 25, s. 141 an.

<sup>72</sup> HOETZEL, J. Rovnost před zákonem. In: HOETZEL, J. (red.). *Pocta k šedesátým narozeninám dr. Emila Háchy*. Bratislava: Právnická fakulta University Komenského, 1932, s. 277–286. Rovnost však není tématem tohoto článku.

<sup>73</sup> HOETZEL, J. Nejnovější české písemnictví veřejnoprávní. *Parlament*. 1921–1922, roč. I, s. 365 an.

*státnímu občanu právo usazovati se na kterémkoli místě republiky a provozovati živnosti, má to také ten zásadní význam pro právní posici občanovu, že v případech pochybných mluví favor pro volnost občanovu, jak toho dokladem přehojným je i praxe správního soudu.*“ Podobně dovozuje, že přímo aplikovatelným je i § 107 úst. listiny.<sup>74</sup> Hoetzelova recenze na Weyrovo dílo je o poznání pozitivnější a ve vztahu ke katalogu základních práv mu vyčítá vlastně jen výše zmiňované podceňování rozdílu mezi ústavodárcem a „obyčejným“ zákonodárcem, protože právě odlišné kvorum a většina je z praktického hlediska důležité. „Kdy by chtěl dnes pokoušeti se v našem N. S. bez důvodů opravdu vážných o nějaký ústavní zákon?“<sup>75</sup>

Z výše napsaného je nejspíše patrné, že Hoetzelovi bylo poněkud vzdálené teoretizování nad významem základních práv jako takových. Spíše ochotně komentoval z praktického hlediska jednotlivé paragrafy katalogu, přičemž mnohé z nich pro něj byly přímo aplikovatelné i bez konkretizujících zákonů.

Václav Joachim, Hoetzelův přítel, který také působil na ministerstvu vnitra, věnoval základním právům ještě daleko méně místa – ve své spíše populární knize *Naše ústava* o základních právech píše, že „požadavek, že jakékoli obmezení svobod a práv jednotlivců je možno pouze zákonem, značí již touto formou zákona značnou záruku pro občany; vždyť na zákoně může se usnísti pouze Národní shromáždění, tedy sbor vycházející z voleb všeho lidu. [...] Svoboda občana je pravidlem, jakékoli obmezení této svobody, zejména jakýkoli zásah státu do ní jest jenom výjimkou, která může míti oporu jen v zákoně.“<sup>76</sup> Následuje pak stručně převyprávění jednotlivých ustanovení páté hlavy.

Podobně stručný je Bohumil Baxa, Weyrův brněnský kolega<sup>77</sup> a bratr prvního předsedy československého ústavního soudu Karla Baxy: „O hodnotě těchto státoobčanských práv nemíním se zde šířiti a poukazuji na celkem správné vývody vládní zprávy důvodové. Ústavní listina naše přidržela se zde vzoru takřka všech ústav světových, které zvláště zaručují t. zv. práva státoobčanská. [...] Vytčení státoobčanských práv není nutným jen v monarchiích, nýbrž zajisté i v demokraciích: práva státních občanů sluší hájiti nejen nahoru, nýbrž i dolů. Souhlasím tu úplně s Hoetzlem [...], že jest to velká vymoženost pro občany, že ústavní listina sama ohraničuje jejich právní sféru.“<sup>78</sup> O něco podrobněji pak formuloval Baxa svou pozici vůči katalogu základních práv ve své recenzi na Weyrovu *Soustavu*: „Také pokládám za bezpředmětné, ba přímo za jalové, příti se o to, zda státní moci jest vůči občanstvu dovoleno vše, co jí není výslovně zakázáno, či zda jest jí zakázáno vše, co jí není výslovně dovoleno. O poměru občanstva ke státu a vůbec o poměru občanů vůči sobě navzájem nerozhodují jen zákony, nýbrž zajisté také mrav, zvyk, kulturní úroveň atd. [...] Význam formulace státoobčanských práv v ústavní listině záleží po mém soudu v tom, že základní zásady poměru občana ke státu a k jeho moci jsou kryty zárukami zvýšené moci zákonné, takže „obyčejný“ zákonodárce jest těmito zárukami vázán. [...] [S] praktického hlediska právě důsledkem kvalifikované většiny a zvýšeného quora jest tu důležitý rozdíl mezi „obyčejným“ zákonodárcem a mezi zákonodárcem ústavním, ježto obyčejný zákonodárce může poměrně snadno měniti zákony, nikoli tak zákonodárce ústavní. A význam státo-

<sup>74</sup> Ibidem, s. 366.

<sup>75</sup> Ibidem, s. 437.

<sup>76</sup> JOACHIM, V. *Naše ústava*. Praha: Vesmír, 1921, s. 76 an.

<sup>77</sup> O Baxovi Weyr mj. napsal, že byl spíše „exponentem pražské fakulty“ a že spolu s profesorem Vackem „svým chováním dávali najevo, že považují Prahu, zejména její fakultu, za něco nepoměrně lepšího a dokonalejšího než Brno a jeho fakultu. Kdyby to bylo šlo, byli by se jistě ihned opět vrátili do Prahy[...]“ – WEYR, F. *Paměti 2 – Za republiky (1918–1938)*, s. 61.

<sup>78</sup> BAXA, B. *Ústavní listina ČSR a vliv cizích ústav. Sborník věd právních a státních*. 1921, roč. 21, s. 39 an.

občanských svobod záleží právě v tom, že se tu kladou meze moci zákonodárné, takže tato práva se vymykají pravomoci zákonodárce obvyčejného a jsou podřízena přímo pravomoci zákonodárce ústavního.<sup>79</sup> Opět i u Baxy je vidět jistý odstup od „planého teoretizování“ a jedinou kritikou Weyrových názorů na základní práva je (stejně jako u Hoetzela) nesouhlas s jeho podceňováním rozdílu mezi ústavodárcem a „obyčejným“ zákonodárcem.<sup>80</sup>

Určité výjimky mezi autory „hlavního proudu“ by mohli představovat Cyril Horáček mladší (syn známého národohospodáře) a civilista Jaromír Sedláček, kteří oba věnovali problematice základních práv samostatně kratší studie.<sup>81</sup> Za hlavní Horáčkův přínos považují to, že se nejvíce věnuje právě soudní ochraně základních práv, protože „*kriterium významu občanských svobod je [...] v jejich garancii soudní kontrolou*“.<sup>82</sup> Tudíž v článku upozorňuje na rozdíl mezi soudní ochranou katalogu z tzv. prosincové ústavy a z ústavní listiny, který podle něj spočívá především v tom, že kontrola NSS je širší než kontrola poskytovaná říšským soudem, protože ten neměl kasační pravomoc a také byly ze stížností k němu vyloučena ta porušení práv, k nimž došlo „*trestním výrokem policejním nebo disciplinárním*“.<sup>83</sup> Ukazuje pak příklady z praxe NSS aplikující § 113 odst. 2 ústavní listiny (viz výše) argumentuje tím Horáček proti Weyrově tezi o nemožnosti přímé aplikace katalogu a zakončuje, že základní práva „*nejdou přece pouhým akademickým výrokem zákonodárcovým, nýbrž že jsou aspoň z části skutečnými právními normami, zakládajícími subjektivní veřejná práva, postavená pod kontrolu nejvyššího správního soudu [...]*“.<sup>84</sup> Horáček věnoval základním právům i heslo do *Slovníku veřejného práva československého*, kde se však právnímu významu základních práv jako takových věnuje jen minimálně a místo toho (celkem pochopitelně) píše o právním významu jednotlivých ustanovení katalogu z ústavní listiny.<sup>85</sup>

Sedláčka k zájmu o základní práva přivedly nejspíše jak jeho pokusy o interpretaci § 7 obecného občanského zákoníku, tak jeho normativismus. Odkaz na přirozené zásady právní v § 7 nejdříve interpretoval jako blanketovou normu,<sup>86</sup> podle níž soudci mají rozhodovat na základě mravních zásad.<sup>87</sup> Později ho nejspíše představa o stupňovité výstavbě právního řádu přivedla k tomu, že celý právní řád, samozřejmě včetně občanského práva, musí respektovat § 1 odst. 2 větu druhou ústavní listiny, podle níž základní práva

<sup>79</sup> BAXA, B. Frant. Weyr: Soustava československého práva státního. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1922, roč. 5, s. 185 an.

<sup>80</sup> Možná je příznačné, že Baxa ve svém článku bilancujícím desetiletí ústavní listiny o základních právech nehovoří vůbec – BAXA, B. Deset let ústavy republiky Československé. *Moderní stát*. 1930, roč. 3, s. 33 an.

<sup>81</sup> HORÁČEK, C., ml. Právní význam základních práv občanských (Předneseno dne 16. dubna 1925 v Právnícké Jednotě). *Sborník věd právních a státních*. 1925, roč. 25, s. 148 an., SEDLÁČEK, J. Ústavní listina a občanský zákoník. In: *Naše právo. Sborník k 60. výročí založení spolku čsl. Právníků „Všeherd“*. Praha: Všeherd, 1928, s. 88 an.

<sup>82</sup> HORÁČEK, C., ml. *Právní význam základních práv občanských*, s. 157.

<sup>83</sup> PRAŽÁK, J. *Rakouské právo veřejné. Díl první, Právo ústavní. Část třetí, Ústava říšská*, s. 326 an.

<sup>84</sup> HORÁČEK, C., ml. *Právní význam základních práv občanských*, s. 157.

<sup>85</sup> Horáček pouze poznamenává, že „*názory o právním významu o. p. se v teorii značně rozcházejí, což lze vysvětliti jejich souvislostí s politickými požadavky v době jejich vzniku a dále přejímáním ustanovení stejného původu a v podstatě stejně formulovaných do různých právních řádů a různých systémů státního práva. [...] Všeobecně by bylo možno označiti za společnou funkci o. p. v rigidních ústavách demokratické soustavy vládní, na které se zakládá též čsl. státní právo, poskytovat ochranu menšině obyvatelstva vůči většině, ať již vykonávají vůli této většiny v konkrétním případě orgány legislativní či orgány moci vládní a výkonné.*“ Viz HORÁČEK, C., ml. *Občanská práva a občanské povinnosti*. In: HÁCHA, E. – HOETZEL, J. – WEYR, F. – LAŠTOVKA, K. (red.). *Slovník veřejného práva československého. Svazek II, I až O*. Brno: Polygrafia, 1932, s. 967 an.

<sup>86</sup> SEDLÁČEK, J. *Přirozené zásady práva. Časopis pro právní a státní vědu*. 1918, roč. 1, s. 153 an. Ačkoli Sedláček uznává, že „*... nemůže soudce rozhodovati dle norem, které většiny v konkrétním případě orgány legislativní či orgány moci vládní a výkonné § 7 zákoníku dodávají „přirozenoprávním“ normám právní relevanci a činí je tak součástí pozitivního práva.*“

<sup>87</sup> SEDLÁČEK, J. *Nástin akademických přednášek z občanského práva. I. Všeobecná část*. Brno: Právník, 1923, s. 25: „*Odkazuje-li § 7 na přirozené právo, značí to nyní tolik, že soudce ve sporu majetkovém nebo rodinném tam, kde není pozitivních předpisů (ani analogicky vyložených), má rozhodnouti dle mravních zásad.*“

představují meze pro státní orgány.<sup>88</sup> Podle Sedláčka jde o „*positivní právní předpis, který nám určuje, jak jest jednotlivé generální normy aplikovati, t. j. v rámci jejich předpisů vydávati normy konkrétní*“,<sup>89</sup> přičemž v postavení státních orgánů, na něž se ústavní listina obrací jsou „*jednak smluvní strany, pokud jsou autorisovány dávati si normy ve formě právních jednání, a soudy ve formě soudních rozhodnutí*“.<sup>90</sup> Jde-li o soudce, poukaz na přirozené zásady právní v § 7 zákoníku proto musíme vyložit, „*tak, že přirozené zásady právní nahradíme ustanoveními o právech a svobodách občanských*“, které mají charakter „*kodifikovaného přirozeného práva*“.<sup>91</sup> Jde-li o smluvní strany, Sedláček uvádí mnoho příkladů, kdy jednotlivá ustanovení katalogu mají vliv na soukromoprávní vztahy – např. § 106 ústavní listiny o rovnosti má důsledky pro postavení otce jako hlavy rodiny dle § 91 občanského zákoníku, § 114 ústavní listiny tvoří právní základ pro závaznost kolektivních smluv, § 117 ústavní listiny zabraňuje sjednávat v námezdních smlouvách doložky o konfesní či politické příslušnosti. Na základě výše řečeného by někdo mohl tvrdit, že Sedláček se jako vlastně jediný ze zde představených autorů hlásí k přirozenoprávní koncepci základních práv, ale to by bylo nejspíše mylné – přirozenoprávní chápání základních práv je pro něj (stejně jako pro mnohé další autory, třeba Weyra) důležité historicky, protože obecný občanský zákoník stejně jako katalogy práv z konce 18. století opravdu byl přirozenoprávně inspirován. Sedláčkovi jde však zejména o to, jak dnes interpretovat historicky vzniklý odkaz na přirozené právo v předpisu práva pozitivního, a tak nachází schůdnou interpretaci právě ve ztotožnění přirozených zásad s katalogem základních práv. Sedláček se tak díky svým názorům stává jedním z průkopníků teze, že základní práva působí i v soukromoprávních vztazích,<sup>92</sup> byť proti jeho konstrukci smluvních stran jakožto státních orgánů lze mít samozřejmě výhrady.<sup>93</sup>

Konečně (chronologicky) posledním z česky píšících autorů „hlavního proudu“, který se věnoval právnímu významu základních práv, je Zdeněk Peška, jenž působil na Univerzitě Komenského v Bratislavě, protože i on věnoval základním právům krátkou zmínku ve svém komentovaném vydání ústavní listiny a souvisejících zákonů.<sup>94</sup> I Peška polemizuje s názorem, že katalog jsou pouze „monology zákonodárcovy“ a rozděluje paragrafy páte hlavy do pěti skupin: Nejdříve vychází z domněnky, že na všechny paragrafy se máme především dívat jako na „*příkaz nebo zákaz beprostředně účinný, nevyžadující prováděcího zákona. Teprve není-li to možno žádným způsobem interpretačním, jest možno viděti v takové normě normu danou pouze zákonodárci, tj. hranici, kterou nesmí zákonodárce*

<sup>88</sup> „Ústavní listina určuje, kterými orgány svrchovaný lid si dává zákony, uvádí je ve skutek a nalézá právo. Ona také vytyčuje meze, jichž tyto orgány nesmějí překročiti, aby se nedotkly ústavně zaručených svobod občanských.“

<sup>89</sup> SEDLÁČEK, J. *Ústavní listina a občanský zákoník*, s. 92.

<sup>90</sup> *Ibidem*, s. 91.

<sup>91</sup> *Ibidem*, s. 94. Toto řešení pak Sedláček používá i ve známém komentáři, kde k § 7 obecného občanskému píše: „V našem dnešním právním řádu tyto zásady, [...] došly dnes svého výrazu jednak v preambuli k ústavní listině, jednak v t. zv. základních právech občanů. [...] Jestliže tedy občanský zákoník poukazuje soudce, aby volně nalézal právo tam, kde nemá předepsaných norem, musí se soudce více než v jiných případech řídit zásadami vyřčenými v ústavní listině.“ ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl první* (§ 1 až 284). Praha: V. Linhart, 1935, s. 144.

<sup>92</sup> Působení základních práv i ve sféře soukromého práva není v předválečné době ani později ničím samozřejmým – pro přehled různých názorů na tento problém viz např. ALEXEY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002 (německý originál z roku 1986), s. 354 an.

<sup>93</sup> Toto Sedláčkovo řešení poněkud připomíná to, které zvolil třeba Jeremy Bentham, když tvrdil, že jednotlivci jsou oprávněni uzavírat smlouvy či sepisovat závěti pouze proto, že na ně suverén delegoval pravomoc vydávat své „vlastní zákony“ zvané *laws by adoption* – viz BENTHAM, J. *Of Laws in General*. London: The Althone Press, 1970, s. 23–27.

<sup>94</sup> PEŠKA, Z. *Československá ústava a zákony s ní souvislé. I. díl*. Praha: Československý kompas, 1935, s. 294 an.



*překročiti, které však samy o sobě (bez prováděcího zákona) se nedotýkají jiných orgánů nebo osob.*<sup>95</sup> Pokud ani toto není možné, pak jde o kompetenční normy zákonodárci, které mu však nedávají hranice, a teprve když ani tak nelze vyložit příslušný paragraf, můžeme říci, že jde o nezávazné „monology zákonodárce“. Následují pak poznámky k příslušným paragrafům doplněné o právní věty z rozhodnutí Nejvyššího soudu a NSS k těmto paragrafům.

Z německy píšících autorů je na prvním místě třeba zmínit Franze Adlera, jenž patřil mezi „loajální právníky meziválečného Československa, kteří se aktivně podíleli na ústavním a politickém budování nového státu“.<sup>96</sup> Jeho první větší práce, kterou se v roce 1927 habilitoval na Německé univerzitě v Praze, obsahuje kapitolu o katalogu základních práv, která se však (vzhledem ke komparatistickému a historickému zaměření spisu celkem pochopitelně) věnuje především historickému vývoji nejen kodifikací základních práv, ale i kodifikací povinností, takže o právním významu katalogu práv z ústavní listiny se zde mnoho nedočteme.<sup>97</sup> O tři roky později je však již ve své učebnici československého ústavního práva<sup>98</sup> podrobnější, když v případě katalogu z páté hlavy ústavní listiny rozlišuje (podobně jako Krejčí před ním a Peška po něm) podle jejich právního významu jednotlivé paragrafy do několika skupin: Vedle ustanovení čistě programatických (§ 126 ústavní listiny dávající manželství, rodinu a mateřství pod ochranu zákonů), ustanovení zamocňovacích stanovících zásady budoucího zákonodárství (§ 119 ústavní listiny) a kompetenčních norem bez stanovení hranic zákonodárci (tj. upravujících tzv. výhradu zákona, např. § 108 a § 117 odst. 1 ústavní listiny) rozlišuje Adler ještě bezprostředně působící ustanovení zakládající subjektivní práva a ustanovení stanovící zásadní směrnice (*Richtlinien*) pro prováděcí zákonodárství, které teprve založí subjektivní práva.<sup>99</sup> Při celkovém hodnocení páté hlavy Adler říká, že katalog hlavy páté dle jeho názoru poněkud zaostává za katalogem z tzv. prosincové ústavy.<sup>100</sup>

Snad nejvíce svérázným z německy píšících autorů je Fritz Sander, bývalý Kelsenův žák, který se však se svým učitelem rozešel již na počátku dvacátých let, kdy se stal jedním z jeho nejhorlivějších kritiků, což se pak mj. projevilo i tím, že se tvrdě stavěl proti jeho přijetí za řádného profesora mezinárodního práva na Německé univerzitě v letech 1933–1935.<sup>101</sup> Sander je dodnes znám především díky své vlastní poněkud extravagantní teorii práva, která se liší jak od tradičního pozitivismu, tak od normativismu či sociologi-

<sup>95</sup> Ibidem, s. 295.

<sup>96</sup> OSTERKAMP, J. Franz Adler. In: SKŘEJPKOVÁ, P. (ed.). *Antologie československé právní vědy v letech 1918–1939*. Praha: Linde, 2009, s. 409.

<sup>97</sup> ADLER, F. *Die Grundgedanken der tschechoslowakischen Verfassungsurkunde in der Entwicklungsgeschichte des Verfassungsrechtes*. Berlin – Breslau: Hermann Sack Verlag, 1927. O základních právech § 3, s. 25 an. Viz i recenzi Jana Matějky – MATĚJKA, J. In: *Sborník věd právních a státních*. 1927, roč. XXVII, s. 372 an.

<sup>98</sup> ADLER, F. *Grundriss des tschechoslowakischen Verfassungsrechtes*. Reichenberg: Gebrüder Stiepel, 1930. Viz i recenzi Horáčka ml. – HORÁČEK, C., ml. In: *Sborník věd právních a státních*. 1931, roč. 31, s. 264 an.

<sup>99</sup> Ibidem, s. 108.

<sup>100</sup> Ibidem, s. 109.

<sup>101</sup> K Sanderově opozici vůči Kelsenovu jmenování viz MALÝ, K. Profesor Hans Kelsen v archivních dokumentech Karlovy univerzity v Praze. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*. 2017, č. 4, s. 23–29. Podle vzpomínek Hanse Georga Schenka, který v té době na Německé univerzitě působil jako asistent, byl Sander (i když byl sám židovského původu) v pozadí organizace bojkotů Kelsenových přednášek především sympatizanty Henleinovy strany z řad studentstva – viz SCHENK, H. G. Hans Kelsen in Prague: A Personal Reminiscence. *California Law Journal*. 1971, Vol. 59, s. 614 an. Podle Kelsenova životopisce Métalla se Sander v Praze Kelsenovi sám svěřil se svým napojením na nacisty, kterým sloužil jako informátor o dění na univerzitě. Když pak byli po březnu 1939 nuceni všichni učitelé židovského původu univerzitu opustit, Sander na ní setrval až do října 1939, kdy náhle zemřel. Viz MÉTALL, R. A. *Hans Kelsen. Vida y Obra*. México: UNAM, 1976 (orig. něm. vydání 1969), s. 78 an.

zujících směrů.<sup>102</sup> Pokud jde o československé ústavní právo, častokrát poukazyval na to, kdy podle jeho názoru došlo k tomu, že skutečné fungování ústavního života (*Verfassungszustand*) se odchýlilo od ústavní listiny,<sup>103</sup> v čemž však nebyl originální – podobně jako velká část tehdejší právní vědy kritizoval zmocňovací zákonodárství po roce 1933 jako protiústavní (protože zákonodárství podle zákona č. 95/1933 Sb. z. a n. v mnoha hospodářských záležitostech *de facto* přešlo na vládu), ze stejného prohřešku pak vinil i zákon o volebním soudu č. 125/1925 Sb. z. a n.<sup>104</sup> Pro naše účely je zajímavé nejen to, že Sander kritizoval jako protiústavní i zákon o ústavním soudu č. 162/1920 Sb. z. a n. (protože prý v rozporu s ústavní listinou okleštil jeho pravomoce – k tomu viz níže), ale především jeho následující názor: Když diskutuje otázku, zda jsou nějaká ustanovení ústavy nezrušitelná, výslovně za ně prohlašuje ta ustanovení, která zakotvují republikánskou liberální státní formu, protože kdyby byla zrušena, došlo by vlastně k vytvoření nového státu s novou ústavou – což se právě při přeměně „demokratické republiky“ v „republiku stran“ stalo.<sup>105</sup> Konečně pak ve svém spise věnovaném československé ústavě, který nakonec stačil vyjít až v roce 1938, upřesňuje Sander, že do onoho nezrušitelného obsahu ústavy patří i ustanovení o základních právech, protože kdyby byla zrušena, podle „liberální axiomatiky“ by došlo ke změně státu na tyranii.<sup>106</sup>

Dle mého názoru je vysoce pravděpodobné, že v tomto svém učení se Sander inspiroval obdobnými úvahami Carla Schmitta, který nejdříve ve svém článku z roku 1928 napsal, že základními prvky „měšťanského“ *Rechtsstaatu* je dělba moci a základní práva,<sup>107</sup> aby ve své *Verfassungslehre* z téhož roku rozvinul rozdíl mezi ústavou, která je výsledkem politického rozhodnutí o formě státu, a ústavními zákony, které jsou formálním nástrojem změny a doplňování ústavy, aniž by však mohly samy zrušit ono politické rozhodnutí o formě státu. Jedině přímá, vědomá a sjednocená vůle lidu (tedy nikoli parlamentní většina) pak může zrušit takové politické rozhodnutí a nahradit je novým. Konkrétně zde Schmitt píše, že současné státy jsou oněmi „měšťanskými“ právními státy, a proto i ustanovení o základních právech jsou nezrušitelná, pokud tedy lid sám nerozhodne o nové ústavě, tedy o nové státní formě.<sup>108</sup> Stejně tak se však Sanderův názor o nezrušitelnosti základních práv ani cestou ústavního zákona dá porovnat s názorem francouzského kon-

<sup>102</sup> Viz např. LIJOI, F. Fritz Sander. In: PATTARO, E. – ROVERSI, C. (eds). *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 1, Language Areas*. Dordrecht: Springer, 2016, s. 124 an.

<sup>103</sup> K tomu zejména SANDER, F. *Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der Tschechoslowakischen Republik*. Brno: Rohrer, 1935. Viz i Weyrovu rozsáhlou recenzi na toto dílo, z níž je hlavně patrné, že Sanderova filozofie je natolik zvláštní, že jí není příliš rozumět (což Weyr Sanderovi vyčítal opakovaně) – *Časopis pro právní a státní vědu*. 1935, roč. 18, s. 107 an.

<sup>104</sup> Hlavně proto, že praxe volebního soudu k § 13 pís. b) cit. zák. byla taková, že za důvody „nízké či nečestné“, za nichž bylo možné poslance zbavit mandátu, se považovalo i porušení tzv. reversu, tedy závazku poslance, že složí mandát, kdykoli k tomu bude stranou vyzván. V tomto většina meziválečné právní vědy spatřovala rozpor s § 22 úst. listiny, který stanovil, že členové Národního shromáždění vykonávají svůj mandát osobně a od nikoho nesmějí přijímat příkazy. Podle Sanderu se tím „demokratická republika“ přeměnila na „republiku stran“, čímž došlo k nepřipustné změně ústavy.

<sup>105</sup> SANDER, F. *Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der Tschechoslowakischen Republik*, s. 61 an.

<sup>106</sup> SANDER, F. *Grundriss des Tschechoslowakischen Verfassungsrechtes*. Reichenberg: Gebrüder Stiepel, 1938, s. 60.

<sup>107</sup> SCHMITT, C. *Der bürgerliche Rechtsstaat. Abendland*. 1928, roč. 3, č. 7, s. 201–203. Oba tyto prvky jsou však dle Schmitta formální, takže nejsou samy o sobě schopny zajistit potřebnou homogenitu občanstva, která je nutná pro vytvoření skutečné demokracie – protože tehdejší demokracie nebyly schopny tuto homogenitu zajistit (typicky tím, že nebyly schopny překleout třídní rozdíly mezi buržoazií a proletariátem), není dle Schmitta divu, že se hroutily. Pracoval jsem s anglickým překladem SCHMITT, C. *The Liberal Rule of Law*. In: JACOBSON, A. J. – SCHLINK, B. (eds). *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley – Los Angeles: University of California Press, 2000, s. 294 an.

<sup>108</sup> „Široké zásahy do zaručených základních práv jsou dovoleny ústavními nebo zákonnými normami. Ale kdyby byla základní práva zrušena, ústava samotná je porušena. V měšťanském právním státě nemůže být taková eliminace práv provedena skrze zákon doplňující ústavu.“ SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. München – Leipzig: Duncker und Humblot, 1928, s. 27.

stitutionalisty Léona Duguita (jehož názorům byla v meziválečené právní vědě věnována velká pozornost), který velmi podobně tvrdil, že *Deklarace práv člověka a občana* z roku 1789 (která ani nebyla součástí ústavních zákonů francouzské třetí republiky z roku 1875) nemůže být změnitelná ani ústavními zákony samotnými, protože stanoví principy (konkrétně doktrínu individualismu) omezující stát jako takový a protože z ní jako svého základu vychází jak ústavní, tak „obyčejné“ zákony.<sup>109</sup> A k podobnému názoru o zásadní nezměnitelnosti základních práv došel v roce 1937 i Jaroslav Krejčí, jak již brzy uvidíme.

Shrnu-li tedy názory autorů „hlavního proudu“ na základní práva, lze říci, že s výjimkou Horáčka ml. či Sedláčka jim nevěnovali přílišnou pozornost, ale na druhou stranu také odmítali názory autorů první skupiny o jejich právní bezvýznamnosti. Za daleko důležitější než teoretizování o jejich právním významu pokládali jejich aplikaci (typicky soudní), a proto celkem pochopitelně v obsahu hlavy páté ústavní listiny diferencovali na ustanovení přímo aplikovatelná, ustanovení aplikovatelná jen v mezích konkretizujících zákonů a konečně i ustanovení mající charakter „monologů zákonodárce“.

### 3. Jaroslav Krejčí – katalog základních práv jako kritérium přezkumu ústavnosti nejen ústavním soudem

Jaroslav Krejčí patří zcela jistě k nejpłodnějším meziválečným autorům, když mezi roky 1923 a 1939 publikoval vždy jednou za rok či za dva monografie na veřejnoprávní téma, ať již šlo o téma pro prvorepublikovou praxi aktuální (vztah zákonů a nařízení, zmocňovací zákonodárství, promulgace zákonů, postavení prezidenta republiky), reflektující v té době moderní evropské trendy (soudní přezkum zákonů) nebo prostě jen zajímavé (retroaktivita, základní práva). Pro jeho pohled na základní práva považuji za nejdůležitější nejen jeho monografii o tématu z roku 1929,<sup>110</sup> ale i jeho pozdější monografie o zásadě legality<sup>111</sup> a o soudním přezkumu zákonů<sup>112</sup> a pak některé jeho texty publikované především v časopise *Moderní stát*, jehož redakci řídil, a to zejména z toho důvodu, že Krejčího pohled na právní význam základních práv se dle mého názoru posunoval až k pohledu na *zásadní nezrušitelnost základních práv* a na jejich význam pro *ústavní kontrolu zákonodárství nejen ústavním soudem, ale i obecným soudnictvím*. Svou roli při formování těchto názorů nejspíše sehrála nejen výtečná znalost soudobých trendů v evropské konstitucionalistice, především německé a francouzské (takže jeho knihy se dají číst i jako inspirační přehledy toho, co vše bylo v předválečné evropské právní vědě tematizováno a jak), ale i Krejčího působení na ústavním soudu, kde byl od roku 1921 nejdříve tajemníkem a později od března 1938 i jeho předsedou.

Jde-li o otázku zrušitelnosti základních práv, Krejčí ve své monografii o základních právech nejdříve zastává názor, že zrušitelná jsou, což je prostý důsledek jeho pozitivistické

<sup>109</sup> DUGUIT, L. *Traité de droit constitutionnel. Tome III. La théorie général de l'État*. 2eme édition. Paris: Ancienne librairie Fontemoigne, 1923, s. 560 an.

<sup>110</sup> KREJČÍ, J. *Základní práva občanská a rovnost před zákonem*. Praha: Moderní stát, 1929. Protože tento článek se vědomě nezaobývá aplikací zásady rovnosti, pojednám zde jen o první části knihy o právním významu základních práv. Tento spis byl podrobně (pochvalně) recenzován Neubauerem – NEUBAUER. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1930, roč. 13, s. 55 an., a Bohumilem Baxou – BAXA, B. *Moderní stát*. 1930, roč. 3, s. 131 an. Zatímco Baxa se ve své recenzi omezuje v podstatě na „převyprávění“ obsahu knihy, Neubauer je kritický především ke Krejčího názoru na přímou aplikovatelnost zásady rovnosti.

<sup>111</sup> KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*. Praha: Moderní stát, 1931. Srov. i Neubauerovu recenzi na toto dílo – NEUBAUER. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1932, roč. 15, s. 54 an.

<sup>112</sup> KREJČÍ, J. *Principy soudcovského zkoumání zákonů v právu československém*. Praha: Moderní stát, 1932. Srov. i Neubauerovu recenzi na toto dílo – NEUBAUER. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1933, roč. 16, s. 90 an.

orientace: „Na základní práva občanská nahlíží se jen jako na práva [...] zřízená konkrétním právním řádem, resp. ústavou, z níž jedině a výhradně odvozují svoji právní relevanci a nikoliv z přirozenosti člověka.“<sup>113</sup> „Pojetí základních práv jakožto nejvyšších právních principů nezměnitelných cestou ústavního zákonodárství nedá se právnícky odůvodnit.“<sup>114</sup> V tomto bodě tedy Krejčí prozatím souhlasí třeba s Weyrem (viz výše). V jiných otázkách se však od něj liší a šlo by ho zařadit mezi autory „hlavního proudu“ – stejně jako oni zdůrazňuje rozdíl mezi ústavodárcem a „obyčejným“ zákonodárcem, z níž pro něj plyne i rozdíl v právní síle ústavních a „obyčejných“ zákonů (byť tento termín Krejčí nepoužívá)<sup>115</sup> a mnohá ustanovení páté hlavy ústavní listiny jsou pro něj přímo použitelná.<sup>116</sup>

Když se však v jednom svém článku z roku 1937<sup>117</sup> zabývá tím, jaké požadavky máme mít na právo státu, aby tento stát mohl být považován za demokratický, kromě požadavků formálních (minimalizace volného uvážení pro orgány aplikace práva, systém poměrného zastoupení, všeobecné volební právo, kratší volební období zákonodárného sboru, pouze suspenzivní veto hlavy státu, žádná samostatná nařizovací pravomoc hlavy státu, žádné zmocňovací zákony, nutnost soudní kontroly ústavnosti) hovoří i o požadavcích materiálních (tj. stanovení toho, jaký obsah zákony nemají mít), totiž o zásadě rovnosti občanů před zákonem a konečně o principu svobody, který je „mezi normotvorby“. A právě pod principem svobody myslí Krejčí i základní práva, která sice mohou být zákonem omezována, tato „omezování nesmí však jít tak daleko, aby se prakticky rovnala jejímu zrušení. [...] Již v pojmu demokracie jako vládní formy, v níž přesvědčování jedněch druhými o vhodnosti určitého obsahu norem cílí k získání většiny [...] pro tyto normy, je nezbytně zahrnut požadavek svobody jako předpoklad tohoto přesvědčování (diskuse), tedy při nejmenším svobody osobní, projevu mínění, svobody tisku, svobody shromažďovací, svobody učení a svobody koaliční.“<sup>118</sup> Tváří in tvář nárůstu autoritářských režimů v okolních zemích (i negativním trendům československého práva projevujícím se typicky ve zmocňovacím zákonodárství) tak Krejčí nakonec postuluje i nezrušitelnost mnoha základních práv, nikoliv z důvodů jejich přirozenoprávního charakteru, ale z důvodů demokratického charakteru státu, což ho poněkud přibližuje výše zmiňovaným Sanderovým názorům.

Druhý podstatný moment, který dle mého názoru zasluhuje u Krejčího pozornosti (a který ho liší od autorů „hlavního proudu“), je jeho důraz na to, že základní práva jsou i důležitým kritériem pro soudní přezkum ústavnosti. Již ve své monografii z roku 1929 totiž píše, že „každý zákon (obyčejný) může býti orgány, jimž přísluší zkoumati ústavnost zákonů, zkoumán po stránce, zda určité jeho ustanovení, které zkoumací orgán má aplikovati, neodporuje některému základnímu právu formulovanému v ústavě, a že zkoumací orgán má považovati příslušné ustanovení za neplatné, příp. je zrušiti, sezná-li, že odporuje některému základnímu právu. S hlediska práva československého znamená to pak, že každý zákon, který není výslovně označen jako „ústavní“ a dotýká se ústavně zaru-

<sup>113</sup> KREJČÍ, J. *Základní práva občanská a rovnost před zákonem*, s. 20.

<sup>114</sup> *Ibidem*, s. 35.

<sup>115</sup> „[...] pozdější zákon obyčejný odporující dřívějšímu zákonu ústavnímu jest bezúčinný.“ – *ibidem*, s. 33.

<sup>116</sup> Krejčí podobně jako Adler či Peška třídí obsah páté hlavy do pěti skupin: 1) přímo aplikovatelná ustanovení zakládající subjektivní práva, 2) práva omezitelná zákonem, 3) přímo aplikovatelná ustanovení nezakládající subjektivní práva, 4) direktivy pro zákonodárce, 5) ustanovení bez právního významu. Viz *ibidem*, s. 54 an. Podobně jako později Peška vychází z presumpce, že „každé ustanovení hlavy páté, příp. i šesté, pokud z jeho znění neplyne nutně něco jiného, jest normou, vízící zároveň moc zákonodárnou, výkonnou i soudní, a to bezprostředně, nikoliv prostřednictvím zvláštních norem prováděcích.“ – *ibidem*, s. 49 an.

<sup>117</sup> KREJČÍ, J. *Positivně-právní předpoklady demokratického státního zřízení. Moderní stát*. 1937, roč. 10, s. 129 an.

<sup>118</sup> *Ibidem*, s. 138.

čených svobod občanských, může k návrhu některého z činitelů, oprávněných činiti návrh na ústavní soud, býti předmětem rozhodování ústavního soudu a tímto zrušen jako protiústavní.<sup>119</sup> Později tato svá tvrzení rozšiřuje i na obecné soudnictví, a to následujícím způsobem: V knize o legalitě (právnosti) z roku 1931 nejdříve teoreticky postuluje zásadu právnosti jako „redukovatelnost aktu, ať nepřímou nebo přímo, na nejvyšší pozitivně právní normu“,<sup>120</sup> kterou je mu pochopitelně ústava. Tato zásada je podle něj teoretická, tudíž platí pro každý právní řád – bez ní by totiž dle Krejčího nebylo možné přičítat nějaký akt (zákonodárný, správní, soudní) státu a chápat ho jako součást právního řádu. Zde se již dle mého názoru projevuje Krejčího normativismus, který u něj nabýval na významu stále silněji (ač nebyl Weyrovým přímým žákem).<sup>121</sup> Z této zásady sice může konkrétní právní řád stanovit výjimky, musí tak však učinit výslovně. „*Neboť jestliže konkrétní ústava nezakazuje soudům zkoumati platnost zákonů, pak kterýkoli akt státních orgánů může býti soudem přezkoumán po stránce odvoditelnosti z ústavy a prohlášen za právně bezúčinný, není-li tato odvoditelnost zjištěna*“.<sup>122</sup> Krejčí pak pokračuje ještě dále: „*Protiprávnost legislativního aktu může býti dána i tehdy, když zvláštní pozitivní předpis vylučuje jakékoliv přezkoumávání zákonů, když tedy právnost legislativních aktů není nikterak právně garantována. V takovém případě jsou sice všechny státní orgány nuceny nakládati s vadnými legislativními akty jako s regulárními legislativními akty, tedy uznávají je jako závazné normy – [...] – ale právní věda nemůže tyto akty vzhledem k jejich rozporu s právními normami, které určují jejich obsah nebo formu, kvalifikovati jinak, než jako akty protiprávné*“.<sup>123</sup> Na konci knihy pak celkem pochopitelně dovozuje, že nejvhodnější garance právnosti všech státních je přezkum nezávislými soudy. Právnost státních aktů má tedy pro Krejčího takové radikální důsledky, že vše v hierarchii norem od těch konkrétních (individuální rozhodnutí) až po obecné (zákony) má být v souladu s vyššími normami ústavními a když ne, pak je to právně neplatné, a to minimálně pro právní vědu (když by chtěl dopad této zásady pro praxi zákonodárce zmírnit stanovením výjimek). Právnost pak mají kontrolovat soudy, a to i obecné, pokud jim to zákonodárce výslovně nezakáže. Pro základní práva to znamená, že i tato práva se stávají jedním z kritérií právnosti, tudíž jsou soudy povinny neaplikovat jakýkoli právní akt jako neplatný (pokud jim to zákonodárce výslovně nezakáže), pokud těmto základním právům odporují.

Jaké pak má zásada právnosti dopad pro československé právo a především pro ústavní soud, se snaží Krejčí postihnout v následující knize o soudním přezkumu zákonů. V úvodu především upozorňuje na to, jak aktuálně narůstá role ústavního soudnictví především při ochraně základních práv: „*Moderní stát, ať již je nazýván státem sociálním, hospodářským nebo totálním na rozdíl od neutrálního (neintervenujícího) státu liberálního 19. století zasahuje stále více do sféry individua, rozšiřuje svou působnost na obory, ve kterých se uplatňovala dosud svoboda jednání jednotlivců, zkrátka státní moc omezuje ve značné míře*

<sup>119</sup> KREJČÍ, J. *Základní práva občanská a rovnost před zákonem*, s. 34.

<sup>120</sup> KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 19.

<sup>121</sup> Weyr ho nicméně za svého žáka i za normativistu považoval – viz WEYR, F. *Teorie práva*, s. 373, a WEYR, F. *Paměti 2 – Za republiky (1918–1938)*, s. 100: „[...] Krejčí sám netajil se nikdy svým žákovským poměrem ke mně a svou příslušností k brněnské škole normativní. Jeho nesporného teoretického nadání, které projevil v řadě samostatných spisů, vážil jsem si vždy upřímně, i když jsem byl jinak jeho přílišnou a všestrannou ambicí poněkud odpuzován.“ I Neubauer v recenzi právě na *Zásadu právnosti* píše: „V celku pak ještě pozorovati, že Krejčí, jak způsobem svého právníckého myšlení, tak hodnocením autorů, k jichž mínění se v té které otázce přidává, přibližuje se – ať úmyslně nebo mimoděk – stále více škole normativní, takže dnes lze ho téměř již pokládati za jednoho z jejich stoupenců.“ Viz NEUBAUER, *Časopis pro právní a státní vědu*. 1932, roč. 15, s. 57.

<sup>122</sup> KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 20.

<sup>123</sup> *Ibidem*, s. 34.

*individuum, jehož přirozená svoboda jednání se zužuje*.<sup>124</sup> Tyto zásahy se dějí především zákonodárstvím, a proto je „nasnadě, že rozvoj zákonodárství sociálního státu vyvolává daleko větší možnost konfliktu obyčejného zákonodárce s principy obsaženými v katalogu základních práv, kterýžto konflikt může zase býti tím větší, čím obsáhlejší je katalog základních práv konkrétní ústavy a čím více politické a hospodářské poměry určitého státu vynucují dalekosáhlou zákonnou reglementaci různých dosud právně neupravených oborů“.<sup>125</sup> Ochranu základním právům proti zákonodárci samému (na něhož již nelze pohlížet jako na toho, kdo nejlépe ochrání práva jednotlivců) pak Krejčí nespátňuje v institutu hlavy státu (jako třeba Schmitt), ale naopak v soudní kontrole ústavnosti, která vyplývá z právně-teoretického principu (v souladu s tím, co dovodil v *Právnosti*), „podle něhož každý orgán provádějící právní normu má, pokud právní řád neustanovuje jinak, právo a povinnost přesvědčiti se, je-li norma, kterou má prováděti, normou ve smyslu právního řádu, t. j. ve smyslu všech právních norem, které prováděnou právní normu formálně i materiálně determinují, a odmítnouti aplikaci této normy jako neplatné, shledá-li, že norma nemá takové vlastnosti.“<sup>126</sup> Tento princip (který je jen jinou formulací jeho zásady právnosti) pak aplikuje Krejčí ve druhé části svých *Principů* na československé právo: Pokud jde o obecné soudnictví, konstatuje, že § 102 úst. listiny<sup>127</sup> je právě normou pozitivního práva, jež vyloučila obsahové (materiální) zkoumání ústavnosti obecnými soudy (které nazývá „diffusním“ či akcesorickým zkoumáním), protože jim výslovně ponechala jen zkoumání formální (náležitosti promulgace zákona). Naopak ústavní listina zachovala zkoumání koncentrované, které svěřila ústavnímu soudu, přičemž pro stanovení jeho pravomoci jsou podle Krejčího klíčová ustanovení čl. I., II., III. a VII. uvozovacího zákona k ústavní listině. Podle Krejčího tím, že čl. VII. odst. 1 uvozovacího zákona výslovně prohlásil za součást ústavní listiny články I., II. a III. odst. 1 tohoto zákona,<sup>128</sup> mají tyto právní sílu ústavního zákona, a proto měly být při vzniku zákona o ústavním soudu č. 162/1920 Sb. z. a n. brány v potaz, což se dle Krejčího v úplnosti nestalo:<sup>129</sup> Z čl. I. odst. 1 uvozovacího zákona<sup>130</sup> dovozuje, že zákony odporující ústavě by měly být neplatné již od počátku jejich vyhlášení (*ab initio*) a nikoli až vyhlášením nálezu ve Sbírce zákonů a nařízení, jak stanoví § 20 zákona 162/1920 Sb. z. a n.<sup>131</sup> Dále jsou podle Krejčího problematické § 9 a § 12 téhož zákona, protože první z nich příliš omezuje okruh orgánů, jež mohou iniciovat řízení před ústavním soudem<sup>132</sup> a druhý limituje lhůtu pro podání návrhu na přezkum ústavnosti zákona

<sup>124</sup> KREJČÍ, J. *Principy soudcovského zkoumání zákonů v právu československém*, s. 9.

<sup>125</sup> *Ibidem*, s. 10. Některé postřehy o kvalitě této zákonné reglementace znějí aktuálně i dnes: „K faktu, že soudobý stát zasahuje svým zákonodárstvím hluboce do dosud nedotčené sféry individua, přistupuje skutečnost, že zákonodárství moderního státu je dosti těžce kompromitováno po stránce vnitřní hodnoty, ať již nedokonalostí právnětechnickou, která je z valné části zaviněna ne ani tak nedostatečnou kvalifikací zákonodárců jako hyperprodukcí v zákonodárné tvorbě, nebo nedokonalostí právně ideovou, t. j. imperativy zákonů, které jsou často ve zřejmém rozporu s ideou práva a tedy akty libovůle. Příčinou toho je, že zákon je zhusta projevem moci bezohledné majority nebo výsledkem nezdravého politického kompromisu.“ – viz *ibidem*, s. 11 an.

<sup>126</sup> *Ibidem*, s. 19.

<sup>127</sup> „Soudcové mají právo, řešice určitou právní věc, zkoumati platnost nařízení; při zákoně mohou jen zkoumati, byl-li řádně vyhlášen (§ 51).“

<sup>128</sup> Ustanovení článku I., II., III., 1. odst., a VI. tvoří součást ústavní listiny podle § 33 této listiny.

<sup>129</sup> Názory o jisté „nepodařenosti“, či dokonce protiústavnosti zákona o ústavním soudu s Krejčím sdílel nejen výše zmiňovaný Sander, ale i jiní prvorepublikoví autoři jako Adamovich, Adler či Harry Klepetář. Viz OSTERKAMP, J. Ústavní soudnictví v meziválečném Československu. *Právník*. 2007, roč. 146, s. 599.

<sup>130</sup> Zákony odporující ústavní listině, jejím součástkám a zákonům ji měnícím a doplňujícím jsou neplatné.

<sup>131</sup> Uveřejnění nálezu ve Sbírce zákonů a nařízení má ten účinek, že ode dne uveřejnění zákonodárné sbory, vláda, všechny úřady a soudy jsou nálezem vázány. Viz KREJČÍ, J. *Principy soudcovského zkoumání zákonů v právu československém*, s. 93.

<sup>132</sup> Těmito orgány jsou nejvyšší soud, NSS, volební soud, každá z komor Národního shromáždění a sněm Podkarpatské Rusi (který byl ustaven až ústavním zákonem 328/1938 Sb. z a n.).

na tři roky od vyhlášení zákona. Ve vztahu k prvnímu ustanovení argumentuje, že je málo pravděpodobné očekávat, že by komory, které se na potenciálně protiústavním zákoně usnesly, měly zájem na jeho přezkumu ústavním soudem, protože i když si lze teoreticky představit, že by senát mohl chtít přezkum zákona v situaci, kdy byl přehlasován poslaneckou sněmovnou při jeho přijetí, prakticky mají obě komory velmi podobné složení (vyplývající i z toho, že jsou obě voleny systémem poměrného zastoupení) a jsou vlastně ovládány stejnými politickými stranami.<sup>133</sup> Pokud jde o vysoké soudní instance, podle Krejčího by dávalo smysl, kdyby tyto soudy mohly přerušit řízení v konkrétní věci, iniciovat přezkum zákona, který má být ve věci použit, a pokračovat pak v řízení po rozhodnutí ústavního soudu (tedy postup, který se blíží současné české úpravě).<sup>134</sup> Úprava v zákoně o ústavním soudu však takový postup vylučuje, takže dle Krejčího nemají nejvyšší soud, NSS a volební soud mnoho „pobídek“ k tomu, aby návrh ústavnímu soudu podaly.<sup>135</sup> Podobně „paralyzujícím“ způsobem pak podle Krejčího působí i tříletá lhůta v § 12 zákona 162/1920 Sb. z. a n., který je podle Krejčího sám protiústavní – z absolutní neplatnosti protiústavního zákona od počátku dle čl. I. uvozoovacího zákona (Krejčí hovoří o zmatečnosti) tak nejdříve učinil § 20 zákona 162/1920 Sb. z a n. pouhou zrušitelnost zákona, aby z ní § 12 téhož zákona fakticky vytvořil časovým omezením nenaříkatelnost.<sup>136</sup> Z Krejčího právněteoretického postulátu (zásady právnosti) konečně vyplývá i to, že uvozovací zákon nechtěl zúžit rozhodování ústavního soudu na otázky materiální, ale chtěl zachovat i jeho právo zkoumat vady formální, tedy vady legislativního řízení – proto jsou zejm. § 11 a § 18 zákona o ústavním soudě protiústavní.<sup>137</sup>

Kvůli směsici protiústavnosti a omezení návrhového práva k ústavnímu soudu se tedy stala kontrola ústavnosti v Československu podle Krejčího čistě iluzorní záležitostí, což se v posledku dotýká i ochrany základních práv. Krejčí proto navrhuje *de lege ferenda* změny celého systému kontroly ústavnosti v Československu (ačkoli si nedělá iluze, že by byly skutečně provedeny)<sup>138</sup> – koncentrovaný model by měl být nahrazen modelem incidenčního zkoumání ústavnosti všemi soudy. Pokud by toto řešení neuspělo a koncentrovaný model by byl zachován, navrhuje, aby řízení před ústavním soudem bylo zahajováno z moci úřední a provedeno do jednoho měsíce po vyhlášení zákona; pokud by ani tento návrh nezískal podporu, pak by mělo být právo podat návrh k ústavnímu soudu rozšířeno na všechny soudy, právnické fakulty a menšiny sněmoven. Zároveň by měl být ústavní soud obsazen soudci, kteří by působili pouze na něm (aby byla posílena nezávislost ústavního soudu), a jmenování těchto soudců by mělo být samozřejmě zbaveno jakéhokoli politického vlivu. V této souvislosti je zajímavé, že Krejčí neuvažuje o nějaké možnosti jednotlivců iniciovat řízení před ústavním soudem (typicky po vzoru tehdejšího rakouského ústavního soudu), i když na samotném ústavním soudu tyto návrhy zazněly.<sup>139</sup>

<sup>133</sup> KREJČÍ, J. *Principy soudcovského zkoumání zákonů v právu československém*, s. 109 an.

<sup>134</sup> *Ibidem*, s. 111.

<sup>135</sup> *Ibidem*, s. 115.

<sup>136</sup> *Ibidem*, s. 117 an.

<sup>137</sup> *Ibidem*, s. 104. Krejčí má na mysli znění § 11 obsahující slova „*kteřá ustanovení určitého zákona odporují kterému ustanovení určitého zákona ústavního*“, respektive obdobné znění § 18. Právě proto, že v případě zkoumání vad legislativního řízení nelze říci, která ustanovení určitého zákona odporují kterým ustanovením zákona ústavního (vadný je proces, nikoli obsah), jde podle Krejčího o ustanovení protiústavní.

<sup>138</sup> *Ibidem*, s. 121 an.

<sup>139</sup> Soudce ústavního soudu (a oborový přednosta ministerstva vnitra) Bedřicha Bobek připravil zprávu, jež navrhovala změnu kompetencí, aby ústavní soud mohl rozhodovat o stížnostech na porušení základních práv jako jeho rakouský protějšek. Tato iniciativa však neprošla ani v plénu ústavního soudu a definitivně byla zamítnuta již v květnu 1924 – viz LANGÁŠEK, T. *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 100 an.

Možná měl za to, že incidenční kontrola ústavnosti, kterou preferoval, činí takový institut zbytečným.

Čtenář by se mohl zeptat, proč je v práci o základních právech věnováno tolik místa fungování (či spíše nefunkčnosti) tehdejšího ústavního soudu. Dle mého názoru je to vhodné proto, aby bylo vidět, jak progresivně Krejčí v této době uvažoval, protože si uvědomoval úzkou souvislost mezi významem základních práv a ústavním soudnictvím – nejenže nakonec došel k tomu, že (řeceno dnešním slovníkem) „podstata a smysl“ základních práv jsou nezrušitelné a z ochrany základních práv učinil jeden z hlavních cílů ústavního soudnictví (jak jsme viděli výše), ale jeho reformní návrhy jsou často radikálnější, než je třeba současná česká úprava ústavního přezkumu.<sup>140</sup> Historik by si asi měl odpustit uvažování ve stylu „co by, kdyby“, ale právní teoretik by se snad mohl dopustit spekulace, jak by asi mohlo vypadat ústavní soudnictví v předválečném Československu, kdyby mladá republika neskončila již po pouhých dvaceti letech Mnichovem (respektive ústavními zákony č. 299/1938 Sb. z a n., 328/1938 Sb. z a n. a tzv. velkým zmocňovacím zákonem 330/1938 Sb. z a n., které můžeme chápat jako skutečnou ústavu tzv. druhé republiky) a alespoň některé méně radikální Krejčího návrhy na reformu ústavního soudnictví byly uskutečněny. Možná bychom po roce 1991 mohli navazovat na silnější domácí tradice ústavního přezkumu (které by snad byly i progresivnější, než byl tehdejší evropský standard) a možná bychom za jejich vytvoření vděčili právě Jaroslavu Krejčímu, jenž se místo toho do našich skutečných dějin zapsal spíše jako kolaborant než jako progresivní konstitucionalista.

Ačkoli tedy Krejčího názory na soudní kontrolu ústavnosti považují osobně za progresivní, nemohu zároveň pominout některé problémy, které se s nimi pojí. Za největší problém považuji Krejčího právněteoretický postulát (jeho zásadu právnosti), že každý orgán má, *pokud to není výslovně pozitivním právem zakázáno*, v pozitivním právu povinnost zkoumat, zda nižší norma neodporuje vyšší,<sup>141</sup> protože tento postulát naráží na jiný, totiž na postulát, že orgány veřejné moci mají jednat *jen na základě výslovného dovolení*, který Krejčí také uznává. Zdá se mi zajímavé, že Krejčí později oba postuláty chápal nikoli jako stojící v konfliktu, ale jako postuláty vzájemně se doplňující: „*Praví-li zásada právnosti, že nelze státu přičítati akty, které se neopírají o právní řád, pak z ní plyne, že tím méně lze přičítati státu ty akty, které ukládají povinnosti individuu, aniž by se opíraly o právní řád. To znamená: kde právní řád neautorisuje veřejnou moc k zásahu, platí svoboda jednotlivce, kterou veřejná moc nemůže omeziti. Jinými slovy: veřejná moc může činiti jen to, co jí právní řád dovoluje, jednatelce vše, co mu právní řád nezakazuje. Rovněž není v moci právní*

<sup>140</sup> Současné úpravě ústavního soudnictví v ČR se podobají Krejčího návrhy, aby všechny soudy měly možnost přerušit řízení v konkrétní věci a iniciovat řízení před ústavním soudem nebo aby návrh mohly podat menšiny obou sněmoven. Jeho návrh na zkoumání zákona do jednoho měsíce od vyhlášení se zase blíží praxi francouzské Ústavní rady (když pomineme fakt, že řízení před Ústavní radou je zahajováno před vyhlášením zákona – jednoměsíční lhůta je však stejná), na níž se často uvažovalo i o tom, že by přezkum zákonů byl zahajován i z moci úřední – viz např. SCHNAPPER, D. *Une sociologue au Conseil constitutionnel*. Paris: Galimard, 2010, zejména s. 110 an. Návrhy na difúzní či incidenční model ústavního přezkumu možná někomu u nás mohou připadat jako zbytečné (když máme funkční koncentrovaný model kontroly ústavnosti), ale mohou se „hodit“, když si povšimneme např. úplné „paralyzace“ koncentrovaného ústavního soudnictví v současném Polsku, kdy se jako řešení tohoto stavu donedávna nabízel právě incidenční přezkum ústavnosti obecnými soudy s nejvyšším soudem v čele – dokud nebyl podobně „paralyzován“ i polský nejvyšší soud a ohrožena nezávislost celého obecného soudnictví. K tomu viz např. příspěvek Moniky Florczak-Wator *Direct application of the Polish Constitution: one solution to the constitutional crisis?* přednesený na konferenci *Constitutional Review in the Visegrad countries: In-Between Impressions and Reality*, která se konala 27. října 2017 na pražské právnické fakultě.

<sup>141</sup> Viz citace z KREJČÍ, J. *Principy soudcovského zkoumání zákonů v právu československém*, s. 20 u poznámky pod čarou výše č. 122.



*úpravy, aby platnost tohoto pravidla obrátila.*<sup>142</sup> Krejčí tedy vyhrazuje orgánům veřejné moci aplikujícím právo zkoumání toho, zda v hierarchii nižší normy neodporují nejvyšším ústavním normám, *pokud tím chrání jednotlivce*, který je nadto ještě chráněn zásadou legální licence, a snad si dostatečně neuvědomuje, že dovolit veřejné moci, aby jednala i tehdy, když to není zakázáno, může *znamenat ohrožení jednotlivce – typicky jiného jednotlivce, který má právní zájem na vyřešení případu podle potenciálně neústavní normy proto, že o její neústavnosti třeba ani neuvažoval a jednal v důvěře v ní*. Snad je tento problém dostatečně zřejmý z následujícího příkladu: Kdyby opravdu platila Krejčího zásada právnosti, pak by nejen obecné soudy, ale i správní úřady měly zkoumat, zda normy, které mají ke svému rozhodnutí použít, neodporují normám vyšším, typicky ústavním, pokud by to neměly vyššími normami, typicky ústavními, výslovně zakázáno. V kontextu čl. 95 odst. 1 dnešní české ústavy by to pak znamenalo, že její znění by se mělo vykládat tak, že nejen soudy ale i správní úřady jsou oprávněny posoudit soulad jiného právního předpisu se zákonem – argument *a contrario* by se tedy na čl. 95 odst. 1 ústavy nepoužil a místo něj by se měla použít analogie, protože ústava takové „úřednické právo zkoumací“ výslovně nezakazuje a § 2 odst. 1 současného správního řádu 500/2004 Sb. v platném znění by se nepoužil, protože by odporoval právě zásadě právnosti.<sup>143</sup> Kámen úrazu podle mého leží v tom, že svou zásadu právnosti Krejčí zformuloval příliš vyhoceně a bez zřetele k tomu, že to, co je v souladu s vyššími normami a co nikoli, není vůbec právně-logický problém, ale problém interpretační a nakonec i hodnotový – k čemu by ostatně bylo dobré mít orgány, které o souladu nižších norem s vyššími rozhodují, kdyby opravdu šlo o problém řešitelný logikou, tedy i bez rozhodování těchto orgánů?

## Závěr

Jako jistý epilog za otázkou právního významu základních práv v první československé republice bychom mohli vnímat založení nové rubriky (pro krátké texty spíše publicistického charakteru) v časopise *Moderní stát* s názvem *Ústavní svobody občanské v praxi* v roce 1938, kdy se již nad první republikou stahovala mnichovská mračna. Hlavním příspěvatelem této rubriky byl Josef Kliment, právní historik, pozdější politický sekretář prezidenta Háchy a předseda NSS od roku 1944, který se snad ještě nechvalněji než Krejčí zapsal do českého povědomí jako kolaborant. Hned v prvním krátkém textu píše Kliment o „*nezdařeném zákonu č. 162/20*“, „*u něhož se nabízí otázka jeho vlastní protiústavnosti*“,<sup>144</sup> a pokračuje konstatováním, že pokud jde o veřejná subjektivní práva „*presumpce musí v demokratickém zřízení mluvit pro jednotlivce, jehož posici lze jen ad hoc omezovat*“.<sup>145</sup> Později své krátké texty věnuje mj. tomu, že mnohá ustanovení ústavní listiny jsou přímo aplikovatelná, což dokazuje na judikatuře NSS,<sup>146</sup> nebo že „*jest ústavní svobodou, že o ústavě možno rozhodovati jen zvláštním zákonodárstvím. Proto ústava nesnáší vůbec představu jakéhokoli zmocňovacího zákonodárství*“, což dokazuje na příkladu Rakouska, které se v roce 1934 tak „*oslabilo*“ v důsledku zmocňovacího zákona, podle něhož ústavu mohla

<sup>142</sup> KREJČÍ, J. *Právní jevy v čase (Právně-teoretická studie)*. Praha: Moderní stát, 1937, s. 20.

<sup>143</sup> Srov. k tomu např. jeden komentář k § 95 české ústavy, který nějaké „úřednické právo zkoumací“ odmítá – viz MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. Čl. 95. In: SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 1094.

<sup>144</sup> KLIMENT, J. Starosti s ústavním soudem. *Moderní stát*. 1938, roč. XI, s. 22.

<sup>145</sup> KLIMENT, J. Veřejná subjektivní práva v demokracii. *Moderní stát*. 1938, roč. XI, s. 23.

<sup>146</sup> KLIMENT, J. Ústava není pouhým programem, nýbrž zákonem. *Moderní stát*. 1938, roč. XI, s. 145 an.

měnit vláda samotná, že se stalo snadnou kořistí Německa po anšlusu v roce 1938<sup>147</sup> – jako by již bylo jasné, že se nezadržitelně blíží tzv. velký zmocňovací zákon z prosince 1938, který „otevře dveře“ pro vyhlášení protektorátu v březnu 1939.

Abych však zakončil shrnutím výše představených názorů: Pro československou meziválečnou právní vědu základní práva nebyla zásadním tématem (čemuž se nelze příliš divit, protože nejspíše teprve mezinárodněprávní zakotvování lidských práv po druhé světové válce vede k vysokému zájmu o tuto problematiku) a autory, kteří se jejich právnímu významu věnovali, lze rozdělit do tří skupin. První skupinu tvoří ti, kteří se o tomto významu vyjadřují značně skepticky (v tomto článku tuto skupinu zastupují především Vavřínek a Weyr), přičemž zejména Weyr formuloval řadu argumentů, proč jsou základní práva pouhými „monology zákonodárce“. Snažil jsem se ukázat, že Weyrova skepse nepramení z jeho normativismu (to by pak byl podobným skeptikem třeba i Jaroslav Krejčí), ale dle mého názoru spíše z toho, že Weyr v mnohém navazuje na německou a rakouskou nauku veřejného práva 19. století (což jsem se snažil ukázat především pomocí extenzivních citací z díla Jiřího Pražáka a uváděním názorů i jiných představitelů této nauky). Výše jsem se s většinou Weyrových argumentů o bezvýznamnosti základních práv pokusil teoreticky vypořádat tak, že jednomu z nich jsem dal za pravdu (argument, že je mnohdy nejasné, která porušení objektivního práva jsou zároveň porušeními subjektivního práva konkrétního jednotlivce – tento argument však nemíří nijak na specifický problém právního významu základních práv), zatímco ostatní podle mého většinou stojí na podceňování toho, že katalog základních práv v ústavě má vyšší právní sílu, a proto tvoří mez pro „obyčejné“ zákonodárství, což může být prakticky významné pro soudní kontrolu ústavnosti. Druhá skupina názorů představuje dle mého mínění „hlavní proud“ meziválečné československé právní vědy (reprezentovaný zde názory Hoetzela, Joachima, Baxy, Horáčka mladšího, Sedláčka, Pešky, Adlera a Sandera), nevěnoval základním právům přílišnou pozornost (s výjimkou Horáčka mladšího a Sedláčka), ale na druhou stranu také odmítal názory autorů první skupiny o jejich právní bezvýznamnosti. Za daleko důležitější než teoretizování o právním významu základních práv pokládal „hlavní proud“ znění příslušných paragrafů katalogu a aplikaci katalogu (typicky soudní), takže rozlišoval mezi různým právním významem různých práv obsažených v katalogu. Konečně třetí skupinu autorů dle mého názoru představuje Jaroslav Krejčí, protože pouze on věnoval základním právům vysokou pozornost (ztělesněnou v jeho monografii z roku 1929), postupně se dopracoval až k názoru, že základní práva jsou v demokratickém státě *ve své podstatě* nezrušitelná i neomezitelná a konečně pouze on se podrobněji zamýšlel nad tím, jak se základní práva mohou stát důležitým kriteriem přezkumu ústavnosti tehdejšími ústavními soudem nebo obecnými soudy (pokud by byly realizovány jeho návrhy na zavedení difúzního či incidenčního modelu kontroly ústavnosti), čímž do velké míry předjímal úzkou souvislost mezi základními právy a ústavním soudnictvím. Ačkoli jsem výše formuloval námitku proti Krejčího velmi široce pojaté tzv. zásadě právnosti (protože dle mého názoru stojí na tom, že státní moci je dovoleno i to, co jí není výslovně zakázáno, což Krejčí jinde sám popírá), domnívám se, že právě Krejčího názory představovaly v meziválečné právní vědě jeden z nejprogresivnějších proudů, který – kdyby nebyl přerušen neblahými dějinnými událostmi Mnichova a protektorátu – mohl založit vlastní tradici právního významu základních práv a jejich role při přezkumu ústavnosti, na níž se mohlo dodnes navazovat.

<sup>147</sup> KLIMENT, J. Přímá ústavnost jest garancí státní samostatnosti. *Moderní stát*. 1938, roč. XI, s. 80 an.

Na závěr bych ještě zdůraznil, že názor o tom, že základní práva nemají v meziválečné době právní význam, je podle mého soudu chybný, protože jak názory „hlavního proudu“, tak třeba i soudní praxe (především NSS) jej zřetelně vyvracejí. Konečně je třeba říci, že všichni zde prezentovaní autoři (snad s výjimkou Sandera) jsou právními pozitivisty, takže činit nějaké úvahy typu „právní pozitivisté snižují význam základních práv a jen iusnaturalisté jim připisují ten pravý a vysoký význam“ považují za příliš zjednodušující – uvědomme si ostatně, že přirozené právo může být i to postavené na „krvi a půdě“ a že právní pozitivismus se může dobře „snoubit“ s hodnotami jako jsou právě demokracie nebo svoboda, pokud společenské praxi na těchto hodnotách opravdu záleží – což nebylo samozřejmé ani v meziválečném Československu a není to samozřejmé ani dnes.

# Legitimace v řízení o žalobách na náhradu škody v soutěžních věcech

Lucie Kuncová\*

**Abstrakt:** Identifikace žalobce (poškozeného) a žalovaného (škůdce) v řízení o žalobách na náhradu škody způsobené uzavřením zakázané dohody nebo zneužitím dominantního postavení je hlavním cílem tohoto článku. První část se věnuje postavení žalobce a jeho aktivní legitimaci k náhradě škody. Zabývá se výkladem pojmu „každý“ a skupinou osob jako jsou účastníci zakázané dohody, deštníkoví žalobci a nepřímí odběratelé. Součástí příspěvku je rovněž krátká úvaha nad možnou limitací okruhu potenciálních žalobců. Druhá část je zaměřena na určení žalovaného a osoby povinné k náhradě škody. Porušitelem unijního a vnitrostátního soutěžního práva, který způsobil škodu, je „podnik“ (soutěžitel) ve smyslu soutěžního práva EU, který se často skládá z několika fyzických či právnických osob, např. mateřských a dceřiných společností. Určení konkrétní osoby (či osob) v rámci soutěžitele povinné k náhradě škody je proto klíčové. Přičtení odpovědnosti mateřské společnosti za faktické protiprávní jednání společnosti dceřiné je běžně používáno v oblasti veřejnoprávního prosazování soutěžního práva. V příspěvku je poukázáno na několik možností, které mohou české civilní soudy využít, přičemž z důvodu naplnění principu právní jistoty a jednotné aplikace právního řádu je jako vhodnější navrženo užití veřejnoprávních pravidel i v rámci soukromoprávního vymáhání soutěžního práva. Právní i ekonomické argumenty pro vtažení těchto pravidel do českého civilního práva reflektují požadavky unijní směrnice č. 2014/104/EU a příslušná ustanovení zákona č. 262/2017 Sb., který tuto směrnici implementuje do českého právního řádu, i relevantní judikaturu SDEU a principy unijního práva.

**Klíčová slova:** směrnice 2014/104/EU, soukromoprávní vymáhání soutěžního práva, žaloby na náhradu škody, aktivní a pasivní legitimace, škůdce a poškozený, přičitatelnost, delikt ní odpovědnost

## Úvod

Adresáty zákona č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže („zákon č. 262/2017 Sb.“, „ZNŠOHS“), jsou primárně *škůdci*, kteří porušili soutěžní právo, a *poškození*, kterým vznikla škoda. Identifikace možného okruhu aktivně a pasivně legitimovaných osob v řízení o žalobách na náhradu škody způsobené protisoutěžní dohodou nebo zneužitím dominantního postavení může v praxi působit nemalé obtíže. Soutěžní právo se vyznačuje určitými specifiky, která je třeba mít na paměti již před samotným podáním žalobního návrhu.

Podle rozhodovací praxe Soudního dvora EU („SDEU“)<sup>1</sup> má *každý*, kdo je poškozen na svých právech porušením soutěžního práva, právo domáhat se náhrady škody. V první části tohoto příspěvku se proto zaměřím na výklad pojmu „každý“ a na konkrétní skupiny osob, jejichž legitimaci se SDEU zabýval – jedná se o vzájemné nároky na náhradu škody stran zakázané dohody a dále o nároky tzv. deštníkových žalobců. Pozastavím se také nad problematikou přenosu škody navýšením cen a nároky nepřímých zákazníků, kterou výslovně zakotvuje zákon č. 262/2017 Sb. V závěru poukážu na případnou limitaci okruhu možných žalobců (poškozených).

\* Mgr. Lucie Kuncová, M.Jur, je doktorandkou na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze a asistentkou soudce Nejvyššího správního soudu. E-mail: lucie.kuncova@centrum.cz

<sup>1</sup> Podle čl. 19 odst. 1 SEU se Soudní dvůr Evropské unie („SDEU“) skládá ze Soudního dvora („ESD“), Tribunálu a specializovaných soudů.

Ve druhé části se budu věnovat možným úskalím při identifikaci žalovaného, respektive osoby povinné k náhradě škody (škůdce). Označení určitého subjektu jako žalovaného může ovlivnit nejen příslušnost soudu v rámci EU, ale i celkovou úspěšnost uplatněného nároku a budoucí dobytost přiznané náhrady škody. *Podnik (soutěžitel)* ve smyslu jedné hospodářské jednotky, který poruší soutěžní právo, se často skládá z několika fyzických anebo právnických osob, tj. typicky mateřských a dceřiných společností. Která z nich však bude povinna k náhradě škody? Může mateřská společnost deliktně odpovídat i za škodu, kterou svým jednáním *fakticky* způsobila společnost dceřiná? Lze pravidla vytvořená doktrínou a judikaturou SDEU v oblasti veřejnoprávního prosazování soutěžního práva aplikovat i v soukromém právu? Při nalézání odpovědí na tyto otázky poukážu na přístup některých zahraničních jurisdikcí i na nově položenou předběžnou otázku ve věci *Skanska*.

Zodpovězení otázky „*Kdo může být v řízení o žalobě na náhradu škody v soutěžních věcech žalobcem a kdo žalovaným?*“ bude hlavním cílem tohoto článku. Zohledním přitom nejen českou právní úpravu, ale také požadavky směrnice č. 2014/104/EU, o některých pravidlech při vymáhání náhrady škody způsobené porušením čl. 101/102 SFEU a/nebo jejich vnitrostátních ekvivalentů,<sup>2</sup> která byla implementována do českého právního řádu zákonem č. 262/2017 Sb., a relevantní judikaturu SDEU. Výstupem bude návrh řešení shora nastíněných problémů, který by mohl usnadnit nejen pozici poškozeného při formulaci jeho žalobního návrhu a žalovaného při uplatnění jeho obran, ale i civilních soudů, které budou nuceny vypořádat námitky žalobce a žalovaného ohledně chybějící legitimity jedné či druhé strany sporu.

## 1. Právní rámec

Zákaz uzavírání protisoutěžních dohod a zákaz zneužití dominantního postavení je obsažen v čl. 101 a 102 Smlouvy o fungování Evropské unie („SFEU“). Vnitrostátní ekvivalenty těchto ustanovení jsou obsaženy v § 3 a 11 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů („ZOHS“). Porušení těchto pravidel zpravidla vede ke vzniku rozsáhlých škod, které mohou mít i přeshraniční dopady. V případech s unijním prvkem<sup>3</sup> má poškozený právo domáhat se náhrady škody u příslušného soudu některého z členských států EU. V České republice je takovým soudem v prvním stupni krajský soud, který projednává také nároky související s porušením vnitrostátních právních předpisů o hospodářské soutěži.<sup>4</sup>

Uplatňování škodních nároků v oblasti soutěžního práva se dříve řídilo výlučně zákonem č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád („o. s. ř.“), a obecnou právní úpravou povinnosti k náhradě škody způsobené porušením zákonné povinnosti podle § 2990 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník („o. z.“). Přijetí ZNŠOHS lze považovat za významný milník při soukromoprávním vymáhání soutěžního práva, neboť obsahuje speciální pra-

<sup>2</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/104/EU ze dne 26. 11. 2014 o určitých pravidlech upravujících žaloby o náhradu škody podle vnitrostátního práva v případě porušení právních předpisů členských států a Evropské unie o hospodářské soutěži, OJ L 349, 5. 12. 2014, s. 1–19 („směrnice“, „směrnice č. 2014/104/EU“).

<sup>3</sup> Unijní prvek je u určité zakázané praktiky dán především tehdy, lze-li v dané věci dovodit alespoň potenciální vliv protisoutěžního jednání na obchod mezi členskými státy; dominantní postavení musí být na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části (k tomu srov. KINDL, J. *Komentář k § 1*. In: KINDL, J. – MUNKOVÁ, J. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, nebo KINDL, J. *Pojem narušení hospodářské soutěže – obecná východiska a konkrétní praxe. Právní rozhledy*. 2005, č. 10, s. 343). V takovém případě je nutné aplikovat vedle vnitrostátního práva rovněž příslušný článek SFEU.

<sup>4</sup> Srov. § 9 odst. 2 písm. h) zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád; nyní také § 25 ZNŠOHS.

vidla hmotného i procesního práva v dané oblasti, např. řízení o zpřístupnění důkazních prostředků, výjimky ze společné a nerozdílné odpovědnosti za škodu, subjektivní promlčecí lhůtu v délce pěti let, vyloučení objektivní promlčecí lhůty či speciální pravidla pro uplatňování nároků ze strany nepřímých odběratelů.<sup>5</sup> Otázky neupravené v ZNŠOHS se nadále řídí o. z. a o. s. ř.

Cílem speciální právní úpravy je zejména usnadnění postavení poškozených při vymáhání škod vzniklých porušením soutěžních pravidel v řízení před civilními soudy. V ČR je tato oblast velmi málo rozvinutá, lze si proto slibovat, že cíl zamýšlený unijním zákonodárcem bude v budoucnu, více či méně, naplněn a že bude docházet k častějšímu uplatňování soutěžního práva i cestou soukromoprávní.

Nyní ale již zpět k hlavní otázce „*Kdo může být oním žalobcem (poškozeným) a kdo žalovaným (škůdce) v řízení o žalobě na náhradu škody v soutěžních věcech?*“.

## 2. Aktivní legitimace

Porušením soutěžních pravidel mohou být dotčeni na svých soukromých právech různí účastníci hospodářské soutěže,<sup>6</sup> ať již jsou vůči sobě navzájem v postavení konkurentů, přímých či nepřímých dodavatelů anebo odběratelů. Výjimkou nejsou ani případy, kdy náhradu škody požadují členské státy EU nebo Evropská komise („Komise“) jménem EU. Jako příklad může sloužit požadavek britské vlády na náhradu škody vyplývající z kartelu známého jako *Perindopril*, který se týkal evropských výrobců medikamentů proti vysokému krevnímu tlaku, nebo požadavek Komise na náhradu škody způsobenou výrobcí výta-hů Kone, Schindler, Otis a dalšími.<sup>7</sup> Znáмым případem kartelové dohody, která se negativně dotkla mnoha maloobchodníků, případně i konečných spotřebitelů napříč členskými státy EU, byla i dohoda o mezibankovních poplatcích mezi bankami *Mastercard* a *Visa*.<sup>8</sup> Negativní důsledky narušení hospodářské soutěže se často projevují i ve sféře konečných spotřebitelů, kteří čelí vyšším cenám, nižší kvalitě výrobků a služeb, nedostatečnému rozvoji inovací či omezenějšímu výběru mezi výrobky a službami. Vznik škody však hrozí také soutěžitelům, včetně konkurentů porušitele; tato škoda se nejčastěji projevuje ve ztrátě prodeje, respektive (budoucího) ušlého zisku.

Podle směrnice má *každý* právo požadovat náhradu škody způsobené porušením soutěžního práva.<sup>9</sup> Každým se rozumí kdokoliv, tj. jednotlivec, spotřebitel, podnik i orgán veřejné moci.<sup>10</sup> Směrnice uvádí, že aktivně legitimovanou k podání žaloby je kterákoliv *údajně poškozená strana*.<sup>11</sup> Jejím cílem je primárně zajistit, aby *všechny osoby, kterým byla způsobena škoda*, mohly požadovat náhradu škody v plné výši.<sup>12</sup> Směrnice na jiném místě

<sup>5</sup> K přehledu všech změn, které ZNŠOHS přináší, srov. PETR, M. Zákon o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže. *Antitrust*. 2017, č. 1, s. 4.

<sup>6</sup> Na některé kategorie možných poškozených upozornila ve svém článku již PIPKOVÁ, J. P. Nová úprava náhrady škody z protisoutěžních jednání I: Aktivní a pasivní legitimace a rozsah náhrady škody. *Obchodněprávní revue*. 2017, č. 11–12, s. 326.

<sup>7</sup> Dotčeným trhem byla v daném případě i Česká republika, není mi však známo, že by v současné době před českými civilními soudy probíhalo řízení o soukromoprávním nároku některého z poškozených subjektů.

<sup>8</sup> Ve Velké Británii jsou vymáhány škodní nároky ve věci *MasterCard a Visa* ve výši několik miliard liber. Srov. KUIJPERS, M. – TUINENGA, S. – WISKING, S. – DIETZEL, K. – CAMPBELL, S. – FRITZSCHE, A. Actions for Damages in the Netherlands, the United Kingdom, and Germany. *Journal of European Competition Law & Practice*. 2015, Vol. 6, No. 2, s. 13.

<sup>9</sup> Viz recitál 11 směrnice. Směrnice tuto povinnost stanoví výslovně na případy porušení čl. 101/102 SFEU ve spojení s vnitrostátními pravidly (v podmínkách ČR § 3 a 11 ZOHS).

<sup>10</sup> Viz recitál 3 směrnice.

<sup>11</sup> Viz čl. 2 odst. 4 směrnice.

<sup>12</sup> Viz čl. 1 odst. 1 směrnice.

výslovně uvádí, že aktivně legitimováni jsou jak přímí, tak nepřímí odběratelé neboli jakékoli články distribučního řetězce, na které byla škoda odsunuta.<sup>13</sup> Žalobu tedy mohou podat jak ti, kteří zboží nebo služby pořídili u porušitele, tak i odběratelé na dalších úrovních dodavatelského řetězce.<sup>14</sup>

Unijní zákonodárce dále přiznává legitimaci jakékoli fyzické či právnické osobě, která je právním nástupcem poškozené strany, včetně osoby, která tento nárok získala; výslovně tím připouští postoupení (cesi) soukromoprávního nároku.<sup>15</sup> Směrnice připouští, že aktivně legitimovanou může být i osoba, která jedná jménem jedné nebo více údajně poškozených stran, avšak pouze pokud právní předpisy členských států takovou možnost poskytují; bližší požadavky však nestanoví.<sup>16</sup> V právním řádu České republiky není při vymáhání škodních nároků vzniklých v důsledku porušení soutěžních pravidel dostupná hromadná, ani reprezentativní žaloba.<sup>17</sup> V této souvislosti je však nutno poukázat na probíhající připomínkové řízení k návrhu věcného záměru zákona o hromadných žalobách, který si klade jako ambici zavedení systému *opt-out*, což je v podmínkách evropské kontinentální právní kultury poněkud ojedinělé.<sup>18</sup>

Při vymezení okruhu subjektů, které se mohou domáhat účinků porušení čl. 101/102 SFEU, směrnice navazuje na *acquis communautaire*. V judikatuře SDEU lze vysledovat konkrétní případy zabývající se postavením určitých skupin osob. ESD se v minulosti zabýval aktivní legitimací a) strany zakázané dohody a b) deštníkových žalobců. Za pozornost stojí také legitimace c) nepřímých odběratelů porušitele soutěžního práva, kterou výslovně připouští směrnice i nový ZNŠOHS.

## 2.1 Strany zakázané dohody

ESD se v rozsudku *Courage*<sup>19</sup> zabýval nároky na náhradu škody účastníků participujících na dohodě zakázané čl. 101 odst. 1 SFEU.<sup>20</sup>

Společnost *Courage* zaujímala na trhu výroby piva ve Velké Británii podíl téměř 20 %. Součástí jejího koncernu byla také společnost IEL, která pronajímala hostince. Všichni nájemci těchto prostor museli nakupovat pivo výlučně od společnosti *Courage* za předem stanovené ceny; nájemní smlouva nemohla být v tomto ohledu jakkoliv změněna. Pan *Crehan* uzavřel dvě takové nájemní smlouvy na dobu dvaceti let. Společnost *Courage* podala proti panu *Crehanovi* žalobu na náhradu škody spočívající v neuhrazení sjednané ceny za dodávky piva. Během soudního sporu pan *Crehan* vznesl námitku, že odběratelé, kteří nebyli nájemci společnosti IEL, nakupovali pivo od společnosti *Courage* za výrazně

<sup>13</sup> Viz čl. 12 odst. 1 směrnice.

<sup>14</sup> Viz recitál 44 směrnice.

<sup>15</sup> Viz čl. 2 odst. 4 směrnice. K tomu srov. § 107 odst. 2 a 3 o. s. ř.

<sup>16</sup> V současné době je na úrovni EU platné pouze Doporučení Komise ze dne 11. června 2013 o společných zásadách pro prostředky kolektivní právní ochrany týkající se zdržení se jednání a náhrady škody v členských státech v souvislosti s porušením práv přiznaných právem Unie, OJ L 201, s. 60.

<sup>17</sup> Reprezentativní žaloba je podle § 2989 o. z. možná pouze v případě nároků na zdržení se protiprávního jednání a odstranění závadného stavu v nekalosoutěžních sporech.

<sup>18</sup> Systém *opt-out* u hromadných žalob v soutěžních věcech je typický pro USA, v kontinentální Evropě je uplatňován např. ve Velké Británii a Nizozemí. Systém *opt-out* je založen na principu, že žalobci jsou všichni poškození s výjimkou těch, kteří výslovně uvedou, že se nechťejí soudit, respektive že nechťejí být součástí žalobní skupiny.

<sup>19</sup> Rozsudek ESD ze dne 20. 9. 2001 ve věci C-453/99 *Courage Ltd. proti Bernard Crehan (Courage)*, ECLI:EU:C:2001:465.

<sup>20</sup> K širšímu výkladu pojmu „dohoda“ viz např. KINDL, J. Pojem jednání ve vzájemné shodě v soutěžním právu. *Obchodněprávní revue*. 2009, č. 5, s. 126.

nižší ceny a současně uplatnil nárok na náhradu škody odpovídající rozdílu v ceně piva.<sup>21</sup> Společnost Courage ale namítala, že podle britského práva se účastník zakázané dohody podle čl. 101 odst. 1 SFEU nemůže domáhat náhrady škody na svém spolukontrahentovi, respektive že příslušné ustanovení poskytuje ochranu pouze třetím osobám, a nikoli straně zakázané dohody, která je původcem porušení soutěžního práva a ne jeho obětí.<sup>22</sup> ESD však tento výklad odmítl a zdůraznil, že každý jednotlivec je oprávněn dovolávat se porušení čl. 101 SFEU, „a to i když je stranou smlouvy způsobilé omezovat nebo narušovat působení hospodářské soutěže“.<sup>23</sup> Podle ESD se strana zakázané dohody může domáhat náhrady škody (např. v podobě ušlého zisku, případně snížení objemu prodeje) za předpokladu, že byla jako spolukontrahent ve výrazně slabší pozici anebo v jednoznačně slabší pozici;<sup>24</sup> podstatná je míra její účasti a její celkové postavení v rámci dohody. Nezřídka je omezena smluvní svoboda takové strany s ohledem na podmínky smlouvy a může být vážně oslabena, či dokonce vyloučena i její způsobilost vyhnout se škodě nebo omezit její dosah, zejména včasným využitím všech jí dostupných právních prostředků.

Z rozsudku *Courage* je možné dovodit i jistou limitaci aktivní legitimace na straně potenciálních poškozených, a to například tehdy, kdy se účastník zakázané dohody významnou měrou podílí na narušení hospodářské soutěže.<sup>25</sup> Domnívám se, že strany horizontální (kartelové) dohody, které vystupují v postavení konkurentů a jsou zpravidla ve stejné pozici (tj. nedá se hovořit o slabším postavení jedné ze stran či dokonce vztahu vzájemné závislosti), se svými vzájemnými nároky na náhradu škody neuspějí. Podle mého názoru by se svým nárokem neměli uspět ani organizátoři či spoluorganizátoři zakázané dohody bez ohledu na to, o jakou dohodu se jedná.

Nelze ale vyloučit, že i účastník kartelové dohody bude vůči svému přímému konkurentu ve slabší pozici, např. pokud od něj bude zároveň i jako vertikálně integrovaný subjekt odebírat určité služby či zboží a bude tak nejen v pozici konkurenta, ale také odběratele. Prokázání výrazně slabší pozice bude naopak snazší ve vztahu mezi spolukontrahenty zakázané vertikální dohody, která se typicky vyznačuje nerovností mezi výrobcem (dodavatelem) a několika menšími distributory. Současně však nelze zcela opomíjet, že zde naopak může svou roli sehrát také míra vyrovnávací kupní síly na straně odběratelů či distributorů; i tu je třeba při posuzování uplatněného nároku zohlednit.

Nutno podotknout, že zakázaná vertikální dohoda posuzovaná ve věci *Courage* byla dohodou účinkovou. Společnost IEL (*Courage*) uzavírala zakázané dohody se všemi svými distributory, z nichž jedním byl i pan Crehan. Všechny takto uzavřené dohody v souhrnu měly podstatný vliv na fungování hospodářské soutěže a obchod mezi členskými státy EU; podstatné tak byly kumulativní účinky těchto dohod. Naopak pokud by soutěžní orgán posuzoval účinky jediné dohody mezi společnostmi IEL (*Courage*) a panem Crehanem izolovaně, porušení čl. 101 odst. 1 SFEU by nepochybně neshledal. Jejich dohoda byla tudíž protisoutěžní (a z tohoto důvodu neplatná<sup>26</sup>) pouze proto, že byla součástí sítě obdobných smluv.<sup>27</sup> ESD v této situaci považoval za relevantní míru odpovědnosti stran zakázané dohody, jakou přispěly k protisoutěžnímu jednání, respektive účinku.

<sup>21</sup> Rozsudek *Courage* (n 19), bod 7.

<sup>22</sup> *Ibidem*, body 11–13.

<sup>23</sup> *Ibidem*, bod 26.

<sup>24</sup> *Ibidem*, bod 33. Srov. český překlad: „v jednoznačně slabším postavení“ (angl. „in a markedly weaker position“).

<sup>25</sup> *Ibidem*, bod 3.

<sup>26</sup> Viz čl. 101 odst. 2 SFEU.

<sup>27</sup> Rozsudek *Courage* (n 19), bod 35.



Není zcela zřejmé, zda se kritéria formulovaná ESD ve věci *Courage* při posuzování vzájemných nároků stran vertikální účinkové dohody použijí i při posouzení vztahů mezi účastníky vertikální cílové dohody.<sup>28</sup> Jako příklad cílové vertikální dohody lze uvést dohodu mezi dodavatelem (velkoobchodníkem) a jeho distributory (malooobchodníky) o stanovení minimálních cen pro další prodej (RPM). V případě cílových dohod není nutné, na rozdíl od dohod účinkových, zkoumat dopady (účinky) protisoutěžního jednání na hospodářskou soutěž; negativní účinek takovéto dohody se presumuje.<sup>29</sup> Byť i jediná cílová dohoda tudíž může představovat narušení hospodářské soutěže, a to bez ohledu na podíl spolukontrahentů na relevantním trhu, objem jejich prodejí, anebo závažnost a rozsah účinků této dohody na hospodářskou soutěž.<sup>30</sup> Na rozdíl od případu účinkové vertikální dohody mezi společnostmi *Courage* a panem Crehanem tak může být i jen jediná cílová dohoda v rozporu se soutěžními pravidly. Již z povahy věci bude tudíž míra podílu strany zakázané cílové dohody (byť ve slabším postavení) na narušení hospodářské soutěže zpravidla větší než například podíl strany vertikální účinkové dohody.<sup>31</sup> Co se týče vzájemných soukromoprávních nároků stran dohody, domnívám se však, že ani v těchto případech není možné žalobu jednoho z účastníků zakázané dohody bez dalšího odmítnout. Jeho postavení může být také výrazně slabší než postavení druhé strany; při posouzení oprávněnosti vzájemných nároků by však bylo vhodné zohlednit cílovou – závažnější – povahu těchto dohod.

S ohledem na povahu vertikální cílové dohody by tak dokonce bylo možné konstatovat, že porušení soutěžního práva se dopustí obě strany takovéto dohody. Zajímavostí však je, že správní řízení o možném porušení čl. 101 odst. 1 SFEU (§ 3 odst. 1 ZOHS) se nezahajuje s maloprodeji, kteří ve skutečnosti dohodu o cenách implementovali; výslovný právní podklad pro tento postup Úřadu nalezneme v § 21a odst. 3 ZOHS. Za porušení soutěžního práva tak ve správním řízení ponese odpovědnost pouze subjekt, který uzavření dohody inicioval, tj. *silnější* strana (velkoobchodník nebo výrobce).<sup>32</sup> Pravomocné rozhodnutí Komise či národního soutěžního úřadu je přitom pro civilní soudy závazné co do výroku o vině a určení, *kdo* porušil soutěžní právo. Jakým způsobem se s touto správní praxí vypořádávají soudy v civilním řízení je otázkou – poškozený bude mít zpravidla k dispozici pouze rozhodnutí soutěžního orgánu o porušení čl. 101 SFEU (§ 3 ZOHS) velkoobchodníkem (výrobcem), a to i přesto, že jím požadované navýšení ceny promítli do cen pro konečné spotřebitele maloprodeji, kteří byli také stranou zakázané dohody, a je dokonce

<sup>28</sup> K rozlišení jednotlivých typů dohod viz KINDL, J. Typové rozlišení dohod narušujících hospodářskou soutěž. *Právní rozhledy*, 2006, č. 15, s. 533.

<sup>29</sup> RPM patří mezi tzv. „*hard-core restrictions*“ (tvrdá omezení); neuplatní se pravidlo *de minimis* (hranice 15 % pro vertikální dohody), respektive bloková výjimka dle Nařízení Komise (EU) č. 330/2010 ze dne 20. dubna 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě (hranice 30 % pro vertikální dohody). K tomu srov. kritický rozbor této praxe KINDL, J. Vertikální fixace cen – nepotřebujeme jestřáby! *Antitrust*, 2014, č. 1, s. 4–10; nebo KINDL, J. Soutěžně-právní posuzování vertikálních dohod. *Právní rádce*, 2006, č. 9, s. 12.

<sup>30</sup> Kumulativní účinek těchto dohod může být relevantní například při aplikaci čl. 101 odst. 1 SFEU, který vyžaduje, aby protisoutěžní dohoda měla (mohla mít) podstatný vliv na obchod mezi členskými státy (K tomu však srov. rozsudek ESD ze dne 9. 7. 1969 ve věci C-5/69 *Völk proti Vervaecke*, ECLI:EU:C:1969:35; rozsudek ESD ze dne 13. 12. 2012 ve věci C-226/11 *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795). Vnitrostátní pravidla ale tento požadavek neobsahují; podle ZOHS však může být kumulativní účinek významným faktorem například pro závěr Úřadu, že nejsou dány důvody pro prioritizaci (srov. § 21 odst. 2 ZOHS a bod 17 písm. c) Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 11. 2013 o alternativním řešení soutěžních problémů a o odložení věci, dostupné z: <www.compet.cz>).

<sup>31</sup> K tomu však srov. postavení malooobchodníků ve věci *Candy* – viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 16. 12. 2013, č. j. ÚOHS-R66/2013/HS-24518/2013/320/EDy.

<sup>32</sup> K tomu srov. rozhodnutí *Candy* (n 31).

možné, že (na rozdíl od velkoobchodníka) těžili i veškeré zisky plynoucí z takto nezákonně navýšené ceny.

## 2.2 Nepřímí odběratelé porušitele

Na rozhodnutí *Courage* navázal ESD rozhodnutím ve věci *Manfredi*,<sup>33</sup> ve kterém zdůraznil, že „každá osoba je oprávněna požadovat náhradu utrpěné újmy, pokud existuje příčinná souvislost mezi uvedenou újmou a kartelovou dohodou nebo jednáním zakázanými článkem [101 SFEU]“.<sup>34</sup> Možnost domáhat se náhrady škody tak výslovně rozšířil na všechny třetí osoby, které byly porušením soutěžního práva poškozeny. Podle *Bílé knihy*<sup>35</sup> tyto rozsudky představovaly dostatečný právní základ i pro aktivní legitimaci nepřímých odběratelů, včetně konečných spotřebitelů.<sup>36</sup> Právo nepřímých odběratelů domáhat se náhrady škody však výslovně zakotvila až směrnice,<sup>37</sup> která se problematice jejich postavení věnuje poměrně podrobně, stejně jako § 29 a násl. ZNŠOHS.<sup>38</sup>

V praxi se může jednat o situaci, kdy se např. výrobci mouky v rozporu s čl. 101 odst. 1 SFEU dohodnou na zvýšení ceny této komodity pro své přímé odběratele (pekaře). Pekaři zvýšení cen mouky promítnou do vyšších cen účtovaných za pečivo. V takovém případě se zakázaná dohoda o cenách negativně projeví v majetkové sféře nepřímých zákazníků kupujících pečivo – konečných spotřebitelů, přesto, že nejsou v přímém vztahu s porušitelem soutěžního práva. Tito spotřebitelé mají přímý smluvní vztah (založený kupní smlouvou) pouze s pekaři, respektive s maloobchodními prodejci pečiva a jejich vztah k výrobcí mouky je tudíž zprostředkovaný – nepřímý. Nepřímí odběratelé, zpravidla koneční spotřebitelé, jsou přitom nejzranitelnější skupinou osob, která velmi často nese „konečné“ negativní následky porušení soutěžního práva z důvodu jejich přenosu; směrnice dokonce hovoří o běžné obchodní praxi v závislosti na typu odvětví.<sup>39</sup> K přenosu navýšené ceny přitom nemusí dojít pouze uzavřením zakázané kartelové dohody o cenách, ale také důsledkem jiných protisoutěžních praktik, například zneužití dominantního postavení uplatňováním excesivních cen vůči odběratelům, kteří následně přenesou takto zvýšené ceny na své odběratele.

Podle ZNŠOHS má žalovaný (porušitel soutěžního práva) v řízení o žalobě na náhradu škody možnost vznést proti žalobci (přímému zákazníkovi) obranu přenosu navýšení cen.<sup>40</sup> Námitka je přípustná za předpokladu, že přímý zákazník (pekař) porušitele soutěžního

<sup>33</sup> Rozsudek ESD ze dne 13. 7. 2006 ve spojených věcech C-295/04 až C-298/04 *Manfredi a další (Manfredi)*, ECLI:EU:C:2006:461, body 58–64.

<sup>34</sup> Rozsudek *Manfredi* (n 33), bod 61.

<sup>35</sup> Bílá kniha ze dne 2. 4. 2008 o žalobách o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES [KOM(2008)165 v konečném znění; nebyla zveřejněna v Úředním věstníku].

<sup>36</sup> Objevily se také názory, že aplikace teorie ochranného účelu normy automaticky vylučuje nároky nepřímých odběratelů – k tomu viz PIPKOVÁ, P. J. Ochranný účel normy a jeho význam pro vymezení rozsahu odpovědnosti za škodu (k § 2910 NOZ). *Právník*. 2013, č. 9, s. 869. Tento přístup byl v minulosti zastáván např. rakouskými a německými soudy, ty však záhy uvedly svou rozhodovací praxi do souladu s požadavky EU [viz např. rozhodnutí německého Spolkového soudního dvora (BGH) ze dne 28. 6. 2011, KZR 75/10 (OLG Karlsruhe)].

<sup>37</sup> Viz čl. 12 an. směrnice. Přenos navýšením cen není v právu EU neznámý – viz řízení o žalobě na náhradu škody proti EU podle čl. 340 odst. 2 SFEU a žalobě na náhradu škody proti členským státům za vyplacení poplatků uvalených členským státem v rozporu s právem EU.

<sup>38</sup> Nové Pokyny k výpočtu přenosu navýšených cen budou Komisí vydány v průběhu roku 2018.

<sup>39</sup> Viz recitál 41 směrnice.

<sup>40</sup> Viz § 29 ZNŠOHS. Srov. také čl. 13 směrnice. Nelze však vyloučit ani přenos jiných škod než ve formě ceny, jako např. nevýhodných podmínek, závazků apod.

práva přenesl navýšené ceny na další subjekty dodavatelsko-odběratelského řetězce. Důkazní břemeno o tom, že *k přenosu došlo a v jaké výši*, leží na žalovaném.<sup>41</sup> Prokáže-li svá tvrzení, není svému přímému zákazníkovi za škodu odpovědný. Škoda totiž ve skutečnosti nevznikne přímému zákazníkovi (odběrateli mouky – pekaři), ale zákazníkovi nepřímému (kupujícímu chleba, tj. např. konečnému spotřebiteli).

Obrana žalovaného vůči svému přímému zákazníkovi, byť i jen částečně úspěšná, otevírá prostor pro eventuální žaloby zákazníků nepřímých. Unesení důkazního břemene však může být pro nepřímé zákazníky obzvláště obtížné, neboť se nachází na vzdálenějším konci distribučního řetězce a s porušitelem nemají přímý smluvní vztah. V mnoha případech tak nemusí být schopni prokázat rozsah jim způsobené (přenesené) škody, ani příčinnou souvislost mezi touto škodou a protiprávním jednáním porušitele.<sup>42</sup> Situaci může dále komplikovat i časový odstup, s jakým dojde k cenovému navýšení finálních výrobků v návaznosti na porušení soutěžního práva. ZNŠOHS, po vzoru směrnice, na některá úskalí pamatuje a k usnadnění pozice nepřímých zákazníků stanoví vyvratitelnou domněnku, která předpokládá, že k přenosu navýšené ceny došlo, pokud nepřímý zákazník prokáže, že i) žalovaný porušil soutěžní právo, ii) toto porušení vedlo k navýšení cen pro přímého odběratele a zároveň, že iii) nepřímý odběratel sám toto zboží či služby pořídil.<sup>43</sup> Vnitrostátní soudy mohou určit výši přenosu navýšené ceny nebo její podíl odhadem; pro usnadnění soudcovské úvahy připravila Komise návrh pokynů, který je v současné době předmětem veřejné konzultace.<sup>44</sup>

Na tomto místě je vhodné zmínit, že navýšené ceny či jiné škody mohou být přenášeny nejen na nižší články dodavatelsko-odběratelského řetězce (odběratele),<sup>45</sup> ale i na články vyšší (dodavatele).<sup>46</sup> Škoda se tedy může projevit jak ve sféře odběratelů prodejního kartelu, tak i dodavatelů nákupního kartelu.

### 2.3 Deštníkoví žalobci

Škoda může vzniknout také v majetkové sféře osob, které nejsou součástí dodavatelsko-odběratelského řetězce porušitele, tj. které nejsou v přímém ani nepřímém smluvním vztahu k porušiteli soutěžního práva.

V důsledku pokřiveného soutěžního prostředí se může stát, že konkurenti účastníků kartelové dohody, ač sami na kartelu nijak neparticipují, se přesto rozhodnou navýšit cenu za své výrobky. Využijí tak suprakompetitivní ceny účtované kartelisty na relevantním trhu, nicméně, jejich jednání bude právně nezávadné.<sup>47</sup> Jejich zákazníci („deštníkoví

<sup>41</sup> Ten může přiměřeně požadovat zpřístupnění informací po žalobci i po třetích stranách (§ 10 an. ZNŠOHS).

<sup>42</sup> Na některá úskalí upozornila již Bílá kniha, s. 8, bod 215, a Zelená kniha – Žaloby o náhradu škody způsobené porušením anti-monopolních pravidel ES {SEK(2005) 1732}/ KOM/2005/0672.

<sup>43</sup> Viz čl. 14 odst. 2 směrnice; § 30 odst. 1 ZNŠOHS.

<sup>44</sup> Viz čl. 12 odst. 5 a čl. 16 směrnice. K tomu srov. Pokyny pro vnitrostátní soudy, jak stanovit odhadem část navýšení ceny, která byla přenesena na nepřímého odběratele. Dostupné z: <[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2018\\_cartel\\_overcharges/20181807\\_cs.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_cartel_overcharges/20181807_cs.pdf)>.

<sup>45</sup> Viz recitál 44 směrnice.

<sup>46</sup> Viz recitál 14 a 43 směrnice. K tomu viz blíže BUEREN, E. – SMUDA, F. Suppliers to a sellers' cartel and the boundaries of the right to damages in U. S. versus EU competition law. *European Journal of Law and Economics*. 2018, Vol. 45, No. 3, s. 397–437, [cit. 2018-07-10]. Dostupné z: <<https://doi.org/10.1007/s10657-017-9571-6>>.

<sup>47</sup> K paralelnímu jednání viz blíže např. rozsudek ESD ze dne 31. 3. 1993 ve spojených věcech C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 a C-125/85 až C-129/85 *Ahlström Osakeyhtiö a další proti Komise (Wood Pulp II)*, ECLI:EU:C:1993:120, podle kterého: „[...] je třeba si uvědomit, že ačkoliv [čl. 101 SFEU] zakazuje jakoukoliv formu koordinace vedoucí k narušení soutěže, nezba-

žalobci“, „deštníkoví poškození“) však musí platit předraženou cenu, která dle situace na relevantním trhu více či méně odpovídá ceně, jakou by platili, pokud by zboží či službu odebírali přímo od účastníků kartelové dohody – vzniká tzv. „deštníkový efekt“. Jako příklad lze uvést situaci, kdy na trhu působí podniky A, B, C a D, které distribuují kávu do kamenných obchodů, restaurací, kaváren atd. A, B a C uzavřou v rozporu s čl. 101 odst. 1 SFEU dohodu o zvýšení cen kávy pro své zákazníky o 30 %. D se dohody neúčastní, s ohledem na tržní vývoj se však rozhodne, že ceny kávy také navýší o 30 %. Vyšší cenu za kávu tak budou platit nejen (přímí a nepřímí) zákazníci porušitelů soutěžního práva A, B a C, ale i zákazníci D (tj. deštníkoví poškození). Nutno podotknout, že deštníkový efekt nemusí nutně nastat pouze v případě cenových kartelů, ale také v důsledku jiných protisoutěžních praktik, například u zneužití dominantního postavení uplatňováním excesivních cen.<sup>48</sup>

Okruh oprávněných osob k náhradě škody rozšířil ESD ve věci *Kone* právě i na tzv. deštníkové poškození.<sup>49</sup> Deštníkoví poškození mají tedy také právo požadovat škodu, která jim vznikla navýšením ceny výrobků či služeb ze strany jejich dodavatelů (tj. konkurentů porušitelů soutěžního práva), přímo na účastnících kartelové dohody, nikoliv na těch, od kterých výrobky koupili a kteří se kartelu neúčastnili. Dle rakouského práva byli deštníkoví poškození z okruhu aktivně legitimovaných osob automaticky vyloučeni.<sup>50</sup> Účastníci kartelu namítali, že účinky cenového deštníku nemohli dostatečně předvídat, a tedy dostatečně kauzálně zapříčinit.<sup>51</sup> Tvrdili, že účinky cenového deštníku nespádají pod ochranný účel čl. 101 odst. 1 SFEU a z důvodu chybějící příčinné souvislosti s protiprávním jednáním nelze vůči účastníkům kartelové dohody za tyto škody uplatnit občanskoprávní odpovědnost.<sup>52</sup> Opačný výklad by dle stran mohl vést ke snížení hospodářské soutěže na trhu, neboť zvýšená odpovědnost by je mohla odradit od aktivit na příslušném trhu.<sup>53</sup> Žalovaní vyjádřili také obavu z přetíženosti civilních soudů a z povinnosti k úhradě exemplární či sankční náhrady škody.<sup>54</sup> Na straně rakouského soudu tak vznikla pochybnost, zda je takový přístup souladný s právem EU, a proto položil předběžnou otázku ESD.<sup>55</sup>

Generální advokátka J. Kokott ve svém stanovisku odmítla argumenty stran, zdůraznila veřejný zájem na efektivním fungování hospodářské soutěže na vnitřním trhu EU a na vymáhání soutěžního práva veřejnoprávní i soukromoprávní cestou. Dále uvedla, že rozhodnutí soutěžitele o navýšení ceny, ač projevem jeho svobodné vůle, je zcela nepochybně existencí kartelové dohody ovlivněno, neboť přebírá cenové impulsy z ní vycházející a odráží tak již zkrácenou situaci na trhu.<sup>56</sup> Pro posouzení odpovědnosti za účinky cenové

---

vuje hospodářské subjekty práva přizpůsobit se inteligentně existujícímu a předvídanému jednání svých soutěžitelů“ anebo rozsudek NSS ze dne 29. 3. 2012, č. j. 5 Afs 7/2011-619, s. 697–700.

<sup>48</sup> KUPČÍK, J. Může být dominant odpovědný za ceny konkurentů? *Obchodněprávní revue*. 2016, č. 7–8, s. 21.

<sup>49</sup> Rozsudek ESD ze dne 5. 6. 2014 ve věci C-557/12 *Kone AG a další*, ECLI:EU:C:2014:1317; rozhodnutí Komise ze dne 21. 2. 2007 ve věci COMP/E-1/38.823 PO/Elevators and Escalators.

<sup>50</sup> § 1295 a 1311 ABGB.

<sup>51</sup> Stanovisko generální advokátky Juliane Kokott přednesené dne 30. 1. 2014 ve věci C-557/12 *Kone AG a další*, ECLI:EU:C:2014:45, body 41 a 43.

<sup>52</sup> *Ibidem*, bod 54.

<sup>53</sup> *Ibidem*, bod 68.

<sup>54</sup> *Ibidem*, body 69 a 80.

<sup>55</sup> Účastníci kartelové dohody, společnosti *Kone*, *Otis*, *Schindler* a *ThyssenKrupp*, čelily žalobám na náhradu škody ve výši více než 8 mil. eur. Předmětem řízení o předběžné otázce byla část nároků ve výši 1,8 mil. eur, které požadovala společnost OBB-Infrastruktur jakožto deštníkový žalobce.

<sup>56</sup> Stanovisko *Kone* (n 51), body 34–36.

vého deštníku byla podle ní existence svobodného podnikatelského rozhodnutí irelevantní; pro domněnku přímé příčinné souvislosti postačí již to, že protisoutěžní jednání byť i jen spoluzavinilo účinky cenového deštníku.<sup>57</sup> Nežádoucí účinky kartelové dohody, byť vzdálenější následky, považovala za předvídatelné pro účastníky kartelu, a tudíž dostatečně kauzálně zapříčiněné.<sup>58</sup>

ESD byl v odůvodnění svého rozhodnutí poněkud zdrženlivější, v souladu se závěry generální advokátky důrazně odmítl kategorické vyloučení deštníkových žalobců z okruhu aktivně legitimovaných osob, avšak zdůraznil, že výklad pojmu příčinná souvislost je čistě věcí vnitrostátních právních řádů členských států a jejich soudů.<sup>59</sup> Podle soudu není možné bez ohledu na zvláštní okolnosti případu *a priori* vyloučit právo osoby domáhat se náhrady škody pouze z důvodu, že tato osoba nebyla ve smluvním vztahu s účastníkem kartelové dohody, ale s podnikem, který se sice dohody neúčastnil, ale jehož cenová politika byla důsledkem zakázané dohody, která přispěla k narušení mechanismů tvorby cen na konkurenčních trzích.<sup>60</sup>

ESD stanovil i jakýsi standard možného posouzení příčinné souvislosti mezi deštníkovou škodou a protisoutěžním jednáním. Deštníkový žalobce může podle něj získat náhradu škody přímo od účastníků kartelu, pokud prokáže, že jejich i) kartelová dohoda mohla vzhledem k okolnostem projednávaného případu, a zejména ke zvláštnostem dotčeného trhu mít za následek použití cenového deštníku třetími osobami, a že ii) účastníci kartelu museli o těchto okolnostech a zvláštnostech vědět.<sup>61</sup> S ohledem na okolnosti případu mám za to, že by těmito zvláštnostmi mohla být např. oligopolistická struktura trhu, který se vyznačuje malým počtem konkurentů a je obecně náchylnější k uzavření zakázané dohody či k cenovému následování účastníků trhu, a tudíž i ke vzniku deštníkových škod, případně i vzájemná informovanost, respektive transparentnost trhu s ohledem na cenový vývoj.

Požadavek na širší výklad pojmu příčinná souvislost je v daném případě odůvodněn *zásadou efektivity*, respektive požadavkem na zajištění plné účinnosti čl. 101 SFEU. Jedna věc je ale dostát požadavku na *formální* možnost určitý nárok uplatnit (tj. nevyloučit *a priori* určitou skupinu osob ze žalobní legitimace), jinou věcí pak reálná šance na úspěšné uplatnění takového nároku před soudem. Porušitelé soutěžních pravidel v pozici žalovaných budou často namítat, že příčinná souvislost mezi protiprávním jednáním a škodou byla přetržena dobrovolným rozhodnutím konkurentů nezúčastnivších se zakázané dohody navýšit cenu. Zvýšení ceny nelze obecně považovat za krok, který nastane bezpodmínečně v reakci na navýšení ceny účastníky kartelu. Byť je takový postup do jisté míry předvídatelný, pravděpodobný a snad i racionální, nejedná se vždy o nutný následek. Škoda by totiž deštníkovým žalobcům nevznikla, pokud by jejich dodavatelé (konkurenti kartelistů) zareagovali na změnu cen jiným způsobem než následováním ceny kartelizovaných výrobků. Mohli by například zvýšit produkci a pokusit se získat nové zákazníky

<sup>57</sup> K tomu srov. stanovisko generálního advokáta Dámasa Ruiz-Jaraba Colomera přednesené dne 3. 2. 2009 ve věci C-440/07 P *Komise proti Schneider Electric*, ECLI:EU:C:2009:48, bod 140, který požadoval, aby škoda, kterou je třeba nahradit, byla „přímo, bezprostředně a výlučně odvozována od protiprávního aktu“. Takto zvolená „mimořádně přísná formulace“ se však dle generální advokátky J. Kokott nikdy nestala součástí judikatury soudů EU. K tomu viz stanovisko *Kone* (n 51), bod 36.

<sup>58</sup> Stanovisko *Kone* (n 51), body 41–51.

<sup>59</sup> Rozsudek *Kone* (n 49), bod 24; stanovisko *Kone* (n 51), bod 22. K tomu srov. LIANOS, I. Causal Uncertainty and Damages Claims for the Infringement of Competition Law in Europe. *Yearbook of European Law*. 2015, s. 1–62.

<sup>60</sup> Rozsudek *Kone* (n 49), bod 33; srov. také rozsudky *Courage* (n 19), body 25 a 26, a *Manfredi* (n 33), body 60 a 61.

<sup>61</sup> Rozsudek *Kone* (n 49), bod 34.

na úkor kartelistů, což by nutně nemuselo být spojeno s navýšením ceny, anebo by mohli částečně zvýšit produkci a částečně zvýšit cenu; vzniklá škoda by tudíž nebyla tak vysoká. Je zřejmé, že každý účastník hospodářské soutěže se řídí svou obchodní strategií, která nemusí nutně cenově kopírovat jeho rivaly. Ve světle dosavadní judikatury Nejvyššího soudu přitom nelze vyloučit, že by kartelisté s těmito argumenty jako obranou u soudu uspěli – deštníkoví žalobci by totiž jen stěží prokázali příčinnou souvislost mezi deštníkovou škodou a protisoutěžním jednáním porušitele s ohledem na přetržení příčinné souvislosti.<sup>62</sup> Ve světle judikatury ESD by však případná obrana žalovaného ohledně přetržení příčinné souvislosti neměla hrát větší roli. Dosavadní přístup českých civilních soudů při posuzování příčinné souvislosti v řízení o žalobách deštníkových poškozených na náhradu škody způsobené porušením soutěžního práva by měl být tudíž přehodnocen.

Jak bylo již výše uvedeno, podle směrnice i ZNŠOHS se má za to, že „omezováním hospodářské soutěže ve formě kartelu vzniká škoda“.<sup>63</sup> Zvolená konstrukce domněnky vzniku škody nenasvědčuje tomu, že by její užití bylo omezeno pouze na přímé odběratele porušitele. Podle mého názoru tak i nepřímí odběratelé porušitele a rovněž i deštníkoví žalobci uplatňující škodu vzniklou v důsledku cílových horizontálních dohod (například dohoda mezi konkurenty o cenách, omezení výroby, rozdělení zákazníků nebo trhu) mohou při prokázání dalších skutečností spoléhat na *domněnku vzniku škody*; čím vzdálenější je vztah poškozeného k porušiteli soutěžních pravidel, tím vyšší nároky jsou na něj kladeny při prokazování dalších skutečností (viz výše).

Jistá nerovnost v procesním postavení nepřímých odběratelů porušitele a nepřímých odběratelů konkurenta (tj. nepřímých deštníkových žalobců<sup>64</sup>) v důsledku jejich odlišné pozice v rámci tržních vztahů je patrná z § 30 ZNŠOHS, který upravuje podmínky uplatnění domněnky přenosu navýšení ceny. Ustanovení § 29 ZNŠOHS přitom nevyklučuje možnost uplatnění obrany (žalovaným kartelistou) přenosem navýšení cen i proti žalobci, který je deštníkovým odběratelem. Pokud bude žalovaný úspěšně namítat, že žalobce – přímý deštníkový odběratel konkurenta – přenesl škodu nebo její část na další články svého dodavatelsko-odběratelského řetězce (tj. na nepřímé deštníkové odběratele konkurenta), tento žalovaný kartelista nebude vůči přímému deštníkovému odběrateli konkurenta povinen k náhradě škody. Porušitel soutěžního práva by však ani v tomto případě neměl mít možnost vyhnout se bez dalšího povinnosti k náhradě škody – proto by nejen přímí, ale i nepřímí deštníkoví poškození, na které byla škoda přenesena, měli mít možnost požadovat náhradu škody přímo na porušiteli.

Postavení nepřímých deštníkových poškozených je však ve srovnání s nepřímými odběrateli porušitele výrazně ztíženo. Jak již bylo zmíněno, nepřímý odběratel porušitele soutěžního práva se může spoléhat na domněnku zakotvenou v § 30 odst. 1 ZNŠOHS,

<sup>62</sup> K tomu srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 1. 2014, sp. zn. 30 Cdo 1729/2013: „[p]ro existenci kausálního nexu je nezbytné, aby řetězec postupně nastupujících příčin a následků byl ve vztahu ke vzniku škody natolik propojen, že jíž z působení prvotní příčiny lze důvodně dovozovat věcnou souvislost se vznikem škodlivého následku. To znamená, aby prvotní příčina bezprostředně vyvolala jako následek příčinu jinou a ta případně příčinu další. K přerušení příčinné souvislosti dochází, jestliže nová okolnost působila jako vylučná a samostatná příčina, která vyvolala vznik škody bez ohledu na původní škodnou událost. Zůstala-li původní škodná událost tou skutečností, bez níž by k následku nedošlo, příčinná souvislost se nepřerušuje.“

<sup>63</sup> Viz § 3 ZNŠOHS.

<sup>64</sup> Pro lepší nastínění tohoto problému je možné vyjít z modelové situace, kdy nepřímým deštníkovým odběratelem je spotřebitel, který si zakoupil předraženou kávu v kavárně (tj. od přímého deštníkového odběratele), která jí v surové podobě zakoupila za již navýšenou cenu od velkoobchodníka D, který svou cenovou politikou přizpůsobil suprakompetitivní ceně existující na relevantním trhu v důsledku kartelové dohody subjektů A, B a C.

kteřá usnadňuje jeho pozici, neboť při prokázání určitých skutečností presumuje, že k přenosu navýšení ceny na nepřímého odběratele došlo. Z jazykového znění tohoto ustanovení však nelze dovodit, že se na tuto domněnku může spoléhat i nepřímý deštníkový odběratel. Toto ustanovení totiž výslovně předpokládá navýšení ceny ze strany porušitele (*žalovaného*) ve vztahu k jeho přímému odběrateli, s tím, že tento přímý odběratel ji následně přenesne na svého odběratele, respektive dále v jednom a téže distribučním řetězci. Je zde jakýsi zprostředkovaný *nepřímý* vztah mezi porušitelem soutěžního práva a poškozeným (nepřímým odběratelem), a to díky přímému zákazníkovi porušitele, který oba články dodavatelsko-odběratelského řetězce spojuje. Naopak, v případě deštníkového efektu od samého počátku chybí jakýkoliv (byť i jen nepřímý) smluvní či jiný vztah mezi nepřímým deštníkovým žalobcem a porušitelem soutěžního práva.

Shora uvedené neznamena, že se nepřímí deštníkoví žalobci nebudou moci domáhat svých škodních nároků; takový závěr by byl v rozporu s judikaturou ESD. Za stávajícího legislativního stavu ale bude jejich procesní postavení nesrovnatelně slabší v porovnání s postavením nepřímých odběratelů porušitele soutěžního práva; tato nerovnost vyplývá již ze samotné směrnice.<sup>65</sup> Bude tak docházet k významné disproporcii v postavení nepřímých odběratelů v závislosti na tom, zda budou ve vztahu k porušiteli soutěžního práva v nepřímém (smluvním) vztahu, anebo je takový vztah bude pojit pouze s konkurentem porušitele. Je přitom otázkou, zda unijní (a stejně tak i český) zákonodárce opomenul uplatnění domněnky v případě těchto vzdálenějších poškozených úmyslně, či nikoliv. Bude zajímavé sledovat, zda tato neodůvodněná nerovnost bude překlenuta aplikační praxí například analogickým použitím domněnky obsažené v § 30 odst. 1 ZNŠOHS a jejím přizpůsobením i na případy deštníkových nepřímých odběratelů. Tato domněnka by mohla vypadat následovně: nepřímý deštníkový odběratel (poškozený) by musel prokázat, že a) došlo k omezování hospodářské soutěže žalovaným, b) pravděpodobně by musel prokázat i to, že v důsledku omezení hospodářské soutěže žalovaným došlo rovněž k navýšení ceny konkurentem žalovaného, od kterého byl výrobek pořízen jeho přímým odběratelem, c) v neposlední řadě by na něm leželo důkazní břemeno i ohledně toho, že sám od tohoto přímého nebo následného odběratele konkurenta porušitele pořídil zboží nebo služby dotčené omezováním hospodářské soutěže, nebo zboží nebo služby od nich odvozené nebo je obsahující. V takovém případě by však byla legislativní změna stávající úpravy nanejvýš žádoucí.

## 2.4 Limitace okruhu aktivně legitimovaných osob?

Otázku aktivní věcné legitimace nelze zaměňovat s procesní subjektivitou žalobce, ani s právem na přístup k soudu. Podle o. s. ř. je k podání žaloby na náhradu škody aktivně legitimovaná kterákoli fyzická osoba, která má způsobilost k právům, anebo právnická osoba.<sup>66</sup> V tomto ohledu by mělo postačovat, že tato osoba *tvrdí*, že jí vznikla škoda v důsledku porušení čl. 101/102 SFEU anebo § 3/11 ZOHS. Stejně tak i judikatura SDEU a směrnice z případného okruhu aktivně legitimovaných osob nikoho výslovně nevyklučuje a jasně uvádí, že poškozeným může být *každý*.<sup>67</sup> Jak bylo výše uvedeno, v oblasti soutěžního

<sup>65</sup> Viz čl. 14 odst. 2 směrnice.

<sup>66</sup> Viz § 19 a 20 o. s. ř.

<sup>67</sup> V této souvislosti se často hovoří o nutnosti omezení aktivní legitimace osob. Srov. MILUTINOVIČ, V. *The 'right to Damages' under EU Competition Law: from Courage v. Crehan to the White Paper and beyond*. Wolters Kluwer International, 2010, s. 217.

práva EU mohou být poškozenými nejen přímí a nepřímí odběratelé (dodavatelé) či deštníkoví žalobci, ale také členské státy, EU jako taková i orgány veřejné moci<sup>68</sup>.

V této souvislosti stojí za zmínku americký Claytonův zákon jakožto právní základ pro soukromoprávní vymáhání soutěžního práva v USA obsahuje velmi podobnou konstrukci jako směrnice. Tento právní předpis rovněž hovoří o možnosti každého (*any person*) domáhat se náhrady škody.<sup>69</sup> Přesto Nejvyšší soud USA omezil žalobní legitimaci pouze na přímé odběratele; žaloby nepřímých zákazníků jsou na federální úrovni (s určitými výjimkami) vyloučeny.<sup>70</sup> Pojem *any person* užitý Claytonovým zákonem a unijní směrnici tedy nemusí být vykládán shodně. Jedná se o věc teleologického výkladu – na unijní úrovni sehrává významnou roli politika hospodářské soutěže EU, která nalézá svůj odraz nejen ve veřejnoprávním prosazování čl. 101 a 102 SFEU, ale i v oblasti soukromoprávní. Unijní zákonodárce a SDEU jsou tak vůči poškozeným nepochybně vstřícnější, neboť uplatňují širší výklad pojmu *každý* – výslovně totiž zahrnují i nepřímé odběratele.

V řízení o žalobách na náhradu škody (byť způsobené pouze v důsledku porušení vnitrostátních předpisů o hospodářské soutěži) před českými civilními soudy je žádoucí postupovat eurokonformně a respektovat širší výklad unijního soudu i zákonodárce. Limitace aktivně legitimovaných osob se tak projeví až při meritorním posouzení věci. Pokud se v průběhu soudního řízení ukáže, že žalobci nespědí tvrzené hmotné právo na náhradu škody, pak žaloba bude zamítnuta. To, zda budou strany zakázané dohody, přímí či nepřímí odběratelé, anebo přímí či nepřímí deštníkoví žalobci, se svou žalobou na náhradu škody úspěšní, bude vždy záviset na konkrétních okolnostech případu, a to zejména na prokázání příčinné souvislosti.

ESD se dosud zabýval pouze specifickým postavením určitých skupin osob, které byly aktivními účastníky relevantního trhu (k tomu viz výše).<sup>71</sup> Z toho ale nelze dovodit, zda do kategorie pojmu „každý“ budou spadat také nároky jiných subjektů, například propuštěných *zaměstnanců* podniku vyloučeného z trhu v důsledku zneužití dominantního postavení svého konkurenta nebo nároky *akcionářů* či *věřitelů* soutěžitele „zlikvidovaného“ v důsledku protisoutěžního jednání jeho (potencionálního) konkurenta apod.<sup>72</sup> V těchto případech se jedná o subjekty, které se aktivně neúčastní hospodářské soutěže, respektive nevystupují na relevantním trhu ani na trzích navazujících či jinak souvisejících na žádném článku dodavatelsko-odběratelského řetězce. V uvedené souvislosti stojí za zmínku nově položená předběžná otázka rakouského soudu, která vyvstala v civilním řízení o škodních nárocích plynoucích z již zmíněného cenového kartelu výrobců výtahů (Kone, Otis a další).<sup>73</sup> Rakouský soud požaduje názor ESD na to, zda *stát* může požadovat na účastnících kartelu náhradu škody spočívající v navýšení nákladů spojených s poskytnutím státní půjčky stavebním firmám na nákupy předražených výtahů.<sup>74</sup> Tato otázka se tak v obecné rovině dotýká problematiky aktivní legitimace osob, které nejsou činné na

<sup>68</sup> V případě „orgánů veřejné moci“, o nichž hovoří směrnice, bude nutné identifikovat účastníka soudního řízení v souladu se zásadami civilního procesu platnými v českém právním prostředí (§ 20 an. občanského soudního řádu).

<sup>69</sup> Viz § 4 *Clayton Act*, 15 U.S.C.

<sup>70</sup> Viz rozsudky Nejvyššího soudu USA ve věci *Hanover Shoe, Inc. proti United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968) a ve věci *Illinois Brick Co. proti Illinois*, 431 U. S. 720 (1977), s. 726–727.

<sup>71</sup> Viz rozsudek *Courage* (n 19), rozsudek *Manfredi* (n 33). K tomu srov. také čl. 2 bod 24 směrnice a § 2 odst. 1 písm. a) a b) ZNŠOHS.

<sup>72</sup> K tomu srov. také LIANOS, I. *Causal Uncertainty and Damages Claims for the Infringement of Competition Law in Europe*. *Yearbook of European Law*. 2015, s. 1–62.

<sup>73</sup> Předběžná otázka ze dne 29. 6. 2018 ve věci C-435/18 *Otis Gesellschaft a další*, InfoCuria [online].

<sup>74</sup> Viz CROFTS, L. – HIRST, N. *Elevator-cartel damages claim by Austrian state comes before EU's top court*. In: *MLex Insight* [online]. 10. 7. 2018 [cit. 2018-07-10]. Dostupné z: <<http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1004764&siteid=190&rdir=1->



trhu dotčeném protisoutěžní praktikou, tj. nevystupují v pozici prodejce ani kupujícího (dodavatele či odběratele).

Dosavadní judikatura SDEU a přístup unijního zákonodárce nasvědčuje tomu, že ani tyto nároky nelze *a priori* odsoudit k neúspěchu. Lze však očekávat, že prokázání tvrzeného (hmotného) práva bude velmi obtížné s ohledem na případný nedostatek příčinné souvislosti mezi škodou a protiprávním jednáním, tj. v závislosti na charakteru vzniklé škody, její předvídatelnosti a „vzdálenosti“ od protiprávního jednání. V této souvislosti se nabízí zejména otázka, v jaké míře a podobě se uplatní teorie ochranného účelu normy a zda ESD přeci jen některé skupiny žalobců z aktivní legitimace paušálně nevyloučí.<sup>75</sup> Tato problematika však přesahuje téma tohoto článku, byť by si jistě zasloužila detailnější pojednání.

### 3. Pasivní legitimace

Směrnice č. 2014/104/EU hovoří na mnoha místech o „porušiteli soutěžního práva“, anebo o „spoluporušitelích soutěžního práva“.<sup>76</sup> Porušitelem rozumí „podnik nebo sdružení podniků, které porušily právní předpisy o hospodářské soutěži“.<sup>77</sup> Směrnice výslovně uvádí, že jejím účelem je zajistit, „aby všechny osoby, kterým byla způsobena škoda porušením právních předpisů o hospodářské soutěži ze strany podniku nebo sdružení podniků, mohly účinně uplatnit právo požadovat na takovém podniku nebo sdružení náhradu této škody v plné výši“.<sup>78</sup> Zmiňuje také „zájem podniků vyhnout se žalobám o náhradu škody poté, co porušily právní předpisy o hospodářské soutěži“.<sup>79</sup>

ZNŠOHS definici „porušitele soutěžního práva“ ze směrnice nepřijímá a na místo toho užívá pojem „škůdce“ jako subjektu povinného k náhradě škody.<sup>80</sup> Občanský zákoník také užívá pojem škůdce – podle § 2910 o. z. „[š]kůdce, který vlastním zaviněním poruší povinnost stanovenou zákonem a zasáhne tak do absolutního práva poškozeného, nahradí poškozenému, co tím způsobil“; osobou povinnou k náhradě škody je ve smyslu tohoto ustanovení konkrétní fyzická či právnická osoba. Je otázkou, zda český zákonodárce užil termín „škůdce“ namísto „porušitele soutěžního práva“ záměrně či nikoliv a zda tím zamýšlel např. vyloučení konceptu „porušitele“ jak jej užívá směrnice; důvodová zpráva k tomu nic neuvádí. Tuto polemiku však ponechme stranou. Bez ohledu na terminologii užitou v ZNŠOHS je podle mého názoru žádoucí vykládat pojem „škůdce“ *eurokonformně* s pojmem „porušitel soutěžního práva“ s tím, že škůdce *vis-à-vis* porušitel soutěžního práva bude vždy *podnik* ve smyslu jedné hospodářské jednotky (případně *sdružení podniků*), který jednal v rozporu s čl. 101/102 SFEU a/nebo vnitrostátními pravidly o hospodářské soutěži. Na pojmy porušitel soutěžního práva, respektive škůdce, je v každém případě nutno nahlížet jako na pojmy hmotněprávní.

S ohledem na nastíněná specifika soutěžního práva, a zejména hmotněprávní pojetí „porušitele soutěžního práva“ (a „škůdce“), může být označení žalovaného a určení osoby povinné k náhradě škody složitější, než se na první pohled může zdát. „Podnikem“ ve

<sup>75</sup> Viz § 2910, věta druhá, o. z.

<sup>76</sup> Srov. recitál 37–52 a čl. 10–12, 15, 17 a 19 směrnice.

<sup>77</sup> Viz čl. 2 odst. 2 směrnice.

<sup>78</sup> Viz čl. 1 odst. 1 směrnice.

<sup>79</sup> Viz čl. 5 odst. 5 směrnice.

<sup>80</sup> Např. belgická, portugalská, polská, slovenská, irská a dánská právní úpravu a mnoho dalších definici „porušitele“ ze směrnice převzaly.

smyslu soutěžního práva EU, tj. porušitelem soutěžního práva (a škůdcem), mohou být nejen obchodní společnosti, ale také velké nadnárodní koncerny skládající se z několika samostatných právnických osob – mateřských a dceřiných společností, malý či střední podnik, veřejný podnik, orgán veřejné správy, mezinárodní organizace, podnikající fyzická či právnická osoba či osoba bez podnikatelského oprávnění, spolek či jiné sdružení fyzických a právnických osob anebo jiná entita bez právní subjektivity.<sup>81</sup>

V další části proto nejprve blíže vysvětlím pojem podnik (soutěžitel), který jediný může být porušitelem čl. 101 a 102 SFEU/§ 3 a 11 ZOHS a tedy i škůdcem. Dále se zaměřím na tzv. „teorii jednoho podniku“ a postup Komise a ÚOHS při určení konkrétní osoby v rámci soutěžitele (který se sestává z několika právnických osob – mateřských a dceřiných společností) odpovědné za porušení soutěžního práva, s důrazem na doktrínu přičitatelnosti odpovědnosti mateřské společnosti za jednání společnosti dceřiné. Stěžejní část pak bude věnována problematice určení konkrétní osoby (žalovaného) v rámci jednoho podniku povinné k náhradě škody v řízení před civilním soudem. Stranou nezůstane ani otázka, zda je žádoucí i v civilním právu použít pravidla přičitatelnosti odpovědnosti mateřské společnosti za jednání společnosti dceřiné vytvořená v oblasti veřejnoprávního vymáhání soutěžního práva.

### 3.1 Podnik (soutěžitel) ve smyslu jedné hospodářské jednotky jako porušitel soutěžního práva, respektive škůdce

Adresátem čl. 101/102 SFEU a § 3/11 ZOHS a příslušných ustanovení ZNŠOHS je „podnik“ neboli „soutěžitel“.<sup>82</sup> Pojmy *podnik* a *sdružení podniků* ve smyslu soutěžního práva EU jsou objektivní koncepty, jejichž obsah byl dotvořen judikaturou SDEU a které se významově shodují s pojmy *soutěžitel* a *sdružení soutěžitelů* ve smyslu § 2 odst. 1 ZOHS. Pojem podnik dle čl. 101/102 SFEU nelze zaměňovat s pojmy „podnik“ podle starého obch. z.<sup>83</sup> anebo „obchodní závod“<sup>84</sup> či „podnikatel“<sup>85</sup> podle starého obč. z.; byť v některých situacích se i ony mohou s „podnikem“ ve smyslu soutěžního práva překrývat. Ani pojem „soutěžitel“<sup>86</sup> užívaný v právu nekalé soutěže, tj. „fyzické i právnické osoby, které se účastní hospodářské soutěže, i když nejsou podnikatelé“ a navazující judikatura soudů, zcela neodpovídá unijnímu pojetí. Ustanovení § 2972 o. z. považuje za soutěžitele toho, „kdo se účastní hospodářské soutěže“, což se unijnímu pojetí přibližuje více, i přesto je vhodnější vycházet z konceptu soutěžitele dle ZOHS a vykládat jej eurokonformně s pojmem podnik ve světle judikatury SDEU.<sup>87</sup>

<sup>81</sup> V tomto příspěvku užívám pojem „právní subjektivita“, který odpovídá pojmu „právní osobnost“ užívanému v o. z. v souladu s rekodifikací českého soukromého práva účinnou od 1. 1. 2014.

<sup>82</sup> Čl. 101/102 SFEU jsou adresovány *podnikům*, povinnosti z nich plynoucí však mohou za určitých okolností dopadat paralelně také na *členské státy*, včetně *orgánů veřejné správy* (viz čl. 4 odst. 3 SEU a zásada loajality).

<sup>83</sup> Viz § 5 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění účinném do 31. 12. 2013 (obch. z.).

<sup>84</sup> Viz § 502 obč. z. V této souvislosti důvodová zpráva k obč. z. dokonce výslovně hovoří o změně pojmosloví a napříště užívání pojmu závod, přičemž jedním z důvodů je právě užití pojmu „podnik“ na unijní úrovni s odlišným obsahovým významem.

<sup>85</sup> Viz § 420 an. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném do 31. 12. 2013.

<sup>86</sup> Viz § 44 obč. z. K tomu viz ONDREJOVÁ, D. *Právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži*. Wolters Kluwer ČR, 2010, s. 80–81. RAUS, D. Spory o nekalou soutěž a pasivní legitimize. *Právní rádce*. 1998, č. 4, s. 14.

<sup>87</sup> Důvodová zpráva k zákonu č. 361/2005 Sb. (novela ZOHS) potvrzuje, že pojem soutěžitel je plně v souladu s významem „*undertaking*“ užívaném v unijním právu (sněmovní tisk 879, 2005, výklad k bodům 9, 16 a 17). K povinnosti eurokonformního výkladu viz rozsudek NSS ze dne 29. 10. 2007, č. j. 5 As 61/2005-183 (*Česká rafinářská*). K tomu viz blíže MUNKOVÁ, J. – KINDL, J. – SVOBODA, P. *Soutěžní právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 51 a 52, 95; KINDL, J. Podnik nebo soutěžitel ... záleží na tom? *Právní rozhledy*. 2006, č. 5, s. 167.

Podnikem (soutěžitelem) ve smyslu soutěžního práva se rozumí jakákoliv ekonomická entita,<sup>88</sup> jejíž a) činnost spočívá v nabízení zboží nebo služeb na trhu; b) s danou činností je spojeno hospodářské či finanční riziko a c) příslušná činnost má potenciál ke generování zisku; z hospodářské činnosti jsou vyloučeny aktivity spočívající v redistribuci a v poskytování tzv. veřejných statků.<sup>89</sup> Právní status, způsob financování a existence právní subjektivity nejsou pro účely kvalifikování určité entity jako podniku neboli soutěžitele ve smyslu soutěžního práva EU rozhodné.<sup>90</sup> Stejně tak není rozhodné, jestli je podnik podnikatelem disponujícím podnikatelským oprávněním. Pro uznání určité entity jako podniku tak může být relevantní pouze část jeho činnosti, která má význam pro soutěžní vztahy omezené protiprávním jednáním; „podnik“ vychází z funkčního pojetí, přičemž se jedná o účelově pohyblivý pojem, který neoznačuje určitou pevnou strukturu.<sup>91</sup>

Porušitelem čl. 101/102 SFEU a/nebo § 3/11 ZOHS jsou velmi často nadnárodní obchodní společnosti jako samostatné právnické osoby, tak i velké nadnárodní koncerny. Komise v minulosti vyšetřovala např. výrobce automobilů, společnosti MAN, Volvo/Renault a další, kteří se domlouvali na cenách vozů a koordinovali postup ohledně zavádění nových technologií kontroly emisí již od roku 1997.<sup>92</sup> Zneužití dominantního postavení se dopustila například společnost Intel, která poskytovala slevy čtyřem hlavním výrobcům počítačů pod podmínkou, že od ní budou nakupovat všechny (anebo téměř všechny) procesory, a uplatňovala i jiné praktiky s cílem vyloučit z trhu svého hlavního konkurenta. Stranou zájmu Komise nezůstávají ani technologické giganty jako společnost Google, která byla pokutována za zneužití dominantního postavení na trhu internetového vyhledávání.<sup>93,94</sup> Není vyloučeno, že porušitelem soutěžního práva bude malý či střední podnik, anebo dokonce podnikající fyzická osoba.

V tomto kontextu má nemalý význam skutečnost, že na podnik (soutěžitele) je nutno nahlížet jako na tzv. jednu hospodářskou jednotku (angl. *single economic unit*). V souladu s judikaturou SDEU je podnik třeba chápat jako „*hospodářskou jednotku sestávající z jednotné organizace osobních, hmotných a nehmotných prvků, které dlouhodobě sledují určitý hospodářský cíl a mohou přispět k porušení takového druhu uvedeného v [čl. 101 SFEU]*“.<sup>95</sup> Podnik ve smyslu jedné hospodářské jednotky se tak bude mnohdy skládat z více obchodních společností, tj. z několika mateřských a dceřiných společností, případně i fyzických osob (jednatelů), respektive z několika osob s právní subjektivitou, aniž by ji nutně měl

<sup>88</sup> Rozsudek Tribunálu ze dne 14. 5. 1998 ve věci T-352/94 *Mo Och Domsjö AB proti Komisi*, ECLI:EU:T:1998:103, bod 87; rozsudek ESD ze dne 20. 1. 2011 ve věci C-90/09 P *General Química proti Komisi*, ECLI:EU:C:2011:21, body 34–36.

<sup>89</sup> Pojem podnik nezahrnuje závislou práci (vztah mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem), spotřebu (nákup zboží a služeb) a regulatorní činnost (vydávání vrchnostenských aktů orgány veřejné správy). K tomu viz blíže ODUDU, O. *The Boundaries of EC Competition Law*. New York: Oxford University Press, 2006, s. 26–45.

<sup>90</sup> Rozsudek ESD ze dne 18. 12. 2014 ve věci C-434/13 P *Evropská komise proti Parker Hannifin Manufacturing a Parker-Hannifin*, ECLI:EU:C:2014:2456, bod 39.

<sup>91</sup> WHISH, R. – BAILEY, D. *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 85. Z českých publikací, které se v podrobnostech zabývají výkladem konceptu soutěžitele, lze zmínit zejména KINDL, J. Komentář k § 2. In: KINDL, J. – MUNKOVÁ, J. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*, s. 37–58.

<sup>92</sup> Společnosti MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco a DAF dohromady představují přibližně 90 % výroby středních a těžkých nákladních vozů v Evropě.

<sup>93</sup> Rozhodnutí Komise ze dne 27. 6. 2017 ve věci COMP/AT.39740 *Google Search (Shopping)*.

<sup>94</sup> Mezi mediálně známé případy vyšetřované ÚOHS patří kartely *Pekařů* či *Stavebníků*. Za zneužití dominantního postavení podle § 11 ZOHS byla v minulosti potrestána např. společnost *Studentagency* (k tomu viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 18. 2. 2011, č. j. ÚOHS-R169/2010/HS-2676/2011/310-PGa, ve znění opravného usnesení ze dne 8. 4. 2011, č. j. ÚOHS-R 169/2010/HS/OUsn-4805/2011/320-Kpo).

<sup>95</sup> Rozsudek Tribunálu ze dne 10. 3. 1992 ve věci T-11/89 *Shell International Chemical Company proti Komisi*, ECLI:EU:T:1992:33, bod 311; rozsudek Tribunálu ze dne 17. 12. 1991 ve věci T-6/89 *Enichem Anic proti Komisi*, ECLI:EU:T:1991:74, bod 235.

on sám.<sup>96</sup> V praxi to znamená, že na protisoutěžním jednání může fakticky participovat pouze jediná osoba (např. dceřiná společnost) v rámci soutěžitele, přesto je nutno za porušitele soutěžního práva (a škůdce) v hmotněprávním smyslu považovat soutěžitele ve smyslu jedné hospodářské jednotky, tj. všechny osoby, které tuto entitu tvoří (typicky koncern).<sup>97</sup>

Za podnik či sdružení podniků byly ohledně některých svých činností v minulosti považovány také organizační výbor *World Cup*,<sup>98</sup> sportovní kluby,<sup>99</sup> vynálezci,<sup>100</sup> operní zpěváci,<sup>101</sup> advokátní komora,<sup>102</sup> penzijní fondy,<sup>103</sup> ale také úřad práce,<sup>104</sup> Evropská rozhlasová unie,<sup>105</sup> nezávislí celní deklaranti,<sup>106</sup> veřejná zdravotní pojišťovna ohledně některých svých činností<sup>107</sup> či poradenská společnost, která svou konzultační činností přispěla k porušení soutěžního práva svého klienta.<sup>108</sup> Postavení podniku nebylo naopak příznáno mezinárodní organizaci zabývající se systémovými řešeními pro leteckou dopravu v Evropě;<sup>109</sup> obchodní společnosti, které byla zákonem svěřena pravomoc v oblasti kontroly znečištění přístavu<sup>110</sup> nebo organizaci spravující systém sociálního pojištění.<sup>111</sup> Zákaz narušení hospodářské soutěže se vztahuje také na „veřejné podniky nebo podniky, kterým členské státy přiznaly zvláštní nebo vylučná práva“.<sup>112</sup>

Za zmínku stojí také § 19a ZOHS, který zakazuje orgánům veřejné správy,<sup>113</sup> aby zvýhodnily určitého soutěžitele nebo skupinu soutěžitelů, nebo je vyloučily z hospodářské soutěže, anebo vyloučily soutěž na relevantním trhu. Toto ustanovení dopadá typicky na *regulatorní činnost*, tj. jinou než ekonomickou činnost charakteristickou pro podnik. Pokud orgán veřejné správy definiční znaky podniku nenaplnuje (typicky při výkonu vrchnostenské veřejné správy) a svým jednáním porušil pouze § 19a ZOHS, čímž způsobil škodu, soukromoprávní nároky na náhradu škody se budou řídit zákonem č. 82/1998 Sb. o odpovědnosti státu za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci<sup>114</sup> a postup dle ZNSOHS bude vyloučen. Naopak, pokud orgán veřejné správy naplní definiční znaky pod-

<sup>96</sup> Viz např. „koncern“ v § 79 anebo „koncernové závody“ v § 80 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), („z. o. k.“); „spolek“ v § 214 an. o. z.

<sup>97</sup> K tomu srov. např. rozsudek ESD ze dne 26. 1. 2017 ve věci C-625/13 *P Villeroy & Boch proti Komisi*, ECLI:EU:C:2017:52, bod 150.

<sup>98</sup> Rozhodnutí Komise ze dne 27. 10. 1992 ve věci IV/33.384 a IV/33.378 *Distribution of Package Tours During the 1990 World Cup* [1992] OJ L326/31.

<sup>99</sup> Rozhodnutí Komise ze dne 19. 4. 2001 ve věci COMP/37.576 *UEFA's Broadcasting Regulations*, OJ L171/12.

<sup>100</sup> Rozhodnutí Komise ze dne 26. 7. 1976 ve věci COMP/IV/28.996 *Reuter/BASF*, OJ L254/40.

<sup>101</sup> Rozhodnutí Komise ze dne 26. 5. 1978 ve věci COMP/IV/29.559 *RAI/UNITEL*, OJ L157/39.

<sup>102</sup> Rozsudek ESD ze dne 19. 2. 2002 ve věci C-309/99 *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98.

<sup>103</sup> Rozsudek ESD ze dne 12. 9. 2000 ve věci C-180/98 *Pavlov a další*, ECLI:EU:C:2000:428.

<sup>104</sup> Rozsudek ESD ze dne 23. 4. 1991 ve věci C-41/90 *Höfner and Elser proti Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.

<sup>105</sup> Rozhodnutí Komise ze dne 11. 6. 1993 ve věci COMP/32150 *European Broadcasting Union/Eurovision System*, OJ 1993 L 179/23.

<sup>106</sup> Rozsudek ESD ze dne 18. 6. 1998 ve věci C-35/96 *Italy proti Komisi*, ECLI:EU:C:1998:303.

<sup>107</sup> Rozsudek Tribunálu ze dne 5. 2. 2018 ve věci T-216/15 *Důvera zdravotná poisťovňa proti Komisi*; ECLI:EU:T:2018:64; o kasačním opravném prostředku před ESD ve věcech C-271/18P a C-262/18 P není dosud rozhodnuto.

<sup>108</sup> Rozsudek ESD ze dne 22. 10. 2015 ve věci C-194/14 P *AC-Treuhand proti Komisi*, ECLI:EU:C:2015:717.

<sup>109</sup> Rozsudek ESD ze dne 19. 1. 1994 ve věci C-364/92 *SAT Fluggesellschaft proti Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1994:7.

<sup>110</sup> Rozsudek ESD ze dne 18. 3. 1997 ve věci C-343/95 *Diego Cali proti SEPG*, ECLI:EU:C:1997:160.

<sup>111</sup> Rozsudek ESD ze dne 17. 2. 1993 ve spojených věcech C-159-160/91 *Poucet et Pistre proti Assurances Générales de France (Poucet)*, ECLI:EU:C:1993:63.

<sup>112</sup> Viz čl. 106 odst. 1 SFEU; recitál 3 směrnice.

<sup>113</sup> Viz definice v § 1 odst. 1 písm. d) ZOHS: „orgány státní správy při výkonu státní správy, orgány územní samosprávy při výkonu samosprávy a při přeneseném výkonu státní správy a orgány zájmové samosprávy při přeneseném výkonu státní správy (dále jen „orgány veřejné správy“)“.

<sup>114</sup> Zákon č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů.

niku (soutěžitele) ve vztahu ke konkrétní jím vykonávané činnosti (např. v rámci správy majetku při výkonu samostatné působnosti obce či kraje), i na něj se bude vztahovat zákaz obsažený v § 3 a 11 ZOHS, potažmo čl. 101 a čl. 102 SFEU, a příslušná ustanovení ZNŠOHS.

Závěrem lze tedy uvést, že porušitelem soutěžního práva (a tedy škůdcem) v hmotněprávním smyslu, kterým je podnik (soutěžitel) ve smyslu jedné hospodářské jednotky, nemusí být vždy konkrétní fyzická či právnická osoba, která se přímo podílela na porušení pravidel hospodářské soutěže, ale i entita bez právní subjektivity, jejíž součástí mohou být i fyzické nebo právnické osoby, které na porušení pravidel hospodářské soutěže nijak neparticipovaly. Všechny entity, které naplňují definici podniku (soutěžitele) ve smyslu jedné hospodářské jednotky, mohou svým protiprávním jednáním způsobit škodu ve sféře poměrně širokého okruhu osob a následně čelit jejich žalobám na náhradu škody. V řízení o žalobě na náhradu škody způsobené zneužitím dominantního postavení tak bude porušitelem soutěžního práva (škůdcem) jeden *soutěžitel*. Pokud jde o zneužití kolektivní dominance anebo uzavření zakázané dohody, bude těchto soutěžitelů několik. V takových případech nahradí škodu společně a nerozdílně; podle § 5 ZNŠOHS nemůže soud rozhodnout, že škůdci nahradí škodu podle své účasti na škodlivém následku.<sup>115</sup> Současně platí, že poškozený může žalovat kteréhokoli, byť i jen jednoho z nich.

### 3.2 Subjekty odpovědné za porušení soutěžního práva (veřejnoprávní hledisko)

Koncept „soutěžitele“ ve smyslu jedné hospodářské jednotky vyžaduje zohlednění shora nastíněných specifik i ve správním řízení vedeném Komisí anebo Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pro možné porušení čl. 101/102 SFEU a/nebo § 3/11 ZOHS.

V praxi se mohou objevit případy, kdy soutěžitelem bude konkrétní fyzická či právnická osoba – např. obchodní společnost. Tato situace nečiní v praxi potíže, neboť Komise či ÚOHS povedou řízení o možném porušení soutěžního práva s tímto jediným subjektem (soutěžitelem), který bude odpovědný za porušení a povinný k zaplacení pokuty. Poněkud složitější situace však nastává, pokud soutěžitele tvoří několik právnických či fyzických osob, aniž on sám právní subjektivitou disponuje. Správní řízení je totiž možné vést pouze s osobou jakožto subjektem práv – může jí být mateřská společnost, dceřiná společnost nebo jakákoliv jiná fyzická či právnická osoba, která je součástí soutěžitele; tato konkrétní osoba bude podle výroku správního rozhodnutí odpovědná za porušení soutěžního práva soutěžitelem a povinná k zaplacení pokuty. V těchto případech je proto nutné striktně rozlišovat mezi pojmy podnik (soutěžitel) ve smyslu jedné hospodářské jednotky v hmotněprávním smyslu, který porušil soutěžní právo (*viz* blíže předchozí kapitola), na straně jedné, a procesním institutem *účastníka řízení*, kterým bude vždy konkrétní osoba s právní subjektivitou, na straně druhé.<sup>116</sup>

Určení odpovědnosti subjektu v rámci soutěžitele za porušení čl. 101 a 102 SFEU závisí na konkrétních okolnostech případu.<sup>117</sup> Komise a SDEU ve své rozhodovací činnosti poměrně podrobně rozpracovaly doktrínu přičitatelnosti mateřské společnosti za jednání

<sup>115</sup> K tomu srov. výjimky § 6–8 ZNŠOHS.

<sup>116</sup> K některým důsledkům rozlišení mezi účastníkem řízení ve smyslu § 21 odst. 1 ZOHS a soutěžitelem (podnikem) ve smyslu § 2 odst. 1 ZOHS srov. rozsudek NSS ze 14. 12. 2017, č. j. 7 As 69/2016-64.

<sup>117</sup> V tomto ohledu je rozhodující doba trvání protiprávního jednání, nikoliv okamžik vydání rozhodnutí Komise, respektive uložení pokuty.

společnosti dceřiné, která se fakticky dopustila jednání v rozporu s čl. 101/102 SFEU. Jednání dceřiné společnosti může být přičteno společnosti mateřské za předpokladu, že společně tvoří jednu hospodářskou jednotku, respektive podnik ve smyslu soutěžního práva, a to i přesto, že se na tomto jednání mateřská společnost nepodílela. V souladu s touto doktrínou tak může být mateřská společnost společně a nerozdílně (či samostatně) odpovědná za protiprávní jednání této hospodářské jednotky.<sup>118</sup>

Jestliže mateřská společnost přímo nebo nepřímo vlastní (téměř) 100 % všech akcií dceřiné společnosti, má se za to, že ve skutečnosti vykonává rozhodující vliv na dceřinou společnost; uplatní se domněnka odpovědnosti mateřské společnosti za jednání společnosti dceřiné (domněnka *Akzo*).<sup>119</sup> Tato domněnka je jen málokdy vyvrácena.<sup>120</sup> Nevědomost mateřské společnosti o jednání společnosti dceřiné nehraje roli; mateřská společnost by musela prokázat, že její dcera jednala na trhu nezávisle.<sup>121</sup> Pokud je tato domněnka vyvrácena, stejně jako i v jiných případech, kdy se neuplatí, musí Komise prokázat, že mateřská společnost *skutečně* vykonávala na svou dceřinou společnost rozhodující vliv.<sup>122</sup> Komise v několika případech prokázala, že „joint venture“ a dvě mateřské společnosti, které jej ovládaly, tvoří jednu hospodářskou jednotku.<sup>123</sup> Vedle podílu ve společnosti jsou totiž relevantní i další faktory jako jsou vliv na prodej, marketing, obchodní cíle, hrubé marže, prodejní náklady, peněžní toky a tvorba finančních zásob; Komise zohledňuje také počet držených hlasovacích práv, časové období a práva na zastoupení ve správních radách a výborech.<sup>124</sup>

Ačkoliv je uložení odpovědnosti společnosti mateřské za jednání společnosti dceřiné časté,<sup>125</sup> není pravidlem. Komise v některých případech deklaruje porušení soutěžních pravidel pouze společností mateřskou, v jiných pouze dceřinou;<sup>126</sup> zpravidla ale ukládá *společnou a nerozdílnou* odpovědnost společnosti dceřiné a mateřské.<sup>127</sup> Komise však v minulosti uložila pokutu také sesterské společnosti – v rozhodnutí se zabývala vztahem dvou sesterských společností, jejichž kapitál patřil stejné osobě nebo skupině, a nikoliv

<sup>118</sup> Rozsudek ESD ve věci C-90/09 *General Química a další proti Komisi*, ECLI:EU:C:2011:21, body 37–38; rozsudek ESD ze dne 27. 4. 2017 ve věci C-516/15 P *Akzo Nobel*, ECLI:EU:C:2017:314, body 52–57.

<sup>119</sup> Rozsudek ESD ze dne 10. 9. 2009 ve věci C-97/08 P *Akzo Nobel a další proti Komisi*, ECLI:EU:C:2009:536, body 60 a 61; rozhodnutí Tribunálu ze dne 7. 6. 2011 ve věci T-217/06 *Arkema proti Komisi*, bod 49 (domněnka se uplatnila u 99,43 %), ECLI:EU:T:2011:251, a rozhodnutí Komise ze dne 30. 6. 2010 ve věci COMP/38.344 *Prestressing Steel*, bod 767 (domněnka se uplatnila u 91,8–93,7 %). K tomu srov. rozsudek Tribunálu ze dne 26. 4. 2007 ve spojených věcech T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 a T-136/02 *Bolloré a další proti Komisi*, ECLI:EU:T:2007:115, bod 132.

<sup>120</sup> Srov. rozsudky Tribunálu ze dne 16. 6. 2011 ve věci T-185/06 *L'Air liquide proti Komisi*, EU:T:2011:275, body 65 a 79; ze dne 16. 6. 2011 ve věci T-196/06 *Edison proti Komisi*, EU:T:2011:281, body 58 a 87; nebo ze dne 15. 9. 2011 ve věci T-234/07 *Koninklijke Grolsch proti Komisi*, EU:T:2011:476, bod 77.

<sup>121</sup> Rozsudek ESD ve věci C-90/09 P *General Química a další proti Komisi*, ECLI:EU:C:2011:21, bod 40.

<sup>122</sup> Rozsudek ESD ze dne 26. 9. 2013 ve věci C-679/11 P *Alliance One International proti Komisi*, ECLI:EU:C:2013:606; rozsudek ESD ze dne 26. 9. 2013 ve věci C-179/12 P *The Dow Chemical Company*, ECLI:EU:C:2013:605.

<sup>123</sup> Viz rozsudek ESD ze dne 26. 9. 2013 ve věci C-172/12 P *El du Pont de Nemours and Company*, ECLI:EU:C:2013:601.

<sup>124</sup> K tomu srov. rozsudek Tribunálu ze dne 13. 7. 2011 ve spojených věcech T-141/07, T-142/07, T-145/07, a T-146/07 *General Technic-Otis a další proti Komisi*, ECLI:EU:T:2011:363, bod 69; rozsudek Tribunálu ze dne 12. 1. 1995 ve věci T-102/92 *Viho proti Komisi*, ECLI:EU:T:1995:3; rozsudek ESD ze dne 24. 10. 1996 ve věci C-73/95 *Viho proti Komisi*, ECLI:EU:C:1996:405.

<sup>125</sup> K tomu srov. BROUWER, O. – GOYDER, J. – MES, D. *Developments in EC Competition law in 2007: an Overview. Common Market Law Review*. 2008, č. 4, s. 1167–1205.

<sup>126</sup> Viz rozsudek Tribunálu ze dne 1. 4. 1993 ve věci T-65/89 *BPB Industries plc a British Gypsum Limited proti Komisi*, ECLI:EU:T:1993:31.

<sup>127</sup> Rozhodnutí Komise ze dne 2. 4. 2014 ve věci COMP/39610 *Power cables*, OJ C 319; usnesení Tribunálu ze dne 25. 6. 2015 ve věci T-419/14 *The Goldman Sachs Group proti Komisi*, ECLI:EU:T:2015:523; rozsudek ESD ze dne 15. 5. 2014 ve věci C-90/13 P *1. Garantovaná proti Komisi*, ECLI:EU:C:2014:326; rozsudek Tribunálu ze dne 23. 1. 2014 ve věci T-395/09 *Gigaset proti Komisi*, ECLI:EU:T:2014:23, bod 54.

pouze vztahem mezi dceřinými a mateřskou společností.<sup>128</sup> Navíc pokud není v čele skupiny právníká ani fyzická osoba jakožto subjekt odpovědný za koordinaci jejich činností i za případné protisoutěžní jednání jednotlivých entit této skupiny, může Komise uložit společnou a nerozdílnou odpovědnost všem jejím členům.<sup>129</sup> Komise je nicméně poměrně často kritizována za to, že pravidla přičitatelnosti nejsou aplikována jasně, respektive že její rozhodnutí, zda učiní odpovědnou mateřskou společnost vedle společnosti dceřiné anebo pouze mateřskou společnost, jen její dceru či jinou osobu, jsou nahodilá.<sup>130</sup>

V českém právním prostředí lze vysledovat poněkud jiný trend. Přesto, že z praxe ÚOHS nejsou dosud známy případy uložení společné a nerozdílné odpovědnosti mateřské a dceřiné společnosti, neopomíná Úřad aplikovat principy přičitatelnosti odpovědnosti mateřské společnosti vyvinuté judikaturou SDEU,<sup>131</sup> i když lze v některých jím šetřených případech vysledovat i jistá specifika. Například ve věci *Kofola*<sup>132</sup> ÚOHS deklaroval odpovědnost dceřiné společnosti za porušení soutěžního práva, její mateřské společnosti Kofola Holding však uložil pokutu.<sup>133</sup> Naopak, ve věci *Karlovarské minerální vody*<sup>134</sup> byla již veškerá odpovědnost za porušení soutěžního práva přičtena mateřské společnosti a jí byla také uložena pokuta. Ve věci *Kartelu čistících prostředků*<sup>135</sup> byla součástí soutěžitele zahraniční nadnárodní mateřská společnost, která byla také účastníkem řízení; odpovědnost za porušení soutěžního práva i uložení pokuty bylo v daném případě vysloveno pouze ve vztahu ke společnostem dceřiným a vůči ostatním účastníkům bylo řízení zastaveno.<sup>136</sup> Jediným rozhodnutím Úřadu, které bylo následně podrobeno soudnímu přezkumu, je kartel *PISU*.<sup>137</sup> Krajský soud v Brně ve svém zrušujícím rozsudku zdůraznil, že je třeba vycházet z praxe Komise a unijních soudů a aplikovat jednotný přístup k výkladu přičitatelnosti odpovědnosti za protisoutěžní jednání vůči všem subjektům v rámci skupiny s tím, že Úřad pochybil, neboť tímto způsobem nepostupoval.<sup>138</sup>

Doktrína přičitatelnosti odpovědnosti mateřské společnosti za jednání společnosti dceřiné aplikovaná ze strany ÚOHS a správních soudů by tedy v zásadě měla odpovídat unijnímu přístupu. Výjimkou je, že v českém právním prostředí se dosud neprosadila

<sup>128</sup> Viz rozsudek ESD ze dne 2. 10. 2003 ve věci C-196/99 P *Siderúrgica Aristrain Madrid SL proti Komisi*, ECLI:EU:C:2003:529, body 96–99.

<sup>129</sup> SDEU v této věci potvrdil, že formální oddělení těchto společností vyplývající z jejich samostatné právní subjektivity není relevantní pro účely použití pravidel hospodářské soutěže a závěr o tom, že na trhu působily společně. Rozsudek Tribunálu ze dne 20. 3. 2003 ve věci T-9/99 *HFB a další proti Komisi*, ECLI:EU:T:2002:70, bod 66, potvrzeném rozsudkem ESD ze dne 28. 6. 2005 ve spojených věcech C-189/02 P, C-202/02 P, C 205/02 P to C-208/02 P a C-213/02 P *Dansk Rørindustri A/S a další proti Komisi*, ECLI:EU:C:2005:408, body 117–130.

<sup>130</sup> K tomu srov. např. KALINTIRI, A. *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*. London: London School of Economics and Political Science, 2018, s. 2, 13; KINDL, J. – MUNKOVÁ, J. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*, s. 43–45.

<sup>131</sup> K tomu srov. dřívější praxi Úřadu, který se přičtení odpovědnosti mateřské společnosti dle unijních pravidel vyhýbal – viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 25. 4. 2004, sp. zn. S25/04 („VPO I.“); rozhodnutí ÚOHS ze dne 26. 4. 2007, sp. zn. R 59 a další/2007 („Kartel PISU“).

<sup>132</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 25. 7. 2008 ve věci sp. zn. S 095/2008 („Kofola“).

<sup>133</sup> Viz výrok II a III cit. rozhodnutí.

<sup>134</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 23. 12. 2009, sp. zn. S 147/2007 („KMV“).

<sup>135</sup> Rozsudek ÚOHS ze dne 10. 2. 2011, sp. zn. S 169/2008 („Kartel čistících prostředků“).

<sup>136</sup> K podrobnějšímu rozboru judikatury viz PETR, M. *Podniky, koncerny, dceřiné společnosti ... kdo vlastně odpovídá za porušení soutěžního práva? Antitrust*. 2013, č. 2, s. 45–49.

<sup>137</sup> Rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 26. 4. 2007, č. j. R 059-070, 075-078/2007/01-08115/2007/310.

<sup>138</sup> Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 6. 2012, č. j. 62 Ca 22/2007-2067, který byl následně potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 4. 2013, č. j. 2 Afs 50/2012-241. K analýze rozhodnutí Krajského soudu v Brně srov. blíže BARTÁKOVÁ, H. *Koncept hospodářské jednotky a odpovědnost za porušení soutěžního práva*. Brno: Masarykova univerzita – Dny práva, 2012, [cit. 17. 7. 2018]. Dostupné z: <[https://www.law.muni.cz/soborniky/dny\\_prava\\_2012/files/spravnitrestani/BartakovaHelena.pdf](https://www.law.muni.cz/soborniky/dny_prava_2012/files/spravnitrestani/BartakovaHelena.pdf)>.

pravidla společné a nerozdílné odpovědnosti mateřské a dceřiné společnosti, která jsou běžně užívaná Komisí.<sup>139</sup>

### 3.3 Subjekty povinné k náhradě škody (soukromoprávní hledisko)

V civilním řízení, stejně jako v řízení správním, je nutné určit konkrétní osobu, se kterou bude vedena žaloba na náhradu škody a která bude za tuto škodu odpovědná a povinná k jejímu zaplacení. Jak bylo zmíněno výše, v praxi nejsou ojedinělé situace, kdy bude soutěžitele tvořit několik samostatných právnických osob, typicky mateřských a dceřiných společností. Bude-li se soutěžitel skládat z více subjektů, bude třeba si zodpovědět následující otázky: Se kterým z nich má být vedeno řízení o žalobě na náhradu škody před civilním soudem? Pokud je odpovědnost za porušení soutěžního práva ve správním řízení, kterého se fakticky dopustila společnost dceřiná, přičitatelná mateřské společnosti (domněnka *Akzo*), může civilní soud této mateřské společnosti uložit také povinnost k náhradě škody? Lze pravidla pro určování odpovědnosti za porušení soutěžního práva a s tím související povinnost k uhrazení pokuty, která se typicky uplatňují ve správním trestání, přenést do civilistické nauky a vycházet z nich i při určení subjektů povinných k náhradě škody a rozsahu jejich odpovědnosti? Je na libovůli žalobce, zda podá žalobu proti mateřské anebo dceřiné společnosti, anebo proti oběma z nich?

Hledání odpovědí na tyto otázky se v budoucnu nevyhnou ani české civilní soudy. Odpovědi na ně nenalezneme ve směrnici ani v ZNŠOHS. SDEU se k nim dosud výslovně nevyjádřil a vodítko neposkytuje ani judikatura českých civilních soudů, které se s problematikou náhrady škody v soutěžních věcech příliš často nesetkávají.<sup>140</sup> Označení mateřské anebo dceřiné společnosti může mít přitom zásadní vliv nejen na úspěšnost uplatněného nároku, případně i následnou dobytost přiznané škody, ale i pro určení příslušnosti soudu v rámci EU a práva rozhodného pro daný spor; volba žalobce mezi jurisdikcemi může vést také ke snížení nákladů civilního řízení.<sup>141</sup>

V českém právním řádu je povinnost k náhradě škody způsobené porušením právní povinnosti založena na subjektivní odpovědnosti (§ 2910 o. z.); nevědomá nedbalost se presumuje. Směrnice ani ZNŠOHS v tomto ohledu nestanoví žádná speciální pravidla. Postupuje se tedy podle obecné právní úpravy v o. z., který vyžaduje zavinění na straně konkrétního subjektu (škůdce). Byť určité případy tzv. „nepřímé odpovědnosti“, kdy odpovědnost za jednání jedné osoby je „přičtena“ osobě druhé, jsou zakotveny zákonem,<sup>142</sup> české právo nezná automatickou nepřímou civilní deliktní odpovědnost mateřské spo-

<sup>139</sup> M. Petr v této souvislosti upozorňuje na skutečnost, že pro takový postup chybí v českém právním řádu zákonné zmocnění, současně jej však nevnímá za *a priori* nezákonný. Srov. PETR, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení* v ČR. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 106–107.

<sup>140</sup> K tomu viz PETR, M. – ZORKOVÁ, E. *Soukromé prosazování v České republice. Antitrust*. 2017, č. 2, s. I.

<sup>141</sup> Označení dceřiné společnosti jako žalovaného, která byla součástí podniku, má oporu v čl. 7 odst. 5 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 (Brusel I bis) [dříve čl. 5 odst. 5 Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech], které žalobci umožňuje žalovat o náhradu škody u soudu místa pobočky podniku; aplikace tohoto ustanovení je relevantní s ohledem na určení soudu příslušného k projednání žaloby. K problematice příslušnosti soudu srov. také nedávny rozsudek ESD ze dne 5. 7. 2018 ve věci C-27/17 *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533.

<sup>142</sup> Jedná se např. o odpovědnost rodičů za jednání dětí, respektive odpovědnost za jednání osoby nezpůsobilé či stíženě duševní poruchou (§ 2920 o. z.); odpovědnost zaměstnavatele za škodu způsobenou zaměstnancem (§ 2914 o. z.), odpovědnost právnické osoby za jednajícího jejím jménem (§ 167 o. z.), případně odpovědnost orgánů veřejné správy za jednání osob plnících jejich úkoly dle zákona č. 82/1998 Sb. (n 114). Obdobně lze odpovědnost upravit i vztahem smluvním (viz smlouvy o *outsourcingu*).



lečnosti (či jiného subjektu) za protiprávní jednání subjektu jiného v rámci skupiny.<sup>143</sup> Mateřská společnost tak bude s největší pravděpodobností namítat, že se nepodílela na vzniku škody svým vlastním (zaviněným<sup>144</sup>) jednáním, a tedy že není škůdcem, tj. osobou povinnou k náhradě škody. V této souvislosti lze očekávat, že vznese též námitku, že za škodu způsobenou dceřinou společností nemůže být odpovědná pouze z důvodu své příslušnosti ke koncernu, respektive soutěžiteli. Dle příslušných ustanovení občanského zákoníku o odpovědnosti za škodu lze přitom očekávat, že osobou povinnou k náhradě škody bude ten subjekt práva (typicky společnost dceřiná), který svým vlastním (zaviněným) jednáním škodu způsobí.

Směrnice se otázce *přičitatelnosti* věnuje pouze v recitálu 11, ve kterém členským státům výslovně umožňuje uplatňovat jiné podmínky v oblasti přičitatelnosti, přiměřenosti nebo zavinění, které však musí být v souladu s judikaturou SDEU, zásadami efektivity a rovnocennosti, jakož i cíli směrnice č. 2014/104/EU.<sup>145</sup> Otázky související se zjištěním a identifikací povinného subjektu v rámci skupiny jsou tak ponechány na členských státech. Tento závěr ostatně podporuje i dosavadní judikatura ESD, podle kterého „*rozhodnutí Komise* však nestanoví podmínky jejich možné občanskoprávní, případně solidární odpovědnosti, kterou určuje vnitrostátní právo každého členského státu“.<sup>146</sup> Obdobně i v rozsudku *Kone*, ESD uvedl: „[p]ři neexistenci unijní právní úpravy [...] přísluší vnitrostátnímu právnímu řádu každého členského státu, aby upravil procesní podmínky výkonu tohoto práva požadovat náhradu škody vyplývající z kartelové dohody nebo jednání zakázaného článkem 101 SFEU [...]“.<sup>147</sup> Nelze však opomenout ani to, že ESD „přisoudil“ občanskoprávní odpovědnost za škodu způsobenou porušením soutěžního práva podniku, respektive soutěžiteli.<sup>148</sup>

Na straně jedné je tedy z klasického civilistického pojetí poněkud problematická přičitatelnost povinnosti k náhradě škody mateřské společnosti či jinému subjektu v důsledku porušení soutěžního práva, kterého se *fakticky* dopustila společnost dceřiná svým vlastním jednáním; byť porušení soutěžního práva se *právně* dopustil „soutěžitel“ ve smyslu jedné hospodářské jednotky. Na straně druhé je však diskrece členských států při vytváření (případně odmítání) pravidel přičitatelnosti limitována zásadami efektivity a rovnocennosti, jakož i smyslem a účelem směrnice. Přitom je nutné zohlednit také hmotněprávní pojem „škůdce“ *vis-à-vis* „porušitel soutěžního práva“, kterým je vždy podnik (soutěžitel), a právo každého domoci se náhrady škody na tomto podniku (soutěžiteli). Jak by tedy české civilní soudy měly postupovat při určení subjektu povinného k náhradě škody? Do jaké míry je v jejich rozhodovací činnosti limitují již zmíněné unijní zásady a znění směrnice?

<sup>143</sup> K tomu však srov. § 71 odst. 3 z. o. k.

<sup>144</sup> Porušení soutěžních pravidel ve formě zakázané dohody nebo zneužití dominantního postavení je dle ZOHS koncipováno na objektivním principu, tj. zavinění se obecně (až na judikatorní výjimky, např. uplatňování podnákladových cen dominantem za určitých skutkových okolností) nevyžaduje. Srov. také čl. 23 odst. 2 Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy (dále jen „nařízení č. 1/2003“) vyžaduje prokázání zavinění alespoň ve formě nedbalosti pouze pro uložení pokuty ze strany Komise (k tomu srov. rozhodnutí ESD ze dne 18. 6. 2013 ve věci C-681/11 *Schenker & Co. a další*, ECLI:EU:C:2013:404).

<sup>145</sup> Recitál 11 směrnice: „[p]okud členské státy ve vnitrostátním právu stanoví pro náhradu škody jiné podmínky, jako například přičitatelnost, přiměřenost nebo zavinění, měly by mít možnost tyto podmínky i nadále uplatňovat, pokud jsou v souladu s judikaturou ESD, zásadami efektivity a rovnocennosti a touto směrnicí.“

<sup>146</sup> Rozsudek ESD ze dne 21. 5. 2015 ve věci C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA proti Akzo Nobel NV*, ECLI:EU:C:2015:335, bod 21.

<sup>147</sup> Rozsudek *Kone* (n 49), bod 24.

<sup>148</sup> *Ibidem*, bod 37: „[...] brání výkladu a použití vnitrostátního práva členského státu, podle kterého je z právních důvodů kategoricky vyloučeno, aby byly podniky, které jsou účastníky kartelové dohody, občanskoprávně odpovědné za škody [...]“.

K otázce určení povinnosti k náhradě škody mateřské společnosti za jednání společnosti dceřiné (která ji *fakticky* způsobila) za předpokladu, že tvoří jednu hospodářskou jednotku, se nabízí dva základní možné přístupy, respektive jejich modifikace, a to:

- 1) převzít bez dalšího doktrínu „přičitatelnosti odpovědnosti za porušení soutěžního práva“ z veřejnoprávní oblasti do civilního práva deliktního;
- 2) vyloučit přičitatelnost mateřské společnosti za jednání společnosti dceřiné a setrvat na požadavku, že povinnost k náhradě škody může být uložena pouze subjektu, který způsobil škodu svým vlastním (zaviněným) jednáním, tj. společnosti dceřiné, která se *fakticky* dopustila protisoutěžního jednání a tím způsobila škodu; nebo
- 3) modifikovat přístup první a druhý – lze si například představit, že by povinnost k náhradě škody mateřské společnosti nastoupila až v případě, pokud by poškozený neměl reálnou možnost domoci se náhrady škody na společnosti dceřiné anebo by mu vymáhání této škody bylo neúměrně ztíženo.

Nejprve se pozastavím u možnosti druhé, tj. u automatického vyloučení povinnosti mateřské společnosti k náhradě škody a v této souvislosti poukážu na *možnost* poškozeného označit jako subjekt povinný k náhradě škody společnost dceřinou pro případ, že si z určitých důvodů nepřeje vést řízení se společností mateřskou.

Žaloba na náhradu škody směřující přímo proti dceřiné společnosti a její určení jako subjektu povinného k náhradě nebude v českém právním řádu jakkoli problematická. Řízení o žalobě na náhradu škody bude vedeno přímo s osobou, která se *fakticky* dopustila porušení soutěžního práva, byť ve správním řízení byla za toto porušení odpovědná společnost mateřská, ať již výlučně, nebo společně a nerozdílně se společností dceřinou. V plném rozsahu se zde uplatní zásada individuální deliktní odpovědnosti za škodu způsobenou vlastním (zaviněným) protiprávním jednáním určité osoby. Pokud se tedy poškozený rozhodne z nějakých důvodů (určení příslušného soudu, volba rozhodného práva atd.) podat žalobu proti společnosti dceřiné, a to i přesto, že protisoutěžní jednání by bylo v souladu s unijními pravidly přičitatelné – ať už společně a nerozdílně či výlučně – mateřské společnosti, pak by mu tato možnost měla být v souladu s dosavadní právní úpravou zachována.<sup>149</sup> Odpadají přitom kontroverzní otázky týkající se přičitatelnosti povinnosti k náhradě škody mateřské společnosti, která o jednání dcery nemusela mít ani povědomí.<sup>150</sup>

Co se týká přístupu některých zahraničních jurisdikcí k této otázce, například Nejvyšší soud ve Velké Británii připustil, že poškozený může podat žalobu proti dceřiné společnosti se sídlem ve Velké Británii, která fakticky implementovala zakázanou dohodu (jejíž účinky se projevily na trhu ve Velké Británii).<sup>151</sup> V daném případě byla přitom za uzavření zakázané dohody v rozporu s čl. 101 odst. 1 SFEU Komisí pokutována pouze mateřská společnost se sídlem mimo Velkou Británii; dceřiná společnost v rozhodnutí Komise vůbec

<sup>149</sup> Mateřská společnost by mohla být do řízení přibrána jako vedlejší účastník (§ 93 o. s. ř.), neboť v civilním řízení by byla posuzována mimo jiné i prejudiciální otázka týkající se porušení soutěžního práva soutěžitelem ve smyslu jedné hospodářské jednotky, což by se týkalo i mateřské společnosti za předpokladu, že byla jeho součástí.

<sup>150</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25. 1. 2012, sp. zn. 29 Cdo 3661/2010, který odmítá přičitatelnost odpovědnosti ovládací osobě za jednání osoby ovládané; citované rozhodnutí se však týkalo porušení smluvního závazku, a nikoliv porušení zákonem stanovené povinnosti.

<sup>151</sup> Tímto způsobem byla určena místní příslušnost soudu i pro (ostatní) účastníky kartelu – viz rozhodnutí britského Vrchního soudu ve věci *Toshiba Carrier UK Ltd v KME Yorkshire Ltd* [2011] EWHC 2665 (Ch). K tomu srov. také rozhodnutí Vrchního soudu ve věci *Cooper Tire v Rubber Company Europe v Dow Deutschland* [2010] EWCA Civ 864 a ve věci *Nokia Corp v AU Optronics Corp* [2012] EWHC 731 (Ch).

nefigurovala. Obdobně i rakouský Nejvyšší soudní dvůr uznal jurisdikci rakouských soudů ve věci žaloby na náhradu soutěžní škody proti (německé) mateřské a zároveň i (rakouské) dceřiné společnosti.<sup>152</sup> Podle rakouského soudu jsou přítom nároky na náhradu škody myslitelné dokonce i proti jednateli, pokud se sám dopustil porušování soutěžních pravidel, aktivně se na něm podílel, nebo o něm měl vědomost, anebo ji měl mít, ale neučinil proti němu žádné kroky.<sup>153</sup>

Jednou věcí je však ponechání volby na poškozeném domáhat se náhrady škody na společnosti dceřiné či jiném subjektu (a to zejména s ohledem na volbu příslušného soudu), jinou věcí pak automatické vyloučení (omezení) možnosti uplatnit tento nárok na společnosti mateřské. Automatické vyloučení přičitatelnosti odpovědnosti mateřské společnosti v řízení civilním s sebou přináší mnoho úskalí. Soutěžitelé, kteří porušili soutěžní právo, by se mohli zcela jistě vyhnout povinnosti k náhradě škody například tím, že nechají dceřinou společnost vstoupit do platební neschopnosti; problematičtější by mohla být i následná restrukturalizace či převod podnikatelské činnosti na jiné subjekty v rámci soutěžitele či mimo něj, respektive jiné organizační či právní změny. Dceřiná společnost by také nemusela disponovat dostatečnými prostředky k uhrazení škody.

Pokud by nastala některá z problematičtějších situací popsaných výše, automatické vyloučení možnosti domáhat se náhrady škody přímo na mateřské společnosti (či na jejím právním nástupci<sup>154</sup>) a striktní setrvání na aplikaci standardů uplatňovaných v oblasti civilního deliktního práva by mohlo v konečném důsledku vést k eliminaci možnosti *každého* domoci se na *porušiteli soutěžního práva* náhrady škody mu způsobené. Tento cíl zmiňuje unijní zákonodárce na několika místech směrnice. Zásada efektivity, respektive plné účinnosti čl. 101/102 SFEU, tak do značné míry limituje diskreci členských států v otázkách určení, respektive vyloučení přičitatelnosti odpovědnosti mateřské společnosti. Výklad druhý by podle mého názoru navíc vedl k tomu, že soutěžitelé se budou shora popsaným aj. jednáním aktivně vyhýbat žalobám na náhradu škody. Směrnice přitom výslovně zmiňuje zájem *podniků* (soutěžitelů) vyhnout se žalobám na náhradu škody a zdůrazňuje, že takový postup nepoživá právní ochrany (byť v souvislosti s řízením o zpřístupnění důkazů).<sup>155</sup>

Přijetí varianty druhé podle mého názoru navíc přímo vylučuje již sama směrnice a její definice „porušitele soutěžního práva“, respektive „škůdce“ ve smyslu ZNŠOHS, který – jak bylo výše vysvětleno – by měl být vykládán eurokonformně. Směrnice jasně stanoví, že poškozený má mít možnost domoci se plné náhrady škody na *porušiteli* soutěžních pravidel (*vis-à-vis* škůdci ve smyslu ZNŠOHS), tj. na podniku (soutěžiteli) ve smyslu jedné hospodářské jednotky. V této souvislosti je nutné si uvědomit, že v modelovém případě nebude porušitelem soutěžního práva (a tudíž i škůdcem) pouze dceřiná společnost, tj. konkrétní osoba s právní subjektivitou, ale *soutěžitel*. Toto specifikum soutěžního práva je třeba zohlednit i v souvislosti s určením odpovědnosti za škodu způsobenou tímto soutěžitelem. Není bez dalšího možné automatické ztotožnění pojmu „škůdce“ se společností dceřinou (která se *fakticky* dopustila protisoutěžního jednání) za současného vyloučení odpovědnosti ostatních osob v rámci soutěžitele za případné škody; opačný výklad by šel

<sup>152</sup> Rozhodnutí rakouského Nejvyššího soudního dvora ze dne 14. 2. 2012 ve věci sp. zn. 5 Ob 39/11p.

<sup>153</sup> Ibidem.

<sup>154</sup> Rozsudek ESD ze dne 8. 7. 1999 ve věci C-49/92 P *Anic Participazioni*, ECLI:EU:C:1999:356, bod 145, a ze dne 18. 12. 2014 ve věci C-434/13 P *Evropská komise proti Parker Hannifin Manufacturing Srl a Parker-Hannifin Corp. (ETI a další)*, ECLI:EU:C:2014:2077, bod 40.

<sup>155</sup> Viz čl. 5 odst. 5 směrnice.

proti smyslu a účelu směrnice. Od klasického civilistického pojetí odpovědnosti za škodu je proto nutno upustit a připustit, že osobou povinnou k náhradě škody podle § 2910 o. z., respektive příslušných ustanovení ZNŠOHS, nebude v případě soutěžních sporů vždy osoba, která svým vlastním zaviněným jednáním škodu způsobila (dceřiná společnost), ale i osoba jiná v rámci soutěžitele. Civilní soudy jsou navíc vázány pravomocnými rozhodnutími Komise a národních soutěžních orgánů o tom, že došlo k porušení soutěžního práva a o tom, *kdo* jej spáchal.<sup>156</sup> Znalost totožnosti porušitele je pro poškozeného relevantní i s ohledem na určení počátku běhu promlčecí lhůty k uplatnění škodného nároku.<sup>157</sup>

S ohledem na shora uvedené a nutnost zohlednění konceptu soutěžitele a jedné hospodářské jednotky se nabízí *aplikace pravidel přičitatelnosti i v civilním deliktním právu, tj. varianta první*.<sup>158</sup> Ačkoliv směrnice výslovně nepožaduje přenesení konceptu přičitatelnosti aplikovaného ve správním trestání do řízení civilního, z hlediska zajištění plné účinnosti čl. 101 a 102 SFEU je podle mého názoru takový přístup žádoucí.<sup>159</sup> Při posuzování povinnosti k náhradě škody by se civilní soudy mohly inspirovat dosavadní judikaturou SDEU v otázkách určení míry vlivu mateřské společnosti na společnost dceřinou, včetně pravidel společné a nerozdílné odpovědnosti obou subjektů,<sup>160</sup> tj. převzít doktrínu přičitatelnosti používanou v oblasti veřejnoprávního vymáhání soutěžního práva. Variantu první spočívající v automatickém převzetí pravidel přičitatelnosti odpovědnosti za porušení soutěžního práva do řízení civilního považuji za vhodnější také z hlediska právní jistoty a předvídatelnosti práva.

Na podporu přístupu prvního lze rovněž uvést, že pravidla přičitatelnosti aplikovaná v soutěžním právu EU jsou v českém právním prostředí netypická i ve veřejnoprávní větvi vymáhání. Uplatnění pravidel přičitatelnosti je v oblasti správního trestání výjimkou, která reflektuje specifika podniku (soutěžitele) ve smyslu jedné hospodářské jednotky. Tato pravidla jsou ze strany ÚOHS aplikována s odkazem na nutnost eurokonformního výkladu. Zvolený přístup lze podpořit také ekonomickými argumenty – stejně jako v oblasti veřejnoprávního vymáhání soutěžního práva je užití konceptu jedné hospodářské jednotky, a s tím související pravidla přičitatelnosti odpovědnosti za porušení, vedeno primárně cílem zabránit tomu, aby se porušitel vyhnul povinnosti zaplatit pokutu mu uloženou ve správním řízení, stejně tak i v oblasti soukromoprávního vymáhání soutěžního práva by měla být prioritou snaha o eliminaci situací, ve kterých se soutěžitel vyhne povinnosti nahradit jím způsobenou škodu. Nelze také zapomínat, že EU má zájem na efektivním vymáhání soutěžního práva soukromoprávní cestou, přičemž tento způsob má doplňovat vymáhání veřejnoprávní.<sup>161</sup> Podle mého názoru tak neexistuje rozumný důvod, proč stejnou výjimku neuplatnit i v civilním deliktním právu tak, aby specifika soutěžního práva byla jednotně a konzistentně zohledněna jak ve veřejnoprávní, tak i v soukromoprávní větvi vymáhání.

<sup>156</sup> Viz § 27 odst. 1 ZNŠOHS; k tomu srov. také § 27 odst. 2 ZNŠOHS a důkaz *prima facie* ohledně rozhodnutí soutěžních orgánů jiných členských států EU.

<sup>157</sup> Viz čl. 10 odst. 2 písm. c) směrnice.

<sup>158</sup> Aplikace těchto pravidel by byla vhodná i v řízeních o jiných soukromoprávních nárocích plynoucích z porušení čl. 101 a 102 SFEU, jako např. bezdůvodné obohacení anebo neplatnost jednání.

<sup>159</sup> Pro stejný přístup se vyslovili např. ASHTON, D. – HENRY, D. et al. *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice (Competition Law and Practice series)*. 2nd edition. Cheltenham: Edwar Elgar Publishing, 2018, nebo VAN NUFFEL, P. Institutional Report. In: BÁNDI, Gy. – DARÁK, P. – LÁNCOS, P. – TÓTH, T. (eds). *Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law. FIDE Congress Proceedings Vol. 2*. Budapest: Wolters Kluwer, 2016.

<sup>160</sup> K tomu srov. možné užití společné a nerozdílné odpovědnosti při aplikaci institutu tzv. nesamostatného pomocníka (§ 2914 o. z.).

<sup>161</sup> Viz recitál 6, 24, 30 směrnice.

S ohledem na shora uvedené se domnívám, že mateřská společnost, která (by) byla Komisí shledána odpovědnou za porušení soutěžního práva, by neměla mít bez dalšího možnost zprostit se povinnosti k náhradě škody uplatněním námitky, že se *fakticky* nepodílela na protisoutěžním jednání a že nezpůsobila škodu svým vlastním (zaviněným) protiprávním jednáním. Pokud jsou mateřská i dceřiná společnost součástí soutěžitele ve smyslu jedné hospodářské jednotky, a tedy porušitelem soutěžního práva (a zároveň škůdcem), pak by poškozený měl mít možnost domáhat se náhrady škody nejen na dceřiné společnosti, ale i na společnosti mateřské.<sup>162</sup> Pokud žalobce označí žalovanými obě tyto osoby, pak by v případě prokázání škody způsobené porušením soutěžního práva měly být za tuto škodu společně a nerozdílně odpovědné. Koncept společné a nerozdílné odpovědnosti poskytuje poškozenému vyšší míru ochrany nejen v době podání žaloby a rozhodování soudu o nároku, ale i při následném vymáhání pohledávky, a plně tak reflektuje požadavek směrnice, aby se každý mohl domoci náhrady škody na porušiteli soutěžního práva. Skutečnost, že v oblasti veřejnoprávního vymáhání ÚOHS dosud tento přístup neaplikoval, by civilním soudům neměl být na překážku.<sup>163</sup>

Byť byl v tomto příspěvku vysloven názor, že automatické vyloučení odpovědnosti mateřské společnosti za jednání společnosti dceřiné (varianta druhá) je rozporné s právem EU a že je naopak vhodné převzetí pravidel přičitatelnosti vytvořených doktrínou a judikaturou SDEU v oblasti veřejnoprávního vymáhání soutěžního práva (varianta první), nutno podotknout, že směrnice (včetně dosavadní judikatury SDEU) ponechává prostor i pro případné modifikace těchto variant za podmínky dodržení zásad efektivity a rovnocennosti.

Možná je modifikace uvedených přístupů například s důrazem na primární odpovědnost subjektu, který se *fakticky* dopustil protiprávního jednání svým vlastním zaviněným jednáním. V této souvislosti byla jako příklad předestřena varianta třetí, která vychází z premisy, že za škodu je primárně odpovědná dceřiná společnost (či jiná osoba) v rámci soutěžitele, která škodu *fakticky* způsobila svým vlastním (zaviněným) jednáním, a to za předpokladu, že i v době uplatnění (a přiznání) nároku na náhradu škody je existující a solventní entitou. Přičitatelnost odpovědnosti mateřské (či jiné) společnosti by nebyla automaticky vyloučena – pokud by poškozený neměl reálnou možnost identifikovat dceřinou společnost (např. z důvodu restrukturalizace v rámci soutěžitele) anebo ji sice identifikovat mohl, ale úspěšně uplatnění nároku či jeho následná vymahatelnost by byla vyloučena (například pro nesolventnost dceřiné společnosti), pak by sekundárně nastoupila povinnost k náhradě škody společnosti mateřské. Doktrína přičitatelnosti vytvořená v oblasti veřejnoprávního prosazování soutěžního práva by se tedy v civilním deliktním právu mohla uplatnit podmíněně.<sup>164</sup>

Civilní soudy by přitom neměly přehlížet ani případy, kdy se solventnost dceřiné společnosti výrazně zhorší až po právní moci rozhodnutí civilního soudu o přiznání nároku

<sup>162</sup> Ke zproštění povinnosti k náhradě škody mateřské společnosti by pak zcela jistě postačovalo vyvrácení domněnky *Akzo* – pokud mateřská společnost prokáže, že nevykonávala rozhodující vliv na jednání své dcery, nebude součástí soutěžitele ve smyslu jedné hospodářské jednotky, a tudíž nebude ani odpovědná za protisoutěžní jednání dceřiné (či jiné) společnosti, respektive za škody jí způsobené.

<sup>163</sup> Viz § 2914 a 2915 o. z.

<sup>164</sup> Na tomto místě záměrně ponechávám stranou případy likvidace dceřiné společnosti a otázky právního nástupnictví, tj. otázku, zda by bylo možné pravidla aplikovaná v oblasti veřejnoprávního vymáhání soutěžního práva použít i v civilním deliktním právu. K právnímu nástupnictví v oblasti veřejnoprávního vymáhání soutěžního viz blíže PETR, M. Přičítání odpovědnosti za porušení soutěžního práva. *Antitrust*. 2013, č. 3, s. 82 an.

na náhradu škody anebo kdy soutěžitel „načasuje“ likvidaci či restrukturalizaci dceřiné společnosti (úmyslně) na tuto dobu, či vyvede z dceřiné společnosti veškerá aktiva a ta se stane pouze formálně existující „prázdnou skořápkou“.<sup>165</sup> V takové situaci by se poškozený jen stěžl domohl náhrady škody na mateřské společnosti novou žalobou na náhradu škody. Podle mého názoru by však poškozenému i v této fázi řízení mělo být umožněno domoci se náhrady škody na jiné osobě v rámci soutěžitele, pokud by se této škody nemohl domoci přímo na společnosti dceřiné anebo by její vymožení bylo značně ztíženo. V daném případě by tak do povinností dceřiné společnosti měla vstoupit společnost mateřská či jiný subjekt práva v rámci soutěžitele, a to i (až) ve fázi řízení vykonávacího.<sup>166</sup> Opačný výklad by mohl ohrozit plnou účinnost čl. 101/102 SFEU.

Jistým řešením by mohlo být automatické ručitelství společnosti mateřské (případně jiné osoby v rámci soutěžitele) za „dluh“ vzniklý z titulu škody způsobené společností dceřinou,<sup>167</sup> případně prolomení tzv. zásady korporátního závoje (*corporate veil*).<sup>168</sup> V českém právním prostředí by mohlo být tohoto cíle dosaženo také využitím institutu tzv. pomocníka.<sup>169</sup> Vzájemný vztah mezi mateřskou a dceřinou společností (případně mezi jinými osobami v rámci skupiny) a jejich povinnost k náhradě soutěžní škody vůči třetím osobám by mohly být vyřešeny například zákonným *ručením* mateřské společnosti, a to za předpokladu jejího zaviněného pochybení při výběru a dohledu nad samostatným pomocníkem (dceřinou společností).<sup>170</sup> Civilním soudům by ale v každém případě měla být ponechána diskrece, aby mohly pružně reagovat na právní nebo majetkové změny mezi subjekty v rámci skupiny.

Nastavení pravidel použití shora uvedené výjimky a jiných modifikací přístupu prvního a druhého tak, aby flexibilně dopadaly na nejrůznější situace, však považuji za obtížné zejména s ohledem na dodržení zásady efektivity a rovnocennosti. I z ryze praktických důvodů se proto přikláním k automatickému převzetí veřejnoprávních pravidel uplatňovaných unijními soudy, které za více než padesát let své rozhodovací činnosti mnohé z těchto problematických situací musely řešit. Jejich stávající judikatura umožňuje zohlednit i situace nové. Odlišný standard uplatňovaný v řízení civilním, ve srovnání s řízením správním, by naopak mohl vést k překvapivým rozhodnutím a větší nejistotě na straně adresátů soutěžních pravidel i poškozených.

Řešení shora nastíněných výkladových problémů při určení osoby povinné k náhradě škody není jednoznačné a ani přístupy členských států ohledně jejich zodpovězení nejsou jednotné. V některých státech si byl zákonodárce vědom určitých „slabin“ směrnice již při její implementaci a výkladovým obtížím se pokusil předejít zakotvením jasně sta-

<sup>165</sup> Je otázkou, do jaké míry by byly účinné jiné nástroje ochrany poškozeného jako např. relativní neúčinnost, ručení při přeměnách, případně trestněprávní ochrana. K tomu srov. např. § 240, 241 a 242 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon).

<sup>166</sup> V minulosti ÚOHS toto pravidlo aplikoval pouze s odkazem na eurokonformní výklad, v současné době je zakotveno přímo v § 21a odst. 4 ZOHS. I v tomto ohledu lze přechod odpovědnosti za porušení soutěžního práva a současně i povinnosti k zaplacení pokuty, na právního nástupce považovat za jisté specifikum veřejnoprávní větve vymáhání soutěžního práva. K tomu však srov. také § 33 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (přestupkový zákon).

<sup>167</sup> Takový výklad by se ostatně neobešel bez nutnosti změny stávající právní úpravy. K tomu srov. znění § 71 odst. 3 z. o. k., na který upozorňuje PIPKOVÁ, J. P. *Nová úprava náhrady škody z protisoutěžních jednání I: Aktivní a pasivní legitimize a rozsah náhrady škody*, s. 326.

<sup>168</sup> Viz dále přístup nizozemských soudů, případně francouzskou či britskou právní úpravu. Srov. také PIPKOVÁ, J. P. *Nová úprava náhrady škody z protisoutěžních jednání I: Aktivní a pasivní legitimize a rozsah náhrady škody*, s. 330 an.

<sup>169</sup> § 2914 o. z. Nelze však opomíjet, že uvedené ustanovení rozlišuje mezi *samostatným* a *nesamostatným* pomocníkem, přičemž v prvním z uvedených případů se solidární odpovědnost neuplatní.

<sup>170</sup> Ibidem, druhá věta za středníkem.

novených pravidel přičitatelnosti do vnitrostátního zákona. Například portugalský zákonodárce převzal koncept přičitatelnosti vyvinutý v soutěžním právu veřejnoprávním i do oblasti civilního práva deliktního. Portugalský zákon o žalobách na náhradu škody upravuje podrobná pravidla odpovědnosti za škodu na straně mateřské společnosti, pokud tvořila spolu se společností dceřinou podnik ve smyslu jedné hospodářské jednotky a současně vykonávala rozhodující vliv na jednání této dceřiné společnosti.<sup>171</sup> Zákon stanoví domněnku, že pokud mateřská společnost držela 90 % základního kapitálu na společnosti dceřiné, má se za to, že vykonávala rozhodující vliv.<sup>172</sup> Obdobně k této otázce přistoupil i španělský zákonodárce, který v zákoně o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže upravil pravidla přičitatelnosti odpovědnosti za škodu mateřské či jiné společnosti za jednání jiné osoby za předpokladu, že ji tato společnost ovládá; výjimkou jsou případy, kdy ekonomické chování této jiné osoby není nikým ovlivněno.<sup>173</sup> V daném případě zákonodárce sice nestanovil konkrétní procentuální hranici pro aplikaci přičitatelnosti, dosavadní judikatura unijních soudů však poskytuje dostatečné vodítko.<sup>174</sup>

V jiných členských státech, stejně jako v České republice, ponechal zákonodárce tyto otázky na výkladu civilních soudů. Například nizozemský civilní soud zamítl žalobu společnosti East West Debt (EWD) na náhradu škody proti pěti nizozemským výrobcům výtahů, respektive jejich mateřským společnostem, s odůvodněním, že doktrína rodičovské odpovědnosti v oblasti práva hospodářské soutěže se nevztahuje na občanskoprávní nároky na náhradu škody.<sup>175</sup> Upozornil, že ve věcech nizozemského občanského práva nejsou mateřské společnosti odpovědné za protiprávní jednání svých dceřiných společností, a to ani v situaci, kdy společně tvoří jeden podnik (soutěžitele); z tohoto pravidla však připouští výjimku spočívající v protržení korporátního závoje (tzv. doktrína *corporate veil*). Soud však dospěl k závěru, že společnost EWD neuvedla dostatečné množství důkazů, které by odůvodnily užití této výjimky, a podpořily tak její nárok na náhradu škody vůči mateřské společnosti.

Ačkoliv nizozemský soud odmítl převzetí pravidel přičitatelnosti dle pravidla *Akzo* do posuzování civilní deliktní odpovědnosti, ze shora uvedeného je zřejmé, že právní úprava kategoricky nevyklučuje přičitatelnost odpovědnosti za škodu mateřské společnosti. V Nizozemí se totiž uplatní – stejně jako v Belgii, Velké Británii či ve Francii – tzv. doktrína prolomení korporátního závoje. Tyto jurisdikce tak ve výjimečných případech umožňují přičtení odpovědnosti mateřské společnosti (nejen) za soutěžní škody způsobené fakticky její dceřinou společností. Stejně pravidlo se ale neuplatní ve všech členských státech. Někteří autoři v této souvislosti upozorňují, že tento rozdíl v právních úpravách by mohl mít vliv i na volbu rozhodného práva pro daný spor.<sup>176</sup> Odvolávají se na „veřejný pořádek“, jehož znakem by mohla být skutečnost, že mateřská společnost může být odpovědná za protiprávní jednání své dcery.<sup>177</sup> Absence příslušné právní úpravy v některých

<sup>171</sup> Návrh zákona č. 101/XIII ze dne 9. 10. 2017, § 3 odst. 1 a 2. Srov. také finskou právní úpravu dostupnou z: <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html)>.

<sup>172</sup> *Ibidem*, § 3 odst. 3.

<sup>173</sup> Viz § 71 odst. 1 a 2 (část IV.) královského zákonného dekretu č. 9/2017 ze dne 26. 5. 2017, kterým se provádějí směrnice Evropské unie o finančních, obchodních a zdravotních otázkách a o pohybu pracovníků.

<sup>174</sup> K tomu srov. kapitolu 3.2 a tam citované rozsudky ve věci *Akzo Nobel; Arkema proti Komisi; Prestressing Steel*.

<sup>175</sup> Rozhodnutí nizozemského okresního soudu (Rechtbank Midden-Nederland) ze dne 20. 7. 2016 ve věci C/16/338073/HA ZA 13-117, *Liftenkartel*. Žaloba se opírala o rozhodnutí Komise ze dne 21. 2. 2007 ve věci COMP/E-1/38.823 *Elevators and Escalators*.

<sup>176</sup> DEMEYERE, S. Liability of a Mother Company for Its Subsidiary in French, Belgian, and English Law. *European Review of Private Law*. 2015, č. 3, s. 385–414.

<sup>177</sup> *Ibidem*, s. 389.

členských státech a s tím související možný rozpor s veřejným pořádkem by mohly vést dokonce až k uplatnění výjimky vedoucí ke změně rozhodného práva.<sup>178</sup>

Pokud jde o spory v oblasti soutěžního práva týkající se povinnosti k náhradě škody v Německu, tamní civilní soudy odmítly rozšířit odpovědnost za jednání dceřiné společnosti na společnost mateřskou.<sup>179</sup> V případě eskalátorů (projednávaném ve správním řízení Komisí) byla žaloba proti jedné ze žalovaných mateřských společností zamítnuta v plném rozsahu, neboť žalobce neprokázal, že se tato společnost *fakticky* účastnila protisoutěžního jednání.<sup>180</sup> Žalobce se podle soudu nemohl dovolávat rozhodnutí Komise, která mateřské společnosti uložila pokutu za porušení čl. 101 odst. 1 SFEU. Soud v daném případě rozhodl, že unijní zásady uplatňované v oblasti hospodářské soutěže nejsou v deliktním právu a právu obchodních společností použitelné. Odmítl proto aplikovat přísnou odpovědnost mateřské společnosti s poukazem, že právo EU takový přístup nevyžaduje a že tato oblast spadá do procesní autonomie členských států.<sup>181</sup> Mezi německými praktiky i akademiky (a nejen mezi nimi) však probíhají na toto téma obsáhlé diskuse. Někteří autoři, včetně německého soutěžního orgánu, se přiklání k závěru, že směrnice č. 2014/104/EU vyžaduje aplikaci unijního konceptu jedné hospodářské jednotky (včetně pravidel přičitatelnosti) v civilním deliktním právu, zatímco jiní tento koncept odmítají.<sup>182</sup>

Za pozornost stojí také přístup rakouského Nejvyššího soudního dvora, kde v civilním řízení žalovanými byly jak mateřská, tak i dceřiná společnost, který vycházel z domněnky *Akzo* a dospěl k závěru, že jestliže první žalovaná vykonávala vliv na druhou žalovanou, mohlo by jí být jako pachateli připsáno podněcování či pomoc, což by mohlo odůvodnit její společnou a nerozdílnou odpovědnost za škody takto způsobené.<sup>183</sup>

Přístupy jednotlivých jurisdikcí k výkladu přičitatelnosti civilní deliktní odpovědnosti se tak mohou výrazně lišit. Dosud vyhledávané jurisdikce jako Německo a případně i Nizozemí (vedle Velké Británie a Belgie) by v budoucnu mohly být, s ohledem na tamní judikaturní vývoj, co do popularity nahrazeny jinými, např. Portugalskem či Španělskem (s ohledem na jasné znění zákona) či Rakouskem (s ohledem na judikaturu tamních soudů), které jsou pro poškozené příznivější. Roztříštěnost právních úprav napříč členskými státy v této oblasti není žádoucí, neboť by mohla vést k dalšímu rozvoji tzv. *forum shopping* (obchodování s jurisdikcemi); cílem směrnice bylo přitom tento efekt eliminovat.<sup>184</sup>

<sup>178</sup> Viz čl. 21 odst. 1 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) a čl. 26 Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Řím II).

<sup>179</sup> Rozhodnutí BGH ze dne 24. 1. 2016, XI ZR 384/03 (*Kirch/Deutsche Bank AG*), bod 57 (NJW 2006, 830).

<sup>180</sup> Rozhodnutí Regional Court of Berlin ze dne 6. 8. 2013, 16 O 193/11(Kart) (*eskalátory*).

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> Viz JANKA, S. F. Parent Company Liability in German and EU Competition Law: Two Worlds Apart? *Journal of European Competition Law & Practice*. 2016, Vol. 7, Issue 9, s. 614–619. K tomu srov. také KERSTING, C. Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht. *Wirtschaft und Wettbewerb*. 2014, Hf. 6, s. 564–565; LETTL, T. Kartellschadenersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht. *Wettbewerb in Recht und Praxis*. 2015, 61. Jahrg, 5, s. 537–538; MAKATSCH, T. – MIR, A. Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadenersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“?. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. 2015, 1, s. 7, 8; VOLLRATH, C. Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzrecht. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*. 2013, 1, Hf. 11, s. 434, 438. K diskuzi na unijní úrovni viz např. VAN LEUKEN, R. Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries. Is the Approach of the European Court of Justice in *Akzo Nobel* also Relevant in a Private-Law Context? *European Review of Private Law*. 2016, Issue 3/4.

<sup>183</sup> Viz § 1301 a 1302 ABGB. K tomu srov. také možnost užití § 2914 o. z., na který upozorňuje PIPKOVÁ, J. P. *Nová úprava náhrady škody z protisoutěžního jednání I.: Aktivní a pasivní legitimize a rozsah náhrady škody*, s. 326.

<sup>184</sup> Viz recitál 7 směrnice.



V budoucnu se k otázce přičitatelnosti odpovědnosti za škodu zcela jistě vyjádří i ESD na základě předběžné otázky ve věci *Skanska* předložené finským Nejvyšším soudem.<sup>185</sup> V tomto případě soutěžní orgán shledal odpovědnou za porušení čl. 101 odst. 1 SFEU pouze mateřskou společnost a jí také udělil pokutu.<sup>186</sup> V následném řízení o žalobě na náhradu škody před finským civilním soudem žalované mateřské společnosti namítaly, že nejsou odpovědné za škody, které způsobily právně samostatné subjekty – dceřiné společnosti, a že nároky na náhradu škody měly být uplatněny přímo proti nim. Mateřské společnosti byly navíc pouhým majetkovým vlastníkem společnosti dceřiné, která se *fakticky* dopustila porušení soutěžního práva. Finský Nejvyšší soud si při posuzování těchto námitek nebyl jistý, zda je výklad zastávaný žalovanými souladný s účelem a cíli směrnice. Obrátil se proto na ESD s dotazem, zda mateřská společnost, která se společností dceřinou tvoří jednu hospodářskou jednotku, může být odpovědná za škodu způsobenou *fakticky* touto dceřinou společností. Není rovněž vyloučeno, že se ESD dotkne otázek právního nástupnictví, neboť mateřské společnosti namítaly, že škodní nároky měly být uplatněny na společnosti dceřiné již v průběhu likvidace, a to i přesto, že navázaly na její činnost.<sup>187</sup> Podle žalovaných naplňuje možnost uplatnění nároků v likvidačním řízení zásadu efektivity a odpovídá tak požadavkům směrnice.<sup>188</sup> Dle neoficiálních informací poskytla již své stanovisko k uvedené předběžné otázce Komise, která se vyslovila pro převzetí pravidel přičitatelnosti z veřejnoprávní větve vymáhání soutěžního práva, tj. přičíst odpovědnost za škodu společnosti mateřské. Lze očekávat, že odpověď ESD bude mít významné praktické dopady nejen v již probíhajících, ale i v budoucích řízeních o žalobách na náhradu škody napříč členskými státy EU.<sup>189</sup> Nezbyvá tedy než vyčkat na jeho rozhodnutí.

\* \* \*

Ve sporech o náhradu škody před českými soudy lze předpokládat, že sami žalobci (poškození) se budou dožadovat (bezvýjimečného) přenesení unijního konceptu jedné hospodářské jednotky a pravidel přičitatelnosti odpovědnosti za porušení soutěžního práva i do oblasti civilního práva deliktního. Civilní soudy mohou již nyní tato pravidla převzít a poskytnout poškozeným standard ochrany plně odpovídající cílům směrnice, byť – jak bylo výše uvedeno – dosavadní judikatura ESD ani směrnice takový postup nevyžadují. Možným postupem na straně civilních soudů je také přerušování probíhajících řízení o žalobách na náhradu škody do doby rozhodnutí ESD ve věci *Skanska*. Bez ohledu na výsledek řízení před ESD ale považují automatické vyloučení odpovědnosti mateřské společnosti či jiné osoby za jednání společnosti dceřiné (případně jiné osoby v rámci soutěžitele) za rozporné s právem EU, a to zejména s ohledem na požadavky směrnice i judikaturu ESD a zásadu efektivity práva EU.

<sup>185</sup> Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná finským Nejvyšším soudem (*Korkein oikeus*) dne 19. 12. 2017 ve věci C-724/17 *Vantaan kaupunki proti Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy*. K tomu srov. CROFTS, L. – HILGENFELD, M. Cartel liability for damages payouts comes before EU judges [online]. 21. 2. 2018 [2018-06-30]. Dostupné z: <<http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=965679&siteid=190&rdir=1>>.

<sup>186</sup> Viz konečné usnesení finského Nejvyššího správního soudu (*Korkein Hallinto-Oikeus*) ze dne 29. 9. 2009, Finsko), kterým byla mateřským (nástupnickým) společností stanovena pokuta za porušování vnitrostátního zákona proti omezování hospodářské soutěže a čl. 101 odst. SFEU. K tomu srov. CROFTS, L. Finnish court orders asphalt price fixers to pay damages [online]. 28. 11. 2013 [2018-06-20]. Dostupné z: <<http://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=476736&siteid=190&rdir=1>>.

<sup>187</sup> Viz žádost o rozhodnutí o předběžné otázce *Skanska* (n 186).

<sup>188</sup> *Ibidem*.

<sup>189</sup> Při posuzování této otázky by se mohla promítnout snaha ESD o zachování jednotné aplikace pravidel přičitatelnosti v oblasti soutěžního práva v rovině veřejnoprávní i soukromoprávní.

Na počátku řízení, případně již v době formulace žaloby, navíc nemusí být vždy zřejmé, zda subjektem odpovědným za porušení čl. 101/102 SFEU nebo § 3, 11 ZOHS bude společnost mateřská nebo dceřiná. Otázky související s určením žalovaného budou činit obtíže (bez ohledu na následné posouzení přičitatelnosti odpovědnosti za škodu) zejména v případech žalob na náhradu škody, kterým nebude předcházet rozhodnutí Komise či národního soutěžního orgánu o porušení soutěžního práva. Bude proto žádoucí, aby žalobce ve svém vlastním zájmu označil jako žalované všechny subjekty v rámci „soutěžitele“, o nichž se domnívá, že se na jednání fakticky podílely, včetně společností mateřských (za předpokladu, že na společnost dceřinou mohly vykonávat vliv ve smyslu judikatury SDEU), případně i jiné osoby v rámci skupiny. Takový postup sice budou provázet zvýšené náklady řízení. Minimálně do doby rozhodnutí ESD ve věci *Skanska* a vyjasnění otázky případného použití či vyloučení pravidel přičitatelnosti v civilním řízení, je ale považují za vhodnější a procesně opatrnější ve srovnání s rizikem ztráty sporu v důsledku „nesprávného“ označení žalované osoby a uplynutí promlčecí lhůty.

## Závěr

Cílem tohoto článku bylo poukázat na některá specifika a problematické stránky určení osoby žalobce a žalovaného v řízení o žalobě na náhradu škody způsobené porušením unijních (čl. 101/102 SFEU) a/nebo vnitrostátních (§ 3, 11 ZOHS) soutěžních pravidel.

Směrnice č. 2014/104/EU požaduje, aby se *každý*, kdo byl poškozen na svých soukromých právech porušením soutěžního práva, mohl domoci náhrady škody. Judikatura SDEU žalobní skupinu neomezuje – každým proto může být jakákoliv fyzická či právnická osoba, orgán veřejné správy, stát či dokonce EU. Podstatná část příspěvku byla věnována vzájemným nárokům stran zakázané dohody, nárokům nepřímých odběratelů i deštníkových žalobců. U vzájemných vztahů mezi účastníky zakázané dohody byl položen akcent na jejich možné obsahové rozdíly plynoucí z odlišného typu dohody, tj. cílové nebo účinkové, horizontální nebo vertikální. Zdůrazněna byla dále nerovnost v procesním postavení nepřímých odběratelů porušitele a nepřímých deštníkových poškozených, v jejichž případě se neuplatní domněnka přenosu navýšených cen obsažená v ZNŠOHS; tato nerovnost přitom vyplývá již ze samotné směrnice. Tuto disproporci by bylo možné odstranit použitím obdobné domněnky dovozené analogií z příslušného ustanovení ZNŠOHS. Tato změna by si však pravděpodobně vyžádala legislativní změnu stávající právní úpravy.

Kromě specifických skupin žalobců, kterými se výslovně zabývá směrnice a judikatura SDEU, byl zdůrazněn zejména fakt, že podle unijního práva není možné nároky určité skupiny osob *a priori* odsoudit k neúspěchu. Okruh potenciálních žalobců (poškozených) může být tudíž velmi široký, akcionáře a věřitele soutěžitele „zlikvidovaného“ protisoutěžní praktikou svého rivala nevyjímaje. K „zúžení“ tohoto okruhu tak dojde především při posuzování příčinné souvislosti mezi porušením soutěžního práva a *individuální* škodou vzniklou ve sféře konkrétního žalobce. Nutno podotknout, že ESD se doposud výslovně zabýval pouze skupinami osob, které byly přímými či nepřímými účastníky relevantního anebo jinak souvisejícího či navazujícího trhu. Potenciálními žalobci však mohou být i jiné subjekty, například již zmínění akcionáři či věřitelé, anebo dokonce stát, který poskytl na kartelizované (předražené) produkty státní půjčku (viz předběžná otázka rakouského soudu). V této souvislosti je významná mimo jiné otázka míry a způsobu uplatnění ochranného účelu normy.

Na vývoji judikatury federálního soudu USA bylo navíc demonstrováno, že ani zákoně zakotvení pojmu „každý“ nemusí nutně zahrnovat jakoukoliv osobu (v USA jsou například omezeny nároky nepřímých odběratelů). Obsahový výklad tohoto pojmu je věcí soutěžní politiky, která se v čase může měnit. Ani v soutěžním právu EU proto není vyloučeno, že v důsledku změny soutěžní politiky může v budoucnu dojít k zúžení kategorie osob aktivně legitimovaných k podání žaloby na náhradu škody. Prozatím však takovému vývoji nic nenasvědčuje.

Druhá část příspěvku se zabývá identifikací osoby povinné k náhradě škody způsobené porušením soutěžního práva. Je v ní zdůrazněn fakt, že pojem „škůdce“ užitý v ZNŠOHS by měl být vykládán eurokonformně jako „porušitel soutěžního práva“ obsažený ve směrnici, kterým se současně rozumí „podnik (soutěžitel)“ ve smyslu jedné hospodářské jednotky. S ohledem na definici porušitele soutěžního práva ve směrnici by proto civilní soudy měly přehodnotit civilistické pojetí škůdce ve smyslu příslušných ustanovení o. z., neboť „škůdcem“ v soutěžních věcech nebude vždy konkrétní osoba, ale může jím být i osoba bez právní subjektivity (koncern, spolek, apod.), respektive entita sestávající z několika právnických osob (typicky mateřských a dceřiných společností). Dceřinou společností, která se *fakticky* dopustí porušení soutěžního práva, proto není možné automaticky ztožňovat s porušitelem soutěžního práva, respektive škůdcem ve smyslu ZNŠOHS.

Uvedená hmotněprávní kategorie pojmu soutěžitel (tj. porušitel soutěžního práva a současně škůdce) ale neodpovídá na otázku, se kterým subjektem v rámci soutěžitele má být vedeno řízení o žalobě na náhradu škody. Směrnice i dosavadní judikatura ESD ponechává členským státům diskreci v otázkách přičitatelnosti civilní delikt ní odpovědnosti konkrétnímu subjektu v rámci soutěžitele, to ale za podmínky dodržení zásady efektivit y a rovnocennosti. Podstatná část tohoto článku se proto věnuje situaci, kdy soutěžitele podle práva EU nebo ZOHS tvoří více subjektů, například dceřiná společnost, která se *fakticky* dopustila protisoutěžního jednání, a společnost mateřská, které je při veřejnoprávním vymáhání soutěžního práva zpravidla přičítána odpovědnost a uložena pokuta za jednání společnosti dceřiné. S ohledem na zajištění plné účinnosti čl. 101/102 SFEU, dosažení cílů a účelů směrnice, právní jistotu stran civilního sporu i zajištění konzistentní aplikace soutěžního práva (bez ohledu na způsob jeho vymáhání) bylo navrženo převzetí pravidel přičitatelnosti vytvořených doktrínou a judikaturou SDEU v oblasti veřejnoprávního vymáhání soutěžního práva i do oblasti civilního práva delikt ního. Tento závěr byl podpořen také ekonomickými argumenty.

Bude záležet na přístupu českých civilních soudů, případně zákonodárce, zda převezme pravidla přičitatelnosti vytvořená doktrínou a judikaturou SDEU pro oblast veřejnoprávního vymáhání soutěžního práva i do sféry civilní. Směrnice ani judikatura ESD takový postup výslovně nevyžaduje. Vyloučeny tak nejsou ani případné modifikace veřejnoprávních pravidel přičitatelnosti a pravidel dosud uplatňovaných v civilním delikt ní právu. Směrnice ponechává i pro takový výklad prostor za podmínky dodržení zásad efektivit y a rovnocennosti. V tomto příspěvku však bylo dovozeno, že automatické vyloučení přičitatelnosti povinnosti k náhradě škody mateřské společnosti (případně jiného subjektu) za jednání společnosti dceřiné (či jiné osoby) v rámci soutěžitele by bylo s ohledem na i) speciální hmotněprávní kategorii „porušitele“ jakožto entity povinné k náhradě škody a na ii) požadavek směrnice spočívající v zajištění plné účinnosti čl. 101/102 SFEU, v rozporu s unijním právem. Přijetím opačného výkladu by nutně docházelo k situacím vedoucím ke ztížení či dokonce znemožnění uplatnění práva poškozeného na náhradu škody, například, pokud by dceřiná společnost (jakožto součást soutěžitele) nebyla solventní,

došlo by k její likvidaci nebo by byla znemožněna její identifikace v důsledku restrukturalizace v rámci soutěžitele apod. Cílem směrnice je přitom zajistit, aby se každý domohl plné náhrady škody způsobené porušením soutěžního práva „soutěžitelem ve smyslu jedné hospodářské jednotky“, tj. porušitelem soutěžního práva a škůdcem.

Současně byl předestřen názor, že poškozenému by měla být ponechána volba, zda upřednostní žalobu přímo proti společnosti dceřiné, která se protisoutěžního jednání a tedy i škody *fakticky* dopustila. Poškozený by tedy měl mít možnost požadovat náhradu škody nejen na společnosti dceřiné, ale i na společnosti mateřské za předpokladu, že tato společnost vykonávala rozhodující vliv na jednání společnosti dceřiné, případně i na jiných osobách v rámci skupiny.

Závěrem je vhodné zmínit, že některé členské státy veřejnoprávní doktrínu přičitatelnosti automaticky převzaly do civilních kodexů (Portugalsko, Španělsko), jinde ponechal zákonodárce tuto otázku otevřenou (Česká republika, Německo). Přístupy vnitrostátních civilních soudů se tak v rámci EU mohou lišit – například německé a nizozemské soudy odmítly převzetí veřejnoprávních pravidel přičitatelnosti odpovědnosti vytvořených doktrínou a judikaturou SDEU do civilního práva deliktního. Rozhodnutí ESD o předběžné otázce ve věci *Skanska*, která se týká převzetí pravidel přičitatelnosti, bude mít nepochybně zásadní význam pro další legislativní a judikaturní vývoj napříč členskými státy. Je proto žádoucí přerušit civilní řízení, která probíhají před českými soudy a ve kterých je spornou otázkou přičitatelnosti odpovědnosti za škodu způsobenou porušením antitrustových pravidel jinému subjektu v rámci soutěžitele.

# Mystický testament

Pavel Salák jr.\*

**Abstrakt:** Institut mystického testamentu vychází z římského práva, kterým se inspirovala jeho úprava v ABGB a po jeho vzoru se objevuje i v o. z. (§ 1495). Text se věnuje historickému vývoji, důvodům vzniku a funkci mystického testamentu v Římě. Zabývá se také odlišnostmi mezi tímto pojetím mystického testamentu a mystickým testamentem v zákonících postavených na francouzském Code civil. Francouzský, španělský a italský právní řád sice také znají mystický testament, nicméně jeho pojetí je zcela jiné, než bylo ono pojetí římské, které úzce souvisí s rozvojem dovětku (kodicilu) jakožto méně formálního posledního pořízení. Hlavní pozornost je soustředěna na možnou využitelnost tohoto institutu dnes. Na první pohled jsou zde možnosti omezené, jelikož pro dovětek i pro závěť platí shodné formální náležitosti. Jako hlavní účel je dnes chápáno utajení osoby dědice, jehož jméno má být napsáno na jiný dokument v budoucnu. Text se však zamýšlí i nad jinými možnostmi. Zejména nad otázkou, zda může být tímto testamentem odkázáno i na dokument, který byl pořízen dříve. Tím je např. možno oživit již jednou zrušený testament. Další otázkou je, zda platné může být i odkázání na listinu, kterou pořídila jiná osoba než zůstavitel – např. na závěť někoho jiného. Vedle fragmentů římského práva autor vychází i z rakouské judikatury, která by mohla být pro budoucí výklad ustanovení § 1495 o. z. v mnohém velmi inspirující.

**Klíčová slova:** dědické právo, závěť, mystický testament, dovětek, ABGB, o. z.

## Úvod

Jedním z ustanovení o. z., kterým se do našeho občanského práva vrací některý z pozapomenutých právních institutů, je i § 1495 týkající se mystického testamentu. Tradice mystického testamentu sahá až do práva římského a i dnes je s ním možno se setkat v řadě právních řádů, jako třeba v právu francouzském nebo rakouském, z něhož ostatně vychází i právní úprava o. z. Na druhou stranu tento institut nezná právní úprava německá<sup>1</sup> ani švýcarská<sup>2</sup> a ani dalších zemí, jejichž občanské zákoníky jsou inspirovány právě BGB.

Návrat tohoto institutu s sebou přinesl i větší zájem v domácí právní literatuře. První a na dlouhou dobu jediné texty byly z pera Petra Dostalíka,<sup>3</sup> jež do značné míry vycházejí z pozice romanistické. Teprve v nedávné době byla věnována institutu větší pozornost i pozitivními právníky, a to v člancích A. Talandy<sup>4</sup> a F. Plašila.<sup>5</sup> Byť pochopitelně i tyto se nemohou vyhnout historickým souvislostem a rovněž komparaci se zahraničím. Zejména druhý jmenovaný text pro jeho velmi erudovaný, na druhou stranu však praktický přístup k otázce je možno doporučit větší pozornosti.<sup>6</sup>

\* Pavel Salák jr., katedra dějin státu a práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: pavel.salak@email.cz. Tento text je výstupem z Grantu GA17-23288S *Autonomie vůle zůstavitele – historická a komparativní východiska a jejich uplatnění při aplikaci Nového občanského zákoníku (zákon č. 89/2012 Sb.)*.

1 Byť např. Saský občanský zákoník jej znal – viz § 2084, 2085 saského občanského zákoníku. *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* (krátce *Sächsisches BGB*) byl zákon, který byl přijat v roce 1865 a platil až do účinnosti BGB (1900).

2 Což však nebrání tomu, aby se této otázce nevěnovala právní literatura daných zemí.

3 DOSTALÍK, P. Dědická instituce jako základní obsahová náležitost testamentu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2012, č. 3, s. 275–282. DOSTALÍK, P. Mystický testament jako (po)zapomenutý institut soukromého práva. In: *Naděje právní vědy: Bykov 2012*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 17–25.

4 TALANDA, A. Mystický testament. In: POLÁČEK-TUREKOVÁ, Z. – TUROŠÍK, M. (eds). *Civilnoprávní instituty a ich historická reflexia vo svetle moderných kodifikácií*. Banská Bystrica: Belianum, 2016, s. 293–299.

5 PLAŠIL, F. Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu. *Ad notam*. 2018, č. 3, s. 3–9.

6 Plašilův článek byl vydán v době recenzního řízení tohoto textu, a proto považoval autor za vhodné tento text ještě doplnit reakcemi a odkazy právě na uvedený článek F. Plašila.

## 1. Pojem „mystický testament“

Přestože termín mystický testament, jak bylo naznačeno, je znám několika právním řádům, je třeba si uvědomit, že jeho obsah není ve všech zmíněných rádech totožný.

Ustanovení § 1495 o. z. vychází z rakouského předobrazu v § 582 ABGB (v původním znění – tj. do roku 2016 včetně). Mystický testament zůstal v ABGB i po velké novele dědického práva (ErbRÄG 2015), nicméně jeho úprava byla přesunuta do § 585 ABGB v aktuálním znění. Takovýto mystický testament je možno označit rovněž jako *testamentum per relationem ad schedam*,<sup>7</sup> což je termín mnohem lépe vystihující podstatu pojetí mystického testamentu v rakouské právní tradici, jež vychází přímo z práva římského. Mystičnost takovéto závěti spočívá v tom, že poukazuje ve svém obsahu na jinou další listinu. Jen pro pořádek je možno dodat, že mystický testament obdobně chápalo i právo uherské (§ 12 zák. čl. XVI/1876 o posledních pořízeních, formálních náležitostech, dědických smlouvách a darování na případ smrti),<sup>8</sup> avšak je třeba vědět, že pořízení soukromé závěti bylo v uherském právu svázáno s mnohem většími formalismy než v právu rakouském.<sup>9</sup> V tomto ohledu se tedy jeví vhodné označení „*relatum*“ pro onu listinu, na níž je poukazováno, a naopak pro ono poslední pořízení, v němž se onen odkaz na jinou listinu nachází, je vhodné použít termín „*referens*“.<sup>10</sup>

Naopak mystický testament, který zná okruh občanských zákoníků pod vlivem francouzského *Code civil* (tj. právní řády Francie, Španělska, Itálie),<sup>11</sup> má jiné pojetí. V *Code Civil* – a po jeho vzoru i v ostatních z něj odvozených zákonech – by bylo přesnější než o mystickém mluvit o testamentu tajném,<sup>12</sup> i když sám *Code civil* pojem *testament mystique* používá.<sup>13</sup> Jeho podstata spočívá v zásadě v tom, že jde o vůli, jež je v přítomnosti notáře či svědků zapečetěna. Obsah je tajný proto, neboť byl napsán (zpravidla)<sup>14</sup> zůstavitelem beze svědků a před svědky v zapečetěné obálce byl notáři předán. Svědci tedy nemají ponětí o obsahu závěti, pouze potvrzují, že před nimi zůstavitel prohlásil, že ona listina obsahuje jeho závěť. Otázkou je, jak moc je tento institut využíván, neboť minimálně v Itálii patří k nejméně využívaným druhům závěti.<sup>15</sup>

## 2. Římský mystický testament

Jak bylo řečeno, kořeny § 1495 o. z. spočívají v právu římském a jsou spojeny s jiným institutem, jenž se do našeho řádu vrátil prostřednictvím o. z., a to s dovětkem (kodicilem). Právě kodicil byl totiž nejčastěji – ba přímo výhradně – oním dokumentem, na který

<sup>7</sup> Tj. závěť doplněná informací na dalším listě plně vystihuje podstatu institutu, termín *per relationem* pak svým názvem směřuje k onomu odkazovacímu vztahu. Viz též DOSTALÍK, P. *Mystický testament jako (po)zapomenutý institut soukromého práva*, s. 21.

<sup>8</sup> TALANDA, A. *Mystický testament*, s. 294.

<sup>9</sup> ŠVECOVÁ, A. *Formálně-právna stránka zriadenia úkonov posledného poriadku na Slovensku do roku 1950*. Bratislava: Veda, 2010, s. 122 an., k této otázce s. 149, avšak velmi stručně.

<sup>10</sup> PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 3.

<sup>11</sup> Viz čl. 976 an. *Code civil* (CC), čl. 604 an. *Codice Civile Italiano* (CCI 1942), čl. 704 an. *Codigo civil espanol* (CCE).

<sup>12</sup> V italském právu je ostatně označován jako *testamento segreto*. Srovnej čl. 604, 605 CCI.

<sup>13</sup> Art. 976 CC: „*Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique, le papier qui contiendra les dispositions ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, sera clos, cacheté et scellé.*“

<sup>14</sup> Nejde o závěť holografní, může být psán i za použití technických prostředků, a dokonce i napsán jinou osobou. Musí však být vlastnoručně podepsán. Viz ŠEJDL, J. *Základy dědického práva ve Francii. Časopis pro právní vědu a praxi*. 2012, č. 3, s. 309, pro italské právo nejodstupněji MAŠKOVÁ, D. *Právní úprava dědění ze závěti v České republice a v Itálii*. Diplomová práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2012, s. 27.

<sup>15</sup> CEDON, P. *Commentario al codice civile: Successioni legittime e testamentarie*. Milano: Giuffrè, 2009, s. 1047, citováno dle MAŠKOVÁ, D. *Právní úprava dědění ze závěti v České republice a v Itálii*, s. 27.

tzv. mystický testament odkazoval. Pro bližší pochopení vzniku a vazby těchto institutů je dobré se vrátit právě do práva římského doby klasické.

Římané sice neměli zákonem přikázáno, že by museli pořídit závět, nicméně pořídit testament bylo chápáno za společenskou normu.<sup>16</sup> Testament se u nich těšil velké úctě i v tom ohledu, že jeho pozice v soukromém právu byla přirovnávána k pozici zákona v právu veřejném.<sup>17</sup> V době klasické byl testament svázán s řadou formalismů, zejména s počtem sedmi svědků. Svědky přitom nemohl být nikdo jiný než občané římské. Vedle toho platilo pravidlo, že nový testament, byť by i jeho obsah byl odlišný, vždy rušil testament původní. Tato okolnost měla za následek, že i když by třeba šlo jen o drobné doplnění závěti – např. o zřízení civilního odkazu (*legatum*), musel být pořízen nový testament. Formální náležitosti pro zřízení legátu totiž vyžadovaly, že musí být zřízen v závěti. Jistě, byla zde i možnost neformálního odkazu, fideikomisu. Nicméně *fideicommissum* bylo původně soudně nevymahatelné. I přes tento handicap se stávalo, že zůstavitel často sepišoval podobné neformální listy, jimiž se obracel na své dědice, aby splnili v případě jeho smrti nějaké jeho přání. Tato fideikomisa ve formě dopisu byla označována za kodicily (*codicilli*). A jeden z těchto kodicilů stál u zrodu právní žalovatelnosti fideikomisů.<sup>18</sup>

Neformální fideikomisa a s nimi i kodicily zaznamenaly prudký rozvoj v 1. století n. l., a přestože jim posléze (od vlády Flaviovců) začaly být kladeny určité limity a byly požadovány postupně i u nich jisté formální náležitosti, jejich obliba trvala i nadále. V této době se také vyvinuly tři druhy kodicilů – kodicil existující vedle závěti a závěti předpokládaný, kodicil existující vedle závěti, avšak v závěti nijak nezmíněný a kodicil existující samostatně bez jakékoliv závěti – tj. *codicilli ab intestato*. Toto rozlišení mělo vliv na to, o čem bylo možno v daném kodicilu pořídit. Zatímco totiž druhé dva zmíněné mohly obsahovat toliko fideikomisa, první, tj. v závěti předpokládaný kodicil, mohl obsahovat i civilní odkaz – *legatum*.<sup>19</sup>

Nespornou výhodou kodicilu byl fakt, že mohl být řádně zřízen testament se všemi formálními náležitostmi a jakákoliv další (drobná) doplnění<sup>20</sup> se již mohla díť skrze neformální, nebo (později) méně formální kodicil. Jelikož kodicil byl zcela jiné povahy než závět, nemohlo být pořízení kodicilu závěti na škodu, a ze stejného důvodu ani nevalilo, bylo-li kodicilů pořízeno více, což ostatně převzalo i ABGB.<sup>21</sup> Přestože kodicilem zmíněným v závěti bylo možno pořídit téměř o všem, o čem bylo možno pořídit i testamentem, jedna věc byla kodicilu zapovězena. Kodicil nemohl obsahovat dědickou instituci, tedy určení toho, kdo bude dědicem, případně kdo je vyděděn. Právě tato instituce byla hlavním a nejdůležitějším znakem závěti, kterou se právě závět odlišovala (a dodnes odlišuje) od dovětky.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> LONGCHAMPS DE BÉRIER, F. *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2011, s. 24 (informace pochází od Plutarcha z Plut. Cat. Ma. 9.9).

<sup>17</sup> Cic. Phil. 2.109: „In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum.“

<sup>18</sup> Lentullův kodicil kolem r. 15 př. n. l., o němž je zmínka v Inst. lust. 2.25pr.

<sup>19</sup> Z hlediska dnešního práva se toto rozlišení zdá třeba i zbytečné, na druhou stranu fideikomisa zakládala jen oblihační nárok na odkázaný předmět, avšak např. vindikační legát zakládal odkazovníkovi přímo vlastnické právo a byl také chráněn vindikační žalobou.

<sup>20</sup> Jistěže nejtypičtějšími budou právě ony odkazy. Z dalších věcí mohlo jít např. o propuštění otroků, popřípadě o určení poručníka manželce (vdově) či nedospělým dětem.

<sup>21</sup> Srovnej § 713 a 714 ABGB v původním znění, tento rozdíl byl odstraněn až v domácích meziválečných rekodifikačních snahách a po jejich vzoru i v o. z. K otázce kombinace jednotlivých závětí a kodicilů viz SALÁK, P. *Testamentum militis jako inspirační zdroj moderního dědického práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 298 an., zejména 300–301.

<sup>22</sup> To, že závět, aby byla závětí, musí obsahovat ustanovení dědice, je typické nejen pro naše právo, ale i pro zákoníky ze všech německy mluvících zemí, popřípadě zemí, kde je právo založeno na tradici BGB a ABGB. Naopak tam, kde je tradice francouzského práva, jež používá „*reserve héréditaire*“, tomu tak již není.

Avšak Římané by byli špatnými praktiky, kdyby nenalezli skulinu i zde. Jejich řešení nám představuje asi nejlépe následující fragment.

Dig. 28.5.78 Papinianus 17 quaest: „*Asse toto non distributo ita scriptum est: ‚quem heredem codicillis fecero, heres esto‘: titium codicillis heredem instituit. eius quidem institutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur: sed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.*“

K celému, nerozdělenému dědictví bylo takto sepsáno: „*Koho učiním dědicem v kodicilu, ten budu dědicem!*“ Ustanovil jsem Titia dědicem. A věru jeho ustanovení platí, a to proto, že třebaže není povoleno ustanovit dědice kodicilem, přece se má zato, že tento byl učiněn dědicem v závěti: ale Titius bude mít jen tolik z pozůstalosti, kolik z ní zůstalo nerozděleno.<sup>23</sup>

Právník Papinianus se v 17. knize otázek zabýval problémem, jak naložit se závětí, jejíž dědická instituce zněla: „*Koho označím za dědice v kodicilu, ten at je dědicem!*“. Forma dědické instituce – latinský jazyk a ustálená rozkazovací formulace – zde byly naplněny, nicméně text neobsahoval samotné označení dědice. Bráno důsledně z tohoto pohledu, mohla by být instituce označena za neurčitou a jako taková by se stala neplatnou. Jelikož instituce byla označována jako *caput et fundum testamenti* (hlava a základ),<sup>24</sup> následovala by nutně neplatnost celého testamentu se všemi jeho ustanoveními, neboť tělo bez hlavy nemůže žít.

Jak je patrné, právník Papinián zde použil zcela jiný postup. Dědickou instituci v závěti považoval za určitou. Římské právo totiž nestanovovalo, že dědic musí být v závěti uveden jménem – povinností bylo jej označit tak, aby bylo jednoznačně patrné, kdo jím má být. Pokud bylo tedy závětí odkázáno na jiný dokument, který skutečně existoval a obsahoval označení dědice, bylo možno skutečně instituci považovat za určitou. Podobný postup bylo možno použít i v případě, kdy sice došlo k označení dědiců v závěti, avšak přesné vymezení dědických podílů bylo přeneseno do kodicilu. Účel obojího je nasnadě – zůstatel si tak ponechával „zadní vrátka“ pro případ, že by došlo ke změně jeho názoru na to, kdo a v jaké míře má být dědicem. Mohl tak velmi ožehavou otázku přenést ze závěti do kodicilu, a tak ji i před potenciálními dědici utajit. Konečně poslední výhodou byla ona zmiňovaná neformálnost, kdy ke změně své vůle v kodicilu nepotřeboval nejprve žádných svědků. V době poklasické sice byl již stanoven minimální počet svědků a dalších formálních náležitostí i pro kodicil, avšak i tak byly tyto náležitosti mnohem mírnější než u testamentů.

Tento fragment není jediným, kde je takováto situace řešena,<sup>25</sup> a ačkoliv jsou v nich řešeny jisté sporné okolnosti, na podstatě uvedeného to nic nemění. Pokud dědická instituce v závěti odkazuje na osobu napsanou jako dědice v jiné listině, jde o instituci platnou, a pokud jsou zde nějaká omezení, tak nevyplývají ze skutečnosti, že jde o jinou listinu – kodicil. Takovým příkladem je fragment Dig.27.7.10pr. a 1 (Ulpianus 8 disp.),<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Překlad viz DOSTALÍK, P. *Dědická instituce jako základní obsahová náležitost testamentu*, s. 280.

<sup>24</sup> I proto platilo, že k tomu, co bylo napsáno před dědickou institucí, se nepřihlíželo.

<sup>25</sup> Obdobně též Dig. 28.7.10pr. a 1, Dig. 29.7.2.4, Dig. 29.7.10, Dig. 37.11.12.

<sup>26</sup> Dig. 28.7.10pr. Ulpianus 8 disp.

„*Institutio talis: ‚si codicillis seium heredem scripsero, heres esto‘ non est inutilis in quovis herede instituto praeter filium: est enim conditionalis institutio. nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est, verum conditionalis est haec institutio, quae testamento data esset. proinde et si ita scripserit: ‚cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto‘, pari ratione dicendum erit institutionem valere nullo iure impediante.*

1. *Si quem ita institutum ponamus: ‚ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto‘, valet institutio etiam in filio qui in potestate est, cum nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens, veluti ‚si rex parthorum vivit‘, ‚si navis in portu stat‘:“*



kde se řeší otázka, kdy byl dědic stanoven: „*Jestliže napíše Seia v kodícilu jako dědice, tak budiž dědicem!*“ A nebo: „*Ten a ten ať je mým dědicem, jestliže jsem ho zapsal v kodícilu!*“ V principiu se nezpochybňuje Seiova instituce jako taková, ale jako neplatná se bere pouze v situaci, kdy by šlo o syna (a tedy nepominutelného dědice) – neboť jde o instituci pod podmínkou a takovýto syn musí být stanoven nepodmíněně. V druhém případě tomu tak již není – podmínka musí odkazovat do budoucnosti, ne však do přítomnosti či minulosti.

Jak je navíc z tohoto fragmentu (Dig.27.7.10.1) patrné, ona listina (kodicil) mohla svým sepsáním předcházet sepsání závěti jako takové.

### 3. Mystický testament v moderním domácím právu

Jak již bylo řečeno, mystický testament upravoval § 582 ABGB<sup>27</sup> v původním znění, tento paragraf byl novelizován roku 2016, kdy byla jeho podoba mírně změněna a přesunuta do § 585 ABGB v současném znění.<sup>28</sup> Do oné novely však byl text v původní podobě z roku 1811 a změna textu však je spíše změnou terminologickou, jež reaguje jednak na výklad a jednak i na jazykové změny, jež se od roku 1811 udály. Text o. z. se zjevně inspiroval původním textem, nicméně nejde o jeho překlad.<sup>29</sup> Mystický testament v o. z. má následující znění: „*§ 1495 Poukáže-li zůstavitel v závěti na obsah jiné listiny, má i tato jiná listina stejné právní účinky, pokud splňuje náležitosti závěti. Nesplňuje-li je, lze jejího obsahu použít jen k vysvětlení zůstavitelovy vůle.*“

Při porovnání s výše citovaným § 582 ABGB v původním znění nevyplývá ještě tolik rozdíl obou ustanovení. Dá se říci, že text je téměř totožný. Je zde však několik rozdílů.

První spočívá v tom, že o. z. hovoří o závěti, zatímco ABGB (a podle něj i Osnova 1937) o „posledním pořízení“. V tomto shledává zcela zásadní rozdíl P. Dostalík, který však, jak se zdá, vychází z mylného předpokladu, že předválečný kodicil byl kodicilem neformálním, podobně jako v římském právu.<sup>30</sup> Z toho také vyvozuje, že měl-li být podle ABGB stanoven na onom jiném lístku dědic, musel tento lístek splňovat náležitosti závěti. „*Tedy přestože text zákona hovoří obecně o celém posledním pořízení, komentář klade požadavek stejné formy, jako má závěť pouze na situaci, kdy je na onom lístku nebo spisu uvedeno jméno dědice nebo určení dědického podílu. V ostatních případech není tato forma vyžadována.*“<sup>31</sup> Petr Dostalík sice neodkazuje na komentář, o kterém hovoří, ale na jiných místech

<sup>27</sup> § 582 ABGB (do 1. 1. 2017): „*Eine Verfügung des Erblassers durch Bezeichnung auf einen Zettel oder auf einen Aufsatz, ist nur dann von Wirkung, wenn ein solcher Aufsatz mit allem zur Gültigkeit einer letzten Willenserklärung nötigen Erfordernissen versehen ist. Außerdem können dergleichen von dem Erblasser angezeigte schriftliche Bemerkungen nur zur Erläuterung seines Willens angewendet werden.*“

Český překlad zněl: „*Zůstavitelovo pořízení, učiněné ve vztahem k nějakému lístku nebo k nějakému spisu, má jen tehdy účinek, když takový spis jest opatřen všemi náležitostmi nutnými ku platnosti poslední vůle. Jinak lze takových písemných poznámek, ku kterým zůstavitel poukázal, použití jen k vysvětlení jeho vůle.*“ (viz <<https://www.beck-online.cz/bo/chapterview-document.seam?documentId=onrf6mjygeyv6ojugywtcna>>).

<sup>28</sup> § 585 ABGB (od 1. 1. 2017): „*Eine Verfügung des Verstorbenen durch Verweis auf einen Zettel oder auf eine andere Urkunde ist nur wirksam, wenn eine solche Urkunde alle Gültigkeitserfordernisse einer letztwilligen Verfügung erfüllt. Sonst können derartige schriftliche Bemerkungen des Verstorbenen nur zur Auslegung seines Willens herangezogen werden.*“

<sup>29</sup> Podoba tohoto ustanovení však měla rovněž svou genezi, kdy zde bylo několik formulací. Viz PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 5. Všechny však naznačují značný vliv právě ABGB, ale od českého překladu § 582 ABGB v původním znění se však přeci jen odlišují.

<sup>30</sup> „*Předválečná úprava umožňovala navíc i kodicil, tedy bezforemnou dispozici s majetkem.*“ DOSTALÍK, P. *Mystický testament jako (po)zapomenutý institut soukromého práva*, s. 24.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 23.

je zmiňován komentář Rouček–Sedláček a lze se tedy domnívat, že pracoval s ním. Avšak v tomto komentáři podobné tvrzení obsaženo není. Jeho autoři obecně hovoří o „posledním pořízení“ a pouze opakují slova zákona v tom smyslu, že nebude-li mít lístek onu formu, je možno jej použít jen k výkladu zůstavitelovy vůle. Uvedené Dostalíkovo tvrzení je spíše vyvozováno z judikatury, nicméně vychází přitom z jedné mylné myšlenky – tj. že kodicil (dovětek) dle ABGB byl bezforemným jednáním. Jak závět, tak dovětek byly v ABGB spojovány pod pojem „poslední pořízení“ (§ 552 ABGB), přičemž § 553 jako rozlišovací kritérium mezi závětí a dovětkem stanovoval, že v závěti je obsažena dědická instituce, kterou naopak dovětek jako takový obsahovat nemůže. V tomto ohledu jde zcela jasně o římské dědictví, nicméně podstatnou odlišností od práva římského je, že pro dovětek v ABGB platily stejné formální náležitosti jako pro závět, což výslovně uvádí komentář: „*O testamentech i kodicilech platí stejná ustanovení (zejména pokud jde o způsobilost osob a předepsané formálnosti), [...]*“<sup>32</sup> Z tohoto úhlu pohledu skutečně jediným rozlišovacím kritériem bylo, zda v daném dokumentu byl či nebyl ustanoven dědic. Jistě, existovaly zde pak odlišné přístupy k dovětku a závěti, zejména stran kombinace více dovětků a závětí a jejich rušení (§ 713, § 714 ABGB). Tento odlišný přístup byl však již v Osnově 1937 odstraněn a podle jejího vzoru jej nenalezneme ani v o. z. Jestliže tedy o. z. hovoří místo o „posledním pořízení“ o závěti, tak zde vpravdě o podstatný rozdíl nejde, pouze byla dotažena do důsledku úprava ABGB, neboť ono také v řadě případů používalo slov „testovati“, ačkoliv se tím mínilo nejen pořízení závěti, ale i dovětku.<sup>33</sup> Skutečnost, že tam, kde je použito slovo „závěť“, je možno dosadit i slovo „dovětek“, lze dovodit ze slov: „*co je stanoveno o závěti, platí obdobně i o dovětku*“ (§ 1498 o. z.).

Judikáty ze sbírky Glaser–Unger, jež uvádí komentář Rouček–Sedláček a jichž se dovolává i Petr Dostalík, mají poněkud jiný význam. Klíčem k jejich pochopení je první slovo druhé věty ustanovení § 582 ABGB v původním znění. Ono slovíčko zní „*außerdem*“ a jeho český překlad pak „jinak“. Onen výraz lze totiž vyložit dvojím způsobem. První výklad je ten, o němž je řeč. Tedy že onen list musí mít stejné formální náležitosti jako poslední pořízení.<sup>34</sup>

Je zde ale i druhá možnost, a to, že onu formu stejnou jako poslední pořízení musí mít jen tehdy, když obsahuje nějakou instituci (dědice či odkazovníka). Pokud ale jde o ostatní zápisy, tedy takové, které instituci přímo neobsahují, tak tyto formu posledního pořízení mít nemusí. Tak je vidět u judikátu Gl.-U. 7498: „*Je-li dědici uloženo, aby upotřebil pozůstalosti k účelu v dopisu zvláště udanému, není třeba, aby dopis měl formu posledního pořízení.*“ Podobně i judikát Gl.-U. N. F. 1236, který stanovuje, že tuto formu nemusí mít ani dokument, jenž upřesňuje provedení nadace nařízené závětí.<sup>35</sup> Nejde zde ovšem o to, že v onom dokumentu není obsažena dědická instituce, ale „jiná majetková dispozice“ (tj. třeba odkaz), jak se domnívá Petr Dostalík.<sup>36</sup> Jde o to, že ona instituce konkrétního dědice či zřízení nadace jako takové je plně obsažena v původním testamentu a na lístku jsou jen instrukce k provedení oné dispozice.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> ROUČEK, F. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému občenskému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi*. 3. díl. Praha: V. Linhart, 1936, komentář k § 553, s. 76.

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 76.

<sup>34</sup> GSCHNITZER, F. – FAISTENBERGER, Ch. *Österreichisches Erbrecht*. 2., neubearbeitete Auflage. Wien: Springer, 1983, s. 37.

<sup>35</sup> ROUČEK, F. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému občenskému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi*. 3. díl, s. 133.

<sup>36</sup> DOSTALÍK, P. *Mystický testament jako (po)zapomenutý institut soukromého práva*, s. 23.

<sup>37</sup> V tomto ohledu vlastně ani nemá smysl mluvit o nějakém „mystickém“ testamentu – obmyšlený zde není v závěti utajen.

Jinak tomu ale je v situaci, kdyby bylo obecně v závěti stanoveno, že nějaké šperky jsou odkázány kamarádům, jejichž jména jsou napsána na zvláštním lístku. Tak tomu bylo v případě zůstavitelky N. N., která zemřela a v bodu 7 své závěti právě odkázala různé drobnosti „svým přátelům“.<sup>38</sup> V tomto případě nejde o instituci dědickou, ale o zřízení odkazu. Avšak závěť neobsahovala jména odkazovníků, ani upřesnění odkazu, nýbrž pouze obecnou informaci dovolávající se právě jiných listů, na nichž bylo uvedeno, komu má co konkrétně připadnout. V tomto případě tedy rozhodně není možno mluvit o tom, že by byla instituce odkazovníků k odkazům obsažena v závěti plně a tato podoba plně vyhovuje chápání mystického testamentu. Zmiňované drobnosti byly uloženy v krabici v různých pouzdech a nadepsány např. „mé milé neteři Mimi“, „mému kmotřenci Frantičkovi“ atp.<sup>39</sup> Původní testament obsahoval pouze obecnou zmínku o tom, že nějakým přátelům mají být předány šperky, proto tedy takovéto lístky se jmény není možno chápat jen jako „pouhé upřesnění“, pro něž není potřeba splnění formálních náležitostí. Jde skutečně o instituci k odkazu, a proto takový lístek by měl mít formu posledního pořizování, tedy měl by obsahovat i podpis zůstavitelky.<sup>40</sup> Jelikož však tomu tak nebylo, byly ony odkazy shledány neplatnými.

Přestože komentář Rouček–Sedláček výše uvedené judikáty cituje, z jeho výkladu jako by se zdálo, že výraz „*außerdem*“ jím byl chápán právě v onom prvním naznačeném významu. Tomu ostatně odpovídá i fakt, jak se k citovanému ustanovení postavila meziválečná rekodifikace. Subkomitét totiž původně navrhl celé ustanovení § 582 ABGB (v původním znění) zrušit: „*Jest jistě nesporno, že součástí posledního pořizování nemůže býti nic, co nemá náležitostí, předepsaných pro platné poslední pořizování a právě tak je samozřejmo, že odkazuje-li zůstavitel na jinou písemnost, která tyto náležitosti má, bude tato písemnost posledním pořizováním, po případě jeho součástí.*“<sup>41</sup> Na popud připomínek nejvyššího soudu<sup>42</sup> nebyl tento závěr subkomitétu superrevizí přijat, nicméně finální ustanovení v § 429 Osnovy 1937 znělo: „*Poslední pořizování, které by někdo učinil, dovolává se jiného spisu, má právní následky jen tehdy, když tento spis má všechny obřadnosti posledního pořizování.*“ Jak je patrná, druhá věta ustanovení § 582 ABGB v původním znění převzata nebyla, neboť v této otázce se superrevize přiklonila k názoru subkomitétu:<sup>43</sup> „*Pokud však mají podobné zápisky, poznámky atd. hodnotu pomůcek vykládacích, musí v jednotlivých případech posouditi soud.*“<sup>44</sup>

Jak je patrné z § 1495 o. z., který druhou větu obsahuje, inspirací bylo právě ABGB v původním znění a nikoliv meziválečné osnovy. Na druhou stranu autoři zákona jakoby pokračovali v domácí tradici, která onen výraz „*außerdem*“ chápe spíše v onom prvním

<sup>38</sup> „*Ich habe meinen lieben Freunden kliene Vermächtnisse zugeadacht und meine Schmucksachen mit Zetteln versehen, aus welchen zu entnehmen ist, wem ich mein Schmuck schenke.*“ KLINGSTEDT, H. *Das Testamentum mysticum und dessen Formgebundenheit*. *Osterriechische Notariat-Zeitung*. 1955, No. 12, s. 177.

<sup>39</sup> KLINGSTEDT, H. *Das Testamentum mysticum und dessen Formgebundenheit*, s. 177.

<sup>40</sup> GSCHNITZER, F. – FAISTENBERGER, Ch. *Österreichisches Erbrecht*, s. 37.

<sup>41</sup> SVOBODA, E. *Dědické právo: návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku*. 2. vydání. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1924, s. 23.

<sup>42</sup> Národní archiv Praha, Fond Ministerstvo spravedlnosti 1918–1953, K 302, složka 1922. Připomínky Nejvyššího soudu k elaborátu subkomise pro právo dědické, s. 9: „*§ 582 není žádoucí škrtnouti, přes to, že jím toliko vyřknut jest důsledek podávající se ze správného výkladu ustanovení o posledním pořizování i jest při nejmenším důraznou výstrahou nikterak zbytečnou v zákoně hledícím k obecné srozumitelnosti.*“

<sup>43</sup> K citovanému ustanovení důvodová zpráva viz *Sněmovní tisk 844. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník*. Praha: Státní tiskárna, 1937, s. 288.

<sup>44</sup> SVOBODA, E. *Dědické právo: návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku*, s. 24.

významu, neboť druhá věta v o. z. zní: „Nesplňuje-li je, lze jejího obsahu použít jen k vysvětlení zůstavitelovy vůle.“

S ohledem na tuto formulaci je třeba se zamyslet nad tím, jestli tato formulace připouští onen druhý výklad, tedy že listiny, na které je závětí odkázáno, ale samy o sobě instituci neobsahují, onu formu mít nemusí, nebo naopak, zda i v tomto případě bude pro jejich platnost vyžadována forma závětí. Autor se kloní k názoru, že i pro toto znění, byť poněkud odlišné od ABGB, je přípustný uvedený výklad, tedy že forma je vyžadována toliko tam, kde je obsažena instituce.

Dalším a svým způsobem na to navazujícím problémem se může zdát rozdílná poloha obou paragrafů v ABGB a o. z. Zatímco autoři o. z. zvolili poměrně logicky pozici hned za paragraf popisující závěť jako takovou (§ 1494), pohled na systematiku ABGB ukazuje, že citovaný § 582 se nachází v části věnované formálním náležitostem závětí. S ohledem na tuto skutečnost je totiž otázkou, jak vykládat obrat „*má i tato jiná listina stejné právní účinky, pokud splňuje náležitosti závětí*“. Může být položena otázka, zda jde jen o formální náležitosti, nebo i o další. Pohled do starších komentářů (Unger)<sup>45</sup> hovoří jen o formálních náležitostech.<sup>46</sup> Dle novějších názorů jsou vyžadovány i náležitosti ostatní, tj. subjektu a vůle.<sup>47</sup> Jak však poznamenává i Plašil, jsou otázkou obsahové náležitosti, tomu by odpovídala i dikce o. z., kde se hovoří o náležitostech závětí.<sup>48</sup>

S ohledem na zmíněné zařazení institutu v o. z. a i onu zmíněnou dikci se nelze divit, že někteří autoři komentářů vykládají požadavek, že musí být splněny stejné náležitosti jako v případě závětí, podobně jako již výše subkomitét. Objevují se názory, že tato listina, má-li mít stejné náležitosti, musí nutně obsahovat i dědickou instituci a je vlastně závětí.<sup>49</sup> Takovýto výklad je sice na první pohled naprosto v pořádku, nicméně pokud by tomu tak skutečně bylo, pak celé ustanovení je zbytečné, neboť kombinace závětí vyplývá z jiných ustanovení zákona a tato kombinace navíc ani není postavena tak, že novější závěť musí vždy výslovně reagovat na existenci závětí starší (jak bylo např. původně v ABGB). To však samozřejmě není argument, neboť bohužel, zákon obsahuje řadu kontradiktorních ustanovení a pouhé odvolání se na historické souvislosti nestačí.

I přesto, že tento výklad je možný, je třeba mít na vědomí ještě jednu skutečnost. Vzor pro ono ustanovení, ABGB, hovořilo a hovoří o „*letztwillige Verfügung*“, což není jen závěť, ale i dovětek, který obsahuje odkaz. I dle o. z. oním dokumentem, na něž se odkazuje, nemusí být jen závěť, což je pochopitelně možné, ale může jím být i dovětek. Už i proto, že i pro dovětek platí, že „*co je stanoveno o závěti, platí obdobně i o dovětku*“ (§ 1498 o. z.). Jistě by totiž bylo nerozumné vztáhnout ustanovení § 1495 o. z. jen na závěť *stricto sensu*. Mystický testament se nemusí týkat jen závětí, ale i dovětků, dokonce i dědických smluv

<sup>45</sup> UNGER, J. *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Sechster Band. Das österreichische Erbrecht.* 4. vydání. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1894, s. 59 pozn. O s odkazem na pravidlo pronesené v Dig. 28.1.21.1.

<sup>46</sup> Plašil zde uvádí i další. PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 6, pozn. 30. Cituje zde mimo jiné i Krčmářovu učebnici z roku 1934. Autor má k dispozici starší vydání (1928), kde však Krčmář vyžaduje „*veškeré náležitosti, jaké se vyhledávají k platnosti posledního pořízení*“. Viz KRČMÁŘ, J. *Právo občanské. V. Právo dědické.* 3. vydání. Praha: Všehrd, 1928, s. 32.

<sup>47</sup> Tak třeba Klangův komentář z roku 2017, viz PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 6 pozn. 31. Srovnej WELSER, R. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. *Kommentar zum Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (§§ 531–824).* 4. vydání. Wien: MANZ, 2012, komentář k § 582, s. 65, též ECCHER, B. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. E. *ABGB Praxiskommentar Band 3.* 4. vydání. Wien: LexisNexis, 2013, s. 67, marg. č. 1. Je však otázkou, zda tak tomu nebylo i dříve, jen se tyto náležitosti měly „samo sebou“.

<sup>48</sup> TALANDA, A. *Mystický testament*, s. 296; PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 6.

<sup>49</sup> Viz ŠEŠINA, J. – WAWERKA, M. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. *Občanský zákoník: komentář. Svazek IV. Dědické právo (§ 1475 až 1720) včetně výkladu řízení o pozůstalosti.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, komentář k § 1495 m. č. 1 in fine, s. 78.

a ve Švýcarsku byl poukaz na jinou listinu uznán platným i u vydědění.<sup>50</sup> Shodně se i domácí literatura staví převážně k názoru, že § 1495 o. z. l. lze použít i v jiných situacích než jen u závěti.<sup>51</sup>

Není tak přesné ani tvrzení A. Talandy: „Zůstavitel tak prakticky musí pořádit formálně bezvadnou závěť, ve které odkáže na jinou formálně bezvadnou závěť [...]. Mimo formálních náležitostí musí být v obou závětech také splněny nutné obsahové náležitosti závěti, tedy především určení dědiců, a případně také určení jejich podílů na pozůstalosti.“<sup>52</sup> Sám Talanda přitom připouští, že lze ustanovení mystického testamentu aplikovat jen na dovětek. Bylo by však poněkud zvláštní, kdyby v závěti bylo možno poukázat jen na závěť a v dovětku na dovětek. Proč by nemohl zůstavitel ve své závěti poukázat na jinou listinu toliko stran odkazů? Ostatně výše uvedený případ z Rakouska, byť forma oněch listin v daném případě byla shledána neplatnou, jasně dokazuje, že to možné je. A může snad dovětek splnit obsahovou náležitost závěti – tj. dědickou instituci, když právě absence ustanovení dědice je tradičně to, čím je dovětek<sup>53</sup> odlišen od závěti? Ačkoliv to o. z. výslovně neříká, je možno z dikce § 1498, který o dovětku hovoří, dovodit totéž – tedy že dovětkem není možno stanovit dědice. Zde je vhodné poukázat opět na kořeny tohoto institutu v právu římském – ono *relatum* nemusí obsahovat dědickou instituci, tu přeci obsahuje *referens*. Přestože Talanda pochybuje o tom, zda je možné, aby instituce „v římském duchu“ odkazovala na jinou listinu, aniž by bylo zmíněno jméno dědice,<sup>54</sup> dle mého názoru je to takto možné a právě k tomu institut mystického testamentu směřoval. *Relatum* tedy musí splňovat formální náležitosti závěti, ne však nutné obsahové.<sup>55</sup>

Je-li možno v závěti poukázat na dovětek, nabízí se otázka, zda by tomu mohlo být i opačně. Jistě by tomu tak být mohlo, nicméně ovšem jen v tom rozsahu, v jakém je možno disponovat skrze dovětek.

Bez ohledu na to, zda bude či nebude tento institut mystického testamentu v praxi skutečně využíván, je vhodné se zamyslet nad některými možnostmi, byť třeba i jen teoretickými.

Prvním předpokladem, aby ona jiná listina měla stejné účinky jako závěť, je fakt, že na ni bude poukázáno, tj. bude v závěti výslovně zmíněna. Toto výslovné zmínění mělo svůj význam v minulosti, jak již bylo naznačeno, nicméně má svůj dosah i dnes. Např. je možno mystického testamentu využít pro obživení již dříve odvolaného testamentu. Toto obživení je přitom možné,<sup>56</sup> aniž by byl nutně zopakován obsah oné závěti.<sup>57</sup> Skutečnost, že tak může zůstavitel učinit i bez přepsání obsahu onoho dříve zrušeného testamentu,

<sup>50</sup> Plašil zde poukazuje na spor *Näf proti Näf*. PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 4.

<sup>51</sup> Talanda výslovně zmiňuje dovětek – viz TALANDA, A. *Mystický testament*, s. 296. Fiala a Beerová pak dospěli ke stejnému závěru jako zmíněné švýcarské rozhodnutí. Viz FIALA, J. – BEEROVÁ, K. In: FIALA, R. – DRÁPAL, L. (eds). *Občanský zákoník IV. Dědické právo (§ 1475–1720)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 97.

<sup>52</sup> TALANDA, A. *Mystický testament*, s. 296.

<sup>53</sup> Tak to výslovně uváděl § 553 ABGB před novelou, po novele je tato otázka upravena v § 552 ABGB v současném znění, kde však již není výraz *kodicil*, pouze se hovoří o „*sonstige letztwillige Verfügungen*“, jehož účelem je buď otázka odkazu, nebo ustanovení či odvolání vykonavatele závěti.

<sup>54</sup> Talanda zmiňuje instituci dědice slovy: „za dědice určuji osobu, jejíž jméno je uvedeno v závěti ze dne 22. 2. 2016“. Dle mého názoru je tato instituce dostatečně určitá a otázka, zda je osoba dědice zaměnitelná, nebo ne, je dána povahou oné další listiny, na níž je odkazováno. TALANDA, A. *Mystický testament*, s. 297.

<sup>55</sup> Shodně i PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 6.

<sup>56</sup> KRÁLIK, W. – EHRENZWEIG, A. *Das Erbrecht: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 4. Buch*. 3. přepracované a rozšířené vydání. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1983, s. 153, samozřejmě ovšem, pouze pokud je dané pořízení v psané formě.

<sup>57</sup> ECCHER, B. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. E. *ABGB Praxiskommentar Band 3*, s. 67.

má však svá úskalí. Např. co když ona původní závěť byla zničena? Ačkoliv to zní nepravděpodobně, je to možné. Podobnou situaci zmiňuje ve svém článku F. Plašil,<sup>58</sup> kdy odkazuje na judikát švýcarského nejvyššího soudu BGE 101 II 211,<sup>59</sup> který dospěl k rozhodnutí, že je možno oživit i závěť, jejíž platnost byla zrušena fyzickým zničením závěti, pokud splňovala patřičné náležitosti a pokud je možno její text rekonstruovat. Jistě se lze s tímto postupem ztotožnit i pro domácí podmínky. Co však když onen předchozí testament nebude nalezen? Tento problém byl řešen již římským právem.

Fragment Dig 37.11.12 Paul 7 quest.<sup>60</sup> k tomu říká: „*Ohledně otázky, zda může ten, kdo byl zapsán do kodicilu jako dědic, požadovat držbu dědictví, mám za to, že je třeba přesně zjistit, aby byl správně označen a aby mu byl správně připsán díl pozůstalosti. A může dokonce i dosáhnout na určitou část, třebaže by byl i ustanoven bez určitého dědického podílu, neboť dědic, který je ustanoven bez nároku na určitou část pozůstalosti, může dědit vakantní dědický podíl, nebo může zabrat podíl jiného. Avšak jestliže by někdo zapsal dědice tak, aby byl vyloučen z testamentu, neboť není možné určit díl, ke kterému mohl být ustanoven, nemůže ani požadovat, aby byl uveden do držby dědictví. To se může přihodit, jestliže je někdo takto ustanoven za dědice: ,Na kolik jsem Titia ustanovil v dřívějším testamentu jako dědice, k takové části budiž dědicem' nebo ,na kolik jsem jej ustanovil v kodicilu, k takové části budiž dědicem' a onen předchozí testament nebo předchozí kodicil nemůže být nalezen. Avšak jestliže bych takto ustanovil: ,Titius, jestliže jsem jej v dřívějším testamentu ustanovil jako dědice k jedné polovině, pak jej mám za zapsaného jako dědice' nebo ,jestliže jsem Titia zapsal jako dědice z jedné poloviny v testamentu, budiž dědicem z jedné poloviny', tedy přijme držbu dědictví z jedné poloviny jako dědic zapsaný pod podmínkou.*“<sup>61</sup>

Při sepisování mystického testamentu je tedy velmi pečlivě třeba vážit, jak jej sepsat, neboť při ztrátě oné listiny, na niž je odkazováno, by se klidně mohlo stát, že se obmyslený dědicem (odkazovníkem) stát nemusí.

Otázkou je, jak by to bylo v případě opačném. Tedy v situaci, kdy by zde existoval dokument, na který bylo odkazováno, avšak ona původní závěť, která by na něj odkazovala, by nebyla k nalezení.

Jelikož pro onu listinu platí stejné formální požadavky jako pro závěť, neměl by zde vzniknout problém po této stránce. Čistě technicky by takováto listina mohla stát i jako zcela samostatný testament, přesně tak, jak i předpokládá výše uvedený komentář. Zde by ovšem záviselo na tom, jaké znění by tato listina měla. Pokud by její obsah byl „*každý z mých dědiců v závěti ať dostane po jedné třetině*“, tak zcela jistě by zde vznikl problém, když by ona závěť, o níž je řeč, nebyla nalezena. Pokud by ale zněl „*mým dětem Petrovi 1/2, Janě 1/4 a Karlovi 1/4*“, pak by při splnění formálních náležitostí závěti (tj. zejména podpis) mohla být uznána i za platnou.

<sup>58</sup> PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 6.

<sup>59</sup> Text judikátu dostupný z: <[http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F101-II-211%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F101-II-211%3Ade&lang=de&type=show_document)>.

<sup>60</sup> Dig 37.11.12 Paul 7 quest.: „*Ut scriptus heres agnoscere possit bonorum possessionem, exigendum puto, ut et demonstratus sit propria demonstratione et portio adscripta ei inveniri possit, licet sine parte institutus sit: nam qui sine parte heres institutus est, vacantem portionem vel alium assem occupat. quod si ita heres scriptus sit, ut interdum excludatur a testamento, eo quod non invenitur portio, ex qua institutus est, nec bonorum possessionem petere potest. id evenit, si quis ita heredem instituat: ,titius quanta ex parte priore testamento eum heredem scriptum habeo, heres esto' vel ,quanta ex parte codicillis scriptum eum habeo, heres esto', sic scriptus non inveniat. quod si ita scripsero: titius, si eum priore testamento ex semisse scriptum heredem habeo' vel ,si eum codicillis ex semisse heredem scripsero, ex semisse heres esto', tunc accipiet bonorum possessionem quasi sub condicione heres scriptus.*“

<sup>61</sup> Překlad viz DOSTALÍK, P. *Mystický testament jako (po)zapomenutý institut soukromého práva*, s. 20.

#### 4. Odkázání na pořízení cizí osoby

Další otázkou, která se zde může v praxi objevit, je situace, kdy by ona závěť odkazovala na listinu, kterou pořídila jiná osoba. Osoba A ustanoví svým dědicem někoho tak, že odkáže na instituci v závěti osoby B. Takovouto situaci je možno předpokládat v případech manželů či osob žijících v obdobném blízkém svazku, a to tím spíše, že občanský zákoník na rozdíl od ABGB nezná společnou závěť a trvá na zásadě, že závěť je za všech okolností jednostranný projev vůle.

Přestože rakouské právo zná možnost společného testamentu, i ve zdejší praxi se vyskytl případ, kdy bylo jedním pořízením odkázáno na pořízení druhého z partnerů, přičemž zcela zjevně nešlo o společnou závěť.<sup>62</sup>

Po zemřelém Georgovi S. se přihlásili dva dědicové – jeden na základě zákonné posloupnosti, druhý pak opíral svůj nárok o poslední nařízení následujícího znění: „*Já níže podepsaný Georg S. potvrzuji svým vlastnoručním podpisem, že tento testament platí i pro mou pozůstalost. W., dne 9. 5. 1973, Georg S.*“<sup>63</sup>

List s tímto textem byl přilepen k závěti pořízené téhož dne Paulinou S., jeho manželkou, která jako svého dědice povolala Horsta K. Jmenovaný Horst K. byl nakonec ve svém sporu neúspěšný. Text, který byl sepsán Georgem S., sice splňoval vnější formu holografní závěti, tj. byl vlastnoručně sepsán a podepsán, nadto byl dokonce datován, což dle rakouského práva není obligatorní údaj, po otázce vnitřních formálních náležitostí to již bylo horší. Jelikož bylo deklarováno, že jde o závěť dle § 582 ABGB v původním znění (mystický testament), a nikoliv o závěť společnou, byl text zůstavitele Georga S. shledán neplatným. Oním absentujícím prvkem, který neplatnost způsobil, byla absence dědické instituce,<sup>64</sup> kterou nebylo možno nahradit institucí v závěti jeho manželky.<sup>65</sup> Skutečnost, že dědic byl stanoven v testamentu manželčině, k níž byl text Georga S. připojen, pro samotné naplnění náležitostí posledního pořízení nestačil a i v tomto ohledu se rakouské komentáře shodují, že není možno mít jako *relatum* listinu napsanou někým jiným.<sup>66</sup> Shodný názor zastává i Plašil.<sup>67</sup>

Proti tomu by bylo možno postavit jiný názor. Ačkoliv se spíše předpokládá, že autorem oné jiné listiny, na níž je v závěti odkazováno, bude sám zůstavitel, jazykový výklad zákona nijak na první pohled nebrání tomu, aby onu jinou listinu napsal někdo jiný, respektive aby ona listina byla posledním pořízením jiné osoby.

Závěť je typicky osobním projevem vůle,<sup>68</sup> tedy není jej možno nahradit jednáním zástupce ani zákonného, ani na základě plné moci. Jednostrannost jednání rovněž má zaručit, že jde o projev vůle právě dané osoby – ostatně zákon deklaruje výslovně, že není možné, aby instituce spočívala v pouhém přitakání návrhu někoho jiného (§ 1497 o. z.).

<sup>62</sup> Viz judikát OGH ze 17. 9. 1991, sp. zn. 5 Ob 531/91, *Osterreichische Notariat-Zeitung* 1992, s. 296–298.

<sup>63</sup> „*Ich Gefertigter Georg S. bestätige mit meiner eingehängigen Unterschrift, dass dieses Testament auch für meinen Nachlass gilt. W., am 9. 5. 1973, Georg S.*“ Ibidem, s. 297.

<sup>64</sup> Plašil poněkud nepřesně uvádí, že absentovalo jméno dědice, ale judikát užívá obrat „*keine Erbseinsetzung enthält*“. Ibidem, s. 298, srovnej PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 8.

<sup>65</sup> Viz judikát OGH ze 17. 9. 1991, sp. zn. 5 Ob 531/91, *Osterreichische Notariat-Zeitung* 1992, s. 298.

<sup>66</sup> ECCHER, B. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. E. *ABGB Praxiskommentar Band 3*, s. 67, FENYVES, A. – KERSCHNER, F. – VON-KLICH, A. *ABGB. § 552–646. 3. Auflage des von Heinrich Klang begründeten Kommentars*. Wien: Verlag Österreich, 2017, marg. č. 5, s. 232.

<sup>67</sup> PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 8, 9.

<sup>68</sup> FIALA, R. – BEEROVÁ, K. In: FIALA, R. – DRÁPAL, L. a kol. *Občanský zákoník: komentář IV. Dědické právo (§ 1475–1720)*, marg. č. 7, s. 91.

Jednostranný charakter závěti se odráží i v možnosti ji kdykoliv změnit, která byla již v dobách antiky vyjádřena regulí: „*Ambulatoria est voluntas defuncti adque supermum vitae exitum.*“ (Dig. 34.4.4.). Tato zásada, jež plyne ze samotné povahy jednostranného úkonu, je ještě zdůrazněna § 1581 o. z. (neúčinná zrušovací doložka): „*Prohlásí-li zůstavitel, že neplatná budou všechna jeho příští pořízení pro případ jeho smrti, anebo že budou neplatná taková pořízení, jež nebudou zřízena v určité formě, nepřihlíží se k tomu.*“

Z povahy věci není možné právo zůstavit sobě dědice, potažmo odkazovníka, přenechat jiné osobě a není možno se takového práva vzdát ani do budoucna. Co však brání, pokud zůstavitel ve své závěti v instituci poukáže na osobu označenou v závěti, či v jiném pořízení, jiné osoby?<sup>69</sup> Na cizí listinu by tak mohlo být v mystickém testamentu odkázáno, ovšem pouze tehdy, pokud ona cizí listina byla pořízena dříve nežli onen mystický testament.

Jako protiargument je však možno vznést jeden ze závěrů F. Plašila: „*Budou-li jak samo pořízení pro případ smrti (referens), tak i listina, na kterou poukazuje (relatum), splňovat náležitosti závěti, budou obě listiny považovány za jediné pořízení, jeden celek.*“<sup>70</sup> I proto by mělo nejen *referens*, ale i *relatum* být pořízeno zůstavitelem osobně (byť ne nutně v téže formě). S ohledem na výše zmiňované rakouské komentáře a fakt, že naše úprava je rakouským právem v této otázce inspirována, je lépe přiklonit se k Plašilovu stanovisku.

Odkaz na cizí poslední pořízení by však mohl mít stejnou pozici jako listiny, jež formu nespĺňují – tj. mohl by být využit k výkladu vůle zůstavitele. Platí ovšem pravidlo, že formálně nedostatečné *relatum* nemůže napravit obsahové vady závěti jako takové.<sup>71</sup>

Ačkoliv je možno mít obě listiny mystického testamentu za jeden dokument, bylo by vhodné obě doplnit datací. Důvod, proč by měl takovýto mystický testament dataci obsahovat, spočívá v tom, že takovouto situaci by bylo možno zařadit pod případy, kdy je datum obligatorní. Je možno mít za to, že v tomto případě by skutečně mohly záviset účinky závěti na době jejího pořízení (§ 1494 odst. 1 o. z.). Ostatně mohlo by dojít i k situaci, kdy by *referens* a *relatum* mohly být považovány za dvě různé závěti a pak by – s ohledem na fakt, že by mohly znít kontradiktorně – hrozilo rovněž jejich zneplatnění.

## Závěrem

Návrat mystického testamentu do našeho právního řádu se může zdát poněkud zbytečným, i s ohledem na to, že pro závět i pro dovětek platí již nejen stejná formální pravidla (shodně s ABGB), ale i proto, že zákon po vzoru Osnovy 1937 řeší shodně i situaci kombinace více závětí a více dovětek (na rozdíl od ABGB). Je otázkou, jak se tedy tento institut prosadí v praxi.

Je však možné, že nebude tolik využíván pro „utajení“ jména dědice, jehož jméno bude napsáno na jiný list v budoucnu. Spíše bude tento institut využitelný pro situace, kdy je potřeba odkázat na dokument již vzniklý. Tímto způsobem je možno oživit závět, která byla dříve zrušena, aniž by nutně musel být opakován její obsah, a za určitých okolností i v případě, že byla zničena.

<sup>69</sup> Nikde není řečeno, že tato osoba musí být i v dokumentu, na nějž je odkazováno, označena jako dědic. Např. zůstavitel může obdařit dědictvím někoho, kdo v testamentu jiného byl učiněn pouze odkazovníkem, ale stejně tak je možný i případ „*mým dědicem budiž ten, kdo byl v závěti osoby B vyděděn*“.

<sup>70</sup> PLAŠIL, F. *Mystický testament v českém právu z komparativního pohledu*, s. 9.

<sup>71</sup> *Ibidem*, s. 8, s odkazem na ustálenou rakouskou judikaturu.



# Ústní jednání a slavní rétoři v historii Nejvyššího soudu USA

Martin Dostál\*

**Abstrakt:** V úvodu se autor věnuje popisu monumentální budovy Nejvyššího soudu a problematice ústního jednání před tímto soudem v současnosti. Soud nařizuje ústní jednání v 80–90 případech ročně a jde o jedinou viditelnou možnost procesu pro veřejnost a zároveň příležitost pro soudce klást otázky přímo advokátům. Argumentační procedura zároveň umožňuje soudcům zjišťovat sílu názorů na projednávaný případ, zastávanou ostatními soudci. Před rokem 1849 bylo ústní jednání neomezené; trvalo několik dní a přitahovalo značné zástupy zájemců. Jádrem článku je věnováno velkým řečníkům 19. století, vedených Danielem Websterem, jedním z nejvíce oceňovaných advokátů této éry a vůdčím ústavním expertem své generace s velkým vlivem na legendární Marshallův soud. Roku 1816 Webster vášnivě argumentoval na podporu své alma mater, případu Dartmouth College v. Woodward. Legislativa státu New Hampshire přijala zákon, který změnil Dartmouthskou kolej na státní instituci. Nejvyšší soud Spojených států rozhodl ve prospěch Webstera a Dartmouthské koleje. Na přelomu 21. století dochází ke znovuobnovení rétorických studií, zvláště v americkém systému porotního soudnictví a procesu s klíčovou rolí právníků jako velkých řečníků. Důvodem je ve 20. století znovuobjevená důležitost jazyka (obrat k jazyku) a přesvědčování v medializovaném světě, se zaměřením na široké variace právníké rétoriky a její důsledky.

**Klíčová slova:** ústní jednání, rétorika, řečníci, argumentační proces, Marshall of the Court, Clerk of the Court, Solicitor General, americký systém porotního procesu

## 1. Ústní jednání v budově Nejvyššího soudu Spojených států v současnosti

Jednou z nejzajímavějších atrakcí (i pro právní laiky), kterou veřejný život ve Spojených státech nabízí, je ústní jednání před Nejvyšším soudem – tzv. *oral arguments*. Jde o jedinou viditelnou a veřejnosti přístupnou část rozhodovacího procesu tohoto soudu.<sup>1</sup> Je k tomu příležitost po 14 týdnů každý rok (dva týdny v měsících od října do dubna včetně) v soudní síni Nejvyššího soudu (*courtroom*). V týdny, kdy soud zasedá, se tak děje v pondělí, úterý a ve středu a každý den soud vyslechne čtyři kauzy.

Návštěvník přistupuje k budově Nejvyššího soudu, kde tento nejmocnější soudní orgán amerického ústavního systému sídlí od roku 1935. Hlavní architekt Cass Gilbert (stavbu ale dokončil jeho syn Cass Gilbert, Jr. a John R. Rockart) zvolil korintský styl klasické řecké architektury, aby budova harmonicky doplňovala kongresové stavby na *Capitol Hill*. Za základní materiál byl zvolen mramor; pro exteriér je užít čistě bílý mramor z lomu ve Vermontu, krémový alabamský mramor je ve vstupní hale, na hlavních poschodích a většině zdí, mramor v barvě slonoviny byl dovezen ze Španělska, aby zdobil hlavní jednací síň, a sloupy jsou z italského mramoru. Na počátku širokého mramorového schodiště, vedoucího od oválného náměstí s lavičkami a fontánou k hlavnímu vchodu (*main entrance*)

\* JUDr. Martin Dostál, Ústavní soud České republiky. E-mail: [Martin.Dostal@usoud.cz](mailto:Martin.Dostal@usoud.cz).

<sup>1</sup> Samozřejmě záleží na zájmu o jednotlivé případy. Na některé, ostře sledované, je třeba se postavit do fronty až o den dříve a přenocovat před budovou Nejvyššího soudu. Přístup veřejnosti může být v takových kauzách omezen například jen na prvních čtyřicet čekajících.

na západní straně, se nacházejí sochy (autorem je J. E. Fraser), představující dvě sedící postavy. Nalevo je socha ženy, zobrazující kontemplaci spravedlnosti a napravo mužská postava, reprezentující strážce autority práva. Na architrávu podpíraném vysokými korintskými sloupy je vepsáno motto „*Equal Justice Under Law*“ a nad ním se nachází trojúhelníkový pediment se soškami, v jejichž centru se nachází Spravedlnost na trůnu, chráněná Mocí a Řádem; scénu doplňují postavy, představující poradní sbor (*council*) a výzkum (*research*), dílo Roberta Aitkena.<sup>2</sup>

Centrum soudu je situováno do prvního patra. Návštěvníka ohromí hluboké, až kostelní ticho v těchto rozlehlých prostorách. Soudci po přestěhování ve třicátých letech minulého století žertovali, že by vysokým stropům a celkové atmosféře nejlépe odpovídalo, kdyby zde jezdili na slonech, pomalu a úctyhodně jako maharádžové. Ve velké hale (*Great Hall*; hlavní koridor) jsou vystaveny busty dřívějších předsedů – *Chief Justices* a mohutné dubové dveře otevírají vstup do hlavní jednací místnosti (*Court Chamber*), obklopené 24 sloupy ze Sienského mramoru (*Liguria*). V této místnosti se rovněž nacházejí figury zobrazující důstojnost práva a moc vlády sochaře Adolpha A. Weinmana a tablo reprezentující přijetí Listiny práv (*Bill of Rights*), často zaměňované se scénou předání Deseti přikázání (*Ten Commandments*). Na pravé straně z pohledu příchozího je situována Weinmanova sochařská scéna historických zákonodárců předkřesťanského období (Meni, Chamurabbi, Mojžíš, Šalamoun, Lykurgos, Solón, Drakont, Konfucius a Augustus, spolu s postavami Slávy a Historie), naproti jsou slavní *lawmakers* křesťanské éry (Justinián, Karel Veliký, král Jan, Svätý Ludvík, Grotius, Blackstone, Marshall a Napoleon);<sup>3</sup> na vše dohlížejí sochy reprezentující Svobodu, Mír a Filosofii. Dále zde vidíme Spravedlnost s okřídlenou figurou představující Božskou inspiraci, obklopenou Moudrostí a Pravdou. Jako varování jsou zde také sochy znázorňující korupci, pomluvu, podvod a despoticou vládu, které jsou poráženy symboly zobrazující bezpečí, harmonii, mír, milosrdenství a obranu hodnot – *Defense of Virtue*. Nábytek a monumentální, prohnutá soudcovská lavice, jsou z mahagonu. Tvar lavice do oblouku se datuje od roku 1972, do té doby byla rovná. Stalo se tak na příkaz předsedy Warrena Burgera, protože soudci na sebe hůře viděli a také se neslyšeli tak dobře a skákali si proto někdy do řeči. Soudce William O. Douglas tuto změnu nazval posměšně, že je důležitá „*asi jako boháčův pátý Cadillac*“. Honosná křesla soudců a soudkyň se dají upravit podle jejich velikosti, takže i malinká soudkyně Ginsburgová nepůsobí za lavicí ztraceně. Těžké závěsy vínové barvy za zády soudců slouží také k tomu, aby byla v místnosti dobrá akustika. Nalevo od lavice soudců je stůl pro funkcionáře zvaného *Clerk of the Court*, napravo má své místo *Marshal of the Court*.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Vchod z protilehlé východní strany, který hosté navštíví zřídka, je ozdoben dílem „Spravedlnost, strážce svobody“ (*Justice the Guardian of Liberty*) a sochař Herman A. McNeil zde vypracoval reliéfy mramorových figur představujících velké zákonodárce minulosti, Mojžíše, Konfucia a Solónu, obklopené skupinami, symbolizujícími prostředky prosazování práva.

<sup>3</sup> V roce 1997 se na jednu z fresek zaměřili američtí muslimové, kteří upozornili na zákaz jakkoli zobrazovat proroka Mohameda. Nejvyšší soud odmítl sochu odstranit nebo přikrýt, ale snažil se v propagačních brožurách a jiných publikacích citlivě upozornit na tento problém, aby se nedotýkal náboženského citění věřících.

<sup>4</sup> *Clerk of the Court* spolu s podřízenými úředníky spravuje veškeré listiny a dokumenty spojené s konkrétní kauzou, tedy pečuje o soudní rejstřík či věcnou komoru (*docket*), zahrnující podání, stížnosti, vyjádření a další materiály, adresované Nejvyššímu soudu. Distribuuje tyto texty jednotlivým soudcovským pracovištím, hlídá kalendář pro ústní jednání (*argument calendars*), vyzývá advokáty, stěžovatele a nižší soudy k provedení formálních úkonů a poučuje je o nich, pokud je to nutné. Jeho kancelář zaměstnává kolem třiceti úředníků a je dnes vybavena nejmodernější technikou. Disponuje také pečeti, na které je znak Nejvyššího soudu (*Seal of the Supreme Court*). *The Clerk of the Court* dlouho vykonával i to, co je od roku 1867 povinností vysokého úředníka zvaného *Marshal of the Court*. Jde o funkci zahrnující úkoly jakéhosi generálního manažera soudu, šéfa ochranné služby a osoby odpovědné za finance, k čemuž mu dopomáhá kancelář s téměř 250 zaměstnanci. Nejdívidelnější je však při

Naproti jsou stolky advokátů a bronzovým zábradlím je oddělena oblast pro veřejnost; na levé straně jsou červené lavice vyhrazené tisku a na pravé straně místa rezervovaná pro hosty soudců. Židle před těmito lavicemi patří asistentům a spolupracovníkům soudců a slouží také pro význačné návštěvníky. Stolky právních zástupců jsou opatřeny seříznutými husími brky, což slouží jako další připomínka slavné tradice, i když dnes již nikdo tímto nástrojem samozřejmě nepíše.

Vysocí úředníci soudu, *Marshall of the Court* a *Clerk of the Court*, oblečení v tradičním oděvu, se postaví každý k jednomu okraji podlouhlého mahagonového stolu soudců (*the bench*). Přesně v deset hodin dopoledne udeří maršál soudu o zem svojí ceremoniální holí a po starém způsobu zvolá silným a důstojným hlasem: „*Ctihodní, předseda a soudci Nejvyššího soudu Spojených států*“ (*The Honorable, the Chief Justice and the Associate Justices of the United States*). Tmavě rudé závěsy za čtyřmi grandiózními sloupy v soudní síni se rozhrnou a pomalým krokem vstoupí soudci, vždy po třech mezi jednotlivými sloupy. Jakmile usedají na svá místa, hřmí maršálův hlas: „*Slyšte, slyšte, slyšte, všechny osoby účastníci se jednání ctihodného Nejvyššího soudu Spojených států nechtě přistoupí blíže a dávají pozor, soud právě zasedá. Bůh ochraňuj Spojené státy a tento ctihodný soud*“ (*Oyez, Oyez, Oyez. All persons having business before the Honorable, the Supreme Court of the United States, are admonished to draw near and give their attention, for the Court is now sitting. God save the United States and this honorable Court*). Další úder maršálový hole ukončuje tuto proklamaci a všichni se usadí.<sup>5</sup>

Při ústním jednání či argumentačním vystoupení se zástupci jednotlivých stran snaží výstižně shrnout svá písemná podání (*briefs*) a zdůraznit klíčové skutečnosti případu. Za každou ze stran smí hovořit jen jeden právní zástupce (*only one attorney for a side*), výjimky jsou připuštěny pouze v případě *amicus curiae*, zejména když jako „přítel soudu“ vystupuje *Solicitor General* a jeho úřad.<sup>6</sup> Vystoupení právních zástupců je omezeno na půl hodiny, k soudcům se hovoří od stolku opatřeného světelnou signalizací; rozsvítí-li se čiré světlo, zbývá řečníkovi pět minut a jakmile se rozsvítí červené, musí s proslovem ihned skončit, ledaže by mu některý ze soudců položil doplňující otázku. Povolení prodloužit vystoupení je uděleno zcela výjimečně. Hovoří se spatra, pravidla stanovují, že „*soud pohlíží nevládně na četbu připraveného textu*“ (*the Court looks with disfavor on oral argument read from a prepared text*) a tak si málokterý advokát dovolí takové *faux-pas*, i když výslovně zakázáno to není. Samozřejmě právním zástupcům nikdo nebrání pomoci si seznamem s poznámkami, aby řeč měla spád.

---

plnění svého navýsost ceremoniálního úkonu, když jako důstojný zřízenec zahajuje slavnou formulí „*Oyez, Oyez, Oyez*“ (podrobnosti dále v textu) zasedání Nejvyššího soudu.

<sup>5</sup> *Oyez* je slovo, pocházející z francouzštiny, používané z tradičních důvodů místo anglického *hear ye*. Pochází ze středověké Anglie, kdy bylo užíváno pro dosažení ticha a pozornosti v soudní síni. Zahajovací křik (doslova *opening cry*) byl institucionalizován 2. února 1790 kvorem čtyř soudců Nejvyššího soudu. Soud tehdy také vybral prvního vyvolávače (*crier*) Richarda Wenmana, jenž následujícího dne zahájil první zasedání. Tuto funkci plnilo kolem třiceti vyvolávačů, než ji převzal roku 1962 maršál.

<sup>6</sup> Samotné Spojené státy (*the U. S. Government*) jsou stranou ve zhruba polovině kauz před Nejvyšším soudem (jako navrhovatel či odpůrce) a reprezentuje je právní zástupce Spojených států (*Solicitor General of the U. S.*) zvaný *government's lawyer* nebo „desátý soudce“ (*the tenth justice*), který jako součást ministerstva spravedlnosti (*the Justice Department*) také rozhoduje, proti čemu se federace odvolá, tedy zejména co nechá ústavněprávně přezkoumat. Úřad *Solicitor General* navíc vystupuje v mnoha případech, ve kterých je přezkoumávána pozice federální vlády jako účastníka v řízení před nižšími soudy. Výjimečně, v případech mimořádné důležitosti, se může v této pozici před Nejvyšším soudem objevit i jeho nadřízený, *Attorney General* (odpovídá funkci ministra spravedlnosti na kontinentu), jenž takto vystupoval před rokem 1870, než vznikla samotná funkce *Solicitor General*.

## 2. Zlatý věk advokátské rétoriky aneb argumentuje Daniel Webster a další

Čas vymezený pro argumentaci se v historii Nejvyššího soudu měnil (zkracoval), stejně jako atmosféra, spojená s touto událostí. Zejména v první polovině devatenáctého století, kdy před soudem vystupovali legendární řečníci jako Daniel Webster, Henry Clay, William Pinkney nebo Simon Greenleaf; ve druhé polovině století je doplnili Reverdy Johnson, William Evarts, Augustus Garland a Mathew Carpenter. Jednalo se o výrazné, svérázné jedince, kteří i svým zjevem budili emoce. Tmavovlasý, vášnivý Webster, zvaný „černý Dan“, charismatický Henry Clay, hrdý a arogantní William Pinkney, vždy výstředně oblečený. Zástupy washingtonských dam na ně chodily jako do divadla na slavné herce. V dobách, kdy neexistovalo rádio, televize ani kino, umělo publikum ocenit zajímavý soudní proces a dobré právnícké projevy (*good courtroom speech*). Dnes si stěží dovedeme představit, jakou sílu měly tehdy promyšleně vyřčené věty v projevu spatra, bez nápověd či čtecího zařízení. Mířili slova, inspirováni Démosthénem a Ciceronem (ale také velkými anglickými parlamentními řečníky strany *whigů* Burkem, Foxem a Sheridanem či *toryovcem* Pittem) předváděli divy rétoriky doprovázené výraznou gestikulací, a nebylo představitelné, že by byli přerušováni. Soudci naslouchali mlčky a trpělivě. Zasedání se odročovala a trvala klidně několik dní. Například v kauze *Charles River Bridge* argumentovali advokáti pět dnů po čtyřech hodinách; 19., 21., 23., 24. a 26. ledna 1837, podobně jako ve věci *Gibbons v. Ogden*, kdy Webster zahájil svoji řeč v 11 hodin dopoledne 4. února 1824 a mluvil nepřetržitě dvě a půl hodiny; poté se až do 8. února střídali další řečníci a argumentaci svým mocným hlasem uzavíral *Attorney General* William Wirt. Publikum v soudní síni napjatě hltilo výkony velkých rétorů a scéna neměla daleko k divadelním představením velmi dobré úrovně.

Ukažme si na slavném případě ve věci Dartmouthské koleje, kde legendární předseda Nejvyššího soudu John Marshall využil advokátské argumentace ve vztahu ke kontraktační klauzuli Ústavy (*contract clause*, čl. I. odd. 10 Ústavy – žádný stát nesmí uzavřít jakoukoli mezistátní smlouvu nebo přijmout zákon, porušující závazky ze smluv) k ochraně soukromých korporací před právem některého státu. Ctihodný reverend Eleazar Wheelock, zakladatel a první prezident Dartmouthské koleje, si přál, aby jej ve funkci nahradil jeho syn John Wheelock. To nebyl dobrý nápad, protože John byl od počátku v konfliktu se zbytkem vedení této instituce (*board of trustees*). Aby posílil svoji pozici, přesvědčil legislativu státu New Hampshire ke změně formátu školy z privátní na státní, veřejnou. *Dartmouth trustees*, kteří tak ztratili jakoukoli kontrolu nad přejmenovanou *Dartmouth University*, žalovali jejího představitele, sekretáře Williama H. Woodvarda a věc skončila až před Nejvyšším soudem. Ve věci *Dartmouth College (Trustees of) v. Woodward*, 4 Wheaton 518 (1819) soud vyslovil, že zakládací listinu krále Jiřího III. univerzity v New Hampshire (*Royal Charter from the Crown*), změněnou zákonem státu, je nutno považovat za smlouvu, chráněnou ústavou před státní legislativou („*the Royal Charter was a contract between the donors, the trustees and the Crown*“) a za neústavní označil zákon státu New Hampshire, odvolávající statut Dartmouthské koleje, aby školu změnil ze soukromé na veřejnou. Pokus státu změnit privátní školu na státní tedy nevyšel, soud zdůraznil, že výsadní listina je totéž co smlouva a jako taková může být měněna jen se souhlasem smluvních stran, nikoliv arbitrárním aktem státního zákonodárce („*the school's original charter is the same as a contract, which the state legislature could not arbitrarily change*“).<sup>7</sup> Soudci Washington a Story sepsali vlastní odlišné stanovisko (*concurring opinion*) v dané

věci. Vědec Story podpořil Marshallovo východisko tím, že citoval několik autorit *common law*, podporujících přijatý závěr. Jen soudce Duvall, který za více než dvacet let u soudu nese-psal téměř nic, disentoval, ale bez odůvodnění.

Za Dartmouth College jednal jeden z nejlepších právníků a ještě lepších řečníků Ameriky, Daniel Webster, který často zastupoval vítěznou stranu před Nejvyšším soudem. Kolej byla jeho *alma mater*. Websterův projev vyvrcholil takto: „*Pánové, můžete tuto instituci zničit; je slabá, je to ve vašich rukou. Já ale vím, že to je jedna z mála svíci v literárním horizontu naší země. Můžete ji rozpustit. Ale když to uděláte, dávejte pozor na svoji práci! Budete muset uhasit, jedno po druhém, všechna světla vědy, která po více než jedno století vrhala svoji záři na celou zemi. Je to, pánové, jak jsem již řekl, jen malá škola, ale přesto existují lidé, kteří ji milují.*“ („*You must extinguish, one after another, all those great lights of science which, for more than a century have thrown their radiance over our land. It is, sir, as I have said, a small college – and yet there are those who love it*“). Posluchači byli hluboce dojati, mnozí hlasitě plakali a dokonce i John Marshall, který uměl zvládat sentimentální okamžiky, byl neobvykle pohnut. Pohled na Daniela Webstera byl prý nezapomenutelný. Rty se mu chvěly a ruce třásly emocemi; oči byly zalily slzami, jeho dunivý hlas občas vypovídal službu. Zdálo se, že má nejvíce práce sám se sebou – zvládnout nával citů v okamžiku, kdy bojuje za spravedlivou a pro něj drahou věc. Soudce Story vzpomínal, že nelze popsat slovy dojem, kterým Webster zapůsobil. Vždy před počátkem jeho proslovu bylo až minutové ticho, kdy se nikdo v sále neodvážil ani pohnout. Celé to mělo jakousi snovou atmosféru. Pak Webster začal. Kombinace brilantních právnických argumentů, hlubokého patosu, hereckých gest, rétorických pomlka různých hlasových poloh činila z výkonu velkého právníka nepřenositelnou záležitost.<sup>8</sup>

Ale svoji roli hrál také Marshall. Pro bystré advokáty byla radost s moudrým předsedou soudu spolupracovat a přednést svoji řeč, protože jej to opravdu zajímalo a s chutí se účastnil této intelektuální hry. Sám Daniel Webster popsal Marshalla při jednání soudu v kauze *Gibbons v. Ogden* (1824): „*Chief Justice Marshall psal vždy husím brkem, nepřevzal ten barbarický vynález ocelových per. A vždy, než začal právní zástupce argumentovat, předseda si pečlivě naostřil svůj psací nástroj, povyhrnul si rukávy taláru a pak zaměřil svoji pozornost na advokáta, který se chystal k projevu, jako by celou svojí bytostí vyjadřoval: Já jsem připraven, můžete začít. Nikdy jsem nebyl účasten větší intelektuální radosti, než když jsem přednášel o nějaké nové právní otázce před tímto velkým mužem, který si výkonu advokáta vážil a uměl skutečně naslouchat; a činil tak, jako když dítě saje mateřské mléko.*“<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Marshall tu také definoval korporaci, moderní formu podnikání, právní fikci, umožňující skupině lidí vystupovat jednotně po celém území Spojených států. Dříve se korporace používaly jen v případě velkých projektů budovaných v zájmu veřejnosti (banky, plavební kanály, železnice) a na jiné záležitosti se používala forma partnerství (*Partnership*), což bylo sdružení osob provozujících jistou obchodní činnost (kdo chtěl s tímto společenstvím uzavřít smlouvu, musel ji uzavřít se samostatnými společníky). Marshall napsal: „*Korporace je umělá a neviditelná bytost, existující jen z pohledu práva. Jejími typickými znaky je nesmrtelnost a individualita, lze-li to takto říci. Proto se posloupnost mnoha jednotlivců ji tvořících považuje stále za stejného člověka a může tak jednat jako samostatný jednatel.*“

<sup>8</sup> Daniel Webster, zvaný mimo jiné „obhájce Ústavy“ (*Defender of the Constitution*) či „velký rétor“ (*Great Orator*) podporoval široký výklad federálních pravomocí (*broad powers for the national government*). Patřil mezi advokáty vítězné strany (*winning attorneys*) např. také ve slavných kauzách *McCulloch v. Maryland* a *Gibbons v. Ogden*. Říká se, že i známý Marshallův výrok v *McCulloch case* „*moc zdanit v sobě zahrnuje moc zničit*“ byl inspirován jím v *oral arguments*. Právník, rétor, politik (kongresman, ministr zahraničí za prezidentů Harrisona a Tylera, sám kandidát na prezidenta roku 1836) se velmi snažil zachovat jednotnou Unii a podřídil tomu ke konci života veškerý svůj vliv a talent v emotivních vystoupeních v Senátu Kongresu Spojených států. Seth Waxman, Solicitor General za Billa Clintona, o Websterovi říkal: „*V Pantheonu advokacie by nesešel. On byl samotný Zeus*“.

<sup>9</sup> WARREN, Ch. *The Supreme Court in United States History*. Boston: Little and Brown, 1923.

Je zřejmé, že Webster a další rétoři té doby argumentovali před soudci jako před porotou, což je dnes nepřipustné. Připomeňme, že americký právní systém je mnohem více zaměřen na spor stran (*adversarial*), ať již ve formě trestního řízení mezi státem a jednotlivcem, nebo v civilním sporu, než je tomu v kontinentálním právním systému. Soudce je v americkém systému nestranným nadřazeným dohlížitelem nad stranami, které v procesu před porotou předepsaným způsobem vlastně sami zjišťují, kde je pravda či vina v dané věci, než aby jako většina evropských soudců hrál roli toho, kdo vlastně v konečné platnosti rozhoduje. To historicky vzniklo s nedobrymi zkušenostmi amerických kolonistů s orgány britské monarchie, což v nich vyvolalo hlubokou nedůvěru ve vládu, právníky a tehdejší soudy. Spíše než založit všemocné soudnictví, preferovali tedy nalézat právo pomocí střetu oponentů v soudní síni, za řízení soudce a dozoru veřejnosti. Porotě však náleží rozhodovat jen o faktech případu (*questions of fact*), nikoli o právu, to je věcí soudce.<sup>10</sup>

### 3. Moderní analytická a racionální argumentace, bez ozdob a emocí

Velcí řečníci a jejich výkony odešli spolu s devatenáctým stoletím, ale lámat se to začalo už v jeho polovině. Přišlo období „zvědečtění“ práva a různých technických pomůcek a vynálezů, které pomáhají právníkům v jejich suché, mnohdy cynické argumentaci. Změnil se charakter odborného projevu – přesvědčení se již nerodí v konfrontaci alternativních názorů a v umění přesvědčit posluchače, ale na základě analýzy empirických faktů a racionálním úsudku. Nikdo už nemusí nosit v hlavě spoustu informací a nepotřebuje, ale hlavně ani neumí citovat v originále dlouhé pasáže z děl slavných básníků a prozaiků. Mnozí advokáti by se možná nestyděli a rádi by si pomohli dojímavým rétorickým výkonem, ale jak řečeno, zkrátka to neumějí a když se o to pokusí, působí většinou směšně. Dnes se obdiv elit přesunul jednoznačně do oblasti psané vědecké argumentace, kde je oceňována spíše než originalita intelektuální přetíženost textu a předstírání rozsáhlých znalostí pomocí citací, čímž se autor zároveň vyhýbá plagiátorství, což je považováno za největší vědecký prohřešek. Ostatně k čistě odbornému a stroze vědeckému přístupu vybízí i moderní *Guide for Counsel* (volně přeloženo „Doporučení pro právního zástupce“), ve kterém *Clerk of the Supreme Court* radí advokátům-nováčkům před soudem: „*Nejvyšší soud není porota, kterou se klasický procesní právník (trial lawyer) snaží přesvědčit pomocí faktů a emocí. U tohoto soudu by se ale měl právní zástupce snažit argumentovat jen pomocí právních teorií*“ („*At this Court, counsel should try to persuade the Court by arguing legal*

<sup>10</sup> Pronikavý advokát Clarence Darrow napsal v polovině třicátých let minulého století svěží dílko *Jak si vybrat porotu (How to Pick a Jury)* z hlediska národnostního, náboženského přesvědčení, sociálního statusu a pohlaví. Dnes je mnoho věcí sice trochu jinak, ale stále jde o poučnou doporučení zkušeného obhájce, který musí být také dobrým psychologem, i když politicky korektní v dnešním smyslu vzato to příliš není. Darrow jednoznačně doporučoval jako vhodného porotce (z pohledu advokáta, který usluje o osvobození svého klienta) Ira, který je citově založený a vidí se sám na místě obžalovaného; obecně mu stojí naroveň muž, který se rád směje. Angličan není tak vhodný jako Ir, ale tradičně uctívá právo jednotlivce a neobává se říct, co si myslí. Z hlediska církve je nejméně vhodný do poroty luterán, zejména ze Skandinávie, ten vždy obžalovaného odsoudí, podobně jsou na tom kalvinisté (presbyteriáni) a baptisté. Z protestantů stojí za pokus dle Darrowa jen dobročinní metodisté a vhodní jsou prý také židé, když jim nekladete mnoho otázek. Nikdy do poroty nebrat boháče, ti obviněného osvobodí, jen když je obviněn někdo jim podobný. K ženám, které se v Darrowově době mohly stát nově také porotkyněmi, uvedl, že se nafukují, jak důležitá úloha jim byla svěřena, a naivně věří, že změní svět k lepšímu. Přitom jejich koště nenechá jako v domácnosti ani v nejtmařších zákoutích životních osudů nějaké smítko. Darrow konstatoval, že pokládá za štěstí ukončit svoji kariéru, když do porot pronikly ženy; v současné době by taková věta ukončila jakékoli jeho ambice tak jako tak.

*theories*“).<sup>11</sup> Tedy soustředit se pouze na právní, nikoliv teatrální a emocionální stránku případu. To je však obvykle jen ozdobný nátěr a vědecky znějící výmluva pro nudné vystoupení (proto publikum tak číhá na různé vtípné poznámky a otázky soudců). Právo ale není samá logika a racionalita, ale také originalita, intuice a emoce, jako koření dobrého jídla. Dan Webster, John Marshall a právníci jejich doby to věděli a věděl to ještě Oliver Wendell Holmes. Po nich již přišli právníci, z nichž nejlepší to jenom nějak tuší.<sup>12</sup>

S rostoucím počtem případů, kterými se soud musel zabývat, se muselo přikročit k časové limitaci jednotlivých vystoupení. To již byly počátky popsaneho procesu, kdy kvantita vytlačuje kvalitu. Od roku 1848 byly k dispozici maximálně dvě hodiny pro zástupce každé ze stran (dva soudci, James Moore Wayne a Levi Woodbury otevřeně proti tomuto směru vývoje disentovali), ve dvacátých letech dvacátého století se to snížilo na jednu hodinu, v jeho polovině se rozlišovaly složitější případy, kdy byla povolena jedna hodina argumentace (kauzy zařazované do tzv. *regularly docket*) a jednodušší věci s půlhodinou na proslov (*summary docket*); současných třicet minut pro všechny platí od roku 1970.<sup>13</sup> Výjimečně může soud tuto lhůtu prodloužit, například ve věci *United States v. Nixon* (1974) byly povoleny tři hodiny a v případě *Bowser v. Synar* (1986) hodiny dvě.

#### 4. Význam a podstata „oral arguments“ u Nejvyššího soudu Spojených států

Otázkou je přínos ústních jednání pro závěr, který soudce nakonec zaujme. Slavný Holmes říkal, že jeho názor na věc nebyl nikdy změněn (*was never altered*) v průběhu *oral arguments*. Pozorovatelé soudu podotýkají, že většina soudců má již dávno před vystoupeními svůj názor na konkrétní případ hotový a těžko je může nějaký advokát zvíkat; tím spíše, že dnes již neargumentuje nikdo podobný Danu Websterovi nebo Henrymu Clayovi.<sup>14</sup> Mnozí soudci však považují čas strávený při *oral arguments* za velmi užitečný. Soudce Brennan tvrdil, že jeho pochopení věci krystalizuje právě při ústních jednáních, podobně Sandra Day O'Connorová konstatovala, že při nich syntetizuje různé názory;

<sup>11</sup> *Guide for Counsel in Cases to be Argued Before the Supreme Court of the United States* (Oct. Term 2006) 10.

<sup>12</sup> Kdyby Websterovi řekli, že má na projev jen půl hodiny, že mu do něj budou soudci skákat dotazy a že by měl ovládat své city a argumentovat jen odborně, asi by odpověděl, že se cítí jako ušlechtilý dostihový kůň, kterému svázali nohy, zakázali ržát, ale zato jej pobízejí bičikem k velkému výkonu. Ale i ve dvacátém století se vyskytli vynikající rétoři. K Websterovu emocionálnímu stylu se nejvíce blížil John Davis. Soudce Lamar o něm řekl, že měl tak perfektně připravenou a logicky provázanou řeč (*a perfect flow of language*), že ho soudci nepřerušovali otázkami, i když se to mnohdy přímo nabízelo. Také slavný Robert Jackson uměl nejen skvěle mluvit při *oral arguments*, a později už jako soudce také psát čitelná a inteligentní odůvodnění; to vše navzdory skutečnosti – nebo spíše díky ní, že nikdy nezískal úplné formální vzdělání na právnické vysoké škole. Výtečným advokátem byl i současný předseda John Roberts. Měl dva zvyky, jeden praktický a druhý psychologický. Svoji řeč nejdříve zkusmo přednesl před některým vzdělaným a bystrým přítelem, ale neprávnickem. A po příchodu k Nejvyššímu soudu vždy pohladil sochu Johna Marshalla v přizemí; pro štěstí a inspiraci.

<sup>13</sup> *The Rules and Orders of the Supreme Court of the United States No. 53* (Dec. Term 1848); *Revised Rules No. 26* (1925); *Rules No. 44* (1970).

<sup>14</sup> K nejvýznamnějším právníkům, nejčastěji argumentujícím před Nejvyšším soudem ve 20. století, patřili kromě Thurgooda Marshalla již zmíněný John W. Davis a Lawrence Wallace. Davis, známý svojí kandidaturou na prezidenta (poražený Calvinem Coolidgem), byl také velvyslancem ve Velké Británii a účastníkem Pařížské mírové konference 1919. Před Nejvyšším soudem vystupoval ve 140 případech, což byl na dlouhou dobu rekord, než jej koncem století překonal zmíněný L. Wallace. Davis například uspěl před slavné *Steel case* z roku 1952, před koncem své kariéry se v kauze *Briggs v. Elliott* (1954) související s případem *Brown v. Board of Education*, neúspěšně střetl s Thurgoodem Marшалlem. „Specialisté“ na argumentaci před Nejvyšším soudem již dnes neexistují (*Supreme Court bar* má mnoho členů), což neznamená, že neexistují advokáti výborně obeznámení s judikaturou a procesem před touto nejvyšší instancí, ale málokdy se stane, že ten stejný právní zástupce zde vystupuje častěji než jednou, dvakrát do roka; samozřejmě s výjimkou právníků z úřadu *Solicitor General*.

Potter Stewart říkal, že nikdy neví o případu tolik, jako když opouští soudní lavici po *oral arguments*. Předseda Hughes konstatoval, že mu ušetří spoustu času, který by musel věnovat studiu materiálů a pro konfrontačně založeného Antonina Scaliu byla tato vystoupení příležitostí, jak právním zástupcům položit „těžké otázky (*hard question*), které případ vyvolává“ (z čehož měli advokáti velkou radost). Snad nejzajímavěji popsal to, co se při *oral arguments* děje, soudce Kennedy: „*Jde o to, že soud konverzuje sám se sebou – skrze zprostředkování přes právní zástupce stran.*“ („*the Court is having conversation with itself through the intermediary of the attorney*“). Podobně se vyjádřil také Stephen Breyer: „*Jedná se o sokratovský dialog mezi soudci prostřednictvím advokáta*“ („*a Socratic dialogue between Justices and counsel*“). To je dáno také poměrně značnou izolovaností jednotlivých soudců od svých kolegů u Nejvyššího soudu, což vede k využití prostoru veřejného jednání k diskusi a třibení názorů.

Někteří soudci tak rádi přerušují vystoupení otázkami, kterými chtějí nejčastěji upozornit na některou slabinu v argumentaci, jiní to ale nedělají, nebo to dokonce přímo nesnášejí. K prvním patřil již zmíněný soudce Scalia nebo soudkyně Ginsburgová, často se také dotazovala Sandra Day O'Connorová nebo Thurgood Marshall. Typicky akademické jsou často dotazy soudců, kteří dříve pracovali jako profesori na právnických fakultách na plný úvazek (Scalia, Breyer, Ginsburgová, Kaganová); začínají obvykle takto: „*Představme si, že...*“ nebo „*Co se stane, když...*“, „*Předpokládejme...*“ („*What if*“, „*Suppose that*“...). Na druhou stranu například soudce Thomas se velmi zřídka na něco zeptá. Někteří liberální pozorovatelé soudili, že Clarence Thomas není asi dost bystrý na to, aby okamžitě reagoval na nějaký problém, ten jim ale pregnantně odpověděl takto: „*Nemyslím si, že se kolegové dotazují, aby se něco dozvěděli, ale proto, že hodlají protlačit své vlastní názory (to press their own points of view) [...] raději si poslechnu advokáty jednotlivých stran bez přerušování*“. Nicméně platí, že advokát, který nedokáže rychle a přesně odpovědět na otázku některého ze soudců, ztrácí přesvědčivost. Podobně soudci nemají rádi, když na svoji otázku nedostanou jasnou odpověď ano či ne, pokud ji požadovali a pokud otázka byla položena tak, že tuto odpověď umožňovala. Novodobý soud je poměrně „inkvizitorský“ a soudci začínají s otázkami brzy a mnohdy dominují celému advokátovu vystoupení. Rychle tak vyjdou najevo slabá místa v argumentaci určité strany, ale je jí tím zároveň dána příležitost tyto pasáže upřesnit a posílit.<sup>15</sup>

Je mnoho druhů *oral advocates*, jako se od sebe liší jednotliví lidé. Jak řečeno, doby velikých rétorů již pominuly, a tyto schopnosti, v osmnáctém a devatenáctém století velmi oceňované, se dnes pomíjejí. Přesto dobrý řečník má stále v americkém soudním systému větší šance na úspěch než právníký suchar, stroze analyzující fakta. Pohled ze soudní lavice je také poněkud jiný, než z hlediště veřejnosti. Pro většinu soudců je důležité, umí-li někdo mluvit „se soudem“ (*with the Court*) než jen „k soudu“ (*to the Court*). Ten první typ advokátů zná dobře svůj případ a ví, jak prodat jeho důležité body, na kterých se celé posouzení věci může zlomit. Umí navázat oční kontakt se soudci, dělá dramatické pauzy, dává prostor pro dotazy, o kterých přemýšlí, než odpoví. Ví, že soudci nejsou schopni všechno vstřebat, a proto umí ponechat méně zásadní otázky do písemného podání (*brief*). Druhý typ bývá nazýván lektor či učitel, který ukazuje, co všechno ví a jak

<sup>15</sup> Již bylo zmíněno, že soudci v první polovině devatenáctého století vůbec nepřerušovali advokáty otázkami (*no question from the bench*). Jeden pozorovatel legendárního Marshallova soudu napsal v roce 1924: „*The Supreme Court is not only one of the most dignified and enlightened tribunals in the world, but one of the most patient. Counsel are heard in silence for hours, without being stopped.*“ *New York Statesman*. Feb. 7, 1824.



je připraven; snad ještě horší, než svůj projev číst, je poučovat soud jako kantor žáky. Většinou také mluví rychle, jelikož nechce, aby mu do pečlivě nacvičeného představení někdo zasahoval. Antonin Scalia jednomu takovému řekl do ticha po advokátově půlhodinovém nonstop monologu: „Konec vyučování pro dnešek, domácí úkoly znáte.“ Pozor ale také na příliš vášně a zaujetí pro věc, doplněné například i dramatickými gesty, jako jsou třeba údery dlaní do stolku. Soudci mají dnes rádi kontrolovaný entuziasmus. „Když nás někdo jako na divadle hromovým hlasem žádá o záchranu Listiny práv před vládou, nebo záchranu vlády před Listinou práv, moc to u našeho soudu nebude fungovat“, konstatoval kdysi předseda Rehnquist. Také je známo, že vysocí (volení) úředníci jako politici neovládají obvykle to, co je klíčové pro dobré veřejné vystoupení před soudem; podrobnou znalost precedentů, schopnost vystihnout právní a skutkovou podstatu věci a umět precizně odpovídat na dotazy soudců.<sup>16</sup>

Lze shrnout, že moderní *oral arguments* jsou právníckou konverzací, usměrňovanou soudci. Klíčovým slovem je flexibilita, se kterou dokáže právní zástupce okamžitě reagovat na otázky soudu, není vhodné odpovídat třeba „Vaše ctihodnosti, k tomuto bodu dojdou za chvíli“. Dobrý advokát vítá dotazy, jelikož zjistí, které aspekty věci soudci považují za problémové; zvládá jednat s nepřijemným soudcem, umí ale rozeznat také přátelské otázky (*friendly questions*), kterými mu chce některý soudce pomoci či napovědět a odpovídá také na hypotetické otázky, kterými soudci někdy zkoušejí právníkovu věrnost základní premise jeho argumentace. Je toho zkrátka mnoho, co musí dobrý právní zástupce promyslet a na co se připravit, než nastane ten okamžik, kdy předstoupí před Nejvyšší soud s úvodní frází „*Mr. Chief Justice, and may it please the Court.*“

## 5. Změna paradigmatu a výhled do budoucna

Pokud jde o materiální obsah rétorických přednesů, je každému poučenému pozorovateli brzy zřejmá jednostrannost obou hlavních pozic, v Evropě i v Americe: morální relativismus versus absolutizovaný objektivismus. Základy těchto krajních přístupů počínají již v antice u Prótagora a Platóna. Objektivní hodnotový řád byl od středověku po novověk promýšlen s pomocí terminologie, zahrnující cestu od Svatého Augustina po Blaise Pascala. Edmund Husserl se fenomenologií pokusil překonat jak induktivní metodu empirismu, tak deduktivní racionalistické postupy. Jeho znovunalezení intuice v poznávacím procesu pak bylo Maxem Schelerem aplikováno na hodnotovou oblast. Dnes se však etika v evropské oblasti vyhýbá metafyzice a řeší zejména problémy, které otevřela Habermasova a Apelova diskursivní teorie, nebo se vedou diskuse mezi Rawlsovým universalismem a různými druhy komunitarismu. Předpokládá se jakýsi společný charakter racionality a důvěřuje se předem domluvené proceduře argumentace. Tím vrcholí nepřilíš obdivuhodný vývoj, směřující v novověku k oddělení práva od morálky s abdikací na vyšší či mimolidský rozum, na Boha a na pevně stanovenou hierarchii hodnot s její integrativní funkcí. Jde o taková lidská práva a svobody, na které se racionální diskusí debatěři shodnou a překlenou různá stanoviska, aniž je ovšem konsenzus předem zajištěn.

Ve Spojených státech však stále existuje mnohem silnější – tradiční postup hledání pravdy, ovlivněný přirozeným právem (*natural law as a philosophical background to the*

<sup>16</sup> Například John Ashcroft, *Attorney General* prezidenta Bushe, si pamatoval, že nedosahoval u soudu velkých výsledků, když byl ještě ministrem spravedlnosti za stát Missouri. Moudře se potom nechal v řízení před Nejvyšším soudem zastupovat schopnějším podřízeným a porušil tak neformální tradici, že každý *Attorney General of the United States* vystupuje před soudem sám.

*Constitution*), mnohem opravdovější a vlivnější než na starém kontinentu. Zde neznalost amerického práva nebo spíše povrchnost při jeho studiu vede často k předčasnému odsouzení. Někteří evropští experti, zejména z okruhu evropských levicových liberálů, kritizují americké soudce, že nepoužívají mezinárodní právo ani komparativní výklad; metody jako originalismus či intencionalismus pak považují za nemoderní, překonané až úsměvné. Ve světě *common law* je prý zase vůdčím elementem kanadská judikatura, a učit se lze i od Nejvyššího soudu Indie, Odvolacího soudu Nového Zélandu, Ústavního soudu Jižní Afriky nebo od australského Vysokého soudu.

Přítom precizní odůvodnění rozhodnutí amerických federálních soudů v čele s Nejvyšším soudem a odlišná stanoviska jednotlivých soudců jsou stále vzorem poctivé právní argumentace a ovlivňují poučené evropské soudce. Američanům bylo vždy podezřelé evropské sociální inženýrství, pozitivistické pojmání obsáhle založených základních práv, důraz na mohutné kodexy, podrobné definice či přehnaně – údajně vědecky – pojímané otázky metodologie výkladu. S trochou nadsázky lze říci, že hlavní metodou výkladu je v Evropě eklekticismus. Americké právo je však výjimečně okolnostmi svého vzniku a dalšího vývoje; spočívá na individualismu a svobodě. Ve vztahu k nejbližšímu právnímu systému – anglickému – vyslovil již roku 1811 John Marshall: „*Říká se, že rozhodnutí přijatá britskými soudy po revoluci nejsou pro nás nijak závazná. S tím souhlasím, ale patří jim ta úcta a respekt, který mají závěry moudrých mužů, dlouhodobě studujících věc, kterou rozhodují.*“

Je známo, že odborné debaty se v moderní době opět více rétorizují; experti (jak v exaktních, tak i ve společenských vědách) poznávají, že nestojí nad zkoumanou realitou, ale jsou její součástí – věda sama pak legitimizuje otázky, mající alternativní řešení; tomu nahrávají také soudobé znalosti o jazyce, chápanému nejen v pragmatických a sociálních, ale také filozofických a psychologických souvislostech. Není důvod, aby tomu tak nebylo i v právnickém diskursu. Dochází ke znovuoobnově rétorických studií, zvláště v americkém systému porotního soudnictví a procesu s klíčovou rolí právníků jako velkých řečníků, se zaměřením na široké variace právníké rétoriky a její důsledky. Svě místo zde začne mít opět stále více klasická rétorika jako psychologie přesvědčování, učící ale také (*docere*), jak porozumět současným i starým textům a hledat pravdu. Tedy nikoliv jen jako „nástroj podvodu a klamu“, jak rétoriku definoval John Locke, či manipulativní technika sofistů, kritizovaná Platónem či Kantem, ale jako umění řeči (*oratio*), snažící se nejen o dosažení úspěchu při vyjadřování subjektivních názorů, ale také usilující o poznání skutečnosti (*epistémé*) a její vysvětlení. Neodmyslitelným předpokladem je přitom Ciceroново spojení mravně dokonalého člověka a skvělého řečníka (*vir bonus, orator perfectus*), který ví, jak nalézat spravedlnost a jak přesvědčit soudce. Dovolí si někdo tvrdit, že Websterův výkon v případě Dartmouthské koleje byl jen pragmaticky vypočítaný na efekt a neopíral se o jeho hluboké přesvědčení? Je pravděpodobné, že impuls k renesanci tohoto druhu advokátské rétoriky přijde do Evropy opět ze Spojených států.

## RECENZE

## Pichrt J. – Boháč R. – Morávek J. (eds). *Sdílená ekonomika – sdílený právní problém?* Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, 336 s.

Publikace je výstupem projektu SVV Univerzity Karlovy, a to v návaznosti na konferenci uspořádanou v červnu 2017 dvěma katedrami Právnické fakulty (pracovního práva a práva sociálního zabezpečení a finančního práva a finanční vědy). Přispělo do ní tedy mnoho autorů, proto je třeba ocenit, že publikace nepůsobí dojmem nějakého sebrání příspěvků, je uspořádána docela monografickým způsobem do tří kapitol (*I. – pracovněprávní aspekty, II. – daňové a finanční aspekty, III. – další související aspekty*). Přitom, jak editoři v předmluvě výslovně uvádějí, nebylo cílem dospět k nějakým jednoznačným a společným závěrům – publikace obsahuje i různé pohledy na stejný aspekt věci.

Klade se především otázka, co to je ta věc. Do názvu publikace byl zvolen termín „sdílená ekonomika“, asi je skutečně momentálně nejfrekventovanější, ale sám o sobě říká stejně málo jako další jemu konkurující termíny, které u nás natolik doma nejsou a které uvádí R. Boháč – *collaborative economy, peer economy, on-demand economy* (s. 138). Proto jsem knihu začal číst od strany 248, kde M. Frydrychová pod nadpisem *Uber, Airbnb, Zonky a další, co jsou vlastně zač?* podává hezký a stručný výklad toho, jak tyto některé známější platformy fungují uvnitř. Vztahy jsou všechno jen ne uniformní, i kdyby si plnění jejich cestou získávaná byla i navzájem podobná. Zdá se, že společné je tady jediné, a to že platforma sama nikdy nemá to, co klient ve skutečnosti chce: Světově největší taxikář Uber nemá auta, půjčovatel peněz Zonky nemá kapitál, největší bavič YouTube nevytváří žádný obsah, Airbnb nemá žádné ubytovací kapacity. Ten jev ale není až tak dříve nevídaný, přece každý „tradiční“ dispečink taxi pošle taxikáře, s nímž má jen jakousi smlouvu, a rezervační systémy zadají stůl v restauraci nebo termín na prohlídku zámku – to je přece také digitalizované, nebo snad ne? Digitalizovaná ekonomika, stejně jako ptactvo nebeské, sama neseje ani nesklízí, ale dělá podle mého názoru jen dvě základní věci: Především zaměstnává sama sebe vytvářením a provozováním kapacit na zpracování a přenos dat, archivaci, ochranu a bezpečnost atd. A potom teprve dělá práci potřebnou pro svoje okolí, a tou není nic jiného než spojovat nabídku s poptávkou. Ta funkce je tu odjakživa, jen díky hyperkonektivitě a obrovským kapacitám na rychlé zpracování informací má dnes úplně jinou produktivitu, a tím i umožňuje zcela nevídaný rozsah hledání odpovídajících si nabídek a poptávek. Aukce obrazu má pořád stejný princip, ale její výsledek bude dojista jiný, když se umožní dálkové příhozy. Kromě toho jsou tu nějaké vedlejší efekty – šance na nalezení kradených děl se tím možná zvětší, ale určitě nezmenší. Hlavním přínosem ale asi bude to, že díky snadnosti nabízení na straně nabídky přibývají kapacity, které by jinak vůbec nabídnuty nebyly. A tím se dostáváme k pojmu sdílené ekonomiky. Jinak, samozřejmě, to, co nazýváme sdílenou ekonomikou, může fungovat a i fungovalo (funguje) i bez informatiky, jak potvrzují J. Matocha a J. Svoboda (s. 215) i P. Stonjek (s. 279).

L. Dařílková (s. 122) připomíná též termín *access economy*, tedy přístupová ekonomika – v překladu, který určitě ještě moc zdomácnělý není. Ten, jak se zdá, by měl sloužit k tomu, aby se termín sdílená ekonomika omezil na přímou bezúplatnou výměnu statků, tedy jakousi pouhou omezenou sociální interakci v omezeném okruhu účastníků. A přístupovou ekonomikou by pak bylo to, co je ve skutečnosti předmětem zájmu knihy,

tedy úplatná směna mezi osobně si jinak navzájem neznámými subjekty, při níž rozhodující motivace je ekonomická.

Původní myšlenka *sharing* byla nechat jiného využít, co tak jako tak mám, a snížit si náklady spojené s vlastnictvím: Název *Airbnb* povstal zkrácením z *Airbed and Breakfast*, a vzniklo to celé jako spíše improvizovaná odpověď na zvýšenou potřebu ubytování, která nastala lokálně a momentálně při konání jakési akce, počtem účastníků překračující zavedené ubytovací kapacity daného místa. Autoři, kteří platformu spustili, byli sami nejmíc překvapeni, když ji nechali dál běžet a zjistili, kolik lidí se přidává a že to bude fungovat dlouhodobě. Filosoficky vzato je to modelový případ odcizení – ta platforma sama si našla a definovala své místo a vynutila si být podle toho dál budována a rozvíjena tak, aby zvládala nabídku posléze narostlou do dnešních globálních rozměrů. Obsahová změna je v tom, že teď už nemůžeme mluvit jen o krátkodobém využívání nějakých dočasně uvolněných nebo dočasně předimenzovaných ubytovacích možností, určitě to už alespoň z nějaké nemalé části poskytuje normální ubytovací služby. Pojem sdílená ekonomika, anebo *peer-to-peer* (ve smyslu, že se setkávají vlastně dva spotřebitelé a v tom jsou si navzájem *peer*) tedy asi nyní už nejsou výstižné, protože odkazují na minulost, kdy tomu tak asi skutečně převážně bylo. Hledat nový a výstižnější pojem nemá smysl; jev je označen nějakým dosti antikvovaným slovem, je však jednoznačný a příslušný jev se pod ním dá zkoumat.

Název publikace zdůrazňuje, že na sdílenou ekonomiku hledí jako na problém právní. To se sice samozřejmě jaksí samo nabízí, když jde o výzkumný výstup Právnické fakulty UK, přesto bych to zde podtrhnul. Myslím si totiž, že sdílená ekonomika je i v reálu problémem především právním. Ostatní disciplíny, především ekonomické, by s ním asi mohly být hotovy poměrně rychle – umějí ho popsat, umějí ho kvantifikovat, umějí ho jistě i rozmanitě hodnotit. Dokladem toho je příspěvek *J. Zahradníčka*, v němž převládá pohled na fakta, nejen ekonomický, ale hodnotící i určité sociální dopady (s. 287). Před právo ale sdílená ekonomika klade obrovskou řadu otázek tím, že značně nový jev má v rovině hmotněprávní především problém, zda jeho komponenty lze subsumovat pod existující právní normu, anebo zda se někde jedná o vztah právem neregulovaný. V rovině procesněprávní pak je nasnadě problém lokalizace činnosti a subjektu, problém vymahatelnosti práva a problém kontroly. Což obojí se týká jak práva soukromého, tak práva veřejného. Už (zdálo by se docela elementární) otázka po povaze toho vztahu, který se zrealizuje, když si jeden ke druhému sedne do auta nebo do bytu. Zjevně není snadné to subsumovat pod některý ze smluvních typů, když hned u dvou různých autorů jsem narazil na návrh – v obou případech pravda spíš plachý – zda by to nemohla být společenská úsluha předvídaná v § 2055 odst. 2 o. z. Tady si dovolím být silně proti, občanský zákoník tento pojem použil jako zbytkový asi proto, aby ne zase úplně ze všeho vznikla smlouva, ale jinak dál to neřeší a nemůže ani vyloučit právní následky, např. deliktní: Věřím, že podat někomu přes stůl kečup může být společenskou úsluhou ve smyslu bezesmluvního stavu, když se ale kečup projeví na něčí sukni, právní následky to mít bude. Majitelka sukne se asi nebude cítit jako obdarovaná úsluhou a smluvně vzato taky skutečně obdarovanou není – vzácná shoda mezi objektivním právním stavem a jeho subjektivním vnímáním. Právní řešení se ale najde, bude-li to komu jen stát za to – náklady čistírny, a nemateriální újma daná zmeškáním koncertu. Toto ale není řešení pro tak složitý vztah, jaký nastává při plnění poskytovaném v rámci sdílené ekonomiky – a ten je myslím typicky vždy složitější, než bývá nejběžnější spotřebitelská smlouva uzavíraná v obchodě. Myslím, že smluvní povahu je tady třeba přiznat.

Asi vůbec první, co se ve sféře veřejného práva k řešení nabízí, je problematika daňová a finanční, již je věnována přiměřeně rozsáhlá kapitola II. (70 stran, 7 příspěvků). V ní se pochopitelně nejvíc koncentruje to, co je patrně nejcitlivějším místem a důvodem vysokého zájmu o fenomén sdílené ekonomiky, tedy únik před regulacemi, jimž podléhají konvenční poskytovatelé odpovídajících služeb na trhu. R. Boháč (s. 137) posuzuje podle našich platných předpisů postavení jak zprostředkovatelů, tak finálních poskytovatelů, a věnuje pozornost notorickému problému známému nejen ze sféry sdílené ekonomiky, totiž určování hranice mezi přípustnou daňovou optimalizací a obyčejným daňovým únikem. Další příspěvky se věnují speciálně dani z příjmů fyzických osob<sup>1</sup> a dani z přidané hodnoty,<sup>2</sup> jakož i místním poplatkům.<sup>3</sup> Tři příspěvky se pak už zabývají problematikou jinou než daňovou, totiž projevy technologických změn v bankovníctví,<sup>4</sup> virtuálním měnám<sup>5</sup> a různým způsobům přímého půjčování peněz, známým pod označením *P2P lending*.

Z pohledu správního práva, jak je otitulován příspěvek J. Staši (s. 207), se ukazuje, že „jde vlastně o problém dosud neformulovaný“, a asi to bude pravda, jelikož v příspěvkem citované literatuře úplně převládají zdroje zahraniční, a z našich pak analytické dokumenty státních orgánů. Což samozřejmě neznamená, že by v každodenní praktické aplikaci nebyly řešeny problémy typu „bylo zapotřebí živnostenského oprávnění?, byl dodržen předpis o hlášení pobytu?“, které typicky vedou k nějakému rozhodnutí v přestupkovém řízení. Autorovi jde o něco jiného, o poněkud principiální postoj celého právního odvětví k novému jevu. Alternativy takového přístupu uvádí v příspěvku citovaná analýza Úřadu vlády *Sdílená ekonomika a digitální platformy*. Předně je tady ve vládních materiálech oblíbená „nulová varianta“; ta se zpravidla a jistě i tady uvádí spíš jako doklad toho, že nedělat nic by správným řešením nebylo – což nikdy neznamená, že na takovou variantu nakonec nedojde. Dalšími variantami je definovat dočasnost podnikání, nebo rozšířit výjimky ze živnostenského zákona, nebo přijmout obecný zákon o příležitostném poskytování služeb, nebo udělat revizi tzv. sektorových zákonů. Nepočítáme-li úvodní nulovou variantu ani závěrečný „kombinovaný přístup“, vidíme celkem čtyři směry možné legislativní aktivity, které se všechny jeví oprávněné a navzájem komplementární. Autor ke všem z nich uvádí svoje úvahy, a – k čemuž se plně hlásím – před obecným zákonem varuje.

Nejrozsáhlejší ze tří kapitol je ovšem ta první, věnovaná aspektům pracovníprávním (124 stran, 10 příspěvků). Nikdy bych si byl nepomyslel, že by mě cokoliv z oboru pracovního práva kdy mohlo zaujmout, ale stalo se. J. Pichrt už ve svých úvodních tezích (s. 13) vysvětluje, jak původní sdílená ekonomika, nabyvši určitých rozměrů, je faktorem tlaku na celkem jakékoliv právní regulace ve smyslu jejich obcházení nebo ignorování. Ze zprávy přednesené na mezinárodním kongresu pracovního práva a práva sociálního zabezpečení uvádí myšlenku politické dimenze, totiž heslo flexibilizace pracovního práva, ve které je zřejmý zájem velkých investorů a manažerů na vyřazení různých právních ochran proti negativním důsledkům velkého podnikání, a jednou z hlavních takových ochran je jistě ochrana zaměstnaneckého vztahu. Ta zpráva je z roku 2006 – to je z hlediska tempa

1 HRDLIČKA, L. In: PICHRT, J. – BOHÁČ, R. – MORÁVEK, J. (eds). *Sdílená ekonomika – sdílený právní problém*, s. 163.

2 SEJKORA, T. In: *Ibidem*, s. 196.

3 TULÁČEK, M. In: *Ibidem*, s. 185.

4 KRÁLIK, M. – PETRÁŠEK, Z. In: *Ibidem*, s. 149.

5 MARTINÍK, P. In: *Ibidem*, s. 156.

nárůstu sdílené ekonomiky dnes už dávná historie. Dnes je sdílená ekonomika, která je aspoň z valné části ekonomikou šedou (s čímž na různých místech souhlasí řada příspěvků do knihy zařazených), dalším a možná ještě více vážícím faktorem zmíněných trendů. Právem se *J. Pichrt* podivuje nad tím, že náš zákonodárce, jenž svého času tak energicky zasahoval proti tehdy módnímu švarcsystému, jakoby ignoroval či měl přímo pochopení pro sdílenou ekonomiku, tak jak se nyní utváří, přičemž autor její důsledky v jím sledované oblasti považuje ve srovnání za „ještě mnohem tristnější“ (s. 15). Tady bych ale nabídl určitě vysvětlení: švarcsystém je pořád ještě v rámci systému aspoň potud, že na obou stranách jsou jasně identifikované subjekty, které chtějí být v systému zařazeny jinak, než kam patří, a které něco předstírají. A to je legislativně i administrativně daleko uchopitelnější než tzv. sdílení.

Tady jsme však v situaci, kterou *J. Barancová* charakterizuje zejména tím, že samotná výměna služby určitě nepředstavuje standardní hospodářskou činnost a v řadě států se vůbec nepovažuje za činnost výdělečnou; přitom podle různých údajů sdílená ekonomika jako sektor, byla-li by sektorem, v roce 2016 vykazuje vyšší tempo růstu než takové společnosti jako Google nebo Facebook (s. 22). Přitom je „kolaborativní platforma“ i podle *J. Barancové* novým typem obchodního vztahu a hledání pozice zaměstnance nebo samostatného podnikatele v těchto obchodních vztazích má svá úskalí, což je v příspěvku doloženo i judikaturou Soudního dvora EU.

Příspěvky zařazené do této kapitoly probírají z různých hledisek provedení vztahu osoby vykonávající práci k zadavateli či zprostředkovateli práce, jako červená nit se jimi táhne jedno společné, totiž eliminace klasického zaměstnaneckého vztahu. Tato okolnost bývá jakýmsi „přívěskem“ nebo důsledkem toho kterého sdíleného poskytování výkonů, *A. Poruban* však navíc upozorňuje na další úkaz, *crowdworking*, který skutečně a zcela přímo poskytuje jen čistou práci na objednávku, nehraje zde roli něco jako poskytnutí vlastního auta nebo části bytu, a to vykonávanou tak, že se vůbec nevstupuje do smluvního vztahu se zadavatelem práce (s. 89). Asi trochu jiným úkazem je tzv. sdílení zaměstnanců, jemuž svůj příspěvek věnuje *A. Mlýnková* (s. 78). Tento jev, alespoň pokud jde o frekvenci, jistě je také poněkud novinkou podporovanou různými možnostmi nových technologií, ale jak se zdá docela dobře si s ním umějí poradit existující právní formy – především se tady totiž nijak nepopírá fakt zaměstnání jako takového, nesubstituuje se něčím jiným, a v tom směru bych tedy neřekl, že se přímo jedná o projev tzv. sdílené ekonomiky, tak jak je vnímána obecně.

Je prospěšné se sdílenou ekonomikou zabývat na tom půdorysu, který recenzovaná kniha nastiňuje. Různé projekce říkají, že v době nikoli nedohledné se do sdílené ekonomiky zapojíme tak nějak všichni. Nějaký prospěch to přináší, určitě to odkrývá jisté zdroje, které by jinak ekonomicky aktivní nebyly, zakázat se to nedá, tak aspoň vezme, že to současně i ohrožuje systém, a hledejme cesty, jak nedopustit jeho rozklad.

Jan Bárta\*

\* JUDr. Jan Bárta, CSc., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: jan.barta@ilaw.cas.cz. Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

## Kamínková Petra. Zneužití práva jako hranice daňového plánování. Praha: Ivana Hexnerová – Bova Polygon, 2018, 198 s.

Co je to zákaz zneužití práva? Jak se zneužití práva pozná? Jaký je jeho vztah k obcházení zákona a disimulaci? Jaké jsou jeho důsledky? To jsou hlavní otázky, které si *Petra Kamínková* pokládá při odhalování role zákazu zneužití práva v právu daňovém. V samém závěru své knihy pak nabízí na tyto otázky konkrétní odpovědi.

Cesta k nacházení odpovědí je zjevně pečlivě promyšlená, čehož je známkou i fakt, že je text knihy vystavěn ve dvou výkladových úrovních. Na první úrovni autorka seznamuje čtenáře s českou a unijní judikaturou, vymezuje pojem práva vůči příbuzným konceptům, rozebírá právní úpravu zneužití práva ve vybraných státech a přibližuje nadnárodní legislativu a její obraz v úpravě zneužití práva v českém daňovém právu. Na této úrovni autorka postupuje po jednotlivých tématech mnohdy až výčtově. Přesto ale text nepůsobí mechanicky a jednotvárně, a to právě díky druhé výkladové úrovni. Napříč jednotlivými tématy totiž autorka rozvíjí teoretické úvahy ohledně pojmu zneužití práva a jeho významu. Každé jednotlivé probírané téma tak není samoučelným motivem sloužícím jen k obeznámení čtenáře s judikaturou a legislativou. Je zároveň využíváno i jako materiál k analýze pojmu zneužití práva.

Tato druhá úroveň, na které autorka rozvíjí teoretické úvahy, je řízena především dvěma palčivými problémy daňového práva. Prvním z nich je fakt, že v právu daňovém není možné předem veškeré situace legislativně ošetřit, a tedy jsou některá pravidla nutně tvořena či dotvářena až v rámci aplikační praxe. To pak implikuje právní nejistotu na straně poplatníků. Druhým problémem je předcházení nežádoucímu jednání poplatníků. Neboli otázka po způsobech a dopadech legislativního zakotvení obecného pravidla proti zneužití (*GAAR*, z anglického *General anti-abuse rule*).

Autorka svou knihu dělí do čtyř kapitol. V první – analytické – kapitole představuje vybranou unijní a českou judikaturu týkající se zneužití práva. Jednotlivá rozhodnutí stručně popisuje, velmi přehledně strukturuje a doplňuje o historickou a teoretickou reflexi. V rámci reflexe historické sleduje vývojovou linku soudní argumentace. V rámci reflexe teoretické pak komentuje, zobecňuje a pojmenovává evoluční momenty doktríny. Kromě toho text doplňuje o řadu postřehů týkajících se vztahu konkrétních členských států k unijní judikatuře nebo například i zmiňuje, jakou pozornosti vyvolal řešený případ u médií a širší veřejnosti. Těmito postřehy autorka text oživuje a zároveň zprostředkovává plastičtější obraz o jednotlivých rozhodnutích a nálezech.

Ve druhé – normativní – kapitole autorka pracuje ve větší míře s odbornou literaturou včetně kupříkladu poznatků lingvistické analýzy. Judikaturu představenou v první kapitole používá inspirativně a různorodě, a to například jako výchozí materiál k pokládání si otázek, jindy pro modelové příklady, anebo na ní testuje své analytické závěry.

Druhá kapitola je zaměřena především na nalezení obsahu pojmu zneužití práva. Autorka rozebírá známé definice pojmu a analyzuje jejich plausibilitu. Dále pak řeší rozdíly a překryvy pojmu s příbuznými koncepty, které bývají se zneužitím práva zaměňovány. V rámci toho zároveň zjišťuje kritéria zneužívání práva.

Poukazuje také na paradoxy, které pojem zneužití práva doprovázejí. Prvním z nich je možnost potrestání i pouhého hloupého či iracionálního jednání poplatníka. Druhým je generování protichůdných motivů na straně poplatníka. Legitimním cílem poplatníka je totiž vytvářet zisk, čehož poplatník může dosáhnout i hledáním cest ke snížení daně.

Daňové právo ale mnohé z takových cest považuje za zneužití práva. S oběma paradoxy souvisí i dosud nevyřešená otázka, zda má soud zkoumat konečný cíl poplatníka, anebo cestu, jak cíle dosáhl. K demonstraci a rozkrytí paradoxnosti situací autorka uvádí mnoho názorných příkladů.

S tímto je spojen i problém trestní postižitelnosti zneužívajícího jednání. Palčivost otázky trestnosti je navíc umocněna a) specifičností právní nejistoty v daňovém právu a b) silnou subjektivností při posuzování hranice, od níž je jednání poplatníka zneužitím práva. Autorka uvádí návrhy GAAR (obecného pravidla proti zneužití), jimiž právní věda reagovala na potřebu právní postižitelnosti zneužití práva. S návrhy autorka polemizuje a předkládá vlastní řešení, která přímo vyplývají z analýz provedených dříve v textu knihy.

Stejně jako kapitola první, je i kapitola druhá napsána velmi přímočaře a stručně. Právě ale ve druhé kapitole je strohost místy na úkor zřetelnosti a logice výkladu. Nalezení vzájemné návaznosti některých odstavců je totiž ponecháno na čtenáři. Jistě to pro čtenáře nebude nijak náročný úkol, neboť jde jen o drobné ztráty kontinuity, nicméně je prací autora, aby výklad učinil co nejhladším a nejjasnějším. Například na straně 63 se mluví o tzv. druhém přístupu, ale není jasně řečeno, co bylo tím prvním. Na téže straně může také čtenáře překvapit, že se z ničeho nic hovoří o následcích disimulovaného jednání, ačkoliv pojem disimulované jednání předtím nebyl nijak uveden. Na straně 71 se ve třetím odstavci dozvídáme, že nám byl v předchozích dvou odstavcích představován test zneužití práva. Nicméně jde jen o zřídka se vyskytující maličkosti, které rozhodně nečiní text méně čtivým, natož nesrozumitelným.

Ve třetí kapitole autorka srovnává používání zákazu zneužití práva ve vybraných šesti evropských zemích (Itálie, Francie, Spojené království, Německo, Rakousko, Polsko) a ukazuje, jak rozdílně jsou podobné problémy v jednotlivých zemích řešeny. Některá řešení jsou přitom inspirující a jiná spíše odstrašující. Pozoruhodná je v této kapitole kombinace stručnosti a výběru těch nejpodstatnějších momentů. Za výsledným přehledným a srozumitelným textem musí být značné množství práce s primárními zdroji. Možná je jen trochu škoda, že autorka neuvádí klíč, na jehož základě vybrala státy pro rozbor jejich legislativy.

Ve čtvrté kapitole autorka představuje „*aktuální iniciativy OECD a EU týkající se zákazu nežití práva a jejich vliv na český právní řád*“ (s. 15). Zatímco předchozí kapitoly se zabývaly hlavně vztahem poplatníka a správce daně, čtvrtá kapitola se věnuje i vztahům mezi jednotlivými státy. Navazuje tak na postřeh z jedné z předchozích kapitol, a to, že jednání poplatníka může generovat rizika dvojího zdanění ve více státech.

Dvojímu zdanění lze předejít, jestliže státy vytvoří společná pravidla. Ovšem tato potřeba společných pravidel vyvolává další z paradoxních situací daňového práva. Paradoxní situace řešená v předchozích kapitolách byla na straně poplatníka, který má jednak zájem snižovat svou daň, ale zároveň je na něho kladena povinnost tento zájem nenaplnovat. Zde, ve čtvrté kapitole, se odhaluje paradoxní situace na straně států. Ty na jedné straně potřebují harmonizovat či unifikovat své právní úpravy, ale na straně druhé si chtějí vzájemně konkurovat nižšími daněmi a tím přilákat investory. Kromě toho vyvolává sjednocování pravidel i další problém, na který autorka upozorňuje v souvislosti s právní úpravou v rámci Evropské unie. Uvádí, že sjednocená legislativa nemusí být vhodná pro každý stát a z pohledu některých zemí by také bylo vhodnější nejprve vyřešit jiné problémy daňového práva.

Čtvrtá kapitola je rozdělena na dvě části, z nichž první se věnuje iniciativě OECD proti rozměňování daňového základu a přesouvání zisků označovaná jako BEPS. „*Tato inicia-*



*tiva vyvrcholila v roce 2017 podpisem Mnohostranné úmluvy, která po své ratifikaci jednotlivými státy změní stovky, či dokonce tisíce dvoustranných daňových smluv“ (s. 136). OECD vypracovala Akční plán obsahující 15 akcí, z nichž se autorka dále zabývá pouze akcí 6., tedy Předcházení zneužívání smluv o zamezování dvojímu zdanění. Už ale ani v krátkosti nevysvětlí, proč věnuje pozornost právě této akci, a nikoliv i ostatním.*

Způsob, jak autorka představuje Úmluvu, je ze čtenářského hlediska příjemný, rozhodně totiž nejde o strohý popis. Úmluvu přibližuje prostřednictvím rozboru způsobů, jak k ní jednotlivé státy, a především samozřejmě Česká republika, přistoupily. Autorka částečně i hodnotí podobu přistoupení České republiky, a to za použití poznatek, k nimž došla v rámci předešlých kapitol.

Druhá část čtvrté kapitoly se věnuje doporučení a směrnici Evropské unie. Text reflektuje historii váhání nad výslovným zakotvením GAAR (obecného pravidla proti zneužití) do českého právního řádu. Nabízí i kritický pohled nejen na zvolenou podobu zakotvení pravidla, ale i na samotnou směrnici, která nemusí naplnit svůj účel.

V závěru své knihy autorka uvádí oblasti, kterými by se právní věda i zákonodárci měli do budoucna více zabývat, přičemž důležitost těchto oblastí vyplývá z argumentace vedené napříč celou publikací. Praktické rady v závěru souvisí i s autorčiným cílem, a to, aby kniha a v ní zpracovaná judikatura sloužila právní praxi. Takové ambice přitom může kniha *Petry Kamínkové* jistě naplnit. Je přínosem pro právní praxi, a to nejen díky důkladnému výběru a zpracování velkého množství judikatury i legislativy, je významná i pro poskytnutí mnoha analytických nástrojů pro právní argumentaci na poli zneužití práva.

Díky objevené práci s judikaturou a terminologií bude publikace jistě zajímavým čtením také pro teoretiky, a to nejen z oblasti daňového práva. Způsob zpracování problematiky může být inspirující pro kohokoliv, kdo se zabývá rozbohem judikatury nebo analytickou filozofií v oblasti právní vědy. Právní filozofové si při čtení možná postesknou, že publikace postrádá jakékoliv explicitní zapojení známých filozofických prací. Kupříkladu rozbor případu *Elmer*, který nabídl *Ronald Dworkin* v publikaci *Říše práva*, se dotýká hranice mezi využitím a zneužitím práva a mohl by tak být v knize o zneužití práva využit. Nicméně toto záměrné opomenutí lze obhájit. Konceptem publikace *Petry Kamínkové* je přísně analytické linka a originální práce především s primárními prameny v podobě judikatury a legislativy.

Nakonec je třeba dodat, že kniha je pro svou přímočarost, čtivost a stručnost velmi vhodná i jako učební pomůcka. Ostatně díky svému grafickému zpracování na první pohled i působí jako učebnice. Grafika je jednoduchá, názorná a dobře text doplňuje. Nicméně čtenář by se jí i stručností a srozumitelností textu neměl nechat zmást. Ačkoliv je kniha použitelná jako učebnice, rozhodně to není její jediné vhodné využití.

Jana Kokešová\*

---

\* Mgr. Bc. Jana Kokešová, katedra právní teorie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, E-mail: jana.kokesova@post.cz.

## Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

### Zpráva z konference: Právo a praxe náhradního mateřství

#### Úvod

Ve dnech 25. až 26. června 2018 se v Cambridge ve Velké Británii konala konference na téma *Právo a praxe náhradního mateřství*, pořádaná Akademií evropského práva (ERA) společně s Univerzitou v Cambridge. Konference se zaměřila na právní úpravu náhradního mateřství a její vývoj především v jednotlivých státech Evropské unie, jelikož různé státy zaujímají k regulaci náhradního mateřství různé, a to i zcela opačný, postoj. Na konferenci nebyla opomenuta ani aktuální rozhodovací praxe Evropského soudu pro lidská práva (dále také jen „ESLP“).

Na konferenci vystoupili řečníci, kteří se problematikou dlouhodobě zabývají, a zúčastnili se jí účastníci z mnoha států, a to nejen evropských (kromě účastníků například z Německa, Francie či Řecka byli přítomni také zástupci například z Jihoafrické republiky a Kanady). Tato zpráva se zaměřuje na vybrané nejzajímavější příspěvky z konference.

#### 1. Restriktivní právní úprava náhradního mateřství v Německu

V první řadě je třeba rozlišovat dva základní přístupy k právní úpravě náhradního mateřství, a to restriktivní a tolerantní. *Anatol Dutta* (Univerzita Ludwiga Maximiliana v Mnichově) představil německou právní úpravu náhradního mateřství, která je restriktivní povahy, jelikož německý právní řád náhradní mateřství zakazuje a jeho realizace je trestným činem.

Náhradní mateřství je zde tedy regulováno na úrovni trestního práva. Ovšem náhradní matka ani zamýšlení rodiče nejsou trestně odpovědní za takový trestný čin. Trestní odpovědnost dopadá zejména na lékaře, kteří se podíleli na realizaci náhradního mateřství, tedy zejména provedli oplodnění náhradní matky. Za tento trestný čin lze uložit peněžitý trest nebo trest odnětí svobody až do výše tří let. *Dutta* ovšem zdůraznil, že pokud je náhradní mateřství provedeno v jiném státě, není trestně stíháno.

Z občanskoprávního hlediska je smlouva uzavřená mezi zamýšlenými rodiči a náhradní matkou neplatná a nevynutitelná. Co se týče určení rodičovství k dítěti, které bylo odnošeno náhradní matkou, německý právní řád přistupuje k takovému dítěti jako k jakémukoli jinému narozenému dítěti, a tudíž nebere v úvahu, že šlo o náhradní mateřství. Matkou je tedy žena, která dítě porodila.

#### 2. Tolerantní právní úprava náhradního mateřství ve Velké Británii

Právní úpravu náhradního mateřství ve Velké Británii, která je příkladem tolerantního přístupu, pak představila *Deirdre Fottrell* (advokátka, Londýn). Britská právní úprava připouští náhradní mateřství v jeho altruistické formě. To znamená, že zamýšlení rodiče uhradí náhradní matce pouze přiměřeně vynaložené náklady související s náhradním mateřstvím, ale nikoli odměnu, jelikož náhradní matka nemůže náhradní mateřství podstoupit za úplatu. Opakem altruistického náhradního mateřství je komerční náhradní mateřství, kdy zamýšlení rodiče poskytnou náhradní matce odměnu za odnošení dítěte.

Právní úprava náhradního mateřství ve Velké Británii je založena na rodičovském příkazu (*parental order*), který vydává soud. Rodičovský příkaz odnímá rodičovská práva a povinnosti náhradní matce a přiznává je zamýšleným rodičům. Ti jsou pak zapsáni do rodného listu dítěte.

Právní řád stanoví pro vydání rodičovského příkazu několik kritérií. V první řadě je nezbytné, aby náhradní matka udělila souhlas s vydáním rodičovského příkazu, přičemž tak může učinit nejdříve 6 týdnů po narození dítěte, a tento souhlas musí být udělen s plným porozuměním a bezpodmínečně. Dále musí být mezi dítětem a alespoň jedním z navrhovatelů (zamýšlených rodičů) vydání rodičovského příkazu genetický vztah, přičemž toto dítě bylo odnošeno ženou, která není jedním z navrhovatelů. Navrhovatelé musí být buď manželé, registrovaní partneři, nebo dvě osoby žijící jako partneři v trvajícím rodinném vztahu, musí být starší 18 let a alespoň jeden z nich musí mít trvalý pobyt ve Velké Británii. Návrh na vydání rodičovského příkazu musí být podán do 6 měsíců od narození dítěte, které v době podání návrhu žije s navrhovatelem. Soud musí být při rozhodování přesvědčený o tom, že náhradní matce nebyly v souvislosti s náhradním mateřstvím poskytnuty žádné finanční prostředky či jiné benefity, a to s výjimkou náhrady přiměřeně vynaložených nákladů souvisejících s těhotenstvím a porodem.

*Fottrell* uvedla, že právní úprava náhradního mateřství ve Velké Británii není dostatečně propracovaná a je třeba buď částečná novelizace, nebo úplná reforma právní úpravy. Tento svůj názor podpořila tím, že v podstatě všechny výše uvedené podmínky pro vydání rodičovského příkazu byly již mnohokrát předmětem rozhodování britských soudů, které mají tendenci v těchto věcech rozhodovat velice kreativně.

Na otázku potřeby novelizace právní úpravy náhradního mateřství ve Velké Británii navázal se svým příspěvkem *Nicholas Hopkins* (Univerzita v Readingu, *Law Commission*). *Hopkins* je členem *Law Commission* (dále jen „Komise“), která je nezávislým výkonným orgánem ve Velké Británii a jejímž úkolem je přezkoumávání právních předpisů a doporučení případných reforem. Smyslem činnosti Komise je zajistit, aby právo bylo spravedlivé, moderní, jednoduché a nákladově efektivní. Problematika náhradního mateřství je zahrnuta ve 13. programu reforem, přičemž cílem novelizace je zkvalitnění účinné právní úpravy náhradního mateřství tak, aby náhradní mateřství v praxi dobře fungovalo. Na základě 13. programu reforem Komise v květnu 2018 zahájila projekt týkající se náhradního mateřství, který se však zatím nachází v první fázi. Projekt se zaměřil na aktuální problémy, které účinná právní úprava náhradního mateřství způsobuje v praxi. Projekt bude probíhat po dobu tří let a jeho výsledkem má být konzultační zpráva.

### 3. Způsoby regulace náhradního mateřství

Ať už konkrétní stát zvolí restriktivní, nebo tolerantní přístup k náhradnímu mateřství, je více způsobů, kterými lze náhradní mateřství regulovat, přičemž tyto jednotlivé způsoby lze částečně kombinovat. Touto problematikou se ve svém příspěvku zabývala *Claire Fenton-Glynn* (Univerzita v Cambridge).

Prvním z těchto způsobů je kriminalizace náhradního mateřství, tedy regulace na úrovni trestního práva. Tento způsob regulace byl zvolen v Německu (viz výše), ale také ve Francii a v Novém Jižním Walesu (Austrálie). Dalším typickým způsobem je regulace náhradního mateřství prostřednictvím určení rodičovství (respektive uznání určení rodičovství) k dítěti narozenému prostřednictvím náhradního mateřství. Například Francie tradičně odmítá uznávat rodné listy dětí, které se narodily prostřednictvím náhradního mateřství

v zahraničí (touto problematikou se zabýval ESLP v rozsudku *Mennesson proti Francii*<sup>1</sup> z roku 2014). Anglie pak například stanoví podmínky pro to, aby určení rodičovství k dítěti narozenému prostřednictvím náhradního mateřství v zahraničí bylo v Anglii uznáno, zároveň však klade důraz na nejlepší zájem dítěte. Regulace náhradního mateřství realizovaného v zahraničí také může spočívat v omezení pohybu, respektive neumožnění vstupu dítěte na území státu (k tomu viz rozsudek ESLP ve věci *D proti Belgii*<sup>2</sup> z roku 2014) či se může fakticky realizovat prostřednictvím ochrany dítěte (k tomu viz klíčový rozsudek ESLP *Paradiso a Campanelli proti Itálii*<sup>3</sup> z roku 2017). Všechny tyto uvedené přístupy lze označit za více či méně restriktivní.

Jako tolerantní označujeme dva způsoby přístupu k regulaci náhradního mateřství, a to umožnění náhradního mateřství s přijetím příslušné právní úpravy (Velká Británie, Řecko, Kypr, Portugalsko, Izrael, Jihoafrická republika atd.) a tzv. svobodný trh. V případě svobodného trhu zpravidla neexistuje právní úprava náhradního mateřství, které se tudíž realizuje bez omezení v rámci možností konkrétního právního řádu, tj. typicky prostřednictvím následného osvojení takto narozeného dítěte zamýšlenými rodiči (např. Thajsko, Indie). *Fenton-Glynn* závěrem svého příspěvku uvedla, že všechny přístupy k regulaci náhradního mateřství mají své potenciální problémy, a proto je třeba hledat kompromisy (tj. mezi právními principy a funkční právní úpravou, mezi právy zamýšlených rodičů a právy náhradních matek a také mezi ingerencí státu a autonomií vůle).

#### 4. Příprava právní úpravy náhradního mateřství

V dalším příspěvku se *Eleni Zervogianni* (Aristotelova univerzita v Soluni) věnovala tomu, proč je vhodné přijmout právní úpravu náhradního mateřství a zároveň vysvětlila, jaké aspekty je třeba při tvorbě právní úpravy náhradního mateřství vzít v úvahu. Rozdílný přístup k jednotlivým aspektům částečně prezentovala na právní úpravě náhradního mateřství v Řecku, na Kypru a v Portugalsku.

*Zervogianni* upozornila, že kromě altruistického a komerčního náhradního mateřství je také třeba rozlišovat tzv. gestacionální a tradiční náhradní mateřství. Jde-li o případ gestacionálního náhradního mateřství, je náhradní matka pouhou nositelkou, jelikož neposkytne své vlastní vajíčko a dítě, které odnese, s ní není geneticky spřízněno, zatímco v případě tradičního náhradního mateřství náhradní matka své vajíčko poskytne a tudíž je geneticky spřízněna s dítětem, které odnese zamýšleným rodičům.

*Zervogianni* uvedla, že při tvorbě právní úpravy náhradního mateřství by měly být zohledněny především následující skutečnosti. V první řadě je třeba se zaměřit na požadavky, které bude právní úprava klást na zamýšlené rodiče. Právní úprava může například požadovat, aby zamýšlení rodiče byli manželé, či umožnit realizaci náhradního mateřství i neoddaným párům, a to třeba i včetně párů stejného pohlaví. Zákonodárce by měl také

<sup>1</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26. června 2014 ve věci *Mennesson proti Francii*, stížnost č. 65192/11. HUDOC – European Court of Human Rights [online]. Evropský soud pro lidská práva, 2014 [cit. 20. 9. 2018]. Dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389>>.

<sup>2</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 8. července 2014 ve věci *D proti Belgii*, stížnost č. 29176/13. HUDOC – European Court of Human Rights [online]. Evropský soud pro lidská práva, 2014 [cit. 20. 9. 2018]. Dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155182>>.

<sup>3</sup> Rozsudek Velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva ze dne 24. ledna 2017 ve věci *Paradiso a Campanelli proti Itálii*, stížnost č. 25358/12. HUDOC – European Court of Human Rights [online]. Evropský soud pro lidská práva, 2017 [cit. 20. 9. 2018]. Dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>>.

zvážit, zda budou k náhradnímu mateřství moci zamýšlení rodiče přistoupit jen z důvodu lékařské nutnosti (např. neplodnost, nemožnost donosit dítě), nebo přístup k náhradnímu mateřství takto neomezí. Lze zvážit také věkové omezení zamýšlených rodičů a požadavek na trvalý pobyt či bydliště zamýšlených rodičů v daném státě.

Co se týče náhradní matky, je možné určit požadavky na její zdravotní stav, a to jak z hlediska fyzického, tak duševního zdravotního stavu. Zákonodárce může zvážit věkové omezení náhradní matky (např. řecký právní řád však nestanoví věkové omezení pro náhradní matku), její vztah k zamýšleným rodičům (např. příbuzenský) a obdobně jako u zamýšlených rodičů její trvalý pobyt nebo bydliště v daném státě. Jako zásadní aspekty právní úpravy náhradního mateřství by měl zákonodárce vnímat skutečnost, zda umožní, aby náhradní matka mohla zároveň poskytnout své vajíčko, či nikoli (tedy zda bude umožněno také tradiční náhradní mateřství, či zda náhradní matka dítě pouze odnese) a zda bude vyžadováno, aby alespoň jeden ze zamýšlených rodičů byl s dítětem geneticky spřízněn, či nikoli.

Náležitosti samotné dohody o náhradním mateřství mezi zamýšlenými rodiči a náhradní matkou lze v právní úpravě zohlednit různým způsobem. Řecká právní úprava například obsah dohody nijak neupravuje, zatímco kyperská právní úprava se soustředí na otázku nákladů hrazených náhradní matce a portugalská na práva a povinnosti smluvních stran. Ve všech těchto státech je však dohoda o náhradním mateřství považována za závaznou a vynutitelnou s tím, že žádné lékařské úkony nemůžou být náhradní matce provedeny bez jejího informovaného souhlasu a dohoda není právním důvodem pro určení rodičovství k dítěti. Dohoda také nesmí omezovat svobodu náhradní matky nepřiměřeným způsobem.

Vzhledem ke specifikům náhradního mateřství je třeba, aby zákonodárce obzvláště věnoval pozornost následkům náhradního mateřství, a to v otázce rodičovství dítěte takto narozeného a práv náhradní matky po narození dítěte. Co se týče rodičovství dítěte, existují dva základní přístupy k určení rodičovství v okamžiku narození dítěte. Buď se vychází z pravidla *mater semper certa est* a teprve následně se určí rodičovství zamýšlených rodičů, nebo jsou za rodiče dítěte považováni zamýšlení rodiče již v době jeho narození. Řecko, Kypr i Portugalsko zvolily druhou možnost (tj. určení rodičovství k okamžiku narození dítěte *ex lege*, případně rozhodnutím soudu apod.). Náhradní matce, bez ohledu na její další právní vztah k dítěti, je třeba zaručit právo na poporodní péči, práva vyplývající z pracovního práva a práva sociálního zabezpečení a případně lze zvážit otázku práva náhradní matky a dítěte na vzájemný kontakt. Za vhodné se považuje stanovit, že dítě narozené prostřednictvím náhradního mateřství musí být o této skutečnosti po dosažení přiměřeného věku informováno, a to případně včetně informování o identitě náhradní matky.

Zákonodárce by neměl zapomenout ani na úpravu kontrolních mechanismů. Náhradní mateřství by obecně mělo v určité fázi realizace podléhat rozhodnutí příslušného orgánu veřejné moci (např. schválení dohody o náhradním mateřství, rodičovský příkaz). Takovým orgánem bude typicky soud, ale může jít i o jiný orgán (např. zvláštní komisi). Náhradní mateřství realizované v rozporu se zákonem má být sankcionováno, a to třeba i na úrovni trestního práva.

*Zervogianni* také uvedla, že lze mít určité pochybnosti o tom, zda je třeba trvat na výhradně altruistické formě náhradního mateřství. V praxi se totiž rozdíl mezi altruistickým a komerčním náhradním mateřstvím stírá. S altruistickou formou náhradního mateřství je totiž zpravidla spojena úhrada nejen nákladů souvisejících s těhotenstvím a porodem, ale i odčinění nemajetkové újmy, která náhradní matce vznikne (tj. nemajetková újma v podobě nepohodlí, omezení různého charakteru apod.). Zatímco vypočtení nákladů

vynaložených v souvislosti s těhotenstvím a porodem, které zamýšlení rodiče náhradní matce uhradí, zpravidla problematické není, je otázkou, jaká částka je přiměřená k odčinění nemajetkové újmy, která náhradní matce v souvislosti s těhotenstvím a porodem vznikla. Tato částka může být v praxi natolik rozdílná, že se fakticky může překrývat již s určitou odměnou za odnošení dítěte. Nejeví se proto jako zcela nezbytné komerční náhradní mateřství z principu odmítat, ale lze uvažovat o jeho umožnění za předpokladu existence kvalitní právní úpravy.

## 5. Reprodukční turismus a související otázky

Jednou z otázek, která byla na konferenci diskutována, byla problematika reprodukčního turismu, na kterou upozornil ve svém příspěvku *Dutta*. Existuje zde světový trh se službami souvisejícími s náhradním mateřstvím (lékařskými, logistickými, biologickými) a mezi právními rády jednotlivých států je konkurence. Jelikož mezi jednotlivými právními úpravami existují zásadní rozdíly způsobené mimo jiné i různými přístupy k náhradnímu mateřství (restriktivní, či tolerantní přístup), zamýšlení rodiče ze států, kde se uplatňuje restriktivní přístup k náhradnímu mateřství, usilují o realizaci náhradního mateřství v těch zemích, kde je právní úprava benevolentnější. Druhou příčinou reprodukčního turismu je také skutečnost, že náhradní mateřství je v jednotlivých zemích různě finančně nákladné a zamýšlení rodiče volí realizaci náhradního mateřství v jiném státě i z důvodu nižších nákladů. S reprodukčním turismem pak však souvisí další obtíže a právní nejistota nejen zamýšlených rodičů a náhradní matky, ale především dítěte narozeného prostřednictvím náhradního mateřství.

Stěžejní otázkou související s reprodukčním turismem je pak určení rodičovství k dítěti, respektive uznání určení rodičovství v jiném státě. Touto problematikou se již několikrát zabýval Evropský soud pro lidská práva (např. *Mennesson proti Francii*, *Paradiso a Campanelli proti Itálii*), který svou judikaturu staví zejména na nejlepším zájmu dítěte a právu dítěte na respektování soukromého života. V souvislosti s tím zvláštní zpravodaj OSN ve své zprávě týkající se obchodování s dětmi a sexuálního zneužívání dětí včetně dětské prostituce, dětské pornografie a dalšího materiálu zneužívajícího děti<sup>4</sup> vyzývá všechny státy, aby přijaly vnitrostátní právní úpravu náhradního mateřství a aby byl zároveň stanoven mezinárodní regulační rámec. K určení a uznání rodičovství v souvislosti s náhradním mateřstvím s mezinárodním prvkem navrhuje, aby právní úprava byla obsažena jak v soukromém, tak ve veřejném mezinárodním právu.

## 6. Náhradní mateřství z psychologické perspektivy

Kromě právního pohledu na problematiku náhradního mateřství byl součástí konference také příspěvek *Susan Golombok* (Centrum pro rodinný výzkum Univerzity v Cambridge), která se zaměřila na náhradní mateřství z psychologické perspektivy. *Golombok* představila několik již ukončených či stále ještě probíhajících studií, které realizovalo Centrum pro rodinný výzkum Univerzity v Cambridge. Nejvýznamnější z nich však je dlouhodobá studie rodin, které využily náhradní mateřství.

<sup>4</sup> Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material [online]. Human Rights Council, Thirty-seventh session. General Assembly, United Nations, 15. 1. 2018 [cit. 14. 9. 2018]. Dostupné z: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60)>.

Jde o stále probíhající studii, do které je zapojeno 42 rodin, které využily náhradního mateřství, 51 rodin, které využily darované vajíčko, a 80 rodin, které počaly dítě přirozenou cestou. Všechny zkoumané děti v těchto rodinách se narodily v roce 2000 a data byla získávána postupně vždy po dosažení určitého věku dětí, tedy ve věku 1, 2, 3, 7, 10 a 14 let. Další fáze je plánována v dohledné době, jelikož v roce 2018 všechny zapojené děti dosáhnou věku 18 let. Hodnocení probíhá prostřednictvím rozhovorů, a to zejména s rodiči a dětmi, ale také s náhradními matkami, popřípadě s učiteli apod., dále prostřednictvím pozorování a dotazníků. Hlavními aspekty, na které se studie zaměřuje, jsou kvalita vztahu mezi rodiči a jejich dítětem, vyrovnanost dítěte a vztah rodiny s náhradní matkou po narození dítěte.

Ve věku 1 roku dítěte vykazují rodiče, kteří využili náhradního mateřství, větší vřelost a citlivost vůči svým dětem, jejich vztah k nim je více emocionální a také si rodičovství více užívají. Při dosažení 2 let věku dítěte lze pozorovat, že matky, které využily náhradního mateřství, se ze svých dětí více těší, je u nich patrná nižší úroveň hněvu, viny a zklamání vůči dětem. U otců, kteří využili náhradního mateřství, je v souvislosti s rodičovstvím patrná nižší úroveň stresu. Co se týče dítěte samotného, nejsou v tomto věku žádné rozdíly v sociálním, emocionálním a kognitivním vývoji oproti dětem v ostatních typech rodin zapojených do studie. Větší vřelost a interakce je u matek, které využily náhradního mateřství, patrná i ve věku 3 let dítěte. Po dosažení věku 7 let již většina rodičů sdělila svým dětem, že se narodily prostřednictvím náhradního mateřství. Děti jsou v tomto věku již schopny dostatečně porozumět významu absence genetické vazby ke svým rodičům. Děti, které se narodily prostřednictvím náhradního mateřství v tomto věku, prospívají standardně, avšak jsou poněkud méně vyrovnané oproti dětem v ostatních typech rodin. Jde o obdobné potíže jako u dětí v tomto věku, které byly osvojeny. Tyto potíže jsou způsobeny nutností vyrovnat se s otázkou své identity v takto nízkém věku, přičemž odezní do doby dosažení věku 10 let, stejně jako u dětí osvojených. Ve věku 14 let je pak v rodinách, které využily náhradního mateřství, patrný pozitivnější vztah mezi dítětem a jeho matkou. Adolescenti, kteří se narodili prostřednictvím náhradního mateřství, vykazují vysokou úroveň psychické vyrovnanosti.

Pocity dětí ohledně skutečnosti, že se narodily prostřednictvím náhradního mateřství, jsou většinou pozitivní či neutrální. Co se týče vztahu rodiny, která využila náhradního mateřství, s náhradní matkou, mívají s ní rodiče obvykle dobrý vztah v době těhotenství a do věku 10 let dítěte. Intenzita kontaktu postupně klesá, ale 60 % rodin je s náhradní matkou v době, kdy je dítěti 10 let, stále v kontaktu. Rodina také častěji ztratí kontakt s náhradní matkou, kterou před realizací náhradního mateřství rodiče neznali a která je s dítětem geneticky spojena.

Z dosavadních zjištění stále probíhající studie vyplývá, že obavy ohledně psychických následků náhradního mateřství u jednotlivých zapojených osob jsou založeny spíše na spekulacích, nikoli na faktech. Výsledky studie totiž ukazují, že v rodinách, které využily náhradního mateřství, jsou dobré a pozitivní rodinné vztahy a děti takto narozené jsou psychicky vyrovnané.

## Závěr

Celá konference se nesla spíše v duchu pozitivního vnímání náhradního mateřství s tím, že s touto problematikou přirozeně souvisí celá řada otázek, které musí být řešeny, a to jak na úrovni vnitrostátní právní úpravy jednotlivých států, tak na úrovni mezinárodní.

Právní procesy související s náhradním mateřstvím mají být jednoduché a pochopitelné pro kohokoli, nejen pro osoby s právním vzděláním. Právní úprava by měla být taková, aby otázky související s realizací náhradního mateřství byly řešeny již před oplodněním náhradní matky, případně před narozením dítěte. Je třeba klást důraz zejména na nejlepší zájem dítěte, ale také na ochranu náhradní matky a zamýšlených rodičů a zajištění právní jistoty všech dotčených osob.

Aneta Vermachová\*

## Biologický monitoring jako cesta k efektivnější regulaci koncentrací chemických látek

Dne 28. září 2018 se na půdě Diplomatické akademie ve Vídni a pod záštitou rakouského předsednictví Rady EU konala odborná multidisciplinární konference, která přivedla do stejného jednacího sálu lékaře, farmaceuty a přírodovědce spolu s právníky, politiky i úředníky odpovědnými za vytváření veřejných politik a právní regulace koncentrací chemických látek.

Hlavním tématem konference bylo biologické monitorování lidí (*human biomonitoring*), což je vědecká metoda založená na získání exaktních a průkazných dat o výskytu chemických látek pocházejících z externího prostředí v lidském těle, a to prostřednictvím analýzy tkání, krve, moči, vlasů nebo mateřského mléka. Tato metoda umožní identifikovat hlavní zdroje chemikálií se škodlivými účinky na člověka. Její předností je možnost získání komplexních dat o expozici jednotlivců různým současným chemickým vlivům a související reakci lidského organismu na ně, včetně zvláště zranitelných skupin, jako jsou děti nebo senioři. Člověk je v každodenním kontaktu s velkým počtem chemických látek a právě nedostatek harmonizovaných informací o expozici chemikáliím s propojenými účinky byl na konferenci opakovaně akcentován.

Metoda má velký potenciál pro nastavení maximálních přípustných koncentrací v potravinách nebo ve výrobcích spotřebního průmyslu pro každodenní použití i na odborných pracovištích, kde dochází k expozici zaměstnanců potenciálně nebezpečným chemickým látkám. Poslouží jak pro efektivnější zaměření nového výzkumu v přírodních vědách, tak pro nastavení veřejnoprávní regulace odpadového hospodářství, farmaceutického průmyslu a dalších odvětví. Díky biologickému monitoringu můžeme lépe rozumět rizikům, která mohou chemikálie přinést pro lidské zdraví, a identifikovat tak příčinnou souvislost mezi expozicí jedince určitým látkám a jeho zdravotním stavem.

Zástupci Evropské komise (z generálních ředitelství pro výzkum a inovace, pro životní prostředí a pro zdraví a bezpečnost potravin) představili na konferenci iniciativu HBM4EU, která má za cíl v Evropě rozšířit a koordinovat použití metody biologického monitoringu. Byla vyvinuta nová softwarová aplikace pro vzájemné sdílení získaných dat. Ta může pomoci k zavedení skutečně systematického celoevropského přístupu k právní regulaci. V první fázi aplikace koncentruje agregovaná existující data o sledovaných chemických

\* Mgr. Aneta Vermachová, Ministerstvo spravedlnosti ČR. E-mail: AVermachova@msp.justice.cz.



látkách, jejich identifikaci a zařazení do skupin. Následně aplikace nabídne (na základě již shromážděných dat) kvalifikovanou predikci výskytu zkoumaných chemických látek v budoucnu. Aplikace tím může sama předem varovat před jejich škodlivými účinky. Výsledkem bude stanovení přípustných hodnot vybraných chemických látek pro jednotné celoevropské použití. Na konferenci se mluvilo o potenciálu statistických metod i o cestách úspěšné komunikace s odpovědnými odborníky i širokou veřejností. Na konferenci vystoupili také delegáti z národních institucí z několika evropských států, kde se metoda biologického monitorování úspěšně používá (např. SRN, Španělsko, Belgie, také ČR – spolupráce Státního zdravotního ústavu a Národního centra pro chemické látky).

Konference zároveň představila související právní aspekty, a to především na úrovni provádění mezinárodních smluv z oblasti ochrany životního prostředí a aplikace evropského práva. Mezinárodní a unijní právo může zajistit potřebné sjednocení metodiky měření koncentrací chemikálií v činnosti státních i mezinárodních regulačních institucí, a to právě na základě biologického monitorování. Právní úprava reguluje jak výrobu chemických látek, tak podmínky jejich uvádění na trh. Experti z Evropské agentury pro chemické látky mj. upozornili, že měření může poskytnout cennou zpětnou vazbu k již existujícím regulacím a ukázat, zda opravdu přispěly ke snížení negativních zdravotních vlivů omezovaných chemikálií.

Na konferenci vystoupil také zástupce Světové zdravotnické organizace (WHO), který představil projekty realizované v rámci jednoho z prioritních cílů minimalizace škodlivých vlivů chemikálií. WHO se zaměřuje na vzájemnou vazbu lidského zdraví a životního prostředí už od roku 1989. Evropský region WHO čítá 53 států a geograficky přesahuje samotný evropský kontinent, zejména ve směru do západní a střední Asie. Činnost WHO má celosvětový rozměr a pomáhá také ve státech, kde chemické znečištění představuje významný problém.

Účast na konferenci byla velmi přínosná pro každého, kdo se zaujetím sleduje přístup tvůrců evropské politiky a legislativy k propojujícím se otázkám současné ochrany životního prostředí a lidského zdraví. Je zřejmé, že efektivní právní regulace této oblasti se dnes neobejde bez orientace v přírodovědném kontextu a bez mezinárodní spolupráce překonávající omezenost jednotlivých vnitrostátních právních úprav.

Sandra Brožová\*

---

\* JUDr. Sandra Brožová, Ph.D., LL.M., Fakulta mezinárodních vztahů, Vysoká škola ekonomická v Praze.  
E-mail: sandra.brozova@seznam.cz

## Fundamental Rights in the Eyes of Czechoslovak Inter-war Legal Scholars

Michal Šejvl

**Abstract:** The article presents opinions of the inter-war Czechoslovak legal science on the legal significance of the fundamental rights catalogue. Scholars are divided into three groups: The first group is represented mainly by František Weyr and perceives these rights as “lawgiver’s monologues” without any legal significance. The article tries to reconstruct his arguments and show that they are highly dependant on the opinions of the 19th century legal science and to disprove them. These arguments are based on the underestimation of hierarchy of legal norms and of constitutional review. The greatest number of scholars form the second group (mainstream opinion). For them, fundamental rights are not an important topic (with few exceptions), but scholars of this group do not deny their legal significance (in most cases without disproving arguments of the first group). The significance of particular rights differs according to their constitutional formulation and this difference influences their judicial application that is recognised by the mainstream legal science. The third group includes only Jaroslav Krejčí, because during his academic career he finally came to the opinion that „the very essence“ of these rights is non-derogable and because he perceived the protection of these rights as the main task of constitutional judiciary. He also tried to reform this judiciary in a way that is very close to its today’s role. That’s why the article highlights his opinions as one of the most progressive of the inter-war Czechoslovak legal science. At the same time the article shows that many fundamental rights were directly applied by courts and that no one among the scholars believed in natural law.

**Key words:** fundamental rights, human rights, Czechoslovak Constitutional Charter of 1920, František Vavřínek, František Weyr, Jiří Pražák, Jiří Hoetzel, Bohumil Baxa, Václav Joachim, Cyril Horáček junior, Jaromír Sedláček, Zdeněk Peška, Franz Adler, Fritz Sander, Jaroslav Krejčí, constitutional review, Czechoslovak Constitutional Court, Czechoslovak Supreme Administrative Court, hierarchy of legal norms, direct application of fundamental rights, non-derogable character of fundamental rights

## Legal Standing in Antitrust Damages Actions

Lucie Kuncová

**Abstract:** The main objective of this article is to identify a plaintiff (the injured person) and a defendant (the person obliged to pay damages) in actions for damages caused by forbidden agreements and abuse of a dominant position. The first part is devoted to the position of the plaintiff and his right to compensation for damages. The term “anyone” used in Directive 2014/104/EU is interpreted and specific groups of persons, such as parties to an anticompetitive agreement, umbrella plaintiffs and indirect customers are addressed. The contribution also briefly discusses the limitation of potential claimants. The second part deals with the identification of the defendant and the person obliged to compensate for the damage. An undertaking (in Czech “a competitor”) within the meaning of EU competition law as an infringer of competition rules typically consists of several natural or legal persons, e.g. parent and subsidiary companies. Hence, it is key to determine the obligation to pay damages on the part of an individual legal entity (entities) forming that undertaking. The attribution of liability to a parent company for a conduct committed by its subsidiary is typically applied in public enforcement of competition law. The contribution discusses various options that could be applied by civil courts and argues that it would be preferable, due to the principle of legal certainty and consistency of legal system, to apply the principles developed in administrative proceedings also in private enforcement of competition law. Legal and economic arguments for introducing such approach to Czech civil law reflect the wording of EU Directive 2014/104/EU, Act No. 262/2017 Coll. implementing the directive into the Czech legal system, as well as case-law of the CJEU and the principles of EU law.

**Key words:** Directive 2014/104/EU, private enforcement of competition law, damages actions, active and passive legal standing, imputability, civil liability

## The Mystical Testament

Pavel Salák jr.

**Abstract:** The institute of the mystical testament is based in Roman law, which inspired its adaptation into the *ABGB*, and later this pattern appears in the new Czech civil code (CzCC 2012, § 1495). The text deals with the historical development and the reasons for the creation and function of the mystical testament in ancient Rome. It also deals with the differences between this concept of mystical testament and the mystical testament in the codes built on the French Code civil. The French, Spanish and Italian legal orders also know the mystical testament, but their concept is quite different from the Roman concept, which was closely related to the development of the codicil as a less formal type of last will. The main focus is on the possible use of this institute today. At first glance, the possibility is limited, since identical formalities apply to both the codicil and the testament. The main purpose today is the confidentiality of the heir whose name is to be written on another document in the future. However, the text also considers other options. In particular, the question whether this testament may also refer to a document that was previously taken. For example, it is possible to revive the already annulled testament. Another issue is that validation may also be the reference to a document that was obtained by a person other than the testator – for example, to the will of someone else. In addition to fragments of Roman law, the author also draws on the Austrian case law, which could be very inspiring for the future interpretation of the provisions of § 1495 of the CzCC 2012.

**Key words:** Law of succession, Testament, Mystical Testament, Codicilli, Austrian Civil Code 1811 (*ABGB*), Czech Civil Code 2012

## Oral Arguments and Famous Orators in History of the Supreme Court of the United States

Martin Dostál

**Abstract:** In the introduction, the author starts with description of the noble house of the Supreme Court and oral arguments here at the present time. The Court holds oral argument in about 80–90 cases each year and it is the only step in the process visible to the public and opportunity for the Justices to ask questions directly of the attorneys. Also, the argument procedure provides an opportunity for Justices to sense the position held by the other Justices. Before 1849, oral arguments were unrestricted and continued for days and drew a large crowd. The core of the article is dedicated to the great rhetors in the 19th century, headed with Daniel Webster, one of the highly regarded courtroom lawyers of the era and the leading constitutional scholar of his generation, with great influence on the legendary Marshall Court. In 1816, Webster passionately argued in favor of his alma mater, *Dartmouth College v. Woodward*. The New Hampshire legislature had passed new laws converting Dartmouth into a state institution. The Supreme Court of the United States ruled in favor of Webster and Dartmouth College. At the turn of the 21st century, we see a revival of rhetorical study, especially in American system of jury trial and procedure, with significant role of lawyers as great orators. The renewed importance of language (linguistic turn) and persuasion in the mediated environment, with the focus on the wide variations of lawyer's rhetoric and its consequences in the 20th century play a significant role in the increasing interest in rhetorics.

**Key words:** Oral arguments, rhetoric, orators, argument procedure, Marshall of the Court, Clerk of the Court, Solicitor General, American system of jury trial

# OBSAH ROČNÍKU 2018

## STATI

BLAHOŽ, Josef. Ústavněpolitické koncepce prezidenta W. Wilsona a vznik Československé republiky .....	799–811
BEDNÁR, Daniel. K niektorým teoretickým aspektom medzinárodnej justičnej spolupráce v trestných veciach .....	597–610
BELLING, Vojtěch. Výjimečný stav a hranice právního státu .....	200–220
BERAN, Karel. Může být právníká osoba svéprávná? .....	657–669
BÍLKOVÁ, Veronika. Urážka hlavy státu jako trestný čin? .....	169–186
BŘICHÁČEK, Tomáš. Evropský pilíř sociálních práv .....	945–955
CVRČEK, František. Dobře regulovaná svoboda? .....	646–656
ČERVÍNEK, Zdeněk. Metoda reasonableness a ochrana socioekonomických práv v Jihoafrické republice: Variace na metodu proporcionality nebo modifikace paradigmatu základních práv? .....	465–494
DOSTÁL, Martin. Ústavní specifika dvou posledních nominací k Nejvyššímu soudu Spojených států .....	236–250
DOSTÁL, Martin. Ústní jednání a slavní rétoři v historii Nejvyššího soudu USA .....	1049–1058
DRGONEC, Ján. Základné právo na štátne občianstvo podľa ústavného súdu Slovenskej republiky .....	417–436
ELIÁŠ, Karel. Humanista ve službách republiky: K výročí Emila Svobody .....	826–836
ELIÁŠ, Karel. Porušení zákona oklikou: fraus legis facta v civilním právu .....	897–921
FIALOVÁ, Eva. Právo na přístup k internetu .....	545–557
HAPLA, Martin. Lidská práva a základní potřeby .....	31–49
HAVELKA, Libor. Důsledky a limity harmonizace vnitrostátních trestních sankcí prostřednictvím unijního práva: příklad ochrany finančních zájmů Evropské unie .....	187–199
KANDOVÁ, Katarína. Trestně procesní zásady legality a oportunitity ve světle trestních teorií .....	582–596
KASINEC, Rudolf – ŠURKALA, Ján. Nové formy občianskej neposlušnosti v kyberpriestore ....	437–446
KLEŇOVÁ, Veronika. Odkladacia podmienka (condicio suspensiva) a počiatková lehota (dies a quo) v závete podľa občianskeho zákoníka č. 89/2012 Sb. ....	14–30
KOSAŘ, David – VYHNÁNEK, Ladislav. Ústavní identita České republiky .....	854–872
KOZIOL, Helmut. Flexibilní systém – zlatá střední cesta zákonodárství a právní nauky .....	625–645
KRÁLÍK, Lukáš. Publikace judikatury v USA .....	131–142
KRÁLÍK, Lukáš. Tvorba a publikace judikatury .....	320–332
KUBIČKA, Remig. Právna úprava trestnej súčinnosti formou spolupáchateľstva a účastníctva fyzických osôb v Českej a Slovenskej republike .....	922–944
KUKLÍK, Jan. Role ústavního dekretu prezidenta republiky o obnově právního pořádku při obnově samostatného Československa .....	837–853
KUNCOVÁ, Lucie. Legitimace v řízení o žalobách na náhradu škody v soutěžních věcech .....	1004–1036
LASÁK, Jan – DĚDIČ, Jan. (Efektivní) snižování základního kapitálu akciové společnosti po reko-difikaci: aktuální výkladové otázky .....	558–581
LAVICKÝ, Petr. Soudcovské dotváření pravidel dělení důkazního břemena .....	303–319

MADEJ, Martin. Přímluva za teorii legitimních cílů .....	518–528
MAGNUS, Robert. Nárok na vrácení – samostatná právní kategorie? .....	738–749
MALENOVSKÝ, Jiří. Vznik a zánik Československa na pozadí zásady sebeurčení národů .....	788–798
MALÍŘ, Jan. Actes de gouvernement v soudobém francouzském právu: kompromis mezi soudním přezkumem a politikou .....	89–114
MATES, Pavel. Role soudů při dotváření správního práva .....	333–342
MÜLLER, David – SVOBODA, Ondřej. Právní aspekty investiční politiky Evropské unie .....	221–235
PIHERA, Vlastimil – RONOVSÁ, Kateřina. Fundační principy a hranice jejich flexibility. K otázce možnosti dodatečných změn podmínek fungování svěřenských fondů a fondací .....	705–722
POTACS, Michael. Interpretace základních práv v Rakousku .....	407–416
SALÁK, Pavel jr. Mystický testament.....	1037–1048
SIMON, Rita. Spotřebitelské modely v evropském a českém právu s ohledem na smluvněprávní spory .....	385–406
STŘELEČEK, Tomáš – NAVRÁTIL, Petr. Náhradní doručení v civilním sporu .....	495–517
SVOBODA, Veronika. Okolnosti a techniky vzniku a změn ústav se zvláštním zřetelem ke vzniku ústavy České republiky .....	1–13
SVOBODOVÁ, Magdaléna. Přímý účinek vnějších smluv v konfrontaci s přímým účinkem směrnic EU z pohledu jednotlivce .....	115–130
ŠÁMAL, Pavel. Postavení Nejvyššího soudu v právním státě a jeho role při sjednocování judikatury .....	283–302
ŠEJVL, Michal. Základní práva očima československé meziválečné právní vědy .....	977–1003
ŠKOP, Martin. Legislativní zvyklosti .....	723–737
VALC, Jakub. Právo znát genetický původ jako součást osobnostních práv dítěte počatého anonymním způsobem .....	750–762
VOJÁČEK, Ladislav. Alois Rašín a ti druzí. Právníci při vzniku československého státu .....	812–825

## DISKUZE

DVOŘÁK, Bohumil. Nad koncepcí dovolání v civilních věcech .....	343–353
DUFEK, Pavel. Lidská práva, ideologie a veřejné ospravedlnění: co obnáší brát pluralismus vážně .....	50–70
FLORIAN, Oldřich. Proč pouze lidská? Potíže s univerzalitou lidských práv .....	956–969
GRONWALDTOVÁ WAGNEROVÁ, Petra. Ještě k zamítnutí žádosti o udělení státního občanství z důvodu ohrožení bezpečnosti státu – některé další souvislosti .....	670–681
MADEJ, Martin. Čestná a poctivá volební kampaň pohledem práva .....	763–773
SVOBODA, Pavel. Má EU pravomoci k dosažení cíle sociálně-tržního hospodářství? .....	143–157
ZUKAL, Marek. Opravné prostředky v novém civilním procesu de lege ferenda .....	251–260

## GLOSÝ

ČERNOCH, Radek. Dříve vyslovené přání ve vztahu ke koncepci práva dědického .....	682–687
GÜTTLER, Vojen. Několik poznámek k jednání o budoucnosti (zachování) Československa v letech 1990–1992 .....	873–876

**RECENZE**

BÁRTA, Jan. Kouba Stanislav. Systém principů daňového práva. 2017 .....	688–690
BÁRTA, Jan. Pichrt J. – Boháč R. – Morávek J. (eds.). Sdílená ekonomika – sdílený právní problém? 2017 .....	1059–1062
BÁRTA, Jan. Vojáček Ladislav. První československý zákon. Pokus o opožděný komentář. 2018 .....	877–879
ČERVÍNEK, Zdeněk. Evans David – Gruba Paul – Zobel Justin. How to Write a Better Thesis. 2014 .....	76–80
DUŠKOVÁ, Šárka. Draghici Carmen. The legitimacy of family rights in Strasbourg case law. Living instrument or extinguished sovereignty? 2017 .....	80–82
ELIÁŠ Karel. Vozár Jozef. Vladimír Fajnor. 2017 .....	359–362
FRIEDEL, Tomáš. Kysela Jan – Urban Michal (eds.). Literatura a film jako zrcadlo práva a právníků. 2017 .....	614–615
GAJDOŠOVÁ, Martina. Ovečková Olga – Vozár Jozef a kol. 100 rokov časopisu Právny obzor 1917–2017. 2017 .....	531–535
GREGOR, Martin. Vladár Vojtech. Dejiny cirkevného práva. 2017 .....	615–618
JANČOVÁ, Nicole. Gerbay Rémy. The Functions of Arbitral Institutions. Kluwer Law International, 2016, 254 s. ....	71–76
KOČAŘ, Tomáš. Abeyratne Ruwantissa: Regulation of Air Transport: The Slumbering Sentinels. 2014 .....	696–698
KOKEŠOVÁ, Jana. Kamínková Petra. Zneužití práva jako hranice daňového plánování. 2018 ....	1063–1065
KOMENDOVÁ, Jana. Miné Michel: Droit des discriminations dans l'emploi et le travail. 2016 ....	774–776
KOSINKA, Jan Petr. Holländer Pavel. Příběhy právních pojmů. 2017; Holländer Pavel. Pojmy v Sisyfovej krošni. 2015 .....	450–455
KYSELA, Jan. Brunclík Miloš – Kubát Michal. Kdo vládne Česku? Poloprezidentský režim, přímá volba a pravidla hry. 2017 .....	261–263
LACLAVÍKOVÁ, Miriam – ŠVECOVÁ, Adriana. Gáabriš T. – Jáger R. Najstaršie právo na Slovensku? Pokus o rekonštrukciu predcyrilometodského normatívneho systému. 2016 .....	535–538
LANCZOVÁ, Ingrid. Laclavíková Miriam – Švecová Adriana. Dejiny právnického vzdelávania na Trnavskej univerzite v Trnave. 2017 .....	970–972
MULÁK, Jiří. Jelínek Jiří a kolektiv. Trestní právo procesní – minulost a budoucnost. 2016 .....	263–266
TOMÁŠEK, Michal. Macháček Michal. Gustáv Husák. 2017 .....	362–364
URBAN, Michal. Shawová Julia. Iluze paměti. Falešné vzpomínky a proč jim věříme. 2017 .....	880–885
WINTEROVÁ, Alena. Kapitoly z dějin českého právníckého rodu Mokrych (z rodinných materiálů sestavil JUDr. Jan Kotous). 2017 .....	158–159
ŽÁČKOVÁ, Zdena. Krčmář Jan. Paměti. Díl I. (do roku 1918). 2017 .....	690–695

**Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA**

BERANOVÁ, Andrea. Zpráva z mezinárodní vědecké konference „Dokazování v trestním řízení v kontextu práva na spravedlivý proces“, konané dne 15. března 2018 .....	619–621
BONK, František – SÁBO, Jozef. Správa z I. slovensko-českých dní daňového práva, organizovaných Katedrou finančního práva, daňového práva a ekonomie Právnické fakulty UPJŠ v Košiciach na tému: „Daňové úniky a vyhýbanie sa daňovým povinnostiam“ .....	160–162

BROŽOVÁ, Sandra. Biologický monitoring jako cesta k efektivnější regulaci koncentrací chemických látek .....	1072–1073
BROŽOVÁ, Sandra. Konference k 20. výročí Úmluvy o biomedicině zdůraznila její význam a nastínila výzvy budoucího vývoje .....	83–84
DOBROVOLNÁ, Eva. Zpráva z V. zasedání odborného kolegia pro občanské právo k návrhu věcného záměru civilního řádu soudního .....	456–458
FLÍDR, Jan – LÁLA, Daniel – SLAVÍKOVÁ, Lucie. Zpráva z konference „Zajištění a posílení právního postavení v právu obchodních korporací a tuzemských a mezinárodních podnikatelských vztazích“ .....	366–373
FLORIAN, Oldřich. Weyrovy dny právní teorie 2018 .....	699–700
RÓZENFELDOVÁ, Laura. Správa o konání VII. ročníka Mezinárodního sympózia Právo – obchod – ekonomika .....	267–268
SIMON, Rita. „Spotřebitelský kodex, ano či ne?“ dvoudenní mezinárodní konference na Právnické fakultě MU v Brně .....	777–778
SVOBODA, Ondřej. Zpráva z 34. zasedání Pracovní skupiny III Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo .....	365–366
ŠTEFKO, Martin. Mezinárodní konference Pracovní právo Třešť 2017 .....	164–166
TOMÁŠEK, Michal. Fórum o právní spolupráci v projektu „Pás a cesta“. Peking, 2. a 3. července 2018 .....	886–889
TOMÁŠEK, Petr. Principy soukromého práva a jejich vyjádření a nalézání v obchodním právu a mezinárodním právu soukromém. Zpráva z kolokvia .....	269–273
URBAN, Michal. Polsko jako pozitivní právní inspirace. Zpráva z právnické konference “20 years of Academic Legal Clinics in Poland – achievements, future goals and development opportunities”. Jagellonská univerzita, Krakov .....	162–164
VERMACHOVÁ, Aneta. Zpráva z konference: Právo a praxe náhradního mateřství .....	1066–1072
VLADÁR, Vojtech. Správa o 20. konferencii právních romanistov Slovenskej republiky a Českej republiky .....	779–782
TRÖSTER, Petr. Řízení v proměnách (Zamyšlení nad průběhem a závěry 32. pracovněprávního sympózia v Pasově) .....	889–891

## MORS VENIT VELOCITER

Za Sentou Radvanovou .....	354–355
Zemřel profesor Igor Tomeš .....	447–449
Za Václavem Mezřickým .....	529–530

## JUBILEUM

Životní jubileum profesorky Winterové .....	356–358
Zemřel profesor Peter Blaho .....	611–613

### Z TIŠTĚNÉ ŘADY:

Müllerová, Hana. Právo na příznivé životní prostředí: Teoretické základy, interpretace, zahraniční zkušenosti a jejich využití pro ČR. Rok vydání: 2018. Triptych knih o právu na příznivé životní prostředí v papírovém boxu

Doležal, Adam – Doležal, Tomáš. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínsko-právní spory*. Rok vydání: 2016, 262 s.

Sobek, Tomáš. *Právní rozum a morální cit: hodnotové základy právního myšlení*. Rok vydání: 2016, 339 s.

Becker, Ulrich – Štefko, Martin a kol. *Právo na práci občanů třetích států z pohledu ČR a SRN. Aktuální otázky*. Rok vydání: 2015, 203 s.

Šlapák, Tim Čeněk – Štefko, Martin. *Praktický personální marketink. Řízení lidských zdrojů v pracovněprávních souvislostech*. Rok vydání: 2015, 144 s.

Adamová, Karolina – Lojek, Antonín. *Právníci doby osvícenské*. Rok vydání: 2014, 108 s.

**Tituly vydané v tištěné řadě lze zakoupit buď přímo v Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i. (Národní 18, 116 00 Praha 1, e-mail: [ilaw@ilaw.cas.cz](mailto:ilaw@ilaw.cas.cz), tel.: 221 990 711), nebo v distribuci Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. [www.alescenek.cz](http://www.alescenek.cz)**

### Z ELEKTRONICKÉ ŘADY eKNIHY:

Müllerová, Hana. *Právo na příznivé životní prostředí. Zkušenosti vybraných evropských zemí a návrhy pro budoucí uplatňování v ČR*. Rok vydání: 2018, 236 s.

Šejvl, Michal. *Lidská práva jako subjektivní práva. Teoretické a historické aspekty*. Rok vydání: 2017, 166 s.

Müllerová, Hana a kol. *Právo na příznivé životní prostředí: Nové interpretační přístupy*. Rok vydání: 2016, 288 s.

Doležal, Adam – Doležal, Tomáš. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínsko-právní spory*. Rok vydání: 2016, 262 s.

Müllerová, Hana. *Právo na životní prostředí: Teoretické aspekty*. Rok vydání: 2016, 125 s.

Žáčková, Zdena. *Viktor Knapp v Československé akademii věd. Kariéra českého právního vědce*. Rok vydání: 2015, 78 s.

Müllerová, Hana – Humlíčková, Petra. *Nové přístupy k implementaci Aarhuské úmluvy v ČR*. Rok vydání: 2014, 100 s.

Doležal Adam – Doležal Tomáš. *Praktické dopady nového občanského zákoníku na provozování lékařské praxe*. Rok vydání: 2014, 59 s.

Kučera, Bohumil. *Základní problémy mezinárodního soudního procesu. Úvodním slovem opatřil Jan Malíř*. Rok vydání: 2014, 336 s.

**Eknihy jsou ke stažení zdarma na webových stránkách Ústavu státu a práva AV ČR v záložce Časopisy a knihy <http://www.ilaw.cas.cz>**