

Sto let od zřízení Právnické fakulty Masarykovy univerzity

Dne 28. ledna 1919 přijalo Národní shromáždění zákon, kterým se zřizuje druhá česká univerzita, posléze uveřejněný pod č. 50/1919 Sb. ve Sbírce zákonů a nařízení státu československého 5. února 1919. Návrh zákona vypracovali poslanci Československé národní demokracie Karel Engliš a František Weyr. Zákonodárnému sboru jej předložila k projednání skupina poslanců v čele s Aloisem Jiráskem. Masarykova univerzita byla zřízena se čtyřmi fakultami, mezi nimiž tu právnickou uváděl zákon na prvním místě s nařízením: „Fakulta právnická prvním ročníkem [...] budiž zřízena počátkem studijního roku 1919/20.“ Karel Engliš byl zvolen prvním rektorem nově zřízené univerzity, František Weyr prvním děkanem právnické fakulty. Její počátky nebyly jednoduché. Začínala s pěti profesory ve Veveří v části novobaroční budovy kněžského semináře brněnské diecéze v Seminářské ulici, zakrátko přejmenované po Bedřichu Smetanovi. Zde měla své sídlo až do roku 1932. Tehdy akademická obec fakulty získala monumentální budovu vystavěnou pro právnickou fakultu podle návrhu Aloise Dryáka.

V té době již brněnská fakulta disponovala pozoruhodným pedagogickým sborem s významnými vědeckými výstupy. Nebyla to jen Weyrova normativní škola, co fakultu profilovalo, byť ta dosáhla značné proslulosti a stoupence tzv. tradiční právní nauky nejvíc iritovala. Selektivní vnímání si pojí Františka Weyra s meziválečnou historií právnické fakulty v Brně, méně v obecné paměti českých právníků ulpěly jiné významné osobnosti, ať to již byli Bohumil Baxa, Jaroslav Kallab, Dobroslav Krejčí, Jan Loevenstein, Jaromír Sedláček nebo Jan Vážný. Většina z právě jmenovaných neměla s normativní teorií mnoho společného. Co však bylo pro celou fakultu typické – až na výjimky typu Františka Vážného nebo Josefa Vacka – že se profilovala jako fakulta filosofující, spojená zejména s Kantem, Schopenhauerem a s novokantovstvím. První etapu života právnické fakulty v Brně ukončilo uzavření českých vysokých škol 17. listopadu 1939. Následujícího roku se její budova stala sídlem Řídící úřadovny gestapa pro Moravu a Slezsko. Za okupace byl v červnu 1942 popraven třináctý rektor brněnské univerzity Bohumil Baxa a romanista Jan Vážný, čtrnáctý děkan fakulty, byl krátce předtím umučen v koncentračním táboře Mauthausen. Mezi oběti války patří i procesualista Karel Gerlich a civilista Jaromír Sedláček.

V období navazujícím bezprostředně na osvobození republiky bylo fakultě vyměřeno sotva pět let. V první fázi tohoto krátkého času fakulta usilovala o obnovu a stabilizaci společnou prací pedagogů z předválečné doby, jako byli František Čáda, Zdeněk Neubauer nebo doyen fakulty František Weyr, z mladších pak procesualista Hynek Bulín ml., národohospodář Václav Chytil, civilista Vladimír Kubeš, internacionalisté Bohumil Kučera a Bohuslav Ečer nebo administrativista Jaroslav Pošváb i nově příšedší romanista Jiří Cvetler nebo kanonista František Kop. Ale jak se ve státě připravovaly nové pořádky, bylo jisté, že to nebude mít jednoduché fakulta, která – jak v roce 1953 napsal Václav Vaneček – po roce 1945 „tvořila jeden ze zákopů, v nichž se tehdy opevnila naše reakce“. Po převratu v roce 1948 přišly čistky mezi studenty i v učitelském sboru, profesori Chytil a Kubeš byli dokonce žalářováni. Jaromír Blažke, předseda akčního výboru Národní fronty působícího na fakultě po ovládnutí státu Komunistickou stranou Československa, byl jmenován

profesorem občanského práva a v roce 1949 se stal děkanem fakulty. Za jeho působení byla právnická fakulta Masarykovy univerzity zrušena vládním nařízením z 27. června 1950 č. 81/1950 Sb. Její budovu získala Vojenská akademie.

Počátkem roku 1968 se začalo mluvit o novém zřízení právnické fakulty na Moravě. Brno však tehdy nebylo jediným kandidátem. Z bývalých členů profesorského sboru Právnické fakulty Masarykovy univerzity to byli hlavně *Hynek Bulín ml.*, *Jiří Cvetler* a *Vladimír Kubeš*, kdo se společně s *Theodorem Martincem*, rektorem univerzity (která však od roku 1960 již nenesla Masarykovo jméno) zasazovali o obnovení brněnské právnické fakulty. S politickou podporou, již získali zvláště ze strany Československé strany socialistické a jejích členů *Bohuslava Kučery*, tehdy ministra spravedlnosti, a poslance *Věroslava Jedličky*, se toto úsilí setkal s úspěchem. Fakulta byla obnovena nařízením vlády č. 35/1969 Sb. Ale svoji budovu z 30. let zpět tehdy nezískala. Sídliila do roku 1990 v paláci někdejší Cyrilometodějské záložny na Zelném trhu, stavbě sice monumentální, leč pro provoz univerzitní instituce poněkud nevhodné. Kromě toho se o ni do roku 1977 dělila s dalšími nájemníky.

Restituování brněnské právnické fakulty, kde byla zahájena výuka v zimním semestru 1969, se pod vedením děkana *Vladimíra Klokočky* ujali jak členové dřívějšího učitelského sboru *Bulín*, *Cvetler*, *Kubeš* nebo *Pošvář*, tak i představitelé mladší generace. V poměrech nastupující normalizace byli v letech 1970 a 1971 *Klokočka* i *Kubeš* z fakulty vyštvaní a také *Cvetler* a *Pošvář* fakultu opustili, formálně z věkových důvodů. Nejdéle zde ze starého sboru zůstal v pozici externího učitele *Hynek Bulín ml.*, který z fakulty odešel v roce 1974. Politické zásahy fakultě ublížily a jen postupně obnovovala svoji vědeckou prestiž. O ni se kromě jiných zvláště zasloužili *Petr Hajn*, *Josef Macur* a *Vladimír Zahálka*.

V devadesátých letech se brněnská fakulta vyrovnávala s dědictvím z předchozích dob. Na složitost procesu neukazuje jen aféra spojená s prvním polistopadovým děkanem *Jiřím Kroupou*, ale třeba i osud profesora finančního práva *Vladimíra Zahálky*, který, byť nestraník, doplatil hlavně na své nároky při výuce a zkouškách. Po krátkém období, kdy fakultu vedla v letech 1994/1995 *Zdeňka Gregorová*, se v průběhu dvou funkčních období *Josefa Bejčka* fakulta definitivně stabilizovala a tehdy a rovněž v dalších letech zaznamenala zřetelné úspěchy.

Protože je centenarium v životě významné instituce výročí doajista důležité, rozhodla se redakce *Právníka* s podporou a pomocí děkanky Právnické fakulty Masarykovy univerzity *Markéty Selucké* představit v tomto sešitu našeho časopisu aktuální vědeckou úroveň fakulty příspěvky členů její akademické obce. V době, kdy se příprava tohoto čísla uzavírá, je již znám výsledek volby kandidáta na děkana PF MU uskutečněné 12. listopadu 2018. Redakce *Právníka* přeje *Martinu Škopovi* při nadcházejícím vedení fakulty šťastnou ruku a fakultě samotné úspěch a stálý rozvoj.

Obnovení brněnské právnické fakulty v letech 1968–1969

Jaromír Tauchen*

Abstrakt: V roce 1950 došlo ke zrušení Právnické fakulty Masarykovy univerzity, která byla v Brně založena v roce 1919. Tento příspěvek mapuje snahy, které vedly ke znovuoobnovení brněnské právnické fakulty v uvolněnější atmosféře na konci šedesátých let dvacátého století. Příspěvek je vypracován na základě obsáhlého archivního výzkumu v Archivu Masarykovy univerzity a Národním archivu ČR a obsahuje tak nové dosud nikde nezveřejněné informace. Zaměřuje se především na snahy, které byly ze strany vedení Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v roce 1968 uskutečněny k tomu, aby mohla být právnická fakulta v Brně po dvaceti letech opět obnovena. Následně je ukázáno, jak byl tento proces komplikovaný, když o umístění právnické fakulty měla zájem i jiná moravská města, a jakým způsobem se do tohoto procesu zapojili také tzv. buržoazní profesori, tedy učitelé, kteří byli po roce 1948 z fakulty odstraněni (Vladimír Kubeš, Hynek Bulín, Jaroslav Pošvář, Jiří Cvetler). Příspěvek se dále zabývá prvními měsíci po ustavení fakulty v dubnu 1969 a zakončen je okamžikem, kdy byla slavnostně zahájena výuka (říjen 1969).

Klíčová slova: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Univerzita Jana Evangelisty Purkyně, období socialismu, Vladimír Kubeš, Jiří Cvetler

Úvodem

Když byla v roce 1919 zřízena Masarykova univerzita, náležela její právnická fakulta mezi první čtyři zakládající fakulty. Za dobu své stoleté existence byla nucena dvakrát přerušit svou činnost. Poprvé to bylo v období Protektorátu Čechy a Morava, kdy byly po 17. listopadu 1939 uzavřeny české vysoké školy, podruhé pak v červnu 1950, kdy byla právnická fakulta v Brně zrušena a do její budovy na ulici Veveří se nastěhovala Vojenská akademie Antonína Zápotockého. Po dobu dalších téměř dvaceti let tak bylo v Československu možné studovat práva jen v Praze a v Bratislavě.

Účelem tohoto příspěvku je zmapovat snahy, které vedly ke znovuoobnovení brněnské právnické fakulty v uvolněnější atmosféře druhé poloviny šedesátých let dvacátého století. Příspěvek je vypracován na základě provedeného obsáhlého archivního výzkumu v Archivu Masarykovy univerzity a Národním archivu ČR a obsahuje tak nové dosud nikde nezveřejněné informace. Zaměřuje se především na snahy, které byly ze strany vedení Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v roce 1968 uskutečněny k tomu, aby mohla být právnická fakulta v Brně po dvaceti letech opět obnovena. Následně je ukázáno, jak byl tento proces komplikovaný, když o umístění právnické fakulty měla zájem i jiná moravská města, a jakým způsobem se do tohoto procesu zapojili také bývalí profesori právnické fakulty, dobovým jazykem označovaní jako „buržoazní“, tedy učitelé, kteří byli po roce 1948 z fakulty odstraněni (Vladimír Kubeš, Hynek Bulín, Jaroslav Pošvář či Jiří Cvetler).

* Doc. JUDr. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M., katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita. E-mail: jaromir.tauchen@law.muni.cz

1. Stav právnictví v šedesátých letech

Opomíjení právního studia po řadu let, zrušení brněnské právnické fakulty v roce 1950 či – jak zněla v té době každému srozumitelná floskule – podceňování práva jako nástroje budování socialistické společnosti – způsobilo, že počet kvalifikovaných právníků v Československu v padesátých a na počátku šedesátých let minulého století značně poklesl. Přitom jejich potřeba neustále stoupala a v druhé polovině šedesátých let často proklamované okolnosti, jako byly například nová ekonomická soustava, upevňování socialistické zákonnosti či prohlubování socialistické demokracie, nesporně ukazovaly na potřebu kvalifikovaných právníků.

Nevěnování pozornosti právu způsobilo, že Ministerstvo školství od počátku padesátých let stanovovalo jen velice nízká směrná čísla pro přijímání posluchačů na právnické fakulty. Za této situace po zrušení Právnické fakulty Masarykovy univerzity mohly pražská a bratislavská právnická fakulta velice snadno pokrýt celostátní požadavky na absolventy. V padesátých letech bylo do prvního ročníku denního studia práv v Praze přijímáno průměrně 100 až 110 studentů, v Bratislavě pak 70 až 90 studentů. Ke zvýšení směrných čísel pro přijímání studentů do prvních ročníků na pražské a bratislavské právnické fakultě došlo až v roce 1965 na základě požadavků Ministerstva vnitra, Ministerstva spravedlnosti a Generální prokuratury, a to v případě pražské právnické fakulty na čtyřnásobek a v případě bratislavské na trojnásobek. V reakci na toto prudké zvýšení počtu přijímaných studentů byly právnické fakulty nuceny provést v pedagogickém procesu nouzová opatření, která však vedla k jejich přetížení a nepřispěla tak ke zkvalitnění výuky. V letech 1960–1967 vyšlo ze dvou právnických fakult v Československu celkem 2804 absolventů (z toho 1046 z denního a 1758 z dálkového studia), což činilo v průměru 349 absolventů ročně.

I přes navýšení počtu přijímaných studentů do prvních ročníků však výše uvedená čísla stále nedostačovala, což potvrdil i průzkum celospolečenské potřeby právníků, který nechalo v roce 1967 provést Ministerstvo spravedlnosti. V rezortech, v nichž byl proveden průzkum, bylo zaměstnáno 11 823 právníků, z nichž 3 103 nedisponovalo předepsaným vzděláním. Výsledky provedeného průzkumu jednoznačně prokázaly, že stávající dvě právnické fakulty nejsou schopny uspokojit požadavky praxe, které byly naléhavé především v justici a v národních výborech.¹

Od poloviny šedesátých let se v tisku začaly objevovat články kritizující současný stav právní služby. Jako příklad je možné uvést výrok předsedy Právní komise ÚV KSČ Vladimíra Kouckého z května 1965, který označil dosavadní stav právní služby v podnicích z mnoha hledisek za neuspokojivý a požadoval zabezpečení vyšší kvalifikace podnikových právníků.² Nedostatek právníků byl zřetelný i z denního tisku, v němž se pravidelně objevovaly inzeráty snažící se získat příslušníky právnických profesí. Situace na pracovním trhu s právníky se tak značným způsobem odlišovala od stavu v předválečném Československu, které se pro velký počet absolventů potýkalo s jejich nezaměstnaností. Na nedostatek právníků neúnavně v tisku poukazoval například soudce okresního soudu v Prostějově a prvorepublikový absolvent brněnské právnické fakulty JUDr. Bohuslav Kraus, podle jehož názoru mělo řešení této situace spočívat ve zřízení právnické fakulty na Moravě.³

¹ NA, fond MŠ ČSR, 5I4, kart. 510 – Důvodová zpráva k návrhu vládního nařízení o některých změnách v organizaci vysokých škol (prosinec 1968).

² [Autor neuveden] Jednání právní komise ÚV KSČ. *Rudé právo*. 1965, roč. 45, č. 133, s. 1 (15. květen 1965).

³ KRAUS, B. Právo a právníci. *Rudé právo*. 1965, roč. 45, č. 193, s. 3 (14. červenec 1965).

2. Úvahy o obnovení právnické fakulty v Brně

V letech 1964/1965 provedlo vedení Univerzity Jana Evangelisty Purkyně (UJEP), na kterou byla brněnská Masarykova univerzita přejmenována, řadu přípravných prací směřujících ke zřízení ekonomické fakulty, s čímž 1. února 1965 vyjádřilo Ministerstvo školství souhlas. Ačkoliv byly přípravy velmi dobře propracovány, ministerstvo později doporučilo brněnské univerzitě, aby posečkala se zřízením této fakulty až do roku 1970. Již při těchto jednáních vedení univerzity se zástupci Ministerstva školství byla nezávazně vznesena otázka, zda by nebylo účelné v Brně obnovit právnickou fakultu. Univerzita k této možnosti od počátku zaujala kladné stanovisko, přičemž za jedinou zásadnější překážku považovalo její umístění, neboť univerzita toho času nedisponovala žádnými vhodnými prostory, kam by mohla být nová fakulta situována.

Počátkem roku 1968 se objevily úvahy o tom, že by se nedostatek studijních míst pro ekonomy měl nově řešit rozšířením kapacity na Vysoké škole ekonomické v Praze a v Bratislavě, takže se otázka zřízení ekonomické fakulty na UJEP přestala jevit jako aktuální.⁴ Vedení univerzity se však ideje na zřízení nové fakulty vzdát nechtělo a rozhodlo využít politicky příznivou dobu na své rozšíření. Záměr na znovuoobnovení brněnské právnické fakulty univerzita zařadila do svého perspektivního plánu, který byl vypracován již v roce 1966.⁵ I v politickém programu jihomoravské krajské organizace KSČ na funkční období 1968–1970 se hovořilo o nutnosti „s největší rozhodností prosazovat obnovení právnické fakulty Univerzity J. E. Purkyně v Brně“.⁶

Rektor brněnské univerzity prof. Theodor Martinec se 12. února 1968 obrátil na ministra školství prof. Jiřího Hájka s žádostí o schůzku, na které by mu společně s ostatními akademickými funkcionáři poskytl potřebné informace k možnosti znovuoobnovení právnické fakulty v Brně.⁷

Pro obnovení brněnské právnické fakulty byly uváděny následující argumenty:

- Vedení univerzity se hlásilo k tradicím brněnské právnické fakulty, úrovni jejich vynikajících učitelů a ohlasu, který měla v meziválečném období. Zmíněna byla normativní teorie, která dosahovala ve smyslu tehdejšího pojetí světové úrovně. Znovuoobnovená fakulta by tedy navázala na tradice vynikající právnické fakulty a zachovala kontinuitu, i když pochopitelně v novém pojetí práva odpovídajícím duchu socialismu.
- Brno bylo prezentováno jako staré kulturní, hospodářské, politické a komunikační středisko s nepřetržitou padesátiletou tradicí univerzitního studia. Posluchači právnické fakulty by se rekrutovali z Jihomoravského a Severomoravského kraje, pro které je Brno přirozenou spádovou oblastí, jakož i ze sousedících okresů kraje Jihočeského a Východočeského.
- Brno jako středisko Jihomoravského kraje mělo disponovat přirozenými podmínkami pro potřebný styk teorie práva s právní praxí. Bylo sídlem Krajského soudu, Krajské prokuratury, Vojenského soudu, Jihomoravského krajského národního výboru, Brněnských veletrhů a několika oborových podnikových ředitelství, takže by studenti měli

⁴ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP ministru školství čj. 882/68 z 12. února 1968.

⁵ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP adresovaný Ministerstvu školství čj. 2008/68-A II/2 z 9. dubna 1968.

⁶ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Dopis vedoucího tajemníka Vysokoškolského výboru KSČ v Brně Jiřího Klestila adresovaný vedoucímu tajemníkovi jihomoravského KV KSČ Josefu Špačkovi z 21. května 1968.

⁷ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP ministru školství čj. 882/68 z 12. února 1968.

možnost absolvovat právní praxi ve všech potřebných oborech: justici, státní správě i hospodářských organizacích.

- O záměru na znovuoobnovení právnické fakulty byly informovány a vyjádřily svůj souhlas Krajský výbor KSČ a Jihomoravský krajský národní výbor, které předběžně přislíbily potřebnou podporu především pak v otázce zajištění prostor pro právnickou fakultu.
- Personální zabezpečení právnické fakulty mělo být zajištěno uvolněnými pracovníky obou dosavadních právnických fakult či získáním některých odborníků z praxe, zejména z justice. Na přechodné období se mohlo uvažovat také o bývalých profesorech právnické fakulty, kteří dosud žili v Brně a jejichž věk nepřekročil hranici, která by jim umožnila participaci na pedagogickém procesu. Přednášky z ekonomických disciplín přednášených na právnické fakultě by zajistili pracovníci katedry politické ekonomie na univerzitě a z vlastních zdrojů by probíhala i výuka marxismu-leninismu, jazyků, tělocviku a sociologických disciplín.
- Rektorát UJEP by uvolnil ze svého aparátu nejkvalitnější pracovníky, aby bylo možné po stránce organizační, administrativní a hospodářské úspěšně zvládnout všechny úkoly obnovené právnické fakulty.

Kopii dopisu určeného ministru školství a obsahujícího návrh na obnovení právnického studia na brněnské univerzitě byla následně zaslána celé řadě představitelů politického a veřejného života v Jihomoravském kraji. Univerzita především oslovila předsedu Jihomoravského krajského národního výboru Karla Neuberta a předsedu Městského národního výboru Oldřicha Vaverku s žádostí o schůzku, na které by bylo možné předběžně posoudit dislokační možnosti nové fakulty.⁸ Na základě počátečních úvah bylo pro právnickou fakultu požadováno celkem 3 500 m², avšak tuto potřebu nebylo nutné uspokojit ihned, nýbrž z počátku mělo dostačovat 1 500 m² s tím, že po dalších dvou letech by mělo být uvolněno dalších 2 000 m². Univerzita vznesla požadavky i na přidělení bytů učitelům právnické fakulty.⁹

V Brně se sice stále nacházela budova bývalé právnické fakulty na ulici Veverí, avšak ta byla obsazena Vojenskou akademií Antonína Zápotockého, takže nebylo možné v nejbližší době počítat s jejím uvolněním. Průmyslový odbor KNV nabídl univerzitě místnosti v budově bývalé Cyrilometodějské záložny, tedy domy č. 1 a č. 2 na Náměstí 25. února (dnešní Zelný trh), kde sídlil národní podnik Prefa. Poloha nabízené budovy byla velmi výhodná, neboť se nacházela ve středu města. Po prohlídce těchto značně zanedbaných prostor zástupci univerzity vyjádřili souhlas s jejich předběžným přidělením za podmínky, že budou univerzitě přiděleny k 1. lednu 1969, aby mohly být do září 1969 zajištěny jejich opravy, vybudováno WC, dobudováno ústřední topení, opraveny podlahy a vymalovány místnosti.¹⁰

3. Zahájení přípravných prací na obnovení brněnské právnické fakulty

V březnu 1968 proběhla jednání vedení univerzity i s vedoucím tajemníkem Jihomoravského krajského výboru KSČ Josefem Špačkem, který znovuoobnovení právnické fakulty podporoval. S kladným stanoviskem na zřízení třetí právnické fakulty v Československu a s požadavkem na její umístění v Brně se na ministra školství přímo obrátil předseda

⁸ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP adresovaný JKNV čj. 1012/68-A II/3 z 22. února 1968.

⁹ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis kvestora UJEP Miroslava Vahalý adresovaný JKNV čj. 1196/68 z 1. března 1968.

¹⁰ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP adresovaný JKNV čj. 1198/68 z 13. března 1968.

jihomoravského KNV Karel Neubert.¹¹ Plně podporovat požadavky nejen vedení UJEP, nýbrž i ostatních brněnských vysokých škol se na svém zasedání dne 25. března 1968 usnesl i Městský národní výbor v Brně s tím, že se „*žádost o obnovení právnické fakulty v Brně opírá o rezoluce stranických orgánů, závodů, občanů, správních a soudních institucí, vědeckých a výchovných ústavů, škol a studentů a je v plném souladu se zdůrazňováním požadavků demokratizace, decentralizace a nápravy způsobených deformací*“.¹² Kritice podrobil zrušení brněnské právnické fakulty v roce 1950, které označil jako bezdůvodné, zbytečné a naprosto neuvážené a vyzvedl vysokou úroveň meziválečné brněnské právní vědy. Při odstraňování deformací způsobených v předcházejícím období pak bylo nutné dle názoru Městského národního výboru znovuoobením právnické fakulty „*odstranit pak také i křivdu spáchanou na brněnské univerzitě a na městu Brnu*“.¹³ Pro požadavek na znovuoobenění právnické fakulty se vyslovovaly i jednotlivé základní organizace KSČ, objevil se i na řadě volebních schůzí národních výborů a občané ho zasílali v návrzích přímo krajskému či městskému národnímu výboru. Tyto požadavky tedy přicházely zdola, nebyly nikým organizovány a od navrhovatelů vycházely zcela spontánně.¹⁴

Na základě návrhu rektora UJEP z 12. února 1968 o nutnosti jednat o možnostech obnovení brněnské právnické fakulty ustanovilo Ministerstvo školství komisi, která 5. dubna 1968 navštívila UJEP, aby na společné poradě s vedením přezkoumala podmínky a možnosti realizace tohoto záměru. Jednání ministerské komise se zúčastnili všichni prorektorů (rektor byl v té době služebně ve Velké Británii), kvestor, zástupci Jihomoravského KNV, Městského národního výboru, zástupce Krajského výboru KSČ a Okresního výboru KSČ pro vysoké školy. Na zasedání byly zváženy všechny okolnosti a bylo doporučeno komisi, aby Ministerstvu školství tlumočila jednoznačné rozhodnutí všech místních činitelů pro obnovení právnické fakulty a současně závazky krajských a městských orgánů k vytvoření materiálních podmínek pro zdárný chod této fakulty. Na základě těchto skutečností pak vedení UJEP podalo 9. dubna 1968 Ministerstvu školství oficiální návrh, aby byla při Univerzitě Jana Evangelisty Purkyně obnovena právnická fakulta.¹⁵

Odůvodnění tohoto podrobně zpracovaného návrhu čítajícího devět stran vycházelo z původního návrhu na zahájení jednání o obnovení právnické fakulty z 12. února 1968 a dále ho rozpracovávalo. Z dalších argumentů můžeme uvést následující:

- Obnovení právnické fakulty se obecně považovalo za druh rehabilitace a dovršení určité dobové spravedlnosti, neboť její zrušení v roce 1950 brněnská veřejnost pociťovala nejen jako ochuzení života univerzity a brněnského kulturního života, nýbrž i jako určitou křivdu a snížení významu města Brna. Tento pocit se pak stupňoval, když byla v Brně zrušena i fakulta farmaceutická, takže z univerzity zůstalo torzo o třech fakultách.
- Právnická fakulta by měla najít v rámci univerzity dobré podmínky pro svou práci. Návaznost jejích disciplín na historii, ekonomii, sociologii a filosofii měla obohatit celý univerzitní život.

¹¹ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis předsedy jihomoravského KNV Karla Neuberta adresovaný ministrovi školství čj. P-92/68 z 1. března 1968.

¹² A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis předsedy MěstNV Oldřicha Vaverky adresovaný předsednictvu ÚV KSČ, vládě ČSSR a dalším čj. 85/68-taj. MěstNV ze 6. dubna 1968.

¹³ Ibidem.

¹⁴ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP adresovaný Ministerstvu školství čj. 2005/68-A II/2 z 9. dubna 1968.

¹⁵ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP adresovaný Ministerstvu školství čj. 2005/68-A II/2 z 9. dubna 1968.

- Vzhledem k tradicím brněnské univerzity by bylo protismyslné umísťovat právnickou fakultu kdekoli jinde než tam, kde v minulosti již byla. Brno jako kulturní středisko mělo skýtat posluchačům vysoké školy dokonalou možnost účasti na kulturním životě.
- Oproti předcházejícímu příslibu obou národních výborů mělo dojít k dřívějšímu uvolňování budovy bývalé Cyrilometodějské záložny na Náměstí 25. února, a to již na podzim 1968.
- Oproti původnímu předpokladu nyní již univerzita uvažovala o přijetí až 150 studentů do jednoho ročníku, což představovalo nárůst o jednu třetinu.
- Vedení univerzity doporučilo Ministerstvu školství, aby vzalo v úvahu dvě varianty začátku výuky na obnovené právnické fakultě, a to k 1. říjnu 1968 či k 1. říjnu 1969.

Vedení univerzity připojilo Ministerstvu školství návrh kádrového obsazení, přičemž vycházelo ze jmen profesorů bývalé právnické fakulty. Mezi navržené náleželi: Vladimír Vybral, Jaroslav Pošvář, Hynek Bulín, Jiří Cvetler, František Čáda, Václav Chytil a Bohumil Kučera (1894–1980). Prvních pět profesorů bylo v aktivním stavu, pracovali vesměs v ústavech Československé akademie věd v Brně a publikovali v právní oblasti, takže si udrželi vazby na svůj vědní obor a bylo by možné je na nové fakultě využít. I když o jejich budoucím angažmá vedení univerzity přímo nejednalo, tak mělo informace, že by se tito profesori byli ochotni dát fakultě k dispozici. V seznamu navržených profesorů však chyběl Vladimír Kubeš. Kromě nich žili v Brně i bývalí soukromí docenti právnické fakulty František Bauer, Miroslav Trávníček a Jiří Kojecký.

Na jednání s vedením UJEP děkani pražské a bratislavské právnické fakulty přislíbili, že obě fakulty poskytnou brněnské učitele pro externí výuku, což bylo poměrně dobře možné vzhledem k dobrému železničnímu a leteckému spojení Brna s Prahou a Bratislavou. Počítat bylo možné rovněž s přechodem dvou zaměstnanců Ústavu státu a práva ČSAV do Brna. V blízké budoucnosti by bylo možné využít i právníky, kteří byli v aspirantské přípravě na Univerzitě Komenského v Bratislavě. Učitelská místa se měla podle představ vedení univerzity obsazovat v konkurzním řízení.

Rektor již v dubnu 1968 navrhl Ministerstvu školství kandidáta na akademickou funkci děkana nové fakulty pro první období jejího budování. Měl se jím stát prof. Bohumil Kučera (1910–1979), který od roku 1953 působil jako odborný asistent na Katedře marxismu-leninismu UJEP a od roku 1963 jako docent pro obor dějin KSČ. Od téhož roku zastával funkci prorektora UJEP pro pedagogickou práci, takže disponoval kromě pedagogických a politických zkušeností i organizačními schopnostmi, aby mohl tento náročný úkol úspěšně splnit.

Dne 25. dubna 1968 se na Ministerstvu školství konalo jednání o otázce zřízení třetí právnické fakulty v Československu. Vedle Univerzity Jana Evangelisty Purkyně se o umístění právnické fakulty přihlásilo také vedení Univerzity Palackého v Olomouci. Pověření zaměstnanci Ministerstva školství v této souvislosti konstatovali, že prostorové předpoklady v Brně jsou nesrovnatelně horší než v Olomouci. Ministerstvo tak uložilo rektorátu UJEP, aby otázku dislokace fakulty znovu projednalo s Městským národním výborem v Brně a upozornilo ho na okolnost, že nevyhovující prostory poskytnuté Městským národním výborem mohou způsobit negativní posouzení žádosti brněnské univerzity. Následně se kvestor UJEP Miroslav Vahala opětovně obrátil na Městský národní výbor s žádostí o vyvolání nového jednání, jehož výsledkem by bylo rozšíření a podstatné zlepšení nabízených dislokačních prostor tak, aby se vyrovnaly prostorům, které nabízela Univerzita Palackého v Olomouci. Prostorová otázka tak byla považována za jedinou zábranu, která

by mohla vést k případnému odmítnutí Brna, neboť ostatní předpoklady pro restituci fakulty byly na UJEP lepší než v Olomouci.¹⁶

Počátkem dubna 1968 se změnilo složení vlády. Dosavadní ministr školství prof. Jiří Hájek se stal ministrem zahraničních věcí a na jeho místo byl jmenován prof. Vladimír Kadlec. Na personální změny ve vedení ministerstva zareagoval i rektor UJEP Theodor Martinec, který požádal nového ministra školství a tajemníka ÚV KSČ Čestmíra Císaře o osobní schůzku, na které by jim osvětlil celou situaci.

Na jednání kolegia rektora UJEP dne 20. dubna 1968 byl prorektor B. Kučera pověřen přípravami k ustanovení přípravného výboru pro obnovení právnické fakulty.¹⁷

O úmyslu znovuobnovit právnickou fakultu informovala brněnská univerzita i v tisku, na což se jí dostalo podpory ze strany veřejnosti. Otázka obnovení právnické fakulty se tak stala součástí povědomí nejen univerzitních kruhů, ale pronikla i do širokých vrstev občanské veřejnosti. O tom svědčila i řada žádostí, které byly v průběhu jara 1968 doručeny rektorátu univerzity od nejrůznějších institucí.

4. Účast bývalých profesorů právnické fakulty na přípravných pracích

V dubnu 1968 obdrželo vedení UJEP výzvu od Generálního ředitelství národního podniku Průmyslové stavitelství Brno, aby k přípravným pracím urychleně přizvalo jeho zaměstnance prof. Vladimíra Kubeše, který by se jako vynikající právní teoretik i praktik a člověk s velkými organizačními schopnostmi stal oporou nově budované fakulty.¹⁸ Požadavek na přizvání Kubeše a ostatních profesorů k přípravným pracím vyslovilo též předsednictvo brněnského Klubu 231 (K 231), který sdružoval politické vězně perzekvované v padesátých letech.¹⁹ S prakticky totožným požadavkem a se žádostí o podporu při znovuobnovení právnické fakulty v Brně se na prorektora Univerzity Karlovy obrátilo sedmnáct studentů pražské právnické fakulty bydlících v Brně a okolí, kteří zároveň vyjádřili svůj zájem na dostudování práv ve svém bydlišti již od počátku zimního semestru 1968.²⁰

Dne 29. dubna 1968 se v Brně sešli někteří členové profesorského sboru bývalé právnické fakulty a rozhodli se prostřednictvím memoranda obrátit na nejvyšší státní představitel s žádostí o podporu ve věci znovuotevření právnické fakulty. V této souvislosti stanovili tři požadavky:

1. Otevřít právnickou fakultu již počátkem školního roku 1968/1969, přičemž poukázali na poválečné období, kdy se podařilo obnovit výuku během tří týdnů, a to i za situace, kdy řada profesorů v období protektorátu zahynula. K dispozici znovuobnovené fakultě byl původní profesorský sbor ve složení
 - František Čáda, řádný profesor dějin práva ve střední Evropě a dějin práva na území republiky Československé (pro katedru dějin státu a práva),

¹⁶ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis kvestora UJEP Miroslava Vahaly adresovaný náměstkovi předsedy MěstNV Františku Chabičovskému čj. 2399/68 z 26. dubna 1968.

¹⁷ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Dopis prorektora UJEP Bohumila Kučery adresovaný rektorovi UJEP Theodoru Martincovi a prorektorovi UJEP Josefu Trtílkovi z 30. dubna 1968.

¹⁸ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Dopis Generálního ředitelství Průmyslového stavitelství Brno adresovaný rektorátu UJEP z 18. dubna 1968.

¹⁹ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis tajemníka Klubu K 231 v Brně Andělína Šulíka adresovaný rektorovi UJEP čj. 17/68-aš z 9. dubna 1968.

²⁰ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Dopis studentů prvního, druhého a třetího ročníku dálkového studia právnické fakulty UK adresovaný prorektorovi UK Eduardu Goldstückerovi ze 17. dubna 1968.

- Vladimír Vybral, řádný profesor národního hospodářství, finanční vědy a finančního práva (pro katedru hospodářského práva),
 - Vladimír Kubeš, řádný profesor práva občanského a právní filosofie (pro katedru občanského práva a pro katedru obecné teorie státu a práva),
 - Jaroslav Pošváv, řádný profesor nauky správní a československého práva správního (pro katedru správního práva),
 - Václav Chytil, řádný profesor národního hospodářství (pro katedru hospodářského práva),
 - Bohumil Kučera, řádný profesor práva mezinárodního (pro katedru mezinárodního práva a politiky),
 - Hynek Bulín, řádný profesor československého civilního řízení soudního (pro katedru občanského práva),
 - Jiří Cvetler, řádný profesor římského práva (pro katedru dějin státu a práva);
 - František Kop, řádný profesor práva církevního (pro katedru dějin státu a práva);
 - František Bauer, v lednu 1948 navržený na profesora práva obchodního a směnečného (pro katedru hospodářského práva).
2. Potvrdit výše uvedené profesory v jejich profesorských funkcích a neprodleně je společně se zmocněncem rektora pověřit všemi přípravnými pracemi na znovuootevření právnické fakulty.
 3. Po potvrzení jmenovaných profesorů v jejich funkcích ostatní učitelská místa postupně obsazovat na základě konkurzu.²¹

Toto však bylo v rozporu s výsledky dosavadních jednání vedení univerzity s ministerstvem školství, na kterých bylo dojednáno, že veškerá místa budou obsazena konkurzem. Členové bývalého profesorského sboru se také obrátili přímo na ministra školství s žádostí, aby zaujal kladné stanovisko k požadavku na obnovení právnické fakulty brněnské univerzity. V pětistránkovém odůvodnění pak uváděli podobné argumenty, jaké využilo vedení univerzity ve výše uvedeném oficiálním návrhu na obnovení právnické fakulty. Ministra školství následně vyzvali, aby na osobní schůzce přijal zástupce bývalého profesorského sboru, kteří by mu mohli podat vysvětlení k některým důležitým otázkám.²²

S velice aktivní činností rektorátu UJEP nebyli bývalí profesori zřejmě úplně obeznámeni, o čemž svědčí i vyjádření Vladimíra Kubeše v rozhovoru pro *Literární listy*.²³ Univerzita sice veřejnost informovala o záměru obnovit právnickou fakultu v Brně, avšak již ne o konkrétních krocích, které od února 1968 aktivně podnikala, což mohlo vést k mylným názorům, že vedení univerzity nepřistoupilo k této otázce se zvýšeným zájmem a s patřičnou dávkou energie.²⁴

²¹ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Druhé memorandum profesorského sboru právnické fakulty brněnské univerzity z 30. dubna 1968.

²² A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Dopis bývalého profesorského sboru právnické fakulty adresovaný ministru školství ze dne 29. dubna 1968.

²³ Odpovídá profesor Kubeš. *Literární listy*. 1968, roč. 1, č. 12, s. 2.

²⁴ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP Theodora Martince adresovaný Vladimíru Kubešovi čj. 2601/68 z 12. května 1968.

5. Boj o umístění obnovené právnické fakulty v Brně

O problematice znovuoobnovení právnické fakulty hovořil počátkem května 1968 s ministrem školství i předseda ústavněprávního výboru Národního shromáždění akademik Viktor Knapp, kterému ministr sdělil, že se „o zřízení brněnské fakulty sice vážně uvažuje, ale dosud o něm rozhodnuto nebylo“. Dne 14. května 1968 se tato problematika dostala i na program schůze ústavněprávního výboru Národního shromáždění, který doporučil ministrovi školství zřízení třetí právnické fakulty, avšak k místu, kde by měla být vybudována, se ústavněprávní výbor nevyslovil, neboť mu to podle názoru poslanců nepříslušelo. Ústavněprávní (podobně jako kulturní výbor) Národního shromáždění však učinil na ministra dotaz, kdy a kde hodlá třetí právnickou fakultu zřídit.²⁵

Brno mělo sice největší šanci, že v něm bude třetí právnická fakulta v Československu umístěna, avšak definitivní rozhodnutí stále nepadlo. Pracovní skupina Ministerstva školství připravila v druhé polovině května 1968 pro ministra následující čtyři varianty rozboru finančních nákladů: rozšíření dosavadních právnických fakult v Praze a v Bratislavě, znovuzřízení právnické fakulty v Brně, zřízení právnické fakulty v Olomouci či zřízení právnické fakulty v Opavě.

Do hry se tedy dostaly další dvě varianty, které znepokojily jak představitele brněnské univerzity, tak i vedoucího tajemníka Vysokoškolského výboru KSČ Jiřího Klestila, který se obrátil s žádostí o podporu v této záležitosti na vedoucího tajemníka jihomoravského Krajského výboru KSČ Josefa Špačka.²⁶ Nešlo tedy již o restituci právnické fakulty v Brně a o napravení křivdy, nýbrž o rozhodování mezi více uchazeči. Ministerstvo školství považovalo argumentaci ucházejících se měst za závažnou a bez prozkoumání a všestranného posouzení věci odmítlo v tomto stadiu rozhodnout mocensky. Všechna fakta a materiální nabídky jednotlivých měst byly zpracovány do souhrnné zprávy, která byla předmětem jednání předsednictva Státního výboru pro vysoké školy, tedy poradního orgánu ministra. Předsednictvo Státního výboru doporučilo zřízení právnické fakulty v Brně.²⁷ V zájmu zachování maximální objektivnosti se ministr školství rozhodl ustavit další komisi, ve které zasedali zástupci obou právnických fakult, členové oborové komise a také zástupci měst, která se ucházela o umístění fakulty.²⁸ V ní zasedal již i Vladimír Kubeš. Jejím úkolem bylo posoudit umístění nové právnické fakulty, její kádrové vybavení a možnosti zahájení výuky, jakož i připravit ministrovi podklady pro rozhodnutí.

Dne 19. června 1968 nechal ministr školství Vladimír Kadlec svolat poradou této komise, avšak ta na tomto zasedání nedospěla k jednotnému stanovisku a po výměně argumentů každá ze zainteresovaných stran setrvala na svém původním požadavku. Bylo dohodnuto, že Brno, Olomouc a Opava dodají ministerstvu podle svého uvážení další závazné podklady zejména materiálního charakteru. Zástupci pražské a bratislavské právnické fakulty se vyslovili pro zřízení právnické fakulty v Brně s podmínkou, že univerzita zajistí ještě další prostory pro výuku, aby byl zaručen nerušený rozvoj nově zřízené fakulty. Totéž se týkalo i zajištění bytů pro učitele, kteří by byli ochotni přejít do Brna ze stávajících fakult.

²⁵ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Dopis Vladimíra Kubeše adresovaný rektorovi UJEP ze 17. května 1968.

²⁶ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Dopis vedoucího tajemníka Vysokoškolského výboru KSČ v Brně Jiřího Klestila adresovaný vedoucímu tajemníkovi jihomoravského KV KSČ Josefu Špačkovi z 21. května 1968.

²⁷ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis vedoucího oddělení univerzit Ministerstva školství Josefa Vávry adresovaný sekretariátu předsedy Národního shromáždění čj. 19.955/68-III/2 z 19. července 1968.

²⁸ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis kvestora UJEP Miroslava Vahaly adresovaný náměstkovi předsedy MěstNV Františku Chabičovskému čj. 3082/68 z 24. června 1968.

Ministerstvo však stále s rozhodnutím otálelo, protože ještě řešilo problém ubytování a stravování studentů v Brně, neboť i bez právnické fakulty byla situace na brněnských vysokých školách v této oblasti kritická. Nyní již bylo jasné, že návrh na zřízení třetí právnické fakulty ministerstvo nepředloží vládě dříve než na podzim 1968 a že výuka bude moci začít nejdříve až od následujícího školního roku 1969/1970.²⁹

Poslední překážku pro znovuzřízení právnické fakulty v Brně odstranilo vedení UJEP 7. srpna 1968 na schůzce se zástupci Vojenské akademie Antonína Zápotockého a Ubytovací službou vojenské správy, na které dojednalo navrácení bývalých Sušilových kolejí. Jejich kapacita činila 250 lůžek a byla v nich umístěna také menza. Rektor opět vyzval ministra školství, aby urychlil své rozhodnutí, neboť bylo nutno co nejdříve začít s organizačními přípravami a s pracemi na generální opravě přidělených budov.³⁰

Když v září 1968 začalo Ministerstvo školství zpracovávat příslušný návrh pro vládu republiky, vedení brněnské univerzity se konečně dočkalo. Pro Brno se Ministerstvo školství vyslovalo z důvodu, že při zhruba stejných základních materiálních podmínkách, tj. učebních prostorech a možnostech ubytování učitelů a studentů v Brně, Olomouci a Opavě, jsou v Brně nejlepší pedagogické a vědecké předpoklady, aby „*mohla být nová právnická fakultě od počátku vysokoškolským učilištěm na žádoucí úrovni*“.³¹

6. Činnost přípravné komise

Ministr školství pověřil rektora Theodora Martince, aby začal s přípravami k otevření právnické fakulty pro stránce obsahové, kádrové a prostorové tak, aby první ročník mohl být otevřen k 1. říjnu 1969. Zároveň ho požádal, aby vytvořil komisi, která by byla odpovědná za tyto přípravné práce. Podle pokynu ministra v ní měli zasedat zástupci obou právnických fakult, zástupci UJEP či případně zástupci orgánů státní správy. Vladimír Kubeš ani ostatní bývalí profesori zmíněni však nebyli. Rektor UJEP byl povinen ministra jedenkrát měsíčně informovat o průběhu přípravných prací.³²

Za členství Vladimíra Kubeše v přípravné komisi intervenoval u rektora UJEP ministr spravedlnosti za Československou stranu socialistickou Bohuslav Kučera, jejímž členem Kubeš také byl.³³ Rektor však vzhledem k předchozímu pokynu ministra Kubeše do této komise nejmenoval. Sám Kubeš ve svých pamětech vyslovil přesvědčení, že právě ministr spravedlnosti Bohuslav Kučera měl hlavní, ne-li výlučnou zásluhu na obnovení brněnské právnické fakulty.³⁴ Dochovaný archivní materiál však tuto domněnku nepotvrzuje.

Na konci října 1968 se na rektora UJEP obrátil Jiří Cvetler jménem bývalých profesorů právnické fakulty s požadavkem, aby při sestavování komise nevycházel jen z výkladu pokynu ministra školství, nýbrž i z věcných důvodů a jmenoval do ní jejich zástupce. Rektor však tomuto požadavku nevyhověl.³⁵

²⁹ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis vedoucího oddělení univerzit Ministerstva školství Josefa Vávry adresovaný sekretariátu předsedy Národního shromáždění čj. 19.955/68-III/2 z 19. července 1968.

³⁰ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP Theodora Martince adresovaný ministru školství čj. 4386/68 z 8. srpna 1968.

³¹ NA, fond MŠ ČSR, 514, kart. 510 – Důvodová zpráva k návrhu vládního nařízení o některých změnách v organizaci vysokých škol (prosinec 1968).

³² A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis ministra školství Vladimíra Kadlece adresovaný rektorovi UJEP čj. 28508/68-III-2 z 27. září 1968.

³³ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis ministra spravedlnosti Bohuslava Kučery adresovaný rektorovi UJEP čj. 3086/68 z 22. října 1968.

³⁴ KUBEŠ, V. ... a chtěl bych to všechno znovu. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1994, s. 128.

Přípravná komise se sešla poprvé na zasedání v Brně dne 5. listopadu 1968 a zahájila práce na obsahu výuky a personálním zajištění pro první ročník. Záležitosti související s prostorovým umístěním a materiálním zajištěním obstarával aparát rektorátu UJEP pod vedením kvestora Miroslava Vahaly.³⁶

Na dalším zasedání přípravné komise byl vznesen návrh, aby se jejími členy stal některý z jejich bývalých učitelů, což mělo zajistit tradici a kontinuitu s bývalou fakultou. Bývalí profesori však prozatím do práce komise pozváni nebyli. Komise dala vedení univerzity podnět k zahájení převozu knihovních fondů zrušené právnické fakulty, které byly jako celek uchovávány na zámku v Brtnici u Jihlavy. Zejména bylo nutné co nejdříve přijmout knihovníka, který by na přestěhování dohlédl, knihovnu následně doplnil a uvedl ji do pořádku. Stále nebylo rozhodnuto, kolik ročníků studia bude od 1. října 1969 otevřeno.³⁷

Na podzim 1968 se objevil názor, že zrušením právnické fakulty v roce 1950 došlo současně i k zániku profesur členů jejího profesorského sboru. Vyřešení této otázky bylo zásadní pro další osudy bývalých učitelů právnické fakulty a jejich zapojení do činnosti obnovené fakulty.³⁸ Aktivní v tomto směru byli sami profesori, kteří zaslali ministru školství i vedení univerzity pamětní list, ve kterém se pokusili zdůvodnit nesprávnost názoru, že zrušením určité fakulty univerzity zanikají profesury členů jejího sboru, dále nesprávnost pojetí, že profesori bývalé brněnské právnické fakulty se mohou stát profesory obnovené právnické fakulty jen na základě konkurzu a konečně chtěli upozornit na naléhavost urychlené rehabilitace postižených členů učitelského sboru této fakulty. Odvolávali se přitom na „*právní cítění lidu a zvláště právnické veřejnosti, které by jiným postupem bylo hluboce dotčeno*“.³⁹

Ministerstvo školství dospělo po prozkoumání jednotlivých případů k závěru, že s výjimkou profesorů Kubeše a Chytila se u ostatních profesorů nemůže jednat o rehabilitaci, neboť jejich odchod z právnické fakulty proběhl v mezích zákonných ustanovení. O místa se tedy museli ucházet ve veřejném konkurzu jako ostatní uchazeči. Z tohoto pojetí pak vycházela i přípravná komise, která rozhodla, že všechna učitelská místa budou obsazována veřejnými konkurzy.

Komise dále vypracovala návrh studijního plánu pro první ročník a navrhla zřízení devíti kateder včetně jejich předpokládaného personálního obsazení.

V listopadu 1968 přípravná komise také uvažovala o vhodné osobě, která by se mohla stát budoucím děkanem právnické fakulty. Jako kandidáty doporučila rektorovi následující osoby: doc. Bohumila Kučeru, prorektora UJEP a předsedu přípravné komise, doc. Eduarda Kučeru, učitele pražské právnické fakulty, který se však byl ochoten účastnit konkurzu jen v případě, že mu bude poskytnut byt a obstaráno zaměstnání pro jeho manželku, která byla zaměstnána na ÚV KSČ, a doc. Josefa Eliáše, zaměstnance ČSAV.

³⁵ NA, fond MŠ ČSR, 514, kart. 170 – Opis dopisu prorektora UJEP Bohumila Kučery adresovaný Jiřímu Cvetlerovi z 6. listopadu 1968.

³⁶ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis rektora UJEP Theodora Martince adresovaný ministru školství čj. 6707/68 z 25. října 1968.

³⁷ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Protokol porady komise pro přípravu právnické fakulty při UJEP v Brně ze dne 8. listopadu 1968.

³⁸ V rozhovoru pro časopis *Universitas* se k tomu vyjádřil Vladimír Kubeš následovně: „Rehabilitujeme-li instituci, musíme rehabilitovat i členy učitelského sboru, a to důsledně podle stavu z ledna 1948. [...] Se jménem brněnské právnické fakulty a členů jejího původního (nedeformovaného) učitelského sboru se ve vědomí naší společnosti spojuje něco, čemu se vždy říkalo právo, spravedlnost a právní jistota. Proto nepokračujeme v dalším hazardování s tím málem, co nám zbylo.“ – KUBEŠ, V. *Universitas*. 1968, roč. 1, č. 3, s. 46.

³⁹ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Pamětní list profesorského sboru bývalé právnické fakulty brněnské z 28. října 1968.

Hovořilo se ještě o prof. Bedřichu Rattingerovi jako o čtvrtém kandidátovi na děkana, kterého však zástupci pražské právnické fakulty v komisi na tuto funkci nedoporučili.

Konkurz na celkem 22 učitelských míst na zatím pěti katedrách podílejících se na výuce prvního ročníku byl vypsan v lednu 1969 a příslušný inzerát publikovalo Rudé právo.⁴⁰ Vedení univerzity nechalo do 85 středních škol, ležících v Jihomoravském a Severomoravském kraji a v okolních okresech, rozestat informace o možném studiu na právnické fakultě. Zpráva o konkurzu byla otištěna v celostátním, krajském a okresním tisku.⁴¹

Když došlo počátkem roku 1969 ke změně na pozici ministra školství a Vladimíra Kadlece vystřídal Vilibald Bezdíček, obrátila se na něj skupina bývalých absolventů brněnské právnické fakulty a tlumočila mu „*velké rozladění v brněnské i moravské odborné právnické veřejnosti a zejména rozhořčení v kruzích bývalých žáků profesorů původní právnické fakulty brněnské univerzity*“, kteří nebyli zastoupeni v přípravné komisi. Bývalí absolventi následně ministra školství vyzvali, aby zjednal nápravu.⁴² Požadavek absolventů přednesla zástupkyně Ministerstva školství na zasedání přípravné komise, která se konala 23. ledna 1969. Návrh komise akceptovala a rektorovi UJEP doporučila jmenovat dodatečně za svého člena prof. Vladimíra Vybrala, bývalého učitele právnické fakulty a toho času také poslance České národní rady.⁴³ Nový ministr školství však nebyl s činností přípravné komise spokojen a uvažoval o tom, že by doporučil rektorovi UJEP, aby ji rozpustil a jmenoval novou. Ministr vytýkal komisi určitou jednostrannost, když spatřovala svůj úkol jen v řešení personálních otázek, protože bylo důležité, aby komise po všech stránkách zabezpečovala blížící se přípravu zahájení výuky. K vyjasnění situace kolem přípravné komise došlo počátkem února 1969 při jednání rektora UJEP Theodora Martince a prorektora UJEP Bohumila Kučery s ministrem školství.⁴⁴

Zásadní průlom nastal 28. února 1969, kdy byl Vladimír Kubeš dekretem ministra školství pověřen vedením všech přípravných prací souvisejících se znovuzřízením právnické fakulty, tedy byl jmenován předsedou reformované přípravné komise. Do té určil z převážné části bývalé profesory právnické fakulty.⁴⁵

Kubešovi bylo uloženo, aby rektorovi UJEP urychleně předložil podrobný rozpis všech potřebných prací a příslušných opatření, zejména pak složení konkurzních komisí a jádro budoucího profesorského sboru. Do doby, než bude jmenován děkan, měl Kubeš představit konkurzním komisím a činit všechny kroky, aby právnická fakulta mohla zahájit svou činnost na spolehlivých a vysoce odborných základech.⁴⁶

Komise na zasedání 21. března 1969 potvrdila záměr zahájit výuku v prvním ročníku denního studia a v prvních čtyřech ročnících studia při zaměstnání již počátkem zimního semestru 1969/1970 bez zvýšených osobních a věcných nákladů. Přípravná komise také vyzvala ministra školství, aby po znovuzřízení právnické fakulty jmenoval jejího děkana

⁴⁰ Rudé právo. 1969, roč. 49, č. 13, s. 4 (16. leden 1969).

⁴¹ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Zpráva o stavu zřízení právnické fakulty brněnské univerzity ze 17. února 1969.

⁴² NA, fond MŠ ČSR, 514, kart. 510 – Dopis bývalých absolventů brněnské právnické fakulty adresovaný ministrovi školství z 27. ledna 1969.

⁴³ NA, fond MŠ ČSR, 514, kart. 170 – Záznam do spisu týkající se požadavku o doplnění přípravné komise pro zřízení právnické fakulty v Brně o profesory bývalého učitelského sboru čj. 40/1969-SM-III/2 (31. leden 1969).

⁴⁴ NA, fond MŠ ČSR, 514, kart. 170 – Záznam do spisu týkající se požadavku o doplnění přípravné komise pro zřízení právnické fakulty v Brně o profesory bývalého učitelského sboru čj. 40/1969-SM-III/2 (12. únor 1969).

⁴⁵ KUBEŠ, V. ... a chtěl bych to všechno znovu, s. 133.

⁴⁶ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis předsedy komise pro znovuzřízení právnické fakulty v Brně Vladimíra Kubeše adresovaný ministru školství z 21. března 1969.

a tři proděkany a „přitom přihlížel ke členům komise a jejímu předsedovi“.⁴⁷ Jak uvádí samotný Vladimír Kubeš, ačkoliv se očekávalo, že se novým děkanem stane právě on, po nátlaku Lubomíra Štrougala na ministra školství Vilibalda Bezdíčka⁴⁸ byl prvním děkanem znovuobnovené brněnské právnické fakulty na konci dubna 1969 jmenován docent pražské právnické fakulty a poslanec České národní rady, tehdy čtyřicetiletý Vladimír Klokočka. Za Klokočkou stál také Bohumil Kučera, který jeho rychlé jmenování prosazoval u prof. Oldřicha Průši na ÚV KSČ s cílem, aby mohla urychleně skončit činnost přípravné komise, která byla dosazena ministrem Bezdíčkem a složená převážně z nekomunistů pod vedením Vladimíra Kubeše.⁴⁹

7. Jmenování akademických funkcionářů a personální obsazení

Snahy o znovuzřízení brněnské právnické fakulty se naplnily 15. dubna 1969, kdy vláda ČSR schválila vládní nařízení č. 35/1969 Sb., o zřízení právnické fakulty na Univerzitě J. E. Purkyně v Brně. Počátkem června 1969 jmenoval ministr školství Vladimír Kubeš proděkanem pro vědeckou činnost a Bohumila Kučeru proděkanem pro pedagogickou činnost. Dne 7. května 1969 jmenoval děkan právnické fakulty členy vědecké rady, kterými se stali Hynek Bulín, Vladimír Kubeš, Jaroslav Pošvávř, Jiří Cvetler, František Loula, Miloslav Máša a Lubomír Kubů. Později byli jmenováni ještě František Bauer a Boleslav Pospíšil. Jak je z uvedeného výčtu zřejmé, jednalo se pouze o členy z akademické sféry. Nově ustavená vědecká rada se tak stala kolektivním orgánem, který v následujících měsících rozhodoval o zásadních věcech směřování právnické fakulty. Na prvních jednáních se zabývala především jmenovacími řízeními. Od 19. května 1969 začalo pravidelně zasedat také kolegium děkana. Místo tajemníka fakulty obsadil v konkurzu JUDr. Vojslav Buša.

Dne 4. června 1969 se konala porada vedení brněnské a pražské právnické fakulty, předmětem jejíhož jednání byla koordinace činnosti obou fakult a vzájemná spolupráce. Pražská právnická fakulta se zavázala k výpomoci ve výuce, spolupráci na reformě právnického studia a při zajištění učebních pomůcek.⁵⁰

Základním dokumentem pro vědeckou, pedagogickou, ideovou a organizační práci fakulty se stal spis *Koncepce právnické fakulty Univerzity J. E. Purkyně v Brně*, který vypracoval Vladimír Klokočka.⁵¹ Ten během června 1969 projednala a schválila politickosprávní komise byra ÚV KSČ pro řízení stranické práce v českých zemích. Z této koncepce pak vyšel plán výuky pro první a druhý ročník studia a plán obsazování vědecko-pedagogických míst a počtu pracovníků.

Na základě doporučení vědecké rady UJEP vznikly na právnické fakultě v polovině srpna 1969 následující čtyři katedry a současně byli jmenováni jejich vedoucí: katedra obecné teorie státu a práva a právní filosofie (vedoucí V. Kubeš), katedra dějin státu a práva (vedoucí J. Cvetler), katedra správní vědy a správního práva (vedoucí J. Pošvávř) a katedra teorie ústavy a ústavního práva (vedoucí V. Klokočka).⁵²

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ KUBEŠ, V. ... a chtěl bych to všechno znovu, s. 133.

⁴⁹ A MU, fond A 5 Právnická fakulta II, A II, kart. 3 – Přípis děkana právnické fakulty UJEP Bohumila Kučery adresovaný Ministerstvu školství z 23. listopadu 1970.

⁵⁰ A MU, fond A 5 Právnická fakulta II, A III, kart. 1 – Zápis z 5. zasedání vědecké rady právnické fakulty UJEP z 10. června 1969.

⁵¹ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Koncepce právnické fakulty Univerzity J. E. Purkyně v Brně.

⁵² A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Přípis prorektora UJEP Josefa Trtílka adresovaný děkanovi právnické fakulty čj. 2163/69 A I/3 A-10 ze 14. srpna 1969.

8. Přijímací řízení do prvního ročníku

Již před znovuoobnovením fakulty byl o studium práv zájem několikanásobně převyšující její kapacitní možnosti. Přijímací zkoušky do prvního ročníku se pro denní studium i pro studium při zaměstnání konaly ve dnech 16. a 30. června 1969.⁵³ Směrná čísla přijímaných posluchačů pro školní rok 1969/1970 stanovilo Ministerstvo školství na 200 pro denní studium a na 75–100 pro studium při zaměstnání. Jako systém přijímací zkoušky byl zvolen systém testový, při němž posluchač v daném časovém rozmezí řešil řadu vědomostních a psychologických otázek. Výsledek přijímací zkoušky byl pak korigován prospěchem ze střední školy. Tento systém, jakož i jednotlivá zadání byly převzaty z pražské právnické fakulty. Přijímací zkoušky se přitom konaly ve stejný den jako v Praze, aby se zamezilo rozšíření zadání. Nešvarem, který se před i po konání přijímacích zkoušek objevil, byly intervence všeho druhu. Jak uvedl Vladimír Klokočka ve své zprávě o přijímacím řízení, „není snad veřejné instituce, ať úřadů či národních podniků, které by neintervenovaly. Největší počet intervencí měli právě ti, kteří jim měli zabránit, tj. členové přijímací komise.“⁵⁴ Tyto intervence pak výrazným způsobem narušily výsledky přijímacího řízení, kdy došlo k různým pokusům vsunout neúspěšné posluchače mezi přijaté či mezi ty, kteří teprve budou dělat přijímací zkoušku.

9. Slavnostní zahájení výuky

Slavnostní zahájení výuky se uskutečnilo v pondělí 13. října 1969 v 11 hodin v budově Janáčkova divadla. Právnická fakulta nechala na tuto slavnost natisknout pozvánky, které rozeslala významným osobnostem veřejného života. Slavnostní zahájení výuky se konalo za přítomnosti např. nového ministra školství prof. Jaromíra Hrbka, místopředsedy vlády ČSSR prof. Karola Laca či vedoucího oddělení byra ÚV KSČ Antonína Vaňka a dalších stranických představitelů. Slavnostního zahájení výuky se zúčastnili i zástupci právnických fakult ze zahraničí, a to prof. Herbert Hausmaninger z Vídeňské univerzity a prof. Jan Kosík z právnické fakulty v polské Vratislavi. Delegaci právnické fakulty Univerzity Karlovy vedl prorektor Pavel Levit a děkan Otakar Plundr.

Po uvítání přítomných hostů přečetl proděkan fakulty Vladimír Kubeš pozdravné telegramy prvního tajemníka ÚV KSČ Gustáva Husáka a prezidenta republiky Ludvíka Svobody, kteří v nich právnické fakultě popřáli rozkvět. Ministr školství se ve svém projevu zmínil o významu právních věd pro rozvoj socialistické společnosti a varoval studenty, aby se nechali zneužít k nepřátelským akcím proti socialismu. Ministr školství vyslovil v závěru svého projevu přání, aby „její učitelé, zaměstnanci i studenti přispěli k úspěchu historického díla – budování socialismu v naší vlasti“. Následně vystoupili zahraniční hosté a akademičtí funkcionáři univerzit se svými zdravicemi, ve kterých nabízeli znovuoobnovené fakultě pomocnou ruku. O koncepci brněnské právnické fakulty promluvil její děkan Vladimír Klokočka, který zdůraznil, že fakulta bude trochu experimentovat, když se chystá přezkoumat tradiční dělení právních oborů. Slavnostní zahájení výuky v Janáčkově divadle zakončil svým projevem proděkan Bohumil Kučera a vokální sbor, který zazpíval akademickou hymnu.⁵⁵

⁵³ A MU, fond A 5 Právnická fakulta II, A II, kart. 1 – Komplexní rozbor činnosti právnické fakulty za rok 1969.

⁵⁴ A MU, fond A 1 Rektorát nová manipulace, A II, kart. 7 – Zpráva děkana Vladimíra Klokočky o přijímacím řízení pro školní rok 1969/1970 na právnické fakultě UJEP v Brně, s. 3–4.

⁵⁵ [Autor neuveden] Právnická fakulta zahájila. *Rovnost*. 1969, roč. 84, č. 242, s. 1 (14. říjen 1969).

Přípravná komise pro znovuzřízení právnické fakulty vypracovala následně návrhy na poděkování všem, kteří se podíleli na organizaci slavnostního zahájení výuky, což byl její poslední úkol před jejím rozpuštěním.⁵⁶

Závěrem

První léta po svém obnovení nebyla pro právnickou fakultu jednoduchá. Musela se vypořádávat s počátečními problémy spočívajícími v obsazení pedagogického sboru, ale i s počátky normalizace, která personální situaci značně zkomplikovala. Ačkoliv se malé části učitelů původního pedagogického sboru podařilo alespoň na pár měsíců znovu vkročit do poslucháren, a dokonce zastávat vedoucí funkce – Vladimír Kubeš (proděkan a vedoucí katedry), Jaroslav Pošvář (vedoucí katedry) a Jiří Cvetler (vedoucí katedry), začínající normalizace velice rychle ukončila tuto částečnou personální kontinuitu s bývalou právnickou fakultou. Jen Hynek Bulín mohl ještě na fakultě několik let uplatnit své pedagogické zkušenosti, ale pouze v roli externisty. Fakultu musel brzy opustit i její první děkan Vladimír Klokočka.

Další vývoj personálního složení pedagogického sboru byl tedy závislý na několika málo osobách, které přešly z jiného pedagogického pracoviště či přímo z právní praxe, avšak často zcela bez pedagogických zkušeností. Přesto, za pomoci externistů z pražské a bratislavské právnické fakulty, fakulta začala brzy dosahovat dobrých pedagogických výsledků a začala se rozvíjet i vědecky.

⁵⁶ A MU, fond A 5 Právnická fakulta II, A III, kart. 5 – Zápis z 8. schůze kolegia děkana právnické fakulty z 15. října 1969.

Hrozí smrt soukromého práva?

Jan Hurdík* – Markéta Selucká**

Abstrakt: Jádrem úvahy v tomto článku jsou především systémové otázky soukromého práva a jeho schopnost čelit zásahům do jeho koherence. Autoři věnují pozornost významným rizikovým faktorům historické, doktrinární povahy i faktorům vyplývajícím ze současného praktického vývoje (soukromým) právem regulované reality i odpovídajícího vývoje samotného práva. Řešení vidí v návratu ke specifikaci kritéria vyjadřujícího podstatu a funkční potenciál základních typových přístupů k právní regulaci.

Klíčová slova: systém práva, dichotomie soukromé/veřejné právo, metoda právní regulace, horizontální působení základních práv, konstitucionalizace soukromého práva

Motto:

Ulpianus libro primo institutionum: – „[...] publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quedam publice utilia, quedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.“

(D., I. 1. 1. 2.)

Úvodem

„Evropou obchází strašidlo publicizace soukromého práva“ – takto by bylo možno shrnout signály, které se objevují v posledních desetiletích v různých souvislostech mezi právníky a naznačují, že v tradiční dichotomii veřejné/soukromé právo dochází k překonávání jejich standardní distinkce, jehož důsledky hrozí dopadnout především na – před staletími vybudovanou – autonomii soukromého práva.

Tento příspěvek se zabývá některými riziky, kterým je vystaven systém soukromého a veřejného práva, jak vyplývajícími z nových jevů právních, kterými je zejména evropské unijní právo, tak potřebou práva reagovat na jevy vyplývající ze změn společenské reality, a posuzuje, zda se s nimi tradiční systém soukromého a veřejného práva má možnost koncepčně vypořádat.

1. Kořeny soukromého práva, jeho utváření a vymezení

Motto v úvodu naznačuje historickou determinovanost soukromého práva jako systémové části právních řádů. Ačkoli je obecně přijímáno východisko práva spojující lidskou společnost imanentně s existencí práva,¹ soukromé právo se stává od svého zrodu v římském právu výrazem distinkce pozice jednotlivce od organizace veřejné moci a současně výrazem tvorby obecného institucionálního řešení této separace (k individuálnímu statusu jednotlivce se připojuje soukromé právo jako jeho majetková součást).²

* Prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc., katedra občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: jhurdik@law.muni.cz.

** Doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D., děkanka Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: marketa.selucka@law.muni.cz. Tento příspěvek byl zpracován s podporou a jako jeden z výstupů projektu č. APVV-14-0061 Rozšiřovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva.

¹ „Ubi societas ubi ius.“

² K pramenům těchto závěrů srov. mj.: OSUCHOWSKI, V. (ed.). *Fontes Iuris Romani Antiqui Privati*. Kraków: Wydawnictwa Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1947, s. 15 an.

Paradoxem římského soukromého práva je jeho utváření od partikulárních řešení k systému, který navíc nebyl důsledně a s historickým přesahem do budoucnosti vybudován v klasickém období, nýbrž až po kulminaci Římské říše jako antického státního útvaru a i v dalších vývojových obdobích se neustále vyvíjel. To je ostatně obecným rysem práva jako celku a umožňovalo v minulosti a umožňuje i v současnosti působit na vývoj stávajícího systému práva.

Nehledíc na období právního středověkého partikularismu, v němž byla hranice mezi veřejným a soukromým právem vedena nikoli podle tradičního Ulpianova kritéria, nýbrž podle povahy pramenů práva,³ pokračovatelé učení římského práva, od Ulpiana po Savignyho, nikdy distinkci mezi soukromým a veřejným právem nezpochybnili.⁴

Koneckonců se členění systému práva na právo soukromé a veřejné, nehledíc na dílčí modifikace,⁵ na některé doktríny popírající dualismus soukromé/veřejné právo a dílčí historická období prosazující toto popírání v praxi,⁶ všeobecně prosadilo do současnosti jako relativně pevná součást evropského právního myšlení a právní praxe.

Historicky spíše komplikujícím než synergicky působícím faktorem při konstituování dichotomie soukromého/veřejného práva byl soubor pramenů, na nichž se budovalo veřejné, respektive soukromé právo, jak se formoval v kontinentálním systému práva období modernity.⁷ Zatímco soukromé právo bylo, zcela zřetelně pak v moderní době, budováno v kontinentálním systému na kodexech soukromého práva, základem veřejného práva se staly prameny, tvořící dnes základ práva ústavního.⁸ Zatímco ovšem historicky byla spíše respektována, alespoň deklaratorně, distinkce mezi oběma skupinami pramenů, poslední desítiletí, zejména v oblasti justiční praxe EU, tyto difference stírá. Dopady této podoby horizontalizace jsou patrné i v národních právních řádech.⁹

Je svým způsobem paradoxní, že to byla právě základní (v tehdejší době především občanská) práva, která se v období modernity prezentovala jako jeden z rozhodujících důvodů pro odlišení soukromého a veřejného práva, neboť byla nástrojem vymezení pozice jednotlivce (občana) vůči veřejné moci.¹⁰ Svou současnou expanzí překračují hranice veřejného a soukromého práva a prosazují působení základních práv v soukromoprávních vztazích. Tím zpochybňují jedno z kritérií odůvodňujících dichotomii soukromé/veřejné právo a vytvářejí rizikovou situaci pro další existenci tohoto systému.

³ Za prameny práva veřejného byly považovány výsledky právotvorby panovníka, za prameny soukromého práva především prameny obyčejového práva a jejich sbírky. MALAURIE, Ph. – AYNES, L. *Cours de droit civil. Introduction à l'étude du droit par Ph. Malaurie*. Paris: Édition Cujas, 1991, s. 41–43.

⁴ Srov. WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2016, s. 134, včetně pozn. č. 12.

⁵ Srov. tzv. *Driftwirkung Doktrine* v praxi německého *Bundesverfassungsgericht* ve 2. pol. 20. stol. případně prosazování tzv. sociálního práva vedle práva soukromého a veřejného některými německými autory. Bliže např. BREHM, W. *Allgemeiner Teil des BGB*. 2. Auflage, 1994, s. 37. S. Walkila hovoří nejnověji o třetí systémové oblasti, quasi-veřejno-soukromé povaze práva. WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 200.

⁶ Bliže v části 3. tohoto příspěvku.

⁷ Systém angloamerického práva, ačkoli měl podobný vývoj a zdroje, byl ovlivněn odlišným společenským vývojem a formoval se do odlišné podoby, která nerozlišovala zcela striktně soukromé a veřejné právo. Srov. CARUSO, D. *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*. 3 *European Law Journal*. 1997, No. 1, s. 3–32, pozn. č. 4.

⁸ Jednu z citovaných výjimek tvoří francouzský *Code civil* (1804), který do svého textu zahrnul „ústavní“ principy liberálního společenského systému i soubor přirozených práv, a to přesto, že jeho přijetí předcházelo vyhlášení Deklarace práv člověka a občana (1789). Srov. WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 134, včetně pozn. č. 15.

⁹ Např. v podobě požadavků ústavní/evropsky konformního výkladu norem soukromého práva.

¹⁰ Z nejnovějších hodnocení viz např. WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 199.

2. Kritéria vymezující soukromé právo, faktory jeho koherence a základ teorií odlišení soukromého a veřejného práva

Právo jako celek, tedy ani soukromé právo není izolovaný normativní systém regulace společenského chování. Právo (soukromé) současně není založeno na sebeurčení, sebe-definici; je odrazem vnějších společenských determinant, jejichž struktura a role v právu slouží zároveň jako východisko pro kritéria, podle nichž byly formulovány teorie dualismu soukromého/veřejného práva. Soubor těchto determinant lze rámcově sumarizovat následovně:

- a) Společenské determinanty odlišení soukromého a veřejného práva pocházejí zejména z procesu utváření podoby modernity evropské společnosti. Geneticky vzato, moderní soukromé právo vzešlo z boje o společenskou emancipaci jednotlivce, člena daného společenského útvaru a jako reakce na předchozí společenské systémy, kterým zejména v Evropě dominoval absolutismus s centralizací moci v rukou panovníka (*L'état c'est moi* – Ludvík XIV.). Takto vzniklá situace podmínila průběh procesu utváření dichotomického systému soukromé–veřejné právo, jemuž dominovala aktivní role tvořící se občanské společnosti jako základu soukromého práva, zatímco veřejné moci přenechávala společnost část svých pozic, včetně paradigmatu o primátu občana vůči organizaci veřejné moci.
- b) Z právních determinant rozlišení soukromého a veřejného práva přichází v úvahu v první řadě charakteristika subjektu práva. Tu utváří zejména definice subjektu a jeho odlišení od objektu; individualizace subjektu jako nositele rozhodujících zájmů, kategorizace zájmů a intenzita jejich ochrany, relevantní konstrukce osoby a osobnosti jako nositele osobnostního statusu; rozsah a obsah této výbavy; zvláštní pozice majetkové složky osobnostního statusu, zejména vlastnictví. Z povahy subjektů jsou odvozována kritéria odlišení soukromého a veřejného práva, z nichž nezpochybňovaným základem postavení subjektu soukromého práva je autonomie vůle, která se ovšem přenáší, jsouc limitována souborem pravomocí a kompetencí jako základu pozice veřejnoprávního subjektu, i do oblasti veřejného práva, v nichž je vymezena jejich odrazem do pozice nositele výchozího soukromoprávního postavení, tj. účastníka veřejnoprávního vztahu. Z charakteru subjektu jsou odvozovány teorie odlišení soukromého a veřejného práva, označované jako teorie zájmová, teorie subjektů, organická, případně mocenská. Uvedená charakteristika sice sama o sobě není způsobilá vymezit dílčí vztahy jako soukromo- či veřejnoprávní, může však pomoci nalézt podstatu veřejného práva.¹¹
- c) Další determinantou je definice objektu soukromoprávní regulace, v tomto smyslu vnímatelného jako paradigma práva obecně, potažmo soukromého práva. Je jím normativní vzájemné chování subjektů, směřující k ovlivňování objektivně existujícího vnějšího světa a chování subjektů v něm. Zde se zřejmě nalézá jeden z neuralgických bodů charakteristiky zejména soukromého práva, kterým je proklamovaná, stejně tak jako často zpochybňovaná, rovnost mezi účastníky.¹² Z tohoto východiska se odvozují teorie odlišení soukromého a veřejného práva, které považují za základ soukromého práva rovnost subjektů. Rovněž toto východisko je nepochybně užitečným, nikoli však komplexním hlediskem odlišení soukromého a veřejného práva.¹³

¹¹ Srov. BREHM, W. *Allgemeiner Teil des BGB*, s. 33.

¹² Jde o složitou a rozsáhlou tematiku, přesahující rozměry a cíle tohoto příspěvku. Blíže např. HURDÍK, J. – LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 106–121.

- d) Přístup k nalezení kritéria odlišení soukromého a veřejného práva, založeného na povaze objektu, bývá označován jako formalistický. Spočívá ve formě jednání a jeho promítnutí do veřejné či soukromé sféry. Soukromé právo je podle něj založeno na formální rovnosti jednajících účastníků, kteří mají horizontální postavení, zatímco veřejné právo má vertikální orientaci, vycházející z výkonu veřejné moci jejího nositele vůči nositeli soukromé autonomie.¹⁴ Toto odlišení ovšem má svá rizika ve svých východiscích: rovnost subjektů jako základ soukromého práva není obecně akceptovaným principem.
- e) Poněvadž dosud nebylo dosaženo obecného přijetí diferenciačního kritéria (kritérií) vymezujících vzájemně soukromé a veřejné právo ani vyčerpávající definice pojmů „soukromé“ a „veřejné“,¹⁵ tato nezpůsobilost by mohla signalizovat, že takové skutečně objektivní a všeobecné kritérium ve skutečnosti neexistuje. Jsme přesvědčeni, že takové kritérium je známo. Nespočívá však v izolovaných, dílčích aspektech povahy soukromého a veřejného práva, nýbrž má komplexní povahu: Společenským základem soukromého práva ve funkcionálním smyslu je svobodné chování individua, jeho apriorní svoboda. Základem veřejného práva je organizace a výkon veřejné moci, jejíž jedním z úkolů je ochrana individuálních zájmů jednotlivců mj. prostřednictvím souboru práv jednotlivce vůči veřejné moci. Odtud, tj. z povahy fungování soukromého a veřejného práva při regulaci chování osob vzájemně a vůči nositelům veřejné moci s jejich výchozími pozicemi a *vice versa*, tj. z potenciálu a limitů nositelů veřejné moci při jejím uplatňování, můžeme odvodit teorii metody právní regulace, která představuje povahu pozic nositelů veřejné moci a individuální autonomie „v akci“ a která by mohla pomoci eliminovat rizika, ovlivňující existenci systému soukromé–veřejné právo. Rozlišení soukromého a veřejného práva v kontinentálním systému práva, založeném na psaném a kodifikovaném právu, spočívá ve způsobu uplatňování veřejné moci (zákonodárné, výkonné i soudní) na právní vztahy, tj. v metodě právní regulace. Toto kritérium je způsobilé eliminovat většinu rizikových prvků ostatních kritérií, učinit systém práva koherentnější a současně přesněji strukturovaný.¹⁶

3. Faktory způsobilé narušit koherenci a systémovou pozici soukromého práva

3.1 Hrozby historické

3.1.1 Období 19. a 20. století nebylo rozhodně naplněno bezvýhradnou akceptací a prosazováním dualismu soukromého a veřejného práva v právních systémech a právním myšlení Evropy. Vedle již zmíněného hledání vymezení vzájemné pozice zejména zdrojů ústavních základů práva a práva soukromého do vývoje zasáhly některé směry právního myšlení, které dichotomii soukromého a veřejného práva odmítaly. Zmiňována je zejména čistá teorie práva H. Kelsena, která kritizovala ideologický kontext odlišování soukromého a veřejného práva a prosazovala systematiku, opírající se o povýtce formálně právní konstrukce.

¹³ Srov. HURDÍK, J. – FIALA, J. – HRUŠÁKOVÁ, M. *Úvod do soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 13–16 a literatura tam citovaná.

¹⁴ SEMMELLES PRINCIPLES-MANN, C. The Public-Private Divide in European Union Law. In: NEERGAARD, U. – NIELSEN, R. (eds). *European Legal Method – In the Multi-Level EU Legal Order*. Copenhagen: DJOF Publishing, 2012, s. 187–188.

¹⁵ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 136.

¹⁶ Blíže viz dále v tomto příspěvku.

Citelný zásah do společenské reality významné části evropských zemí představovaly ideologie totalitních režimů 20. století. Jejich společným jmenovatelem se stalo potlačování role individua a jeho právního postavení ve prospěch deklarovaných společných cílů a hodnot. Propracovanější podobu dostala právní teorie marxismu, vycházející z Leninovy teze, dle níž v socialismu nic není soukromé, která následně vedla v řadě zemí tzv. reálného socialismu k odmítnutí systému soukromého a veřejného práva a jeho nahrazení systémem, jehož odvětví byla vymezena rolí určité skupiny společenských vztahů v procesu ekonomické reprodukce úhrnného společenského produktu.¹⁷

3.1.2 Další hrozbu bychom mohli charakterizovat historickou cestou, směřující od *iuris unum* k modernímu soukromému právu. Zdánlivá, nicméně staletí trvající přetržka, která dělila římské soukromé právo v jeho klasické, později v justiniánské podobě, od přijetí francouzského *Code civil* (1804) jako jednoho ze základních pilířů soukromého práva období modernity, byla ve skutečnosti naplněna kvasem, v němž se utvářely determinanty určující do značné míry podstatu, vnější podobu, ale i systémové zakotvení a vlastní systém soukromého práva v Evropě v její recentní realitě. Vedle formování základů novodobého soukromého práva v pracích glosátorů, postglosátorů, pandektistů a dalších procházel – v římském právu původně sekulární – základ soukromého práva konfrontací s jedním z nejvýznamnějších normativních pilířů středověké Evropy – kanonickým právem. Křesťanská církev západní Evropy se ujala dědictví antického Říma a zprostředkovala jej středověké Evropě¹⁸ i dalším historickým epochám,¹⁹ a to včetně podstatné části soukromého práva.

Vzhledem ke středověkému vztahu církve a světské moci, který má současnost tendenci vnímat zjednodušeně v institucionální podobě boje o investituru,²⁰ nevznikl ani ve středověku jediný právní systém vybudovaný na římském soukromém právu a křesťanském učení, zejména jeho mravním systému a zahrnující soukromé právo, jak je vnímáme dnes.²¹ Přesto se středověké křesťanské učení stalo nositelem mohutné tendence směřující k dosažení cíle v podobě *iuris unum*, tj. univerzality práva (především soukromého, které je této tendenci nejbližší).²²

Středověké tendence k *iuris unum* se po nástupu novověku počaly rozkládat: proces sekularizace soukromého práva usnadnily vedle změněné společenské situace²³ též některé novozákonní teze křesťanského učení, založené na oddělování vztahu člověka k Bohu a ke světské moci, na ponechání Bohu duchovního panství a duchovní lidské svobody a světské moci reálného života člověka.²⁴

¹⁷ Blíže např. WŁODYKA, S. Problem struktury prawa. *Państwo i prawo*. 1995, č. 4, s. 4 an.

¹⁸ Blíže srov. KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiská práva duševného vlastníctva*. Bratislava: Veda, 2013, s. 137 an. a literatura tam citovaná.

¹⁹ Srov. WOŁODKIEWICZ, W. *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*. Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk: Ossolineum, 1978, s. 37–39.

²⁰ Srov. KROPAJ, M. – PASTRÁKOVÁ, P. Cesta k francúzskej kodifikácii súkromného práva – sekulárne právo ako vhodná inšpirácia pre slovenské súkromné právo? In: BLAHO, P. – ŠVECOVÁ, A. (ed.). *Acta Universitatis Tyrnaviensis – Iuridica sv. VII. Ročenka Právnickej fakulty*. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2010, s. 145–180.

²¹ KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiská práva duševného vlastníctva*, s. 142–143.

²² HURDÍK, J. – LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*, s. 25.

²³ Ze strany světské šlo i vliv humanismu a renesance, ze strany církevní mj. o odmítavý postoj reformované církve ke kanonickému právu. Srov. KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiská práva duševného vlastníctva*, s. 149, zejména cit. č. 893.

²⁴ Srov.: „Dejte Bohu, co je boží a císaři, co je císařovo.“

Je příznačné, že nejvýznamnější a nejdůslednější útok na funkcionální i institucionální propojení křesťanské, především mravní dimenze lidského života a právního rámce soukromého práva, který se uskutečnil na přelomu 18. a 19. století primárně ve Francii, měl několik zásadních dopadů na systém práva v Evropě: Jednak byl spojen se vznikem prvního uceleného kodifikovaného systému soukromého práva ve Francii přelomu 18. a 19. století. Přijetím *Code civil* v roce 1804 bylo dovršeno dlouhé historické období, jehož prvním mezníkem je vydání justiniánského díla v roce 476,²⁵ směřující k moderní podobě systému soukromého práva. Současně však došlo ke ztrátě křesťanského zdroje mravní dimenze soukromého práva a postavení soukromého práva, jakož i vazby soukromého a veřejného práva, se staly předmětem ataků zejména totalitních společenských systémů. To naznačuje otázku, zda právě v okolnostech a v podobě dobudování moderního systému soukromého a veřejného práva²⁶ nebyl skryt deficit tohoto řešení, který se v následujícím období projevil jako slabý článek takto zrozeného systému. Oddělení, institucionální i funkcionální, sekulárních věd o člověku a společnosti a sociálního učení církve, vedlo k oslabení a tříštění jejich dopadu na efektivitu práva, které se v sekulární podobě s nestabilním mravním základem stalo zranitelné vůči vnějším i vnitřním rizikům.

Posledně uvedené riziko lze považovat z hlediska koherence soukromého práva za zásadní. Má-li tvořit soukromé právo ucelený systém, musí mít především svůj základ v systému hodnotovém. Sekularizací soukromého práva, respektive vyčleněním křesťanského mravního systému a křesťanské sociální nauky ze systému soukromého práva pozbyl systém soukromého práva staletého základu, navíc, jak ukazují současné aktivity hlavy katolické církve,²⁷ způsobilého reagovat na naléhavé požadavky doby, a to i v globálním měřítku.²⁸ Současné sekularizované soukromé právo tak stále ještě hledá svůj univerzální hodnotový základ.²⁹

Uvedené ovšem neznamená rezignaci systému soukromého práva na budování hodnotového základu, neboť „[p]rávní pravidla sama o sobě nemohou být morální autoritou, která zajistí spravedlivé právo“.³⁰ „Děje se tak ovšem v kontinuálním procesu hledání obecných řešení v konfrontujících se časových a prostorových dimenzích evropské civilistiky i v hledání individuálních řešení ve vývoji národních a evropské judikatury.“³¹ Hodnoty, na nichž je budováno novodobé soukromé právo, se tak v průběhu posledních dvou století dotvářejí, mají své dílčí podoby a reagují partikulárními řešeními na pragmatické potřeby dané situace. Tím se vystavují rizikům nevyváženosti, ztráty komplexity a spíše než žulovým základem soukromoprávní regulace se mohou stát tekutými písky. Svého druhu nechtěného řešení se dostalo soukromému právu cestou konstitucionalizace soukromého práva procesy uplatňování práva EU (srov. dále), v jehož rámci již bylo rezignováno na možnou hodnotovou neutralitu soukromého práva a realitou se stala tato cesta jeho hodnotové saturace.³²

²⁵ Někteří autoři ovšem upozorňují na to, že potřeba systematiky římského práva je mnohem staršího data. Srov. WOŁODKIEWICZ, W. *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*, s. 6.

²⁶ Ke zdrojům této úvahy a k jejím dopadům srov. např. BAUMAN, Z. *Modernita a holokaust*. Vydání druhé. Praha: Sociologické nakladatelství, 2010, s. 330, HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2006, s. 67 an., srov. též KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiska práva duševního vlastnictví*, s. 162–163.

²⁷ Srov. encykliku papeže Františka *Laudato si'*. Praha: Nakladatelství Paulínky, 2015.

²⁸ Pohříchu tento rozměr právním systémům s jejich vazbami na státoprávní uspořádání citelně chybí.

²⁹ KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiska práva duševního vlastnictví*, s. 162–163.

³⁰ HURDÍK, J. Zásady a generální klauzule občanského práva v evropské perspektivě. In: NOVOTNÁ, M. – JURČOVÁ, M. (eds). *Súkromné právo v európskej perspektíve*. Trnava: Právnická fakulta TU v Trnave, 2011, s. 68.

³¹ HURDÍK, J. Zásady a generální klauzule občanského práva v evropské perspektivě, s. 55.

³² WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 200.

3.2 Hrozby současné vnější

3.2.1 Deficit kritérií vymezení systému práva a definice soukromého práva

O tomto deficitu bylo pojednáno v rámci historických hrozeb systému soukromého a veřejného práva výše. Nutno jej zahrnout i mezi aktuální hrozby, neboť jde o problém přetrvávající do současnosti a navíc se vyhrocující spolu s tím, jak je systém soukromé–veřejné právo podroben atakům ze strany reálného vývoje práva psaného i práva „v akci“, zejména práva EU, všezahrnujících „lidskoprávních“ přístupů k právu, konstitucionalizace soukromého práva aj., jimž tento systém čelí bez vlastního neochvějně pevného doktrinárního, zejména systémového základu. Alespoň částečným řešením se ukazuje užití komplexní podoby kritéria metody právní regulace (viz výše a rovněž v závěru tohoto příspěvku).

3.2.2 Současná ztráta pozic veřejné moci, dominance soukromého sektoru, otázka existence „třetího sektoru“ v právu

Spolu se zhroucením bipolárního světa, definovaného západo-východním antagonismem, dochází k světovému procesu „privatizace“: Masivní privatizace státního majetku, prohlubující se ekonomická liberalizace, globalizace dosahující svých vrcholů a zahrnující všechny sféry života lidí, to vše vede k omezení potenciálu veřejné moci národních států ovlivňovat vývoj společnosti a individuů. Tento deficit usiluje kompenzovat na úrovni světového hráče Evropská unie se svou organizační a právní strukturou. To je na jedné straně zřejmě pozitivní jev, směřující k ochraně veřejné i soukromé sféry zemí EU; na druhé straně však vtahuje jak národní instituce, tak jednotlivce národních států – členů EU – do unijního regulatorního režimu. Jako významný nástroj této ochrany slouží základní práva. Rozhodovací praxe EU se odvolává nikoli na národní, nýbrž na unijní základní práva. Tak dochází k stírání odlišování národního a supranárodního práva a spolu s tím i rozdílu mezi veřejným a soukromým právem z pohledu EU. Naopak, soukromé právo se jeví jako vhodný prostor s prosazování dalšího procesu integrace EU.³³

Jak ukážeme v dalším bodu tohoto příspěvku, proces konstitucionalizace soukromého práva je nutno vnímat jako silný antisystémový (rozuměj systém soukromé – veřejné právo) soubor kroků, které se dostaly zřetelně mimo mantinely standardně či tradičně vnímaných relací „národní“ a „supranárodní“ a současně „veřejné“ – „soukromé“.

3.2.3 Konstitucionalizace, respektive publicizace soukromého práva a horizontalizace základních práv

Zdrojem procesu konstitucionalizace soukromého práva,³⁴ i když ne povýtce, přinejmenším nejsilněji působícím, je oblast evropských (zejména unijních) základních práv. Jde o efekt původně nechtěného: Smlouva o založení EU je ve všech svých normativních parametrech a účincích veřejnoprávní povahy. Navíc se soukromé právo v původních předpokladech jevílo být z hlediska cílů evropské integrace nezajímavé a do značné míry irelevantní. Proto v dokumentech EU bylo rozlišení „veřejné“ a soukromé ponecháno mimo pozornost a v situaci, kdy se ukázala potřeba zaujmout stanovisko, byly tyto pojmy

³³ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 198–199.

³⁴ V této pasáži je zčásti čerpáno z článku HURDÍK, J. *Prolínání kategorií základních (ústavních) práv a zásad soukromého práva. Právnícké listy*. 2017, č. 2, zejména s. 24–26.

nahrazeny termíny „vertikální“ a „horizontální“ s argumentací zdůrazňující *sui generis* povahu práva EU.³⁵ V průběhu realizace projektu EU se nedostatek distinkce mezi soukromým a veřejným právem jako objekty právních aktivit EU ukazoval být vhodnou zástěrkou pro masivní rozšiřování faktického působení orgánů EU, ne vždy s respektem k primárnímu vymezení pravomocí EU. Oblasti soukromého práva, na které bylo možno vztáhnout unijní pravomoci (ochrana zaměstnanců, ochrana spotřebitele, odpovědnost za vady, právnícké osoby, všeobecné smluvní podmínky...), se staly jednou ze vstupních bran europeizace soukromého práva jako celku, přičemž druhou bránu otevřela masivní a sílící vlna odkazů na základní práva v soukromoprávních „evropských“ věcech.

Nový dech nabral proces konstitucionalizace soukromého práva díky projektu *Study Group for a European Civil Code*. Jeho výstup, Návrh společného referenčního rámce (DCFR)³⁶ se stal cvičným prostorem, v němž se střetly na (*quasi*)legislativní platformě soukromého práva pravidla a hodnoty „klasického“ soukromého práva s ústavními základními právy a vyvolaly novou potřebu řešit jejich vzájemnou koherentnost či spíše kompatibilitu. Návrh současně poskytl praktickou ukázkou obtíží, s nimiž se setkává proces konstitucionalizace soukromého práva v realitě.

Při prvním pohledu, ovlivněném mainstreamovým přístupem k roli a dopadům pausalního promítnutí základních práv v právním systému, se jeví jako akceptovatelné pojetí konstitucionalizace soukromého práva³⁷ jakožto předpokladu reflektování základních ústavních principů a základních práv ve všech odvětvích práva, včetně práva soukromého.³⁸ Už méně však lze souhlasit s pojetím, které primát soukromého práva nad právem veřejným, respektive základními právy, zakládá na pojetí soukromého práva jako na výrazu detailní artikulace ústavních práv.³⁹ Tento přístup má genetický i metodologický deficit. Základní práva se promítají do soukromého práva *ex post*, se zpožděním; to vytváří značně komplikované možnosti pro skutečně systémová a koherentní řešení této symbiózy. Příkladem je první vlna „socializace“ soukromého práva, která proběhla v evropských právních řádech ve druhé polovině 19. století a na přelomu 19. a 20. století a zanechala na podobě právních řádů následky koncepčně a systematicky srovnatelné s prosazením prétorského nalézání práva s jeho klíčovým nástrojem v podobě ekvity v římském právu klasického období.⁴⁰

DCFR, ačkoli je výslovně, dokonce primárně v názvu, označován jako soubor principů, provádí výčet základních principů nebo hodnot ve svém úvodu (*Introduction*), nikoli ve vlastním textu. V úvodu však neuvádí ani nezmiňuje základní/ústavní práva, nýbrž čtveřici hodnot, typických pro soukromé právo a jeho hodnoty a formulačně v podobě odpovídající metodologii soukromého práva (*freedom, security, justice and efficiency*). Současně zdůvodňuje nezařazení mezi tyto principy/hodnoty solidaritu a sociální odpovědnost

³⁵ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 198.

³⁶ VON BAR, Ch. – CLIVE, E. (eds). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Tome I–V*. Full Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

³⁷ Srov. CHEREDNITCHENKO, O. O. The Constitutionalization of Contract Law: Something new under the Sun? *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, 8.1. (nestr.).

³⁸ Srov. COLLINS, H. The Constitutionalization of European Private Law. In: MICKLITZ, H.-W. (ed.). *The many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Cheltenham, UK – Northampton, USA: Edward Elgar, 2011, s. 136.

³⁹ Srov. BARAK, A. Constitutional Human Rights and Private Law. In: FRIEDMANN, D. – BARAK-EREZ, D. (eds). *Human Rights in Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001, s. 13.

⁴⁰ Naopak myšlenku podřízení soukromého práva základním právům formuluje O. O. Cherednitchenko: CHEREDNITCHENKO, O. O. Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity? *Utrecht Law Review*. 2007, 3 (2), s. 1–25.

tím, že práce s nimi (tedy metodika) náleží nikoli soukromému, nýbrž veřejnému právu.⁴¹ Zvláštní význam má přístup tvůrců DCFR k systematickému zařazení lidských práv mezi hodnoty, na nichž spočívá DCFR. Lidská práva nejsou řazena mezi tyto principy a hodnoty, protože nepatří mezi podřízené principy, nýbrž mezi nadřazené principy.⁴² Tvůrci DCFR tedy vyšli z respektování odlišnosti zásad soukromého práva a základních ústavních práv, odlišují jejich soukromoprávní a veřejnoprávní povahu a podrobují je odlišné metodě aplikace a interpretace. Co však tvůrci DCFR nevzali v potaz, je odlišnost pojmu základní subjektivní práva, která jsou svou povahou primárně veřejnoprávní, a pojmu svoboda, která je základem a východiskem především soukromoprávní regulace. Obě kategorie se přitom liší nejen vnějšími znaky, nýbrž svým obsahem a vazbou na soukromé právo, která je u svobody bezprostřední a primární, což neplatí u většiny základních subjektivních práv. Z tohoto dílčího závěru tento příspěvek vychází v dalších úvahách o možnostech řešení překážek dostupnosti obou kategorií.

Z přehledu názorů vyvozuje H. Collins dílčí shrnutí závěrů o systematickém a funkčním kontextu konstitucionalizace soukromého práva: a) Při důsledném respektování tradičního odlišování soukromého a veřejného práva jsou zdroje pocházející z obou základních odvětví práva obtížně systematicky vzájemně propojitelné a soukromé právo není dostatečně připraveno přijímat do svého systému základní ústavní práva a principy. b) Naopak, akceptace koncepce jediné struktury pramenů práva vede k zahrnutí základních ústavních práv a principů do jediné vnitřně jednotného systému práva, zahrnujícího jak veřejné, tak soukromé právo.⁴³

Uvedené přístupy mají značný význam pro průchodnost procesu konstitucionalizace:

Zdá se, že mezi právníky se ukazují preference pro poněkud zjednodušený a méně sofistikovaný přístup založený na jednotné struktuře pramenů práva a překonávání hranic mezi soukromým a veřejným právem.⁴⁴

Podle našeho názoru však hranice mezi soukromým a veřejným právem nelze překonat pouhou silou vůle, bez hlubší argumentace. Důslednější a širší argumentace umožňuje nalézt cesty dalšího prosazení základních (ústavních) práv do soukromého práva při respektování základní struktury právního řádu. Při standardním, respektive tradičním respektování odlišností předmětu a metodiky soukromoprávní a veřejnoprávní regulace a odlišení zásad soukromého práva od základních ústavních práv a principů vidíme, že základní zásady soukromého práva působí v intencích metodiky soukromoprávní regulace, vyjádřené algoritmem základních hodnot svoboda – rovnost – vyváženost (ekvita, spravedlnost).⁴⁵ Naproti tomu základní ústavní práva si v sobě uchovávají svůj geneticky veřejnoprávní charakter. Tato odlišnost je však méně axiologická a více metodologicko-funkcionální. To vytváří prostor pro sblížení obou skupin, neboť jejich společný hodnotový základ umožňuje soustředit pozornost na metodologické přístupy (viz návrhy řešení v dalších částech tohoto příspěvku).

⁴¹ VON BAR, Ch. – CLIVE, E. (eds). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Tome I–V*. Full Edition, s. 16.

⁴² COLLINS, H. The Constitutionalization of European Private Law. In: MICKLITZ, H.-W. (ed.). *The many Concepts of social Justice in European Private Law*, s. 138.

⁴³ Uvedené shrnutí srov. ibidem, s. 140–141.

⁴⁴ Tento přístup má svou podporu ve vyslovených názorech německého Spolkového ústavního soudu: „[...] constitutional rights [...] embody an objective order of values, which applies to all areas of the law.“ [BVerfGE 39, 1(41)]; citováno dle Mattiase Kumma, který rovněž užil pro tento proces výrazu *total constitution*, který označuje za *genetic basis for the whole legal system* (KUMM, M. Who is afraid of the total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*. 2006, 7 (4), s. 341–370, zde s. 334.

⁴⁵ K tomu blíže HURDÍK, J. – LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*, s. 20–81, *Summary in English*, s. 182–189.

Konstitucionalizace soukromého práva je spojena s řadou průvodních jevů, z nichž některé jsou parametrické, některé však paradigmatické povahy. K posledně uvedeným patří, že proces vstupu základních práv do soukromého práva je jedním z faktorů stírání rozdílů mezi soukromým a veřejným právem.⁴⁶ To ovšem znamená rovněž překonání metodologie soukromoprávní a veřejnoprávní regulace, která tvoří základ difference obou základních odvětví práva, a tím ovlivněné podoby hodnot vystupujících v podobě základních práv a hodnot náležejících tradičně soukromému právu. Jeden ze směrů konstitucionalizace soukromého práva jde tedy cestou odstraňování bariér mezi soukromým a veřejným právem; druhý směr (který zastávají i autoři tohoto příspěvku) je v tomto ohledu výrazně rezervovanější a hledá prosazení cest konstitucionalizace soukromého práva alternativními řešeními. Při respektování tendence zachovat dichotomii soukromého a veřejného práva, odlišné podoby hodnot, na nichž jsou budovány, a jejich odlišné metodologie by bylo namísto uvažovat o tom, zda hodnoty, jejichž nositelem jsou základní/ústavní práva, svým vstupem do soukromoprávních vztahů v jejich horizontální podobě (tj. mezi nositeli preprávní svobodné pozice a dalších soukromoprávních hodnot) nemění svou právní povahu v souladu se soukromoprávní metodologií a soukromoprávním vyjádřením hodnot.

Posledně uvedené řešení má svou systémovou hodnotu: na jedné straně umožňuje realizovat proces konstitucionalizace soukromého práva v jeho podobách imanentních realitě a funkcionalitě soukromého práva a systémovému zařazení hodnot, principů, metodologie a institucionálních nástrojů soukromého práva, na druhé straně zachovává základní strukturu práva a strukturální i funkcionální koherentnost jeho základních odvětví. V tomto smyslu se může jednat o možné řešení problému integrity a soudržnosti doktrinního systému práva, na který upozornil H. Collins.⁴⁷

Proces konstitucionalizace soukromého práva však lze vnímat i z jiného úhlu a s jinými akcenty: Jak upozorňuje Sonya Walkila, konstitucionalizace, tradičně vnímaná jako ochrana jednotlivce proti (přímému uplatnění) veřejné moci, se v praktické politice a judikatorní praxi EU stává též a dokonce typicky prostředkem ochrany slabší strany⁴⁸ v nejrozličnějších konkrétních vztazích, jejichž účastníky však nejsou jednotlivci proti přímému uplatnění veřejné moci jejím nositelem, nýbrž obě strany jsou nositelé soukromoprávního statusu (spotřebitelské, zaměstnanecké aj. vztahy). „Silnější“ strana vztahu tu uplatňuje svou faktickou mocenskou pozici vůči straně „slabší“.⁴⁹

Logicky vzato, v této konstrukci je „něco špatné“: Z variant, které přicházejí v úvahu *prima facie*, jsou to dvě možnosti: Buď je ochrana slabší strany vztahu chybná ze své podstaty (*eo ipso*) či ze svého systémového a funkcionálního zakotvení, nebo je problém ve vymezení systémové distinkce veřejné–soukromé právo, případně obé. Podle našeho názoru, opírajícího se o teze v předchozích částech tohoto příspěvku, věnovaným kritériím odlišení soukromého a veřejného práva, obě situace dokáže „pokrýt“ užití teorie subordinace respektive mocenské, která posuzuje přítomnost či nepřítomnost mocenské převahy jedné strany vztahu nad druhou, avšak nedokáže zabránit erozi distinkce veřejné–soukromé právo v jeho klasické a *implicite* uplatňované podobě, když kritérium odlišení posouvá do centra oblasti vyhrazené nepochybně právu soukromému (oba účastníci jsou

⁴⁶ Srov. COLLINS, H. *The Constitutionalization of European Private Law*, s. 163–164.

⁴⁷ Srov. COLLINS, H. *The Constitutionalization of European Private Law*, s. 136.

⁴⁸ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 199.

⁴⁹ Z nejcitovanější judikatury SD EU: věc *Mangold* (C-144/04); věc *Kücükdeveci* (C-555/07).

nositeli soukromoprávního statusu). Naopak užití teorie subjektu tento nesystémový průnik veřejnoprávního prvku do soukromoprávní oblasti zachytit dokáže, když vychází z požadavku přítomnosti nositele veřejné moci ve veřejnoprávním vztahu. Ovšem zcela jednoznačně na podobnou situaci reaguje teorie metody právní regulace, která pro oblast veřejného práva předpokládá přímý výkon veřejné moci, zatímco v soukromém právu nositel veřejné moci, a současně tuto moc přímo vykonávající, není přítomen.

Na uvedené situaci se rovněž ukazuje význam odlišování hodnot a zásad soukromého práva, založených na soukromoprávním paradigmatu, od základních práv a svobod náležejících právu veřejnému. Jde o funkcionálně odlišné modality, jejichž uplatnění *promiscue* má zásadní systémové, by paradigmatické dopady. V popsané situaci, při užití teorie metody právní regulace, by ochrana slabší strany systémově připadla do oblasti zásad soukromého práva, nešlo by tedy ve skutečnosti o horizontalizaci základních práv (neboť o základní právo nejde), nýbrž o systémově korektní uplatnění zásady, kterou jako takovou – byť nejednotně a s významnou kritikou⁵⁰ – přijímá za svou soukromé právo. Další – ovšem hypotetickou – cestou řešení je připuštění „sociálního práva“⁵¹ do pozice třetího systémového souboru vedle veřejného a soukromého práva, založeného na nepřímém uplatnění veřejné moci cestou regulatorního omezení vzájemných pozic a právních aktivit mezi nositeli (původně) soukromoprávního statusu.

Situace v každém případě vyžaduje koncepční řešení, neboť příliv dalších základních práv, tvořících jeden z pilířů práva EU, bude zřejmě stále sílit,⁵² zejména přenesením těžišť do oblasti digitálních technologií⁵³ a využitím veškerého potenciálu Evropské úmluvy o lidských právech.

3.3 Hrozby současné vnitřní

3.3.1 Problém systémové koherence soukromého práva, otázka „obecného soukromého práva“ a „zvláštních soukromých práv“ a jejich systémové zařazení

Obecně můžeme konstatovat, že systémová koherence soukromého práva je narušována vlivy práva EU, které se snaží prosazovat partikulární ochranu specifických subjektů, ať už je to ochrana spotřebitele, ale i ochrana např. drobného podnikatele v závazkových vztazích. Přístup jednotlivých členských států stran transpozice práva EU do národního systému soukromého práva je různý: zpravidla bývají modelová řešení transponována do subsystému zvláštních soukromých práv, kvalita zákonodárného procesu se však v jednolitých členských státech liší a mnohdy dochází k tomu, že partikulární ochrana určitého subjektu či dílčí problém řešený konkrétní směrnicí je např. do civilních kodexů transponován zcela nesystematicky, což zcela narušuje systematiku soukromého práva jako celku.

Výrazným příkladem slouží právo ochrany spotřebitele: Ačkoli se spotřebitelské právo zrodilo jako soubor partikulárních zásahů do obecného konceptu smluvního práva, realizované projekty poslední doby přesvědčují, že si stále více osvojuje celý soubor obecných hodnot soukromého práva. Další budování systému práva ochrany spotřebitele, které vycházelo z práva partikulárních výjimek, je stále výrazněji konfrontováno se systémem

⁵⁰ Blíže HURDÍK, J. – LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*, s. 120–121.

⁵¹ Viz pozn. č. 5.

⁵² WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 201.

⁵³ Za všechna rozhodnutí Google (C-131/12).

soukromého práva a jeho hodnot jako celku a má tendenci k integraci obou systémů. Povaha a podstata hodnot a nástrojů spotřebitelského práva (zejména jejich původ v obecném arzenálu soukromoprávní regulace) tak současně vedou k úvaze, zda nás na další cestě dotváření spotřebitelského práva nečeká překročení hranic spotřebitelských vztahů (kde úprava posiluje spotřebu na vnitřním trhu) a proniknutí do obecné koncepce smluvních vztahů jako výraz posilování obecných hodnot, důvěry a poctivosti, které si zaslouží i vztahy nespotebitelské.

Z opačného pohledu je tak možno pozorovat obdobný jev: Zvláštní soukromá práva a modelová řešení obsažená v něm se vlivem praxe a aplikace posléze stávají obecnými modelovými řešeními, tj. mění se ze zvláštních soukromých práv na práva obecná a přeskupují se ze zvláštních částí do částí obecných.⁵⁴

Možná bychom trochu nadneseně mohli říci, že jde o jakousi tichou a pozvolnou revoluci v systému soukromého práva, jehož modelová řešení obecného charakteru platící stalet se vlivem práva EU podstatným a zásadním způsobem proměňují a narušují tak celou stavbu právního řádu a celistvost soukromého práva. Na druhou stranu je nutné si uvědomit, že právo spíše nepružně a pomalu reaguje na společenskou realitu, která se mění překotným způsobem, a to velmi silně i ve vymezení prostoru veřejného a soukromého.

Lehkomyslnost, s jakou je v současnosti nakládáno s tisíciletým systémovým základem evropských právních řádů, tj. se základním dualismem veřejné–soukromé právo, zarazí o to více, když zvážíme dopady těchto procesů a na ně navazujících možných řešení na další významné otázky systému práva: Jestliže otázka, zda ochrana slabší strany bude náležet systémově soukromému právu či nikoli, se významně promítla do vnitřního systému českého soukromého práva, v jehož rámci je pracovní právo považováno za součást soukromého práva, avšak tvořící subsystém, jehož zákonodárce – nesměle a v samém závěru civilního kodexu (zák. č. 89/2012 Sb.) – označil jako „zvláštní soukromé právo“,⁵⁵ zřetelně v kontrapozici k „obecnému soukromému právu“, regulovanému civilním kodexem. I v tomto přístupu se ovšem ukazují systémové pochybnosti zákonodárce, zda všechny oblasti soukromého práva, podřízené jako celek ochraně slabší strany, zařadit do kodexu či nikoli, respektive zda je výslovně nazvat – podobně jako mimo kodex stojící pracovní právo – „zvláštními soukromými právy“. Co je ovšem třeba ocenit, je postup zákonodárce, který svým přístupem klasifikoval oblasti ovládané prostřednictvím „*regulatory rules*“ bez váhání jako náležející kritériu soukromého práva.

4. Shrnutí vlivu rizikových faktorů na systém práva, ergo dichotomii soukromé/veřejné právo

Jak je zřejmé ze stručného přehledu podaného v tomto příspěvku, systémová dualita soukromé právo – veřejné právo v evropském kontinentálním systému práva, jakož i kritéria vzájemného vymezení obou dílčích systémů, potažmo vnitřní koherence soukromého práva jsou v současnosti podrobovány zkouškám, které mohou – při dalším nárůstu faktorů, které je evokují a při trvajícím deficitu jednotného názoru na kritéria členění

⁵⁴ Tento jev měl po určitou dobu i svou institucionální podobu, představovanou paralelní existencí a intenzivní spoluprací mezi dvěma pracovními skupinami, zaměřenými na tvorbu modelových řešení vývoje legislativy na úrovni EU: jedna k dosažení vyšší koherence spotřebitelského práva (*Acquis Group*), druhá na tvorbu evropského modelového práva smluvních závazků (*Study Group for a European Civil Code – SGECC*). Pozoruhodná je obsahová blízkost obou výstupů: *Acquis Principles* a Návrhu společného referenčního rámce (DCFR).

⁵⁵ § 3029 odst. 2.

soukromého a veřejného práva a přezíravém postoji k potřebě dokončit koncepční vymezení tohoto tisíciletého a nepochybně základního systematického třídění práva jako celku – vyvolat jeho další dekonstrukční efekt, který není fatálně historicky nezbytný, může však při nedostatku pozornosti a úsilí o řešení prohloubit celý soubor krizových jevů ve vývoji práva, jež jsou s ním pojmově i funkcionálně spjaté. Jde o jednu z hrozeb, která je ve hře při stávajícím vývoji, preferujícím pragmatické dílčí cíle práva a odsouvajícím do pozadí dobudování jejich koncepčního základu, jež se za konstelace okolností, které reálný vývoj přináší, mohou promítnout do ohrožení samotné existence veřejného a soukromého práva a jeho subsystémů.

Jakkoli je část popsanych vlivů vnějších, objektivně vzniklých a působících objektivně, ergo na pohled mimo možnosti práva je eliminovat, právní nauka by byla způsobila na jejich výzvy reagovat a nalézat řešení jejich dopadů v systému práva mnohem efektivněji a jednoznačněji, pokud by tato řešení mohla být založena na doktrínálně, respektive systematicky jasně narýsovaných a odůvodněných koncepčních východiscích.

Z konfrontace rizik pro současné soukromé právo a potenciálu práva k jeho řešení vyplynuly klíčové přístupy možných řešení. Deficity, které právo dokáže řešit, spočívají především v alespoň aproximativní shodě právnické obce na vzájemném vymezení soukromého a veřejného práva na základě všeobecně přijatého kritéria jejich rozlišení. To je základem pro zpřesnění definičního oboru soukromého práva i základem pro jeho funkcionální vymezení, které musí být u systému (na rozdíl od struktury) klíčový. V tomto smyslu se odkazy na definici soukromého práva musí především opírat o jeho funkcionální vymezení vůči právu veřejnému.

Při posouzení kritérií odlišení soukromého a veřejného práva se ukázalo trvalý podcenění potřeby specifikace kritéria, vyjadřujícího podstatu a funkční potenciál základních typových přístupů k právní regulaci. Historicky vzniklá kritéria, počínaje Ulpianovou teorií zájmovou až k teorii organické, kterou přijímá od počátku za svou český zákonodárce při rekodifikaci soukromého práva,⁵⁶ na která se stále autoři odvolávají, trpěla deficity jednostrannosti, nekomplexnosti a malé funkcionální efektivity. Významným pozitivním signálem jsou proto snahy o komplexní kritiku deficitů jednotlivých kritérií a jejich nahrazení kritérii, která nedostatky dosavadních minimalizují zaměřením pozornosti na klíčovou povahu právních vztahů mezi subjekty „v akci“.⁵⁷

Řešení je třeba hledat nikoli u subjektů či u vnějšího (mimoprávního) předmětu právní regulace, nýbrž v právní regulaci samé, v její podstatě a povaze, která v sobě integruje vlastnosti subjektů i mimoprávní cíle právní regulace. Za toto vnitřní, komplexně působící a funkcionálně orientované kritérium byla již ve druhé polovině 20. století označena metoda právního regulování.⁵⁸ Metoda právního regulování vyjadřuje (a) na jedné straně způsob a míru působení veřejné moci na právní režim utváření společenských vztahů, a současně (b) způsob a míru působení účastníků společenských vztahů na právní režim jejich utváření. V tomto smyslu se metoda veřejného práva zaměřuje na přímé uplatnění veřejné moci na utváření právních poměrů, zatímco metoda soukromoprávní uplatňuje veřejnou moc nepřímo a ponechává rozsáhlý prostor autonomii nositelů soukromoprávního statusu.⁵⁹

⁵⁶ ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 57.

⁵⁷ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 136.

⁵⁸ MACUR, J. *Občanské právo procesní v systému práva*. Brno: UJEP, 1975, s. 108–109.

⁵⁹ Srov. též HURDÍK, J. – FIALA, J. – HRUŠÁKOVÁ, M. *Úvod do soukromého práva*, s. 18–23.

V uvedeném smyslu se rovněž ukazuje poměrně zřetelně průběh hranice mezi soukromým a veřejným právem na jednotlivých attributech, které standardně užívá veřejné, respektive soukromé právo: a) Subjekty soukromého práva jsou povýtce nositelé soukromoprávního statusu založeného na individuální autonomii a možnosti chovat se způsobem, který zákon nezakazuje; ve veřejném právu je nositel veřejné moci oprávněn a současně povinen ji přímo vykonávat jen v mezích svých pravomocí a příslušnosti; b) Proti mocenské pozici nositelů veřejné moci ve veřejném právu stojí nositel soukromoprávního statusu; v soukromém právu stojí proti sobě nositelé soukromoprávního statusu. Rovnost subjektů soukromého práva v soukromoprávních vztazích je předpokládána a je standardem, může však být limitována ochranou slabší strany. Systematickou podobu nabývá toto omezení ve vztazích, které tvoří tzv. zvláštní soukromá práva. c) Právním nástrojem realizace soukromoprávních vztahů je zásadně smlouva, právním nástrojem veřejnoprávních vztahů úřední rozhodnutí. d) Soukromé i veřejné právo užívají k prosazení svých cílů odlišného souboru sankcí: ve veřejném právu je cílem sankce jednostranná újma, v soukromém právu obnovení rovnováhy zúčastněných zájmů.⁶⁰

Je-li vymezení soukromého práva založeno na jednoznačných a funkcionálně efektivních kritériích, otevírá se tím výrazně přesněji vymezený prostor pro navazující eliminaci rizik hrozících soukromému právu. *Quod erat demonstrandum.*

⁶⁰ Srov. ibidem, s. 13.

Doplňující výklad smlouvy v českém právu – nechtěný návštěvník nebo vítaný host?

Josef Kotásek*

Abstrakt: Doplnující výklad smlouvy je jedním z možných nástrojů, kterým vyplňujeme mezeru ve smluvních ujednáních. Vycházíme přitom z hypotetické vůle stran k okamžiku uzavření smlouvy. V zahraničí je doplňující výklad smlouvy standardním způsobem řešení smluvních mezer. V českém právu je ovšem odmítá důvodová zpráva k občanskému zákoníku. Unifikační modely, které upravují doplňující výklad (DCFR, CESL), nebyly do českého práva převzaty. Jeho osud je tak nejistý. Svou roli hraje také to, že na některá rizika doplňujícího výkladu smluv (přílišný zásah do autonomie vůle stran, negativní důsledky informačního deficitu soudu, „temptation of hindsight“, sociální inženýrství) budeme v ČR citlivější než země bez historické zkušenosti se socialistickým právem a soudnictvím. V příspěvku se autor pokouší odhadnout úspěch „doplňujícího výkladu smlouvy“ v českém prostředí v nevyhlášené soutěži s tradičními nástroji pro „doplnění mezer“. Autor se kloní k pragmatickému závěru, že tato konkurence bude pro doplňující výklad fatální: potřebné vyplnění mezer lze většinou dosáhnout prostřednictvím normativního výkladu smluv či v rámci běžného dotváření práva. „Doplňující výklad smlouvy“, který finguje hypotetickou vůli účastníků zpětně k okamžiku uzavření smlouvy, tak až na mimořádné výjimky, které nelze v právu nikdy vyloučit, není v zásadě potřeba.

Klíčová slova: doplňující výklad smlouvy, doplnění smlouvy, interpretace právního jednání, normativní výklad smlouvy, obchodní zvyklosti

Úvod

Doplňující výklad smlouvy (*ergänzende Vertragsauslegung, constructive interpretation*) představuje jednu z reakcí na mezeru ve smluvních ujednáních, kterou neřeší či z nějakého důvodu nemá řešit dispozitivní zákonná úprava. Je aplikován zpravidla tam, kde strany žijí v (často i oprávněné) iluzi o úplnosti svých ujednání. Nepamatují tedy na případnou mezeru předem sjednaným adaptačním mechanismem (např. promyšlenou salvatorní klauzulí), anebo nejsou již – pokud již došlo ke vzniku sporů – schopny mezeru vyplnit samy bez asistence soudu.

Doplňujícím výkladem pak za ně soud tvoří specifickou „náhradní výplň“, kterou mezeru zaplní. Východiskem pro soudní rozhodnutí je obvykle to, co by poctivé a racionálně postupující strany při rozumném zohlednění svých zájmů samy dohodly, kdyby danou situaci (mezeru, smluvní prázdno) předvíдалy.¹

Německá judikatura² v rozhodnutích u „doplňujícího výkladu“ konstantně memoruje, že jeho cíle jsou „*dassjenige zu ermitteln und zu berücksichtigen, was die Parteien zwar nicht erklärt haben, was sie aber in Anbetracht des gesamten Vertragszwecks erklärt haben*“

* Doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D., katedra obchodního práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: josefkotasek@centrum.cz.

¹ Srov. také CSACH, K. *Dokazovanie v civilnom a trestnom súdnom konaní*. Pezinok: Justičná akadémia, 2012, s. 78, dostupné z: <<http://www.ja-sr.sk>>.

² Srov. např. přehled rozhodnutí BGH v publikaci KÖTZ, H. *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*. *Juristische Schulung*. 2013, č. 2, s. 295, pozn. pod čarou č. 37.

würden, wenn sie den offen gebliebenen Punkt in ihren Vereinbarungen ebenfalls geregelt hatten und hierbei zugleich Gebote von Treu und Glauben und der Verkehrsitte beachtet hätten.“³

Situace, ve kterých se doplňující výklad v zahraničí uplatňuje, nejsou nijak vzácné nebo mimořádné. Důvody smluvních mezer jsou nasnadě: stěží kdy najdeme smlouvu, která by pamatovala na všechny možné budoucí eventuality. V kontinentálním právu se strany smlouvy obvykle koncentrují na určení svých hlavních povinností a v ostatním se spoléhají na podpůrné a relativně přehledné zázemí v dispozitivních normách. Podrobnější úprava by si vyžádala nepřiměřené transakční náklady, které nejsou v rozumném poměru k přínosu, jenž přinese do detailu vybroušený kontrakt. Zvláště v dlouhodobých vztazích hraje navíc roli kognitivní omezení: strany a ani jejich právníci nemusí mít dostatečnou představivost o možných budoucích scénářích v rychle se měnícím světě.

1. Doplnující výklad smlouvy jako vnější výzva českému právu

Zatímco se s doplňujícím výkladem smlouvy v zahraniční judikatuře setkáváme relativně běžně, v české soudní praxi na něj – alespoň ve své přiznané podobě – zatím čekáme. Podněty tak prozatím přichází zvenčí. Předně v podobě doktrinární výzvy zejména vlivem německé civilistiky,⁴ která tento institut mohla vypilovat na desítkách případů na úrovni nejvyššího soudu (BGH)⁵ a představuje tím velký zdroj inspirace.

Krom doktríny je s doplňujícím výkladem (alespoň nepřímo) konfrontována i naše obchodní praxe. Od 90. let minulého století se do našeho prostředí (nejen v mezinárodním obchodě, kde je to pochopitelné) neorganicky prosazují smluvní konstrukce charakteristické pro země *common law*. Důvody těchto smluvních implantátů mohou být různé: snaha o standardizaci v nadnárodním prostředí, pohodlnost (text původní smlouvy je prostě přeložen a podepsán bez domýšlení důsledků), neokoloniální arogance nebo prosté memetické šíření módních smluvních manýr.

V zemích *common law* představuje tzv. *constructive interpretation* (respektive obecnější koncept tzv. *implied terms*) standardní způsob řešení smluvních mezer. Strany na to často pamatují ve smlouvě a dopředu se snaží limitovat zásahy soudu či jim alespoň dát jasný směr. Anticipují jej v rámci košatých definičních ustanovení a zejména pak komplexností a podrobností smlouvy – často ve snaze dosáhnout vyčerpávajícího a úplného řešení (*complete express contract*), které u kontinentálního právníka vyvolává – dle jeho mentality – úsměv či zděšení.

Jako kdyby neexistovala záchytná síť dispozitivního práva a vše proto muselo být řečeno a řešeno explicitně, hlavně se vyhnout rizikům, která přináší doplňující interpretace soudu (*implication*). Heinrich Kötz⁶ v této souvislosti upozorňuje na to, že podpůrná pravidla (*default rules*) samozřejmě existují i v zemích *common law*, obvykle ale nemají podobu psaných dispozitivních norem. Svůj zdroj mají v judikatuře, která nemusí být

³ V pracovním překladu autora: „zjistit a zohlednit to, co strany sice neprojevíly, avšak co by s ohledem na celkový účel smlouvy vyjádřily, kdyby opomenutou otázkou – respektujíc přitom příkaz poctivosti i dané zvyklosti – ve smlouvě zohlednily“.

⁴ Fundovanou analýzu o doplňujícím výkladu v německy mluvících zemích (zejména SRN) a možnostech jeho recepce v českém právu přinesl českému čtenáři Filip Melzer v rámci svého komentáře k § 545 o. z. (srov. MELZER, F. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kolektiv. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III*. Praha: Leges, 2014, s. 490–512). Autor se staví za přípustnost doplňujícího výkladu smlouvy v českém právu.

⁵ Srov. systematickou obsaženou GOBECKER, W. *Implied terms und Treu und Glauben*. Berlin: Duncker Humblot, 1999, s. 165.

⁶ Srov. KÖTZ, H. *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung. Juristische Schulung*. 2013, č. 2, s. 289.

dostupná nebo přehledná. „Rezervní“ úprava není právníkům v zemích *common law* přehledně „na očích“ jako dispozitivní úprava v kontinentálním právním okruhu, což nutí strany k větší formulační pečlivosti. Svou roli možná hrají i kulturní a sociální aspekty. Představa, že se smlouva omezí na to nejnutnější a v ostatním se strany spolehnou na stát (dispozitivní státní právo, interpretujícího soudce, případně obojí) je pro právníka z okruhu *common law* hůře stravitelná pro svou „paternalistickou pachut“.

Dogmatické uchopení doplňujícího výkladu smlouvy ani v zahraničí jednoznačné zdaleka není, což se odráží v nejistotě o předpokladech doplnění, jeho legitimitě a limitech. Tím spíše to bude platit v českém právu, ve kterém je doplňující výklad zatím jen předmětem teoretických úvah a jeho cesta do praxe – pokud ji vůbec najde či v tuhé konkurenci s alternativními postupy pro vyplnění „mezer“ vybojuje – bude velmi komplikovaná.

Pro právníky bude do jisté míry i problémem vnitřním, neboť každé viditelné řešení má své méně viditelné stíny.

Odpůrci doplňujícího výkladu tak budou muset zahrnout lákavou zahraniční inspiraci, zejména propracovanou doktrínu německou, která doplňující výklad standardně připouští a věnuje mu v odborné literatuře velkou pozornost. Uniknout magnetické přitažlivosti německých právnických knihoven vyžaduje energii a odvahu – již proto, že se tím vystavujeme podezření ze zpátečnictví a setrávání na zastaralé judikatuře.⁷

Naopak příznivci se (v zemi, která se bolestně zbavuje dědictví reálného socialismu a kde každý náznak sociálního inženýrství⁸ vyvolává alergické reakce) budou muset smířit s onou „pachutí paternalismu“, kterou zmiňuje Kötz. Budou také muset akceptovat nebezpečí, že aktivistické soudy (pod ušlechtilou záminkou konečného naplnění autonomie vůle stran) budou smlouvy doplňovat arbitrárně, s cílem o obsahovou korekturu a bez ohledu na skutečnou vůli „nerozumných“ stran. To vše s alibistickým zdůvodněním, že přeci nenahrazují vůli stran, jen doplňují obsah smlouvy⁹, přičemž ve skutečnosti o náhradu vůle (její aktualizaci a derivát v novém kontextu) samozřejmě jde. Zastánci doplňujícího výkladu tak musí akceptovat dvě z jeho největších rizik: nebezpečí, že se soud a) neubrání nutkavému pokušení dotvářet smlouvu podle aktuálního stavu věci (*temptation of hindsight*)¹⁰ a nikoliv zpětně podle hypotetické vůle v době uzavření smlouvy, a b) provede současně obsahovou korekturu – a „špatnou smlouvu“ z pozice profesionála za strany vylepší.

Cílem tohoto příspěvku je odhadnout, jak se k doplňujícímu výkladu smlouvy postaví naše budoucí praxe: zda jej (v souladu s negativním postojem důvodové zprávy k o. z.) odvrhne jako nezvaného vetřelce, či zda jej i se všemi riziky uvítá jako efektivní nástroj řešení mezer ve smlouvě.

⁷ Srov. např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 7. října 1998, sp. zn. 1 Odon 110/97, v němž dovolací soud uvádí, že „výkladem lze pouze zjišťovat obsah právního úkonu, nelze jim však projev vůle doplňovat“.

⁸ Srov. např. ELIÁŠ, Karel. K článku JUDr. Stanislava Křečka „Zamyšlení nad návrhem nového občanského zákoníku“. *Bulletin advokacie*. 2008, č. 9, s. 22.

⁹ Takto např. BGH v rozhodnutí ze dne 26. 6. 2014 – III ZR 288/13: „[...] lediglich der Vertragsinhalt, nicht aber der Vertragswille darf ergänzt werden“ (v pracovním překladu autora: „doplněn má být pouze obsah smlouvy, nikoliv ale vůle stran“).

¹⁰ Srov. např. rozhodnutí čerstvého rozhodnutí Court of Appeal ve věci *Bou-Simon v BGC Brokers LP* [2018] EWCA Civ 1525, ze dne 5. července 2018 (<<https://www.20essexst.com/case/bou-simon-v-bgc-brokers-llp-2018-ewca-1525-civ>>): „It was wrong to imply a term to reflect the merits of the situation at the time of the trial. Hindsight should not be applied merely because it appeared fair, or the court considered that had such a term been suggested to the parties they would have agreed to it. Implied terms should be judged from the perspective of the reasonable reader of the agreement, knowing all of its provisions and the surrounding circumstances at the time it was made“.

2. „Doplňující výklad“ není výklad

Podstata řady problémů se obvykle odráží v jazyku, kterým se jej snažíme popsat. Spory vyvolává již samotné označení „doplňující výklad“. Např. Filip Melzer namísto pojmu „doplňující výklad“ volí termín „doplnění smlouvy“,¹¹ neboť podle něj v něm převažuje heteronomní působení soudu (banálně vyjádřeno: soud neinterpretuje, nýbrž hledá obsah smlouvy za strany).

S tím lze jen souhlasit. O skutečný výklad smluvních ujednání nejde. U „doplňujícího výkladu“ není soudce archeologem, který s námahou odkrývá minulou vůli stran. Doplněním smlouvu soudce nejen interpretuje (to samozřejmě také), nýbrž ji (a to zejména) současně tvoří. Staví smluvní konstrukci tam, kde ji strany z nějakého důvodu, například z nedostatku vůle, času, znalostí, představivosti či zájmu, nevybudovaly samy. Stejně jako u výkladu sice začíná s konkrétními ujednáními, ovšem po zjištění, že smlouva na danou otázku nepamatuje, neúplnost soud odstraňuje tím, že jí „domýšlí“ obsah za strany v simulaci jejich hypotetické vůle – a to do důsledků, které původně byly mimo jejich horizont či zájem.

Nemá tak jít o rekonstrukci kontraktace, tj. hlubší a sofistikovanější výklad právního jednání stran, nýbrž o výsledek vycházející z jejich předpokládané, hypotetické vůle v čase uzavření smlouvy. Je to paradox: soud sice vychází z autonomie stran, které „pomáhá“ tím, že pak za strany část obsahu smlouvy heteronomně vytvoří jako specifický derivát původní vůle stran.

Vyjádřeno příměrem: u standardního jednoduchého výkladu soud „čte řádky“ (obsah jednání) a obvykle i „mezi řádky“ (zohlední kontext, zavedenou praxi, zvyklosti...). U doplnění však tyto „řádky“ sám tvoří (a současně sám interpretuje). I z tohoto důvodu je vhodné odlišovat standardní výklad (který se odráží od alespoň imanentní vůle stran v době kontraktace) od doplnění smlouvy, které může být kompletním nahrazením vůle stran ve zcela novém kontextu. Význam to má mj. pro možnost vyloučení dispozitivní právní úpravy, kterou je nutno hledat ve skutečné vůli stran, nikoliv v „doplňujících výkladu“, jenž má – pokud vůbec – dispozitivní právo následovat (blíže k tomu viz závěr tohoto příspěvku).

I přes výše uvedené se v dalším textu přidržím ustáleného pojmu „doplňující výklad smlouvy“, mj. proto, že s ním takto pracuje zahraniční doktrína a judikatura, kterou budu také citovat. Pojem „doplňující výklad smlouvy“ je však třeba vnímat s licencí uvedenou výše a současně jako výraz zmatení, které doplňující výklad přináší.

3. „Doplňující výklad smlouvy“ – zákonné či soudcovské právo?

Doplňující výklad smlouvy je aprobevován ve většině vyspělých zemí, rozdíly jsou ale ve způsobu této aprobevace. V některých státech jej explicitně upravuje zákon, jinde je řešení ponecháno soudům. Ty se pak – při absenci konkrétnější úpravy – obvykle opírají o obecnější ustanovení obsahující materiální korektivy.

Doplnění smlouvy bylo běžné patrně v římském právu¹² – a to i bez jakékoliv zákonné opory. Tu jako první z moderních předpisů přinesl čl. 1160 francouzského *Code civil*,¹³

¹¹ MELZER, F. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kolektiv. *Občanský zákoník – velký komentář*. Svazek III, s. 492.

¹² Srov. literaturu uvedenou např. in: BAYINDIR, M. I. *Die ergänzende Vertragsasulegung im Spiegel der Rechtsprechung. Der Versuch einer Dogmatik*. Berlin: Peter Lang, 2016, s. 5, pozn. pod čarou 18.

¹³ Čl. 1160 *Code civil*: „On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées“.

který později s obdobným řešením následoval španělský občanský zákoník (*Código Civil*) v čl. 1278.

Judikatorní cestu zvolilo např. německé právo. Německá literatura se o doplňujícím výkladu poprvé zmiňuje zhruba od konce 19. století, judikatura vyšších soudů laborující s tímto pojmem se ale objevuje až v roce 1953.

Z rozhodnutí druhého senátu BGH ze dne 22. dubna 1953 – II ZR 143/52 plyne mj. následující: „*Enthält ein Vertrag innerhalb seines tatsächlich gegebenen Rahmens einen offen gebliebenen Punkt (Vertragslücke), so hat der Richter eine solche Lücke durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. Die ergänzende Vertragsauslegung darf sich nicht in Widerspruch zu dem im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen setzen und darf nicht zu einer unzulässigen Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen.*“¹⁴

V SRN se doplňující výklad smlouvy obvykle opírá o obecná ustanovení § 157¹⁵ či 242 BGB,¹⁶ která žádají výklad smluv v souladu s principy poctivosti a zvyklostmi, respektive upravují obecné korektivy plnění. Citovaná ustanovení tak nejsou kodifikací doplňujícího „výkladu“ smlouvy,¹⁷ jak ji známe např. z DCFR,¹⁸ nýbrž vytyčují obecné zásady (princip poctivosti), z nichž soudy dovozují legitimitu své intervence do smluv.

V českém právu by se soudy teoreticky mohly obdobně opřít o ustanovení § 545 o. z., který následky právního jednání určuje nejen podle vyjádřeného obsahu a zákona, ale obsah práv a povinností dovozuje také z dobrých mravů, zvyklostí a zavedené praxe stran (jak uvidíme níže, lze stejné ustanovení ale použít proti doplnění smlouvy v rámci „konkurenčního“ dotváření práva). Explicitní úprava doplňujícího výkladu smlouvy v českém právu chybí, což – jak uvidíme níže – není náhoda; jde o kvalifikované mlčení zákonodárce, který doplňující výklad rázně odmítl.

Pokud občanský zákoník upravuje „doplnění“ smlouvy, činí tak jen ve specifických situacích (ideálním příkladem je doplnění smlouvy v případech, kdy strany sjednaly, že určitou náležitost smlouvy určí třetí osoba nebo soud, srov. § 1749 o. z.; dalším příkladem může být spravedlivé uspořádání práv a povinností stran dle § 577 o. z.; za „doplnění smlouvy“ lze s určitou licencí považovat i adaptaci závazku u podstatné změny okolností dle § 1766 o. z.).

Inspirace českému zákonodárci pro „obecný doplňující výklad“ určitě nechyběla. Byl jí čl. II – 9.101 odst. 2 Návrhu všeobecného referenčního rámce, DCFR. Citované ustanovení zní následovně: „*Where it is necessary to provide for a matter which the parties have not foreseen or provided for, a court may imply an additional term, having regard in particular to: (a) the nature and purpose of the contract; (b) the circumstances in which the contract was concluded; and (c) the requirements of good faith and fair dealing.*“ Komplikovanější a patrně méně paternalistické¹⁹ řešení pak najdeme v Návrhu nařízení o Společné evropské právní úpravě prodeje (CESL, *Common European Sales Law*).²⁰

¹⁴ Zdroj: <https://www.jurion.de/urteile/bgh/1953-04-22/ii-zr-143_52/>. V pracovním překladu autora: „V případě, že smlouva obsahuje v rámci skutečně daného rámce otevřený bod (smluvní mezeru), má tuto mezeru uzavřít soudce doplňujícím výkladem smlouvy. Doplňující výklad smlouvy nesmí být v rozporu s vůlí strany vyjádřenou ve smlouvě a nesmí vést k nepříjemnému rozšíření předmětu smlouvy.“

¹⁵ Citované ustanovení § 157 BGB zní v originále takto: „*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*“

¹⁶ Citované ustanovení § 242 BGB zní v originále takto: „*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*“

¹⁷ Die BAYINDIR, M. I. *Die ergänzende Vertragsauslegung im Spiegel der Rechtsprechung. Der Versuch einer Dogmatik*. Berlin: Peter Lang, 2016, s. 1.

¹⁸ K tomu v podrobnostech dále.

Podnět referenčního rámce (a teoreticky i CESL) ovšem zůstal v rámci české rekodifikace nevyslyšen, navíc kvalifikovaným způsobem, který svědčí závěru, že šlo o vědomé odmítnutí a nikoliv přehlédnutí či neochotu věc řešit na zákonné úrovni.

4. Odmítnutí doplňujícího výkladu smlouvy v důvodové zprávě

Odpůrci doplňování smlouvy v českém právu najdou oporu svého negativního postoje v důvodové zprávě o. z.²¹ Ta v části věnované § 555 až 558 o. z. uvádí mj. následující:

„V osnově se navrhuje opustit důraz na formální hledisko projevu, typický pro platný občanský zákoník (zejména v § 35 odst. 2) a klást větší důraz na hledisko skutečné vůle jednajících osob, jak to činí již dnes obchodní zákoník (zejména v § 266). Z obdobných zásad vychází i Návrh všeobecného referenčního rámce (DCFR) v čl. II. – 9.01. odst. 1. Při úpravách osnovy bylo zvažováno, zda nepřevzít i druhý odstavec tohoto ustanovení,²² zakládající soudu pravomoc doplnit projev vůle o ustanovení, které v ní chybí, ač se jeví jako nezbytné. V diskusích se argumentovalo zejména příklady z rozhodovací praxe Nejvyššího soudu, např. rozsudky sp. zn. 31 Odo 495/2006 z 15. 10. 2008 (R 61/2009) nebo sp. zn. 20 Cdo 2131/2007 z 27. 5. 2009, podle nichž zakládá neplatnost smlouvy o zajišťovacím převodu práva skutečnost, že si strany neujednaly, jak se vypořádají, nesplní-li dlužník zajištěný dluh řádně a včas. Konkrétně tyto otázky osnova řeší jinde podrobnější úpravou zajišťovacího převodu práva, takže citovaná rozhodnutí Nejvyššího soudu budou nadále nepoužitelná. Navíc osnova sama poskytuje stranám dostatečný prostor k tomu, aby si možnost doplnění projevů jejich vůle osobou třetí nebo soudem ujednali a umožňuje jim zhojit vadu právního jednání spočívající v neurčitosti nebo nesrozumitelnosti projevu vůle. Pokud jde o jiné myslitelné případy, vychází se z pojetí, že zákonná direktiva sledující dání přednosti platnosti právního jednání před neplatností je ve spojení s dalšími (zejména úvodními) ustanoveními dostatečná a že není důvod, nejde-li o mimořádné případy zvláště upravené, otvírat soudu jako orgánu veřejné moci příliš velký prostor k tomu, aby do projevů vůle soukromých osob ze své moci a bez návrhu vstupoval a aby obsah jejich právního jednání doplňoval nebo měnil.“

Některé argumenty tvůrců důvodové zprávy jsou na první pohled neudržitelné. Zejména tím myslím poukaz na to, že rozhodnutí Nejvyššího soudu týkající se zajišťovacího převodu již budou podle nové úpravy bezpředmětná, neboť materie je v nové úpravě vyřešena bez nutnosti „domýšlení obsahu smlouvy“. Jádrem sporu je ale přeci v tom, zda dovolit doplňování smlouvy jako takové a nikoliv vyřešit konkrétní otázku u zajišťovacích převodů. To, že nový občanský zákoník sprovedl ze světa jednu ze situací, ve kterých se doplňující „výklad“ snad měl v minulosti použít, není přeci argument proti doplnění smlouvy jako takovému.

Rada poskytnutá slovy „osnova sama poskytuje stranám dostatečný prostor“ ujednat si doplnění projevů jejich vůle, či dokonce zhojit vadu dohodou tam, kde již dohoda není

¹⁹ Srov. čl. 68 odst. 3 CESL.

²⁰ Čl. 68 Contract terms which may be implied stanovil následující: „1. Where it is necessary to provide for a matter which is not explicitly regulated by the agreement of the parties, any usage or practice or any rule of the Common European Sales Law, an additional contract term may be implied, having regard in particular to: (a) the nature and purpose of the contract; (b) the circumstances in which the contract was concluded; and (c) good faith and fair dealing. 2. Any contract term implied under paragraph 1 is, as far as possible, to be such as to give effect to what the parties would probably have agreed, had they provided for the matter. 3. Paragraph 1 does not apply if the parties have deliberately left a matter unregulated, accepting that one or other party would bear the risk.“

²¹ Cit. dle <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>>.

²² Srov. výše citovaný čl. II – 9.101 odst. 2 Návrhu všeobecného referenčního rámce.

možná pro spory mezi stranami, je radou z rodu knížecích. Svědčí o nedostatečné empatii k problémům praxe, od které se prostě žádá příliš. Zvláště v kontinentálním prostředí z ekonomických důvodů dáváme přednost stručnějším smluvním ujednáním²³ před komplexními a robustními smluvními úpravami, jejichž rozsah by nebyl úměrný významu upravované materie.

Přesto se se skepticismem tvůrců důvodové zprávy ztotožňuji. Nosný argument proti doplňujícímu výkladu zdůrazňuje nebezpečí intervence veřejné moci do autonomní vůle stran. Obavy tvůrců důvodové zprávy jsou pochopitelné, ostatně nejsou původní; setkáváme se s nimi trvale od počátků existence „doplňujícího výkladu“.²⁴ U nás je navíc zesiluje neblahá historická zkušenost se socialistickým právem a soudnictvím.

V dalších částech příspěvku se zaměřím na to, zda je vůbec pro doplňující výklad prostor v situaci, kdy máme alternativní řešení ve standardních metodách výkladu, v dotváření práva, v dispozitivní právní úpravě nebo zcela pragmaticky i v procesním právu.

Své závěry se pokusím ilustrovat na konkrétním případě posuzovaném Nejvyšším soudem.²⁵ Příklad se mj. týkal vyplňovacího práva k blankosměnce (čl. I § 10 s. š. z.), listině, která se věřiteli vydává v neúplné podobě k následnému doplnění. Vyplňovací právo ke směnce bylo v daném případě ujednáno konkludentně: dlužník podepsanou blankosměnku věřiteli předal a ten ji mlčky jako nehotovou přijal. Strany si neujednaly konkrétní podmínky a parametry vyplnění blankosměnky výslovně. Soudy pak stály před otázkou, co vlastně strany o doplnění směnky ujednaly. Nejde sice o typický případ pro doplňující výklad (ten obvykle reaguje na nečekané konstelace, na které strany pamatovaly; k demonstraci způsobů, jakým mezeru ve smlouvě alternativně doplnit, však poslouží dostatečně.

Zdeněk Kovařík²⁶ k tomu publikoval názor, že pokud byla listina nepochybně předána nabyvateli jako blankosměnka, přičemž rozsah vyplňovacího oprávnění není z dohody zřejmým, je vhodné přijmout závěr, že nabyvatel náležitosti doplní „způsobem, který odpovídá obvyklým poměrům konkrétního případu, ke kterému se směnka váže, s ohledem na zvyklosti, které se mezi těmito dvěma subjekty vyvinuly (např. obvykle stanovená splatnost kupní ceny) nebo které při nedostatku praxe mezi účastníky jsou na konkrétním trhu pravidelně uplatňované“.

Z rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 2015, sp. zn. 29 Cdo 860/2012, plyne mj. následující: „Dohoda o vyplnění blankosměnky (ať již k jejímu uzavření došlo písemně, ústně či jen konkludentně), v níž bylo sjednáno právo majitele listiny doplnit do blankosměnky chybějící údaje, není (z hlediska její určitosti) neplatná jen proto, že neobsahuje současně ujednání o způsobu, jakým mohou být konkrétní údaje na blankosměnku doplněny. V případě, že blankosměnka byla vystavena jako prostředek zajištění jiné (kauzální) pohledávky, bude v takové situaci – při absenci odlišného ujednání – pro vymezení obsahu uděleného vyplňovacího práva (pro určení, kdy a jakým způsobem může jeho nositel chybějící údaje do blankosměnky doplnit) určující především obsah kauzálního vztahu, jehož se vystavená blankosměnka týká. Jinak řečeno, nevyplývají-li z úmluvy účastníků směnečného vztahu konkrétní podmínky, za nichž může být blankosměnka doplněna chybějícími údaji, bude

²³ KÖTZ, H. Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung. *Juristische Schulung*. 2013, č. 2, s. 291.

²⁴ Německá literatura varuje před tím, aby se „doplňující výklad“ stal jakýmsi blankošekem (*Freibrief*) pro agilního soudce či způsobem, jak poručníkovi strany či je vodit za ručičku (*Gängelung*), srov. CZIUPKA, J. Die Ergänzenzende Vertragsauslegung. *Juristische Schulung* 2009, č. 2, s. 103; nebo BUNTE, H.-J. Ergänzenzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, s. 1145.

²⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30. 6. 2015, sp. zn. 29 Cdo 860/2012.

²⁶ KOVÁŘÍK, Z. *Směnka a šek v České republice*. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 121.

majitel listiny při jejím vyplňování vycházej z poměrů založených kauzálním vztahem, jenž byl podkladem pro vydání (blanko)směnky.“

Případ je velmi vhodný pro demonstraci (zdánlivých) mezer ve smlouvě, jakož i k ukázce možností, které má český soud podle aktuální úpravy k dispozici pro jejich pragmatické vyplnění. Vhodný je také proto, že závěr dovolacího soudu není vlastně nijak odůvodněn (pomineme-li rozsáhlé citace z konsonantní odborné literatury²⁷), zní ale „rozumně“ a je bez výhrad akceptován i odbornou literaturou. Soud ovšem nesděljuje přesný postup, jak k závěru dospěl – nechceme-li tedy za něj považovat argument typu „nutno mít za to“. Odůvodnění si tak můžeme doplnit (svérázným „doplňujícím výkladem“ soudního rozhodnutí) sami.

Uvažujme teoreticky o tom, že v nějakém obdobném případě v budoucnu by k určení obsahu vyplňovacího práva mohl soud teoreticky přistoupit „doplňujícím výkladem“. Soud by tedy mohl konstatovat, že obsah vyplňovacího práva strany neupravily a následně by jej mohl s uvážením okolností případu za strany „vytvořit“. Jak se pokusím prokázat v dalším textu, potřebné to ale nebude; ostatně to prokazuje právě citovaný rozsudek dovolacího soudu, který si s konkretizací vyplňovacího oprávnění poradil na dvou stranách rozsudku.

Nejprve se zaměřím na možnost, že by se k určení obsahu vyplňovacího práva, pokusil soud dostat cestou jednoduchého výkladu.

5. Konkurence standardních výkladových postupů

I v sebelepší smlouvě najdeme mezery. Jejich doplnění v rámci tzv. doplňujícího výkladu je na místě jenom tehdy, pokud jde o protiplánovou mezeru (v německé doktríně se pro tuto situaci rází pojem *plannwidrige Regelungslücke*). Je přitom jedno, zda jde o mezeru zřejmou již od počátku, či o mezeru, kterou přivedl na světlo až další vývoj (konstelace, na kterou strany vůbec nepamatovaly). Prioritu má v každém případě standardní výklad právního jednání – pokud v jeho rámci můžeme najít řešení, není třeba hledat další hypotetické cesty.

Imanentním předpokladem a podmínkou pro jakékoliv doplnění smlouvy je tedy mezera ve smlouvě, kterou nejsme schopni odstranit běžným výkladem. Bez ní je institut doplnění samozřejmě nemyslitelný, mezera je jeho *raison d'être*.

K „doplnění smlouvy“ a tedy odstranění mezery má již nyní český soud k dispozici nástroje, které se ve finále mohou shodovat s efekty „doplňujícího výkladu“ smlouvy. S velkou nadsázkou lze dokonce konstatovat, že „doplňující výklad“ je u nás doma již nyní a nemusí tedy vybojovat zápas o život jako štvanec v nepřátelském prostředí. Možností má soud několik.

V rámci standardního (tzv. jednoduchého) výkladu můžeme rozlišovat tři interpretační postupy, jež se – s nadsázkou řečeno – liší mírou respektu interpreta ke skutečné vůli tvůrce. V prvním z nich interpret zjišťuje vůli tvůrce v okamžiku právního jednání, hovoříme proto o empirickém či subjektivním výkladu.²⁸ Ve druhém směřujeme k významu,

²⁷ Např. Smítek k tomu uvádí toto: „rozsah práva na vyplnění se řídí úmluvou. Není-li určitého ujednání o tom, nutno mít za to, že nabyvatel listiny ji smí vyplniti s přihlédnutím k právnímu poměru kausálnímu, jenž tvoří podklad vydání listiny.“ SMÍTEK, J. – ŠTĚPINA, J. *Jednotný směnečný řád*. Praha: 1941, s. 76.

²⁸ Nemusí jít nutně o náročnou a sofistikovanou interpretaci, často jde spíše jen o prostou recepci či jednoduchá skutková zjištění o (nejasné či nedostatečně projevené) vůli tvůrce projevu.

kteřé by mu dala konkrétní protistrana, které byl projev určen. V případě pochybností se ovšem výklad „normativizuje“ a jako referenční subjekt pak vystupuje objektivní adresát (*objektiver Empfänger, reasonable recipient, homme raisonnable*). V tomto smyslu se hovoří o objektivizujícím výkladu,²⁹ který ovšem může být i zcela vědomou a aprobovanou misinterpretací, neboť se může lišit od skutečné vůle jednajícího.³⁰

Paušalizace je pak ještě více posílena u třetího postupu: zde již zcela odhlédneme od reálných účastníků a jejich konkrétních poměrů a rozhoduje toliko typický význam sporného textu.

Z tohoto rozlišení vychází i naše aktuální úprava. Občanský zákoník favorizuje empirický (subjektivní) výklad. Předpokládá v první řadě výklad dle úmyslu jednajícího. Text smlouvy pak má ustoupit vůli jednajícího, která je rozhodným východiskem interpretace (srov. znění „vyloží se podle úmyslu jednajícího“ v § 556 o. z.³¹).

To však platí jen za podmínky, že o úmyslu druhá strana věděla, či o něm musela vědět. Subjektivní výklad se tedy za určitých podmínek „přesouvá“ směrem k adresátovi projevu (přesněji řečeno větší vliv má jeho vlastní percepce věci). Pokud o úmyslu druhá strana nevěděla, lze výklad vést v intencích úmyslu jednajícího jen tehdy, pokud je tato neznalost neobhájitelná: tkví v nedostatečné bdělosti a úsilí protistrany.

Ve frontě na realitu ovšem nemá (respektive nemůže) interpret čekat věčně. Pokud není empirický výklad úspěšný, je na řadě druhá etapa, tj. objektivní (případně normativní) interpretace, kde projevy poměřujeme modelem obvyklého adresáta. Výklad typický pak nastupuje pouze v případě trvajících pochybností a bez dalšího pouze tam, kde jde o vztahy s podnikatelem.³²

Právě u objektivních výkladových postupů (kdy projevu vůle přisuzujeme význam, jaký by mu zpravidla přikládala osoba v postavení toho, jemuž je projev vůle určen, srov. § 556 odst. 1 věta druhá o. z. či výklad vedeme normativně podle jeho pravidelného³³ významu, srov. § 558 odst. 1 o. z.) se nabízí dostatek možností, jak mezeru skrytých (či dokonce zcela nevědomě) doplnit. Stranám lze podsunout mnohé a je přitom jedno, zda to bude pod rouškou „doplňujícího výkladu“, či pod méně nápadným jednoduchým normativním výkladem.

Soud se může nominálně zaštitit optikou pomyslné druhé smluvní strany či pravidelným významem projevené vůle – a pod tímto krytím pak může „vepsat“ do smlouvy i to, co do ní strany ve skutečnosti vůbec nezahrnuly. Hranice mezi doplněním smlouvy a objektivní interpretací se tak stírá. Nominálně sice existuje (stejně jako existuje hranice mezi tím, co strany dohodly a co nikoliv), nicméně spíše než státním hranicím s jednoznač-

²⁹ Specifickým případem normativního výkladu je pak výklad sporného výrazu k tíži jeho proponenta (výklad *contra proferentem*).

³⁰ Dle KOTÁSEK, J. Následné chování smluvních stran a jeho (ne)samozřejmé využití při jednoduchém výkladu smlouvy. *Časopis pro právní vědu a praxi* [online]. 2015, č. 1 [cit. 2018-10-28]. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/5353>>.

³¹ Občanský zákoník současně stanoví kritéria, ke kterým se má při empirické interpretaci projevu vůle „přihlédnout“. Dle § 556 odst. 2 o. z. se má při příkladu projevu vůle zohlednit a) praxe zavedená mezi stranami v právním styku, b) k tomu, co právnímu jednání předcházelo, c) k tomu, jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají.

³² V případě, že ve vztahu figuroval nepodnikatel, je typický výklad možný pouze tehdy, pokud straně musel být obvyklý význam textu znám (srov. v podrobnostech § 558 odst. 1 o. z.).

³³ Michaela Zuklínová k pojmu „pravidelně“ uvádí následující: „Za zmínku stojí výraz „pravidelně“, který je jistě třeba chápat jinak než výraz „zpravidla“ – už jen proto, že zákonodárce pro stejné jevy používá stejné označení, a pro různé jevy označení různá. Zatímco výraz „zpravidla“, který uvádí § 556 odst. 1, znamená obvykle, obvyčejně, většinou, výraz „pravidelně“ znamená stálý (kromě toho také rovnoměrný). Pokud se tedy nějakému výrazu přikládá v právním styku s podnikatelem pravidelně určitý význam, znamená to, že se tento význam onomu výrazu přikládá pokaždé, anebo zásadně pokaždé, když se výraz použije“ (dle ZUKLÍNOVÁ, M. Výklad právních jednání. In: *Právní prostor* [online]. 5. 8. 2012 [cit. 2018-10-11]. Dostupné z: <<https://www.pravniprostor.cz/clanky/rekodifikace/vyklad-pravnich-jednani>>).

ným předělem se blíží hranicím vegetačních pásem. Není ostrá. Platí to i obráceně, což prokazují i zahraniční zkušenosti s případy, ve kterých soudy standardní (jednoduchý) výklad servírují publiku jako „doplnění smlouvy“.³⁴

Vrátíme-li se k našemu příkladu s blankosměnkou, lze konstatovat, že i zde mohl plausibilní odůvodnění soud formulovat už na základě běžného (jednoduchého) výkladu. V něm by nejprve zjišťoval vůli stran, mj. i s ohledem na dosavadní praxi. Ve sporu je obvykle již velmi obtížné určit skutečnou vůli stran při uzavírání smlouvy, soud by ale mohl podle okolností vyjít např. z toho, že v minulosti strany vždy použily blankosměnku určitým způsobem (utvrzení kauzálního dluhu) a lze proto z pohledu dobrověrné a svědomité strany legitimně dovodit, že tutéž funkci (vyjádřenou stejným obsahem smlouvy o vyplnění směnky) strany ujednaly i nyní.

V případě, že by žádná praxe mezi stranami neexistovala a vůli účastníků by nebylo možné určit ani jinými způsoby, mohl by se soud posunout k objektivním výkladovým cílům a obsah smlouvy odvozovat od rozumných očekávání standardního adresáta (§ 556 odst. 1 o. z.). Obsah smlouvy by tedy určoval na základě očekávání stran v případě, že dlužník mlčky předá věřiteli neúplnou směnku k pozdějšímu doplnění – tím je obvykle kauzální poměr mezi účastníky. Zdánlivou mezeru ve smlouvě je tak možno odstranit standardním „jednoduchým“ výkladem.

6. Exkurs: Skutková domněnka

Další pragmatickou variantou jak fakticky „doplnit“ smlouvu o vyplňovacím právu směnečném poskytuje v rámci hodnocení důkazů soudem konstrukce skutkové domněnky: pokud strany ve smlouvě nesjednaly pro určitou situaci výslovné řešení, může být pak podle zkušenosti a vnitřního přesvědčení soudu „rozumné“ („vhodné“, „namísto“ atp.) předpokládat, že zvolily určité konkrétní řešení (v daném případě tedy doplnění dle kontur kauzálního poměru). O této variantě se zmiňují jen z pragmatických důvodů – a zejména proto, že právě takto patrně postupovaly soudy při hodnocení obsahu konkludentně uděleného vyplňovacího směnečného oprávnění v komentovaném případě Nejvyššího soudu. V podrobnostech je třeba odkázat na příslušnou literaturu k procesnímu právu. Zde jen několik stručných poznámek.

Skutkové domněnky se odlišují od domněnek právních (zákonných) tím, že nemají povahu pravidel o dělení důkazního břemena. Své uplatnění nachází v rámci procesního dokazování a hodnocení důkazů. Mají obvykle povahu základních zkušenostních vět, které se v podstatné míře podílejí na posuzování skutkového stavu soudem a odrážejí vnitřní přesvědčení soudu. Skutková domněnka se zakládá výhradně na všeobecné lidské zkušenosti a praktickém myšlení. Nemá proto právní základ a není ani normativně upravena.³⁵

J. Macur k nim uvádí: „Pokud se naopak soudu nepodaří ani za pomoci skutkové domněnky náležitě objasnit rozhodující skutečnosti, nezaloží své rozhodnutí na úvaze o abstraktní pravděpodobnosti, ale musí konstatovat vznik stavu *non liquet* a rozhodnout na základě pravidel o důkazním břemenu, stanovených zákonem. Skutkové domněnky, založené na abstraktní pravděpodobnosti, nemají povahu norem o důkazním břemenu a nestanoví rozdělení procesního rizika mezi spornými stranami. Vztahují se pouze k dokazování, resp. k hodnocení důkazů v civilním soudním řízení. V základech abstraktní pravděpodobnosti

³⁴ K příkladu viz NEUNER, J. *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*. Svazek 1. Mnichov: C. H. Beck, 2007, s. 918.

³⁵ WINTEROVÁ, A. a kol. *Civilní právo procesní*. 6. vydání. Praha: Linde, 2011, s. 233.

leží životní zkušenost, která umožňuje hodnocení určitých skutkových tvrzení, nikoliv však dělení procesního rizika.³⁶

Soud v daném případě – bez jednoznačného potvrzení – pracoval se skutkovou domněnkou mající oporu v životní zkušenosti a rozumném očekávání v situaci, kdy je předána věřiteli blankosměnka bez konkretizujícího ujednání o obsahu vyplňovacího práva. To, že v takovém případě hledáme podklad v kauzálním poměru, odpovídá racionálnímu uspořádání i pravidelnému průběhu případů v praxi.

7. Dotváření práva bez nutnosti „doplňování smlouvy“

Dalším řešením, které soudu umožní vyhnout se nutnosti „doplňujícímu výkladu“, se zakládá na dotváření práva – typicky na aplikaci obecných korektivů, z nichž pak soud dovozuje povinnosti smluvní strany, aniž by bylo potřeba uvažovat o nějaké hypotetické vůli stran. Heinrich Kötz k tomu podotýká následující: *„Häufig kommt es vor, dass die Rechtsprechung zwar nicht eine Vertragslücke feststellt (und sodann durch ergänzende Vertragsauslegung schließt), sondern das gleiche Ergebnis dadurch erreicht, dass sie annimmt, es sei eine Vertragspartei gem. § 242, also nach ‚Treu und Glauben‘ mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, zu einem bestimmten – von den Parteien in dem Vertrag nicht erwähnten – Tun oder Unterlassen verpflichtet.“*³⁷

Ilustrativním příkladem mezery, která si podle soudů vynutila „soudcovskou výplň“ v německém právu, je starší případ *Praxistausch* posuzovaný před německým BGH.³⁸ Podstata případu³⁹ byla následující: dva lékaři se shodným předmětem činnosti se domluvili na výměně svých závodů (ordinací), které provozovali ve dvou různých místech (menších městech). Po devíti měsících provozu praxe v nové destinaci se jeden z lékařů rozhodl pro návrat do svého původního působiště a (znovu) si v něm otevřel ordinaci, která přímo konkurovala druhému lékaři. Na tuto variantu smlouva nepamatovala a řešení nepřinesla ani dispozitivní právní úprava. BGH zvolil cestu doplňujícího výkladu smlouvy v tom směru, že pro oba lékaře platí časové omezení dvou až tří let, po které nesmí otevřít svou praxi v blízkosti původního působiště.

Pokud bychom případ *Praxistausch* posuzovali dle českého práva, je otázka, zda bychom k rozumnému řešení nedospěli opět i bez nutnosti „doplňujícího výkladu“ smlouvy, tj. standardním výkladem vedeným s přihlédnutím k účelu smlouvy (výměna kmene pacientů a z toho imanentní povinnosti nepřebírat pacienty smluvního partnera).⁴⁰

Další cestu zde nabízí dotváření zákonného práva – konkrétně aplikace § 545 o. z., podle kterého právní jednání vyvolává nejen právní následky, které jsou v něm vyjádřeny, ale také právní následky plynoucí ze zákona, dobrých mravů, zvyklostí a zavedené praxe stran.⁴¹ Citované ustanovení potvrzuje fakt, který je imanentní každému závazku ze smlouvy: strany nesjednávají jen to, co ujednaly výslovně. Krom všech zmíněných zdrojů

³⁶ MACUR, J. *Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu*. Brno: Masarykova univerzita, 1996, s. 109–110.

³⁷ Cit. dle KÖTZ, H. *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*. *Juristische Schulung* 2013, č. 2, s. 294. V pracovním překladu autora: „Často dochází k tomu, že judikatura sice nekonstatuje existenci smluvní mezery (kterou by pak vyplnila doplňujícím výkladem smlouvy), nicméně stejného výsledku dosáhne tím, že povinnost smluvní strany k určitému jednání či zdržení se určitého jednání dovodí z ustanovení § 242, tj. z poctivosti (Treu und Glauben) a zvyklostí.“

³⁸ Rozhodnutí německého BGH (BGHZ 16, 71 – NJW 1966, s. 337).

³⁹ Volně podle CZIUPKA, J. *Die Ergänzenzende Vertragsauslegung*. *Juristische Schulung* 2009, č. 2, s. 103.

⁴⁰ Účel smlouvy může být hypoteticky dosaženo i náhradním způsobem: např. tím, že poškozený uplatní nárok na náhradu škody způsobené porušením dobrých mravů (§ 2909 o. z.).

⁴¹ Srov. také ustanovení § 10 o. z., které stanoví soudcovskému dotváření práva určité hranice.

(dobré mravy, zvyklosti, praxe) hrají roli (dokonce s prioritou před dispozitivní úpravou) i zvyklosti při právním jednání podnikatelů, srov. § 558 odst. 2 o. z. Povinnost zdržet po určitou dobu konkurenčního jednání by tak teoreticky mohla být imanentní součástí povinností obou smluvních stran dovozovanou nikoliv přímo ze smlouvy, nýbrž ze zákona: z korektivu dobrých mravů (pro úplnost však dodejme, že v českém právu by tento závěr byl ve skutečnosti problematický vzhledem k § 2975 o. z. o konkurenčních doložkách).

Vrátíme-li se k našemu příkladu s blankosměnkou, i zde bychom tedy mohli variantně vyjít z ustanovení § 545 o. z. bez nutnosti nějakého „doplňování“ smlouvy. Ujednání o blankosměnce s jejím předáním by tak vyvolávalo následky plynoucí z dobrých mravů a zvyklostí (příčemž doplnění sumy odpovídající kauzálnímu dluhu lze za takovou zvyklost bez větších pochybností považovat).

8. „Konkurence“ dispozitivní úpravy

Konečně je třeba alespoň okrajově⁴² zmínit patrně největšího nepřítele doplňujícího výkladu, kterým je v kontinentálním právu dispozitivní právo. Je totiž otázkou, zda vůbec dispozitivní právní úprava (v kombinaci s obecněji formulovanými kogentními normami – viz výše pasáže o dotváření práva) ponechává nějaký prostor pro vznik mezery ve smlouvě.

Dispozitivní právo působí podmíněčně, respektive subsidiárně, tj. pro případ, že si subjekty neujednají něco jiného. V případě dispozitivních právních norem dává stát přednost vůli stran, tj. prioritu má *lex contractus*.⁴³ Dispozitivní právo tím dovoluje „*nikoli to, aby se lidé určitým způsobem chovali po právu, ale to, aby si sami své právo inter partes vytvořili*“.⁴⁴ Úkolem soukromého práva je tak nabídnout životu k využití možnosti. Je na něm, zda po nich sáhne, či zda bude hledat svobodnou smlouvu.⁴⁵

Lze vůbec dovodit mezeru ve smlouvě v situaci, kdy se tyto podpůrné možnosti nabízí přímo v zákoně? Cožpak strany nepočítají (respektive nemají počítat – *ignorantia iuris neminem excusat*) implicitně se subsidiární zákonnou úpravou?

Příklad s blankosměnkou již pro ilustraci využít nemůžeme. Zákon směnečný a šekový nemá u blankosměnky žádné podpůrné řešení typu „*není-li ujednáno jinak, má se za to, že věřitel je oprávněn do směnky doplnit A*“. Pro úplnost však s touto variantou hypoteticky pracujme a ptejme se: jak by vůbec mohla – při absenci ujednání o obsahu vyplňovacího práva – vzniknout mezeru ve smlouvě, když by zákon podpůrně stanovil, že obsahem vyplňovacího práva je řešení X?

Problém je již při samotném vymezení smluvní mezery, kdy se část nauky staví za stanovisko, že mezeru ve smlouvě může existovat i bez ohledu na dispozitivní právo, které se k vyplnění podpůrně nabízí. Proti tomu stojí (v Německu patrně většinové⁴⁶) stanovisko, že o mezeře lze hovořit teprve tehdy, není-li možné najít řešení ani na základě dispozitivní

⁴² V podrobnostech odkazují na velmi podrobné pasáže o soudcovském doplňování smlouvy a doplňování pomocí dispozitivního práva v komentáři MELZER, F. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kolektiv. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III*, s. 499–506.

⁴³ HOLLÄNDER, P. Dvoji povaha dispozitivní právní normy. In: *Veřejná správa a právo. Pocta prof. JUDr. Dušana Hendrychovi*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 207.

⁴⁴ Blíže KNAPP, V. O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*. 1995, roč. 134, č. 1, s. 1–11.

⁴⁵ ELIÁŠ, K. K článku JUDr. Stanislava Křečka „Zamyšlení nad návrhem nového občanského zákoníku“, s. 22.

⁴⁶ Srov. např. přehled obsažený DEINERT, O. In: TONNER, K. – WILLINGMANN, A. – TAMM, M. a kol. *Vertragsrecht. Kommentar*. Köln: Luchterhand, 2010, s. 119; obdobně zdroje citované in BIEHL, B. *Grundsätze der Vertragsauslegung. Juristische Schulung*. 2010, s. 200, pozn. pod čarou č. 53.

úpravy. Pravidelné pořadí je tedy toto: jednoduchý výklad – dispozitivní úprava – doplňující výklad.⁴⁷

Řešení této otázky však není jednoznačné. Názory se rozpadají do řady variant, které dispozitivnímu právu upírají přednost před doplněním dle okolností případu: např. v závislosti na atypičnosti vztahu (zatímco u pojmenovaných smluv lze očekávat imanentní podřízení se zákonné podpůrné úpravě, u atypických smluv je tomu spíše obráceně), nebo podle zastaralosti dispozitivní úpravy (pokud je podpůrné řešení jako obsoletní standardně vylučováno ve smlouvách, máme k těmž dospět i v rámci doplňujícímu výkladu).

V zásadě však můžeme konstatovat, že pro vyloučení dispozitivní úpravy musí být jednoznačné a pádné důvody – pomineme-li zákonem založenou prioritu obchodních zvyklostí (srov. § 588 odst. 2 o. z.), může být dispozitivní úprava vyloučena na základě jednoduchého výkladu smlouvy, ze kterého vyplyne, že strany o podpůrné řešení ve skutečnosti nestály. Samotný doplňující výklad přednost před dispozitivním právem mít nemůže již proto, že není výkladem vůle stran⁴⁸ (ze které bychom mohli dovodit vůli k odchylce od subsidiární zákonné úpravy).

Dispozitivní úprava tak zůstává dominantní překážkou pro doplňující výklad tam, kde mu bere důvod jeho existence: odstraňuje mezeru vlastním podpůrným řešením.

Závěr

Cílem tohoto příspěvku bylo odhadnout, jak se naše budoucí soudní praxe postaví k tzv. doplňujícímu výkladu smlouvy – zda jej (v souladu s negativním postojem důvodové zprávy k občanskému zákoníku) odvrhne jako nezvaného vetřelce, či zda jej uvítá jako vhodný nástroj pro zacelení mezer ve smlouvě.

Mám za to, že české právo má i bez tzv. doplňujícího výkladu dostatek nástrojů, jak s mezerami ve smlouvě naložit, a to s podobnými, či dokonce s identickými efekty, jako je tomu u „doplňujícího výkladu smlouvy“. Řešení se nabízí v objektivním (normativním) výkladu smlouvy či v obecném dotváření práva (v českých podmínkách zejména aplikací § 545 a § 10 o. z.), které umožní riziko neúplnosti smlouvy přenést na protistranu. Limitem doplňujícího výkladu je dispozitivní právo, které může zaplnit část smluvních mezer – k tomu je ostatně zákonodárcem určeno.

Mají-li soudy dostatek tradičních nástrojů pro řešení mezer ve smlouvě, lze jen těžko očekávat, že zvolí postup, který český zákonodárce výslovně odmítl v důvodové zprávě (s vědomým opomenutím unifikačních projektů, zejména DCFR). Není důvodu, aby soudy usilovaly o stejné efekty pod provokujícím praporem „doplňujícího výkladu smlouvy“. Ten tak velmi pravděpodobně zůstane jen mimořádným řešením vyhrazeným pro zcela raritní případy a do našich učebnic vstoupí jako exotická výjimka.

⁴⁷ K argumentaci např. NEUMANN, J. *Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Bade-Baden: Nomos Verlag, 1988, s. 114.

⁴⁸ K tomu viz výše.

Filozofie trestného činu v pojmání brněnské trestněprávní školy

Vladimír Kratochvíl*

Abstrakt: Stať mapuje přístupy hlavních představitelů trestněprávní teorie působících na Právnické fakultě Masarykovy univerzity od jejího vzniku v roce 1919, zejména v meziválečném období. Trestný čin jakožto krucifiální pojem trestního práva hmotného co do jeho širšího, tzn. filozofického pojmání, a užšího, tj. trestněprávního teoretického pojetí a pojmového (definičního) vymezení, prošel různými historickými, recentními či soudobými peripetemiemi. Jejich propojení právě s brněnskou právní fakultou tak opravňuje k označení těchto přístupů termínem – „brněnská trestněprávní škola“. Těžiště textu je proto především historicky spojeno s takovými jmény jako např. Jaroslav Kallab, Erich Olšar a jiní. Jejich dílu bude věnována pozornost zejména i z toho aspektu, zda a jak inspirovali též následující, popřípadě aktuální vývoj v československé, respektive české trestněprávní teorii, a to nejen na brněnské právní fakultě.

Klíčová slova: brněnská trestněprávní škola, filozofie trestního práva a trestného činu, kompatibilismus (měkký determinismus), konvergence, integrace, teorie trestního práva, formálně-materiální pojetí trestného činu

Úvod

Sté výročí založení Masarykovy univerzity a jedné z jejích fakult – fakulty právnické – jež si v tomto roce připomínáme, přirozeně a zaslouženě evokuje zvýšený zájem zvláště o počáteční historické období jejího fungování, tedy éru meziválečnou (1919–1939). Pro ni je mimo jiné typické, že se zde naplnily snahy vytvořit protiváhu zatím jediné české vysoké škole univerzitního typu – Univerzitě Karlově. Akademické konkurenční prostředí coby *conditio sine qua non* skutečně tvůrčího pěstování vědy tak získalo ve druhé české vysoké škole a její právnické fakultě, potažmo katedře trestního práva, nepřehlédnutelnou oporu též díky silné podpoře prezidenta T. G. Masaryka. Touto cestou bylo takřkajíc „založeno“ na vznik a postupné formování *právních škol*, popřípadě v té návaznosti *trestněprávních škol*, které ve vzájemném odborném střetu čeřily filozoficky a teoreticky možná dosud relativně klidnou názorovou hladinu.

V tomto směru měla a (snad i dnes) má *brněnská (trestně)právní škola* své legitimní, protože nepochybně zejména historicky „odpracované“, a tudíž zasloužené místo. O tom, že počátky tohoto vývoje sahaly již před rok 1919, svědčí i tato slova: „*Polozapomenutý Kelsenův článek z r. 1913, v němž dal svou solidaritu s Weyrem najevo [...], dosvědčuje, že jejich vztah byl už těsně před vypuknutím války přátelský. [...] Stal se i základem pozdější spolupráce mezi Vídeňskou a Brněnskou právní školou. [...] Tato spolupráce měla pro vývoj české právní vědy velký význam. Aktivita brněnské právní školy a její dialog s pozitivisty pražského ražení byly v době mezi dvěma válkami nesporně hlavní hnací silou tříbení teoreticko-metodologických stanovisek české právní literatury.*“¹

O hodně později, již v době poválečné (zejména po roce 1950), konkrétně ve sporech o pojetí samotného trestného činu a jeho skutkové podstaty, se názorové střety přenesly

* Prof. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc., emeritní profesor, katedra trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: kravec@seznam.cz.

¹ KLABOUCH, J. Z předhistorie Vídeňské a Brněnské právní školy. In: HOUBOVÁ, D. (ed.). *Normativní teorie práva v kontextu právního myšlení*. Brno: Spisy Právnické fakulty MU v Brně, řada teoretická, sv. 90, 1991, s. 78.

až na úroveň pražské právnické fakulty (Univerzity Karlovy) a bratislavské právnické fakulty (Univerzity Komenského).²

Kruh se ovšem (nikoliv definitivně) uzavírá a teoretické debaty v historických zemích „Koruny české“ o trestném činu neustávají ani dnes. Jen se poněkud posunuly ve způsobu svého teoretického směřování a jeho sdělení. Spor neběží o to, zda materiální stránka trestného činu (dříve společenská nebezpečnost, nyní společenská škodlivost...) je, či není znakem jeho skutkové podstaty jako tehdy, nýbrž o to, zda materiální stránka je, či není definičním (pojmovým) znakem samotného trestného činu coby jediného základu trestní odpovědnosti, respektive, zda je, či není prvkem jeho pojetí; srov. nynější přístupy.³

1. Pojmové a metodologické poznámky

V zájmu náležité sdělnosti nabízeného textu se sluší blíže rozvést obsah základních kategorií, s nimiž jeho autor dále pracuje. Jinými slovy, jde též o to, uvést čtenáře do rámce úvah o daném tématu tak, aby jejich podstata vynikla pokud možno co nejzřetelněji a jako taková se popřípadě stala předmětem dalších možných diskusí o stěžejní kategorii trestního práva hmotného, jíž trestný čin, to vedle jiných, nepochybně zůstává a je i dnes.

1.1 Brněnská trestněprávní škola

Svého času poznamenal Z. Neubauer,⁴ že „V obecném povědomí rozšířené ztotožňování brněnské právní školy s normativní teorií [...] považujeme za poněkud zužující. Jako vhodnější se nám jeví zahrnout do ní nejen „čistě“ normativisty, ale též všechny ostatní novokantovsky orientované učitele a označit ji za brněnskou novokantovskou právní školu (a zároveň nezapomínat, že na fakultě působily další osobnosti, jejichž teoretická východiska byla odlišná). [...] [K] brněnské novokantovské právní škole patřili nejen normativisté na čele s F. Weyrem, ale také další brněnští učitelé, jako J. Kallab a jeho žáci, věnující pozornost nejen zkoumání práva jako formy, ale i jurisprudence, [...]“

Širší, tj. filozofické pojmání, a užší, tj. trestněprávní teoretické pojetí a pojmové (definiční) vymezení trestného činu, prošlo nejrůznějšími historickými, recentními či soudobými peripetiemi. Jejich propojení právě s brněnskou Právnickou fakultou tak snad opravňuje k označení těchto přístupů jako *brněnská trestněprávní škola*.⁵

Archiválie MU⁶ v té souvislosti potvrzují jeden nesporný fakt, tedy že zakladatelství zmíněné školy náleží prof. JUDr. Jaroslavu Kallabovi (1879–1942), profesoru nejen trest-

² V personifikované podobě vyjádřeno, šlo o diskuzi mezi Vladimírem Solnařem na straně jedné a Františkem Poláčkem a Ladislavem Schubertem na straně druhé. Více k tomu např. SCHUBERT, L. *Nebezpečnost konania pre spoločnosť ako základná podmienka trestného činu*. Bratislava: SVPL, 1955. SCHUBERT, L. K problému trestnej zodpovednosti. *Právny obzor*. 1957, č. 5, s. 259 an. (zejména s. 264). SOLNAŘ, V. *Systém československého trestního práva*. Praha: Academia, 1972, s. 49 an.

³ Pro ilustraci kupř. ŠAMAL, P. a kol. *Trestní právo hmotné*. 7. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 91 an. JELÍNEK, J. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštní část*. 4. vydání. Praha: Leges, 2014, s. 130 an. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 167 an. Podrobněji srov. část 3 tohoto textu.

⁴ Dostupné z: <<https://science.law.muni.cz/content/cs/vedecko-vyzkumna-cinnost/vav-minulost/>>, cit. dne 21. 7. 2018.

⁵ Ovšem např. V. Kubeš se opakovaně ptá, „[...] proč Kallab, ač Weyrovi rovnocenný velikán právní vědy a mnohem lepší řečník, nedokázal vytvořit svou vlastní školu, tak jako František Weyr“. VEČERA, M. Kallabova noetika a ontologie právní vědy a teorie trestního práva. In: KALVODOVÁ, V. – FRYŠTÁK, M. – PROVAZNÍK, J. (eds.). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta V. Kratochvílovi*. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 498.

⁶ Dokument Archivu MU: *Z ústavu pro právo trestní při právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně*, cit. dne 17. 7. 2018. Z jiných pramenů lze doložit, že J. Kallab vedl, kromě Ústavu pro právo trestní, skutečně i Ústav kriminologický, srov. KUČERA, P. Erich Olšar – sto let od narození. *Universitas*. 2017, mimořádné číslo, s. 65.

ního práva a řízení trestního, nýbrž i dějin právní filozofie (1919): „1. dubna 1928 zřízen byl při právnické fakultě Masarykovy university ústav pro právo trestní. Jeho ředitel prof. dr. Jaroslav Kallab dal tomuto ústavu poněkud jiný ráz, než jaký mají podobné ústavy při právnické fakultě Karlovy university v Praze a při právnické fakultě Komenského university v Bratislavě. Kdežto podobné ústavy při ostatních dvou právnických fakultách vzaly si za úkol obsáhnouti pokud možno celý okresek věd, shrnovaným pod názvem kriminologie vytkl si ústav při právnické fakultě brněnské cíl jiný – jeť ústavem, omezujícím se na disciplínu čistě právnickou, zabývající se studiem zločinu a trestu jako pojmů právních. Vždyť je jisto, že některé otázky, jež zapadají do širokého rámce kriminologie, jako na př. kriminální antropologie, kriminální sociologie a kriminalistika, hodí se lépe do ústavů jiných, v našem případě do ústavu pro soudní medicínu, v němž [...] lze se zde nadíti hlubšího propracování materie, o níž jde; po stránce technické [...] po stránce metodické [...]. A právě toto omezení úkolů ústavu po stránce extensivní přispívá velmi značnou měrou k jeho prohloubení po stránce intensivní.“

Zřetelnější důkaz o vlivu brněnské normativní právní školy coby filozofického živlu snad po ruce není. To proto, jak se domnívám, že Kallab jako „derivát“ ryzí nauky právní (H. Kelsen), potažmo normativní právní školy (F. Weyr) vymezil předmět vědeckého zájmu zmíněného ústavu „[...] čistě právnický, (tj.) zabývající se studiem zločinu a trestu jako pojmů právních“. Zároveň však při pohledu na trestný čin nekriticky paušálně neodhlížel od vlivů i jiných, mimoprávních (tj. sociologických, kriminologických), popřípadě aniž by jen mechanicky směšoval, jak sám říká „kritický idealismus ve své formě t. zv. normativní teorie právní [...] proti pozitivismu“. Nicméně též připomíná, že „Přívrženci normativní teorie shodují se dosti podivným způsobem s přívrženci filosofie pozitivistické v tom, že za výhradný předmět právní vědy pokládají právní normy, a to normy pozitivního, t. j. platného práva.“⁷ Současné je však namísto připomenout, a ono to z dosavadního textu svým způsobem vyzařuje, že Kallab nebyl pouhým recipientem základních tezí ryzí nauky právní, respektive normativní právní školy, přestože pracoval normativní metodou, respektive od normativní teorie se nikdy zásadně nedistancoval.⁸ Jak zmiňuje např. L. Vojáček:⁹

⁷ Srov. v tomto ohledu např. Kallabovu studii v Miříčkově počtě: KALLAB, J. Předmět a metody kriminologie. In: *Pocta k sedmdesátým narozeninám univ. prof. dra Augusta Miříčky*. Zvláštní otisk z čís. 3–4, roč. XXXIII. Sborník věd právních a státních, jež vyšla za účasti Československé společnosti pro právo trestní, s podporou ministerstva školství a národní osvěty a České akademie věd a umění. Praha: 1933, s. 144 an. (s. 146, 148, 149): „Ačkoliv [...] vznikly náběhy k zvláštním vědám kriminálním, kriminální antropologii, psychologii, sociologii, a vědění naše nesporně bylo obohaceno poznatky, jež jinak by byly ušly pozornosti, nelze pozorovati, že by z této záplavy nových poznatků byla měla patrnější prospěch věda o trestním právu.“ Myslím, že pro Kallaba poznámka dosti příznačná, neboť vyjadřující jeho „střízlivý kriticismus“: jistě, ono mimoprávní je pro studium trestného činu důležité, ale všeho s mírou..., dovoluje si dodat autor tohoto článku.

⁸ Výstižně to připomínají např. tato slova: „Kallab zaujímal k Weyrovu učení kritický postoj. Podle dostupných pramenů byl jedním z mála Weyrových současných schopných polemizovat s ním jako rovnocenný soupeř a podrobovat Weyrovy nové objevy kritice, která však byla konstruktivní v tom smyslu, že dávala Weyrovi podněty ke zdokonalení jeho nauky. Kallab bývá proto zahrnován do brněnské vědecké školy právní, která je charakterizována především kriticismem v právní metodologii.“ viz KALVODOVÁ, V. Jaroslav Kallab – život a dílo. In: NETT, A. (ed.). *Sborník z konference k výročí úmrtí prof. JUDr. Jaroslava Kallaba*. Brno: Spisy Právnické fakulty MU v Brně, řada teoretická, sv. 102, 1992, s. 14, 15. Podrobněji srov. i BULÍN, H. Jaroslav Kallab a Weyrova normativní teorie právní. In: NETT, A. (ed.). *Sborník z konference k výročí úmrtí prof. JUDr. Jaroslava Kallaba*. Brno: Spisy Právnické fakulty MU v Brně, řada teoretická, sv. 102, 1992, s. 65 an. Nejnověji i VEČERA, M. Kallabova noetika a ontologie právní vědy a teorie trestního práva. In: KALVODOVÁ, V. – FRYŠTÁK, M. – PROVAZNÍK, J. (eds). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta V. Kratochvíli*. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 496, 498, 504, 505, 506.

⁹ VOJÁČEK, L. Brněnská právnická fakulta v meziválečném období let 1919–1939. In: MALÝ, K. – SOUKUP, L. (eds). *Československé právo a právní věda v meziválečném období a jejich místo ve střední Evropě*. Praha: Karolinum, 2010, s. 157–158. Dostupné z: <<https://science.law.muni.cz/content/cs/vedecko-vyzkumna-cinnost/vav-minulost/pravni-filozofie-jaroslava-kallaba/>>, cit. dne 21. 7. 2018.

„Svůj postoj k normativní teorii stručně zformuloval a vyložil [Kallab – pozn. V. K.] ve své nástupní rektorské přednášce v listopadu 1927. Byl přesvědčen, že přívrženci normativní teorie se mylí, když úkol právní vědy vidí pouze v logickém uspořádání nejvyšších abstrakcí, k nimž může právní věda dospět, tedy v objektivizovaném zkoumání práva jako formy, zatímco jurisprudenci, tj. aplikaci práva na konkrétní případy, za vědu v pravém smyslu slova nepovažují. [...] [Z]atímco pro F. Weyra a další normativisty bylo právo jen formálním aparátem, J. Kallab je viděl i jako soubor objektivně zjištělých pravidel chování.“

Výše uvedené skutečnosti jsou, myslím, zřetelně dokumentovány též jedním z mých dřívějších textů,¹⁰ kde jsem se pokusil přiblížit společné a rozdílné momenty v přístupech F. Weyra a J. Kallaba k vině a trestu. Zejména o vině, která nás tu v návaznosti na pojetí, respektive filozofii trestného činu zvláště zajímá, soudili oba jmenovaní takto: „Normativní pojetí viny u Weyra spočívá v porušení povinnosti [...], přičemž tu odlišuje psychologický pojem viny, podmíněný vědomím a svobodnou vůlí pachatele; zároveň však posléze pojem viny, vycházející z indeterministicky pojaté svobody vůle, z psychologie vylučuje, to pro rozpor s kauzálním zákonem determinismu, vlastnímu psychologii, jakožto disciplíně jmenovitě kauzální. Z toho mu vychází vina nacházející se někde „uprostřed“ mezi normativním a kauzálním, jako pojem logicky antinomický, přestože nakonec ji řadí do normativity. To vše je zřejmě důsledek Weyrova vzpomínaného noetického a ontologického dualismu. Naproti tomu Kallab aspekt psychologický a normativní v trestněprávním pojmu viny od počátku integruje (monismus). V tom je tedy mezi oběma rozdíl: u Weyra je vina konečkonců normativní, nebo psychologická kategorie (nebo vlastně, v určité fázi, ani jedno, ani druhé), u Kallaba je vina – jako týž předmět poznávání – kategorií, v právu nahlíženou psychologicko-normativně. [...] Z uvedeného srovnání bych se [...] přiklonil k pojetí Kallabovu, [...], které při respektování požadavku sledovaného normativní teorií, tj. nesměšovat právní s mimoprávní, nachází poměrně vyvážený přístup k pojmu viny v trestním právu.“

Z dalších osob nemůže podle mého zůstat stranou doc.¹¹ JUDr. Erich Olšar (1906–1973), Kallabovi tehdejší ministerstvem školství a národní osvěty schválený jako první vědecká pomocná síla, respektive výpomocný asistent výše zmíněného ústavu, již ke dni 1. března 1928,¹² a to až do 31. 12. 1931. Jsem přesvědčen, že jako Kallabova nejbližšího spolupracovníka a žáka¹³ je namístě zařadit jej do personální sestavy brněnské trestněprávní školy. Dokladem budiž i mnohé odkazy Olšara v jeho *Studii o protiprávnosti* (1940)¹⁴ na Kallabovo dílo *O skutkové podstatě a konkurenci trestných činů* (1911). Činí tak zejména v kontextu svých úvah o samotném pojmu skutkové podstaty trestného činu a jeho dvojím smyslu [tj. reálném, kauzálním („co jest“) a normativním („co býti má“)]. Podobně lze nahlížet i na předchozí spis Olšarův, tj. *Příspěvek k nauce o vině* (Praha: Nákladem ČAVaU, 1936).¹⁵

¹⁰ KRATOCHVÍL, V. Kategorie viny a trestu v pojetí prof. dr. F. Weyra a přístupy prof. dr. J. Kallaba. In: DOSTÁLOVÁ, J. (ed.). *K odkazu prof. JUDr. Františka Weyra: sborník příspěvků z mezinárodní konference*. Brno: Masarykova univerzita, 1991, s. 65 an. Vyšlo též německy: KRATOCHVÍL, V. Weyrs und Kallabs Auffassung von Schuld und Strafe. *Zum Nachlass von Prof. F. Weyr: Sammelband der Beiträge der internationalen Konferenz*. Brno: Masarykova univerzita, Acta Universitatis Brunensis, Iuridica, No. 110, 1992, s. 65 an.

¹¹ E. Olšar byl dne 15. 4. 1947 jmenován též řádným profesorem Vysoké školy politické a sociální pro obory sociální patologie a trestněprávní politika. Viz KUČERA, P. Erich Olšar – sto let od narození. *Universitas*. 2017, mimořádné číslo, s. 66.

¹² Dokument Archivu MU: „[...] jednak proto, že vykonal již první státní zkoušku, kdežto druhý žadatel jest teprve ve stadiu příprav [...], jednak proto, že byl již zaměstnán ve zdejší seminární knihovně, takže mu nebude obtížno knihovnu tuto pro účely ústavní zpracovati, jednak proto, že ovládá psaní na stroji, konečně proto, že již přes rok jest zaměstnáván spolupodepsaným prof. Kallabem, jako pomocná síla asi podobným způsobem, jako bude činným v ústavech a to k plné spokojenosti.“ Cit. dne 17. 7. 2018.

¹³ OLŠAR, E. *Studie o protiprávnosti (se zvláštním zřetelem k právu trestnímu)*. Praha: Česká akademie věd a umění, 1940, Předmluva.

¹⁴ Ibidem, s. 51–70.

Odborně literárně na Kallaba navázanou osobou, byť jen prostřednictvím jediné monografie,¹⁶ byl i prof. JUDr. Jaroslav Stránský (1884–1973), v tom smyslu též patřící do *brněnské trestněprávní školy*. Jak uvádějí prameny:¹⁷ „Po habilitaci 10. prosince 1921 působil [Stránský – pozn. V. K.] jako soukromý docent trestního práva a řízení na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně.“ A to až do odchodu do svého prvního exilu v Londýně v roce 1939. Na ústavu pro právo trestní při právnické fakultě MU tak působil od jeho založení deset let (1928–1938/1939), předtím pak sedm, respektive osm roků právě jako soukromý docent. Pokud J. Stránský odkazuje na Kallaba, je tomu tak přirozeně v otázkách týkajících se protiprávnosti činu, bez konkrétnější vazby na samu podstatu trestného činu, což je dáno hlavním zaměřením Stránského spisu. Nicméně na několika místech své monografie se Stránský dovolává Kallaba explicitně v kontextu pojmu skutkové podstaty trestného činu, respektive i samotného pojmu tohoto deliktu, v relaci k jím zasaženému právnímu statku (objektu).¹⁸

Konečně se patří odkázat na doc. JUDr. Josefa Keperta (1911–1939)¹⁹ coby představitele *brněnské trestněprávní školy*, neboť stejně jako Olšar, Kallabova žáka. Jeho klíčové dílo představuje spis *Analogie v trestním právu*.²⁰ O rok později vydává nákladem vlastním *Zásady trestního řízení proti nepřítomným*.

1.2 Filozofie trestního práva a trestného činu (filozofické pojmání trestního práva a trestného činu jako základu teorie trestního práva a trestného činu samotného)

Souhlasím, že filozofické pojmání trestního práva a trestného činu, zkráceně filozofie trestního práva a trestného činu, nutně coby součásti filozofie práva „se opožděje za filozofii obecnou asi o třetinu století“.²¹ Pohledem dnešním, tedy zpětně od roku 2018, bychom měli z uvedeného aspektu hledat filozofické kořeny práva vůbec a trestního zvláště někde v poslední čtvrtině 20. století (1985 a dále).

Jelikož úkolem tohoto sdělení není a nemůže ani být úplná „inventarizace“ konkrétních filozofických směrů daného období a na ně popřípadě navazujících škol trestněprávních, jsem nucen si vypomoci určitou zkratkou v té podobě, že pozornost soustředím jen na *základní* filozofické směry a navazující školy té doby, v naznačeném směru. Nicméně, bez alespoň stručného připomenutí dlouhodobější historické tradice trestního práva se při dalších výkladech neobejdeme.

¹⁶ VOJÁČEK, L. Brněnská právnická fakulta v meziválečném období let 1919–1939. In: MALÝ, K. – SOUKUP, L. (eds). *Československé právo a právní věda v meziválečném období a jejich místo ve střední Evropě*. Praha: Karolinum, 2010, s. 189: „V poslední kapitole se (Olšar) snažil dokázat, že československé právo akceptovalo určité prvky normativistického pojetí dříve, než si je teorie uvědomila. Jádrem jeho úvah bylo přesvědčení, že otázka viny není pro právníka řešitelná jako otázka psychologická, ale jen jako otázka normativní, tedy jako otázka hodnocení. Toto hodnocení nesmí do trestněprávní vědy vnášet subjektivní prvky, přičemž objektivnosti nabude opřením o právní řád.“ Dostupné z: <<https://science.law.muni.cz/content/cs/vedecko-vyzkumnacinnost/vav-minulost/prispevek-k-nauce-o-vine/>>, cit. dne 21. 7. 2018.

¹⁷ STRÁNSKÝ, J. *Úlě poškozeného ve skutkových podstatách trestního práva*. Brno: Barvič a Novotný, 1921; zde viz odkazy na KALLAB, J. *O skutkové podstatě a konkurenci trestných činů*. Praha: Sborník věd právních a státních (Bursík a Kohout), 1911.

¹⁸ RŮZNAROVÁ, J. *Život a dílo prof. JUDr. Jaroslava Stránského*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 3.

¹⁹ STRÁNSKÝ, J. *Úlě poškozeného ve skutkových podstatách trestního práva*. Brno: Barvič a Novotný, 1921, s. 27, 28, 35, 36.

²⁰ Dostupné z: <https://encyklopedie.brna.cz/home-mmmb/?acc=profil_osobnosti&load=19302>, cit. dne 21. 7. 2018.

²¹ KEPERT, J. *Analogie v trestním právu*. Praha – Brno: Orbis, 1938, Sběrka spisů právnických a národohospodářských 92. O tuto monografii se též opírá Kepertův příspěvek KEPERT, J. Právní platnost myšlení analogického. In: *Sborník prací k 60. narozeninám Františka Weyra*. Praha: 1939, s. 117–127; též KEPERT, J. In: KOSEK, J. (ed.). *Brněnská škola právní teorie: (normativní teorie)*. Praha: Univerzita Karlova, 2003, s. 255 an.

²² KUBEŠ, V. *Právní filosofie XX. století*. Brno: Právnick, 1947, s. 15.

Podle ní tzv. *klasická škola trestního práva* (druhá polovina 18. století, C. Beccaria, G. Filangieri, G. Romagnosi, J. P. A. Feurbach aj.) je charakterizována samostatností a nezávislostí přirozených práv člověka, filozofickým (nikoliv však tvrdým či těžkým) *indeterminismem* v přístupu k němu a z toho plynoucím pojetím svobody, dále konceptem tzv. „mravní odpovědnosti“, tedy trestní odpovědnosti pachatelů trestných činů založeným na svobodě jejich vůle. Stěžejní kategorie trestního práva, tj. trestný čin a trest, rozpracovávali její představitelé právě jako kategorie právní, přesně vymezené, určité, obsažené v psaném právu (*nullum crimen nulla poena sine lege certa et scripta*). Naproti tomu tzv. *pozitivistická škola trestního práva* (druhá polovina 19. století, C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo aj.) vykazovala následující charakteristiky: filozofický *determinismus* v přístupu k člověku a jeho svobodné vůli, což se projevuje v konstrukci *právní (trestní) odpovědnosti*, jejímž subjektem může být každý, ať již „mravně“ odpovědný, či nikoliv; orientace na osobu (přesněji osobnost) pachatele a její analýzu: *antropologický směr*; trestný čin je zajímavý jen jako symptom nebezpečnosti pachatele, představa viny ustupuje do pozadí; tresty nemají být proporcionální ve vztahu k objektivní tíži deliktu, jak to požadovala škola klasická, nýbrž v poměru k nebezpečnosti osobnosti pachatele, důležitá je i neurčitost trestů, zdůrazňuje se prevence převýchovou nebo vyloučením nenapravitelných, požaduje se bohatá škála prostředků reedukační a resocializační povahy (*relativní/ utilitární* teorie trestů); orientace na prostředí a jeho vliv na pachatele: *sociologický směr*.

Další vývoj těchto filozoficky určitým způsobem limitovaných škol vykazuje zajímavý rys, jímž je tendence k jejich vzájemnému sblížování až prolínání neboli *konvergenci, integraci*. Jinak řečeno, vliv obou jinak „nesmiřitelných“ škol na pohyb moderního trestního práva se v průběhu času i dnes projevuje nutně onou *konvergencí, integrací* jejich základních atributů a východisek. Zvláště zřetelně je to ilustrováno tzv. *smíšenými (slučovacími) teoriemi trestání* opírajícími se o konvergenci a spojení trestních teorií *absolutních* (klasických) a *relativních* (pozitivistických). K potvrzení faktu, že některé rysy trestněprávního „klasicismu“ a „pozitivismu“ jsou svým způsobem i dnešní realitou, stačí otevřít trestní zákoník nejen český. Atributy konvergence a integrace, tj. vzájemného ovlivňování a propojování se zmíněných škol trestního práva samotných jsou konec konců patrné i na jejich vývoji ve století 20., zejména jeho druhé poloviny, demonstrovaném myšlenkami tzv. *nové sociální ochrany* (M. Ancel), která neznamena odmítnutí tradičních kategorií a pojmů (klasického) trestního práva. Naopak, nová sociální ochrana musí být integrována do systému tohoto právního odvětví, musí položit ideový základ obnovené trestní politiky, která je zaměřena proti jednáním definovaným trestním zákonem jakožto trestné činy. Boj s kriminalitou je třeba realizovat přísně v hranicích zákonnosti, s ohledem na osobnost pachatele, na základě principu individuální odpovědnosti a individualizace trestu, při zachování garancí práv osobnosti v oblasti trestního práva hmotného a procesního.²²

Otázka viny a trestu (zločinu a trestu) nemůže obejít kardinální filozofickou otázku *svobody vůle* pachatele trestného činu. Zvláště ostře se to projevuje již v otázce *viny* zločince, která stojí a padá právě s jeho svobodnou vůlí, máme-li na mysli jeho odpovědnost za spáchaný *trestný čin*. Podobně pak i ohledně *trestu* není aspekt svobodné vůle nijak zanedbatelný.

²² Blíže srov. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*, s. 154 an. K významu „integrace“ pojmů (tj. pojmů „systému trestního práva“ a „trestní odpovědnosti“) v kontextu jejich „unifikace“ a „desintegrace“, jakož i „klasifikace“ podrobněji srov. KRATOCHVÍL, V. *Trestný čin v československé a české trestněprávní vědě a trestním zákonodárství*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 9 an.

Přeneseme-li se v čase zpět až k odhadované poslední třetině 20. století, odkdy by měly působit tehdejší filozofické směry coby východiska (základy) filozofie trestního práva a trestněprávní teorie, ukazuje se, že celkem zřetelně tu vystupuje na scénu *kompatibilismus filozofických teorií (měkký determinismus)*.²³

Kompatibilismus filozofických teorií vychází z „principu“ sblížování (konvergence), sloučení, spojení (integrace) jinak v jeho krajních podobách neslučitelného, nespojitelného. Lze tedy říci, že kompatibilismus je do jisté míry jen jiné *pojmenování* pro výše zmíněnou konvergenci v *širším* smyslu, tzn. zahrnující i (výslednou) integraci, jak mám za to. Je-li ovšem teorie konvergence *sensu lato* i *obsahovým (pojmovým)* synonymem kompatibilismu teorií filozofických, potom výše zmíněné smíšené, slučovací (tj. konvergenční a integrační) teorie *trestání* jsou nepochybně specifické v tom, že se aplikují (a tím modifikují, specifikují) právě v procesu soudního trestání; tato jejich specifikace je potom odrazem též základních zásad ukládání trestů za trestné činy.

Z hlediska *viny* zločince je podle mého soudu ono konvergentní (kompatibilní, integrované) chápáno a prakticky aplikováno následovně:

S trestní odpovědností fyzické osoby jako pachatele trestného činu úzce souvisí, jak již řečeno, otázka jeho *svobodné vůle*. Proto se obvykle připomíná protiklad filozofického indeterminismu a determinismu coby mimoprávních filozofických východisek trestněprávního řešení dané otázky. Protiklad obou filozofických přístupů, podobně jako např. v případě formálního a materiálního pojetí trestného činu, ovšem nenabyl v zásadě extrémní podoby ani teoreticky, ani prakticky.

Aniž bych otázku zjednodušoval, odpověď na ni bude asi opět někde „uprostřed“. Proto nabízím následující vymezení svobodného jednání pachatele – fyzické osoby: „*Svobodné jednání osvědčuje schopnost jednajícího fyzického subjektu rozhodovat se a jednat s určitým cílem, na základě znalostí sebe samého, jakož i znalostí o vnější přírodě a společnosti a též za předpokladu existence možných variant rozhodování a jednání.*“²⁴

Ten, kdo takto svým jednáním naplní znaky skutkové podstaty trestného činu, je ze strany veřejné státní moci oprávněně činěn odpovědným (vinným), neboť mu lze jeho čin přičítat; „přičitatelnost“ však nelze bez dalšího ztotožňovat s „příčetností“. Nezbytné předpoklady svobodného jednání na straně dospělého i mladistvého pachatele potom vyjadřuje platná právní úprava pomocí institutů „příčetnosti“ (respektive „nepříčetnosti“), jakož i „rozumové a mravní vyspělosti“ a „zavinění“.

²³ „Kompatibilismus, často nazývaný jako *měkký determinismus*, je filozofický názor, který věří v možnost vzájemného fungování svobodné vůle a teorie determinismu. Kompatibilisté definují svobodnou vůli jako „Svobodu jednat na základě vlastní motivace.“ To znamená, že člověk není k ničemu nucen ani usměrňován nějakou vnější silou. Na tomto místě lze připomenout Schopenhauerova slova: „Člověk si může dělat, co chce, ale nemůže chtít, co chce.“ [On The Freedom Of The Will (1839), přeloženo z *The Philosophy of American History: The Historical Field Theory* (1945) Morrisem Zuckerem, s. 531]. Jinými slovy to znamená, že člověk má sice svobodu jednat dle vlastní motivace, ale její podstata je determinována okolnostmi. Myšlenka kompatibilismu je často vytýkána definice svobodné vůle. Inkompatibilisté tvrdí, že to, co představuje kompatibilismus, by nemělo být nazýváno svobodnou vůlí. Ačkoliv „svoboda jednat“ je bezpochyby požadovaným kritériem pro svobodnou vůli, není to dostačující požadavek. Tito odpůrci dále dodávají, že svobodná vůle by měla znamenat ryzí (absolutní) svobodu volby mezi možnostmi pro utváření názorů, požadavků a činů.“ Dostupné z: <<https://cs.wikipedia.org/wiki/Determinismus/Kompatibilismus>>, cit. dne 18. 7. 2018. Problematice filozofického kompatibilismu byl věnován kulatý stůl organizovaný v rámci projektu Strategie AV ČR 21 (Špičkový výzkum ve veřejném zájmu), jenž se uskutečnil z iniciativy Filozofického ústavu a Ústavu státu a práva Akademie věd ČR dne 13. 3. 2017, za účasti zástupců trestního kolegia Nejvyššího soudu a katedry trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity; viz zprávu o tom v časopise *Kriminalistika*, 2017, č. 2, s. 149 an.

²⁴ Srov. již dříve KRATOCHVÍL, V. Svoboda, nutnost, nahodilost a trestní odpovědnost. In: DAVID, V. – VANTUCH, P. (eds). *Sborník prací učitelů Právnické fakulty v Brně*. Brno: UJEP Acta Universitatis Brunensis, Iuridica, č. XIII, 1984, 53, s. 43–68.

Mnou nabídnuté pojetí svobody jednání, svobody vůle pachatele trestného činu nese tak zřetelné rysy konvergentního (*lato sensu*) přístupu, respektive *filozofického kompatibilismu*, který jakožto už vzpomenutý *měkký determinismus* spojuje kýženou svobodu vůle s ideou nepřehlédnutelného, všudypřítomného determinismu. Nemyslím si, že bych se tu dopouštěl nějakého nepatřičného „ohýbaní“ svobody vůle takovým způsobem, aby se nám nějak „vešla“ pod deštník determinismu. Spíše mám za to, že se touto cestou přiměřeně vyjadřuje a postihuje samotná realita každodenního života, kterou jednoduše nemůže ani zákonodárce, ani teorie a zejména ani trestní praxe ignorovat.

Lze tedy uzavřít, že z historicky působících filozofických směrů indeterministických a deterministických se v průběhu času, tedy i aktuálně, v důsledku jejich postupné konvergence a integrace krystalizoval *filozofický kompatibilismus (měkký determinismus)* jako zdroj, základ i *filozofie a teorie trestního práva a trestného činu* samotného, kam spadají jako klíčové otázky jeho pojetí a pojmu, odvíjející se právě od onoho filozofického zázemí.²⁵

Z jiného pohledu viděná „*zlatá střední*“, tj. mezi dosud praktikovanými způsoby, přístupy a procesy, je označována jako „*flexibilní systém [...] právní teorie*“.²⁶

1.3 Teorie trestního práva (tvořená prvky její struktury coby produkt filozofie trestního práva a trestného činu, tedy kompatibilismu, respektive měkkého determinismu)

O trestněprávní teorii jako o relativně samostatném, na základě určitých kritérií vymezeném pojmu jsem psal již dříve,²⁷ proto se na tomto místě pro vyšší komfort čtenáře omezím jen na stručnou rekapitulaci již publikovaného a navíc pak zejména na otázku, zda a do jaké míry mohly být tehdy (2005) a jsou případně i dnes prvky struktury teorie trestního práva skutečně produktem filozofie trestního práva a trestného činu, tedy zmíněného *kompatibilismu*, respektive *měkkého determinismu*.

K samotné teorii trestního práva (hmotného a procesního) jsem svého času poznamenal toto:

Teorie²⁸ a teoretická koncepce trestního práva hmotného (TPH) a trestního práva procesního (TPP); systémový pohled:

Struktura širšího pojmu teorie trestního práva hmotného a shodně i trestního práva procesního zahrnuje podle mého soudu tři *základní* prvky (viz dále A, B, C), z nichž každý může být tvořen větším či menším počtem prvků *dílčích*:

²⁵ Tu se nabízí jako určitý „svorník“ (?) zmíněného *kompatibilismu* filozofických teorií na straně jedné a *brněnské trestněprávní školy* (novokantovské), to na straně druhé, osoba a dílo na Kanta navazujícího a již v souvislosti s měkkým determinizmem zmíněného A. Schopenhauera.

²⁶ Podrobně srov. KOZIOL, H. Flexibilní systém – zlatá střední cesta zákonodárství a právní nauky. *Právník*. 2018, č. 8, s. 625, zejména s. 629 an.

²⁷ KRATOCHVÍL, V. Cesty individualizace trestní odpovědnosti, či konstatování trestní neodpovědnosti: hmotné právní nebo procesně právní problém? *Právní obzor*. 2005, č. 1, s. 13–31.

²⁸ KALLAB, J. Poznámky o významu normativní teorie (čiré vědy právní) pro teorii práva trestního. Příspěvek k poznání vztahů mezi právem a politikou. *Vědecká ročenka Právnické fakulty MU v Brně*, XI., 1932, s. 52: „[...] otázka, na jaké teorii se vybuduje trestní právo, není otázkou právníkou, nýbrž otázkou politickou. Takzvané ‚teorie trestní‘ nejsou řešením otázky právní, nýbrž otázky politické [...] V novodobých zákonodárných pracích se (trestní teorie – V. K.) neřeší cestou vědeckého rozboru, nýbrž cestou politického kompromisu.“ Na s. 53 dále uvádí: „Není tedy mezi politikou a právem tak ostrého rozdílu, jak by se zdálo podle učení normativistů. Obě tyto skupiny myšlenkových výtvorů předpokládají formu normy.“ Konečně na s. 60 uzavírá: „I politiku lze [...] považovati za soubor myšlenkových výtvorů vyhovujících požadavku jednotnosti myšlení, tj. [...] požadavku spravedlnosti.“ Uvedenému rozumím tak, že teorii trestního práva lze (a patrně je nutno) vidět jako *politikum*, nikoli však jako předmět *politikaření*. Coby *politikum* se trestní teorie nevylučuje s věcným vědeckým rozbořem, naproti tomu jako předmětu *politikaření* jí toto nebezpečí reálně hrozí.

A: Základní atributy TPH a TPP:

- pojem TPH a TPP;²⁹
 - systém (vnitřní struktura) TPH a TPP;
 - druhy (vnější struktura) TPH a TPP;
- (*de lege lata, de lege ferenda*);

B: Teoretická koncepce (jádro teorie) TPH a TPP, primárně determinující prvky uvedené sub A:

- funkce TPH a TPP;
 - základní zásady TPH a TPP, (jádro teoretické koncepce) TPH a TPP, podmíněné především ústavními principy³⁰;
 - trestněprávní a trestně procesní instituty, jejich *pojem a pojetí*;³¹
- (*de lege lata, de lege ferenda*);

C: Trestní právo (TPH a TPP) a jiné systémy:

- místo TPH a TPP v systému práva (*de lege lata, de lege ferenda*) a trestní politiky, jejich vztah k ostatním neprávním disciplínám;
- vztahy národního TPH a TPP k mezinárodnímu právu trestnímu;
- vztahy národního TPH a TPP k evropskému (trestnímu) právu.

Proč právě tyto a ne jiné prvky teoretického trestněprávního systému³² patří do jeho struktury, na to odpovídají další aspekty systému jako takového,³³ nejen samotný aspekt *strukturní*.

Je to předně aspekt *geneticko-historický*, který sleduje proč a k čemu se trestní právo (hmotné a posléze i procesní) jako předmět zkoumání vlastně zformovalo a jak se postupně dlouhodobě vyvíjelo. Z tohoto pohledu nelze obejít právě jeho funkce v různých

²⁹ Aplikací např. Kubešovy definice práva (KUBEŠ, V. *Právní filosofie XX. století*, s. 51) na právo trestní docházíme k tomuto výsledku: „Trestní právo jest soubor (soustava) norem, odvoditelných z hypotetické normy nejvyšší, stanovených zvláštními orgány, soubor jako celek nadaný zvláštním organizovaným donucením (exekuce a trest) a rovněž jako celek vyznačující se určitou fakticitou.“ K charakteristice trestního práva viz též např. HART, H. L. A. *Pojem práva (The Concept of Law)*. Oxford University Press, 1997, český překlad P. Fantys. Praha: Prostor, 2004, s. 35 an. („[...] standardní forma trestního zákona, který se ze všech druhů práva podobá nařízení podloženému hrozbami, je [...] obecná dvěma způsoby – označuje obecný typ jednání a platí pro obecnou třídu lidí, od nichž se očekává znalost toho, že pro ně platí a že se podle toho budou řídit.“). K pojmu práva v pozitivistickém smyslu srov. např. DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně (Taking Rights Seriously)*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999, český překlad Z. Masopust. Praha: Oikoymenth, 2001, s. 37 an. („Právo určité společnosti je soubor zvláštních pravidel, která společnost přímo nebo nepřímo užívá, aby stanovila, jaké chování bude veřejná moc trestat nebo vynucovat [...]“).

³⁰ K problematice právních zásad a právních principů z různých aspektů podrobně srov. např. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, zejména s. 65–227. TELEČ, I. *Právní principy a některé jiné věci*. *Právník*. 2001, č. 6, s. 621 an. PRUSÁK, J. *Právní principy a prameny slovenského práva*. *Právní obzor*. 2004, č. 3, s. 264 an., zejména pak s. 270–272.

³¹ KRATOCHVÍL, V. Případ, trestný čin, společenská škodlivost a vina v trestním právu (o zásadě subsidiarity trestní represe trochu jinak). *Právník*. 2015, č. 7, s. 546: „*Pojetí trestného činu [...] svým způsobem překračuje „omezený horizont“ jen jeho vlastního pojmu (vyjadřujícího povahu bezprávi /protiprávnosti/ činu jakožto činu trestného, tzn. trestnost), a sice tak, že k tomuto pojmu přidává odpovídající korektiv rozsahu (dosahu) tohoto trestního bezprávi /trestní protiprávnosti, trestnosti/. Tedy korektiv buď jen formální, anebo korektiv materiální, [...]“ K nutnosti rozlišovat pojem (definici) a pojetí trestného činu srov. již SOLNÁŘ, V. – FENYK, J. – CÍSAŘOVÁ, D. *Systém československého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti*. Podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Orac, 2003, s. 29: „[...] definice charakterizuje [...] povahu trestného bezprávi, aniž si klade úkol přesně vymezit jeho meze; naproti tomu [...] pojetí trestného činu má přímý význam pro jeho (tj. trestného bezprávi) rozsah.“ Stejně i SOLNÁŘ, V. – FENYK, J. – CÍSAŘOVÁ, D. – VANDUCHOVÁ, M. *Systém českého trestního práva. II. Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Nakladatelství Novatrix, 2009, s. 24.*

³² KRATOCHVÍL, V. *Trestný čin v československé a české trestněprávní vědě a trestním zákonodárství*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 7.

³³ KNAPP, V. – HOLLÄNDER, P. a kol. *Právní myslenie a logika*. Bratislava: Obzor, 1989, s. 53.

historických obdobích, zejména státní formy společnosti, jakož ani základní zásady, o něž se tato právní odvětví opírala a opírají. Těm pak více či méně korespondovalo a koresponduje instrumentarium (instituty) jak hmotného, tak procesního trestního práva v minulosti i nyní; podobně i aspekt *komunikační* dokládá výše uvedené konstatování. Co jiného než v první řadě funkce trestního práva (hmotného a procesního) může zřetelněji charakterizovat vztah těchto právních odvětví k jiným odvětvím práva, a to v rámci právního řádu jako jejich systému. Totéž lze říci o trestněprávních zásadách a institutech. Uvedený systémový aspekt, tj. komunikační, vede též k tomu, že prvkem probírané struktury musí být otázka místa trestního práva (hmotného a procesního) v systému práva a trestní politiky, jeho vztahy k neprávním disciplínám, jakož i problém vazeb vnitrostátního trestního práva k mezinárodnímu právu trestnímu a k evropskému (trestnímu) právu.

Konečně i z aspektu *integračního* mají své opodstatnění coby stěžejní prvky teorie, respektive teoretické koncepce trestního práva (hmotného a procesního) jakožto předmět teoretického výzkumu, opět zmiňované funkce obou trestněprávních odvětví a základní jejich zásady a také jim odpovídající trestněprávní instituty. Především ony by měly garantovat požadovanou celostnost (integritu) jmenovaných trestněprávních odvětví.

Aspekt *funkční* pak vede nutně k tomu, že jedním z prvků struktury teorie, respektive teoretické koncepce obou trestněprávních odvětví musí být nutně jejich funkce, tedy působení ve společnosti.

Tímto je zdůvodněna oprávněnost zařazení teoretické koncepce (funkce..., zásady..., instituty...) jako prvku B v celkové struktuře teorie trestního práva.

Další prvky, uvedené sub A a C, pak primárně vyplývají z prvku B, čímž se odůvodňuje jejich existence ve struktuře systému teorie obou odvětví trestního práva.

Ptáme-li se dále v souvislosti s prvky A, B, C na *parametry*, podle nichž jsou uspořádány jejich vzájemné vztahy právě do takovéto struktury, dané relativně stabilními vazbami mezi nimi navzájem (*strukturní* aspekt)³⁴ a jakou předkládá toto sdělení, potom bychom měli hledat odpověď v následujícím.

Výše stručně naznačený primární výchozí vztah teoretické koncepce (B) jako prvku podmiňujícího např. samotný pojem trestního práva [hmotného, procesního, (A)] nebo podmiňující jeho místo v systému práva vůbec (C), je doplňován opačnou vazbou, např. mezi trestní politikou (C) a jejími požadavky na to, jaké funkce (B) by trestní právo v konkrétních společenských podmínkách mělo plnit.

Stejně tak můžeme uvažovat o podmíněnosti např. vnitřní struktury trestněprávních odvětví [TPH a TPP (A)] jejich funkcemi a základními zásadami (B), to na straně jedné, a naopak je tu zřejmý zpětný dopad např. druhů trestního práva (A) na jeho/jejich instrumentarium, tj. na vlastní trestněprávní instituty (B), to na straně druhé.

Místo trestního práva hmotného a trestního práva procesního v systému práva (C) míří na vazby obou trestněprávních odvětví vně jejich vlastních systémů. Jako takové představují obě „trestní práva“ subsystémy právního řádu (jakožto systému). V něm zauímají místo, které jim „vymezují“ jejich funkce (B), zejména ochranná a dále např. zásada ekonomie trestního práva (subsidiarity trestní represe), obě vycházející z chápání trestního práva jako *ultima ratio*; viz výše komunikační aspekt systému.

Ve vztahu národních trestněprávních odvětví k mezinárodnímu právu trestnímu nacházíme další jejich rys jako systémů, tj. působících zvláště ve vztahu ke smluvnímu

³⁴ KNAPP, V. *Vědecká propedeutika pro právníky*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 83.

mezinárodnímu právu trestnímu. Svým způsobem specifické jsou vazby národních trestních práv k „rodícímu se“ evropskému trestnímu právu.

Nemyslím, že by tu šlo o pouhé formálně logické hry se slovy. Jen jako příklad naznačené vztahy potvrzují už z hlediska své reálné existence strukturní³⁵ systémovou (subsystémovou) povahu obou trestněprávních odvětví a tím i potřebu systémového teoretického přístupu k nim. Na potvrzení téhož je potřeba zdůraznit, jak nezastupitelnou roli hrají v procesu koncepčních změn trestního práva hmotného a trestního práva procesního právě základní zásady jednoho či druhého ze jmenovaných právních odvětví,³⁶ o jejich funkcích nemluvě, které spadají do jeho teoretické koncepce (B).

Z jisté dominantní role teoretické koncepce (B) v jejích vztazích k prvkům (A) a (C) ovšem bez dalšího neplyne, že jejich celkové uspořádání by mělo začínat právě „funkcemi“ jednoho i druhého odvětví trestního práva. Fakt, že na prvním místě této struktury naopak stojí „pojem“, je dán jednoduchým požadavkem na logickou provázanost seřazení těchto prvků, která postupuje od kategorií výchozích, počátečních, bez nichž nelze zkoumat prvky další. Nad rámec takto použitých aspektů systému by bylo možné ještě doplnit aspekt *prognostický*.³⁷ Z jeho pohledu by do struktury prvků teorie trestního práva (hmotného a procesního) měla patřit otázka další existence a působení těchto právních odvětví *pro futuro*, tj. *de lege ferenda*, *de lege desirata*. Aniž by se toto hledisko výzkumu formulovalo jako samostatný prvek, bude vhodnější je dosadit do částí A a B, omezeně pak i do C (ve vztahu k tam zmíněnému vnitrostátnímu právu).

Stejnou, tedy systémově-strukturální povahu mají vztahy mezi prvky v rámci samotné teoretické koncepce obou trestněprávních odvětví (B). Kupříkladu *funkce* trestního práva hmotného představují svým způsobem prostředí, v němž se uplatňují jeho *základní zásady*. Bez těchto funkcí by nemělo smysl uvažovat o základních trestněprávních zásadách; např. funkce ochranná, jako stěžejní, vytváří pole působnosti pro zásadu ekonomie trestního práva (pomocné role trestního práva, respektive subsidiarity trestní represe). A naopak, zmíněná zásada je jistým limitem funkce ochranné. Tímto způsobem má být zajištěno, aby se uvedená zásada aplikovala jednak v určitých relacích a podmínkách kontroly kriminality, jednak aby ochranná funkce trestního práva, pokud by byla blíže neomezená zmíněnou zásadou, nesklouzávala k hypertrofii trestní represe. Společným jmenovatelem uvedené funkce a základní zásady je už zmíněná myšlenka (princip) trestního práva jako *ultima ratio*.³⁸

Z funkcí a základních zásad potom resultují odpovídající *trestněprávní instituty*, respektive požadavky na ně, bez nichž by se prvně uvedené (tj. funkce a základní zásady)

³⁵ Z trestněprávního pohledu viz např. MUSIL, J. Úloha trestní politiky při reformě trestního práva. *Trestní právo*. 1998, č. 1, s. 3: „Trestní politika (v jejím užším pojetí) jako součást obecné politiky formuluje cíle a prostředky společenské kontroly kriminality pomocí trestního práva.“ KARABEC, Z. Možnosti sankční politiky. *Kriminalistika*. 2001, č. 3, s. 161, 162: „[...] kriminální politikou rozumíme všechna opatření proti zločinnosti, trestní politikou ta opatření, která využívají trestní právo, a sankční politikou stanovení účelu trestání, systému trestních sankcí a jejich uplatňování“.

³⁶ Srov. např. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 3. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2002, s. 57. NOVOTNÝ, O. – DOLENSKÝ, A. – JELÍNEK, J. – VANDUCHOVÁ, M. *Trestní právo hmotné – I. Obecná část*. 4. přeprac. vydání. Praha: Aspi Publishing, 2003, s. 17–24. Pro trestní právo procesní srov. ŠÁMAL, P. *Základní zásady trestního řízení v demokratickém systému*. Praha: Codex, 1999, s. 45, 46.

³⁷ KRATOCHVÍL, V. *Trestný čin v československé a české trestněprávní vědě a trestním zákonodárství*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 10.

³⁸ K podstatě *ultima ratio* v uvedeném významu srov. např. ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 1997, s. 509: „[...] tato zásada ale znamená pouze to, že trest nesmí nastoupit tam, kde má stát přikázáno potírat sociální konflikty méně důraznými prostředky [...]“.

nemohly dost dobře uplatnit; např. lze takto v uvedených souvislostech vidět již zmíněnou ochrannou *funkci* trestního práva, *zásadu* odpovědnosti za vinu (*nullum crimen sine culpa*) a *instituty*, jakými jsou samotná trestní odpovědnost, zavinění, popřípadě omyl a jeho formy apod.

Mám-li odpovědět na výše položenou řečnickou otázku, zda a do jaké míry mohly být již tehdy (2005) a zda jsou i dnes prvky struktury teorie trestního práva skutečně produktem filozofie trestního práva a trestného činu, tedy zmíněného *kompatibilismu*, respektive *měkkého determinismu*, nevidím jinou odpověď než ano. Je tomu tak proto, jak se domnívám, že zvláště *teoretická koncepce* coby *jádro teorie trestního práva*, zahrnující jeho funkce, základní zásady a samotné trestněprávní instituty, tedy v prvé řadě *trestný čin*, nestojí pouze a jen „na jedné noze“ filozofického indeterminizmu, nebo naopak determinizmu. Jak bylo naznačeno už v části předcházející, je to právě v procesu permanentní konvergence vygenerovaný „*filozofický kompatibilismus (měkký determinismus)*“, jenž se mi tak objektivně jeví coby zdroj a základ *teorie trestního práva a trestného činu* samotného. Takovéto filozofické východisko zároveň podle mého soudu garantuje i nezbytnou a potřebnou míru jejich *flexibility*, tolik potřebné z hlediska *praktického*; jmenovitě při používání příslušných zákonodárných metod, jakož i při vlastní interpretaci a aplikaci hotových trestních zákonů. V souvislosti s výhodami výše zmíněného *flexibilního systému* se potom zdůrazňuje, že: „[...] je třeba respektovat veškeré základní hodnoty a zásadní názory v každém právním odvětví (tedy i trestním, V. K.), a to v jejich konkrétním vzájemném ovlivňování. [...] [T]yto základní hodnoty [...] dnes bychom nazvali spíše principy.“³⁹

2. Klíčová díla o trestném činu a souvisejících kategoriích v dílech představitelů brněnské meziválečné trestněprávní školy

Začínáme, přirozeně, osobou jejího zakladatele. Nejen o Kallabově chápání kategorie *vin* v trestním právu, stejně tak i o jeho pojetí, respektive pojmu *trestného činu* jsem pojednal v podrobnější studii již dávno,⁴⁰ přičemž na jejích závěrech ani dnes nemám co měnit. Proto i na tomto místě se omezím pouze na stručnou rekapitulaci jejích klíčových závěrů stran pojmu, popřípadě pojetí trestného činu:

„Pro vývoj názorů J. Kallaba na pojem zločinu (trestného činu), v letech 1911–1935, je [...] charakteristický [...] určitý posun od výchozího spojení (nikoliv ztotožnění) pozitivně právního (formálního, normativního) přístupu s přístupem mimoprávním, kriminálně sociologickým (tj. materiálním), k určitému oddělování jen formálního pojmu trestného činu v právu, de lege lata a formálně-materiálního pojetí (přesněji „pojmu“), de lege ferenda. Poté pak následuje příklon k pohledu materiálnímu jak z hlediska platného práva, tak i de lege ferenda (1915, 1916) – přesněji řečeno, zde se jednalo o pojetí (resp. pojem) formálně-materiální, kdy materiální znak trestného činu představuje důvod jeho formální protiprávnosti, potažmo trestnosti, a kdy jako takový je zahrnut (vedle protiprávnosti a trestnosti jednání) do definice zločinu; nakonec se tento myšlenkový pohyb vrací ke svým původním východiskům, resp. k uvedenému oddělování formálně právního pojetí (resp. pojmu) zločinu de lege lata od materiálního pojetí (resp. pojmu), od materiální protiprávnosti činu de lege ferenda.“

³⁹ KOZIOL, H. Flexibilní systém – zlatá střední cesta zákonodárství a právní nauky. *Právník*. 2018, č. 8, s. 629, 630.

⁴⁰ KRATOCHVÍL, V. Trestný čin a jeho skutková podstata v pojetí Jaroslava Kallaba. In: NETT, A. (ed.). *Sborník z konference k výročí úmrtí prof. JUDr. Jaroslava Kallaba*. Brno: Spisy Právnické fakulty MU v Brně, řada teoretická, sv. 102, 1992, s. 44 an. (s. 50, 51).

Z naznačených myšlenkových peripetií citovaného autora mi již tehdy byla nejbližší ona *kombinovaná* varianta, dnešními slovy řečeno: „*konvergující k integraci*“. Za metodologicky cenné považují také Kallabovo diferencování (definice) trestného činu *de lege lata* a *de lege ferenda*. Později mnou doplněné i diferenciačním hlediskem *viny* a *trestu*, neboť bez těchto upřesňujících kritérií, zejm. na počátku jakékoliv diskuze na téma: „*pojmem a pojetím trestného činu*“ hrozí fatální nedorozumění, respektive falešné pocity diskutujících typu, že každý má svou pravdu, každý je tedy „vítězem“.⁴¹

Další představitel *brněnské trestněprávní školy*, Erich Olšar, se svými úvahami o filozofii trestného činu a jeho skutkové podstatě silně přiblížil k tématu tohoto článku v citované *Studii o protiprávnosti*. Především, když navazuje na Kallaba v otázce *dvojího* zásadního významu skutkové podstaty. Sám daný problém nakonec prezentuje takto: „*Skutkovou podstatu, již obsahuje právní norma, nazveme skutkovou podstatou normativní, a skutkovou podstatu, která se uplatňuje ve světě existence, ve světě toho, co jest, nazveme kauzální. [veškeré zvýraznění – V. K.] [...] A jen tam, kde negativně hodnotím lidské jednání právní normou, resp. kde měřím lidské jednání příslušnou skutkovou podstatou normativní, bude lze mluvit o protiprávnosti.*“⁴²

Olšar na tomto místě vidí tedy protiprávnost v jejím smyslu *formálním*, formálně právním, vyjadřujícím „co býti má“. Tuto konstrukci pak rozvíjí dále, když říká: „*Skutková podstata normativní jako součást trestněprávní normy nám zpravidla vyjadřuje zákonnou abstrakci, neboť je měřítkem pro jednání velké většiny lidí; je-li však výjimečně skutková podstata normativní toliko měřítkem pro určitého jedince, má povahu zákonného konkrétní (?). A tak rozeznáváme skutkovou podstatu normativní: abstraktní a konkrétní. [...] Normativní skutková podstata bude mít praktickou cenu jenom tehdy, jestliže její abstraktní obsah naplníme obsahem konkrétním, vzatým z kauzální části skutkové podstaty. [...] Z obživlé abstraktní skutkové podstaty normativní se rodí zpravidla konkrétní skutková podstata normativní, [...] která je výsledkem subsumpčního procesu.*“⁴³ Formální protiprávnost je mu tak měřítkem posuzování toho, co jest, tím, co má být. Tu se nám ovšem poněkud ztrácí výše zmíněná „zákonná konkrétní“, nemyslel-li jimi Olšar již ony produkty subsumpčního procesu?

V každém případě je zde patrný vliv normativní teorie právní s jejím instrumentáři ve formátu „to, co jest“ (kauzální skutková podstata, dnes bychom řekli „skutkový stav věci“, popřípadě „skutkový děj“, viz cit. Olšar, s. 58) a „to, co býti má“ (normativní skutková podstata, formální).

Otázku poměru skutkové podstaty k protiprávnosti uzavírá Olšar konstatováním, že „*Protiprávnost je myslitelná jen v rámci normativní skutkové podstaty. [...] protiprávnost je obecným nepersonifikovaným objektivním znakem, jež musí vykazovati každá normativní skutková podstata, jejíž charakter v rámci právní normy je objektivní. S hlediska*

⁴¹ Více k tomu srov. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*, s. 167–175, 189–192. V obecnější rovině na tyto aspekty hledání pravdy ve vědeckém diskurzu upozornil Kallab již ve svém spise *Úvod ve studium metod právnických. Kniha první: základní pojmy*. Sb. spisů právnických a národohospodářských, vydávají K. Engliš a F. Weyr, sv. IV., nakl. Barvič a Novotný, Brno: 1920, s. 68: „*Pragmatismus poukázal zvláště k tomu, jak potřeba dorozumění se s druhými i potřeba získati pevný rámec pro vlastní jednání nás nutí, abychom za pravdivý uznávali jen ten myšlenkový výtvar, jež s ostatními lze sloučiti v jednotu toho, co jest.*“ Na s. 69 pak uzavírá: „*Mohli bychom tedy pravdu definovati také jako směr myšlení, tihnoucí ke zjednotnění našeho poznání.*“

⁴² OLŠAR, E. *Studie o protiprávnosti (se zvláštním zřetelem k právu trestnímu)*. Praha: Česká akademie věd a umění, 1940, s. 53.

⁴³ *Ibidem*, s. 54.

*trestního práva nás zajímá jenom typická protiprávní skutková podstata, jenom typické protiprávní lidské jednání, jenom typická protiprávní vina. Nepersonifikovaný obecný objektivní znak protiprávnosti se vztahuje na celou skutkovou podstatu, na její stránku vnější i vnitřní.*⁴⁴

Neméně zajímavé by byly z hlediska předmětu našeho sdělení Olšarovy závěry o *protiprávnosti a vině*, tedy potud, pokud by onou „vinou“ rozuměl základ trestní odpovědnosti (v obvyklém *duálním* formátu: *vina a trest*; respektive pokud by „vinu“ chápal jako „*Pachatelem zaviněné naplnění znaků subjektu, objektu a objektivní stránky uvedených v zákonné skutkové podstatě trestného činu [...]*“⁴⁵). Ovšem z jeho slov plyne něco jiného, jak mám za to: „*Ve skutkové podstatě normativní jsou zpravidla mnohem jasněji uvedeny znaky objektivní, kdežto znaky subjektivní nutno po většině vyvozovati toliko ze vztahu psychického života pachatelova k výsledku. Tedy vina pachatelova bývá typisována v normativní skutkové podstatě zpravidla uvedením vztahu duševního života k výsledku. [...] Duševní život pachatelův je vyjádřen souhrnem všech těch subjektivních znaků, jaké požaduje skutková podstata, tedy není vyjádřen již na př. samotným úmyslem jako formou viny, nýbrž i oněch eventuálních dalších psychických znaků ve skutkové podstatě obsažených a k formě viny v ní vyjádřené se připínajících.*“⁴⁶ Olšar tu tedy na první pohled myslí zavinění jako znak subjektivní stránky trestného činu, tj. pojem *užší* než „vina“ samotná, jak naznačeno shora. Při důkladnějším pohledu však nabízí rovněž širší pojem „viny“ ve srovnání jen se zaviněním a jeho formami (úmysl, nedbalost). Ten ovšem koncipuje tak, že: „*[...] my všechny ony subjektivní prvky v zákonné definici trestného činu obsažené a k duševní stránce činnosti pachatelovy se vztahující, stavíme na stranu viny.*“⁴⁷ V podstatě vše subjektivní je podle něj vina. Mně se však jedná o „vinu“ coby kategorii širší v tom smyslu, že vyjadřuje „*[...] konkrétně zjištěný základ trestní odpovědnosti jednotlivého pachatele [...]*“, tj. daný objektivně i subjektivně, mající úzký vztah k trestnému činu jako takovému, aniž by se obojí ztotožňovalo.⁴⁸

Každopádně jsou Olšarovy úvahy o protiprávnosti – „*se zvláštním zřetelem k právu trestnímu*“ – velmi propracované do důsledků i praktických a jako takové nepochybně inspirativní i dnes.

Třetí zástupce *brněnské trestně právní školy*, Jaroslav Stránský, jak již řečeno, se na různých místech své monografie dovolává Kallaba explicitně v souvislosti s pojmem skutkové podstaty trestného činu (zločinu), respektive i samotným pojmem tohoto typu právního deliktu, jmenovitě v relaci k jím zasaženému právnímu statku (objektu).

Stránský tu píše:⁴⁹ „*Všechno, čím soud o trestu jest podmíněn, shrnujeme pojmem skutkové podstaty. Velice správně upozorňuje Kallab [...], že mluvíme nepřesně nazývajíce soubor podmínek trestání skutkovou podstatou zločinu, [...] Kallab mluví o skutkové podstatě zločinu s výhradou, [...], protože zločin jest jen nejdůležitější, nikoli však jediná podmínka trestání, jsou i podmínky, které ani při nejširším výkladu slova „čin“ nelze pokládati za známku zločinu, [...] nazveme-li s ním (tj. Kallabem) skutkovou podstatou soubor podmínek,*

⁴⁴ Ibidem, s. 57.

⁴⁵ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 41.

⁴⁶ OLŠAR, E. *Studie o protiprávnosti (se zvláštním zřetelem k právu trestnímu)*, s. 59, 60; zde s odkazem na Kallabovu učebnici z roku 1935.

⁴⁷ Ibidem, s. 66.

⁴⁸ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*, s. 42.

⁴⁹ STRÁNSKÝ, J. *Vůle poškozeného ve skutkových podstatách trestního práva*. Brno: Barvič a Novotný, 1921, s. 27, 28.

za jakých právo trestní lze uplatnit (přesněji: soubor podmínek soudu o trestuhodnosti, neboť podmínkou uplatnění trestního práva jest také způsobilost k trestu, jež může být vyloučena např. zešílením pachatele), a vidíme-li, že podmínkou trestání jest zločin, ať už podmínkou hlavní mezi jinými podmínkami, nebo podmínkou soubornou a jedinou, jest nám zločin sám buď částí skutkové podstaty, nebo synonymum toho, co jsme jí chtěli označiti, a v obou případech jest nesprávně mluvit o skutkové podstatě zločinu, kde máme na mysli vlastně skutkovou podstatu soudu o trestuhodnosti. [...] Pojmenujeme přídržice se raději terminologie a výměru Kallabova skutkovou podstatou „skutečnost, s níž jako s podmínkou objektivní právo určité právní následky jako účinky spojuje. [...] V právu trestním, kde tímto účinkem jest soud o trestuhodnosti, jest tedy skutkovou podstatou pojmově soubor všech skutečností, na základě kterých soud o trestuhodnosti se pronáší. Od této pojmové skutkové podstaty lišiti jest skutkovou podstatu konkrétní, jež, jak Kallab upozorňuje, musí nejméně obsahovati všechny znaky nadřazeného pojmu, jež však zpravidla obsahuje celou nepřehlednou řadu dalších znaků. Doporučuje se, myslím, konkrétní skutkovou podstatu nazývati skutkovým dějem (sběhem událostí) a rezervovati název skutkové podstaty právě jen nadřazenému pojmu souboru všech nutných znaků, subjektivních i objektivních.“

Svým způsobem cenné na Stránského úvahách je i aktuálně jednak to, že diferencuje role trestného činu a jeho skutkové podstaty jednak jako *jediného* základu trestní odpovědnosti (rovina viny), jednak jako *jednoho* ze základů, předpokladů, podmínek trestání (rovina trestů),⁵⁰ jednak to, že důsledně odlišuje od skutkové podstaty jako pojmu „nadřazeného“ skutkový děj (sběh událostí).

Pokud jde o právní statek jako objekt trestného činu, tu odkazuje Stránský na Bindinga, podle něhož „[...] právní statek, [...] se takto jeví principiálním objektem zločinu“.⁵¹ Sám ještě dodává: „Jak už zde se ukazuje, má býti pojmem právního statku jen zdůrazněno, že hodnocení určitých jednání jako zavržitelných a trestných zásadně není hodnocení subjektivní, nýbrž objektivní.“⁵² Jinak je k užitečnosti pojmu „právního statku“ dosti skeptický, když poznamenává: „Nelze věru tvrditi, že se pojem právního statku v theorii trestního práva osvědčuje. Je nepřesný především proto, že se omezuje na trestní právo. Většinu statků, poměrů, zřízení a stavů, jež se počítají k právním statkům, upravují také normy práva soukromého, byť i v jiném vztahu, než normy práva trestního.“⁵³ Nicméně, v návaznosti na Kallaba, v této své skepsi nakonec ubírá a připomíná jeho správné zjištění, „že pojem právního statku vznikl pozorováním zločinu jako zjevu sociálního“.⁵⁴ Zároveň dodává, že „by chtěl jen Kallabův postřeh dvojí psychické stránky, [...], doplnit stránkou třetí, jež v právní vědě, snad právě vlivem pojmu právního statku, byla hodně zanedbávána, přes to že spadá úplně ve sféru její“.⁵⁵ Stránského místy poměrně komplikovaný způsob sdělení, bohužel, jasně ani implicitně nenaznačil, v čem by měla spočívat ona „stránka třetí“. V každém případě však ani dnes neztrácí na aktuálnosti následující jeho slova: „Celá nauka o objektu trestného činu dala by vědě trestního práva bohatší výtěžky, kdyby místo dosavadního málo plodného shonu a sváru o obecnou platnost určitých formulek soustředila se na pozorování tohoto objektu konkrétního, jenž sice není společný deliktům všem,

⁵⁰ Dnes k tomu srov. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné. Obecná část*, s. 202 an.

⁵¹ STRÁNSKÝ, J. *Vůle poškozeného ve skutkových podstatách trestního práva*. Brno: Barvič a Novotný, 1921, s. 33.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem, s. 35.

⁵⁵ Ibidem, s. 35, 36.

ale valné části jejich souboru, a jenž představuje, myslím, sám o sobě problém, kterému výklad trestního práva zůstává dosud mnoho dlužen.⁵⁶

Čtveřici představitelů brněnské trestněprávní školy uzavírá Josef Kepert, vedle Olšara, byť jen velice krátkou dobu, též Kallabův žák. Jeho klíčové dílo představuje citovaný spis *Analogie v trestním právu*. Jak již poznamenáno shora, o tuto monografii se Kepert opíral i v textu *Právní platnost myšlení analogického* obsaženém ve *Sborníku prací k 60. narozeninám Františka Weyra* (Praha, 1939). Tu samou práci nabízí též J. Kosek coby editor sborníku *Brněnská škola právní teorie: (normativní teorie)* (Praha: UK, 2003, s. 255 a násl.), z níž jako jediné pro mne dostupné vycházím i dnes v tomto článku.

Nakolik Kepert v této práci (*Právní platnost myšlení analogického*) navazuje místy na Kallaba, natolik jen potud, pokud řeší obecné otázky právotvorby, metodologie právní praxe či významu normativní teorie pro teorii trestního práva. Nicméně se domnívám, že problematika analogie, doména to Kepertova, má velice blízko i k pojmu trestného činu samotného, a sice jako výlučného základu trestní odpovědnosti. Skrze otázky analogie v trestním právu, jak je traduje Kepert, se tak dostáváme k pojmu či pojetí trestného činu nepřímou. Tím ovšem tento přístup neztrácí na významu, spíše naopak. Z pohledu analogie v trestním právu pojímaný trestný čin se tu projevuje jakožto kategorie zásadního významu pro legalitu trestního práva. Někdy však, zejména historicky, významu v tomto ohledu spíše potlačovaného. Analogií determinovaný „osud“ trestného činu jako klíčové kategorie se pak nutně odvíjel od klimatu konkrétní historické doby, tedy koneckonců i od zázemí politicko-ideologického, jakož i filozofického, nakolik ta či ona filozofie byla i případně ideologicky (trestně politicky) využita, či dokonce zneužita.⁵⁷

Přestože obě Kepertovy práce vyšly v letech 1938 a 1939, nabízejí z výše uvedeného („filozoficky referenčního“) hlediska myšlenky nesmírně progresivní a moderní, tedy s vysokou „užitnou hodnotou“ i pro dnešní dobu. Jde totiž o to, že ideové klima třicátých let minulého století se v nich z jistých objektivních a možná i subjektivních důvodů, ku prospěchu věci, neodrazilo.

Jednou z takových idejí bude zřejmě jeho úvaha o „delegačním rámci“ užití analogie: „V moderních právních systémech nacházíme zpravidla různě vyjádřený princip, že soudce nesmí za žádných okolností odepřítí rozhodnutí případů jemu předložených, a to ani vůbec, ani s poukazem na to, že zákony nedávají jasného řešení (*denegatio iustitiae*). Je to – ve spojitosti se soudcovskou nezávislostí – stěžejní zásada právní jistoty. Normativně jde o obecnou delegující normu, zavazující soudce, ale dávající mu současně i právo rozhodnouti všechny myslitelné právní otázky, bez ohledu na to, jsou-li v zákoně výslovně řešeny nebo ne. [...] V tomto smyslu máme co činiti s obecnou delegační normou, jejíž obsah je stanoven negativně: Zahrnuje totiž všechny případy, které nejsou v zákoně řešeny výslovně. Analogie, provozovaná v tomto až k neviditelnosti [...] širokém rámci, je zase jen metodou volné úvahy, čerpající svou normativní závaznost z delegující normy a ne ze samotné logické, účelové nebo jakékoliv jiné „vnitřní“ oprávněnosti svého výsledku.“⁵⁸ K tomu pak ještě dodává: „Analogie je tedy přední z metod, jimiž lze řešit pro-

⁵⁶ Ibidem, s. 38. Není od věci v této souvislosti připomenout, že ani v období poválečném, až dodnes, kromě monografie B. Vybírala (VYBÍRAL, B. *O objektu trestného činu*. Praha, 1953), bychom těžko hledali nějakou další.

⁵⁷ Podrobněji tyto souvislosti, jmenovitě např. pro sovětské a německé právní prostředí, rozvádí dílo SOLNAŘ, V. – FENYK, J. – ČISAŘOVÁ, D. – VANDUCHOVÁ, M. *Systém českého trestního práva. II. Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Nakladatelství Novatrix, 2009, s. 35, 68, 75, 93, 96.

⁵⁸ KEPERT, J. *Právní platnost myšlení analogického*. In: KOSEK, J. (ed.). *Brněnská škola právní teorie: (normativní teorie)*. Praha: UK, 2003, s. 262.

blém volné úvahy při aplikaci právních norem. V normativní delegaci k této volbě, objímající celý volný rámec, je pramen právní relevance zvolené metody, tedy i analogie. Analogie se liší od ostatních metod volné úvahy jen tím, že při ní uvažující soudce dochází k přesvědčení o její vhodnosti k docílení „co nejjednoduššího organického vývoje právního řádu“, což ho vede k přiznávání těchže právních následků obdobným skutkovým podstatám. O právní relevanci těchto výroků platí ovšem totéž, co o ostatních případech.“⁵⁹

Své úvahy poté Kepert končí následovně: „Chce-li být analogie právně relevantní, musí být zakotvena v právním řádu. Toto zachycení (zakotvení) našli jsme jednak ve volnosti, kterou delegující norma ponechává pro aplikaci, jednak v normě o analogii, delegující k vytvoření normy, jíž analogická skutečnost má býti podřaděna. [...] Čím širší rámec ponechávají normy moderních právních řádů bez podrobných předpisů soudcovu uvážení a čím více si moderní jurisprudence uvědomuje svou volnost uvnitř tohoto rámce, tím méně naléhavým je volání po „analogické aplikaci“. [...] Tím uzavíráme tuto úvahu, která chce být důkazem únosnosti normativní teorie i při řešení otázky tak obtížné, jako je zařazení analogie do systému právního myšlení.“⁶⁰

Vrátím-li se tedy ke Kepertově myšlence o „delegačním rámci“ užití analogie z toho hlediska, kdy analogie je jen metodou volné úvahy, čerpající svou normativní závaznost z delegující normy a ne ze samotné logické, účelové nebo jakékoliv jiné „vnitřní“ oprávněnosti svého výsledku, může přemýšlivého čtenáře napadnout, zda by ve skutečnosti onou k analogii „delegující normou“ nemohl být v jeho době právě § 2 německého trestního zákona z 15. 5. 1871, ve znění novely z 28. 6. 1935⁶¹? Ten by svým obsahem pojmu „delegující norma“ totiž odpovídat mohl. Tu se ovšem vnucuje další, celkem nepříjemná otázka, zda Kepertova stať (*Právní platnost myšlení analogického*) nebyla vlastně jakousi skrytou obhajobou analogie v německém trestním právu té i pozdější doby? Osobně jsem však přesvědčen, že tomu tak v žádném případě nebylo a ani být nemohlo. Mám pro to nejméně dva následující důvody:

Předně v textu předmětné stati nenajdeme nikde výslovný odkaz na výše uvedené zákonné ustanovení německého trestního zákona. Ani pro to nebyla sebemenší věcná příčina, když citovaný § 2 platil už v době psaní Kepertovy stati jen pro Říši; viz níže. Pokud by toto nestačilo již samo o sobě, potom je po ruce další argument, nazvěme jej „historicko-(časově) biologický“. Zmíněné zákonné ustanovení, patřící do obecné části německého trestního zákona, počátek své platnosti v Protektorátu Čechy a Morava totiž spojuje s datem 14. 4. 1939, odkdy „byly některé trestní zákony říše německé prohlášeny za platné také pro osoby, které nejsou německými státními příslušníky“.⁶² Přitom sám Kepert zemřel dne 2. 1. 1939, myslím, že k uvedenému netřeba nic dalšího dodávat. Spíše by bylo namísto, jak se domnívám, vztahovat dnes jeho slova o analogii v *negativním* smyslu, která „je jen metodou volné úvahy, čerpající svou normativní závaznost z delegující normy a ne ze samotné logické, účelové [veškeré zvýraznění – V. K.] nebo jakékoliv jiné „vnitřní“

⁵⁹ Ibidem, s. 263.

⁶⁰ Ibidem, s. 264, 265.

⁶¹ „Potrestán bude, kdo spáchá čin, který zákon prohlašuje za trestný nebo který zasluží potrestání podle základní myšlenky některého trestního zákona a podle zdravého citění lidu. Nelze-li na čin užítí přímo určitého trestního zákona, potrestá se čin podle zákona, jehož základní myšlenka se na čin nejlépe hodí.“ Citováno podle MIŘIČKA, A. – SOLNAR, V. *Nová úprava trestního soudnictví v Protektorátu Čechy a Morava*. Praha: Melantrich, 1939, s. 35.

⁶² Ibidem, s. VII.

oprávněnosti svého výsledku“, na citovaný § 2 právě v tom významu, že ono „účelové“ představují podmínky jeho aplikace, v něm obsažené: „Možnost užití trestního zákona na případy, které nejsou výslovně prohlášeny za trestné činy, je omezena dvěma podmínkami: 1. čin musí být trestuhodný podle zdravého cítění lidu (tzv. *„gesundes Volksempfinden“*), a to podle mínění některých tak naléhavě, že nelze vyčkati zákonného opatření, 2. na čin musí se hoditi základní myšlenka některého trestního zákona.“⁶³

Osobně jsem tedy toho názoru, že Kepertovy myšlenky o delegující (opravňující) normě k analogii je naopak legitimní propojovat s legalitou trestního práva hmotného a s rolí, kterou v této souvislosti z hlediska především viny plní trestný čin. Přitom není nepodstatné, z jakého pojetí a jeho pojmu (definice) se vycházelo, respektive vychází i dnes. Formálně-materiální pojetí trestného činu, jak je zastáváno autorem tohoto článku (viz odkazy na detaily v pramenech výše) a jehož základy svým způsobem položil už Kallab, je právě v tomto ohledu celkem spolehlivým instrumentem a garancí právě výše zmíněné legality trestního práva ve smyslu zásady *nullum crimen sine lege scripta, certa et praevia*, kterou nepochybně ctil i samotný Kepert.

3. Soudobé filozofické pojímání trestného činu v ČR v historické retrospektivě a aktuální odkaz brněnské trestněprávní školy

Mnohé z toho, co uvozuje nadpis této části, bylo naznačeno v předcházejících částech tohoto článku. Na tomto místě se chci proto pokusit jen o jistou zkratku postihující naznačený vývoj ve filozoficko-teoretickém přístupu k trestnému činu, jeho pojmu a pojetí.

Budiž zároveň na omluvu čtenáři uvedeno, že nutně limitovaný rozsah této studie neumožňuje širší záběr, v jehož rámci by bylo možné obsahově detailněji rozebrat onen aktuální odkaz *brněnské trestněprávní školy*, neboť toto téma by vydalo na samostatný text. Po tomto vysvětlení lze přistoupit k vlastnímu aktuálnímu odkazu *brněnské trestněprávní školy*, jak jej vidí autor této studie.

Budu se tu pohybovat na první pohled na málo srozumitelné personální a časové, respektive historické ose, která má svůj počátek právě v *brněnské trestněprávní škole*, přičemž přiblížím následné projekce, respektive projevy působení této školy v době poválečné, zejména v jejím recentním období. Za ně považuji etapu od 50., respektive 70. let dvacátého století, evidentně také proto, že v roce 1969 byla obnovena v rámci Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Brně její právnická fakulta.

Začínám tedy Jaroslavem Kallabem (1911–1935), pokračuji Štefanem Breierem (1970) a relativně končím roky 1984, 1995 a dále rokem 2015. V daném časovém rozpětí jsem publikoval různé texty k problematice pojmu a pojetí trestného činu v trestněprávní teorii dokumentující vliv *brněnské trestněprávní školy* na můj přístup k dané problematice, respektive i ostatních autorů, kteří sdílejí *formálně-materiální* pojetí trestného činu.⁶⁴

Jak už vzpomenuto, a jen krátce pro osvěžení paměti, názory Kallaba na pojem zločinu (trestného činu), v letech 1911–1935, se vyvíjely od výchozího spojení pozitivně právního (*formálního*, normativního) přístupu s přístupem mimoprávním, kriminálně sociologickým (tj. *materiálním*), k určitému oddělování jen *formálního* pojmu trestného činu v právu,

⁶³ Ibidem s. 36. Citování autoři v závěru svého skrovného komentáře k § 2 ještě dodávají, že: „Dosavadní judikatura užívala ustanovení § 2 velmi obezřetně.“

⁶⁴ Stran bibliografie tohoto zaměření lze odkázat na: KALVODOVÁ, V. – FRYŠTÁK, M. – PROVAZNÍK, J. (eds.). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvíli*. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 17–35.

de lege lata a *formálně-materiálního* pojetí (přesněji „pojmu“), *de lege ferenda*. V určité době se pak přiklání k pohledu *materiálnímu* jak z hlediska platného práva, tak i *de lege ferenda* (1915, 1916), přesněji řečeno, jak mám za to, jednalo se zde o pojetí (respektive pojem) *formálně-materiální*, kdy materiální znak trestného činu představuje důvod jeho formální protiprávnosti, potažmo trestnosti, a kdy jako takový je zahrnut (vedle protiprávnosti a trestnosti jednání) do definice zločinu. Poté se však tento myšlenkový pohyb vrací ke svým původním východiskům, respektive k uvedenému oddělování *formálně právního* pojetí (respektive pojmu) zločinu *de lege lata* od *materiálního* pojetí (respektive pojmu), od materiální protiprávnosti činu *de lege ferenda*. Z takto naznačených myšlenkových posunů citovaného autora mi již tehdy byla nejbližší, a je tomu tak i dnes, ona *kombinovaná* varianta z let 1915–1916.

Pokud pak jde o slovenského autora Breiera, je třeba vysvětlit, proč právě on je zmiňován a zrovna v tomto kontextu? Zde mi nezbývá, než si brát na pomoc obsáhlejší citaci z jeho textu z roku 1970,⁶⁵ který přesně zapadá do konceptu *kombinovaného* pojetí, pojmu trestného činu. Breier v rámci tehdejší diskuse⁶⁶ o problému možné překvalifikace přečinu na trestný čin z důvodu zpětnosti pachatele předestřel tento svůj názor: „*Princip legality trestního práva [...] vyžaduje, aby se tresty ukládaly jen podle zákona. Ústavní dikci však nelze vysvětlovat jen v tom smyslu, že zákonem má být upraven jen postup při ukládání trestů [...]. Pokud se čl. 30 odst. 2 Ústavy⁶⁷ nemá chápat jen jako duplicitní opakování zásady vyjádřené v odstavci 1, potom v tomto ustanovení (čl. 30 odst. 2 Ústavy) nutno vidět postulát, že tresty lze ukládat jen v případech, že jsou splněny zákonné podmínky, a to nejen co do deliktuální formy obecně pojaté, ale i co do vymezení určitého deliktu jeho znaky (např. trestného činu vraždy) zákonem [...] tato zásada bývá zákonodárstvím prolomena ve prospěch delikventa tak, že zákon umožňuje při nedostatku potřebného stupně společenské nebezpečnosti ve vztahu k vyšší delikt ní formě, použít ustanovení o mírnějších delikt ních formách [...]. Z toho však nevyplývá, že je přípustný i postup v opačném směru, což by do důsledku dovedeno, znamenalo negaci principu legality vůbec.*“ V citované monografii o *Kategorizaci...* jsem tehdy ještě dodal: „*Zatímco podle jedněch se požaduje překvalifikace na závažnější delikt (tj. vlastně ustálení trestní odpovědnosti) jen podle znaků obecně uvedených v § 3 odst. 4 tr. zák.,⁶⁸ bez toho, že by byly konkretizovány jako znaky skutkové podstaty trestného činu uvedené ve zvláštní části trestního zákona, na něž se má překvalifikovat, druzí požadují naopak konkrétní existenci tohoto znaku, tj. např. zpětnosti jako znaku subjektu trestného činu, i ve skutkové podstatě uvedené ve zvláštní části trestního zákona. Máme za to, že za pravdu je třeba dát jednoznačně těm „druhým“.*“⁶⁹ Bez ohledu na tehdejší dobové (oficiální) „filozofické zázemí“, se, jak vidno, prosazovaly, i když ne vždy vítězně, myšlenky, akceptovatelné též dnes. Tedy koncept kombinovaného pojetí trestného činu – *formálně-materiálního* – viděno z aspektu viny (základu trestní odpověd-

⁶⁵ BREIER, Š. O pojme drobnej delikvencie vo vztahu k možnosti rozlíšit jednotlivé deliktuálne formy. *Socialistické súdnictvo*. 1970, č. 11, s. 11, 12, 15.

⁶⁶ Podrobně viz KRATOCHVÍL, V. *Kategorizace deliktů (trestněprávních a navazujících)*. Brno: UJEP v Brně, 1984, s. 111 an.

⁶⁷ 1) Nedotknutelnost osoby je zaručena. Nikdo nemůže být stíhán jako obviněný jinak než ze zákonných důvodů a způsobem, který stanoví zákon. Nikdo nesmí být vzat do vazby, leč v případech zákonem stanovených a na podkladě rozhodnutí soudu nebo prokurátora.

2) Tresty lze ukládat jen na základě zákona.

⁶⁸ 4) Stupeň nebezpečnosti činu pro společnost je určován zejména významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen, způsobem provedení činu a jeho následky, okolnostmi, za kterých byl čin spáchán, osobou pachatele, mírou jeho zavinění a jeho pohnutkou.

⁶⁹ KRATOCHVÍL, V. *Kategorizace deliktů (trestněprávních a navazujících)*, s. 112, 113.

nosti). Koncept, který dialekticky mířil a míří proti krajnostem ryzího formalizmu, jakož i vulgárního materializmu.⁷⁰ To znamená koncept, jemuž dnes konvenuje *filozofický kompatibilismus (konvergence k integraci)*.

Sám autor tohoto článku, jak zmíněno, již dlouhodobě⁷¹ a konzistentně i nyní pléduje právě pro zmíněné *formálně-materiální* pojetí trestného činu a jemu konvenující pojem (definici), včetně v nedávné době pro tuto klíčovou kategorii trestního práva „objeveného“ *filozofického kompatibilismu*.

Na tomto místě by bylo možné pokračovat podrobnějším rozbořem přístupů k pojmu a pojetí trestného činu už v úvodu (viz pozn. pod čarou č. 2 a 3) vzpomenutých představitelů české a slovenské trestněprávní teorie. Ovšem vzhledem k výše zdůvodněné limitaci rozsahu této stati, jakož i jejímu věcnému zaměření coby textu spíše historizujícího charakteru, mi nezbyvá, než zůstat opět jen u nezbytné zkratky.

Přirozeně, že se tyto diskuse odehrávaly na „půdorysu“ v té době vždy platné právní úpravy (*de lege lata*), přičemž se jednalo o pojem, pojetí trestného činu primárně v jeho funkci jakožto jediného základu trestní odpovědnosti (viny). Poněkud schematicky vyjádřeno, trestní zákony č. 86/1950 Sb. a 140/1961 Sb. rámovaly prostor pro teoretické spory o to, jak chápat tzv. *materiální pojetí* trestného činu, trestní zákoník č. 40/2009 Sb. potom prostor pro diskuse o tom, jak chápat nově deklarované *formální pojetí* trestného činu.

V souvislosti s dřívějším *materiálním pojetím*, opírajícím se o § 3 odst. 4 zák. č. 140/1961 Sb., se profilelo dvojí jeho chápání: *širší, volné (sensu lato)* a *užší, striktní (sensu stricto)*.

Chápání *sensu lato* kladlo vedle sebe, relativně navzájem nezávisle, obě *stránky* trestného činu, tzn. *materiální* (společenskou nebezpečnost trestného činu) a *formální* (znaky skutkové podstaty trestného činu uvedené v trestním zákoně). To při aplikaci zmíněného zákona umožňovalo posuzovat z hlediska viny pachatele materiální stránku nezávisle na stránce formální, což skýtalo podle mého soudu nežádoucí aplikační „manévrovací“ prostor, aby např. soudy celkem „pružně“ reagovaly na konkrétní případy jednání co do jejich trestnosti i tehdy, pokud tato nevykazovala některý ze znaků skutkové podstaty trestného činu, ovšem *in concreto* šlo o čin srovnatelně pro společnost nebezpečný jako případy jiné, u nichž stránka materiální a formální ve shodě byla. Z hlediska nesporné a bezvýjimečné zásady *nullum crimen sine lege* bylo toto volné chápání materiálního pojetí trestného činu jednoduše nepřijatelné.⁷²

Chápání *sensu stricto* naopak přistupovalo k posuzování materiální stránky trestného činu jen v hranicích jeho skutkové podstaty, tedy jen skrze znaky v ní obsažené. To, co bylo nadto, jako skutečnost ovlivňující materiální stránku, z hlediska viny nemělo relevanci. Konvence zásadě *nullum crimen sine lege* je v tomto případě naopak evidentní.⁷³

⁷⁰ SOLNAŘ, V. – FENYK, J. – ČISAŘOVÁ, D. – VANDUCHOVÁ, M. *Systém českého trestního práva. Část druhá Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Nakladatelství Novatrix, 2009, s. 37.

⁷¹ Prakticky již od roku 1986, nepočítáme-li jeho monografii z roku 1984 (Kategorizace deliktů...); srov. KRATOCHVÍL, V. – KUČHTA, J. *Trestní právo hmotné. Obecná část*. Praha: SPN, 1986, s. 21, 22, kde bylo, možná poněkud neobratně, naznačeno něco na způsob „zárodečného“ kombinovaného pojetí trestného činu. Podrobnější rozpracování se pak dočkalo toto pojetí zejména v učebních textech z let 1991, 1994, 1996, 2002, 2009 a 2012.

⁷² Srov. např. KOLEKTIV. *Trestní zákon. Komentář*. Praha: Orbis, 1964, s. 37, bod 28, s. 39, bod 36. Dále např. SOLNAŘ, V. *Systém československého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972, s. 49, 69, poněkud modifikovaně vyjádřeno a zmíněno, vzhledem k nutnosti diferencovat při hodnocení materiální stránky viny a trest pak s. 71, je ovšem korektní připomenout i slova Solnaře na s. 50 a 82, vzdor kterým ovšem praxe s volným chápáním materiálního pojetí neměla a nemá ani dnes, bohužel, „problém“.

⁷³ Srov. již citovaný BREIER, Š. *O pojme drobnej delikvencie vo vzťahu k možnosti rozlíšit jednotlivé deliktuálne formy*, s. 11, 12, 15. KRATOCHVÍL, V. *Kategorizace deliktů (trestněprávních a navazujících)*. Brno: UJEP v Brně, 1984, s. 112, 113.

Původně v důvodové zprávě k osnově trestního zákoníku (2009) deklarované⁷⁴ *formální pojetí* trestného činu vychází z faktu, že legální definice (tj. pojem) trestného činu v § 13 odst. 1 zákona č. 40/2009 Sb., jako svůj definiční prvek neobsahuje jeho materiální stránku (společenskou škodlivost). S odvoláním na uznávanou odlišnost kategorií „pojem“ a „pojetí“ trestného činu (viz pozn. pod čarou č. 31) lze dnes hovořit nanejvýše o „formálním pojmu“, a nikoliv pojetí trestného činu.⁷⁵ Také zde lze diferencovat dvojí chápání onoho *formálního pojetí* trestného činu.

Prvé, rovněž volné (*lato sensu*), spočívá v tom, že se *materiální stránka* trestného činu (společenská škodlivost) při řešení otázky viny hodnotí podle dalších okolností případu, nejen pouze s ohledem a v rámci znaků příslušné skutkové podstaty.⁷⁶ I tu tedy platí, že z hlediska zásady *nullum crimen sine lege* bude toto chápání formálního pojetí trestného činu rovněž nepřijatelné.

Druhé chápání formálního pojetí (*stricto sensu*) pak v návaznosti na již zmíněnou zásadu *nullum crimen sine lege* trvá na tom, aby *formální stránka* představovala nepřekročitelný rámec pro posuzování stránky materiální, tedy že jen v hranicích skutkové podstaty lze posuzovat konkrétní společenskou škodlivost činu, jde-li o vinu pachatele. Korespondence zásadě *nullum crimen sine lege* je v tomto případě naopak rovněž evidentní. Jak se vyhnout úskalí chápání formálního pojetí trestného činu *lato sensu* a jak tedy správně „číst“ citované stanovisko trestního kolegia NS, to znamená ve smyslu formálního pojetí *stricto sensu*, jsem blíže rozvedl jinde.⁷⁷

Kombinované pojetí trestného činu coby základu trestní odpovědnosti, tj. *formálně-materiální*, jsem postupně formoval na bázi výše uvedených *druhých* chápání „materiálního“ a „formálního“ pojetí trestného činu. Tedy jejich chápání striktních, užších (*stricto sensu*) stavících do popředí trestněprávní *formu* (skutkovou podstatu trestného činu uvedenou ve zvláštní části trestního zákona) naplněnou odpovídajícím, tj. trestněprávně relevantním *materiálním* obsahem, proto pojetí *formálně-materiální*.⁷⁸

A právě v tomto naposledy uvedeném pojetí trestného činu lze, jak mám za to, spatřovat onen aktuální odkaz *brněnské trestněprávní školy*, jež předala dnešní *teorii a praxi*.

Kallab, coby její zakladatel, z různých svých *teoretických* přístupů k pojetí, respektive pojmu trestného činu nabízel jeden, jak již uvedeno, který může dost dobře při jeho správné interpretaci konvenovat právě legalitě trestního práva hmotného vyjádřené v několikalet již zmíněné jeho zásadě: *nullum crimen sine lege*. Konkrétně šlo o Kallabovo pojetí trestného činu *kombinované* z let 1915–1916 slučující v sobě materiální a formální, respektive naopak. Pokud je dnes interpretujeme skutečně legalisticky, tedy ve správném smyslu

⁷⁴ ŠÁMAL, P. *Osnova trestního zákoníku 2004–2006*. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 31 an.

⁷⁵ Srov. ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 129.

⁷⁶ Srov. R 26/2013 Sb. rozh. tr., s. 203/471.

⁷⁷ KRATOCHVÍL, V. Případ, trestný čin, společenská škodlivost a vina v trestním právu (o zásadě subsidiarity trestní represe trochu jinak). *Právník*. 2015, č. 7, s. 537 an., zejména s. 556, 557, 559. K užšímu chápání formálního pojetí trestného činu srov. např. i FENYK, J. Subsidiarita trestní represe – rovnice o mnoha neznámých? *Státní zastupitelství*. 2013, č. 1, s. 9, 10, 13.

⁷⁸ KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné*. Obecná část. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 167 an., zejména s. 169–171, 172, 173, 174, 175; terminologii a pojmy uvedenými na s. 169–173 jsem nezatěžoval text této stati, bez toho, že by se to samozřejmě negativně projevilo na smyslu jejího textu. Z nejnovějších literárních zdrojů týkajících se formálního (formálně-materiálního) pojetí trestného činu, viděného nutně optikou zásady subsidiarity trestní represe, lze upozornit ještě na tyto: FRYŠTÁK, M. Zásada subsidiarity trestní represe v praxi policejního orgánu. In: KALVODOVÁ, V. – FRYŠTÁK, M. – PROVAZNÍK, J. (eds). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvíli*, s. 135 an., PŮRY, F. Některá úskalí při uplatňování subsidiarity trestní represe v praxi. In: KALVODOVÁ, V. – FRYŠTÁK, M. – PROVAZNÍK, J. (eds). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvíli*, s. 323 an., ŠÁMAL, P. K diskuzi o subsidiaritě trestní represe. In: KALVODOVÁ, V. – FRYŠTÁK, M. – PROVAZNÍK, J. (eds). *Trestní právo /stále/ v pohybu: pocta Vladimíru Kratochvíli*, s. 413 an.

tohoto slova [tzn. legalita jako forma naplněná adekvátním, relevantním materiálním obsahem, nikoliv forma „ryzí“, tj. bezobsažná, samoučelná a někde vedle ní stojící materie..., viz pozn. pod čarou č. 76 („další okolnosti případu“)], máme co do činění s jasným důkazem reflexe *brněnské trestněprávní školy* v současné trestněprávní teorii, ale i filozofii trestného činu.

Odráz právě takovéhoho přístupu v soudní trestní *praxi*, tzn. pojetí trestného činu *formálně-materiálního*, lze např. doložit konkrétními rozhodnutími zejména Nejvyššího soudu jednak z doby platnosti zákona č. 140/1961 Sb. (tr. z.), a tudíž i *před* přijetím citovaného stanoviska R 26/2013 Sb. rozh. tr., jednak z doby platnosti zákona č. 40/2009 Sb. (tr. z.), tj. *před* a *po* přijetí zmíněného stanoviska.

Do období prvního (tr. z. a *před*...) spadají např. rozhodnutí: R 43/1990, R 19/1994, R 26/1994, R 43/1996, R 20/1998, R 2/2001, R 20/2006 Sb. rozh. tr.; dále např. NS: sp. zn. 6 Tdo 986/2012, 6 Tdo 1234/2012. Do období druhého (tr. z., *před* a *po*...) patří např. rozhodnutí NS: sp. zn. 3 Tdo 1386/2013, 5 Tdo 1240/2013, 6 Tdo 520/2013, 5 Tdo 587/2014, 6 Tdo 803/2014, 7 Tdo 489/2014.⁷⁹

S veškerou pokorou k naší trestněprávní historii se tak i dnes, byť v omezené míře, snad podařilo a daří naplnit nepochybný odkaz *brněnské trestněprávní školy* na poli bádání o trestném činu a jeho filozofii, trestní praxi z toho nevyjímaje.

Závěry

V podstatě jen formou stručných shrnujících závěrů podávajících se z analyzovaného tématu o filozofii trestného činu v pojmání *brněnské trestněprávní školy* mohu přinejmenším konstatovat toto:

- o brněnské trestněprávní škole se „vědělo“, blíže však dosud nelze nabídnout ucelenější pojednání o ní, nebo aspoň o takovém není autorovi tohoto textu nic známo;
- skutečná její existence se ukázala nespornou; nejde o nějaký účelový konstrukt snad jen „pietní“ či „jubilejní“ povahy;
- základní ideje, které tato škola vyprodukovala, jsou v mnoha směrech nadčasové;
- co do jejich konkrétního obsahu proto osvědčující svou vysokou „užitnou hodnotu“ i dnes, pro teorii a praxi trestního práva;
- v neposlední řadě se na tomto vývoji i současném stavu rozebrané materie opět projevily svým způsobem „existenciální“ význam nutnosti přistupovat, nejen k trestnímu právu, i ze širších souvislostí, zejména filozofických, respektive právněfilozofických.

⁷⁹ Existují samozřejmě i rozhodnutí, která se s reflexí onoho historického odkazu poněkud míjejí, neboť jdou cestou širšího chápání materiálního či formálního pojetí trestného činu, tj. *latu sensu*: např. R 12/1970, R 13/1973-II, pokud se aplikovalo jen z hlediska viny pachatele; dále např. NS: sp. zn. 8 Tdo 1219/2012, 8 Tz 16/2012, 4 Tdo 614/2014, 8 Tdo 775/2014.

Právo a literatura: brněnská spojení

Martin Škop* – Terezie Smejkalová – Markéta Štěpáníková*****

Abstrakt: Law and Literature (Právo a literatura) řadíme mezi současné kritické právněfilosofické hnutí. Vychází z představy práva jako jazyka, který může mít i literární podobu, a chápe proto právo jako kulturní artefakt, který může být podroben stejnému či srovnatelnému zkoumání jako jakýkoli jiný literární text. V současnosti tento přístup operuje zejména s metodami, které mohou napomoci právní metodologii obecně, nebo přímo napomoci metodám interpretace právních textů. Článek se proto soustředí na popis hnutí s důrazem na současné trendy v této oblasti (které však mají svůj původ a svůj kontext, což nelze pominout), zejména s přihlédnutím k směru „Právo jako literatura“ a s přihlédnutím na možnosti adaptace tohoto směru na české právní prostředí. Soustředí se proto na možnosti využití literární interpretace v právu (analýza kontextu, včetně nadinterpretace, analýza publika, naratologie) a vůbec potenciální vlivy literatury na právo (přesvědčování, kultivace). Hlubší zájem o tuto problematiku je patrný na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. Článek proto představuje dosavadní zjištění učiněné na brněnské fakultě jako pracovišti s nejvýraznějším postupem v této oblasti a ukazuje dosavadní badatelská zjištění v tomto segmentu zkoumání práva.

Klíčová slova: právo a literatura, interpretace, právní metodologie, narace, argumentace

Úvod

Přestože je tradice brněnské právnické fakulty spojena spíše s metodologickým pozitivismem reprezentovaným brněnskou normativní školou, její současnost je pestřejší. Jedním z právně filosofických (respektive metodologických) přístupů, který se na její půdě daří úspěšně rozvíjet, je i přístup spojující právo s literaturou, respektive s uměním, který obvykle označujeme *Law and Literature*, nabízející alternativní přístup ke zkoumání práva a k rozvoji klasické právní metodologie. Vzhledem ke své alternativní povaze nedosahuje takového významu a popularity jako např. analytická právní filosofie ani není tak rozšířený jako metody právního výkladu založené čistě na lingvistické bázi. Navzdory tomu má co nabídnout a postupně si získává své místo i na dalších českých a slovenských právnických fakultách.

Cílem článku je ukázat, jak může přístup proponovaný *Law and Literature* (dále také v české verzi Právo a literatura) obohatit klasické právní postupy. Zaměříme se na jeho představení v kontextu zejména českého právního prostředí a jeho potenciální využití. Důležité je také připomenout, že jde o ucelené zkoumání – mnohé z dílčích postupů se dnes již standardně používají, avšak v izolované podobě. Jak dále uvidíme, hnutí Právo a literatura se obvykle dělí na dva proudy. První se zabývá popisem práva v literatuře; druhý klade důraz na metodologii interpretace. Přestože v českém prostředí převažuje spíše inspirativní vliv prvního přístupu,¹ tento článek se zaměří na metodologicko-inter-

* Doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D., katedra právní teorie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: skop@law.muni.cz.

** JUDr. Bc. Terezie Smejkalová, Ph.D., katedra právní teorie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: terezie.smejkalova@law.muni.cz.

*** JUDr. Bc. Markéta Štěpáníková, Ph.D., katedra právní teorie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: marketa.stepanikova@law.muni.cz.

¹ Viz např. BALÍK, Stanislav – BOBEK, Michal – ŠIMÍČEK, Vojtěch (eds). *Jiné právo literární*. Praha: Auditorium, 2011, KYSELA, Jan – URBAN, Michal (eds). *Literatura a film jako zrcadlo práva a právníků*. Praha: Leges, 2017, HAMULÁK, Ondřej (ed.). *Právo v umění a umění v právu: sborník odborných příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké debaty mladých právníků 2011*. Praha: Leges, 2011. Z kratších textů se to týká např. ŠKOP, Martin. Dílo Franze Kafky jako postmoderní právní metafora. *Právník*. 2004, roč. 143, č. 12, s. 1225–1239. V těchto pramenech je zřetelná převaha úvahových textů rozebírajících literární reflexi práva.

pretační přístup. Jakkoli kontext kritiky práva podávaný krásnou literaturou nelze pominout, a rovněž jej k tomuto směru řadíme, větší prostor budeme věnovat metodologickým souvislostem, což se odrazí ve volbě témat. Byť je součástí práva nepochybně i estetická dimenze, soustředíme se více na metodologii interpretace, kterou může právní praxe a právní věda načerpat v literární teorii. S tím souvisí i důraz na jazykovou složku práva, který se projeví v otázkách kontextu, publika nebo narace. Nelze však pominout, že estetická dimenze ve spojení s jazykem přináší podněty k přesvědčování, které je s právní praxí neoddelitelně spojeno, a kultivaci, která by měla provázet právní prostředí. Proto se jim nemůže vyhnout ani tento spíše metodologicky laděný článek mapující možnosti využití spojení práva a literatury v současném českém právním prostředí.

Je nutné připomenout, že spojování práva s literaturou trvá mnohem déle než jejich institucionální spojení. Vzhledem k tomu, že právníci v Evropě obvykle disponovali obecným a hlubokým vzděláním, zabývali se i uměním a příklady, které volili, často pocházely z uměleckého prostředí. Ničím výjimečným také nebylo, když se významní právníci vyjadřovali k uměleckým otázkám nebo se přímo věnovali umělecké kritice nebo umění.² I autoři, u kterých se to vzhledem k jejich dalšímu směřování neočekává, se – byť třeba jen okrajově – literatury také dotkli: např. Hans Kelsen ve své prvotině věnované politické filosofii Dante Alighieriho musel dát malý prostor i *Božské komedii*.³

Vzhledem k tomu, že literatura byla – zejména v 19. století – považována za účinný nástroj k prosazení národní myšlenky, který je schopen obsáhnout všechny důležité hodnoty,⁴ je nasnadě, že si jej vypůjčilo i právo. Připomeňme však v té souvislosti také, že je nutné odlišovat od sebe skutečně metodologický přístup, který systematicky hledá společné prvky práva a umění (literatury), respektive používá postupy ze sféry umění nebo uměnověd v právní praxi, na straně jedné, a prosté *zamýšlení se* spočívající v konstatování, že je něco právního hezké, či ve vytváření publikací o tom, co dotyčný viděl nebo četl a jak jej to inspirovalo na straně druhé, jehož jediným účelem je dát na odiv intelektuálnost pisatele. Ambice takového pojednání však obvykle směřují spíše k ornamentu než k poznání.

Pro Jamese B. Whitea je právo kultura argumentace a interpretace⁵ operující se symbolickými projevy, a proto je právo nutno chápat v souvislostech. Proto lze také identifikovat tři základní, vzájemně se prolínající, hodnotící roviny práva: normativní, etickou a estetickou. V normativní rovině se projevuje pojetí práva jako norem, jeho morální souvislosti pak v rovině etické. Je to právě rovina estetická, ve které má právo nejbližší k literatuře a která se projevuje ve třech *funkcích*: interpretaci, performativitě a argumentaci. Právo je nezbytné interpretovat, a tedy určit způsoby správného chápání právního textu. Tento text je také nezbytné provést, a to způsobem, který odpovídá očekávání publika, respektive komunity, které je adresován. To je ona performativita. A také je právo spojeno s argu-

² Viz např. RADBRUCH, Gustav – KLENNER, Hermann. *Literatur und kunsthistorische Schriften*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1997. O svých uměleckých spádech píše ve svých pamětech také František Weyr, byť byly spíše hudební a divadelní povahy, viz WEYR, František. *Paměti*. Brno: Atlantis, 1999. Mezi dalšími právníky realizujícími se i v oblasti umění lze nalézt např. Jacoba Grimma, který se svým bratrem proslul spíše jako sběratel pohádek a který také právo a umění propojoval – GRIMM, Jacob. *Von der Poesie im Recht. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1815, band 2, heft 1, s. 25–99. To vyvolalo reakci u Otto von Gierkeho, který svému zkoumání podrobil vztah práva a humoru – GIERKE, Otto von. *Der Humor im deutschen Recht*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1871. Z autorů věnující se krásné literatuře můžeme zmínit např. Emila Háchu a jeho překlad knihy Jerome Klapky Jerome *Tři muži ve člunu (kromě psa)*. Známí jsou i právníci známí spíše svou literární činností (Franz Kafka) nebo jen svou literární činností (Bohumil Hrabal).

³ KELSEN, Hans. *Die Staatslehre des Dante Alighieri*. Wien: Franz Deuticke, 1905.

⁴ BINDER, Guyora – WEISBERG, Robert. *Literary criticisms of law*. Princeton: Princeton University Press, 2000, s. 13.

⁵ WHITE, James Boyd. *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*. *Texas Law Review*. 1982, Vol. 60, No. 3, s. 436.

mentací – například Benjamin N. Cardozo zdůrazňoval, že rozsudky musí být schopny své adresáty přesvědčit samy o sobě stejně jako jiné literární žánry.⁶

1. Jazykové a estetické souvislosti práva

Právo je neoddělitelné od jazyka (kódu) svého sdělování. Myška et al. tento vztah vysvětlují na přirovnání k Möbiovu proužku: trojrozměrnému objektu, který se jeví mít dva povrchy a dva okraje, ale ve skutečnosti (topologicky) má pouze jeden povrch a jeden okraj.⁷ Tato intuitivní metafora se snaží zachytit určitou existenciální neoddělitelnost práva a kódu jeho sdělování, bez ohledu na to, na jakém druhu znaků je kód založený. A je to právě esenciální neoddělitelnost práva a kódu jeho sdělování, toto propojení mezi právem a slovy, větami a dalšími jazykovými útvary, které vedlo a stále vede k hledání vzájemných propojení mezi právem a nejrůznějšími jazykovými projevy, jako je například krásná literatura nebo divadlo.

Vydání Whiteova *Legal Imagination* v roce 1973 bývá považováno za moment, ke kterému se datuje vznik hnutí Právo a literatura. Jeho přístup však není obecně zařaditelný do jedné ze škatulek, které se obvykle s právem a literaturou spojují: *law as literature*/*law in literature*/*literature in law*. Whiteův přístup je specifický tím, že propojil právo a literaturu právě proto, že obě tyto oblasti jsou tvořeny slovy a promluvami, a obě jsou založeny na specifickém jazyce. Pokud můžeme hovořit o specifickém jazyce literárního díla, jazyce, který tvoří nový imaginární svět, potom stejným způsobem můžeme hovořit i o právu. Právo je pro Whitea jazyk *sui generis*, prostřednictvím kterého vznikají specifické vztahy mezi lidmi a věcmi.⁸ A používání tohoto jazyka – podobně jako používání jazyka poezie nebo románů – je uměním.⁹ Pro právo a literaturu jako myšlenkový a metodologický směr je právo (právní praxe, tvorba právních předpisů, soudní rozhodování atd.) „*kreativní interpretativní činnost*“.¹⁰

Tato kreativita je dána v samém základu sdělování. Když Ferdinand de Saussure vymezoval pojem znaku, upozorňoval, že znak je arbitrární v tom smyslu, že jeho význam je konvencí, která je utvářena společensky.¹¹ Tedy ani znaky, kterými je sdělováno právo, nemají a ani nemohou mít žádné apriorní významy, které by nešlo ovlivnit a dotvořit

⁶ CARDOZO, Benjamin. Law and Literature. *Yale Law Journal*. 1939, Vol. 48, No. 3, s. 492–493.

⁷ VIZ MYŠKA, Matěj – SMEJKALOVÁ, Terezie – ŠAVELKA, Jaromír – ŠKOP, Martin. Creative Commons and Grand Challenge to Make Legal Language Simple. In: PALMIRANI, Monica – PAGALLO, Ugo – CASANOVAS, Pompeu – SARTOR, Giovanni (eds). *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems. Models and Ethical Challenges for Legal Systems, Legal Language and Legal Ontologies, Argumentation and Software Agents*. New York: Springer, 2012, s. 273.

⁸ V českém prostředí konceptuálně staví na pojetí práva jako jazyka právě MYŠKA, Matěj – SMEJKALOVÁ, Terezie – ŠAVELKA, Jaromír – ŠKOP, Martin. *Creative Commons and Grand Challenge to Make Legal Language Simple*. Výslovně potom dále SMEJKALOVÁ, Terezie. *Soudnictví, jeho povaha a role v právním systému ČR*. Disertační práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2013 nebo SMEJKALOVÁ, Terezie. *Legal Performance: Translating into Law and Subjectivity in Law*. *Tilburg Law Review*. 2017, Vol. 22, No. 1–2, s. 62–76), implicitně Škop nebo okrajově Šejvl. Existují však studie, které se zabývají jazykem práva spíše z jazykovědného úhlu pohledu, jako například TOMÁŠEK, Michal. *Překlad v právní praxi*. Praha: Linde, 2003 nebo KOŘENSKÝ, Jan – CVRČEK, František – NOVÁK, František. *Juristická a lingvistická analýza právních textů (právněinformační přístup)*. Praha: Academia, 1999, nebo KOŘENSKÝ, Jan. *Tvorba právních předpisů a komunikační problémy jejich uplatňování. Slovo a slovesnost*. 1995, roč. 56, č. 4, s. 267–275. Určité propojení mezi právem a jazykem pak trefně pojmenovává Holländer jako paradox, kde čím přesnější právní sdělení bude, tím bude méně srozumitelné. VIZ HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 217. Jazykové aspekty pronikají také do určitosti, respektive neurčitosti v právu – viz BĚRÁNY, Eduard. *Neurčitost v práve. Časopis pro právní vědu a praxi*. 2017, roč. 25, č. 4, s. 599–612.

⁹ WHITE, James Boyd. *The Legal Imagination*. Chicago: The University of Chicago Press, 1985.

¹⁰ BINDER, Guyora – WEISBERG, Robert. *Literary Criticism of Law*, s. 3.

¹¹ SAUSSURE, Ferdinand de. *Kurs obecné lingvistiky*. Praha: Academia, 2007, s. 98 an.

právně-společenskou praxí. Tuto praxi (a tedy následně i právo) lze tedy ovlivňovat i pomocí umění, jako tomu bylo v českém kontextu například v případě dokumentárního filmu Silvie Dymákové *Šmejdi*. Stejně ji lze v případě potřeby ukazovat v právu právě odkazem na umění, jako to v České republice opakovaně dělají ve svých rozhodnutích Ústavní soud a Nejvyšší správní soud.¹² Literatura, a další umělecké projevy, má však nejen schopnost ovlivňovat své publikum – tedy například zvýšit úspěšnost přesvědčování – může právo také kultivovat,¹³ protože právo lze považovat za svébytné rétorické umění.¹⁴

Již výše jsme uvedli, že klasické přístupy¹⁵ rozdělují *Law and Literature* do dvou základních podproudů – *Law as Literature* (*Právo jako literatura*) a *Law in Literature*¹⁶ (*Právo v literatuře*). Tento text stojí především na prvním z těchto podproudů, který vychází z pojetí práva jako lidského artefaktu. Právo je vytvořeno člověkem – není to žádný pevný, přírodou vytvořený objekt, ale determinovaný výtvar lidské mysli. Vychází ze společnosti stejně jako literatura nebo jiné formy umění a platí pro něj stejné postupy vytváření významu, jako pro jakýkoli jiný artefakt. To samozřejmě také znamená, že je obtížné jej objektivně zkoumat, neboť – právě pro svou podobu myšlenkového artefaktu – se zkoumáním dotváří. Literární teorie však v tomto směru nachází určité nástroje a metody, které je možné si pro zkoumání práva vypůjčit. Není cílem článku tvrdit, že literární interpretace má být dominantní interpretační právní praxí. Vždy to bude alternativní přístup. Může však přinést hodnotné výsledky. Z literární interpretace se níže zaměříme pouze na část. Krom relevantního kontextu a s tím spojené nadinterpretace se zaměříme také na vztah práva a narace a budeme se věnovat analýze relevantního publika normativních textů.

Estetickou hodnotící rovinu práva jsme zmínili již výše. V právní vědě se však nejedná o prvek reflektovaný teprve v poslední čtvrtině dvacátého století. Nezbytnost estetických kritérií pro poznávání, které má – pro svůj vztah ke skutečnosti – význam i pro právní vědu a poznávání práva obecně se vyjadřuje například i jeden z členů normativní školy, Jaroslav Kallab.¹⁷ Ani v případě tohoto autora, věnujícího se jak trestnímu právu, tak právní filosofii, se nejedná o myšlenky vzniklé *ex nihilo*, ale o dlouhou tradici hledání způsobů, kterými lidé poznávají svět. Estetické prvky jako součásti myšlenkových lidských procesů a pátrající po souladu, či se snažící souladný celek obsáhnout,¹⁸ jsou patrné také v díle Jeremy Benthamu, který tvorbu práva popisuje jako činnost vědeckou a uměleckou spojenou s vyjadřováním myšlenek.¹⁹ Gustav Radbruch ve své *Právní filosofii* akceptuje hodnocení práva i z estetických hledisek, jako je hodnocen každý lidský artefakt – být

¹² Více viz KLUSOŇOVÁ, Markéta. *Hnutí Právo a literatura koncem 20. a počátku 21. století* [online]. Disertační práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Brno, 2016. [cit. 2018-09-05]. Dostupné z: <<https://is.muni.cz/th/i6ybp/>>.

¹³ GAAKEER, Jeanne. The Future of Literary-Legal Jurisprudence: Mere Theory or Just Practice? *Law and Humanities*. 2011, Vol. 5, No. 1, s. 186.

¹⁴ Viz KLUSOŇOVÁ, Markéta. *Hnutí Právo a literatura koncem 20. a na počátku 21. století*. Brno: Masarykova univerzita, 2016.

¹⁵ Např. BINDER, Guyora – Robert WEISBERG. *Literary criticisms of law*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

¹⁶ V případě *Law in Literature* pak však výše zmíněný literární charakter práva není relevantní. Jedná se spíše o empirické zkoumání obrazu práva podávaného krásnou literaturou (uměním). Tím podstatným jsou reprezentace, které právo nabývá, a které ukazují, jaký význam má ve společnosti. Jde o určení role a charakteru práva, které mu přisuzují nepravníci. Tuto část *Law and Literature* lze využívat i při výuce práva, jak ukazují četné odkazy na umění v právních učebnicích. Už klasickým příkladem může být např. Holländerova *Filosofie práva* (HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006). Tato doktrinální pedagogická praxe se potom přirozeně promítá i do soudní praxe, jak ukazuje např. poukaz na absurdní dramata v nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 25/06 ze dne 19. 9. 2006 (N 165/42 SbNU 381; 487/2006 Sb.), týkající se požárního řádu města Ostrova.

¹⁷ KALLAB, Jaroslav. *Úvod ve studium metod právnických. Základní pojmy*. Brno: Barvič a Novotný, 1920, s. 71 an.

¹⁸ K tomu např. KLABOUCH, Jiří. *Západoevropská právní filosofie ve 2. polovině 20. století*. Praha: Academia, 1989, s. 120.

¹⁹ BENTHAM, Jeremy. *Works of Jeremy Bentham. Volume III*. Edinburgh: William Tait, 1843, s. 233.

akceptuje, že poezie není pro právo nejlepším výrazovým prostředkem.²⁰ Naopak podobnost mezi poezií a právním vztahem právě tím, že oba lidské artefakty směřují k harmonické celistvosti, zmiňuje např. Ernest J. Weinrib.²¹

Estetické prvky v právním myšlení a právní vědě se však objevují i v současnosti, přestože spíše než o harmonii jde skutečně o krásno a vnímání pocitu krásna. Ronald Dworkin dával při interpretaci práva význam tzv. estetické hypotéze²² připouštějící existenci více možností *správného* čtení textu. Přitom nepřijatelnější možností bude ta, která bude větším uměleckým dílem,²³ která bude co nejvíce odpovídat estetickým kritériím.²⁴ Na tomto Dworkinově přístupu není na první pohled nic zvláštního – vlastně tím pouze poněkud metaforicky přijímá teorii determinace publikem, případně jinými vnějšími prvky. Ty ovlivňují to, co bude vnímáno jako krásné.²⁵ Je lhostejné, zda publikum své přijetí interpretace založí na estetických kritériích nebo jiném arbitrárně určeném kritériu. Nezapomínejme však, že Dworkin odvážně vtahuje do mainstreamových právních úvah prvky, které v něm nebyly obvyklé a považuje je za stejně relevantní jako obvyklá, mnohem více akceptovaná, objektivní kritéria.

Přestože se estetická kritéria mohou jevit v právním usuzování jako okrajová, vzhledem k potenciálním zkreslením přítomným v právním usuzování, nelze jejich význam podceňovat. Projevit se mohou i v jednoduchých hodnotících procesech, které označujeme jako heuristické, a to zejména vzhledem k tomu, že ne každý z těchto procesů je založen na objektivním postupu dodržujícím nezbytná pravidla a metody.²⁶ Bez ohledu na to, že patří mezi široce sdílené praktiky, mohou vést k chybným výsledkům.²⁷ Při zkoumání estetických funkcí v právu jsou relevantní především ty studie, které sledují korelaci mezi atraktivitou (např. osob) a dojmem, že tyto objekty jsou pozorovateli známé či blízké (tj. efekt označovaný jako krásné je blízké – *beautiful is familiar*).²⁸ Monin a Oppenheimer tyto esteticky podmíněné vztahy zkoumali na fotografiích – není však důvod pochybovat, že by se jejich základní principy nemohly použít i v případech psaného textu.

Atraktivní formulace, dobře vypadající text, tedy podání, které splňuje očekávaná estetická kritéria, se posuzujícímu subjektu může jevit jako bližší, respektive přijatelnější, bez ohledu na svůj obsah. Zdánlivě nesouvisející (a formálně nepřipustné) kritérium – estetická forma – se může projevit jako rozhodující nebo alespoň převažující. Pochopitelně se jedná o kognitivní zkreslení, které by mělo být vyloučeno, v praxi se však jeho vliv může projevit. Zejména pokud vezmeme ještě v úvahu tzv. *haló efekt*, dle kterého jeden ze znaků neodůvodněně převáží v celkovém hodnocení.²⁹ Písemná (smysly vnímatelná) podoba pak skutečně může převážet nad obsahem. Celkové vyznění žaloby, návrhu nebo též rozsudku může být výrazně ovlivněno tím, zda splňuje estetická kritéria (styl, vnější podoba

²⁰ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 2., überarbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, s. 103.

²¹ WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 40, pozn. 25. Viz také např. GEAREY, Adam – GARDNER, John. *Law and Aesthetics*. Portland: Hart Publishing, 2001.

²² DWORKIN, Ronald. *How Law is Like Literature*. In: LEDWON, Lenora (ed.). *Law and Literature*. London: Garland Publishing Inc., 1996, s. 32.

²³ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, s. 150.

²⁴ LANE, Jessica. The Poetics of Legal Interpretation. *Columbia Law Review*. 1987, Vol. 87, No. 1, s. 199.

²⁵ Viz např. HUME, David. O normě vkusu. *Aluze*. 2002, roč. 5, č. 2, s. 82–91.

²⁶ SUNSTEIN, Cass R. Moral Heuristics. *Behavioral and Brain Sciences*. 2005, Vol. 28, No. 4, s. 531.

²⁷ Ibidem.

²⁸ MONIN, Benoît – OPPENHEIMER, Daniel M. Correlated Averages vs. Averaged Correlations: Demonstrating the Warm Glow Heuristics beyond Aggregation. *Social Cognition*. 2005, Vol. 23, No. 3, s. 257–278.

²⁹ THORNDIKE, Edward L. A Constant Error in Psychological Ratings. *Journal of applied psychology*. 1920, Vol. 4, No. 1, s. 25–29.

atp.), která ještě snese text s natolik formálním stylem, který se objevuje v právní sféře. Totéž se může projevit ve Dworkinově vytvořené estetické hypotéze a lze, kromě výše uvedeného, předpokládat, že i tyto heuristické procesy povedou k akceptování výsledku *krásného* výsledku jako *správného*.

2. Vztah práva a literatury k interpretaci

Vzhledem k zásadnímu provázání práva a jazyka, o kterém byla řeč výše, začneme při hledání vzájemných průniků mezi právem a krásnou literaturou u problematiky interpretace, jedné ze základních právních činností. Vždyť poněkud expresivně lze konstatovat, že mimo interpretaci se při právní činnosti nic neděje. Soustředíme se proto nyní na oblasti, ve kterých lze využít postupy používané např. v literární vědě při právní interpretaci. Dotkneme se tím shora zmíněného směru *Právo jako literatura*, jehož tezi lze mírně nepřesně shrnout do konstatování, že právo je *pouze* druhem literatury, a proto lze právo jako literaturu také interpretovat. Vždy však s vědomím toho, že ani každý druh krásné literatury neinterpretujeme shodně – s básní se pracuje jinak než s dramatem či eposem. Proto vždy platí, že právní texty jsou jedním z druhů literatury, který má stále dost svých specifík.

V této části článku se soustředíme na to, v jakých ohledech teze o podobnosti právních textů a literatury platí, tedy na optimistický pohled, ale také, kdy je nezbytné brát ohled na specifika právní sféry a specifika čtení právních textů. A to až do té míry, že právní interpretaci pojme jako natolik specifickou, že může mít s literární interpretací jen velmi málo společného (skeptický pohled). V obou případech však platí poznatek Josepha Raze, že spojování práva a literatury může napomoci určit, zda existují určité rysy platící obecně pro interpretaci, případně, jakými zvláštnostmi se vyznačuje právní interpretace.³⁰ Podstatné rovněž je, že podle toho, jakou právu přiznáme roli ve společnosti, taková bude i jeho interpretace, včetně metod. Lze to vyjádřit i naopak: podle toho, jakou metodu interpretace práva akceptujeme, takovou přisuzujeme právu pozici a roli ve společnosti.

Jistě není pochyb o tom, že čtením krásné literatury zlepšuje právník svou schopnost lépe porozumět právnímu textu³¹ – kultivuje tím totiž schopnost porozumět jakémukoli textu. To platí pro jakékoli tříbení schopností získávané praxí³² a kromě porozumění by se tím měla tříbit i schopnost tvořit přiměřeně srozumitelné texty. Současně se tak projevuje víceoborový charakter práva – právo není izolovaný společenský jev a pro jeho komplexní poznání musí být využita perspektiva více oborů.³³ Bez ohledu na to, že tyto obory mohou být izolované a mohou zkoumat třeba jen část práva či jeho dílčí vlastnost. Právní normy také nejsou *jen* popisem, ať již skutečnosti, či vztahu člověka k prostředí a k jiným lidem.

Při přemýšlení o tom, jak můžeme propojit interpretaci krásné literatury s interpretací práva, však nesmíme – v žádném z obou zmiňovaných pohledů, skeptickém i optimistickém – propadnout dojmu, že mezi těmito prameny není vůbec žádný rozdíl a všechny způsoby, kterými nakládáme s *poezií* a *prózou*, můžeme použít při výkladu právních předpisů. Nejde ani tak o techniky interpretace. Vzhledem k tomu, že se jedná o texty, používají se ve všech případech jazykové metody a techniky. Jde spíše o kontext a následky interpretace. Využití literárního přístupu je zřetelnější v méně obvyklých případech, v nichž mohou

³⁰ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 226.

³¹ DWORKIN, Ronald. *How Law is Like Literature*, s. 29.

³² HUME, David. O normě vkusu. *Aluze*. 2002, roč. 5, č. 2, s. 86.

³³ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, s. 123.

napomoci najít obsah, případně účel, zkoumaného textu. Mezi nejvýznamnější interpretační postupy, ve kterých se dá využít poznatků získaných v interpretaci literatury, jsou ty spojené se záměrem autora, případně rolí publika (čtenáře), determinací interpretace kulturou, či postupy reflektující narativní přístup.

Podívejme se nyní na kulturní determinace textu a jeho interpretace. Ronald Dworkin právní interpretaci pojímal jako aktivitu *sui generis*.³⁴ Prolíná se v ní subjektivní přístup interpreta s obecnými prvky danými kulturou a prostředím, ve kterém se interpret pohybuje. Text, přestože nese význam, nikdy není osamocen – vždy je spojen s kulturou a prostředím. Význam dává jen v kontextu, ve kterém je přítomen,³⁵ a ve kterém se interpretace provádí. Vhodný příklad nabízí Charles de Montesquieu rozbořem jedné části *Zákona dvanácti desek*. Podle ní může být dlužník neschopný splatit svůj dluh rozsekán na kusy – při dnešním čtení se může zdát poněkud drastické člověka rozřezat na části a hojit jimi věřitele, avšak jak sám uvádí Montesquieu, není zřejmé, že se toto pravidlo skutečně aplikovalo v doslovném znění, nebo zda se dlužník prodal do otroctví a ze získané částky se věřitelé uspokojili poměrně.³⁶ Bez znalosti kontextu (společenského i právního) a případné praxe může být interpretace zavádějící, nebo přímo nesprávná. S jeho znalostí se dobere závěru, který je očekávaný, případně, který je pro společnost v dané situaci nejvíce přijatelný.

Zřetelným příkladem nutnosti zapojení kontextu, v tomto případě kulturního, do procesu interpretace je nálezný sp. zn. I. ÚS 1587/15 ze dne 15. 12. 2015 (N 214/79 SbNU 443) zabývající se výchovou dětí k samostatnosti a odpovědnosti rodičů při jejich úrazu. V tomto rozhodnutí demonstrovala praxi dozoru nad dětmi, běžnou v našem kulturním prostředí, soudkyně zpravodajka Kateřina Šimáčková, na (pro nás již neaktuálním) příkladu knih *Děti z Bullerbynu* a *Honzíkova cesta*. Tyto příklady přitom mají dvojí funkci. První z nich je interpretační, kterou vstupují do celého procesu svým obsahem, který nás ovlivňuje v chápání toho, co je a co už není vhodným chováním. Druhá funkce je argumentační, níž může být takový příklad použit jako argumentační krok, respektive rétorická figura.

Pochopitelně nejde o to, že všechny potenciální právní závěry budou pro společnost naprosto akceptovatelné. Vždy musíme vzít v úvahu konkrétní právní prostředí a právní systém a uvědomit si, že je nezbytné dodržet základní právní pravidla. Proto se bude jednat o společensky nepřijatelnější řešení možné v soustavě daných pravidel. To, co společnost skutečně žádá, totiž může být v rozporu s tím, co je správné v právních souvislostech. Lze doplnit, že právě tento rozpor mezi očekáváním a právním řešením je tím místem, kterým podle Dworkina soudci přinášají do práva právní filosofii.³⁷

Pro řádné a dostatečné porozumění textu jsou nezbytné informace, které jsou v textu sice přítomny, ale nikoli přímo:³⁸ jsou nezbytné pro porozumění textu, ale čtenář (interpret) je musí získat jinak než z textu samotného. To je jeden z důvodů vedoucích Dworkina k závěru, že interpretační postupy, které využívá soudce, se výrazně blíží literární kritice.³⁹ Také si však uvědomme, že právě tyto kulturní determinanty umožňují ideologické⁴⁰

³⁴ DWORKIN, Ronald. *How Law is Like Literature*, s. 31.

³⁵ Viz např. FISH, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature. *Texas Law Review*. 1982, Vol. 60, No. 3, s. 551–568.

³⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O duchu zákonů II; Obrana ducha zákonů*. Praha: OIKOYMENH, 2015, s. 304.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *How Law is Like Literature*, s. 42.

³⁸ ECO, Umberto. *Meze interpretace*. Praha: Karolinum, 2004, s. 8.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998, s. 17.

⁴⁰ MANNHEIM, Karl. *Ideologie a utopie*. Bratislava: Archa, 1991, s. 91.

a politické průniky, které ovlivňují výsledné chápání textu, či dokonce (nepřijatelné) manipulace s významy textu. Nadto nelze pominout kulturní vliv na subjektivní přístup interpreta, který za svůj vlastní může v mnoha případech vydávat přístup většiny.⁴¹ Subjektivní prvky právní interpretace tak budou výrazem společenských determinant – což může být i žádoucí, neboť řešení právního (tedy vlastně společenského) problému bude odpovídat představám společnosti, jejím očekáváním a jejímu společenskému smýšlení. A v ideálním případě takovým způsobem, který bude odrážet co nepřijatelnější řešení v obecné rovině využitelné pro všechny srovnatelné případy, eliminující populistická řešení. V tomto kontextu nepřekvapí, že Arthur Glass dokonce předpokládá, že právní interpretace nemá vůbec žádné objektivní metody určující, co je správná nebo nesprávná interpretace.⁴² K podobnému závěru dospěl i Karl Llewellyn.⁴³ Richard Posner zase veškerou aplikační a interpretační metodologii považoval za postupy zakrývající absenci jakékoli metody.⁴⁴ Můžeme proto předpokládat, že správný bude ten výsledek interpretace, který nejlépe odpovídá očekávání *publika*, respektive společnosti, ve které interpretace probíhá. Svou roli zde může hrát jeden z prvků heuristiky zmíněný výše – co je krásné, je nejen blízké, ale správné a dobré. Každá interpretace, bez ohledu na to, zda právní nebo literární, se musí, aby byla přijatelnější, vyrovnat s požadavky kladenými tzv. interpretační komunitou.⁴⁵

3. Determinanty právní/literární interpretace

Interpretace je kulturní (společenskou) činností. Pokud chápeme právo jako literaturu, či spíše interpretujeme právo jako literaturu, pak neděláme nic jiného, než že podřazujeme řešení případů společenským očekáváním a kulturním vzorcům, na nichž je fungování společnosti založeno. Totéž se týká i literatury – i ta se, obvykle, interpretuje v souladu s tím, jak se na interpretovi podepsal vliv společnosti, tedy v souladu s tím, jak je konformní. Snad je i žádoucí, aby případy byly rozhodovány lidmi, jejichž interpretace je reprezentací základních a široce sdílených představ společnosti. Tím se také text propojuje s aktuální situací a může docházet k jeho (spíše) nenásilné aktualizaci. Text se vyvíjí navzdory svému *psanému* znění, a přes konzervativnost blízkou právnímu prostředí, měnící se interpretace může modernizovat jeho významy odpovídající aktuálním požadavkům.⁴⁶

Společným prvkem literární interpretace a interpretace normativních textů může být také kreativita. Interpretace práva i literatury je procesem, který vyžaduje rozhodování a tvůrčí přístup.⁴⁷ Sanford Levinson dokonce interpretaci chápe jako vysloveně kreativní činnost těsně spojenou s komunitním kontextem, v němž k ní dochází.⁴⁸ To je však současně nevýhodou, protože kdekoli se setkáme s kreativitou, můžeme objevit také jakousi obsedantní potřebu být originální.⁴⁹ A originalnost nutně nemusí být souladná se správností, či alespoň se spravedlností.

⁴¹ Viz např. FROMM, Erich. *Strach ze svobody*. Praha: Naše vojsko, 1993.

⁴² GLASS, Arthur. Dworkin, Fish and Legal Practice. *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*. 1986, Vol. 10, No. 3, s. 211.

⁴³ LLEWELLYN, Karl N. *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960, s. 521 an.

⁴⁴ POSNER, Richard A. Statutory Interpretation: In the Classroom and in the Courtroom. *The University of Chicago Law Review*. 1983, Vol. 50, No. 2, s. 800–822.

⁴⁵ LEVINSON, Sanford. Law as Literature. *Texas Law Review*. 1982, Vol. 60, No. 3, s. 383.

⁴⁶ Blíže viz VACKOVÁ, Barbora – ŠKOP, Martin. Jazyk, zkušenost, právní hermeneutika (jako součást vztahu práva a společnosti). In: BĚRÁNY, Eduard (ed.). *Právo a jeho prostředí*. Bratislava: Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied, 2011, s. 204–215.

⁴⁷ WHITE, James B. Law as Language: Reading Law and Reading Literature. *Texas Law Review*. 1982, Vol. 60, No. 3, s. 415.

⁴⁸ LEVINSON, Sanford. *Law as Literature*, s. 383.

⁴⁹ Viz DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, s. 60.

Krom možného přijetí teze o spojitosti práva a literatury lze najít i pohledy opačné. Jeden ze spíše skeptických pohledů nabízí i shora zmíněný Joseph Raz, byť určité souvislosti nachází a pokládá literární přístup za užitečný. Při interpretaci práva považuje za relevantní – na rozdíl od interpretace uměleckých artefaktů – morální aspekty.⁵⁰ Podle něj mezi hlavní rozdíly mezi těmito dvěma interpretačními přístupy patří autorita a kontinuita, a morální aspekty.⁵¹ To jsou prvky, které v umění nejsou nutně přítomné, zatímco v případě práva jsou nepostradatelné. Co se týče autority a kontinuity, má v tomto bodě Raz poněkud idealistické představy vycházející z dojmu, že některé objekty (např. historické události nebo také právo) není přípustné interpretovat jinak než objektivně, protože jsou prostě dány. Připomeňme, že tento přístup podtrhující význam autority a kontinuity jako nezpochybnitelných determinant práva byl několikrát problematizován, částečně již před tím, než Raz svůj text publikoval. Autoritu podrobil zkoumání Max Weber a vzhledem k jejím možným typům⁵² lze nalézt shodné prvky i v literatuře. Vždy záleží na prostředí, což je měnící se faktor. Rovněž kontinuita a objektivita historických událostí byla zpochybněna Stanley Fishem, který připomněl, že i význam historických událostí je vykládán každou epochou odlišně a i jejich popis se liší.⁵³ Určitou odlišnost připomíná i Martin J. Stone zdůrazňující nezbytnost aplikovatelnosti interpretačního výsledku na konkrétní případ,⁵⁴ což v případě literatury není nezbytné.

Skeptický pohled na využití poznatků z interpretace literatury v interpretaci práva nabídl také Robert Cover. Rozdíl je jakási fakticita práva – právo ovlivňuje skutečnost mnohem více než literatura.⁵⁵ V případě literatury je to možný *vedlejší efekt*; v případě práva nezbytnost. Právní diskurs je jeden z mála, ve kterých může mít diskuse o spravedlnosti, či dokonce jen o významu slova, fatální následky (např. vězení, smrt, ztráta majetku atp.).⁵⁶ Proto i interpretace práva musí být jiná, než je interpretace ne-právní literatury. Právo je také prostředkem mocenských střetů⁵⁷ a tudíž je při nakládání s ním (rozumějme interpretaci, která předchází aplikaci) nezbytné zajistit, aby nedocházelo k nepřipustné manipulaci prosazující konkrétní mocenskou pozici. Podstatné také je, že při interpretaci práva je nutné porozumět politickým významům institucionalizovaného jednání,⁵⁸ což při interpretaci literatury také není obvyklé.

Ke skeptickým pohledům uvedeným shora a sdíleným například i Richardem Posnerem⁵⁹ připojme ještě jeden. Ten je však do jisté míry hraniční – vychází z literární sféry a nabádá k opatrnosti při samotné interpretaci. Upozorňuje na nadužívání literárněvědných postupů, či na nadužívání zbytečně komplikovaných právních postupů. Jedná se o přístup, který chce vyloučit tzv. nadinterpretaci. Tedy vyloučit přílišné a zbytečně lpění na nepodstatných detailech či na tak složitých a umělých postupech, které sice nějaké zvláštnosti mohou odhalit, ale jejich každodenní použití není žádoucí. Podle Roberta

⁵⁰ RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*, s. 235.

⁵¹ Ibidem, s. 237.

⁵² WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Society*. Berkeley: University of California Press, 1978, s. 212 an.

⁵³ FISH, Stanley. Woring on Chain Gang: Interpretation in the Law and Literary Criticism. *Critical Inquiry*. 1982, Vol. 9, No. 1, s. 201–216.

⁵⁴ STONE, Martin J. There's No Such Thing as Interpreting a Text. In: ANKER, Elizabeth – MEYLER, Bernadette (eds). *New Directions in Law and Literature*. New York: Oxford University Press, 2007, s. 73.

⁵⁵ COVER, Robert. The Bonds of Constitutional Interpretation: Of the Word, the Deed, and the Role. *Georgia Law Review*. 1986, Vol. 20, No. 4, s. 816.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *Abnormal. Lectures at the Collège de France 1974–1975*. New York: Picador, 2003, s. 6.

⁵⁷ COVER, Robert. Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*. 1983, Vol. 97, No. 4, s. 6.

⁵⁸ COVER, Robert. Violence and the Word. *Yale Law Journal*. 1986, Vol. 95, No. 8, s. 1606.

⁵⁹ POSNER, Richard A. *Law and Literature*. 3. vydání. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

F. Blomquista je vyvolána nejasnými interpretačními pravidly a vágními postupy,⁶⁰ které v konečném důsledku umožňují arbitrárně konstruovat obsah pojmů uvedených v právním předpise. Tedy, i případně přisoudit textu významy, které v něm obsaženy nejsou a zneužít tím text, jako *zdánlivou* legitimizaci vlastních stanovisek.

Nadinterpretaci se projevuje slabina používání literárních postupů v právní interpretaci: zbytečná ornamentálnost, případně přímo snaha o falsifikaci. Přílišné lpění na citování literatury (odborné stejně jako krásné) je stejné jako lpění na citování dlouhých seznamů předchozích relevantních rozhodnutí nejvyšších soudů. Patrné je to zejména v případech, kdy tyto seznamy neznamenají více než soupis a soud nebo i navrhovatel (např. v případě žaloby nebo jiného podání) tato rozhodnutí nijak nereflektuje. Výsledek se v takových případech skrývá za text, který může jevit určitý symbolický význam,⁶¹ nepochybně je ornamentální, ale nepředstavuje nic, bez čeho by se text neobešel. Pro interpretaci je tedy nadbytečný a představuje nadinterpretaci, aniž by vysvětloval smysl a účel dotčeného textu.

Ve vazbě na citace beletrie v českých soudních rozhodnutích tak bohužel můžeme jako na nadinterpretaci poukázat na některé disenty, kde jsou nahromaděny odkazy na literaturu, která téměř nikomu není známa a bez dalšího vysvětlení tak nenese ani žádný význam. Žádná interpretační metoda nebo technika se nesmí stát fetišem zakrývajícím podstatu sporu. Literární věda či právní věda nedisponují pevně závaznými pravidly, která nám pomohou určit, která metoda je tou nejlepší.⁶² Mohou dojít k výsledku, který se příjemcům bude nejméně líbit či bude pro ně nejpříjemnější. I proto se extrémní lpění na specifickém metodologickém uchopení a vyčerpávajícím hledáním detailů může obrátit proti srozumitelnosti. Proto také Umberto Eco mluví o zposvátnění textu.⁶³ Interpretace nesmí být zahlcena hledáním přílišných detailů, zkoumáním každého jednoho slova – v kontextu i bez – a hledáním jednotlivých teorií (včetně bizarních), které vysvětlují všechny jeho myslitelné a zejména nemyslitelné aspekty jen proto, že při použití některé z technik je to možné, nebo dokonce podsouváním významu, který v textu obsažen není. Jinými slovy, vyloučení nadinterpretace směřuje k přijetí každodenní zkušenosti jako nástroje pro porozumění textům, přestože může být nespolehlivá a zneužitelná.⁶⁴

4. Vyprávění v právu

Každodenní zkušenost je zkušeností narativní. Vzhledem k tomu, že vyprávění bývá považováno za jednu ze základních forem lidského myšlení⁶⁵ a je součástí sociologického zkoumání světa prakticky od jeho počátků,⁶⁶ není v současné době již překvapivé, že vyprávění a jeho analýza představují neoddiskutovatelně důležité prvky i ve zkoumání

⁶⁰ BLOMQUIST, Robert F. *Overinterpreting Law*. *Penn State Law Review*. 2012, Vol. 116, No. 4, s. 1104.

⁶¹ Srov. SMEJKALOVÁ, T. Odkazy na soudní rozhodnutí a symbolická hodnota informace. *Jurisprudence*. 2013, roč. 2013, č. 8, s. 3–9.

⁶² ECO, Umberto. *Interpretation and Overinterpretation: World, History, Texts* [online]. 7. a 8. 3. 1990 [cit. 2018-9-6]. Dostupné z: <https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/e/Eco_91.pdf>, s. 169.

⁶³ Ibidem, s. 169.

⁶⁴ BLOMQUIST, Robert F. *Overinterpreting Law*, s. 1118.

⁶⁵ Viz např. SARBIN, Theodore R. The Narrative as Root Metaphor for Psychology. In: SARBIN, Theodore R. (ed.). *Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct*. New York: Praeger, 1986, s. 3–21. Dále viz např. Turner, který uvádí, že narativ je základní nástroj lidského myšlení (viz TURNER, Mark. *Literární mysl: o původu myšlení a jazyka*. Brno: Host, 2005, s. 13), Bergerová již v kontextu narativu v právu hovoří o tom, že narativy dávají tvar a charakter lidskému vnímání a uvažování (viz BERGER, Linda L. How Embedded Knowledge Structures Affect Judicial Decision Making: A Rhetorical Analysis of Metaphor, Narrative, and Imagination in Child Custody Disputes. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*. 2009, Vol. 18, No. 2, s. 262–263).

⁶⁶ Viz HÁJEK, Martin – HAVLÍK, Martin – NEKVAPIL, Jiří. Narativní analýza v sociologickém výzkumu: přístupy a jednotící rámeček. *Sociologický časopis*. 2012, roč. 48, č. 2, s. 200.

práva jako společenského jevu. Lidé mají tendenci si konstruovat realitu skrze konverzace, které vlastně nejsou ničím než výměnou a konstrukcí příběhů, narativů.⁶⁷

Narativ je pojem, který má své kořeny v anglickém „narrative“ – vyprávění. České slovo „vyprávění“ však asociuje především krásnou literaturu, a anglický koncept slova *narrative* je širší. Zahrnuje i takové druhy „vyprávění“ jako jsou komentáře v muzeu, digitální texty obsahující hypertextové odkazy, popisy událostí, zkratkovitá hesla odkazující do jiných rovin lidské zkušenosti. Proto bývá v literární teorii (ale také ve filosofii, sociologii nebo psychologii) používán termín narativ.⁶⁸ Podle Shulamit Almog představuje narativ slovní reprezentaci událostí, které mají vzájemný časový vztah.⁶⁹

S relativně široce přijímanou definicí narativu v literární vědě přišel Edward Forster, který tento pojem navázal na pojem příběh (*story*), kde pojem narativ chápe jako určitou obecnější strukturu lidského myšlení. Podle Forstera je příběh „*narativ událostí, které jsou sousledně časově uspořádány*“.⁷⁰ Analýza narativu (či narativní analýza) má své místo jak v literární vědě, tak v psychologii,⁷¹ sociologii nebo filosofii. Je tedy logické, že se analýza narativů dostává různými způsoby i do analýzy práva a právní teorie, a tedy i do české právní teorie.

V české právní teorii je možné identifikovat v zásadě dva základní rozměry, kterými se jednotlivé teoretické texty ubírají: Ten první z nich je možné nazvat rozměrem filosofickým. Tento rozměr se v zásadě dovolává narativu, respektive vyprávění v Lyotardově, nebo Bourdieuově smyslu, pro které jsou příběhy nástroje, kterými se „*reprodukuje základní sada vědění, případně nástroje, které umožňují pojmenovat prvky pro společnost významné a přisoudit jim symbolickou hodnotu*“.⁷²

I právo jako sociální jev jednak působí skrze příběh, jednak prostřednictvím příběhů udržuje svou legitimitu,⁷³ a to až do roviny určité vyprázdněnosti obsahu těchto příběhů. Martin Škop⁷⁴ navazuje mj. na Giorgio Agambena⁷⁵ a na Pierre Bourdieua,⁷⁶ když hovoří o tom, že v postmoderní společnosti přestává hrát roli samotný obsah práva a ze zákonů se stává symbolický jev jako reakce na požadavek právní regulace všeho, co ve společnosti regulovat lze. Identifikujeme-li tato legitimizující vyprávění v právu (respektive obecně ve společnosti), můžeme se pustit do jejich dekonstrukce a odhalit jiné možné významy a skutečnosti.⁷⁷ Škop není jediným českým autorem, který se touto rovinou příběhů v právu zabýval. Například Martin Hapla hovoří o krizi lidských práv právě jako o krizi dříve akceptovaných velkých vyprávění,⁷⁸ podobně se tohoto tématu dotkl již před ním Stanislav Soušedík.⁷⁹

⁶⁷ SMEJKALOVÁ, Terezie. Story-telling in Judicial Discourse. *Comparative Linguistics*. 2011, Vol. 5, s. 96.

⁶⁸ RYAN, Marie-Laure. Narativní prostor. *Aluze*. 2010, č. 3, poznámka č. 1. Viz také SMEJKALOVÁ, Terezie. *Soudnictví, jeho povaha a role v právním systému ČR*, s. 74.

⁶⁹ Viz ALMOG, Shulamit. As I Read, I Weep – In Praise of Judicial Narrative. *Oklahoma City University Law Review*. 2001, Vol. 26, No. 2, s. 475. Viz také SMEJKALOVÁ, Terezie. *Soudnictví, jeho povaha a role v právním systému ČR*, s. 74.

⁷⁰ Viz FORSTER, Edward M. *Aspects of the Novel*. London: Penguin Books, 1976, s. 42.

⁷¹ SARBIN, Theodore R. *The Narrative as Root Metaphor for Psychology*, s. 5–6.

⁷² ŠKOP, Martin. Narativní obrat: současné změny v povaze právního vědění. *Sociální studia*. 2015, roč. 12, č. 2, s. 15.

⁷³ LYOTARD, Jean-François. *O postmodernismu*. Praha: Filosofie, 1993.

⁷⁴ ŠKOP, Martin. *Narativní obrat: současné změny v povaze právního vědění*, s. 14–15.

⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. Suverénní moc a pouhý život*. Praha: OIKOYMENH, 2011, s. 58–59.

⁷⁶ BOURDIEU, Pierre. *Teorie jednání*. Praha: Karolinum, 1998, s. 70.

⁷⁷ ŠKOP, Martin. ... *právo, jazyk a příběh*. Praha: Auditorium, 2013, s. 124–134.

⁷⁸ HAPLA, Martin. Pojem legitimacy a krize lidských práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 3, s. 397–405. Podobně i HAPLA, Martin. Taking Stories Seriously: Richard Rorty and Human Rights. In: ŠTĚPÁNKOVÁ, Markéta – MALANÍK, Michal – HANYCH, Monika – ŠKOP, Martin (eds). *Argumentation 2017. International Conference on Alternative Methods of Argumentation in Law*. Brno: Masaryk university, 2017, s. 39–50.

⁷⁹ Viz SOUSEDÍK, Stanislav. *Svoboda a lidská práva. Jejich přirozenoprávní základ*. Praha: Nakladatelství Vyšehrad, 2010, s. 109.

Tím druhým rozměrem je potom důraz na vyprávění jako konkrétní přesvědčovací mechanismus v konkrétních právních procesech, především v kontextu soudního rozhodování. Na celý soudní proces je totiž možné pohlížet jako na mechanismus kontrolovaného a formalizovaného vyprávění subjektivních příběhů, ze kterého musí vzniknout jeden autoritativní narativ, příběh vyprávěný soudem v soudním rozhodnutí, příběh, jehož důsledkem je rozhodnutí o vině nebo nevině obžalovaného, nebo o právech a povinnostech sporných stran.⁸⁰ Na rozdíl od literárních příběhů mají tato autoritativní vyprávění nacházející se v soudních rozhodnutích normativní následky, uvádí Almog.⁸¹ Podle ní je specifikum soudního vyprávění v tom, že „*deklaruje, že se nějaký jev skutečně stal*“.⁸²

Rada autorů se proto zaměřuje na přesvědčovací rozměr vyprávění. Podle Richarda Delgado⁸³ a dalších⁸⁴ jsou totiž příběhy morálně ohýbatelné manipulativní⁸⁵ nástroje, které podle toho, kterým událostem nebo jiným prvkům vyprávění dáme přednost, mají schopnost změnit charakter popisované události a v důsledku toho i rozhodnutí soudu. Soudržné a koherentní vyprávění, které neponechává „prázdná místa“ v popisovaném sousledu událostí, má navíc nepominutelnou přesvědčovací kapacitu a dokonce i své místo v zásadách soudního procesu, jako je například povinnost zjistit skutkový stav věci *nade vší pochybnost*.

Střet narativů je dobře patrný v nálezu Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 733/01 ze dne 24. 2. 2004 (N 26/32 SbNU 239), tzv. opomenuté důkazy v trestním řízení. Na jedné straně stojí autoritativní narativ Vrchního soudu v Olomouci a Krajského soudu v Ostravě, podle kterých došlo k takovému sledu událostí, který vedl k závěru, že stěžovatel je vinným z těžkého ublížení na zdraví. Na straně druhé potom stojí příběh vyprávěný stranou stěžovatele, podle které byl posuzovaný skutek jednáním v nutné obraně. Ústavní soud došel k závěru, že autoritativní vyprávění nižších soudů jsou natolik nekoherentní s důkazy prokázanými skutečnostmi, že neobstojí ve světle principu práva na spravedlivý proces, a rozhodnutí zrušil. Povšimněme si, že narativ je vždy nezbytné propojit s důkazy.

V českém právním prostředí však nemá tento rozměr analýzy narativů v právu příliš dlouhou tradici. Konverzaci a vyprávění příběhů v soudní síni zkoumal empiricky Michal Šejvl.⁸⁶ Analýze narativů v textu soudního rozhodnutí se pak věnoval text *Story-telling in Judicial Discourse*,⁸⁷ případová studie, která staví na analytické struktuře narativu (výpovědi sporných stran i autoritativních narativů soudních rozhodnutí) navržené Almog⁸⁸ a analyzuje „soupeřící“ narativy sporných stran a ukazuje, jakým způsobem obhajoba i obžaloba konstruuje realitu tak, aby vyhověla jejich zájmu.

⁸⁰ Srov. SMEJKALOVÁ, Terezie. *Story-telling in Judicial Discourse*, s. 104.

⁸¹ ALMOG, Shulamit. *As I Read, I Weep – In Praise of Judicial Narrative*, s. 488.

⁸² Ibidem.

⁸³ DELGADO, Richard. *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*. *Michigan Law Review*. 1989, Vol. 87, No. 8, s. 2422.

⁸⁴ BROOKS, Peter. *Narrativity of the Law*. *Law and Literature*. 2002, Vol. 14, No. 1, s. 2.

⁸⁵ ALMOG, Shulamit. *As I Read, I Weep – In Praise of Judicial Narrative*, s. 488.

⁸⁶ Viz např. ŠEJVL, Michal. *Narativita a soudní řízení*. In: SEDOVÁ, Tatiana (ed.). *Sociální vědy a humanistika očami mladých: zborník zo stretnutia v Třešti 14.–16. 3. 2005*. Bratislava: Veda, 2006, s. 24–31, nebo ŠEJVL, Michal. *Co může přinést výzkum konverzace v jednací síni*. In: BEZOUŠKA, Petr – BEDNÁŘ, Václav (eds). *Nečtiny 1999–2005. Sborník vydaný u příležitosti konání 10. odborného semináře*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005, s. 138–146.

⁸⁷ Tento text, přestože analyzuje české soudní rozhodnutí, vyšel poněkud paradoxně v angličtině. Viz SMEJKALOVÁ, Terezie. *Story-telling in Judicial Discourse*, s. 89–103.

⁸⁸ ALMOG, Shulamit. *As I Read, I Weep – In Praise of Judicial Narrative*, s. 501.

Vhodně vypovídající příklad zasazení rozhodovaného případu do jiného – v tomto případě neprávnického – narativu představuje například nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 26/16 ze dne 12. 12. 2017 (8/2018 Sb.) ve věci Elektronické evidence tržeb – EET. Odlišné stanovisko soudců Vojtěcha Šimíčka, Jaromíra Jirsy, Tomáše Lichovníka, Kateřiny Šimáčkové a Davida Uhlíře k výroku IV tohoto nálezu je uvozeno relativně obsáhlou citací z knihy *Jistě, pane premiére*.⁸⁹ Satirický britský televizní seriál (a později kniha) glosující absurdní dění státní administrativy je použit jako narativní kontext pro konkrétní právní argumentaci. V tomto úryvku se premiér baví s profesorem Rosenblumem o tom, zda britské jaderné síly odstrašují Rusko od napadení Evropy, a o tom, zdali by vůbec byla Británie (nebo konkrétně premiér) schopen zmáčknout ono pověstné červené tlačítko. Rosenblum ukazuje premiérovi, že není dopředu jasné, v jakém okamžiku dojde k onomu momentu zlomu, kdy už by bylo stoprocentně ospravedlnitelné jaderné tlačítko zmáčknout a zbraň použít. I když bychom mohli tento úvod s úsměvem přejít a říci, že do právního textu nepatří, opak je pravdou. Bez této uvozovací části by byla argumentace disentuujících soudců neúplná; v jejím kontextu je třeba ji číst. Úkolem Ústavního soudu je „zmáčknout červené tlačítko“ v případě, kdy vyhodnotí, že už je to na místě. A argumentace disentuujících soudců směřuje právě k tomu, že podle jejich názoru Ústavní soud neposoudil moment (ne)potřeby „zmáčknout červené tlačítko“ správně. Jistě bychom také mohli říci, že se jedná o manýru, kterou si soudci mohli odpustit, protože vše, co chtějí, se přece dá říci jazykem soudním rozhodnutím vlastním. Ale je tomu skutečně tak? Pro Whitea je propojení významu s formou natolik jedinečné, že význam jednoho textu vlastně nelze postihnout jinak, než přesně těmi slovy a takovým způsobem, které jsou již v textu použity.⁹⁰ Volba zasazení právní argumentace do mimoprávního narativu známého televizního seriálu je tedy volbou významovou v tom smyslu, že činí promluvu odlišného stanoviska jedinečnou a specifickou a například i úroveň přesvědčivosti zcela jinou, než by byla bez tohoto narativního kontextu.

Vzhledem k tomu, jak mocný je příběh v přesvědčování a že soudní rozhodnutí představují autoritativní vyprávění o rozhodované věci, se jeví jako nezbytné nepovažovat tento typ analýzy narativu za něco v právu okrajového. Analýza narativu a rozpoznávání vyprávěných příběhů v právu by se měla stát nejen občasnou součástí právní teorie, ale především každodenní součástí právní praxe.

5. Publikum normativního textu

Literární dílo má svého původce, svou formu a obsah a své příjemce. V tomto ohledu se vlastně neliší od jednoduchého komunikačního schématu původce sdělení – sdělení – příjemce sdělení. I otázky právní komunikace jsou tedy otázkami toho, kdo sděluje, toho, komu je sdělováno, a formy a významu předávaného sdělení. Začneme-li přistupovat k právním textům jako k jakýmkoli jiným projevům komunikace, případně jako k literárnímu dílu, dostávají se nám do popředí tři zásadní koncepty: autor, text a čtenář. A jak teorie komunikace, tak literární teorie mají řadu nástrojů, jak tyto koncepty analyzovat, a které si poměrně úspěšně půjčuje i teorie právní. Literární věda prošla za svou existenci vývojem od romantické obsese autorem, případně autorem zamýšleného významu jeho

⁸⁹ JAY, Anthony – LYNN, Jonathan. *Jistě, pane premiére*. Praha: Aurora, 2004, s. 78–80.

⁹⁰ Viz WHITE, James Boyd. *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, s. 439.

literárního díla,⁹¹ soustředěním se na text literárního díla samotného⁹² až po zavedení čtenáře jako analytického nástroje, protože bez čtenáře nemůže být text nikdy kompletní.⁹³

Literární teorie tedy pracují s tím, že každý text předpokládá nějakého čtenáře, který jej bude číst za okolností (historických, kulturních atd.), které nemohou být předem determinovány.⁹⁴ V kontextu tzv. obratu ke čtenáři, kterým ve dvacátém století literární teorie prošla,⁹⁵ je pak význam literárního textu něčím, co se bude měnit podle čtenáře a jeho předporozumění. Marie Kubínová tento stav popisuje tak, že významové hranice textu vždy prochází skutečným čtenářem textu, který se nachází v určitém kulturním, sociálním, znalostním kontextu.⁹⁶ Tohoto odklonu od autora nezůstala ušetřena ani obecná,⁹⁷ ani právní hermeneutika.⁹⁸ Vnesení konceptu čtenáře do analýzy právních textů představuje jednak jednu z možných cest, jak přistupovat k hledání jejich významů (a přispívat k interpretaci práva, jak bylo řečeno výše), jednak má kapacitu otevírat nové možnosti odpovědí na obecnější právně-teoretické otázky. V rovině hledání významu textu je tedy možné s konceptem čtenáře textu v právu spojit celou řadu otázek.

Kdo je skutečným a kdo je zamýšleným čtenářem práva? Pro koho píše zákonodárce právní předpisy? Pro adresáty práv a povinností v nich zakládaných? A pokud ano, proč se těmto adresátům práv a povinností tyto právní předpisy jeví být nesrozumitelné? A pokud jsou tyto předpisy pro ně skutečně nesrozumitelné, jsou skutečně jejich zamýšlenými čtenáři? A jak by vůbec vypadal ideální čtenář, konstruovaný textem právního předpisu? Podobně je možné se ptát i u jiných druhů právních textů, především u soudních rozhodnutí: Komu je soud adresuje? Jsou to skutečně sporné strany, nebo to jsou ostatní soudy (respektive především soud odvolací)?

Tyto otázky ale nejsou omezeny jen na psané texty. Své příjemce sdělení má i samotný proces soudního rozhodování nebo i proces psaní právních předpisů. I když v tomto případě dokonalá analogie s literárním textem selhává, je třeba si uvědomit, že právo a literatura se neomezuje pouze na psané texty, ale zahrnuje i divadlo, případně i jiné druhy

⁹¹ Problematiku autorství literárních děl komplexně rozebírá např. STILLINGER, Jack. *Multiple Authorship and the Myth of Solitary Genius*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

⁹² Literární teorie pracuje s pojmem intencionalistického klamu (*intentional fallacy*), podle které je snaha odhalit původní záměr autora (tedy odpověď na tradiční otázku „Co tím chtěl autor říci?“) chybná, protože jej nikdy nelze odhalit a pokud ano, pragmatické okolnosti budoucího použití (čtení) textu mohou původní významové intence autora upozadit nebo učinit zcela nerelevantními pro význam textu.

⁹³ Viz ŠKOP, Martin. ...*právo, jazyk a příběh*, s. 70.

⁹⁴ Viz WHITE, James B. *Law as Language: Reading Law and Reading Literature*, s. 426.

⁹⁵ V obecné hermeneutice představuje obrat ke čtenáři i Gadamerův přístup. Viz GADAMER, Hans G. *Truth and Method*. London: Continuum, 2004. V literární teorii je potom zásadní Barthesova teze o smrti autora a zrození čtenáře. Viz BARTHES, Roland. *Death of the Author*. In: BARTHES, Roland – HEATH, Stephen (eds). *Music – Image – Text*. New York: Hill and Wang, 1977; V kontextu navázání na právní texty a roli čtenáře v právní interpretaci v českém právním prostředí viz SMEJKALOVÁ, Terezie. „Smrt autora“ jako cesta k porozumění teleologickému výkladu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2012, roč. 20, č. 1, s. 25–34 a SMEJKALOVÁ, Terezie – ŠKOP, Martin. Concept of a Reader in Statutory Drafting. In: ŠTĚPÁNIKOVÁ, Markéta – MALANÍK, Michal – HANYCH, Monika – ŠKOP, Martin (eds). *Argumentation 2017. International Conference on Alternative Methods of Argumentation in Law*. Brno: Masaryk university, 2017, na publikum se v kontextu rétorickém a přesvědčovacím zaměřuje i Klusoňová, viz KLUSOŇOVÁ, Markéta. *Communitas, Communion and the Judicial Reasoning*. In: KLUSOŇOVÁ, Markéta – MALANÍK, Michal – STACHOŇOVÁ, Monika – ŠKOP, Martin. *Argumentation 2015: International Conference on Alternative Methods of Argumentation in Law*. Brno: Masaryk University, 2015, s. 103–120.

⁹⁶ KUBÍNOVÁ, Marie. *Text v pohybu četby. Úvahy o významové a komunikační povaze literárního díla*. Praha: Academia, 2009, s. 14. Kubínové se dovolává i SMEJKALOVÁ, Terezie. *Soudnictví, jeho povaha a role v právním systému ČR*, s. 24 (nebo SMEJKALOVÁ, Terezie. „Smrt autora“ jako cesta k porozumění teleologickému výkladu, s. 28).

⁹⁷ Viz GADAMER, Hans G. *Truth and Method*, s. 82.

⁹⁸ Což ukazuje např. Smejkalová, když zasazuje do kontextu obratu k textu a ke čtenáři teleologický výklad v právu. Viz SMEJKALOVÁ, Terezie. „Smrt autora“ jako cesta k porozumění teleologickému výkladu, s. 26.

představení (performanci). Markéta Štěpáníková (dříve Klusoňová)⁹⁹ ukazuje, jak studium divadelního publika může přispět jak k vlastní právní argumentaci, tak k její analýze, Terezie Smejkalová¹⁰⁰ se zabývá pozicí laiků v soudním řízení jako publika v rituálním divadle, a tedy legitimizujícího prvku celého mechanismu.

Protože koncept příjemce (čtenáře, publika) je úzce svázán s přesvědčivostí právní argumentace a s interpretací práva, jedná se o oblast, které se i v českém právním prostředí dostává pozornosti, jak je blíže rozvedeno v části věnované přesvědčování.¹⁰¹ Soustředění se na koncept čtenáře v kontextu vlastní tvorby práva je však téma poměrně nové a zatím nepříliš zmapované ani v mezinárodním kontextu. V kontextu *common law* stojí za zmínku text Druryho Stevensona,¹⁰² na který částečně navazují i Smejkalová a Škop,¹⁰³ kteří se zabývají otázkou, pro koho vlastně zákonodárce (respektive legislativec, úředník skutečně píšící text právního předpisu) právní předpis píše, a dochází k závěru, že i když se skutečný čtenář může lišit od toho zamýšleného, legislativcem konstruovaného, pořád se jedná o funkční analytický koncept, který nám dovolí se kriticky zabývat jazykem práva a právních předpisů. Na některé z výše naznačených otázek se tedy snaží odpovědět i české texty, jiné jsou stále otevřené a čekají na své zpracování.

Koncept čtenáře však může být užitečný i jako nástroj pro odhalování vlastností právního systému jako celku, nebo jeho částí. Hledání a analýza významů jsou sémiotickou problematikou, která se nemusí omezovat na psané texty. Znakem (respektive symbolem) může být prakticky cokoli, co se rozhodneme jako znak používat, což nám umožňuje se tázat po jeho neustále vytvářeném významu.¹⁰⁴

Smejkalová ve své disertaci za takové znaky považuje samotná soudní rozhodnutí, respektive některé jejich formální prvky (jejich ustálenou strukturu, úroveň jejich srozumitelnosti pro laika nebo formu jejich publikace), a hledá jejich významy v souvislosti se základními principy právního systému, v rámci něhož vznikly. Koncept čtenáře (zamýšleného, reálného nebo ideálního konstruovaného textem¹⁰⁵) a odpovědi na otázky jako *Komu by měla být soudní rozhodnutí srozumitelná a co to vypovídá o systému jako celku, když těmto čtenářům srozumitelná nejsou?* mohou sloužit jako příklad toho, jak taková analýza může vypadat v praxi.

Koncept publika může být užitečný nejen při zkoumání významu právních textů a jejich srozumitelnosti reálnému nebo zamýšlenému čtenáři, ale také v praktické rovině sdělování práva, kterou je jeho zveřejnění, publikace. Zveřejnění pravidel, kterými se musí subjekty práva řídit, je jedním ze základních principů demokratického právního státu

⁹⁹ KLUSOŇOVÁ, Markéta. *Communitas, Communion and the Judicial Reasoning* a KLUSOŇOVÁ, Markéta. *Hnutí Právo a literatura koncem 20. a na počátku 21. století*, s. 55.

¹⁰⁰ SMEJKALOVÁ, Terezie. *Legal Performance: Translating into Law and Subjectivity in Law*, s. 63.

¹⁰¹ Zcela zásadní roli v těchto přístupech hraje nová rétorika a dílo Chaima Perelmana a Lucie Olbrechts-Tyteca, na které je v tomto textu odkazováno i jinde.

¹⁰² STEVENSON, Drury. *To Whom is the Law Addressed*. *Yale Law and Policy Review*. 2005, No. 21, s. 105–167.

¹⁰³ SMEJKALOVÁ, Terezie – ŠKOP, Martin. *A Concept of a Reader in Legislation Drafting*. In: ŠTĚPÁNÍKOVÁ, M. et al. *Argumentation 2017*. Brno: Masarykova univerzita, 2017, s. 51–69. Komplexnější analýzu v kontextu adresovanosti (a srozumitelnosti) jazyka soudních rozhodnutí se Smejkalová zabývá i jinde. SMEJKALOVÁ, Terezie. *Soudnictví, jeho povaha a role v právním systému ČR*. Distertační práce. Právnická fakulta, Masarykova univerzita, 2013, viz níže.

¹⁰⁴ Srov. ECO, Umberto. *Semiotics and The Philosophy of Language*. Bloomington: Indiana University Press, 1984, s. 163, podobně též i OSOLSOBĚ, Ivo. *Mnoho povyku pro sémiotiku: ne zcela úspěšný pokus o encyklopedické heslo sémiotika divadla*. Brno: Nakladatelství G, 1992, s. 16.

¹⁰⁵ Pro bližší rozbor těchto a dalších konceptů čtenáře viz SMEJKALOVÁ, Terezie – ŠKOP, Martin. *A Concept of a Reader in Legislation Drafting*, s. 54 an.

a jedním z bodů, na kterých staví Lon L. Fuller své morální minimum práva.¹⁰⁶ Faktickou dostupností a dohledatelností práva (především judikatury) se v návaznosti na zamýšlené publikum v českém kontextu zabývali především Smejkalová¹⁰⁷ a Králík.¹⁰⁸

6. Přesvědčivost jako součást právních textů

Dalším z hlavních praktických přínosů směru *Law and Literature* je jeho využití v právní rétorice, respektive ve strategiích právní argumentace. Držíme-li se tradičního dělení, patří tato vlastnost spíše do *Law as Literature*, jelikož využívá rétorických a stylistických postupů z umění, spíš než aby samotné umění do právní argumentace přímo vtahovala. Byť by se mohlo zdát, že tento přístup je české právní vědě i praxi cizí, není tomu tak, jak ostatně ukazuje již zmiňovaná rozhodovací praxe českých soudů. Zastavme se u tří rozhodnutí z per současných ústavních soudců, které můžeme využít jako modelové příklady.

Když Ústavní soud v již výše zmiňovaném rozhodnutí rozhodoval o EET, návrhu zčásti vyhověl, ale to rozhodnutí má několik odlišných stanovisek. V tom od soudců Vojtěcha Šimíčka, Jaromíra Jirsy, Tomáše Lichovníka, Kateřiny Šimáčkové a Davida Uhlíře je uveden úryvek nadepsaný: „*Prolog – J. Lynn, A. Jay: Jistě, pane premiére 1, Aurora, 2004, str. 78–80 (zkrácená citace)*“. Tento úryvek je delší než jedna celá normostrana, je strukturován jako dialog z přímých řečí a týká se otázky, proč jaderné síly odstrašují Rusy od útoku na Velkou Británii. Svým způsobem se podobá Platonovým dialektickým dialogům, ve kterých Sokrates správně položenými dotazy dovede svého spoludiskutujícího k postoji přesně opačnému k tomu, který zastával na začátku dialogu.¹⁰⁹ A skutečně, i náš dialog o jaderných zbraních končí replikou „*Když to takhle postavíte, jaderné zbraně nemají smysl.*“ Je třeba se proto ptát, v čem má být tento velmi netradiční postup formulování textu disentu přesvědčivější než poukázání na právní nedostatky příslušného rozhodnutí.

V první řadě je to ona dialektická povaha argumentace, jejíž kvality jsou známy už z dob antiky. Dále je to výběr citovaného díla. Nejedná se o dílo vysoké kultury, dokonce jde původně o televizní seriál, jehož umělecká povaha sama o sobě, bez ohledu na kvalitu, může být předmětem sporu. O čem však není pochyb, je jeho známost mezi širokou veřejností, a to díky celkové sledovanosti daného seriálu. Rovněž je třeba si uvědomit formu dané citace, a totiž přímé a dokonce i poměrně rozsáhlé citace, která tak nepotřebuje žádné další vysvětlení ani předchozí znalost, aby jí čtenář byl schopen porozumět. Bez důležitosti není ani její umístění hned na začátku disentu, kde upoutá čtenářovu pozornost svou nezvyklostí, vtáhne ho do mikropříběhu ze známého seriálu, zapůsobí na jeho emoce apelem na jeho vlastní zkušenost se státní správou a posléze mu soudci mohou ještě vše přehledně právně vysvětlit právě v návaznosti na tento zážitek.

Disentující soudci tu využili jak obsah tohoto příběhu, tak literární kvality jeho zpracování. Ukázali tak soudržnost s běžnou veřejností, za jejíž práva se ve svém disentu berou, a to díky sdílenému popkulturnímu základu. Zároveň dokázali svou odbornost, když ten

¹⁰⁶ FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law a Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*. 1958, Vol. 71, No. 4, s. 644.

¹⁰⁷ SMEJKALOVÁ, Terezie. Publikace judikatury a její adresáti. *Revue pro právo a technologie*. 2012, roč. 3, č. 6, s. 25–33.

¹⁰⁸ KRÁLÍK, Lukáš. *Judikatura a její publikace*. Disertační práce. Právnická fakulta Univerzity Karlovy, 2012. V tomto kontextu však není možné nezmínit jeden velice podstatný rozměr dostupnosti práva a judikatury, a tím je (absence) standardizovaného odkazování, především v soudních rozhodnutích na jiná soudní rozhodnutí. Viz např. HARAŠTA, Jakub – MÍŠEK, Jakub – HANYCH, Monika – LOUTOCKÝ, Pavel – MALANÍK, Michal – ŠAVELKA, Jaromír – ŠTĚPÁNÍKOVÁ, Markéta – MYŠKA, Matěj. Rozměry citací v právu a anotační konvence. *Revue pro právo a technologie*. 2017, roč. 8, č. 15, s. 51–73.

¹⁰⁹ FROST, Michael H. *Introduction to Classical Legal Rhetoric: A Lost Heritage*. London: Routledge, 2016.

příběh doprovodili poměrně tradičně podaným právním vysvětlením a akademicky zvládnutým uvedením zdroje použité citace. Z hlediska formální logiky je to samozřejmě ne-relevantní, ale z hlediska přesvědčování pomocí nástrojů právní rétoriky to relevanci má. Taková citace je totiž rétorická figura budující pocit sdílení (*communio*) se zbytkem komunity, které je nezbytné pro argumentaci hodnotami. Sem přitom patří aluze, které bez znalosti kulturního kontextu a s ním spojené zkušenosti ani nedávají smysl, i citace, pokud nejsou využity jako důkazní prostředek.¹¹⁰ V tomto případě lze navíc uvažovat o tomto mikropříběhu jako o metafoře¹¹¹ či příkladu, ze kterého lze důsledky vyvozovat pomocí analogie.¹¹² Svojí nezvyklou formou (zdrojem i délkou) přitom navíc přitáhnou pozornost k tradičním argumentům a fungují tak jako tzv. reklama na argument.¹¹³

Již výše zmiňované rozhodnutí o dohledu nad dítětem, které zmiňovalo mimo jiné knihu *Honzíkova cesta*, funguje obdobně, jen se jedná o aluzi v její čistší formě, protože je tu zmíněn pouze název knihy, ale není připojena žádná přímá citace. Pro čtenáře neznalého zdejší dětské literatury v předchozích desetiletích by přitom tento odkaz sice dával asi smysl vzhledem ke krátkému vysvětlení použitého negativního příkladu, ale bez přímé emocionální odezvy dané osobní zkušeností s touto knihou nebo alespoň její pověstí by přesvědčivost dané figury nefungovala. Zde tedy spojení s uměním staví spíše na přesvědčivosti obsahu jeho sdělení, nikoliv na přesvědčivosti dané jeho formou.

To v případě odlišného stanoviska soudců Vojtěcha Šimíčka a Kateřiny Šimáčkové, ve kterém je použita přímá citace z Kafkova *Procesu*, konkrétně z jeho části o dveříkovi a vchodu do zákona, je situace komplikovanější. Tato citace končí: „*„Skličující názor; ‘pravil K. „Lež je učiněna řádem světa.’ (Kafka, F. Proces. Lidové noviny, 1997, str. 169).*“¹¹⁴ Ve formě citace, dialogickém charakteru úryvku i přesnou citací se tento případ shoduje s tím o EET. Je tu však jeden podstatný rozdíl, a to v povaze citovaného díla. Nejen že se jednomyslně řadí mezi tzv. vysoké umění, ale navíc se jedná o jedno z nejdiskutovanějších děl o právu. Popularitu a relativní známost vybraného zdroje tu tak nahrazuje odborná i umělecká autorita díla i jeho autora. Namísto aluze lze tak tuto přesvědčovací strategii vidět ne jako aluzi, ale argument autoritou, a to jak Kafkovou, tak i těch soudců, kteří ho znají.

Obdobně je to i v případě citace „*Přistoupil-li přesto k meritornímu posouzení věci, učinil tak s vědomím, že „co právo vidí, právo postihne“ (W. Shakespeare. Něco za něco. Překlad M. Hilský), přičemž podstatnou roli v jeho úvahách sehrála tísnivá sociální situace stěžovatele.*“¹¹⁵ Zde soudce cituje Shakespeara s podobnými přesvědčovacími účinky, ale navíc tu přidává prvek přísloví, která svojí formou lidové moudrosti čerpají svoji přesvědčivost opět spíše z kulturní zkušenosti. V kombinaci s rozměrem argumentace autoritou v obou vrstvách to tak ze zvolené rétorické strategie dělá efektivnější nástroj přesvědčování.

Byť není právní rétorika v českém právním prostředí příliš řešena a ještě méně v kombinaci s teorií právní argumentace, v kontextu *Law and Literature* je skvělou ukázkou praktického využití tohoto teoretického směru, ostatně jak ukazují i výše představené modelové příklady.

¹¹⁰ PERELMAN, Chaim – OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation*. London: University of Notre Dame Press, 1971, s. 170.

¹¹¹ Ibidem, s. 137.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Úvod k Odlišnému stanovisku soudců Vojtěcha Šimíčka a Kateřiny Šimáčkové k nálezů sp. zn. Pl. ÚS 5/16 ze dne 11. 10. 2016 (N 186/83 SbNU 43; 393/2016 Sb.).

¹¹⁵ Bod 15 nálezů sp. zn. I. ÚS 1705/15 ze dne 14. 3. 2016 (N 40/80 SbNU 495).

7. Literatura jako kultivační faktor

Otázka, okolo které se tedy točí většina úvah spojených s *Law and Literature*, je tedy následující: jak může umění zlepšit právo? Samo právo bez dalšího nijak, ale může zlepšit právníky. Může je totiž kultivovat k širšímu kulturnímu rozhledu a hlubšímu sociálnímu citění nebo zlepšovat jejich interpretační a argumentační dovednosti tréninkem na uměleckých, a tedy svým způsobem simulovaných případech.

Kultivace uměním není rozhodně nic nového, ostatně ona již úvodu vzpomenutá národní hnutí v 19. stol. na tom postavila všechny své úvahy o nutnosti existence umění (nejen) malých národů.¹¹⁶ Není tak divu, že třeba Schiller vyzdvihoval umění, konkrétně divadlo, jako ideálního zákonodárce, který může společnost učit o právu.¹¹⁷ Martha Nussbaum se touto otázkou dlouhodobě zabývá v širším kontextu humanitních věd, kdy roli umění ve společnosti posouvá od národního sebeurčení k interdisciplinárnímu utváření hodnotového základu společnosti, jehož kultivace je v současné na výkon a technologie zaměřené společnosti nezbytná.¹¹⁸ Pro právníka je tato kultivace o to podstatnější, že současný důraz na technickou stránku přístupu k právu cestou digitalizace legislativy i judikatury nebo online vysílání soudních jednání jako důležitých forem kultivace právního prostředí a právní kultury může vést k opomíjení právě hodnotového základu práva v rámci této diskuse. Tyto dvě cesty ke zlepšování práva se samozřejmě nijak nevylučují, a naopak se navzájem mohou posilovat a napomáhat si, ale pro jednu zapomínat na druhou by bylo krátkozraké. V kontextu práva jako součásti kultury je totiž velmi neobezřetné zapomínat na společenský kontext práva, který lze nejsnáze a často i nejpřesvědčivěji ukázat právě na příkladech ztvárněných v umění.

Idea kultivace práva pomocí umění tak stála i u vzniku směru *Law and Literature*, když její pomocí John H. Wigmore zdůvodňoval nutnost určení základního souboru uměleckých děl, která musí právník znát.¹¹⁹ S postupem času od této své představy neustoupil,¹²⁰ ale ještě více na ní trval.¹²¹ V tom mu ostatně dávali za pravdu i jeho nástupci¹²² a také v českém prostředí je tento přístup tím rozšířenějším, byť s různou mírou vědeckého zakončení těchto příkladů zpodobnění práva v umění. Zpočátku to však zahrnovalo pouze *Law in Literature*, jako součást všeobecného, v tomto případě kulturního rozhledu. Prožitek z příběhu představeného v uměleckém textu měl právníkovi-čtenáři suplovat zkušenost, kterou potřebuje pro řádný výkon své profese a se kterou nemá vlastní osobní zkušenost. Představa kultivace v tomto smyslu však poněkud kulhá, protože odhlíží od formy těchto v ideálním případě kultivujících děl. Ta přitom může mít významnější kultivační vliv, protože z ní načerpané poznatky a dovednosti budou mít širší využití než obsah, omezený na případy s obdobnými skutkovými okolnostmi,¹²³ čehož si v posledních letech konečně začala všimnout i česká právní věda. Škála již otevřených témat z oblasti

¹¹⁶ BELFIORE, Eleonora – BENNETT, Oliver. *The social impact of the arts*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2008.

¹¹⁷ SCHILLER, Friedrich. *Divadlo jakožto mravní instituce*. Praha: České divadelní a literární jednatelství, 1995.

¹¹⁸ NUSSBAUM, Martha C. *Cultivating humanity*. Harvard University Press, 1998.

¹¹⁹ WIGMORE, John H. List of Legal Novels. *Illinois Law Review*. 1907, Vol. 2, s. 574–593.

¹²⁰ WIGMORE, John H. List of One Hundred Legal Novels. *Illinois Law Review*. 1922, Vol. 17, s. 26–41.

¹²¹ WIGMORE, John H. One Hundred Legal Novels. *John Marshall Law Quarterly*. 1942, Vol. 8, s. 180–196.

¹²² Viz např. WEISBERG, Richard H. Wigmore's Legal Novels Revisited: New Resources for the Expansive Lawyer. *Northwestern University Law Review*. 1976, Vol. 71, s. 17–28; WEISBERG, Richard H. Wigmore and the Law and Literature Movement. *Law & Literature*. 2009, Vol. 21, No. 1, s. 129–145.

¹²³ WHITE, J. B. Law and Literature: No Manifesto Symposium: Law and Literature: Introduction. *Mercer Law Review*. 1987, Vol. 39, s. 739–752.

Law and Literature tak sahá (samozřejmě kromě již výše zmiňovaných témat a textů) od tradičních představení tohoto směru¹²⁴ k již v českém kontextu nezvyklejším otázkám narativity,¹²⁵ podobnosti právní, literární¹²⁶ i hudební interpretace,¹²⁷ využití umění ve výuce práva¹²⁸ i právní praxi¹²⁹ nebo chápání uměleckých děl jako nositelů právní kritiky¹³⁰ až po v současnosti velmi aktuální spojení práva a karnevalu.¹³¹

Law and Literature je a mělo by vždy zůstat nikoliv pouhým intelektuálním či intelektuálským cvičením právníků nejrozličnějších právních profesí v jejich volném čase, ale seriózně chápaným a uchopovaným směrem teoretické části právní vědy a zároveň inovativní odpovědí práva na nejzásadnější otázky společensko-právní situace i nositelem kvalitně prováděné interdisciplinární metodologie.

-
- ¹²⁴ ŠKOP, Martin. *Právo a vášeň: Jazyk, příběh, interpretace*. Brno: Masarykova univerzita, 2011; ŠKOP, Martin. Právo a umění. In: ZELINSKÝ, Miroslav – KLÍMA, Miloslav – PLEŠÁK, Miroslav (eds). *O umění s rozumem*. Brno: Host, 2015, s. 94–99; ŠKOP, Martin. Law and Literature – a Meaningful Connection. *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna*. 2015, Vol. 4, No. 1, s. 6–20, nebo již dříve v pozn. 1 zmiňovaná díla BALÍK, Stanislav – BOBEK, Michal – ŠIMÍČEK, Vojtěch (eds). *Jiné právo literární*. Praha: Auditorium, 2011; KYSELA, Jan – URBAN, Michal (eds). *Literatura a film jako zrcadlo práva a právníků*. Praha: Leges, 2017.
- ¹²⁵ ŠKOP, Martin. Vyprávění jako právní metoda. In: JEMANOVÁ, Helena – CVRČEK, František (eds). *Quo vadis, střední Evropo? Metamorfózy práva III*. Praha: Ústav státu a práva, Akademie věd, 2012, s. 56–64; ŠKOP, Martin. Narrative as Part of Legal Methodology. In: ARASZKIEWICZ, Michal – MYŠKA, Matěj – SMEJKALOVÁ, Terezie – ŠAVELKA, Jaromír – ŠKOP, Martin (eds). *Law and Literature. Argumentation 2012 workshop*. Brno: Masarykova univerzita, 2012, s. 53–63; ŠKOP, Martin. Velká vyprávění postmoderního státu o spravedlnosti. In: ČÍČKANOVÁ, Daniela – ILLYOVÁ, Zuzana – MIČÁTEK, Vladislav – RUŽIČKA, Ondřej (eds). *Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum 2013*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2013, s. 1908–1915; ŠKOP, Martin. *Narativní obrat: současné změny v povaze právního vědění*. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum 2013. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2013, s. 1908–1915; ŠKOP, Martin. *Narativní obrat: současné změny v povaze právního vědění*.
- ¹²⁶ ŠKOP, Martin. Interpretace práva jako literární interpretace. In: DÁVID, Radovan – SEHNÁLEK, David – VALDHANS, Jiří (eds). *Dny práva – 2010 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 2979–2992.
- ¹²⁷ MALANÍK, Michal. Performativní povaha právní interpretace. *Jurisprudence*. 2017, roč. 26, č. 5, s. 35–39; ŠKOP, Martin. Právo jako hudba. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2011, roč. 19, č. 1, s. 34–40.
- ¹²⁸ KLUSOŇOVÁ, Markéta. The Role of Theatre In Legal Education. In: TOMOSZEK, Maxim (ed.). *Complex law teaching: knowledge, skills and values*. Olomouc: Palacký University, 2013, s. 51–60, nebo SMEJKALOVÁ, Terezie. Právo a literatura ve výuce právní interpretace. In: DÁVID, Radovan – SEHNÁLEK, David – VALDHANS, Jiří. *Dny práva – 2010 – Days of Law*, 4. ročník mezinárodní konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity. The conference proceedings. Brno: Masarykova Univerzita, 2010.
- ¹²⁹ KLUSOŇOVÁ, Markéta. Ostension in law. In: ARASZKIEWICZ, Michal – MYŠKA, Matěj – SMEJKALOVÁ, Terezie – ŠAVELKA, Jaromír – ŠKOP, Martin (eds). *Law and Literature. Argumentation 2012 Workshop*. Brno: Masaryk University, 2012, s. 13–21, nebo SMEJKALOVÁ, Terezie. Argumentace krásnou literaturou. In: HAMULÁK, Ondřej. *Právo v umění a umění v právu: sborník odborných příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké debaty mladých právníků 2011*. Praha: Leges, 2011, s. 23–31.
- ¹³⁰ KLUSOŇOVÁ, Markéta. Why Havel's Plays Should Be Still Played? In: ARASZKIEWICZ, Michal – MYŠKA, Matěj – ŠAVELKA, Jaromír – ŠKOP, Martin – KLUSOŇOVÁ, Markéta (eds). *Law and Literature. Argumentation 2013*. Brno: Masaryk University, 2013, s. 77–87; ŠTĚPÁŇKOVÁ, Markéta. The Role of Vaclav Havel in Czech Critical Legal Thought. In: MAŇKO, Rafał – CERCEL, Cosmin – SULIKOWSKI, Adam (eds). *Law and Critique in Central Europe*. Oxford: Counterpress, 2016, s. 206–218; HANYCH, Monika. The Legal-Philosophical Terms of Havel's Thought in Current Legal Discourse. In: ŠTĚPÁŇKOVÁ, Markéta – MALANÍK, Michal – HANYCH, Monika – ŠKOP, Martin (eds). *Argumentation 2017. International Conference on Alternative Methods of Argumentation in Law*. Brno: Masaryk University, 2017, s. 86–103.
- ¹³¹ Toto téma představil Martin Škop 13. 4. 2018 v dosud nepublikovaném příspěvku nazvaném *Contemporary Law as Carnival and Fairy Tale*, a to v rámci opolského 1st Critico-Juridical Symposium s tématem *What kind of critique of law in Central and Eastern Europe?*

Virtualizace právních vztahů a nové regulatorní metody v pozitivním právu

Radim Polčák* – František Kasl – Pavel Loutocký*** –
Jakub Míšek**** – Václav Stupka*******

Abstrakt: Rostoucí význam informačních technologií se mimo jiné projevuje i potřebou průběžně upravovat dílčí charakteristiky mechanismu právní regulace. Cílem takových úprav je zajištění stabilní efektivity práva. V tomto textu je proveden rozbor dvou relativně nových regulatorních metod, které se postupně prosazují v právu informačních technologií a jsou založeny na použití tzv. performativních a chytrých pravidel. Článek tyto metody krátce vysvětluje a následně jejich užití demonstruje na pozitivních i problémových příkladech z oborů kybernetické bezpečnosti, ochrany osobních údajů a on-line řešení spotřebitelských sporů.

Klíčová slova: performativní pravidla, chytrá regulace, kybernetická bezpečnost, ODR, osobní údaje

Úvod

Informační technologie nabízí bezprecedentní potenciál k virtualizaci¹ právně relevantních společenských fenoménů. Způsobilst informačních technologií k totální transformaci společenských vztahů dokonce vedla k tomu, že pojem „virtuální“ v běžném jazyce prakticky ztotožňujeme s pojmem „digitální“ nebo „on-line“.²

Význam virtualizace, k níž dochází v důsledku postupující penetrace společnosti informačními a komunikačními technologiemi, pro právo každopádně nespočívá v zásadní novosti doprovodných jevů. Skutečně nových otázek pro právo totiž vzniká jen velmi málo.³ Namísto toho je právo zaměstnáváno nutností adaptovat své instrumentarium tak, aby bylo způsobilé technicky zvládnout nejrůznější „tvary změněné do nových těl“.⁴

* Doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D., vedoucí Ústavu práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Radim.Polcak@law.muni.cz.

** Ing. Mgr. František Kasl, Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Frantisek.Kasl@law.muni.cz.

*** JUDr. Pavel Loutocký, BA (Hons), vedoucí právního oddělení Centra pro transfer technologií. E-mail: loutocky@ctt.muni.cz.

**** Mgr. MgA. Jakub Míšek, Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Jakub.Misek@law.muni.cz.

***** Mgr. Václav Stupka, Ph.D., Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Vaclav.Stupka@law.muni.cz.

1 Pojem virtualizace, který užíváme od antiky, označuje technologicky determinovanou změnu formálních aspektů určitého fenoménu při současném zachování jeho podstaty. Účelem virtualizace je zbavit se problémů spojených se starou formou, přičemž problémy související s novou formou mají být méně závažné. Podrobněji k pojmu viz monografii LÉVY, P. *Becoming Virtual – Reality in the Digital Age*. New York: Plenum Trade, 2002.

2 Takové chápání tohoto pojmu však není zcela adekvátní, neboť virtualizace nemusí nutně probíhat jen za užití informačních technologií. Virtuální je potřeba vnímat jako protiklad k aktuálnímu – srov. POLČÁK, R. a kol. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, s. 7.

3 Existují dokonce názory, že postupující penetrace společnosti informačními technologiemi nevyžaduje žádnou zvláštní pozornost právní vědy – srov. např. EASTERBROOK, F. *Cyberspace and the Law of the Horse*. *The University of Chicago Legal Forum*. 1996, roč. 1996, s. 207.

4 Tento obrat použil Ovidius v úvodu svých *Proměn* – viz NASO, P. O. *Proměny*. Praha: Odeon, 1969, s. 17. Vedle fyzických proměn, o nichž pojednává tato fenomenální báseň, se velmi dobře hodí i k označení proměn, jimiž prochází různé právní formy – podrobněji viz POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 8.

1. Složitost technologie a rozmanitost aplikací

Největšími výzvami ve shora popsaném směru jsou relativní technická a funkční složitost informačních a komunikačních technologií a diverzita jejich aplikací.

I nejjednodušší počítač je technicky natolik složitou strukturou, že jeho skutečné fungování není do důsledku schopen pochopit ani profesionál. Nabízelo by se logické normativní řešení postavené na relevantním argumentu, že totiž člověku nepatří do rukou technologie, jejíž fungování není schopen pochopit. Takové řešení by zřejmě spočívalo v tom, po čem svého času volali někteří informatici, že by totiž přístup k informačním a komunikačním technologiím měl být podmíněn prokázáním technické způsobilosti člověka s těmito technologiemi nakládat.

Myšlenka „řidičáku na počítač“ byla sama o sobě logická, neboť u vysoce složitého systému, jehož provoz může uživateli nebo třetím osobám způsobit značnou škodu, je zřejmě na místě požadovat prokázání schopnosti základním způsobem jej ovládat (to i bez pochopení technické podstaty jeho fungování) – byla ale z pochopitelných důvodů odsouzena k neúspěchu. Ve výsledku by totiž vedla k zákazu jdoucímu bez pragmaticky prokazatelných důvodů přímo proti základům lidské přirozenosti.⁵ Na ambici požadovat po člověku zvládnutí jím užívané technologie jsme navíc postupně rezignovali i v jiných oblastech mimo ICT. K získání klasického řidičáku tedy již dnes není třeba detailní znalost fungování osobního automobilu – to prostě proto, že současné vozy jsou konstrukčně natolik složité, že normální člověk by jejich konstrukční finesy jednak nepochopil a jednak by mu ani případné jejich pochopení nebylo nic platné.

Technická a funkční složitost informačních technologií není problematická jen z hlediska požadavků na uživatele. Deficit chápání vnitřních mechanismů fungování i relativně banálních technologií logicky ztěžuje i práci právotvůrce. Neschopnost právotvůrce přizpůsobit pozitivní regulaci konkrétním parametrům příslušných technologií přitom není dána jen jeho neschopností tyto technologie dokonale poznat, ale též relativně rychlou jejich reprodukcí. Legislativní cyklus neumožňuje zajistit efektivitu právních předpisů jejich konkrétní adaptací na aktuální stav techniky proto, že reprodukce práva je řádově pomalejší než reprodukce informačních technologií. Řešením pak bývá spolehnout se na schopnosti praxe podřadit nové technologické jevy přímo nebo analogicky pod rozsah obecných právních pojmů.

Populárnímu požadavku na to, aby právo anticipovalo technický vývoj a neklopýtalo za technickým pokrokem, se v tomto textu nemůžeme podrobněji věnovat. Stojí však každopádně za připomenutí, že vždy, pokud se právo o něco takového pokusilo, nedopadlo to ve výsledku dobře.⁶

K výše uvedeným složitostem ještě často přistupuje doposud bezprecedentní subjektivní pluralita.⁷ U běžné společenské transakce, jakou je např. nákup knihy v kamenném knihkupectví zaplacený hotovostí, je subjektivní situace relativně transparentní. Je to

⁵ Pro člověka není přirozenější činností, než je informační aktivita. Informace je podstatou fungování živých organismů a člověk je tím pádem z podstaty nucen vyhledávat a rozvíjet nástroje, které mu usnadňují tvorbu, zpracování nebo komunikaci dat – srov. POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*, s. 37.

⁶ Příkladem může být právní úprava zaručeného elektronického podpisu. Právo v tomto případě předběhlo dobu a upravilo podmínky k užití technologie, u níž se předpokládalo masivní rozšíření mezi širokou veřejnost. Namísto právem předpokládaného nahrazení vlastnoručního podpisu si však společenský vývoj v tomto případě šel vlastní cestou a zaručeného elektronického podpisu tak dnes až na výjimky používá jen ten, kdo z nějakého důvodu musí.

⁷ Podrobněji viz např. POST, D. *Governing Cyberspace*. *Wayne Law Review*. 1996, roč. 43, s. 155.

prostě vztah člověka s obchodníkem. Virtualizovaná obdoba této transakce však může mít ze subjektivního hlediska nepoměrně složitější charakter. Typicky jsou totiž subjektem tohoto vztahu ještě poskytovatelé různých služeb informační společnosti, tj. např. poskytovatel veřejně dostupné služby elektronických komunikací, poskytovatel místního připojení, provozovatel zprostředkovatelské platformy, subjekt zpracovávající data o zákaznících, subjekt zajišťující bezpečnost platformy, poskytovatel platební brány, vydavatel elektronického platebního prostředku aj.

Rozptýl aplikací je jako druhý ze shora zmíněných faktorů pro právo nepříjemný z toho důvodu, že často fakticky brání efektivní regulaci prostřednictvím konkrétních behaviorálních pravidel. Standardní mechanismus právní regulace je totiž založen na tom, že právotvůrce volí strukturu a obsah konkrétních pravidel kódovaných do formy pozitivního práva podle projektovaného typického případu jejich užití. Výsledná pozitivní úprava má co nejefektivněji pokrýt případy spadající pod příslušný standard, přičemž nestandardní situace řešíme, je-li to možné, za užití zásad, analogie apod.⁸

Z výše uvedeného plyne, že virtualizace společenských vztahů je vzhledem k efektivitě právní regulace zatížena tím, že předmětným technologiím pořádně nerozumí právotvůrce ani jejich uživatel. K tomu ještě přistupuje taková rozmanitost různých aplikací, která jednak vylučuje povědomí na straně právotvůrce (tj. právotvůrce si nedokáže ani představit, jak mohou různé budoucí aplikace vůbec vypadat) a kromě toho i brání tvorbě efektivních pravidel mapovaných na konkrétní parametry příslušných technických řešení.

2. Virtualizace metody právní regulace

Z dosavadních zkušeností se zdá, že s výše popsány problémy nelze hnout v tom směru, že by se uživatel nebo právotvůrce naučil chápat technické mechanismy fungování příslušných technologií nebo že by se snížila míra rozmanitosti jejich aplikací. Naopak lze očekávat, že odstup člověka od technologie dále poroste⁹ a že současně poroste i zmíněná aplikační diverzita.¹⁰ Právo přitom (naštěstí) nedisponuje nástroji k tomu, aby tyto trendy zvrátilo.¹¹

K tomu, aby si právo alespoň zachovalo efektivitu svého regulačního mechanismu, je třeba odpovídajícím způsobem adaptovat na shora zmíněné výzvy metodu právní regulace.¹² Projevem virtualizace v právu se tak stávají pokusy o nové regulační přístupy, které mají jednak kompenzovat uvedené funkční deficity a jednak se snaží využít možností informačních technologií k zavedení doposud nedostupných regulačních nástrojů. Z první kategorie nových přístupů se budeme v tomto textu dále věnovat tzv. perfor-

⁸ Srov. ZETSCHKE, D. A. – BUCKLEY, R. P. – BARBERIS, J. – ARNER, D. W. *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*. *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*. 2017, roč. 23, č. 1, s. 31.

⁹ Tento pohyb lze pozorovat na příkladu osobních počítačů. Zatímco měl v devadesátých letech každý uživatel dokonalý přehled alespoň o tom, jaký procesor nebo jakou paměť má ve svém systému, dnes jsou tyto parametry často lhostejné i profesionálům.

¹⁰ Tento trend je důsledkem flexibility technických řešení umožňujících uživatelům velkou míru individualizace jejich zařízení. U prvních generací telefonů standardu GSM tak měl uživatel možnost individualizovat si své zařízení maximálně volbou barevného krytu, zatímco dnes prakticky nelze v praxi nalézt dva mobilní telefony s totožným softwarem.

¹¹ Srov. SAXBY, S. *The Role of Government in National/International Internet Administration*. In: AKDENIZ, Y. – WALKER, C. – WALL, D. (eds). *The Internet, Law and Society*. Harlow: Pearson Education Limited, 2000, s. 3.

¹² Tento požadavek je z metodologického hlediska čistě pragmatický a vychází z praktické zkušenosti s reálnou efektivitou práva v rychle se měnícím prostředí – k různým důvodům užití pragmatické metody v takových případech viz monografii THOMAS, E. W. *The Judicial Process*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

mativním pravidlům (*performance-based rules*). Z druhé kategorie se dále zaměříme na chytrá pravidla (*smart rules*).

Pojem performativních pravidel označuje regulatorní techniku motivující regulované subjekty k tvorbě vlastních konkrétních pravidel chování.¹³ Subjekty, k nimž právní regulace směřuje, zpravidla nejsou jednotliví lidé, ale tzv. definiční autority, tj. subjekty reálně provozující příslušné technologie.¹⁴ Tento mechanismus právní regulace je založen na předpokladu, že k lidskému jednání, které je předmětem právní regulace, vždy dochází zprostředkovaně, tj. prostřednictvím nějaké technologie. Provozovatel této technologie, kterého též označujeme teoretickým pojmem definiční autority, má na výsledné jednání uživatele určující vliv, neboť jej díky totální technické kontrole může prakticky libovolně usměrňovat.¹⁵

Co do podstaty fungování mají performativní pravidla blízko k teleologickým normám. Stanoví totiž velmi obecně definovaný cílový stav, k němuž má směřovat jednání regulovaného subjektu. Odlišnost performativních pravidel od teleologických norem spočívá v tom, že performativní pravidlo zavazuje regulovaný subjekt k tomu, aby si za stanoveným účelem vytvořil vlastní konkrétní pravidlo chování (normu). Norma autonomně vytvořená na základě performativního pravidla je formalizována do podoby vnitropodnikového pravidla, typického ujednání ve smlouvě nebo dokonce počítačového kódu (k tomu viz dále) a tato její forma je pak i předmětem vrchnostenské kontroly a sankce. Regulovaný subjekt tedy nemůže splnit požadavek performativního pravidla jen tím, že se sám nějakým způsobem chová, ale plní jej prostřednictvím své vlastní relativně autonomní normotvorby postihující nejen jeho chování, ale především chování subjektů pod jeho technickou „jurisdikcí“ (tj. uživatelů jeho služeb, zaměstnanců apod.).¹⁶

Performativní pravidla stojí, kromě shora zmíněného předpokladu týkajícího se významu definiční autority, ještě na dalších premisách odpovídajících výše diskutovaným problémům právní regulace virtualizovaných společenských fenoménů. Předně předpokládáme, že definiční autorita má nejlepší povědomí o tom, jak vypadá příslušná technologie a jak ji co nejefektivněji nastavit k tomu, aby fungovala požadovaným způsobem. Uživatel ani vrchnost nikdy nedisponují takovou mírou poznání technologie, jakou má ten, kdo tuto technologii vyvinul nebo kdo ji profesionálním způsobem provozuje.¹⁷

Tatáž definiční autorita je rovněž nejlépe disponována k adekvátnímu a efektivnímu nastavení technologie odpovídajícímu požadavkům právní úpravy, tj. k nastavení, které v informačním systému nebo síti při vynaložení co nejmenších nákladů odpovídajícím způsobem usměrní chování uživatelů. Vedle technických kompetencí má k tomu definiční autorita i právní nástroje. Definiční autorita má totiž jako vlastník zpravidla ultimativní katalog práv k příslušnému systému nebo síti.

¹³ V odborné literatuře se tento pojem v minulosti nejčastěji vyskytoval v souvislosti s obchodováním na kapitálovém trhu, leteckou dopravou nebo kontrolou emisí – srov. COGLIANESE, C. The Limits of Performance-Based Regulation. *University of Michigan Journal of Law Reform*. 2017, roč. 50, č. 3, s. 525.

¹⁴ Podrobněji k pojmu definičních autorit viz POLČÁK, R. a kol. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 130.

¹⁵ Jedná se o variantu regulatorního mechanismu, v jehož centru stojí reálná aktivita určité instituce. Obecně ke koncepci institucionalistického normativismu viz základní monografii WEINBERGER, O. *Law, institution, and legal politics – Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1987, s. 154.

¹⁶ Srov. KESAN, J. P. Private Internet Governance. *Loyola University Chicago Law Journal*. 2003, roč. 35, č. 1, s. 87.

¹⁷ Historický vývoj fenoménu definičních autorit mapuje jeden z předních teoretiků práva informačních technologií Lawrence Lessig v monografii LESSIG, L. *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*. New York: Vintage Books, 2002, s. 143.

Typicky efektivním řešením je v tomto směru implementace předmětného pravidla chování do kódu informačního systému nebo sítě.¹⁸ Definiční autorita tedy v tomto regulatorním modelu bere obecně definované pravidlo chování, z něj vytváří partikulární konkrétní normu pro svůj systém a tuto normu pak přímo vkládá do funkčního kódu virtuálního prostředí. Adekvátní vyjádření normy kódem přitom zajišťuje takovou míru efektivity, že dokonce není třeba řešit alternativu k naplnění její dispozice (sankci) – systém totiž na technické úrovni (tj. na úrovni svého *de facto* přírodního zákona) nic takového jako nenaplnění dispozice reálně neumožňuje.

Druhou regulatorní technikou, která se objevila jako důsledek virtualizace společenských vztahů, je metoda chytrých pravidel. Nejde v tomto případě o pokus o kompenzaci přirozeně rostoucí neefektivity práva jako u performativních pravidel, ale o relativně nový, technologicky determinovaný způsob zvyšování efektivity stávajících konkrétních právních pravidel v reálném čase díky minimalizaci informačního deficitu vrchnosti.¹⁹ Regulované subjekty tedy v tomto případě nejsou nuceny ke konkretizaci obecných pravidel ve formě autonomní normotvorby, ale pouze k tomu, aby vrchnosti poskytovaly v reálném čase informační servis o fungování příslušného systému nebo služby.

Obecně vzato není na chytrých pravidlech nic moc nového. Vrchnost se vždy pokoušela sjednat si co nejlepší informační servis, přičemž platilo, že čím důležitější je veřejný zájem, tím intenzivnější je snaha o jeho zajištění. V případě služeb informační společnosti však jde o posunutí této snahy na zcela novou úroveň díky tomu, že poskytovatelé služeb informační společnosti často disponují dokonale přesnými daty o veškerém jednání svých uživatelů. Díky tomu a díky přirozené monopolizaci některých služeb informační společnosti (typicky u vyhledávačů, kontraktačních platform, služeb elektronických komunikací aj.) mohou mít orgány autoritativně aplikující právo dokonalý a vcelku snadný přehled i o nejmenších detailech fungování regulovaného substrátu.

Typickým příkladem využití chytrých pravidel je estonská regulace platformy Uber.²⁰ K tomu, aby mohla tato platforma v Estonsku působit, zavázala se, vedle dalších povinností, k předávání dat o ekonomické aktivitě řidičů estonské finanční správě. Díky tomu-to informačnímu servisu má estonská finanční správa dokonalý přehled o tom, kdo a jak často si formou spolujízdy přivydělává a díky automatizované analýze dat pak může s vysokou mírou efektivity vést daňové řízení. Řidiči to samozřejmě dobře vědí a ti, kdo tuto formu výdělků standardně realizují (tj. nejedná se o nahodilou aktivitu, která by nebyla předmětem daňové povinnosti), z vlastní iniciativy si opatřují živnostenská oprávnění a podávají pravdivá daňová přiznání. Každému je totiž jasné, že daňová kontrola v tomto případě nemusí být selektivní a sankce nemusí být předmětem nahodilé smůly, ale že díky možnosti automatizovaného zpracování velkých datových objemů mohou být kontrola i sankce plošné a vysoce přesné.

V následujících částech podrobněji rozebíráme, jak se shora konstatované problémy související s komplexitou virtualizovaných právních vztahů projevují v partikulárních oblastech platného práva. Z oborů, kde již máme s fungováním performativních nebo

¹⁸ Lessig se v tomto směru proslavil tezí, že totiž (počítačový) kód je zákonem kyberprostoru argumentovanou původně v práci *Code and Other Laws of Cyberspace*, později po revizi vydanou jako LESSIG, L. *Code version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

¹⁹ Podrobněji k pojmu chytré regulace, který se poprvé objevil v oboru právní regulace finančních trhů, viz např. ZETSCHÉ, D. A. – BUCKLEY, R. P. – BARBERIS, J. – ARNER, D. W. *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*. *Fordham Journal of Corporate and Financial Law*. 2017, roč. 23, č. 1, s. 31.

²⁰ Podrobněji k různým přístupům k řešení fenoménu Uber napříč Evropou viz srovnávací studii DEMASI, A. *Uber: Europe's Back-seat Driver for the Sharing Economy*. *Creighton International and Comparative Law Journal*. 2016, roč. 7, č. 1, s. 73.

chytrých pravidel nějaké, byť velmi omezené zkušenosti, jsme vybrali problematiku kybernetické bezpečnosti, ochrany osobních údajů a on-line řešení spotřebitelských sporů.

3. Regulatorní model kybernetické bezpečnosti

Pojem kybernetické bezpečnosti byl uměle vytvořen za účelem vzniku relativně nové regulatorní agendy a označuje soubor pravidel k zajištění důvěrnosti, dostupnosti a integrity informačních a komunikačních technologií a dat.²¹ K tomuto cíli směřují snahy jednotlivců, kteří si zabezpečují počítače hesly a firewally, organizací, které implementují dohledové nástroje a vytváří bezpečnostní týmy, i států, pro něž se bezpečnost informačních systémů a sítí stala základním faktorem ochrany práv, fungování veřejné moci i samotné státní suverenity.

Stát je co do schopnosti přímo ovlivnit bezpečnost svého kyberprostoru velmi omezen, a to především z toho důvodu, že většina informačních infrastruktur, včetně těch kriticky důležitých, je vlastněna a provozována soukromoprávními subjekty. Tyto faktické definiční autority navíc mohou být velmi různorodé povahy – může jít například o vlastníky fyzické telekomunikační infrastruktury, provozovatele datových úložišť, informačních systémů kritické infrastruktury či poskytovatele služeb informační společnosti. Kromě toho mají velmi různorodou a proměnlivou povahu i technologie, které jednotlivé definiční autority v rámci svých infrastruktur implementují.

Právní úprava kybernetické bezpečnosti je na úrovni EU tvořena především směrnicí o síťové a informační bezpečnosti²² a na úrovni ČR pak zákonem o kybernetické bezpečnosti.²³ Performativní pravidla se zde uplatňují především u institutu bezpečnostních opatření. Těmi se ve smyslu zákona rozumí „*souhrn úkonů, jejichž cílem je zajištění bezpečnosti informací v informačních systémech a dostupnosti a spolehlivosti služeb a sítí elektronických komunikací v kybernetickém prostoru*“,²⁴ přičemž tyto úkony mají provádět povinné osoby, tedy správci či provozovatelé příslušných informačních a komunikačních systémů.

Zákon obsahuje výčet základních kategorií organizačních a technických bezpečnostních opatření, který je dále rozveden prováděcím předpisem.²⁵ Specifikace bezpečnostních opatření vyhláškou však rovněž není zcela konkrétní a povětšinou se omezuje na konkretizaci problémových okruhů nebo minimálních technických standardů. Povinný subjekt je tedy pozitivním právem informován o tom, jakého cíle má dosáhnout, a obecně rovněž o tom, jaké prostředky k tomu má využít. Je však zcela na něm, jaký obsah dá příslušným pravidlům obsaženým ve svých vnitřních normách realizujících organizační opatření, respektive jaké technické nástroje využije k zajištění konkrétních technických opatření.

Tento regulatorní mechanismus pochopitelně není prost určitých úskalí. Problém především spočívá v tom, že povinný subjekt se snaží vlastní autonomní normotvorbou

²¹ Podrobněji k pojmu a jeho právní reflexi viz monografii POLČÁK, R. – HARAŠTA, J. – STUPKA, V. *Právní problémy kybernetické bezpečnosti*. Brno: Masarykova univerzita, 2016.

²² Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/1148 ze dne 6. července 2016 o opatřeních k zajištění vysoké společné úrovně bezpečnosti sítí a informačních systémů v Unii. Známa rovněž jako směrnice NIS.

²³ Zákon č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti).

²⁴ Viz § 4 odst. 1 zákona o kybernetické bezpečnosti.

²⁵ Viz vyhlášku č. 82/2018 Sb., o bezpečnostních opatřeních, kybernetických bezpečnostních incidentech, reaktivních opatřeních, náležitostech podání v oblasti kybernetické bezpečnosti a likvidaci dat (vyhláška o kybernetické bezpečnosti).

a implementací technických řešení dosáhnout souladnosti (*compliance*) s právním pravidlem, jehož konkrétní obsah mu není znám. Může pak dojít k tomu, že se v otázce *ad hoc* splnění zákonných požadavků rozejde představa regulovaného subjektu a příslušné vrchnosti – u nás především Národního úřadu pro kybernetickou a informační bezpečnost.

Vedle metodických materiálů a vrchnostenských konzultací²⁶ je možné k pokrytí tohoto typu právní nejistoty využít především oficiální certifikace, tj. vrchností uznaného *a priori* potvrzení souladnosti příslušného technického či organizačního řešení se zákonnými a podzákonnými požadavky. K jednotnému systému oficiálních certifikací pro informační bezpečnost směřuje aktuální návrh tzv. kyberbezpečnostního balíčku.²⁷ Podle studie pravděpodobných dopadů takového řešení²⁸ lze očekávat poměrně velkou poptávku po těchto certifikátech v soukromém i veřejném sektoru. Současné certifikační standardy typu ISO nebo *Common Criteria* totiž trpí jednak věcnou či místní partikularitou a jednak jim chybí dokonalé vrchnostenské uznání.²⁹

Technika chytrých pravidel se v zákoně o kybernetické bezpečnosti projevuje především mechanismem poskytujícím vrchnosti v reálném čase přehled nad bezpečnostní situací v zájmových informačních systémech a komunikačních sítích, tj. především v kritické informační infrastruktuře, v systémech základních služeb, ve významných systémech a významných sítích. Správci příslušných systémů a sítí tedy mají povinnost detekovat výskyt kybernetických bezpečnostních událostí³⁰ a v reálném čase předávat data o zjištěných kybernetických bezpečnostních incidentech³¹ vládnímu, respektive národnímu dohledovému pracovišti. Na základě nepřetržité analýzy bezpečnostní situace v zájmové infrastruktuře pak dohledová pracoviště generují vrchnosti podněty k metodice a regulatorní činnosti (např. k vydávání varování či protipatření).

Česká republika má díky tomu, že zde byl model chytrých pravidel zaveden v této oblasti jako v prvním členském státě EU, relativně bohaté praktické zkušenosti. Ty například ukazují potřebu systémového řešení pro efektivní a přitom *de iure* proporcionální přenos dat o bezpečnostních incidentech mezi dohledovými pracovišti na jedné straně a zpravodajskými službami nebo orgány činnými v trestním řízení na straně druhé. Ukazuje se rovněž, že si dohledová pracoviště v praxi nevystačí jen s daty o bezpečnostních incidentech či zranitelnostech poskytovanými povinnými subjekty, ale že bude třeba vybavit je možností tato data aktivně vyhledávat např. formou forenzní analýzy napadených systémů nebo tzv. penetračního testování.

Praxe velkých korporací i orgánů veřejné moci provozujících větší informační systémy rovněž ukazuje, že je nanejvýš potřebné řešit z pohledu vrchnostenské kontroly synergii různých informačních povinností týkajících se bezpečnostních incidentů v informačních systémech. Podobný model chytré regulace založené na detekci a okamžité notifi-

²⁶ Srov. § 20 písm. d) zákona o kybernetické bezpečnosti.

²⁷ Srov. Společné sdělení Evropskému parlamentu a Radě č. JOIN(2017) 450, *Odolnost, odrazování a obrana: budování silné kybernetické bezpečnosti pro EU, ze dne 13. září 2017*, [cit. 2018-09-13]. Dostupné z: <<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017JCO450&from=EN>>.

²⁸ Viz *Inception impact assessment on Proposal for a Regulation revising ENISA Regulation (No 526/2013) and laying down a European ICT security certification and labelling framework*, 2017, č. ref. Ares(2017)3436811, [cit. 2018-09-13]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/info/law/betterregulation/initiatives/ares-2017-3436811_en>.

²⁹ Částečnou reflexi soukromých certifikátů obsahuje např. příloha č. 6 k vyhlášce č. 82/2018 Sb.

³⁰ Tou je dle § 7 odst. 1 zákona o kybernetické bezpečnosti událost, která může způsobit narušení bezpečnosti informací v informačních systémech nebo narušení bezpečnosti služeb anebo bezpečnosti a integrity sítí elektronických komunikací.

³¹ Incidentem je událost, která způsobí narušení bezpečnosti. Viz § 7 odst. 2 zákona o kybernetické bezpečnosti.

kaci bezpečnostních incidentů totiž obsahuje i úprava ochrany osobních údajů, ochrany utajovaných informací a částečně i práva elektronických komunikací. Na úrovni regulovaných subjektů se tedy přímo nabízí sjednocení detekčních a notifikačních procesů a tomu by měla odpovídat i schopnost veřejné moci příslušná hlášení jednotně přijímat a zpracovávat.

4. Regulatorní model ochrany osobních údajů

Ochrana osobních údajů je poměrně mladou oblastí právní úpravy, jejíž počátky jsou spojeny s rostoucím významem informačních technologií. Ačkoli navazuje na právní úpravu ochrany soukromí, se kterou sdílí stejný abstraktní cíl, kterým je ochrana osobnosti a soukromého a rodinného života člověka, výrazně se od ní odlišuje ve způsobu, jakým je regulace zajištěna. První zárodky specifické právní úpravy můžeme nalézat v 70. letech,³² přičemž od počátků až do dnešní doby se jedná o okruh norem, které jsou do značné míry specifické pro evropské hodnoty a právní řády.³³ Přestože byly v roce 1990 na půdě Organizace spojených národů přijaty pokyny pro regulaci počítačem zpracovávaných osobních údajů,³⁴ většina významných světových právních řádů má po dlouhou dobu jen omezené ambice pro tuto oblast vytvářet vymahatelný regulatorní rámec srovnatelný s tím, který je po téměř tři desetiletí budovaný v evropském prostoru.³⁵ Často je to pak právě evropský právní rámec, a obchodní síla Evropské unie, které představují hlavní motivaci pro přijetí srovnatelných požadavků do právních řádů mimoevropských zemí.³⁶

Právo na ochranu osobních údajů vychází z pragmatické nezbytnosti *ex ante* uplatňovaných obecných preventivních povinností při nakládání s údaji o určité či určitélné fyzické osobě. Cílem je zajištění prostoru, ve kterém je člověk schopen vykonávat kontrolu nad digitálním obrazem svého života.

Zásadní funkční rozdíl ochrany osobních údajů oproti ochraně soukromí spočívá v primárně preventivním charakteru právní regulace.³⁷ Pokud je s osobními údaji nakládáno

³² Především rezoluce Výboru ministrů Rady Evropy z let 1973 a 1974, které výrazně přispěly ke sjednocení legislativního přístupu a iniciovaly přijetí prvních specifických národních úprav. Blíže viz NOVÁK, D. *Zákon o ochraně osobních údajů a předpisy související. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 8.

³³ V evropském prostoru byla prvním zásadním mezinárodně právním dokumentem na úrovni Rady Evropy Úmluva Rady Evropy o ochraně soukromí z roku 1981. Srov. *Thirty years after, The OECD privacy guidelines*, 2011, [cit. 2018-09-13]. Dostupné z: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/49710223.pdf>>.

³⁴ Viz VALNÉ SHROMÁŽDĚNÍ. *Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files*. Organizace spojených národů, 1990 [cit. 2018-09-13]. Dostupné z: <<http://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf>>.

³⁵ Významný je především kontrast s právním prostředím Spojených států amerických, kde v současné době neexistuje právní norma na federální či státní úrovni, která by zajišťovala srovnatelnou úroveň ochrany. To je však často odrazem odlišných hodnot a politických či regulatorních cílů a priorit daných států, kdy důraz na ochranu soukromí a osobních údajů obyvatel je v Evropské unii atypicky vysoký. Zcela odlišný přístup k ochraně soukromí a osobních údajů jednotlivce je v zemích jako Čína či Indie. Viz např. HODSON, H. Big brother is rating you (if you're Chinese). *New Scientist*. 2015, roč. 228, č. 3043, [cit. 2018-09-13], či JACOBSEN, E. K. U. *Unique Biometric IDs: Governmentality and Appropriation in a Digital India*. 2015, [cit. 2018-09-13]. Dostupné z: <<https://gupea.ub.gu.se/handle/2077/38732>>. Další poznámky k tématu viz SVANTESSON, D. The (uncertain) future of online data privacy. *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2015, roč. 9, č. 1, s. 130–131.

³⁶ Příkladem lze odkázat na vývoj právní úpravy ochrany osobních údajů v Pákistánu. Viz HAYAT, M. A. Privacy and Islam: From the Quran to data protection in Pakistan. *Information & Communications Technology Law*. 2007, roč. 16, č. 2. V současné době má nějakou formu zákonné ochrany osobních údajů přes 120 zemí na světě. Viz GREENLEAF, G. *Global Tables of Data Privacy Laws and Bills*. *Privacy Laws & Business International Report*. 2017, č. 145.

³⁷ U ochrany soukromí je prevence především nástrojem k omezení možné odpovědnosti. V případě ochrany osobních údajů existují prevenční povinnosti zcela nezávisle na možné odpovědnosti a uplatňují se i tam, kde žádný zásah do práv a tím pádem žádná odpovědnost reálně nehrozí. Srov. např. GELLERT, R. Understanding Data Protection as Risk Regulation. *Journal of Internet Law*. 2015, roč. 18, č. 11, s. 9 an.

v souladu s předem deklarovaným účelem a přitom zákonem předvídaným způsobem, je minimalizováno riziko zásahu do práv a zájmů člověka.

Na této zásadě stojí rovněž obecné nařízení o ochraně osobních údajů.³⁸ To mimo jiné přineslo i výslovné zakotvení principu odpovědnosti správce osobních údajů³⁹ spočívajícím v tom, že správce má přijmout přiměřená technická a organizační opatření, která budou odpovídat povaze možného rizika spojeného se zpracováním osobních údajů. Za stanovení konkrétní podoby regulačních povinností tedy v tomto případě odpovídá povinný subjekt. Tento formát regulace vychází především ze skutečnosti, že hodnota a související riziko zneužití určitého osobního údaje jsou určitelné pouze na základě konkrétního kontextu jeho zpracování.

Právě v tomto bodě do značné míry tkví podklad pro kritiku současného přístupu k regulaci zpracovávání osobních údajů pro nedostatečnou právní jistotu povinných subjektů (tedy správců). Přestože jsou přijímány různé návodné či doporučující pokyny a stanoviska ze strany dozorčích orgánů či sektorových organizací, není vzhledem k výše popsané podstatě osobních údajů v zásadě možné poskytnout jednotlivým povinným subjektům konkrétní kvantifikovatelné parametry, na jejichž základě si mohou ověřit soulad vlastního řešení se zákonnými povinnostmi.

Zatímco v případě povinných subjektů podléhajících regulaci kybernetické bezpečnosti jde veskrze o velké subjekty se značnými finančními i odbornými kapacitami, v případě správců osobních údajů jde často též o malé obce nebo jednotlivé živnostníky mající z pochopitelných důvodů jen minimální povědomí o všech možných aspektech bezpečnosti svých datových toků. Tato situace pak otevírá prostor k u nás často se vyskytující naivní nebo perverzní aplikaci příslušných performativních pravidel.⁴⁰

Nelze však z výše uvedeného dovodit závěr, že popsany regulační přístup k ochraně osobních údajů na základě performativních pravidel je koncepčně nevhodný. V dnešním arzenálu právotvůrce se nenabízí vhodná regulační alternativa, která by tohoto cíle dosahovala účelněji a efektivněji. Vyšší jednoznačnost pravidel předchází úpravy ochrany osobních údajů ve směrnici 95/46/ES, jejichž smysluplnost a vymahatelnost byla značně limitována, byla tedy nahrazena dočasným zvýšením právní nejistoty povinných subjektů, která však ve výsledku povede k větší racionalitě, užitečnosti a ekonomické a regulační efektivitě. Tato právní nejistota se nadto bude do budoucna s vysokou pravděpodobností postupně rozplývat v důsledku rozvoje různých performativních nástrojů, tj. vrchnostensky schválených kodexů, modelových smluvních ujednání nebo modelových podnikových pravidel. Za úspěšný bude pak možno model performativní regulace považovat tehdy, pokud budou mít tyto nástroje pro reálnou praxi povinných subjektů větší význam než rozhodovací praxe dozorových orgánů nebo soudní judikatura.

³⁸ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů), známé rovněž pod zkratkou GDPR z anglického *General Data Protection Regulation*.

³⁹ Viz čl. 24 obecného nařízení o ochraně osobních údajů.

⁴⁰ Jako příklad za všechny je možné uvést již klasickou anekdotickou historku, kdy byla ředitelce základní školy poskytnuta rada, aby přes nástěnku s osobními údaji umístila záclonku. Viz ENDRŠTOVÁ, M. Rodiče dostanou díky GDPR novou municí. Učitelé se budou bát udělat chybu. *iDnes*. 30. 3. 2018, [cit. 2018-09-13]. Dostupné z: <https://zpravy.idnes.cz/gdpr-narizeni-o-ochrane-osobnich-udaju-skoly-konference-udani-puy-domaci.aspx?c=A180326_153705_domaci_nub>.

5. Regulatorní model on-line řešení spotřebitelských sporů

On-line řešení sporů (ODR – *online dispute resolution*) představuje v obecné rovině alternativní formu procesu smírného nebo sporného řešení právně problémových situací. Netrpí nedostatky tradiční listinné nebo osobní komunikace vedoucími k nákladnosti, časově náročnosti a s nimi související frustraci nebo dokonce celkové praktické nedostupnosti příslušné smírné nebo sporné procedury.⁴¹ ODR zahrnuje tři dílčí aspekty: i) mechanismy pro řešení sporů (které jsou zpravidla mimosoudní), ii) využití moderních technologií k výměně dat mezi stranami sporu a iii) využití moderních technologií ke zpracovávání dat v rámci řešení daného sporu (ve smyslu softwarové asistence).⁴² K tomu může ještě přistupovat přímé zapojení definiční autority způsobilé zajistit efektivní výkon dohodnutého nebo stanoveného výsledku příslušného sporu. Takto vymezený soubor nástrojů pro řešení sporů již prokázal, že je schopný řešit určité typy sporů o právo vysoce efektivně.⁴³ V některých případech, typicky u přeshraničních spotřebitelských sporů malé hodnoty, lze dokonce konstatovat, že proces řešení sporů prostřednictvím ODR není reálnou alternativou soudního řízení, ale jde prakticky o alternativu jedinou – mimo jiné i proto, že ODR zpravidla provozuje subjekt způsobilý fakticky vykonat, respektive sankcionovat příslušné rozhodnutí.⁴⁴

Vhodným příkladem ODR je systém pro spory na aukční platformě eBay. Spory vznikající mezi uživateli, tj. prodávajícími a kupujícími, jsou na základě smluvních podmínek eBay (tj. zcela mimo zákonnou úpravu rozhodčího řízení či mediace) „rozhodovány“ prostřednictvím ODR platformy a výsledné rozhodnutí je realizováno za pomoci platební platformy PayPal.⁴⁵ Díky vysoké efektivitě a dostupnosti ODR je tímto způsobem uzavřeno přibližně 60 milionů sporů ročně, což je zhruba 80 % všech sporů vzniklých při obchodování na platformě eBay.⁴⁶

Systém ODR je v tomto případě *de facto* zcela nezávislý na národních právních úpravách dotčených států⁴⁷ a jeho provozování ze strany eBay tedy není důsledkem performativního pravidla. Systém však slouží stejnému účelu, který sleduje zákonná ochrana

⁴¹ Srov. CORTÉS, P. Online Dispute resolution for Consumers. In: WAHAB, M. A. – KATSH, E. – RAINEY, D. (eds). *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*. The Hague: Eleven International Publishing, 2012, s. 140.

⁴² K obecné definici ODR jako mechanismu pro řešení sporů využívajícího ICT technologií více viz KAUFMANN-KOHLER, G. – SCHULTZ, T. *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, s. 6 an.

⁴³ Viz KATSH, E. – RABOVICH-EINY, O. Lessons from Online Dispute Resolution for Dispute Systems Design. In: WAHAB, M. A. – KATSH, E. – RAINEY, D. (eds). *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, s. 56.

⁴⁴ Možnost, že by rozumně myslící český spotřebitel, který se cítí poškozen na svých právech z nákupu v čínském e-shopu v hodnotě 15 dolarů, investoval desetitisíce korun do soudního sporu a následného uznání a výkonu soudního rozhodnutí v Číně, je z pochopitelných důvodů zcela nepravděpodobná.

⁴⁵ Vedle transferu peněz je významným sankčním nástrojem též hodnocení obchodníka nebo zákazníka, tj. takzvané hvězdičky. I tuto hodnotu přitom plně kontroluje provozovatel platformy.

⁴⁶ Srov. SUSSKIND, R. *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 70.

⁴⁷ Namísto národní právní úpravy rozhodčího řízení nebo mediace se v tomto případě uplatní pouze obecné limity soukromého práva vztahující se k autonomii vůle kontrahentů (zde prodávajícího, kupujícího a zprostředkovatele). K tomu navíc přistupuje omezení odpovědnosti provozovatele platformy jakožto poskytovatele služby informační společnosti – k tomu srov. případ C-324/09 *L'Oréal SA a další proti eBay International AG a další* – a shora rozebraná skutečnost, že zhrzený uživatel (prodávající nebo kupující) zřejmě kvůli pár desítkám eur nebude žalovat eBay. Šance, že by se tento typ ODR reálně dostal pod sankci státního práva, je tedy minimální.

spotřebitele, a tento účel se mu v mnoha směrech daří naplňovat nesrovnatelně efektivněji (kdyby tomu tak nebylo, volili by zřejmě zákazníci jinou formu ochrany svých práv).⁴⁸

Jednou z výhod systému eBay je vedle jeho technické a ekonomické efektivity též vysoce účinná implementace nástrojů chytré regulace. Systém totiž disponuje kompletními daty o předchozích transakcích a z nich vzniklých sporech, které následně využívá při automatizované asistenci s rozhodováním nových sporů. Úvodní fázi řešení sporu tak je vzájemné jednání stran za asistence automatu užívajícího agregovaná data z obdobných transakcí. Díky kvalitě procesního nástroje a asistenčního automatu je přitom tímto způsobem urovnáno celých 90 % z celkového počtu řešených sporů.⁴⁹

Tahounem vývoje ODR jsou od počátku nestátní on-line definiční autority, nejčastěji platformy.⁵⁰ Příslušná řešení tedy vznikají z praktické potřeby a ekonomických motivů.⁵¹ To ale neznamená, že by státní moc na regulaci a využití tohoto způsobu řešení sporů měla zcela rezignovat. Dosavadní snaha o nastavení rámce ODR skrze soubor performativních pravidel však v této oblasti prozatím v zásadě ztroskotává zejména kvůli tomu, že nebyla právotvůrcem pochopena podstata a výhody ODR a daná pravidla tudíž nebyla vhodně nastavena.

Příkladem takové nevhodné úpravy je unijní právní režim pro řešení spotřebitelských sporů on-line.⁵² Přestože jeho hlavním cílem byla snaha poskytnout spotřebiteli jednoduchý a efektivní nástroj schopný nabídnout řešení sporů vyplývajících především z elektronického obchodování, úprava je roztržštěná, komplikovaná a zavádí další paralelní řízení, které je zejména pro spotřebitele matoucí. ODR platforma, která slouží pro podání stížnosti spotřebitele proti obchodníkovi, pouze bez přidání hodnoty zprostředkovává výměnu informací mezi stranami a samotný spor je pak až následně řešen na národní úrovni v dalším procesu skrze standardní mechanismy mimosoudního řešení sporů podle práva příslušného členského státu. ODR platforma tedy v tomto případě působí jen jako lepší e-mailová aplikace a fakticky ani neplní funkci ODR, neboť v jejím rámci vůbec nedochází k samotnému řešení či rozhodnutí věci.

Performativní pravidla této unijní úpravy tak sice nastavila obecné parametry pro řešení spotřebitelských sporů skrze ODR mechanismy, svým přístupem však popřela základní předpoklady pro reálně funkční ODR systém.⁵³ Celý systém byl již od počátku nevhodně nastaven i proto, že není propojen s definičními autoritami, které by zajistily efektivní vymahatelnost daných řešení sporů skrze bezprostředně použitelné donucovací mechanismy. Důsledkem je, že fakticky dochází k úspěšnému vyřešení sporu v rámci této evrop-

⁴⁸ Srov. RULE, C. Quantifying the Economic Benefits of Effective Redress: Large E-Commerce Data Sets and the Cost-Benefit Case for Investing In Dispute Resolution. *University of Arkansas at Little Rock Law Review*. 2012, roč. 24, č. 4, s. 772 an.

⁴⁹ Viz SCHMITZ, A. – RULE, C. *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*. Chicago: American Bar Association, 2017, s. 53.

⁵⁰ Srov. KATSH, E. ODR: A Look at History – A Few Thoughts About the Present and Some Speculation About the Future. In: WAHAB, M. A. – KATSH, E. – RAINEY, D. *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, s. 10 an.

⁵¹ Jedná se o tzv. *bottom-up* přístup. K tomu více viz LESSIG, L. *Code version 2.0*. New York: Basic Books, 2006, s. 3 a 6.

⁵² Právní úprava je zakotvena na základě směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/11/EU ze dne 21. května 2013 o alternativním řešení spotřebitelských sporů a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES (směrnice o alternativním řešení spotřebitelských sporů) a nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 524/2013 ze dne 21. května 2013 o řešení spotřebitelských sporů on-line a o změně nařízení (ES) č. 2006/2004 a směrnice 2009/22/ES (nařízení o řešení spotřebitelských sporů on-line).

⁵³ Konkrétní požadavky jsou zprostředkovatě upraveny například v čl. 5 an. směrnice o alternativním řešení spotřebitelských sporů.

ské ODR platformy v méně než 1 % zahájených řízení (nemluvě o nechuti spotřebitelů toto řízení vůbec zahajovat).⁵⁴

Závěr

Předmětem tohoto textu byla analýza nových forem fungování mechanismu právní regulace, s nimiž se setkáváme v důsledku rozvoje informačních technologií. Všimli jsme si v tomto směru především regulatorní metody používající performativních a chytrých pravidel. Z konkrétních forem aplikace obou typů pravidel jsme se zaměřili na případové studie z oboru kybernetické bezpečnosti, ochrany osobních údajů a on-line řešení spotřebitelských sporů.

Shora rozebrané příklady předně ukazují, že volba regulatorní metody pomáhá výsledné efektivitě právní úpravy. Její úspěšná aplikace je však v každém případě podmíněna materiální korespondencí zvoleného regulatorního mechanismu s obsahem a subjektivní orientací příslušných pravidel. Primárním adresátem performativního či chytrého pravidla tedy má být definiční autorita a integrální jeho komponentou má být prostor pro realizaci její autonomní vůle. Adresát performativního či chytrého pravidla tedy má dostat prostor k autonomní interní normotvorbě (u performativního pravidla) a/nebo k autonomní volbě nástroje a postupu pro shromažďování dat z cílového substrátu (u chytrých pravidel). Pouze za takového předpokladu může model performativního či chytrého pravidla ve výsledku fungovat a využívat všech možných výhod, které tato regulatorní technika nabízí.

Z výše provedeného výkladu nepřímo vyplývají i další obecné závěry týkající se aktuálních směrů v právní regulaci informační společnosti. Evidentní je především trend rostoucí a státem tolerované, nebo dokonce podporované relativně autonomní normotvorné aktivity soukromoprávních subjektů. Ve shora zmíněných odvětvích i v dalších oborech práva informačních technologií se tak v rostoucí míře setkáváme s penetrací „otevřené textury platného práva“⁵⁵ normami majícími soukromý původ. Dokonce existují obory, v nichž se praktikující právník s pozitivním právem státního původu setká jen minimálně nebo zcela vůbec.⁵⁶

Důsledkem právě popsaných jevů je, opět nejen ve shora sledovaných odvětvích, změna celkové orientace mechanismu právní regulace z odpovědnosti k tomu, co lze označit *a priori* souladností, prevencí nebo nejlépe anglickým termínem nemajícím odpovídající český ekvivalent, tj. *compliance*. Původně právní agenda, jejímž ultimativním motivem bývala odpovědnost povinného subjektu, se tedy postupně mění na agendu organizační směřující k *a priori* naplňování různých standardů. Oproti standardní prevenci se přitom *compliance* liší jednak v tom, že příslušné povinnosti jsou přímo a konkrétně upraveny,

⁵⁴ Srov. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the European Online Dispute Resolution platform established under Regulation (EU) No 524/2013 on online dispute resolution for consumer disputes*. 2017, č. ref. COM(2017) 744 final, [cit. 2018-09-13], s. 7. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/first_report_on_the_functioning_of_the_odr_platform.pdf>.

⁵⁵ Pojem otevřené textury používá ve svém díle Herbert Hart. Označuje jím situaci, kdy je formálně určitý systém pozitivního práva tvořený jazykovými výrazy obsahově doplňován z vnějších zdrojů – srov. HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, s. 123.

⁵⁶ Příkladem je právo doménových jmen, kde má podstatná část reálně používaného právního rámce (typicky úprava registrace a užívání doménových jmen s generickými doménami první úrovně) charakter *soft law* tvořeného tzv. doménovými autoritami. Podrobněji viz HOSTAŠ, P. Doménová jména. In: POLČÁK, R. a kol. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer, s. 273.

a jednak v tom, že jejich existence je absolutně nezávislá na potenciálních odpovědnostních následcích. Povinnosti ke *compliance* je tedy nutno plnit i v případech, kdy žádná odpovědnost reálně nehrozí.

V právu samozřejmě nejde o nic nového. Na modelu *compliance* tradičně stojí například protipožární ochrana, úprava provozu různých dopravních prostředků nebo bezpečnost práce. Determinace společenských vztahů složitými technologiemi a jiné shora popsané důsledky virtualizace tedy jen vytvářejí přirozený tlak na to, aby byl podobný model zaveden též v dalších odvětvích, jakými jsou například ochrana osobních údajů nebo kybernetická bezpečnost.

Tento posun s sebou nese i řadu více či méně problematických doprovodných jevů. Tlak na ekonomickou efektivitu vede mimo jiné k tomu, že především soukromoprávní korporace nahrazují v těchto regulačních agendách právníky lacinějšími a tvárnějšími specialisty bez právního vzdělání. Způsobilství řady *compliance* procesů k formalizaci a typizaci motivuje rovněž povinné subjekty k investicím do automatizovaných řešení zahrnujících například autonomní filtry, detektory incidentů, kontrolní systémy nebo autonomní generátory oficiální komunikace (typicky hlášení o zjištěných incidentech). Tyto subsidiární efekty paradigmatických změn popsaných v textu výše však již dalece přesahují rozsah tohoto stručného pojednání.

INFORMACE

Právo a technologie (Informace o výzkumu práva informačních technologií na Právnické fakultě Masarykovy univerzity)

Matěj Myška*

Abstrakt: Informace představuje Ústav práva a technologií, který vznikl v roce 2010 jako první a dosud jediný specializovaný akademický pracoviště zaměřené zejména na právo informačních a komunikačních technologií a další technologické obory práva. Pozornost je zaměřena na oblasti, na něž je v rámci Ústavu soustředována vědecko-výzkumná činnost, jakož i dosažené výsledky. Dále je představena pedagogická činnost Ústavu v této oblasti, dosažené vnitrostátní a mezinárodní spolupráce, významné uspořádané akce a konference, jakož i budoucí směřování a strategické cílové oblasti výzkumu v rámci tohoto pracoviště.

Klíčová slova: právo, technologie, právo informačních technologií, výzkum, výuka, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Ústav práva a technologií

1. Historie výzkumu práva a technologií na Právnické fakultě MU

V porevoluční¹ historii Právnické fakulty MU se právní informatice a „počítačovému právu“² věnovala nejprve Danuše Spáčilová od roku 1994 v předmětech *Informační právo a informační systémy* a později *Informační právní systémy*. Potřebné zázemí poskytovala výuce již v roce 1991 otevřená počítačová studovna na Právnické fakultě se „7 ks personálních počítačů AT/286, textovým editorem a právními databázemi CSLEGSYS, ASPI a JURISYS-JUDIKATURA“.³ Od podzimu 1998 se výuka této materie postupně transformovala do tří předmětů (*Právní informatika I–III*).⁴ Povinně volitelný předmět *Právní informatika I* seznamoval studenty obecně s výpočetní technikou. Povinný předmět *Právní informatika II* se věnoval právním informačním systémům a vyhledávání právních informací v nich. Konečně předmět *Právní informatika III* nabízený studentům vyšších ročníků jako povinně volitelný předmět již adresoval základní otázky práva ICT, jako např. autorské právo v digitálním prostředí, právo doménových jmen, kyberkriminalitu a další.

* JUDr. Matěj Myška, Ph.D., odborný asistent a zástupce vedoucího na Ústavu práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: matej.myska@mail.muni.cz.

¹ Historický přehled tuzemského vývoje právní informatiky a informační teorie práva podává např. POLČÁK, R. *Informační teorie práva*. In: BOBEK, M. – MOLEK, P. – ŠIMÍČEK, V. (eds). *Komunistické právo v Československu: kapitoly z dějin bezpráví*. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2009, s. 167–178. Historii právního výzkumu v této oblasti a „otci zakladateli“ právní informatiky se věnuje i CVRČEK, F. V. Knapp a 50 let právní informatiky v ČR. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 12, s. 1219–1230 a POLČÁK, R. Pět tichých minut za Viktorem Knappem. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 12, s. 1231–1244.

² Aktuálně se pro tuto oblast používá pojem „právo informačních a komunikačních technologií“ – dále v textu používáme zkratku „právo ICT“.

³ PIŠTĚLÁKOVÁ, Z. *Právníci a počítače. Zpravodaj ÚVT MU*. 1992, roč. II, č. 2, s. 10.

⁴ SPÁČILOVÁ, D. *Informační technologie a výuka práva. Časopis pro právní vědu a praxi* [online]. 1998, č. 4, s. 746–747 [cit. 2018-09-12]. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/9083>>.

Systematický rozvoj výzkumu práva ICT na Právnické fakultě MU započal v roce 2003, kdy nastoupil na katedru teorie práva na pozici asistenta Radim Polčák. Postupem času se z jeho iniciativy začala realizovat stále širší škála vědecko-výzkumných a pedagogických aktivit. Z těch nejvýznamnějších⁵ lze zmínit např. vydávání prvního odborného časopisu věnujícího se právu a technologiím *Masaryk University Journal of Law and Technology* (od roku 2007),⁶ organizaci každoroční mezinárodní konference *Cyberspace* (od roku 2003) a výuku specializovaných magisterských kurzů (od akademického roku 2004).⁷ Formálně probíhaly tyto aktivity od roku 2005 pod hlavičkou Pracovní skupiny pro právo a informační technologie.⁸ Tato se aktivně zapojovala i do mezinárodních vědeckých sítí či je sama vytvářela. Nejznámější iniciativou byla a je spolupráce s *Wirtschaftsuniversität Wien*⁹ (prof. Andreas Wiebe) a *Pécsi Tudományegyetem* (prof. Zsolt Balogh)¹⁰ v rámci tzv. *Vienna Group*. V tomto neformálním uskupení postupně participovaly i další zahraniční univerzity¹¹ a v roce 2011 byla tato aktivita institucionalizována vytvořením *European Academy of Law and ICT*.¹² Potřeba dále rozšířit vzdělávání v tomto specifickém oboru, a to i v bakalářském stupni, byla adresována v rámci řešení projektu *Rozšíření a inovace vysokoškolského vzdělávání v odvětví práva a technologií*.¹³ Novou výuku a související činnosti bylo potřeba i adekvátně personálně zajistit, a tak od 1. 6. 2009 nastoupili na katedru právní teorie dva noví asistenti – Jaromír Šavelka a Libor Kyncl. Jednou z prvních akcí uspořádaných v rámci řešení projektu byla národní konference *1. dny českého práva informačních a komunikačních technologií*, později přejmenována na *České právo a informační technologie*.¹⁴

Od roku 2010 zahájil činnost Ústav práva a technologií (dále jen „ÚPT“)¹⁵ jakožto jediné specializované akademické pracoviště zaměřené na právo informačních a komunikačních technologií a další technologické obory práva.¹⁶ Adekvátně vyššímu počtu pracovníků se rozšířil i záběr jeho aktivit, řešených projektů a vyučovaných předmětů. Od 1. 11. 2010 začal ÚPT vydávat první národní specializovaný časopis *Revue pro právo a technologie*,¹⁷ který byl od počátku zpřístupňován v režimu *Open Access*. Časopis je veden na Seznamu recenzovaných neimpaktovaných periodik vydávaných v České republice a v databázi ERIH Plus.

⁵ Detailněji se jednotlivým aktivitám věnují další části této informace.

⁶ Více informací o časopise, jakož i archiv všech čísel, jsou dostupné z: <<https://journals.muni.cz/mujlt/>>. Časopis je dostupný v režimu *Open Access* a indexován v databázích SCOPUS, ERIH Plus, EBSCO a HeinOnline.

⁷ Personálně se na jejich výuce podílel kromě Danuše Spáčilové a Radima Polčáka i Martin Škop a Adam Ptašník, který dodnes učí na Právnické fakultě specializovaný předmět *Právnické výpočty*.

⁸ Dále jen „Pracovní skupina“.

⁹ Prof. Wiebe později začal působit na Georg-August-Universität Göttingen.

¹⁰ Prof. Balogh později začal působit na Budapešti Corvinus Egyetem.

¹¹ Univerzita Komenského v Bratislavě, Uniwersytet Wrocławski, Trnavská univerzita v Trnavě.

¹² Informace dostupné z: <www.lawandict.eu>.

¹³ Rozšíření a inovace vysokoškolského vzdělávání v odvětví práva a technologií (CZ.1.07/2.2.00/07.0471). Projekty zmiňované v této informaci jsou identifikovány pomocí kódu projektu užívaném na MU. Detailní informace o jednotlivých projektech, jako např. poskytovatele podpory, lze nalézt na stránkách MU po zadání kódu projektu do vyhledávání (<www.muni.cz/vyhledavani>).

¹⁴ Další informace a archiv konference jsou dostupné na jejich webových stránkách <www.cpit.law.muni.cz>.

¹⁵ Detailní přehled aktivit podává webová stránka ústavu <www.cyber.law.muni.cz>.

¹⁶ Tým pracovníků ÚPT od 1. 1. 2010 doplnil ještě Matěj Myška, který působí na ÚPT dodnes. V průběhu dalších let docházelo na ÚPT k přirozeným personálním změnám. Jaromír Šavelka a Libor Kyncl postupně přestali na ÚPT působit. Jaromír Šavelka od roku 2013 působí jako doktorský student na University of Pittsburgh, Intelligent Systems Program. Tým ÚPT v roce 2013 rozšířil Jakub Harašta a v roce 2017 Jakub Mišek. Jako odborní pracovníci působí na MU dlouhodobě Michal Košík a Václav Stupka. Danuše Spáčilová odešla do důchodu v roce 2018.

¹⁷ Další informace a archiv časopisu je dostupný na jeho webových stránkách <www.revue.law.muni.cz>.

Mezi další významné milníky ÚPT patří otevření doktorského studijního oboru *Právo informačních a komunikačních technologií* vyučovaném v prezenční i kombinované formě, do nějž nastoupili první studenti v roce 2013.¹⁸ Poptávku po specializovaném postgraduálním vzdělávání v oboru s velkým úspěchem mezi komerční praxí naplňuje od roku 2017 program *LL.M. v právu informačních a komunikačních technologií*.¹⁹ Konečně, aktuálně se v rámci řešení projektu *Transitional Jurisprudence*²⁰ připravuje na ÚPT doktorský studijní obor *Intellectual Property Law*, který bude vyučován v angličtině.

2. Vědecko-výzkumná a pedagogická činnost

Vědecko-výzkumnou a pedagogickou činnost ÚPT lze velmi zjednodušeně rozdělit na čtyři oblasti: právní informatiku, teorii práva ICT, soukromé právo ICT a veřejné právo ICT. Publikační a výuková činnost v těchto oblastech je pak realizována jednak kmenovými pracovníky ÚPT, jednak doktorskými studenty.²¹ Těmto oblastem pak odpovídají i vyučované bakalářské a magisterské předměty.

Jak bylo uvedeno v úvodu této informace, byla tato oblast historicky první, která se na půdě Právnické fakulty MU vyučovala. Na ÚPT se jí kromě Radima Polčáka odborně věnovala zejména Danuše Spáčilová, Adam Ptašník a Jaromír Šavelka. V současné době se na tuto oblast zaměřuje Jakub Harašta. Z publikací v této oblasti je, kromě specializovaných odborných textů,²² nutno zmínit historicky první oborovou učebnici,²³ která se kromě samotné teorie věnovala zejména dostupným právním informačním systémům a sloužila jako základní výuková pomůcka v povinném magisterském a bakalářském předmětu *Právní informatika* a dalších specializovaných předmětech. Aktuálně se této oblasti ÚPT věnuje v rámci řešení projektu *Exaktní hodnocení aplikační relevance judikatury*, který podpořila Grantová agentura ČR.²⁴

¹⁸ Obor je dostupný i v angličtině – detailní informace o oboru jsou dostupné z: <<https://is.muni.cz/obory/19344>>.

¹⁹ Více informací dostupných z: <<http://llm.law.muni.cz/content/cs/o-programech/llm-v-pravu-informacnich-a-komunikacnich-technologii/o-programu/>>.

²⁰ *Transitional Jurisprudence* (CZ.02.2.69/0.0/0.0/16_018/0002597).

²¹ Před akreditací výše zmíněného oboru *Právo informačních a komunikačních technologií* se jednotlivým otázkám práva ICT věnovali doktoři studenti oboru Teorie práva – Tomáš Ščerba (téma dizertační práce *Právně teoretické aspekty elektronické kontraktace*), Michal Koščík (téma dizertační práce *Pojem a obsah právních úkonů na internetu*) a Eva Fialová (téma práce *RFID a ochrana soukromí*).

²² Zmínit lze např.: PTAŠNÍK, A. *Automatizované zpracování právních textů*. Ostrava: KEY Publishing, 2007; ARASZKIEWICZ, M. – ŠAVELKA, J. *Refined Coherence as Constraint Satisfaction Framework for Representing Judicial Reasoning*. In: SCHÄFER, B. *Legal Knowledge and Information Systems*. Amsterdam: IOS Press, 2012, s. 1–10; HARAŠTA, J. – MÍŠEK, J. – HANYCH, M. – LOUTOCKÝ, P. – MALANÍK, M. – ŠAVELKA, J. – ŠTĚPÁNKOVÁ, M. – MYŠKA, M. *Rozměry citací v právu a anotační konvence*. *Revue pro právo a technologie*. 2017, roč. 8, č. 15, s. 51–73, doi:10.5817/RPT2017-1-4; HANYCH, M. – HARAŠTA, J. *Sběrné odkazy k judikatuře a využití citační analýzy ke zvýšení transparentnosti rozhodování*. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 7, s. 619–634; HARAŠTA, J. – ŠAVELKA, J. *Open Texture in Law, Legal Certainty and Logical Analysis of Natural Language*. In: ARASZKIEWICZ, M. – PLESZKA, K. *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*. Berlin – Heidelberg – New York: Springer International Publishing, 2015, s. 159–171, doi:10.1007/978-3-319-19575-9; HARAŠTA, J. – ŠAVELKA, J. *Toward Linking Heterogenous References in Czech Court Decisions to Content*. In: WYNER, A. – CASINI, G. *Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*. Vol. 302 (*Proceedings of JURIX 2017*). Amsterdam – Berlin – Washington, DC: IOS Press, 2017, s. 177–182, doi:10.3233/978-1-61499-838-9-177; HARAŠTA, J. – ŠAVELKA, J. – KASL, F. – KOTKOVÁ, A. – LOUTOCKÝ, P. – MÍŠEK, J. – PROCHÁZKOVÁ, D. – PULLMANNOVÁ, H. – SEMENÍŠIN, P. – ŠEJNOVÁ, T. – ŠIMKOVÁ, N. – VOSINEK, M. – ZAVADILOVÁ, L. – ZIBNER, J. *Annotated Corpus of Czech Case Law for Reference Recognition Tasks*. In: SOJKA, P. – HORÁK, A. – KOPEČEK, I. – PALA, K. *Text, Speech, and Dialogue: 21st International Conference, TSD 2018, Brno, Czech Republic, September 11–14, 2018, Proceedings*. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018, s. 239–250, doi:10.1007/978-3-030-00794-2_26.

²³ ŠAVELKA, J. – MYŠKA, M. – PTAŠNÍK, A. – SPÁČILOVÁ, D. *Právní informační systémy*. Brno: Tribun EU, 2011.

²⁴ *Exaktní hodnocení aplikační relevance judikatury* (GA17-20645S).

Teorie a metoda práva ICT je primární doménou vedoucího ÚPT Radima Polčáka, který ve svých publikacích detailně rozpracoval tzv. „informační teorii práva“.²⁵ Radim Polčák je též vedoucím autorem základních učebních pomůcek v oboru.²⁶ Studenti magisterského programu *Právo a právní věda* se mohou s touto problematikou seznámit v povinné volitelném předmětu *Normativní systémy v kyberprostoru*, který je na Právnické fakultě MU vyučován od podzimu roku 2004.

Soukromé právo informačních a komunikačních technologií je možno na ÚPT studovat od podzimu roku 2006 ve stejně nazvaném magisterském předmětu a dalších specializovaných předmětech, z nichž některé jsou vyučovány i v anglickém jazyce, a jsou tak dostupné též zahraničním studentům.²⁷ Mezi témata, která jsou v rámci této oblasti řešena, patří ochrana soukromí, práva k datům a software, duševní vlastnictví, doménová jména, odpovědnost poskytovatelů služeb informační společnosti. Na tuto oblast se zaměřují zejména Matěj Myška²⁸ a ze současných doktorandů Pavel Loutocký,²⁹ Jan Tomíšek,³⁰ Jan Zibner³¹ a Dominika Galajdová. Z publikací pracovníků a doktorandů ÚPT,³² kteří se této oblasti věnují, lze zmínit např. monografii Matěje Myšky *Veřejné licence*, věnující se alternativním licenčním modelům, která je výstupem projektu podpořeného Grantovou agenturou ČR.³³ Stejný poskytovatel podpory podpořil i další výzkumný projekt ÚPT, který se věnoval právnímu rámci sběru, zpracování, uchovávání a užívání výzkumných dat.³⁴ Mezi další významné projekty řešené v této oblasti, kde participoval ÚPT v konsorciu, patřil projekt 7. rámcového programu CONSENT.³⁵ Ten se zabýval problematikou souhlasu uživatelů se zpracováním osobních údajů. Právní aspekty využívání informací veřejného sektoru pak byly řešeny v rámci tematické sítě LAPSI a LAPSI 2.0.³⁶ Aktuálně se této oblasti ÚPT věnuje v projektu podpořeném Grantovou agenturou ČR, který se zabývá limity autorskoprávní a *sui generis* ochrany v digitálním prostředí.³⁷

Oblast veřejného práva informačních a komunikačních technologií pokrývá tematicky mj. ochranu osobních údajů, kyberkriminalitu, kybernetickou bezpečnost, právo elektro-

²⁵ POLČÁK, R. – SVANTESSON, D. J. B. *Information sovereignty: data privacy, sovereign powers and the rule of law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012. POLČÁK, R. *Právo a evropská informační společnost*. Brno: Masarykova univerzita, 2009. Dostupné také z: <<http://science.law.muni.cz/dokumenty/22675>>.

²⁶ V češtině se jedná o POLČÁK, R. – ŠKOP, M. – MACEK, J. *Normativní systémy v kyberprostoru: (úvod do studia)*. Brno: Masarykova univerzita, 2005; v angličtině o POLČÁK, R. (ed.) *Introduction to ICT law (selected issues)*. Brno: Masarykova univerzita, 2007.

²⁷ Jedná se např. o předmět „Software Law“. Pro zahraniční studenty je pak speciálně určen předmět „Introduction to Cyber Law“.

²⁸ Např. MYŠKA, M. Jednotné autorské právo Evropské unie: utopie nebo budoucnost? *Právník*. 2017, roč. 156, č. 8, s. 672–685.

²⁹ Např. LOUTOCKÝ, P. Mimosoudní řešení spotřebitelských sporů online v právu EU a jeho dopady na českou právní úpravu. *Revue pro právo a technologie*. 2017, roč. 8, č. 15, s. 261–309.

³⁰ Např. TOMÍŠEK, J. Licence při poskytování software jako služby. *Revue pro právo a technologie*. 2014, roč. 2014, č. 10, s. 47–69.

³¹ Např. ZIBNER, J. Originalita v pojetí práva Evropské unie. *Revue pro právo a technologie*. 2017, roč. 8, č. 15, s. 217–260, doi:10.5817/RPT2017-1-8.

³² Z dalších lze např. zmínit: POLČÁK, R. – ČERMÁK, J. – LOEBL, Z. – GRIVNA, T. – MATEJKA, J. – PETR, M. – SCHLOSSBERGER, O. *Cyber law in the Czech Republic*. Second edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

³³ MYŠKA, M. *Veřejné licence*. Brno: Masarykova univerzita, 2014. Publikace vznikla v rámci projektu *Projekt integrace veřejných licencí* (GA408/12/2210). V rámci řešení projektu se MU stala tzv. *Legal Lead* nejznámějších veřejných licencí *Creative Commons*.

³⁴ Projekt *Právní rámec sběru, zpracování, uchovávání a užívání výzkumných dat* (GA15-20763S). Z výstupů projektů lze zmínit monografii KOŠČÍK, M. – POLČÁK, R. – MYŠKA, M. – HARAŠTA, J. *Výzkumná data a výzkumné databáze. Právní rámec zpracování a sdílení vědeckých poznatků*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018.

³⁵ *Consumer sentiment regarding privacy on user generated content (UGC) services in the digital economy – CONSENT* (244643). Informace o projektu a jeho výstupech jsou dostupné z: <https://cordis.europa.eu/project/rcn/94079_en.html>.

³⁶ Informace o projektech a výstupech dostupné z: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/legal-aspects-public-sector-information-lapsi-thematic-network-outputs>>.

³⁷ *Příspěvek k výjimce a omezení autorského práva, práv souvisejících a zvláštních práv pořizovatele databáze prostředí digitálních sítí* (GA17-22474S).

nických komunikací, e-government či energetické právo. Odborně se této oblasti, kromě Radima Polčáka, věnují zejména Jakub Harašta,³⁸ Jakub Míšek³⁹ a ze současných doktorandů František Kasl.⁴⁰ Tato témata jsou pak vyučována i v povinně volitelném magisterském kurzu *Právo informačních a komunikačních technologií – veřejné*, respektive bakalářském kurzu *Úvod do práva ICT II*. Z významných publikací lze zmínit monografii věnující se komplexně kybernetické bezpečnosti,⁴¹ data retention,⁴² úpravě odposlechů elektronických komunikací,⁴³ kyberkriminalitě,⁴⁴ jakož i odborné monografické zpracování problematiky elektronických důkazů v trestním řízení.⁴⁵ Z významných výzkumných projektů, které se zabývaly zejména problematikou sledování osob a ochrany soukromí / osobních údajů je nutno zmínit projekty 7. rámcového programu SMART⁴⁶ a RESPECT.⁴⁷ Aktuálně se problematice ochrany osobních údajů v soudnictví věnuje projekt INFORM, na němž participují mj. i instituce z *European Academy of Law and ICT*.⁴⁸

Komplexně se tématům soukromého a veřejného práva ICT věnuje prozatím poslední odborná monografie zpracovaná pracovníky a doktorandy ÚPT, jakož i experty z praxe, s názvem *Právo informačních technologií*, která by měla mj. sloužit jako základní učebnice oboru.⁴⁹

Pro potřeby výuky, ale i odborné veřejnosti, provozuje ÚPT také aktualizovanou databázi tematické judikatury v *Repozitáři judikatury práva informačních a komunikačních technologií*.⁵⁰ Na vytváření jeho obsahu se podílejí magisterští studenti výše uvedených specializovaných kurzů *Právo informačních a komunikačních technologií – soukromé* a *Právo informačních a komunikačních technologií – veřejné* pod metodickým vedením doktorandů ÚPT.

3. Vnitrostátní a mezinárodní spolupráce

Z důvodu značné míry internacionalizace a europeizace práva ICT se Pracovní skupina, respektive ÚPT, od samého počátku intenzivně zapojovala do mezinárodních vědecko-výzkumných sítí. Systematická spolupráce byla navazována se zahraničními pracovišti

³⁸ Např. HARAŠTA, J. Legally Critical: Defining Critical Infrastructure in an Interconnected World. *International Journal of Critical Infrastructure Protection*. 2018, Vol. 21, June 2018, s. 47–56, doi:10.1016/j.ijcip.2018.05.007.

³⁹ Např. MÍŠEK, J. Is the Definition of Personal Data Flawed? Hyperlink as Personal Data (Processing). In: SVANTESSON, D. – KLOZA, D. *Trans-Atlantic Data Privacy Relations as a Challenge for Democracy*. Cambridge: Intersentia, 2017, s. 331–346.

⁴⁰ Např. KASL, F. Internet věci a ochrana dat v evropském kontextu. *Revue pro právo a technologie*. 2016, roč. 7, č. 13, s. 111–146.

⁴¹ POLČÁK, R. – HARAŠTA, J. – STUPKA, V. *Právní problémy kybernetické bezpečnosti*. Brno: Masarykova univerzita, 2016. Dostupné také z: <https://science.law.muni.cz/knihy/monografie/Polcak_Kyberneticka_bezpecnost.pdf>.

⁴² MYŠKA, M. *Právní aspekty uchovávání provozních a lokalizačních údajů*. Brno: Masarykova univerzita, 2013. Dostupné také z: <http://science.law.muni.cz/knihy/monografie/Pravni_aspekty_Myska.pdf>.

⁴³ POLČÁK, R. – MÍŠEK, J. – LOUTOCKÝ, P. – HARAŠTA, J. – STUPKA, V. – ABELOVSKÝ, T. Access to Telecommunication Data in Criminal Justice in Czech Republic and Slovakia. In: SIEBER, U. – VON ZUR MÜHLEN, N (eds). *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016, s. 247–435.

⁴⁴ GRÍVNA, T. – POLČÁK, R. (eds). *Kyberkriminalita a právo*. Praha: Auditorium, 2008.

⁴⁵ POLČÁK, R. – PŮRY, F. – HARAŠTA, J. – ABELOVSKÝ, T. – KLEMENT, P. – MYŠKA, M. – STUPKA, V. – PEJČOCHOVÁ, A. – ELBERT, T. *Elektronické důkazy v trestním řízení*. Brno: Masarykova univerzita, 2015. Dostupné z: <https://science.law.muni.cz/knihy/monografie/Polcak_Elektronicke_dukazy.pdf>.

⁴⁶ *Scalable Measures for Automated Recognition Technologies – SMART (7E12072)*. Informace o projektu a jeho výstupech jsou dostupné z: <https://cordis.europa.eu/project/rcn/99234_en.html>.

⁴⁷ *RESPECT – Rules, Expectations & Security through Privacy-Enhanced Convenient Technologies (285582)*. Informace o projektu a jeho výstupech jsou dostupné z: <https://cordis.europa.eu/project/rcn/104278_en.html>.

⁴⁸ *INFORM – European Academy of ICT law (763866)*.

⁴⁹ POLČÁK, R. a kol. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018.

⁵⁰ Repozitář je dostupný z: <www.ictdjudikatura.law.muni.cz>. Tato aktivita byla podpořena z projektu FRMU MUNI/FR/0939/2016.

v rámci *Vienna Group* a následně *European Academy of Law and ICT*, jakož i při řešení jednotlivých vědeckých projektů.⁵¹ K rozvoji partnerské sítě⁵² významně přispěl i projekt *Rozšíření a inovace vysokoškolského vzdělávání v odvětví práva a technologií*⁵³ a zejména *Právo do praxe, praxe do práva*,⁵⁴ v němž vyjádřili ochotu spolupracovat jak akademické instituce, tak subjekty z právní praxe.⁵⁵

Zaměstnanci ÚPT též spolupracují se zahraničními akademickými institucemi, a to jak ve formě účasti na výzkumu,⁵⁶ tak jako přednášející.⁵⁷

ÚPT se významně profiluje i v oblasti kybernetické bezpečnosti, kdy garantuje výzkumný pilíř *Právo v Centru excelence pro kyberkriminalitu, kyberbezpečnost a ochranu kritických informačních infrastruktur*.⁵⁸ Výzkum se zaměřuje na otázky právní regulace kybernetické bezpečnosti, kriminality a obrany na národní a mezinárodní úrovni. Pracovníci ÚPT též participovali jako právní experti na mezinárodním cvičení kybernetické bezpečnosti *Cyber Coalition 2017, Locked Shields 2018* a národním cvičení *CyberCzech*.

Pracovníci ÚPT též působí v rámci Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) jako pozorovatelé v pracovních skupinách. V oblasti práva ICT též působí pracovníci jako národní zpravodajci.⁵⁹ Radim Polčák stál při zrodu *European Law Institute*⁶⁰ a působí v relevantních projektech této instituce, jakož i tzv. *Special Interest Groups*. Matěj Myška koordinuje s Martinem Husovcem v téže instituci *Special Interest Group Intellectual Property*.

ÚPT úspěšně spolupracoval a spolupracuje s tuzemskými institucemi a společnostmi ve formě poskytování expertních konzultací a stanovisek.⁶¹ Významným počinem je v této oblasti práce Radima Polčáka na věcném záměru zákona o kybernetické bezpečnosti.

Z hlediska pedagogického působení pracovníků ÚPT lze zmínit úspěšnou spolupráci s Vysokým učením technickým v Brně, kde zajišťují výuku specializovaných předmětů v rámci bakalářského studijního programu *Informační bezpečnost*.⁶²

⁵¹ Zmínit lze např. spolupráci s Bond University či University of Haifa. Z tuzemských navázaných spoluprací lze zmínit společné řešení projektu *Výzkum dopadu stávající legislativy a strategie Evropské komise pro jednotný digitální trh (DSM) na český audiovizuální průmysl: evaluace (autorsko)právního systému a příprava kulturní politiky v rámci DSM (TL01000306)* s Právnickou fakultou Univerzity Palackého v Olomouci.

⁵² Nelze opominout ani vnitrostátní spolupráci např. s Ústavem státu a práva Akademie věd ČR.

⁵³ Partnerem tohoto projektu byly Ekologický právní servis, Unie podnikových právníků ČR, Atlas Consulting, Moravské naftové doly, Nakladatelství C. H. Beck, ASPI, Společnost pro informační technologie a právo.

⁵⁴ *Právo do praxe, praxe do práva – partnerství pro užší sepětí výzkumu a praxe (CZ.1.07/2.4.00/31.0146)*.

⁵⁵ Seznam institucí dostupný z: <<http://site.law.muni.cz/partnerska-sit.html>>.

⁵⁶ Jakub Harašta působil v roce 2015 jako *visiting research fellow* na Minerva Center for the Rule of Law under Extreme Conditions, University of Haifa, v roce 2018 *postdoc* na Center for Cyber Law & Policy, University of Haifa.

⁵⁷ Zmínit lze např. výukovou činnost Radima Polčáka na De Paul College of Law (Chicago), kde byl v roce 2012 *visiting professor*, či přednáškovou činnost Matěje Myšky na Georg-August-Universität Göttingen.

⁵⁸ Činnost centra excelence je postupně rozvíjena projekty *Centrum excelence pro kyberkriminalitu, kyberbezpečnost a ochranu kritických informačních infrastruktur* (CZ.02.1.01/0.0/0.0/16_019/0000822); *Strengthening European Network of Centres of Excellence in Cybercrime* (46844). Vytvořeno pak bylo v rámci projektu *Czech CyberCrime Centre of Excellence* (4000003882).

⁵⁹ Např. v rámci *International Academy of Comparative Law: KOUKAL, P. – MYŠKA, M. – ŠAVELKA, J. Free Licenses and Recodification of Civil Law in the Czech Republic*. In: METZGER, A. *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models A Comparative Analysis*. Heidelberg: Springer, 2016, s. 141–157, doi:10.1007/978-3-319-21560-0. POLČÁK, R. *Information Society Between Orwell and Zapata: A Czech Perspective on Safe Harbours*. In: GRAEME, B. Dinwoodie. *Secondary Liability of Internet Service Providers*. Heidelberg: Springer International Publishing, 2017, s. 255–273, doi:10.1007/978-3-319-55030-5.

⁶⁰ Více informací dostupných z: <<https://www.europeanlawinstitute.eu/>>.

⁶¹ Zmínit lze např. Národní bezpečnostní úřad, respektive Národní úřad pro kybernetickou a informační bezpečnost, Národní technickou knihovnu, Ministerstvo spravedlnosti, Vojenské zpravodajství.

⁶² Více informací dostupných z: <<https://www.vutbr.cz/studenti/programy/program/6359>>.

4. Významné akce a konference

Vzhledem k značné dynamice vývoje v oblasti práva ICT a potřebě diskutovat aktuální otázky nejen prostřednictvím akademických publikací kladl ÚPT vždy důraz i na organizaci nejrůznějších akcí, kde by se odborníci na danou problematiku mohli setkat osobně a prodebatovat ji i neformálně.

Jednou z prvních takových akcí byla konference *Internet a právo*, jejíž organizaci garantovala Danuše Spáčilová a která se uskutečnila jako doprovodný program veletrhu Invex. Prozatím nejdéle organizovanou pravidelnou akcí ÚPT je mezinárodní konference *Cyberspace*.⁶³ Její první ročník se uskutečnil v roce 2003 na půdě Právnické fakulty a organizačně jej zajišťovala katedra právní teorie Právnické fakulty MU ve spolupráci s katedrou mediálních studií a žurnalistiky Fakulty sociálních studií MU. Toto odborné setkání bylo od samého začátku koncipováno jako multidisciplinární a interdisciplinární – prostor byl, a dodnes je, věnován nejen právu, ale i dalším vědním disciplínám zkoumajícím kyberprostor, jako např. psychologie, filozofie a sociologie, ale i religionistika. Publikací platformou pro příspěvky z této konference byly specializované sborníky,⁶⁴ od roku 2007 pak již výše zmíněný odborný recenzovaný časopis *Masaryk University Journal of Law and Technology*.

Pracovní skupina též pořádala četné workshopy věnující se specializovaným otázkám práva ICT, na které zvala přední tuzemské i zahraniční odborníky z akademického prostředí a praxe.⁶⁵

Tradiční akcí je specializovaná letní škola *Summer School of European IP and ICT Law*,⁶⁶ jejíž první ročník se konal v roce 2006 v Brně. Organizačně zajišťovala akci výše zmíněná *Vienna Group* – aktuálně se koná pod záštitou *European Academy of Law and ICT*. Tato akce se postupně konala ve všech zemích institucí participujících ve *Vienna Group*,⁶⁷ aby konečně od roku 2011 zakotvila pod pohořím Rax v rakouském Reichenau. Pro účely výuky na letní škole vydává ÚPT každoročně aktualizovaný sborník materiálů (*reader*), který je ale volně dostupný online i ostatním zájemcům.⁶⁸

Mezi významnou akcí pořádanou každé září patří již zmiňovaná národní konference *České právo a informační technologie*. Příspěvky z této konference jsou publikovány v časopise *Revue pro právo a technologie*.

Po vytvoření ÚPT v roce 2010 organizační aktivita neustala. Významným impulzem pro vytváření partnerských sítí a pořádání dalších akcí byl projekt *Právo do praxe, praxe do práva*. V rámci pořádaných workshopů a setkání se řešilo široké spektrum témat, jako např. autorské právo online, problematika data retention, vyhledávačů, kybernetické

⁶³ Informace o konferenci, jakož i její archiv, je dostupný z: <www.cyberspace.muni.cz>.

⁶⁴ *Cyberspace 2003: normative framework: conference proceedings organized by Masaryk University in Brno, Faculty of Law, Department of Legal Theory on 27 Oct 2003*. Brno: Masaryk University, 2004. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně; *Cyberspace 2004: normative framework: conference organized by Masaryk University, Faculty of Law with School of Social Studies on October 26–27 2004*. Brno: Masaryk University, 2005. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně.

⁶⁵ Zmínit lze např. workshopy *Open Source and Open Access Policies* (24. 3. 2006), *Aktuální problémy praxe počítačové kriminality* (9. 11. 2006), *Freedom of on-line information in Hungary* (14. 12. 2006), *Research Agreements in Academia* (9. 3. 2007), *Mezinárodní úmluva o kyberkriminalitě a kyberterorismu* (22. 3. 2007), *Aktuální právní otázky doménových jmen* (5. 2. 2009); *Aktuální otázky praxe vyšetřování a stíhání kyberkriminality* (20. 5. 2009).

⁶⁶ Detailní informace dostupné z webové stránky této akce: <<https://ictlaw.weebly.com/summer-school.html>>.

⁶⁷ V roce 2007 se konala v Rakousku, v roce 2008 v polské Wroclawi, v roce 2009 ve slovenském středisku Kaskády, v roce 2010 v maďarské Pécsi.

⁶⁸ Poslední vydání je vždy dostupné na webových stránkách letní školy <<https://ictlaw.weebly.com/summer-school.html>>.

bezpečnosti a kyberkriminality.⁶⁹ Pozornost byla věnována i dalším technologickým oborům práva – např. energetické právo bylo řešeno od roku 2016 na více symposiích.⁷⁰ V oblasti právní informatiky patřilo mezi největší organizační úspěchy ÚPT spoluprádání 24. ročníku mezinárodní konference *JURIX* ve Vídni. Pracovníci a doktorandi ÚPT se v letech 2011, 2012, 2013, 2015 a 2017 podíleli i na organizaci právněteoretické konference *Argumentation*.⁷¹ Významnými událostmi byly i workshopy a závěrečné konference projektů 7. rámcového programu pro výzkum a technologický rozvoj, na nichž ÚPT participoval, respektive je spoluorganizoval.⁷²

5. Budoucí směřování a strategické cílové oblasti výzkumu

Aktuálně lze označit ÚPT za konsolidované vědecké pracoviště se stabilizovaným personálním základem, které realizuje širokou plejádu vědecko-výzkumných a pedagogických aktivit. ÚPT organizačně zajišťuje vydávání dvou odborných periodik a každoročně organizuje významnou tuzemskou a mezinárodní konferenci. ÚPT garantuje výuku práva ICT a technologických oborů práva na všech úrovních vysokoškolského vzdělávání a zajišťuje i LL.M. v právu informačních a komunikačních technologií. Toto akademické pracoviště též participuje na mezinárodních vědecko-výzkumných sítích a řeší národní i mezinárodní výzkumné projekty.

Z hlediska budoucího směřování výzkumu práva ICT na ÚPT se jako témata vhodná k řešení profilují problematika ochrany neosobních dat,⁷³ právní otázky související s umělou inteligencí, respektive autonomními systémy,⁷⁴ kybernetická bezpečnost a kybernetická válka,⁷⁵ sdílená ekonomika a problematika digitálního dědictví.

⁶⁹ Seznam uspořádaných akcí v rámci řešení projektu *Právo do praxe, praxe do práva* je dostupný z: <<http://www.site.law.muni.cz/workshopy-konference.html>>.

⁷⁰ Bližší informace dostupné z: <www.energy.law.muni.cz>.

⁷¹ ŠKOP, M. – ARASZKIEWICZ, M. – MYŠKA, M. – SMEJKALOVÁ, T. – ŠAVELKA, J. *Argumentation 2011*. Brno: MUNI Press, 2011; ŠAVELKA, J. – ARASZKIEWICZ, M. – MYŠKA, M. – SMEJKALOVÁ, T. – ŠKOP, M. *ARGUMENTATION 2012: International Conference on Alternative Methods of Argumentation in Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2012; ŠAVELKA, J. – ARASZKIEWICZ, M. – KLUSOŇOVÁ, M. – MYŠKA, M. – ŠKOP, M. *ARGUMENTATION 2013: International Conference on Alternative Methods of Argumentation in Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2013.

⁷² Finální konference projektu CONSENT se uskutečnila v Portomasu ve dnech 20.–21. 3. 2012, projektu RESPECT v Bruselu ve dnech 29.–30. 10. 2014, projektu SMART ve dnech 4.–5. 3. 2014 tamtéž.

⁷³ Tyto otázky nastoluje sdělení Evropské komise *Budování evropské ekonomiky založené na datech*, COM(2017/09 final).

⁷⁴ Evropská unie se pak v politických dokumentech začala těmto otázkám věnovat v Usnesení Evropského parlamentu obsahující doporučení Komisi o občanskoprávních pravidlech pro robotiku [2015/2103(INL)]; Stanovisko Evropského hospodářského a sociálního výboru k tématu *Umělá inteligence – dopady umělé inteligence na jednotný trh (digitální), výrobu, spotřebu, zaměstnanost a společnost* (CELEX 52016IE5369); Sdělení Evropské komise *Umělá inteligence pro Evropu*, COM(2018) 237 final. Na ÚPT se aktuálně problémům umělé inteligence a autonomních systémů věnují doktorští studenti Jan Zibner, Dominika Galajdová a Veronika Žolnerčíková. Z prvních výstupů lze zmínit např. ZIBNER, J. Akceptace právní osobnosti v případě umělé inteligence. *Revue pro právo a technologie* [online]. 2018, č. 17, s. 19–49 [cit. 2018-09-12]. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/revue/article/view/9067>>.

⁷⁵ Zejména v rámci již zmíněného Centru excelence pro kyberkriminalitu, kyberbezpečnost a ochranu kritických informačních infrastruktur.

GLOSÝ

František Weyr a brněnská normativní škola

Miloš Večeřa*

Abstrakt: V roce 2019 uplyne 100 let od ustavení brněnské Právnické fakulty Masarykovy univerzity a 140 let od narození jejího významného pedagoga, právního filosofa, právního teoretika a ústavního právníka profesora Františka Weyra, který se zásadním způsobem přičinil o rozkvět právní teorie a právní filosofie. Myšlenkovým a duchovním vkladem vtiskl František Weyr brněnské právnické fakultě v období mezi dvěma světovými válkami zcela osobitý charakter položením základů normativní teorie práva a formováním brněnské normativní školy. Weyrova normativní teorie práva usilovala o vytvoření skutečné exaktní teorie práva uplatněním normativní metodologie právního poznání, jejímž základem byl Kantův a Schopenhauerův kritický idealismus striktně odlišující poznání normativní od kauzálního. Základem Weyrovy teorie práva jako vědy o normách byla formálně logická konstrukce právní normy a kritická analýza pojmového aparátu právní vědy. Weyr byl při formování normativní teorie ovlivněn Ryzí naukou právní rakouského právního teoretika Hanse Kelsena, v řadě otázek však šel vlastní cestou. Brněnská normativní škola zahrnovala většinu pedagogů brněnské právnické fakulty a její význam přesáhl národní hranice.

Klíčová slova: teorie práva, právní norma, normativita, normativní teorie, brněnská normativní škola

Úvod

Rok 2019 je v oblasti právní vědy spojen se dvěma souvisejícími výročími. Je stoletým výročím ustavení brněnské Právnické fakulty nově zřízené Masarykovy univerzity a zároveň v tomto roce uplyne 140 let od narození originálního českého právního filosofa a právního teoretika, významného ústavního a správního právníka, státovědce a statistika, ale i politika a osobnosti renesančního ducha profesora Františka Weyra, který je s prvorepublikovou brněnskou právnickou fakultou bytostně spojen. Zasloužil se spolu s profesorem Karlem Englišem o zpracování a prosazení návrhu zákona o zřízení Masarykovy univerzity v Brně v Národním shromáždění a o ustavení její Právnické fakulty, jejímž prvním děkanem byl návazně zvolen. Prvorepublikovou brněnskou právnickou fakultu spojujeme s Weyrovou brněnskou normativní školou, jejímž byl zakladatelem a hlavním představitelem, na druhé straně bez jejího institucionálního zázemí by se Weyrova normativní teorie neprosadila do širšího povědomí právnické veřejnosti. Toto symbiotické spojení mimořádné vědecké osobnosti a formující se nově ustavené vědecké instituce je vhodné při jejím významném stoletém jubileu připomenout. Osudové spojení vědecké dráhy Františka Weyra a brněnské právnické fakulty se naplnilo i na konci jejich společné cesty, kdy krátce poté, co musel František Weyr fakultu v roce 1948 opustit,

* Prof. JUDr. PhDr. Miloš Večeřa, CSc., vedoucí katedry právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Milos.Vecera@law.muni.cz

byla brněnská právnická fakulta v červnu 1950 vládním nařízením zrušena a normativní právní teorie byla marxistickou právní teorií podrobena zdrcující kritice. Po obnovení právnické fakulty v roce 1969 se na krátko zásluhou profesora Vladimíra Kubeše vrátil její filosofický entusiasmus, politická normalizace 70. let však zabránila navázání na odkaz Weyrův a jeho brněnské normativní školy. Teprve po roce 1989 se brněnská právnická fakulta vrátila k tomuto odkazu pořádáním vědeckých konferencí, symposií a workshopů a na Weyrův myšlenkový vklad odkazují odborné práce pedagogů brněnské právnické fakulty.

1. Mezníky Weyrova života

Weyrovu pedagogickou a vědeckou činnost ohraničují osudové etapy jeho života. Jeho životní dráhu můžeme rozdělit do sedmi rozhodujících období.¹

Weyr pocházel z rodu věhlasných českých matematiků, jeho otec Emil Weyr a jeho strýc Eduard Weyr² dosáhli jmenování profesory matematiky do svých třiceti let. Mohl tak navázat na rodinnou vědeckou tradici. František Weyr se narodil 25. dubna 1879 ve Vídni za otcova profesorského působení na Vídeňské univerzitě. Po předčasné otcově smrti se patnáctiletý Weyr s matkou a dvěma sourozenci přestěhovali do Prahy. Weyr, který mluvil německy a znal pouze domácí češtinu, se musel doučit český pravopis a mluvnici. Po absolvování pražského německého gymnázia se Weyr nicméně v roce 1899 rozhodl pro studium na české větvi Právnické fakulty Karlo-Ferdinandovy univerzity (dnešní Univerzita Karlova). Potkal zde řadu velkých pedagogických a vědeckých osobností, např. Emanuela Tilsche, Antonína Randu, Jiřího Pražáka a Albína Bráfa. Kromě právnických a ekonomických přednášek na právnické fakultě navštěvoval Weyr také povinné přednášky T. G. Masaryka z praktické filosofie na filosofické fakultě a na filosofické fakultě si navíc zapsal přednášky filosofa Františka Krejčího. Jeho přáteli se na studiích stali národohospodář Karel Engliš a publicista František Peroutka.

Po úspěšném ukončení studia práv v roce 1903 se Weyr vrátil do Vídně a pracoval zde jako úředník politické správy a působil také v dolnorakouském Mistelbachu. Usilovně v té době pracoval na svém habilitačním spisu *Příspěvky k teorii nucených svazků*, týkajícím se povahy veřejnoprávních korporací. Weyr zde poprvé rozvíjel úvahy směřující k vytvoření normativní právní teorie a mimo jiné dospěl i k závěru o neudržitelnosti rozlišování mezi právem soukromým a veřejným.³ V březnu 1908 Weyr podal profesorskému sboru Právnické fakulty Karlo-Ferdinandovy univerzity v Praze svůj habilitační spis pro obor správního práva. V prosinci 1908 úspěšně proběhlo habilitační kolokvium i habilitační přednáška. Vídeňské ministerstvo kultu a vyučování docenturu v březnu 1909 potvrdilo s tím, že se uděluje pouze pro působení v Praze. Po delším uvažování se Weyr vrátil z Vídně zpět do Prahy a přijal nabídnuté místo v Zemské statistické kanceláři Království českého. Souběžně začal vyučovat na právnické fakultě pražské univerzity jako soukromý habilito-

¹ Weyr svoji celoživotní a pracovní dráhu zachytil ve svých třídílných autobiografických pamětech, které vyšly postupně až po jeho smrti. *Paměti* mapují celý Weyrův život a jsou pozoruhodným svědectvím nejen o Weyrově osobním a pracovním životě, ale i o vědeckém, kulturním a společenském životě své doby. WEYR, F. *Paměti. 1. Za Rakouska (1879–1918)*. Brno: Atlantis, 1999; WEYR, F. *Paměti. 2. Za republiky (1918–1938)*. Brno: Atlantis, 2001; WEYR, F. *Paměti. 3. Za okupace a po ní (1939–1951)*. Brno: Atlantis, 2004.

² Viz monografie BEČVÁŘ, J. a kol. *Eduard Weyr: 1852–1903*. Praha: Prometheus, 1995.

³ Své představy o normativní teorii práva vyslovil v roce 1908 i v německy publikované stati WEYR, F. *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*. *Archiv für öffentliches Recht*. 1908, roč. 23, č. 4, s. 529–580.

vaný docent a na Vysokém učení technickém v Praze. V habilitačním spise Weyr vyslovil některé kritické názory na práci Jiřího Hoetzela, docenta správního práva na pražské právnické fakultě. To vedlo k ostrému polemickému střetu týkajícímu se především opodstatněnosti rozlišování soukromého a veřejného práva, kdy se řada právních teoretiků i praktiků postavila na Hoetzelovu stranu. Vyhrocený spor zkomplikoval možné budoucí Weyrovo působení na pražské právnické fakultě. V této vypjaté situaci byly Weyrovy názory nepřímo podpořeny v roce 1911 vydaným habilitačním spisem *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* rakouského právníka a právního filosofa Hanse Kelsena, v němž Kelsen zastával v řadě sporných otázek shodné názory s Františkem Weyrem. V létě 1912 došlo k osobnímu setkání Františka Weyra s o dva roky mladším Hansem Kelsenem, které dalo základ nejen osobnímu přátelství, ale i úzké vědecké spolupráci.⁴

Weyr byl v období po návratu do Prahy velmi pracovně vytižen a jeho profesorská perspektiva v Praze byla velmi nejistá. Weyr dostal v této době zásluhou Karla Engliša nabídku nastoupit na nově systemizované místo profesora na České technice v Brně, kde v té době Karel Engliš působil. Weyr nabídnuté profesorské místo přijal a byl tak existenčně zajištěn a získán pro působení v Brně, kam se pak koncem roku 1912 přestěhoval. Na brněnské technice Weyr začal od začátku roku 1913 přednášet ústavní a správní právo a vedle toho měl i specializovanější přednášky určené jen pro jednotlivé studijní obory, např. o právu občanském, obchodním, stavebním, patentním, vodním apod. Po propuknutí první světové války v červenci 1914 byl Weyr odveden na vojnu, brzy však byl vyreklamován a mohl se věnovat vědecké práci. Již po svém příjezdu do Brna začal Weyr usilovně pracovat na spise *Základy filosofie právní (Nauka o poznání právnickém)*. Šlo o jeho první soustavný výklad jeho normativní právní teorie, která, ač pod silným vlivem Kelsenovým a jeho ryzí nauky právní, šla v řadě otázek svou vlastní cestou. Weyr tuto práci dokončil již v prvních dvou letech první světové války.⁵ Při jejím zpracovávání měl možnost vést zasvěcené diskuse s Karlem Englišem, zejména si tříbit své názory právně noetické, i když se s Englišem v řadě pohledů rozcházel.

Po skončení první světové války byl Weyr vtažen na krátkou dobu do politického života. Spolu s Karlem Englišem byl vyslán výkonným výborem Československé národní demokracie do Národního shromáždění a zde se významně oba zasloužili o zpracování a přijetí zákona na zřízení Masarykovy univerzity v Brně. Po zřízení univerzity a následném ustavení její právnické fakulty byl Karel Engliš zvolen rektorem Masarykovy univerzity a František Weyr prvním děkanem brněnské právnické fakulty (1919–1920). Nově zřízená právnická fakulta poskytla Weyrovi prostor pro vypracování nové koncepce právní vědy s novým způsobem právního myšlení. Weyr se bránil druhému vydání jeho *Základů filosofie právní*, neboť v retrospektivním pohledu shledával některé nedostatky této práce. Pracoval proto usilovně na novém spise, který pod názvem *Teorie práva* vyšel až v roce 1936.⁶

⁴ Weyr ve svých *Pamětech* vyjadřuje svůj obdiv k Hansi Kelsenovi, který měl na něho, jak Weyr sám uvádí, „neskonale velký vliv“, „byl to profesor, kterému napadlo za jediný den více než průměrnému jeho kolegovi za třicet let“. WEYR, F. *Paměti 1. Za Rakouska (1879–1918)*, s. 415, 417.

⁵ Weyr své *Základy filosofie právní (Nauka o poznání právnickém)* přihlásil v roce 1914 do anonymní soutěže vyhlášené pro nejlepší spisy z oboru práva Českou akademií věd a umění. Se závěrem hodnotící komise, že jeho práce nemohla cenu obdržet, poněvadž nevyhovuje podmínkám konkursu, nesouhlasil a práci vydal knižně až v roce 1920. WEYR, F. *Základy filosofie právní (Nauka o poznání právnickém)*. Brno: A. Piša, 1920.

⁶ Weyrova *Teorie práva* rozpracovala předchozí *Základy filosofie právní* a představuje, řečeno slovy Weyrovými, „mezník v jeho dosavadní činnosti vědecké a shrnutí toho, čemu dosud učil“. WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 9.

Weyrova neobyčejně rozsáhlá literární činnost se vedle právněteoretických a právně-filosofických statí⁷ významně soustředila i na oblast pozitivněprávních disciplín, zejména práva ústavního a správního,⁸ do nichž Weyr a jeho žáci promítali přístupy normativní teorie. Část svých prací Weyr publikoval i v cizích jazycích, zejména v němčině, některé texty však publikoval i ve francouzštině, italštině nebo dánštině.⁹ Svými cizojazyčnými publikacemi Weyr napomohl rozšíření povědomí o české právní vědě v zahraničí.¹⁰

Důležitou oblastí Weyrový vědecké činnosti byly aktivity usilující o vytváření publikačních možností. Jako člen Právnické jednoty moravské a později její místopředseda se Weyr ujal hned po roce 1918 redaktorství *Zpráv jednoty*, z nichž později vytvořil *Časopis pro právní a státní vědu*, jehož redaktorem byl, s přestávkou v době okupace, až do jeho zániku v roce 1948 a v němž pravidelně publikoval. S Karlem Englišem založil *Vědeckou ročenku právnické fakulty Masarykovy university* (1922–1947) a krátce po roce 1918 uvedl v život i *Sbírku spisů právnických a národohospodářských*, v níž vycházela postupně řada významných monografií Jaromíra Sedláčka, Jaroslava Kallaba a dalších autorů. V roce 1926 založil spolu s Hansem Kelsenem mezinárodní vědecký časopis *Revue Internationale de la Théorie du Droit / Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* vycházející ve francouzštině a němčině. Cílem časopisu bylo popularizovat normativní teorii na mezinárodním vědeckém fóru. Za druhé světové války *Revue* zanikla. Velkým redakčním počinem byl Weyrem iniciovaný pětisvazkový *Slovník veřejného práva československého*¹¹ (1922–1948), do něhož Weyr sám přispěl zpracováním 25 obsáhlých hesel. Weyr napsal rovněž velký počet novinových článků, které publikoval zejména v Lidových novinách. Seznamoval v nich s aktuálními politickými a právními otázkami.

V roce 1926 bylo Weyrovi nabídnuto členství v České akademii věd a umění a stal se členem i dalších domácích a zahraničních vědeckých společností, např. Mezinárodního institutu pro právní filosofii a sociologii v Paříži, Mezinárodního institutu pro veřejné právo v Paříži a Mezinárodního institutu statistického v Haagu. Vedle působení na právnické fakultě Weyr vykonával po dobu deseti let i velmi náročnou funkci prezidenta Státního úřadu statistického v Praze (1919–1929) a působil ve správních radách řady akciových společností.

Nacistická okupace 15. března 1939 se na životě brněnské právnické fakulty bezprostředně neprojevila. K Weyrovým šedesátým narozeninám (25. 4. 1939) proběhly slavnostní oslavy s články v tisku a odborných právních časopisech a vědeckou konferencí s knižně vydanou *Poctou*.¹² Již začátkem září 1939 však proběhlo v Brně široké zatýkání českých

⁷ Metodologicky významné jsou zejména jeho polemické stati WEYR, F. *O metodě sociologické*. Brno: Barvič & Novotný, 1927; WEYR, F. *Čtyry kapitoly z právní noetiky. Časopis pro právní a státní vědu*. 1929, roč. 12, s. 1–16; WEYR, F. *Právní věda a věda o právu: poznámky ke Kallabově a Englišově noetice*. Praha: Orbis, 1935.

⁸ Již v roce 1919 vydal Weyr spis *Ústava republiky československé*, týkající se tzv. prozatímní ústavy. Základním dilem o definitivní ústavě ČSR z roku 1920 je Weyrova *Soustava československého práva státního* (1921), jejíž druhé vydání vyšlo již v roce 1924. Za její třetí vydání lze pokládat Weyrovo *Československé ústavní právo* (1937), sloužící jako učebnice. V roce 1922 vychází Weyrův spis *Československé právo správní, část obecná* a v témže roce německy psaný *Nárys československého správního práva* (*Grundriss des tschechoslowakischen Verwaltungsrechtes*), zpracovaný společně s Rudolfem Dominikem.

⁹ Např. práce WEYR, F. *Zur Theorie des „natürlichen Rechts“*. *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*. 1913, roč. 7, č. 1, s. 84–90; WEYR, F. *Natur und Norm. Revue internationale de la théorie du droit*. 1931/1932, roč. 6, s. 12–22.

¹⁰ Úplná bibliografie Weyrový publikační činnosti viz monografie VEČEŘA, M. *František Weyr*. Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 247–277.

¹¹ Na základním plánu vydávání *Slovníku veřejného práva československého* se Weyr dohodl s prezidentem nejvyššího správního soudu dr. Emilem Háchou, prof. Jiřím Hoetzelem za pražskou fakultu a s prof. Karlem Laštovkou za bratislavskou právnickou fakultu.

intelektuálů a Weyr mu unikl jen šťastnou shodou okolností a neskončil tak jako řada jeho kolegů v koncentračním táboře. Byl nucen se uchýlit do Prahy, kde se cítil bezpečněji pod ochranou vlivných přátel. Po uzavření vysokých škol 17. 11. 1939 byl Weyr penzionován. Ani v Praze se však Weyr nevyhnul zatčení a výslechům, nakonec však byl po měsíci z vazby propuštěn na intervence ministra Jaroslava Krejčího a prezidenta Emila Háchy. Důsledkem zatčení byl srdeční infarkt a zhoršení jeho zdravotního stavu.

Po skončení 2. světové války se Weyr na podzim roku 1945 vrátil do Brna a přislíbil další své působení na fakultě s omezeními danými srdeční chorobou, dušností a sužující agorafobií. V roce 1946 Weyr vydal stručné, ale významné shrnutí svých dvou dřívějších základních prací z oblasti teorie práva pod názvem *Úvod do studia právního (normativní teorie)*.¹³ Programově šlo, na rozdíl od obou předchozích prací, o studijní pomůcku určenou nejen studentům práv. V dubnu 1947 se Františku Weyrovi a Karlu Englišovi dostalo ocenění při společné slavnostní promoci čestnými doktory Masarykovy univerzity.¹⁴

Po únorovém politickém převratu v roce 1948 musel Weyr a většina profesorů fakultu opustit. Na zákrok zastupujícího děkana prof. Vladimíra Vybrala poskytlo ministerstvo Weyrovi dovolenou „ke studijním účelům“, a to až do doby jeho řádného odchodu do důchodu v roce 1949. Weyr v tomto období napsal obsáhlou několikasetstránkovou a vědecky vyzrálou práci *Filosofie, politika, právo* a některé další drobnější práce. Žádná z nich však již v poúnorové době nemohla vyjít tiskem. Přes obtížnou zdravotní a finanční situaci se Weyr až do posledních dnů svého života věnoval usilovné tvůrčí duševní práci, která byla přerušena náhlou srdeční slabostí, jež 29. června 1951 ukončila jeho životní pouť.

2. Weyrova normativní teorie jako skutečná teorie práva

Weyrova normativní teorie vzniká nikoliv náhodou na počátku 20. století. Rozhraní 19. a 20. století se vyznačuje vystoupením tzv. právního modernismu představovaného řadou směrů, kdy se proti tradiční právní vědě prosazovaly škola volného práva, škola právněsociologická a škola zájmové jurisprudence. Brněnský právní filosof Vladimír Kubeš zařadil tento vývoj právní filosofie a vystoupení normativní teorie do kontextu vývoje v obecném filosofickém myšlení s určitým časovým posunem a v ovlivnění hnutím novopozitivismu konstatováním, že „*filosofie práva sdílí osudy filosofie obecné o nějakých třicet až čtyřicet let později*“.¹⁵

Weyra vedla k promýšlení jeho normativní teorie nespokojenost s úrovní právní vědy na počátku 20. století. Právní školy, které v této době působily, neposkytovaly podle Weyra právním disciplínám dostatečné filosoficko-právní a právněteoretické základy.¹⁶ Tuto absenci právněontologických a noetických poznatků si programově předsevzala vyplnit Weyrova normativní teorie.

¹² V Pochtě byly publikovány příspěvky řady významných právních teoretiků. Zdeněk Neubauer, profesor ústavního práva, v Pochtě vyslovil: „Weyrovi přátelé a žáci pokládají za svoje životní štěstí, že se setkali s tímto velkým člověkem, který má rysy velekněze [...] neboť jeho osobností dotkl se jich genius.“ In: NEUBAUER, Z. *Sborník prací k počtě 60. narozenin Františka Weyra*. Praha: Orbis, 1939, s. 13.

¹³ WEYR, F. *Úvod do studia právního: normativní teorie*. Reprint. Brno: Masarykova univerzita, 1994.

¹⁴ V textu Weyrova doktorského diplomu se v jazyce latinském mimo jiné píše: „František Weyr položil základy k noetice vědy právní a zasloužil se neobyčejně o systematické řešení jak obecných problémů právní vědy, tak zvláště otázek práva veřejného.“ Viz obrazová příloha publikace KOP, F. Karel Engliš a František Weyr čestnými doktory MU v Brně. Brno: Universum, 1947.

¹⁵ KUBEŠ, V. *Právní filosofie XX. století*. Reprint. Brno: Masarykova univerzita, 1992, s. 5.

¹⁶ Viz k tomu KUBEŠ, V. Brněnská škola ryzí nauky právní. In: WEINBERGER, O. – KUBEŠ, V. *Brněnská škola právní teorie: normativní teorie*. Praha: Karolinum, 2003, s. 9 an.

Již ve svých *Základech filosofie právní* si František Weyr stanovil úkol vybudovat kritickou vědu o právu, jejímž základem měl být Kantův kritický idealismus přijímaný prostřednictvím učení Arthura Schopenhauera.¹⁷ Kritická teorie práva má být shrnutím celé dosavadní jeho vědecké činnosti, má být „skutečnou teorií práva“.¹⁸ Formování „ryzí“ nauky o právu předpokládalo položit nové filosofické základy právní vědy, zejména nauky o poznávání, a přehodnocení zavedených noetických východisek dosavadní právní vědy. Weyrova právní věda měla výlučně poznávat, nikoliv tvořit nebo hodnotit. Weyr proto zdůraznil nehodnotící a antiideologický přístup právní vědy, která se musí rozejít s přirozenoprávními, morálními, historickými a sociologickými pohledy na právo.¹⁹ Weyr proto vystupoval proti tradiční právní nauce a proti nově se prosazujícím sociologizujícím směrům v právu – proti školám sociologické jurisprudence, zájmové jurisprudence a školy volného práva.²⁰ Univerzity musí pěstovat „vědu pro vědu [...] pěstovati vědu pro vědu samotnou znamená poznávati bez zřetele k určitým praktickým účelům“.²¹

Teorie nic nechce, leda poznávání, kdežto praxe chce vždy určité účely. Úkolem teorie práva je dodávat prostředky pro poznávání empirických normových souborů, kterými jsou právní řády.²² Weyr vytyčuje hranice mezi teoretickou funkcí poznávání normy, což je úkol jeho teorie práva, a praktickou funkcí, což je otázka tvorby právní normy a její aplikace. V tom vidí Weyr rozdíl mezi stanoviskem jeho normativní teorie a tradiční jurisprudence. Její látkou „*nejdou konkrétní obsahy právních norem, čili jinými slovy: reprodukce toho, co podle nich má býti [...] nýbrž pomůcky – formy – jimiž tohoto obsahu lze se soustavně (systematicky) zmocnit*“.²³ Normativní teorie jako obecná teorie práva musí být očištěna od všech nenormativních přístupů a rozpracována jako logicky konzistentní teorie práva.

3. Noetická východiska normativní teorie

Každá věda má své noetické základy, tedy základy poznávání (myšlení) vůbec. Také poznávání práva má mít zvláštní nauku poznávací. V tomto smyslu se podle Weyra právní filosofie přibližuje pojmově tomu, co se nazývá obecnou teorií práva.²⁴ Lze ji chápat jako metodologii právního poznání.

Weyr ve svých právně noetických úvahách vyšel z filosofie kritického idealismu, který předpokládá přehodnocení procesu poznávání. Poznávání je vždy vztahem mezi poznávajícím subjektem a objektem (předmětem) poznání. Kantův kritický idealismus chápe poznání jako proces, ve kterém aktivně působí subjekt poznání. Předmět poznání bez účasti subjektu a jeho nazíracích forem je třeba si představit jako nepoznatelný.²⁵ Tradiční právní věda, která vychází z filosofie naivního realismu, si otázku poměru poznávajícího subjektu k poznávanému předmětu nekladla.

Kritický idealismus, vycházející z protikladu mezi subjektem a objektem poznávání, vyvozuje návazně i protiklad mezi intelektem (funkcí poznávací) a vůlí (funkcí volní,

¹⁷ WEYR, F. *Základy filosofie právní: Nauka o poznání právníkém*, s. 13.

¹⁸ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 9.

¹⁹ WEYR, F. O metodě sociologické. *Vědecká ročenka Právnické fakulty MU*. 1927, roč. 6, s. 27 an.

²⁰ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 338–339.

²¹ WEYR, F. *Úvod do studia právníkém: normativní teorie*, s. 9.

²² WEYR, F. *Teorie práva*, s. 12.

²³ *Ibidem*, s. 13.

²⁴ WEYR, F. *Základy filosofie právní: Nauka o poznání právníkém*, s. 7.

²⁵ WEYR, F. *Úvod do studia právníkém: normativní teorie*, s. 12.

chtěním, jednáním), jejichž teoretického oddělení se nauka o poznání (noetika) nemůže zříci a musí tvrdit absolutní rozdíl mezi poznáváním a chtěním.²⁶ Teprve teoretickým odloučením intelektu od vůle je umožněno teoretické vědecké poznávání, které nemá jiného účelu, tedy je si samo účelem. Intelekt tímto způsobem poznávající nic nechce, leda poznávání. Poznávající subjekt (a tedy i věda) svůj předmět poznává, nemůže tvořit předmět svého poznání, tvoří ho jednající subjekt.

V souladu s kritickým idealismem normativní teorie vychází striktně z rozlišování formy kauzálního a normativního nazírání, světa mětí (*sollen*) a světa bytí (*sein*). Z noetického dualismu mezi světem jaký je (dle kauzálního zákona) a světem, jaký bytí má (dle určitých norem), je třeba dovodit dva závěry. Z toho, že něco jest, nemůžeme usuzovat na to, že něco bytí má a norma může stanovit cokoliv, a i když stanoví nemožné, je platná.²⁷ Obdobou přírodovědné existence (skutečnosti) v oboru normativním je platnost. Příroda existuje a norma platí.²⁸ Shrňme-li, pak předmětem kauzálního poznávání je příroda (vnější svět) a předmětem normativního poznávání je norma (něco, co bytí má). Teorie práva poznává normativním nazíráním. Jejím předmětem studia je tedy obsah právní normy. „Vznik norem jest otázkou, jež náleží posuzovati [...] s hlediska kauzálního a nikoliv normativního“.²⁹ Stejně tak je tomu i u otázek aplikace práva. Poznávání tedy nepředstavuje tvořivý proces. Předmětem normativního poznání je právní norma, která je jen odhalována, nikoli konstruována.

4. Teorie práva jako věda o normách

Z noetického dualismu světa bytí a mětí a kauzální a normativní formy nazírání Weyrovi vyplynulo chápání právní vědy pouze jako vědy o normách (normologie), jejímž úkolem je poznání toho, co podle normy bytí má. Právní vědu proto podle Weyra nemohou zajímat otázky přesahující hranice imanentního normativního poznávání a je třeba je prohlásit za metanormativní a z hlediska poznání transcendentní povahy. To se v právní vědě týká především oblasti tvorby práva a otázek jeho aplikace a konkretizace vůbec. Vlastní určení konkrétního obsahu normotvůrcem tvořených norem je oblastí jeho neomezené svrchanosti. Vůči obsahu norem přestává každá kritika ze strany teorie a nastává jen její interpretační funkce.³⁰ Normativní poznávání se tedy zabývá pouze výkladem už hotových právních norem a jejich vzájemnými vztahy v normovém souboru.

Weyr, a stejně i Hans Kelsen,³¹ budovali svoji teorii práva jako vědu o normách. Pojem normy se tak stal ústředním pojmem jejich teorie práva. „Pro normativisty může býti jen [...] věda o právních normách (sc. jejich obsahu) vědou“.³² Weyr připomíná údajný Archimédův výrok: „Dejte mi pevný bod a já pohnu Zemí“, kdy tímto Archimédovým pevným bodem pro teorii práva je „norma, kterou sama poznáváním nemůže vytvořiti, nýbrž kterou pouze poznává, zůstávajíc tím věrnou poslání každé pravé vědy“.³³ Teorie práva jako věda o normách měla v rámci různých právních odvětví umožnit řešení konkrétních právních problémů.

²⁶ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 28.

²⁷ Ibidem, s. 34.

²⁸ WEYR, F. *Základy filosofie právní: Nauka o poznání právníckém*, s. 25.

²⁹ Ibidem, s. 77.

³⁰ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 13.

³¹ KELKEN, H. *Ryzí nauka právní*. Praha – Brno: Orbis, 1933, s. 9.

³² WEYR, F. *Právní věda a věda o právu. Časopis pro právní a státní vědu*. 1935, roč. 18, s. 95.

³³ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 19.

Pro vymezení právní normy zvolil František Weyr kritéria formální a ve vztahu k nim ve svých základních pracích charakterizuje právní normu třemi znaky:

- 1) Prvním a hlavním znakem právní normy je její *normativita*, tj. norma jako „výraz něčeho, co býti má“, kdy takto vymezená norma je „formálně-logickým předpokladem možnosti normativního poznávání“, ³⁴ „poznávající normy, poznáváme jejich obsah, tj. co podle nich býti má“. ³⁵ Podobně i pro Kelsena je smyslem normy *měti*, norma znamená, že něco má býti nebo má se státi. ³⁶ Formální hlediska v pohledu na právní normu Weyr podtrhuje zdůrazněním, že „obsahem normy může být cokoliv. Z toho plyne, že obsah sám nerozhoduje o metodě poznávací, nýbrž jedině forma. [...] Vše, co jest [...] může takto být obsahem normy, [...] lhotejno, zdali někdy bylo (ale už není), čili nic, zdali někdy bude (roz. způsobeno), či zda podle přírodních zákonů je jisto, že nikdy býti nemůže.“ ³⁷ Stejně tak i Hans Kelsen dovozuje, že: „Normy, stanovené lidskými volními akty, mají ve vlastním volním významu libovolný charakter. To jest: každé libovolné chování [...] může jimi být stanoveno jako mající býti.“ ³⁸ K tomu Kelsen zdůrazňuje: „Právní normy neplatí mocí svého obsahu. Kterýkoliv libovolný obsah může býti právem, neexistuje žádné lidské chování, jež by bylo důsledkem svého obsahu vyloučeno státi se obsahem právní normy.“ ³⁹ Vladimír Kubeš v tomto směru poznamenává, normativní škoie pro vytyčený její úkol „nezbylo, než abstrahovat od obsahu normy vůbec, abychom přišli k čistému pojmu norma“. ⁴⁰
- 2) Druhým znakem právní normy je spojení právní normy s představou *povinnosti*, tj. představou, že to, co býti má, je někým povinováno. Poznávat normu znamená poznávat její konkrétní obsah. „Tento obsah se jeví povšechně jako povinnost. Povinnost a norma jsou takto ústředními pojmy normativního poznávání a nevyskytují se vůbec v oblasti poznávání přírodovědného.“ ⁴¹ Oba pojmy, norma a povinnost, jsou logicky nerozlučně spojeny. Kde je norma, tam je i povinnost a kde je povinnost, tam musí být norma. ⁴² Povinnost je přitom možno chápat objektivně nebo subjektivně. Z objektivní stránky spadá povinnost v jedno s obsahem právní normy, s její skutkovou podstatou (např. růže mají kvést). V subjektivním chápání zde jde o představu povinnostního subjektu, který má povinnost v subjektivním smyslu. ⁴³ Také Hans Kelsen přiznává právní povinnosti význam v souvislosti s tím, že právní řád představuje donucovací řád. Právní povinnost „není nic jiného než individualisovanou normou“. ⁴⁴ Právní povinnost tak Kelsen chápe v zásadě jako subjektivní povinnost, která je obdobou pojmu subjektivního práva. Oproti Weyrovi Kelsen položil důraz na sankci právní normy. ⁴⁵ Kelsenovu teorii sankční normy ale Weyr považoval za logicky pochybenou.

³⁴ WEYR, F. *Základy filosofie právní*, s. 18 an.

³⁵ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 34.

³⁶ KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 16–17, 41.

³⁷ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 34.

³⁸ KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*, s. 19.

³⁹ KELSEN, H. *Ryzí nauka právní: Metoda a základní pojmy*, s. 33.

⁴⁰ KUBEŠ, V. *Právní filosofie XX. století*, s. 53.

⁴¹ WEYR, F. *Úvod do studia právníckého: normativní teorie*, s. 16.

⁴² WEYR, F. *Teorie práva*, s. 36.

⁴³ Tradiční právní nauka nepovažovala za ústřední pojem práva povinnosti nýbrž práva v subjektivním smyslu. Weyr naproti tomu vycházel z toho, že s právní normou je v zásadě vždy spojena právní povinnost a někdy i subjektivní právo, byť ne každá právní norma s sebou nese určitou povinnost.

⁴⁴ KELSEN, H. *Ryzí nauka právní: Metoda a základní pojmy*, s. 28.

- 3) Třetím formálním znakem právní normy, který slouží i k odlišení právních norem od neprávních norem, je fakt, že *právní normy pocházejí od určitého normotvorného subjektu*, a to státu jako teoreticky myšleného normotvůrce. Všechny normy přiřitatelné státu jako normotvornému subjektu jsou proto normy právní. Jednota normového souboru je dána identitou normového (normotvorného) subjektu.⁴⁶ Norma se stává normou právní svou příslušností k normovému souboru. Weyr pro rozlišení rozdílných normativních souborů volí kritérium formální, tedy vše, co stanoví určitý normotvůrce, je považováno za platnou normu.⁴⁷ Jednotný normový soubor umožňuje logicky vyloučit obsahový rozpor mezi jednotlivými normami, které k němu přináleží. Právní normativní soubory jsou přitom ustaveny vícedimenzionálně, Weyr mluví o stupňovité výstavbě právního řádu.

5. Logický formalismus normativní teorie

Normativní teorie podrobila kritické analýze celý pojmový aparát právní vědy. Úkolem teorie práva je, aby „*dodávala prostředky pro poznávání empirických normových souborů, kterými jsou – mimo jiné – právní řády*“⁴⁸, zabývat se formami, jimiž se lze zmocnit obsahu právních norem. Těmi základními formami jsou pojmy. Tyto nevypovídají samy o něčem, co má být, ale normotvůrce je užívá, chce-li stanovit normy. Teorie práva má být kritickou, tj. analyzovat způsob užívání obecných pojmů. Její kritické působení se má podle Weyra zastavit pouze tam, kde činnost empirického normotvůrce znamená vlastní stanovení konkrétního obsahu jím tvořených norem. Zde přestává kritika ze strany teorie a nastává její funkce interpretační.

Nazíracími formami je soustava formálních pojmů. Pro poznání přírody jsou to zejména pojmy prostoru, času a příčiny, pro poznání norem pojmy norma, povinnost, trest, vina a další. Formální pojmy, které jsou prostředkem normativního poznávání subjektu, nejsou podle Weyra získávány ze skutečnosti, nýbrž jsou lidskému intelektu vrozeny stejně nebo alespoň podobně jako představy a pojmy prostoru a času v přírodovědném poznání.⁴⁹ Tyto formální pojmy jsou prostředkem k poznání každého právního řádu bez ohledu na jeho konkrétní obsah.⁵⁰ Formální pojmy norma a povinnost jsou pojmy základní, které nelze dále členit. Ostatní formální pojmy jsou od těchto dvou pojmových pilířů odvozeny. Podmínkou normativního poznávání jsou nejen formální pojmy, ale i apriorní pravidla normativního myšlení vyplývající z normativní noetiky. Vedle základních formálních pojmů norma a povinnost právní věda užívá další obecné pojmy, jako jsou

⁴⁵ Ve snaze odlišit právní normy od norem jiných, zejména morálních, Kelsen formuloval sankční teorii právní normy, podle níž má-li někdo povinnost a nesplní-li ji, má být proti němu zakročeno sankcí. KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press, 1967, s. 50.

⁴⁶ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 46.

⁴⁷ Weyr si uvědomoval, že k odlišení náboženských norem, např. od norem etických, používáme také kritérium formální, neboť tyto pocházejí od nadpozemského normotvůrce, tj. od Boha. WEYR, F. *Teorie práva*, s. 69.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 12.

⁴⁹ Přes společný kritický idealismus existují v pohledu Kelsena a Weyra určité rozdíly. Weyrova normativní teorie na rozdíl od ryzí nauky právní předpokládá, že formy času a prostoru jsou lidskému rozumu již vrozeny, a proto předchází postupně získávané zkušenosti.

⁵⁰ Weyr odmítá názor, že ústřední pojmy právního nazírání, jako je norma, povinnost a další, jsou jaksi „skryty“ v různých právních řádech a že je možno je pilným studiem těchto řádů odhalit. Opak je podle Weyra pravdou, neboť bez těchto ústředních pojmů nelze žádnému právnímu řádu porozumět, a jsou tudíž předpokladem, a nikoliv cílem studia. WEYR, F. *Základy filosofie právní*, s. 9.

zákon, rozsudek, soud, správní úřad, správní akt a mnoho dalších. Tyto pojmy, které jsou obsahové z hlediska obecné právní vědy, nejsou obsahovými z hlediska obecné teorie práva (normativní teorie). Samy o sobě nevypovídají o něčem, co býti má, ale normotvůrce je užívá při tvorbě právních norem. Teorie práva tedy rozlišuje pojmy podstaty práva (formální, obecné pojmy) a pojmy obsahu práva (obsahové pojmy), se kterými pracují pozitivněprávní disciplíny a které mají konkrétní normativní obsah. Pojem podstaty práva je ten pojem, který je prostředkem poznání každého souboru právních norem bez ohledu na jeho konkrétní obsah. Tyto formální pojmy „*právě pro svou formálnost jsou společně všemu normativnímu poznávání*“.⁵¹ Také obsahové pojmy (parlament, soud, úřad) samy nejsou výrazem něčeho, co býti má, ale podobně jako formální pojmy jsou pouhou pomůckou k soustavnému poznávání konkrétního obsahu normového souboru. Konstrukce těchto obsahových pojmů je věcí teorie. Se systemizací pojmů souvisí i Weyrova snaha o redukci tradičně užívaných rozlišení druhů právních norem. Normativní teorie tak zpochybnila tradiční dualismus soukromého a veřejného práva, objektivního a subjektivního práva, mezinárodního a vnitrostátního práva, dispozitivních a kogentních norem, konstitutivních a deklaratorních právních aktů apod.⁵²

6. Brněnská normativní škola

Weyrova charismatická osobnost mnohostranného právního myslitele a originalnost jeho kritického právního myšlení významně ovlivnily jeho žáky i většinu jeho fakultních kolegů. I když se s jeho normativní teorií neztotožňovali v plném rozsahu všichni pedagogové brněnské právnické fakulty a někteří ji zcela odmítali, vedla Weyrova normativní teorie k vytvoření skutečné vědecké školy, které se dostalo i širšího mezinárodního ohlasu. Bez Weyrova vědeckého ducha a působení brněnské normativní školy⁵³ by se nově zřízená brněnská právnická fakulta nestala respektovanou prvorepublikovou právnickou fakultou a z řady jejích studentů by se nestali význační právníci a právní teoretici.

Vědecká škola, jak to vyjádřil František Weyr, to je především vztah mezi učitelem (vědcem) a žákem (studentem), který není založen na jednostranném předávání informací učitelem a dogmatickým přebírání žákem, jejím úkolem je dát žáku jakýsi filosofický základ (zejména noetický), který mu umožní samostatně myslet a bádát, mnohdy i v jednotlivostech i proti svému učiteli.⁵⁴ Jako takovou charakterizoval vědeckou školu i Weyrův žák, právní teoretik a logik Ota Weinberger a zdůraznil: „*brněnská škola je zásadně otevřená a chce sloužit svobodné vědecké dynamice*“ oproti vídeňské škole, reprezentované Ústavem Hanse Kelsena, která „*má silnou tendenci hájit Kelsenovo učení advokátským způsobem*“.⁵⁵

⁵¹ WEYR, F. *Teorie práva*, s. 169.

⁵² Viz k tomu podrobněji WEINBERGER, O. – KUBEŠ, V. *Brněnská škola právní teorie: normativní teorie*, s. 43.

⁵³ Brněnská normativní škola bývá označována různě. Weyr svůj směr právní teorie označuje *normativní teorie* a její stoupence jako *normativní školu brněnskou* (WEYR, F. *Teorie práva*, s. 331, 372). Rovněž Viktor Knapp používá označení tohoto směru *normativní teorie* (KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 48). Ota Weinberger a Vladimír Kubeš ve společné monografické práci používají označení *brněnská škola právní teorie* (WEINBERGER, O. – KUBEŠ, V. *Brněnská škola právní teorie: normativní teorie*. Praha: Karolinum, 2003).

⁵⁴ WEYR, F. Pojem a podstata „vysoké školy“: Věnováno světlé památce Jaromíra Sedláčka, jednoho z nejstarších příslušníků normativní školy. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1946, roč. XXVII, s. 149.

⁵⁵ Viz WEINBERGER, O. Vývoj a perspektivy brněnské školy ryzí nauky právní. In: MACHALOVÁ, T. (ed.). *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení: K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena*. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 9.

Prvním z kolegů, kdo pochopil význam Weyrovy normativní teorie pro právní vědu a stal se jejím přívržencem, byl Karel Engliš. Weyrovi se postupně podařilo získat pro svou normativní teorii i většinu ostatních svých fakultních kolegů, až na historiky Bohumila Baxu a Josefa Vacka a později se odklonivšího Rudolfa Dominika.⁵⁶ Z Weyrových oddaných žáků, kteří se povětšinou stali jeho fakultními kolegy, můžeme připomenout zejména Otu Weinbergera,⁵⁷ Vladimíra Kubeše, Václava Chytila, Vladimíra Vybrala a Hynka Bulína.

Souhrnně ke stoupencům nebo příznivcům normativní teorie, ač někteří s určitými výhradami, patřili:⁵⁸

- národohospodář – Vladimír Vybral a Václav Chytil,
- právo ústavní – Jaroslav Krejčí a Zdeněk Neubauer,
- právo správní – Jaroslav Pošváv,
- právo finanční – Vladimír Vybral, Jan Loevenstein a Kazimír Čakrt,
- občanské právo – Jaromír Sedláček, Vladimír Kubeš a později František Bauer,
- obchodní právo – František Rouček a Karel Kyzlink,
- občanské právo procesní – Adolf Procházka, Karel Gerlich a Hynek Bulín,
- trestní právo – Jaroslav Kallab, Jaroslav Stránský, Jaroslav Pauk a Josef Kepert,
- mezinárodní právo – Josef Budník a Bohumil Kučera.

Na brněnské právnické fakultě se v meziválečném období vytvořilo široké jádro brněnské právní školy a František Weyr zůstal jejím duchovním otcem až do konce svého života. K brněnské škole se přikláněli i někteří pedagogové pražské a bratislavské právnické fakulty, někteří právníci z právní praxe a někteří absolventi pražské fakulty. Z těch významnějších to byli Jan Krčmář, Jiří Havelka, Ervin Hexner a další.

Velký rozmach brněnské normativní školy doprovázelo ale i nepřátelství a kritické projevy. Z odpůrců Weyrovy normativní teorie to byla jednak početnější skupina, která své výhrady vyjadřovala mlčením a ignorováním – sem patřila většina pedagogů pražské a bratislavské právnické fakulty a většina právních praktiků, jednak to byli aktivní polemizující odpůrci – profesori pražské právnické fakulty Jiří Hoetzel a Antonín Hobza.

Názory některých Weyrových fakultních stoupenců se se zásadami právního normativismu v určitých momentech rozcházel. Je zde třeba uvést zejména Jaroslava Kallaba, profesora trestního práva a filosofie práva. Kallab odmítal koncept striktně dogmatické právní vědy, která bývá někdy v pejorativním smyslu nazývána právoznalectvím, a zastával dnešní koncept široké právní vědy zahrnující vedle teorie a filosofie práva i další obecné právní disciplíny.⁵⁹ Karel Engliš se s Weyrem rozcházel zejména v názoru na noetický dualismus, proti kterému stavěl existenci tří názíracích forem, tzv. noetický trialismus.⁶⁰

⁵⁶ V dodatku k *Teorii práva* se Weyr souhrnně zamyslel nad vývojem normativní teorie ve vztahu k vídeňské *Ryzí nauce právní* a zhodnotil přístupy fakultních kolegů k normativní teorii. WEYR, F. *Teorie práva*, s. 331–380.

⁵⁷ Ota Weinberger svůj vztah k brněnské normativní škole vyjádřil slovy: „Charakter mého právně-filosofického učení není jen kritickým pokračováním brněnské školy ryzí nauky právní, nýbrž také přijatelným pokračováním vědeckého snažení mého učitele Františka Weyra.“ K tomu dodává: „Tvrdím [...], že mé učení nazvané ‚normativní institucionalismus‘ nebo krátce ‚neo-institutionalismus‘ je výplodem brněnské školy ryzí nauky právní.“ WEINBERGER, O. Od brněnské školy k neoinstitutionalismu. In: WEINBERGER, O. – KUBEŠ, V. *Brněnská škola právní teorie*, s. 389.

⁵⁸ Podrobně se složením brněnské normativní školy zabýval Weyrův žák a do roku 1950 Weyrův kolega, právník a filosof Hynek Bulín. Viz BULÍN, H. *Brněnská normativní škola právní (normativní teorie)*. In: *Brněnská věda a umění meziválečného období (1918–1939) v evropském kontextu*. Brno: Masarykova univerzita, 1993, s. 139–143.

⁵⁹ KALLAB, J. Několik poznámek k Weyrovu spisu „*Teorie práva*“. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1937, roč. 20, s. 262.

⁶⁰ ENGLIŠ, K. Kritika normativní teorie. In: WEINBERGER, O. – KUBEŠ, V. *Brněnská škola právní teorie: (normativní teorie)*, s. 198.

Později pod vlivem polemiky s Karlem Englišem Weyr připustil závislosti normativního poznání na poznání teleologickém a vedle kauzálních a normativních nazíracích forem připustil i poznání teleologické (noetický trialismus).⁶¹

7. Odkaz Františka Weyra a brněnské normativní školy dnešku

Weyrova brněnská normativní škola znamenala rozčerení poklidné hladiny české meziválečné právní vědy a upoutala pozornost k rozpracování teoretických otázek právní vědy a právní teorie. Byla výrazem Weyrovy ambiciózní snahy vybudovat novou skutečnou právní vědu, jedinou možnou vědu o právu, která popisuje právo jaké je, ne jaké by mělo být. Šla cestou formálního právního pozitivismu postaveného na Kantově noetickém dualismu nazíracích forem a na právním monismu odmítajícím jako logicky nemožnou konstrukci norem přirozeného práva coby norem absolutně správných a platných. Odmítnutí metodologického synkretismu v právní vědě spojila normativní teorie s eliminací všech nejuristických způsobů poznávání a metod v právní vědě (historických, sociologických, morálních, politických a dalších). Při poznávání právních norem položila důraz na rozpracování formálních právních pojmů (logický pojmový formalismus).

Přes výhrady, s nimiž se Weyr a brněnská normativní škola setkávali v meziválečném a pozdějším období, je třeba ocenit originální přístup normativní teorie k právu, její logickou konzistentnost a snahu poskytnout právní vědě metody použitelné pro poznávání práva a rozpracování jejího pojmového aparátu. Přínosnou byla snaha normativní teorie uplatňovat normativní metodologii při řešení otázek právní praxe.⁶² Normativní teorie přispěla celkově k rozpracování teoretických otázek právní vědy a právní teorie. Svým odkazem se i pro dnešek stala nepominutelnou naukou, kterou právní teorie a právní filosofie nemohou ignorovat.⁶³ Weyrovo dílo a jeho normativní teorie práva zůstávají stálou myšlenkovou inspirací pro právní vědu a teorii práva, i když vliv normativní teorie na současnou právní vědu a teorii práva je poměrně omezený.

⁶¹ WEYR, F. *Úvod do studia právnického: normativní teorie*, s. 15.

⁶² Hynek Bulín mluví o tisících právníků, kteří uplatňují myšlenky normativní teorie v praxi. BULÍN, H. *Brněnská normativní škola právní (normativní teorie)*, s. 143.

⁶³ Významný právní teoretik Viktor Knapp připomíná, že přestože nesdílel názory normativní teorie nikdy, vážil si jejího tvůrce Františka Weyra a byl pro něho *magnus magister* (velký učitel). KNAPP, V. *Miniatura k počtě Františka Weyra (a také trochu jeho odpůrce Jana Krčmáře)*. In: *K odkazu prof. JUDr. Františka Weyra: Sborník příspěvků z mezinárodní konference*. Brno: Masarykova univerzita, 1991, s. 57.

Internacionalizace výuky práva na Právnické fakultě Masarykovy univerzity

Michal Radvan*

Abstrakt: Glosa informuje o mezinárodních aspektech při výuce práva na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. PrF MU je v zahraničí uznávána jako škola podporující internacionalizaci, a to jak ve studentských a učitelských výměnách, tak v množství kurzů vyučovaných v cizích jazycích přímo v Brně. Stěžejními v této souvislosti jsou pak především krátkodobé kurzy hostujících profesorů. Text analyzuje oblast studentských a učitelských mobilit v členění na příjíždějící a vyjíždějící. Všímá si jak pozitivních aspektů, tak i problémů a výzev, kterým Právnická fakulta MU čelí v oblasti mobilit. Naznačuje další možné postupy k tomu, aby mezinárodní oblast působení byla i nadále chloubou brněnské právnické fakulty.

Klíčová slova: mobilita, internacionalizace, výuka práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Úvod

Jak píše ve svém článku Picker, Lixinski, Steel a Fitzsimmons, právnické vzdělávání se stalo globálním obchodem a univerzity se staly konkurenty ve snaze získat mezinárodní studenty.¹ Toto tvrzení platí pro Českou republiku jen omezeně, a to především z důvodů jazykových. Též historická tradice a primární poslání tuzemských právnických fakult připravovat studenty na výkon právnických profesí v České republice znamená vyučovat právo v jediném celku a v českém jazyce.² Přesto se domnívám, že již nyní nastal čas připravovat minimálně navazující magisterské programy zaměřené zejména na mezinárodní (a) obchodní právo, které by měly být vyučovány v angličtině. To jsou však úvahy pro jiný článek.

Globalizace výuky práva začala *de facto* již ve středověku s *Corpus Iuris Civilis*. Justiniánský kodex byl do jisté míry produktem severoitalských univerzit, které v 11. a 12. století toto „nové“ právo vyučovaly studenty z celé Evropy.³ Jak potvrzují i studenti Právnické fakulty Masarykovy univerzity, dnes chtějí mladí vycestovat do zahraničí a studovat tam zejména kvůli budoucímu uplatnění na trhu práce a zlepšení jazykových kompetencí.

* Doc. JUDr. Ing. Michal Radvan, Ph.D., je proděkanem pro zahraniční a vnější vztahy Právnické fakulty Masarykovy univerzity a docentem pro obor finančního práva na katedře finančního práva a národního hospodářství. Specializuje se zejména na daňové právo. E-mail: michal.radvan@law.muni.cz.

¹ PICKER, Colin B. – LIXINSKI, Lucas – STEEL, Alex – FITZSIMMONS, Dominic. Comparative Perspectives on Teaching Foreign Students in Law: Pedagogical, Substantive, Logistical and Conceptual Challenges. *Legal Education Review*. 2017, Vol. 26, No. 1, [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <https://epublications.bond.edu.au/ler/vol26/iss1/8>.

² Jak ovšem správně uvádí recenzent této glosy, „v historické tradici máme i éru, kdy studenti byli připravováni na výkon právnických profesí v německém jazyce v rámci mnohonárodnostního a právně nestejnorodého prostoru, bylo by proto vhodné zdůraznit, že výuka práva v češtině v rámci jednoho právního systému je záležitostí vývoje až po roce 1918 a ještě spíše po roce 1948“.

³ Srov. např. GLENDON, Mary Ann – CAROZZA, Paolo G. – PICKER, Colin B. Comparative Legal Traditions: Texts, Materials and Cases on Western Law. In: PICKER, Colin B. et al. *Comparative Legal Traditions: Texts, Materials and Cases on Western Law*. 4th edition. Eagan: Thomson West Publishing, 2014.

Anglicky mluvící univerzity jsou na to připraveny a otevírají jak bakalářské, tak magisterské a doktorské studijní programy v angličtině. Ostatní neanglicky mluvící školy je následují s větším odstupem a zaměřují se jednak na doktorská studia, jednak na kurzy především v anglickém jazyce. Angličtina tak nahradila latinu a vžil se pojem „Lenglish“ – *International Legal English*.⁴

Další jazyky vedle angličtiny jsou nejen na Právnické fakultě Masarykovy univerzity, ale celosvětově bohužel až na druhé koleji. Je to škoda. Především v případě francouzštiny jako jazyka diplomatů a zejména němčiny; k německy mluvícímu prostoru je z Brna blízko, české právo k němu má ideologicky a historicky pevné vazby, je zde těsná ekonomická provázanost. Počet zájemců o studium právní němčiny je však v porovnání se studenty tendujícími k angličtině marginální. To se následně projevuje také v nízké obsazenosti odborných právních kurzů v německém jazyce. Paradoxně experti z německy mluvících zemí tak přednášejí v angličtině, aby byl kurz obsazen. To samé pak platí i o španělštině a francouzštině. Přitom zájem advokátních kanceláří v Brně o německy mluvící studenty a absolventy je enormní a nabízené platové podmínky nadstandardní. O celosvětové dominanci angličtiny v právním vzdělávání svědčí obdobné zkušenosti kolegů v celé Evropě a také fakt, že právnické fakulty kdysi učící takřka výlučně v národním jazyce (typicky z Francie, Španělska, Portugalska, Itálie) dnes nabízejí výměnným studentům katalog předmětů, ve kterém převažují kurzy v jazyce anglickém.

Tento text si neklade ambici být příspěvkem vědeckým: nemá žádnou hypotézu, výzkumné metody, klasickou strukturu obvyklou pro vědecké stati. Neuvádí ani výčet odborné literatury k tématu, protože světové je jen minimum a tuzemská absenteje zcela. Vychází zejména z vlastních poznatků a zkušeností autora a z interních materiálů PrF MU. Přesto je cílem alespoň informovat o mezinárodních aspektech při výuce práva na Právnické fakultě Masarykovy univerzity. Fakulta je v zahraničí uznávána jako škola podporující internacionalizaci, a to jak ve studentských a učitelských výměnách, tak v množství kurzů vyučovaných přímo v Brně. Stěžejními v této souvislosti jsou pak především krátkodobé kurzy hostujících profesorů. Mezinárodní výměny mají nepochybně dopad i do vědeckého života na fakultě. Je evidentní, že výhody mobility převažují, přesto je však možné najít i dílčí nevýhody.

1. Mobilita studentů

Studentské mobility jsou obvykle využívány jako jedno z kritérií při sestavování žebříčků univerzit a fakult. Právnická fakulta Masarykovy univerzity si s ohledem na svoji pověst paradoxně v tomto měřítku nevede nejlépe (celkový počet přijíždějících studentů, poměr vyjíždějících studentů k celkovému počtu studentů). Má to hned několik důvodů a ty je třeba rozdělit na skupinu přijíždějících a vyjíždějících studentů.

V případě *vyjíždějících studentů* vysílá PrF MU do zahraničí pouze studenty magisterského programu a programů doktorských. Bakalářské programy jsou totiž zaměřeny spíše prakticky, na starší studenty. Nemá pro ně hlubšího smyslu vycestovat za studiem do zahraničí, protože si na fakultě prohlubují a rozšiřují své znalosti z práva, které potřebují pro výkon své každodenní profese, často mají rodiny. Poslední důvod je limitující i pro

⁴ PICKER, Colin B. et al. *Comparative Legal Traditions: Texts, Materials and Cases on Western Law*. 4th edition. Eagan: Thomson West Publishing, 2014.

studenty doktorských programů, kteří také často již pracují. Přesto se jednotlivci najdou a mobilitu využijí.

Primárně vyjíždějí do zahraničí především studenti magisterského programu Právo. Právnická fakulta jim nabízí téměř 300 míst na několika desítkách univerzit, kde mohou studovat. Nejvíce studentů využívá program Erasmus+ (případně vyjíždějí do Švýcarska, které se tohoto programu neúčastní, ale je poskytována podpora obdobná programu Erasmus+).⁵ Jak je patrné ze seznamu škol, jsou pokryty takřka všechny státy participující na programu Erasmus+, s výjimkou Švédska a Dánska. Bohužel právnické fakulty v těchto zemích trvají na reciprocitě a ekvivalenci mezi přijíždějícími a vyjíždějícími studenty, a zatímco naši studenti do Skandinávie velmi rádi vyjíždějí, o Brno zájem historicky nebyl. Přesto zůstává pro brněnské právníky velmi široký výběr zahrnující prestižní školy (např. Universität Salzburg, Catholic University of Louvain, Autonomous University of Barcelona, University of Helsinki, Université René Descartes Paris V, Eötvös Loránd University in Budapest, University of Milan, Erasmus University Rotterdam, University of Maastricht, University of Northumbria atd.).

Další studenti mají možnost pobývat na partnerských školách, se kterými má Právnická fakulta uzavřeny bilaterální smlouvy.⁶ Již od roku 1993 spolupracuje PrF MU s John Marshall Law School v Chicagu. Každý podzim přijíždí na návštěvu do Brna skupina amerických odborníků na právo, aby v rámci *Days of US Law* představili základy tamního práva našim studentům. Zároveň si vyberou jednoho až dva studenty, kterým udělí půlroční stipendium na chicagské škole. Patronem spolupráce je na americké straně profesor Michael P. Seng,⁷ který se 17. října 2018 stal nositelem čestného doktorátu Masarykovy univerzity. Dalšími již tradičními partnerskými školami jsou čínská Tsinghua University a gruzínská Georgian Institute of Public Affairs. Když jsem se v roce 2015 stal proděkanem, bylo mým cílem mít na každém kontinentu minimálně jednu respektovanou partnerskou instituci, která by umožňovala učitelské a studentské výměny, a to bez jakýchkoliv poplatků za studium. V Jižní Americe se povedlo začít realizovat studentské výměny s peruánskou University of Lima, v Asii s indickou Jindal Global Law School a National Taiwan University, v Severní Americe přibyla Thompson Rivers University v Kanadě. Australská University of New South Wales si naši fakultu vybrala sama, neboť tehdejšímu proděkanovi Colinu Pickerovi byla doporučena jako nejlepší právnická fakulta v zemích střední a východní Evropy. Spolupráce byla zahájena i s ukrajinskými školami, byť zájem našich studentů o výjezdy na Uzhorod National University či Yaroslav Mudryi National Law University je minimální; je však podle mého názoru třeba vyjít vstříc školám z východní Evropy a jejich studentům a umožnit jim to, co bylo dopřáno i našim studentům v 90. letech minulého století, tj. studovat na prestižní evropské právnické fakultě.

⁵ PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVY UNIVERZITY. Seznam zahraničních univerzit v rámci programu Erasmus+ pro akademický rok 2018/2019. In: *law.muni.cz* [online]. [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <<https://erasmus.law.muni.cz/content/cs/erasmus-na-pravnicke-fakulte/univerzity-erasmus-201819/>>.

⁶ PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVY UNIVERZITY. Seznam zahraničních univerzit v rámci mezifakultních smluv pro akademický rok 2018/2019. In: *law.muni.cz* [online]. [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <<https://erasmus.law.muni.cz/content/cs/erasmus-na-pravnicke-fakulte/partner-universities/seznam-zahranicnich-univerzit-v-ramci-mezifakultnich-smluv-pro-akademicky-rok-20182019/>>.

⁷ WIESNEROVÁ, Ema. Právníci jezdí mezi USA a Českem už čtvrt století. In: *Online.muni.cz* [online]. 19. 1. 2018. [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <<https://www.online.muni.cz/udalosti/10098-pravnici-jezdi-mezi-usa-a-ceskem-uz-ctvrt-stoleti>>.

Přestože je smluv relativně velký počet a podle počtu mobilit v těchto smlouvách je možné uspokojit více než polovinu ročníku v programu Právo, počet skutečně vyjíždějících studentů klesá:

Tabulka 1: Počet vyjíždějících studentů

Akademický rok	Počet studentů
2010/2011	102
2011/2012	101
2012/2013	105
2013/2014	149
2014/2015	138
2015/2016	121
2016/2017	106
2017/2018	108

Pokles zaznamenáváme přitom nejen na Právnické fakultě, ale i celkově na Masarykově univerzitě.⁸ Důvody tohoto poklesu mohu dovozovat pouze z vlastních zkušeností a z odůvodnění zrušených pobytů. Mnoho studentů se obává, že si zahraniční pobyt nemůže dovolit z finančních důvodů. Další již pracují a nechtějí práci ztratit. Někteří mají zdravotní či jiné problémy v rodině, jiní nechtějí prodlužovat dobu studia. V neposlední řadě se menší skupina studentů obává, že jejich jazykové znalosti nejsou na dostatečné úrovni pro odborné studium v zahraničí. Obavy se u studentů snažíme na fakultě rozptýlit několika způsoby, ať již konzultacemi s Erasmus koordinátorem, setkáváním absolventů zahraničních studijních pobytů se studenty v rámci akcí *Keep Moving*⁹ či jiných příležitostí, nebo třeba i webovým portálem, který mj. obsahuje i praktické zkušenosti studentů, kteří se již vrátili ze zahraničí domů.¹⁰ Osobně se domnívám, že důvodem pro menší zájem o semestrální výjezdy je i velké množství kurzů v angličtině, které každoročně nabízí Právnická fakulta MU.¹¹

Pro zvýšení zájmu o vyjíždějící mobility však není nutné počet cizojazyčných kurzů snižovat. Je třeba motivovat studenty k výjezdům především představením konkrétních škol těm, kteří již studium v zahraničí ukončili. Je třeba vysvětlovat, že až na výjimky nedochází k prodlužování doby studia, byť z povinných předmětů se plně uznává obvykle pouze mezinárodní právo veřejné a právo Evropské unie. Všechny další předměty se pak uznávají jako povinně volitelné, čímž se snižuje celkový počet těchto předmětů pro připuštění ke státní závěrečné zkoušce. S ohledem na relativně snazší zkoušky ve druhém roce studia od příštího akademického roku umožníme výjezdy do zahraničí i studentům druhého ročníku. Co naopak jistě ponecháme jako podmínku výjezdu je jazykové přezkoušení (s výjimkou studijních pobytů v Itálii, na Slovensku, ve Španělsku, v Portugalsku

⁸ MASARYKOVA UNIVERZITA. Výroční zpráva o činnosti 2017. In: *muni.cz* [online]. [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <https://www.muni.cz/media/3082975/mu_vzoc_2017_cz.pdf>.

⁹ CENTRUM ZAHRANIČNÍ SPOLUPRÁCE MASARYKOVY UNIVERZITY. Keep moving 2017. In: *czs.muni.cz* [online]. [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <<https://czs.muni.cz/cs/keepmoving>>.

¹⁰ PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVY UNIVERZITY. Portál Erasmus+. In: *law.muni.cz* [online]. [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <<https://erasmus.law.muni.cz/content/cs/>>.

¹¹ Viz níže.

a na Kypru), abychom garantovali partnerským školám schopnost uchazeče studovat ve vyučovacím jazyce.

Uchazeči mají možnost zvolit si maximálně tři zahraniční školy, a to bez preferencí (abychom naplňovali co nejvyšší množství smluv). Pořadí uchazečů je sestaveno podle vzorce, který zohledňuje vážený studijní průměr a známku z přezkoušení ze znalosti příslušného studijního jazyka. Studenti v posledním ročníku získávají bonifikaci, stejně tak je možné výsledek vylepšit počtem odborných předmětů vyučovaných v cizím jazyce absolvovaných na PrF MU v předchozím studiu. Ve výběrovém řízení jsou upřednostněni ti uchazeči, kteří se studijního pobytu dosud nezúčastnili.

Na Masarykově univerzitě byla v posledních měsících otevřena debata k tzv. *Mobility Window*, tedy povinnému zahraničnímu studijnímu pobytu jako součásti kurikula. Právnická fakulta se k návrhu staví negativně, a to i v profilovém programu Právo. Plně akceptujeme důvody studentů, kteří z objektivních důvodů nemohou do zahraničí na delší dobu vyjet. Jsme si vědomi, že na rozdíl od jiných oborů, kde je možné uznávat takřka jakýkoliv předmět (např. medicína, sociologie, psychologie, přírodní vědy atd.), absolvent právnické fakulty musí znát národní právo a není možné mu např. uznat občanské právo vystudované ve Španělsku jako ekvivalent českého občanského práva. K připuštění ke státní závěrečné zkoušce by měla zůstat možnost nahradit zahraniční studijní pobyt také zahraniční pracovní stáží (např. v institucích EU, v advokátních kancelářích apod.) nebo určitým počtem předmětů vystudovaných v cizím jazyce přímo na Právnické fakultě MU. Je otázkou, zda stávající jeden takový předmět je dostačující.

V případě *přijíždějících studentů* je tendence přesně opačná a je patrný nárůst počtu studentů ze zahraničí studujících na Právnické fakultě MU:

Tabulka 2: Počet přijíždějících studentů

Akademický rok	Počet studentů
2009/2010	24
2010/2011	46
2011/2012	41
2012/2013	55
2013/2014	60
2014/2015	62
2015/2016	79
2016/2017	104
2017/2018	119

Když jsem byl v roce 2011 jmenován Erasmus koordinátorem, dostal jsem od tehdejší děkanky Naděždy Rozehnalové úkol zvýšit počet přijíždějících studentů. Nemohl jsem se bohužel vydat cestou Právnické fakulty Univerzity Karlovy: jak mi s nadsázkou řekl tamní proděkan, v jejich případě stačí k získání zahraničních studentů použít pouze slova „Praha“ a „1348“. V Brně k tomuto cíli vedlo několik cest, které bylo třeba vzájemně kombinovat. Především bylo nezbytné rozšířit nabídku kurzů v anglickém jazyce jak pro přijíždějící, tak pro vlastní studenty. Na právnické fakultě jsou otevírány dva druhy kurzů v cizím, převážně anglickém jazyce: kódem MVV (magisterský volitelný) jsou označovány povinně volitelné předměty otevřené jak pro vlastní, tak pro přijíždějící studenty,

kódem SOC (Socrates jako dřívější označení dnešního programu Erasmus+) kurzy dostupné pouze pro zahraniční studenty. Rozhodnutí o kódu je primárně na garantovi předmětu, který umí nejlépe posoudit, zda výuka kopíruje existující, obvykle povinný předmět v češtině, či zda má smysl vpustit do něj i domácí studenty, neboť rozšiřuje základní znalosti. Učitelé jsou motivováni k výuce v cizím jazyce odměnami za každou vyučovanou hodinu i za každého vyzkoušeného studenta.

V roce 2018 nabízí Právnická fakulta celkem 89 předmětů v cizím jazyce, z toho 48 s kódem MVV (27 v jarním a 21 v podzimním semestru) a 41 s kódem SOC (20 na jaře a 21 na podzim). Některé SOC předměty jsou opakovány v obou semestrech, s ohledem na rozdílné studenty přijíždějící v jednotlivých semestrech.¹² Celková nabídka cizojazyčných předmětů je celosvětově ojedinělá a s výjimkou škol, kde je prvním jazykem angličtina, naprosto bezkonkurenční. Přesto mají zahraniční studenti zájem o další předměty, zejména z oblasti obchodního práva. Je relativně překvapující, že zájem o předměty je rovnoměrně rozložen jak mezi veřejnoprávní a soukromoprávní, tak mezi „evropské“ a „národní“. Ukazuje se jako vhodné využít přítomnosti studentů z několika zemí ve výuce a zaměřit se na komparaci právních řádů v klasických právních odvětvích.

Vedle zcela zásadní široké palety dostupných předmětů bylo nezbytné propagovat Právnickou fakultu Masarykovy univerzity a Brno mezi zájemci o výjezd. K tomu pomohlo mj. postavení Brna jako oblíbeného studentského města¹³ (a s tím související rovněž solidní možnosti ubytování a levného stravování včetně piva a dalších alkoholických nápojů a také cigaret). Klíčovou roli sehrává také fungování Centra zahraniční spolupráce Masarykovy univerzity pod vedením ředitele Jana Pavlíka, které se administrativně stará o všechny studenty v rámci programu Erasmus+ a dalších programů, s výjimkou fakultních bilaterálních smluv. Na fakultu tak zbývá „pouze“ zajištění výuky.

Všechna tato pozitiva jsou průběžně zdůrazňována na mezinárodních fórech, na kterých se PrF MU účastní (*Rotterdam Law Network*, *International Association of Law Schools*, *European Law Faculties Association*) a na portálu erasmus.law.muni.cz, kde jsou mj. zveřejňovány také zkušenosti přijíždějících studentů. Nejvýznamnější jsou pak osobní reference vracejících se studentů: např. první dvě studentky z University of Lisbon znamenaly, že v dalším roce projevilo o studium v Brně zájem až 15 tamních studentů. Všechny tyto iniciativy vedly k nárůstu mezifakultních smluv v rámci programu Erasmus+, jehož pevné základy položil již můj předchůdce v roli Erasmus koordinátora profesor Josef Bejček, i k novým mezifakultním bilaterálním smlouvám. V konečném důsledku pak každoročně přijíždí více zahraničních studentů.

2. Mobilita pedagogů

Mobility studentů a učitelů jsou velmi úzce provázány. Bohužel co se týče *vyjíždějících pedagogů*, má Právnická fakulta Masarykovy univerzity relativně velké rezervy. Jak je patrné z tabulky 3, pracovníci PrF MU vyjíždějí na konference, studijní a výzkumné pobyty, výukové pobyty atd. relativně často, nicméně samotných výukových mobilit jsou jen jednotky:

¹² PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVY UNIVERZITY. Courses in Foreign Languages. In: law.muni.cz [online]. [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <<https://erasmus.law.muni.cz/content/en/erasmus-na-pravnicke-fakulte/courses-in-foreign-languages/>>.

¹³ Brno among top five student cities of the world. In: online.muni.cz [online]. 27. 2. 2017. [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <<https://www.online.muni.cz/en/news/8919-brno-among-top-five-student-cities-of-the-world>>.

Tabulka 3: Počet vyjíždějících pedagogů

Kalendářní rok	Počet výjezdů celkem	Počet výukových výjezdů
2009	180	6
2010	202	8
2011	258	5
2012	240	12
2013	288	9
2014	310	7
2015	237	9
2016	251	9
2017	262	9

Důvodem jsou především finance. Ve vědeckých projektech je takřka nemyslitelné uvést výukový pobyt, specifické programy na Právnické fakultě pamatují jen na aktivní účast na vědeckých konferencích a na síťování. K výukovým pobytům nejsou určeny ani družební pobyty na úrovni univerzity. Přesto jsou v konečném důsledku možnosti výukových mobilit široké, a to díky programu Erasmus+; všechny smlouvy, které má fakulta uzavřeny, umožňují i výjezdy učitelů. Proč je tedy zájem tak malý? Po pravdě, na tuto otázku odpověď neznám. Skupina učitelů, kteří každoročně vyjíždějí, je relativně stálá a neměnná. Další jsou zaměřeni především vědecky a již nemají čas na další služební cesty. Větší skupina osob pak pravděpodobně vyučovat v zahraničí nechce vůbec, zejména s ohledem na nedostatečnou jazykovou kompetenci, rodinu, zdravotní stav či časové vytížení. Tuto skupinu je třeba přesvědčit o potřebnosti výjezdu a je nezbytné jim k tomu vytvořit příznivé podmínky, včetně zastupitelnosti v domácí výuce.

Za aktuálně největší nedostatek na Právnické fakultě MU považuji fakt, že nejsou jakkoliv finančně podporovány pobyty na partnerských školách, se kterými je uzavřena bilaterální smlouva mimo program Erasmus+. Celosvětový program Erasmus+ ICM je nastaven zcela nesmyslně, neboť je třeba každý rok soutěžit o finance na spolupráci s konkrétní zahraniční institucí. I kdyby byl projekt v jednom roce úspěšný, šance na úspěch v dalších letech se tím podstatně snižují. Cílem však je, aby byla spolupráce dlouhodobá. Řešením je tak vytvoření fakultního programu, který by výukové mobility na partnerských školách mimo Evropskou unii podpořil.

Mnohem lépe je možné hodnotit Právnickou fakultu MU z pohledu *přijíždějících pedagogů*:

Tabulka 4: Počet přijíždějících pedagogů

Akademický rok	Počet
2010/2011	17
2011/2012	16
2012/2013	24
2013/2014	29
2014/2015	28
2015/2016	34
2016/2017	28
2017/2018	43

Když jsem převzal funkci Erasmus koordinátora a začal zajišťovat výukový program pro příjíždějící učitele, setkal jsem se s mnoha problémy. Tím největším byla nutnost zajistit v souladu s požadavky programu Erasmus+ 8 vyučovacích hodin pro každého pedagoga v rámci jeho obvykle týdenního pobytu. Většina předmětů má ovšem rozvrhovány pouze 2 hodiny přednášek týdně. Garanti mají plán přednášek připraven již před zahájením semestru a zařazení přednášky hostujícího profesora jim tento plán narušuje. Nadto může být přítomno více studentů, kteří neznají jazyk. To se týká i seminářů, které mají být spíše prakticky zaměřené. Po dohodě s tehdejší děkankou Naděždou Rozehnalovou bylo rozhodnuto nabízet příjíždějícím učitelům vyučovat svůj vlastní předmět jako povinně volitelný. Pro vyhlášení kurzu potřebujeme od učitele znát název předmětu a vyučovací jazyk, cíle předmětu, výstupy z učení, osnovu, studijní literaturu, metody výuky a metody hodnocení. Přihlížíme pochopitelně i k osobnosti pedagoga, jeho pedagogické a vědecké činnosti, renomé apod. Pakliže proděkan pro zahraniční vztahy nazná, že kurz je adekvátně připraven, požádá děkana o schválení kurzu, který je následně rozvrhován v rozsahu 10 vyučovacích hodin. Ideální je, když je kurz vyhlášen před zahájením semestru, jsme však schopni jej vypsat i v průběhu semestru a studenty o možnosti absolvovat kurz informujeme. Tato jednoduchost, rychlost a flexibilita znamenala značný zájem ze strany zahraničních pedagogů vyučovat na Právnické fakultě Masarykovy univerzity a množství kurzů vyučovaných hostujícími profesory je nejvyšší ze všech škol, které autor tohoto příspěvku mohl poznat.¹⁴

Úkolem do budoucna v dané oblasti je udržet a dále navyšovat počet kurzů hostujících pedagogů. Jak jsem již uvedl výše, zájem je značný, především ze strany evropských škol, neboť náklady mohou být hrazeny z programu Erasmus+. Pro Právnickou fakultu MU jsou tak zdarma. V případě učitelů ze škol mimo program Erasmus+ Evropa se snažíme zajistit financování z univerzitních či fakultních zdrojů. Mnoho profesorů nám vychází vstříc tím, že si např. cestu do Evropy hradí z jiných zdrojů a my proplácíme pouze ubytování a cestu po Evropě (např. Riel Franzsen z University of Pretoria a ředitel African Tax Institute), případně nesou náklady sami (pedagogové z John Marshall Law School).

Závěr

Mezinárodní spolupráce právnických fakult je nikdy nekončící proces získávání nových partnerů a zkvalitňování a prohlubování stávající kooperace. Právnická fakulta Masarykovy univerzity potřebuje aktuálně silného partnera především v Rusku: mnoho studentů se vrací k ruskému jazyku, pro právníky se zde otevírají četné příležitosti a klienti žádají advokáty s orientací v ruském právu. To platí také pro Afriku, kde ovšem narážíme na jinou strukturu studia (bloková, nikoliv semestrální výuka). Školy v USA zase mají vysoké poplatky za studium a jejich studenti nemají zájem o výjezdy do zahraničí. Je obtížné dojednat také prominutí poplatku za studium pro naše studenty, neboť americké právnické vzdělávání se stalo prosperujícím obchodem. Potřebovali bychom také silného partnera v Japonsku a v Koreji. V této souvislosti je škoda, že projekt MUNI 4.0 zaměřený též na mezinárodní spolupráci je zacílen toliko na Evropskou unii, kde je spolupráce již nyní na velmi vysoké úrovni.

¹⁴ PRÁVNICKÁ FAKULTA MASARYKOVY UNIVERZITY. Předměty vyučované zahraničními vyučujícími. In: *law.muni.cz* [online]. [cit. 2018-08-29]. Dostupné z: <<https://www.law.muni.cz/content/cs/mezinarodni-spoluprace/zahranicni-vyucujici/>>.

Je potřebné podporovat studentské výměny. Zahraniční studenti zvyšují diverzitu fakulty, nabízejí odlišné perspektivy v diskusi ve třídě, nutí domácí studenty i pedagogy znát jiné právní systémy a přístupy. Student vyjíždějící do zahraničí si vytváří síť kontaktů, po návratu může pozitivně ovlivňovat výuku na své fakultě i vývoj vlastního právního systému tím, že se seznámil s odlišnou právní kulturou.¹⁵ O potřebnosti *cross-cultural-competence* pro právníky jsou přesvědčeni Jeffrey E. Thomas a Allison Stephens, když poukazují na vyšší míru mezinárodní práce spojenou s globalizací a silnější potřebu mezikulturní práce v domácím prostředí s ohledem na imigraci a nové subkultury.¹⁶

V případě trendu klesajících výjezdů našich studentů do zahraničí jsme si vědomi potřeby lepší propagace jak studijních, tak i pracovních stáží. Jisté kroky byly naznačeny výše, mnohé si slibujeme od možnosti výjezdů již od druhého roku studia. Povinné *mobility window* není v praxi uplatnitelné ani u bakalářů, ani u magistrů a doktorandů. Co se finanční stránky věci týče, je třeba souhlasit, že stipendium (ať už na studium, či na pracovní stáž) v rámci programu Erasmus+ nemusí především ve Skandinávii a v zemích Beneluxu pokrýt veškeré náklady. Naopak v zemích střední a východní Evropy je poměrně velkorysý. V případě bilaterálních fakultních smluv dostávají studenti od fakulty mimořádné stipendium na letenky a další stipendium obvykle ve výši 10 000 Kč na měsíc od univerzity. Pokud studenti propočítají celkové náklady výjezdu zahrnující především cestu, stravu a ubytování, pravděpodobně stipendium nebude postačovat. Je však třeba si uvědomit, že i při studiu v Brně se musí stravovat, bydlet a platit za dopravu a stipendium by mělo pokrývat zvýšené náklady studia v zahraničí.

Nárůst počtu přijíždějících studentů klade na fakultu požadavek dalších předmětů vyučovaných zejména v anglickém jazyce. Je třeba motivovat především mladé pedagogy, aby měli minimálně jeden takový kurz a byl zajištěn dostatečný výběr zajímavých kurzů. Aktuálně evidují poptávku především po předmětech z oblasti obchodního práva, mezinárodního práva (např. uprchlického a azylového), ochrany lidských práv apod. O studenty musí být v Brně také dobře postaráno mimo výuku; zde oceňuji zapojení jak Centra zahraniční spolupráce MU, tak i fakultního oddělení zahraničních vztahů a dvou zdejších pracovnic Věry Redrupové a Anny Tomenendalové.

Výjezdy domácích učitelů do zahraničí je třeba podpořit nikoliv finančně, ale organizačně tak, aby byla zajištěna výuka v kurzech, kde působí. Doporučuji vytvoření fakultního programu, který by podpořil výukové mobility na partnerských školách mimo Evropskou unii. Věřím, že více pedagogů by se rádo účastnilo i obdobného programu *visiting professors*, který máme na Právnické fakultě MU. Nemám však informace, že by takové možnosti byly: obvykle se nové kurzy na zahraničních školách schvalují až několik let dopředu a musí proběhnout celosemestrálně, nikoliv blokově v rámci jednoho až dvou týdnů.

Za největší výhodu kurzů hostujících profesorů považuji především možnost komparovat vlastní právní systém s jinými systémy (např. kontinentální a angloamerický, eventuálně též islámský či postsovětský). Vedle toho je zajímavé sledovat rozdílné metody výuky, kdy především američtí a západoevropští profesori požadují načení většího množství odborné literatury ještě před zahájením výuky. Jiní pedagogové preferují diskusi ve třídě

¹⁵ PICKER, Colin B. et al. *Comparative Legal Traditions: Texts, Materials and Cases on Western Law*. 4th edition. Eagan: Thomson West Publishing, 2014.

¹⁶ THOMAS, Jeffrey E. – STEPHENS, Allison. *Cross Cultural Competence for Law* (prezentace z *Workshop on International / Foreign Students at Law Schools*). Bangor: Bangor University, 3. 9. 2016.

a skupinovou práci. Neoddiskutovatelnou výhodou je zdokonalování se v odborné angličtině, další měkkou dovedností může být poznání jiných komunikačních norem.

Z kurzů mají benefit jak studenti, tak učitelé. Ti zahraniční k nám jezdí rádi, mnozí opakovaně. Jsou mezi nimi jak mladí pedagogové v počátečních letech své kariéry, tak i uznávaní experti, např. Samuel D. Bernal a Paul Von Blum z University of California, Anthony C. K. Kakooza z Uganda Christian University, James E. Moliterno z Washington & Lee University, Riël Franzsen z University of Pretoria, Yael Efron z Zefat Academic College – School of Law (Izrael), Anna Jurkowska-Zeidler z Uniwersytet Gdański a mnozí další.

Všichni hosté oceňují organizační zabezpečení, na čemž má největší zásluhu vedoucí oddělení zahraničních vztahů Věra Redrupová. Motivací pro mnohé je také samotný status hostujícího profesora pro další kariérní postup na domácí škole. Možnost mezinárodního setkávání má vliv také na další aspekt činnosti vysoké školy – na vědu. Jen osobní kontakt mezi pedagogy a vědci může znamenat vytváření společných vědeckých projektů, publikačních výstupů atd. Mezinárodní spolupráce v právní vědě by však už byla na samostatný článek.

RECENZE

Costa Luiz. *Virtuality and Capabilities in a World of Ambient Intelligence: New Challenges to Privacy and Data Protection*. Springer International Publishing Switzerland, 2016, 199 s.

Recenzované dílo, které vzniklo na základě dizertačního výzkumu autora pod vedením profesora Yvese Poulleta¹ a později profesorky Antoinette Rouvroy,² přináší nový hodnotný pohled na problematiku střetu základních lidských práv s rostoucí všudypřítomností „chytrých“ technologií. *Luiz Costa* v něm mimo jiné reaguje na aktuální výzvy spojené s automatizovaným profilováním, algoritmickým rozhodováním či postupným omezováním soukromé sféry jedince. Ve své publikaci propojuje poznatky teoretického zkoumání nových technologií s relevantními koncepty politické filozofie a vytváří ucelený myšlenkový rámec. Ten následně využívá k rozboru a konstruktivní kritice současného převládajícího přístupu práva k ochraně soukromí a osobních údajů.

Kniha je rozdělena do dvou částí, přičemž první čtyři kapitoly uceleně představují teoretický rámec autorem řešeného problému a závěrečné dvě kapitoly představují aplikační studie. Prvně je poskytnut úvod do technologické roviny a s ní spojených rizik pro práva a svobody jednotlivců. Skrze koncept algoritmického vládnutí (*algorithmic governmentality*³) je dále poukázáno na úskalí přenášení rozhodování o právech a povinnostech do automatizovaných procesů. Inovativním využitím teoretického přístupu na základě schopností (*capability approach*⁴) pak *Costa* upozorňuje na rozdíl mezi normativním zakotvením a skutečnou možností požívat práva a svobody. Následně diskutuje nezbytné předpoklady pro ochranu těchto schopností před negativními vlivy moderních technologií a obhajuje tezi, že soukromí představuje klíčový předpoklad pro realizaci základních lidských práv. V druhé části je skrze vytvořenou teoretickou perspektivu nahlíženo nejprve na problematiku ochrany soukromí a následně na oblast ochrany osobních údajů.

Struktura díla je vysoce systematická a organizovaně provází čtenáře postupně jednotlivými podstatnými perspektivami teoretické koncepce, které jsou následně propojeny do uceleného a kvalitně vyargumentovaného myšlenkového rámce. *Costa* má zjevnou snahu obsáhnout všechny relevantní roviny problému a zohlednit hlavní myšlenkové i názorové proudy, které se k dílčím aspektům pojí. Z hlediska podkladu pro akademický výzkum dané problematiky jde tak o vysoce hodnotný zdroj, který však může na více prakticky orientovaného čtenáře místy působit dojmem zbytečně roztříštěné pozornosti. Přestože mají kapitoly srozumitelně vymezená témata, kterých se zásadně drží, v některých místech se nelze ubránit pocitu, že autor přistupuje k problematice vzhledem

¹ Yves Poulet, který knize poskytl značně pozitivní začátek v podobě předmluvy, patří mezi přední evropské odborníky na právo ICT a zvláště pak na problematiku soukromí a svobod v prostředí informační společnosti. Je také bývalým rektorem Univerzity v Namuru, Belgie.

² Antoinette Rouvroy je odbornicí na oblast ochrany soukromí, ochrany osobních údajů, rovnost příležitostí a spravedlivý proces, především v kontextu algoritmického vládnutí.

³ Jedná se o koncept podoby uplatňování moci skrze algoritmy formulovaný Antoinette Rouvroy. Bližší je pojem vyložen v pozdější části recenze.

⁴ Původně jde o teoretický přístup, za kterým stojí Amartya Sen a Martha Nussbaum. Schopnosti představují skutečné možnosti jedince ve společnosti s přihlédnutím k faktickým, např. ekonomickým, limitům.

k tématu práce zbytečně ze široka.⁵ Tento dojem může být však spíše důsledkem komplexnosti pojednávaných otázek a odbornou hloubkou argumentace, se kterou se s nimi *Costa* vypořádává.

V úvodní kapitole je čtenář nejprve uveden do kontextu skrze několik současných příkladů⁶ vznikajících prostředí tzv. „ambientní inteligence“ (*ambient intelligence*), což je pojem, který autor volí pro zdůraznění zesilující všudypřítomnosti a především přehlednatelnosti moderních „chytrých“ technologií. Následně je představena hlavní tematická osa díla, klíčové otázky a koncepty, o kterých bude pojednáno a je též zdůrazněna motivace autora, kterou je přispět k ospravedlnění role a významu základních lidských práv.⁸

Druhá kapitola pojednává o technologické rovině problematiky. *Costa* upozorňuje na roztržičnost vnímání pojmů vztahujících se k novým technologiím jak v rámci odborných studií, tak v masmédiích.⁹ Zdůvodňuje, proč pro svou práci vybírá právě pojem „ambientní inteligence“, přičemž poukazuje především na jeho flexibilitu s ohledem na konkrétní technologickou podobu a důraz na parametry, které jsou významné z hlediska následující diskuse vlivu na lidská práva a svobody.¹⁰ Jde především o schopnost přístrojů a senzorů předvídat lidské potřeby a skrze adaptabilní vzorce založené na automatizovaném profilování a strojovém učení ve své podstatě omezovat prostor svobody jedince, jelikož jeho jednání a postoje se stávají predeterminovány skrze technologie.¹¹ Tyto parametry technologií s prvky umělé inteligence jsou dále zesilovány skrze jejich povědomí o kontextu, skrze jejich značnou míru adaptace a personalizace, a především pak skrze jejich přehlednatelnost a „přirozenost“ pro uživatele.¹² Zvláštní pozornost si zaslouží podkapitola, kde jsou nastíněny různé projevy nejasného vztahu člověka k technologiím. *Costa* zde přináší svůj první příspěvek do diskuse neutrality technologií a relativity tohoto pojmu, který následně rozvíjí v dalších kapitolách. Poukazuje na časté protichůdné efekty, které mají technologie, např. rostoucí závislost na technologiích pojíci se k jejich přínosu ke zvyšování lidského potenciálu či zvýšené pohodlí uživatele vykoupené menší mírou kontroly v důsledku vyšší složitosti užitých technologií.¹³ Věnuje se též motivacím stojícím za rozvojem a rozšířením technologií a základními výzvami, které tento proces přináší možnostem jedince k seberealizaci a individuálnímu sebeurčení. *Costa* pro tento široký okruh volby chování a jednání v rámci knihy užívá pojmu „svobody“ (*freedoms*).¹⁴

⁵ Příkladem budiž podkapitola 4.4.4, kde autor v rámci fúze teoretického přístupu na základě schopností a teorií zaměřených na roli technologie ve společnosti dochází až k tématu lidského vylepšování a diskutuje možnou nerovnost mezi osobami vylepšenými za pomoci technologií a ostatními bez těchto výhod. Viz s. 81–83 recenzovaného díla.

⁶ Mimo jiné poměrně mediálně známý prototyp „chytrého“ města v podobě čtvrti Songdo v jihokorejském městě Soul. Srov. s. 3 recenzovaného díla.

⁷ Jedná se o podobu technologie, která je neviditelně zasazena do prostředí, všudypřítomná, umožňující neustálou a přirozenou interakci, která se přizpůsobuje a adaptuje na uživatele a má prvky autonomního jednání. Viz LINDWER, M. – MARCULESCU, D. – BASTEN, T. – ZIMMERMANN, R. – MARCULESCU, R. – JUNG, S. – CANTATORE, E. *Ambient Intelligence Visions and Achievements: Linking Abstract Ideas to Real-World Concepts*. In: *Design, Automation & Test in Europe Conference & Exhibition*. Mnichov, 2003, s. 10–15.

⁸ Srov. s. 11 recenzovaného díla.

⁹ V různých kontextech je popisovaný fenomén označován mj. jako autonomní či všudypřítomná výpočetní technika (*autonomic computing* či *ubiquitous computing*), internet věcí (*internet of things*), kyberfyzické systémy (*cyber-physical systems*) či právě zde zvolená ambientní inteligence (*ambient intelligence*).

¹⁰ Srov. s. 17 recenzovaného díla.

¹¹ Srov. s. 23–24 recenzovaného díla.

¹² Srov. s. 26–27 recenzovaného díla.

¹³ Srov. s. 29 recenzovaného díla.

¹⁴ Srov. s. 34 recenzovaného díla.

Následující kapitola využívá do značné míry statických pojmů, které byly definovány v předchozí kapitole a zasazuje je do dynamického prostředí „uplatňování moci skrze technologie“ (*power through technology*). Costa zde vychází z Foucaultova chápání moci jako všudypřítomného vztahového fenoménu, kterému je inherentní vymahatelnost skrze násilí i mocenské vztahy. Při rozboru určujících parametrů ambientní inteligence je přihlédnuto ke Kranzbergovu konstatování o absenci neutrality jako hodnoty technologie.¹⁵ Současně je brán v potaz i původní Clarkův koncept sledování za pomoci dat (*dataveillance*)¹⁶ a současný posun tohoto jevu do formátu „nového sledování“ (*new surveillance*), jak jej popisuje Marx.¹⁷ Za relevantní je pro další diskusi vzat především negativní jev omezujícího se prostoru pro lidské vnímání sociálních norem s ohledem na specifický kontext případu (např. soucit s pracující matkou samoživitelkou), jelikož algoritmické rozhodování je limitováno stanoveným rámcem faktorů relevantních pro daný případ.¹⁸ Costa tímto přechází k představení konceptu algoritmického vládnutí (*algorithmic governmentality*).¹⁹ Stěžejním zdrojem je zde předchozí výzkum Antoinette Rouvroy, která koncept definuje jako formu uplatňování moci skrze algoritmy sloužící k profilování a strukturování možných oblastí, kde je jednotlivci umožněno jednat.²⁰ Jde tedy o propojení datového behaviorismu (*data behaviourism*), což je pojem, který Rouvroy dříve zformulovala pro vyjádření charakteristických vlastností algoritmického „vytěžování“ dat,²¹ a následného preemptivního nastavení rámce přípustných činností jedince, kterým dochází k omezení jeho svobody volby.²² Costa posouvá tento myšlenkový rámec dále skrze propojení s filozofickým konceptem virtuálnosti (*virtuality*)²³, tak jak jej vnímají Gilles Deleuze a Pierre Lévy.²⁴ Toto propojení je zásadní pro následnou tezi, že významné riziko pro uplatnění základních práv a svobod v prostředí ambientní inteligence tkví v nenápadné ztrátě svobody volby (tedy nemožnosti realizace virtuálních alternativ) v důsledku omezujících přednastave-

¹⁵ Kranzberg ve svém pojednání uvedl, že technologie není ani dobrá ani špatná, ba ani neutrální. Viz KRANZBERG, M. Technology and History: 'Kranzberg's Laws'. *Technology and Culture*. 1986, roč. 27, č. 3, s. 544–560. Na autora je odkazováno na s. 43 recenzovaného díla.

¹⁶ Srov. CLARKE, R. Information Technology and Dataveillance. *Communications of the ACM*. 1988, roč. 31, č. 5, s. 498–512. Na autora je odkazováno na s. 48 recenzovaného díla.

¹⁷ Jde o zachycení rozmachu všudypřítomných záznamů zaměřených plošně na všechny členy společnosti a sloužící nejen k odhalování hrozeb, ale též k identifikaci tržních příležitostí, čímž se přesouvá využití sledování skrze technologie nad rámec společenské kontroly pouze za účelem její bezprostřední ochrany a dochází k rozmachu automatizovaného rozhodování v nej-různějších oblastech lidské činnosti. Srov. MARX, G. T. What's New About the 'New Surveillance'?: Classifying for Change and Continuity. *Knowledge Technology and Policy*. 2004, roč. 17, č. 1, s. 18–37. Na autora je odkazováno na s. 49 recenzovaného díla.

¹⁸ Srov. s. 51 recenzovaného díla.

¹⁹ Jde přitom o vládnutí ve Foucaultovském pojetí rozptýleného způsobu řízení chování jednotlivců či skupin v rámci společnosti, které není omezené na centralizované politické struktury. Srov. FOUCAULT, M. The Subject and Power. In: DREYFUS, H. – RABINOW, P. *Beyond Structuralism and Hermeneutics*. The University of Chicago Press, 1983, s. 208–226.

²⁰ Srov. s. 56 recenzovaného díla.

²¹ U datového behaviorismu se jedná se o přístup shromažďování údajů charakterizovaný „vytěžováním“ databází označovaných jako *big data*. Informace nejsou vytvářeny, ale pouze kontinuálně „nacházeny“ v dostupných datech. Tento proces je dále označován za „dividualizovaný“ (ve snaze vyjádřit kontrast k individualizovaným procesům), tedy nesměruje k propojení údajů za účelem odhalení individuálních subjektů, ale operuje s fragmentovanými prvky v rámci rozsáhlých množství nespojitých dat. Blíže viz ROUVROY, A. The End(s) of Critique: Data Behaviourism versus Due Process. In: HILDEBRANDT, M. – DE VRIES, E. *Privacy, Due Process and the Computational Turn*. Routledge, 2013. Na autorku je odkazováno na s. 56–57 recenzovaného díla.

²² Srov. s. 56 recenzovaného díla.

²³ Virtuálnost je zde vnímána jako vlastnost objektu v jeho abstraktní podobě, která se může, ale nemusí realizovat v konkrétním objektu (např. dobrý rodič), respektive jako potenciální stavy, které stojí v protikladu k predeterminovanému vývoji. Srov. s. 59 recenzovaného díla.

²⁴ Viz DELEUZE, G. *Différence et répétition*. Columbia University Press, 1993 a LÉVY, P. *Becoming Virtual: Reality in the Digital Age*. New York: Plenum Trade, 1998.

ných variant jednání skrze algoritmické vládnutí založeném na profilování jednotlivce.²⁵ Z této teze je pak již zřejmý krok k argumentu, že ztráta soukromí skrze plné vystavení dané osoby všudypřítomnému sledování skrze technologie ambientní inteligence je první instancí výše zmíněného vývoje, a tudíž je ochrana soukromí jedince klíčovým prvkem pro obecnější ochranu jeho svobody volby a základních práv.²⁶

Výše nastíněné teze autora do jisté míry předbíhají vlastní posloupnost jím prezentovaného argumentu, jelikož před jejich vlastním vyjádřením *Costa* dále posiluje nosnou strukturu svého myšlenkového rámce skrze propojení již zmíněného s teoretickým přístupem na základě schopností (*capability approach*). Na začátku čtvrté kapitoly je čtenář seznámen s tímto koncepčním rámcem, který zformulovali *Amartya Sen* a *Martha Nussbaum* v 80. letech jako alternativu k ekonomickým teoriím sledujícím měřítko blahobytu. Schopnosti (*capabilities*) jsou vnímány jako skutečné možnosti, které se jednotlivci nabízejí při životních rozhodnutích, které může ovlivnit s ohledem na individuální preference. Tyto schopnosti jsou tedy stavěny do kontrastu s příležitostmi, které jsou normativně zaručeny, ale faktické či jiné překážky znemožňují jejich reálné naplnění. Hlavní osou této teoretické konstrukce je rozlišování svobod (*freedoms*)²⁷ a prostředků k dosažení svobod (*means to freedom*). Snahou je zohlednit skutečnost, že život má mnoho vrstev a že užitek ze svobody je vázán na dostupné prostředky a okolnosti.²⁸ Přístup dále rozlišuje mezi svobodou a činem (*achievement*), tedy individuální formou realizace dané svobody.²⁹ Schopnosti v tomto pojetí nelze ztotožňovat se základními lidskými právy, jde však do značné míry o paralelní pojmy.³⁰

V závěru první části *Costa* formuluje nosné teze vyplývající z vytvořeného myšlenkového rámce. Hlavní tezí je, že přístup na základě schopností lze příhodně provázat s teoretickým přístupem k algoritmickému vládnutí pro lepší pochopení prostředí ambientní inteligence. Kde algoritmické vládnutí vede k režimu modelování hrozeb a příležitostí z privilegovaného úhlu pohledu správce systému nebo jeho beneficienta, vnímání schopností přenáší pozornost na možné spektrum života, který mají jednotlivci v daném prostředí možnost žít a otevírá tak cestu k vymezení obecného blaha společnosti.³¹ Propojení přístupu na základě schopností s výše nastíněným myšlenkovým rámcem tak otevírá prostor pro nový pohled na důsledky technologického vývoje pro svobody a možnosti jednotlivce, což lze pokládat za hlavní přínos *Costova* díla. Dané zahrnutí politicko-filozofického rámce rozšiřuje již tak poměrně robustní technologicko-právní teoretickou konstrukci díla a přináší veskrze nový pohled na nalézání podstatných prvků, ke kterým je při utváření právního rámce na místě přihlížet.

Costa dále představuje závěr, že virtuálnost je nezbytná podmínka pro existenci schopností ve světě ambientní inteligence. Zachování virtuálnosti ve výše nastíněném smyslu zachycení abstraktních možností podob života je ochranou před strojovým diktátem podoby života jednotlivce skrze technologii. Preemptivní a profilovací kapacity ambientní inteligence vedou ke stanovení „potenciální“ (ve smyslu dosažitelného lidského potenciálu) podoby života jedince, ke které má být směřován ve snaze odstranit společenské

²⁵ Srov. s. 85–86 recenzovaného díla.

²⁶ Srov. s. 128–129 recenzovaného díla.

²⁷ Pojem svobody je zde na místě vnímat v kontextu představeném v druhé kapitole díla.

²⁸ Srov. s. 69 recenzovaného díla.

²⁹ Srov. s. 73 recenzovaného díla.

³⁰ Srov. s. 76–77 recenzovaného díla.

³¹ Srov. s. 85 recenzovaného díla.

následky nejistoty a nenaplnění daného potenciálu, což však současně brání vývoji a rozvoji základních subjektivních schopností ve smyslu dosahování individuálních svobod.³² Zachování prvku virtuálnosti (tedy jisté míry nedeterminovanosti) v prostředí algoritmického vládnutí je předpokladem zachování svobody jedince rozhodovat o konkrétní podobě svého života, tedy samotné možnosti a schopnosti se rozhodnout nenaplnit zcela svůj potenciál, který je možné profilováním identifikovat a algoritmickým vládnutím prosazovat.³³ Tuto tezi je na místě vnímat jako hodnotný a z teoretického hlediska robustně argumentovaný podklad pro další specifické myšlenkové konstrukce směřující k efektivnímu zachování přiměřené míry soukromí a svobody volby skrze nezbytnost omezení jistých funkcí moderních technologií ve společnosti.

Závěrečné teze nakonec upozorňují na možný nárůst strukturálních nespravedlností skrze algoritmické vládnutí. *Costa* zdůrazňuje provázanost jednotlivých lidských práv, ale i procesů tvorby právních norem a rozhodování o právech a povinnostech. Poukazuje na předvídatelné tendence odstraňování procesních záruk v algoritmicky rozhodovaných procesech, rostoucí prostor pro diskriminaci a faktickou ztrátu významu specifického kontextu pro individuální rozhodování. Akcentuje, že je nutno zohledňovat provázanost procesů a příležitostí stejně tak jako občanských, politických, sociálních a ekonomických práv jednotlivce. Právo by v tomto směru mělo sloužit jako nástroj k limitaci vlivu algoritmů a posilování individuálních svobod.³⁴

Je do jisté míry škoda, že čtenářem může být tato klíčová část díla představující auto-rovy teze vnímána jako nesnadno přístupná, jelikož si zachovává převážně akademický formát. Zde by zřejmě prospělo zahrnutí některých konkrétnějších příkladů, které jsou jinak frekventované v předchozích i následujících kapitolách knihy a veskrze přínosné. Na druhou stranu je však nutno akceptovat limity možného zjednodušení formulace závěrů s ohledem na složitost řešené problematiky a strukturu myšlenkové konstrukce, která byla v předchozích kapitolách představena. Současně jsou zmíněné teoretické závěry z větší části aplikovány v následujících dvou kapitolách na specifické oblasti ochrany soukromí a ochrany osobních údajů, čímž dochází k jejich srozumitelnějšímu představení čtenáři.

Pátá kapitola je zaměřena na uchopení pojmu soukromí a využití vytvořeného myšlenkového rámce pro vymezení role soukromí při zprostředkování skutečných možností k realizaci svobod v podobě základních lidských práv. *Costa* se nejprve vydává prozkoumávat pojem soukromí z hlediska jeho různých dílčích projevů, ať už to v právní teorii, či v rozhodovací praxi Evropského soudu pro lidská práva. Tato část kapitoly odborně znalému čtenáři nepřináší příliš nových informací, představené shrnutí a vymezení pojmu je však systematicky nezbytné pro srozumitelnost následné argumentace. Hlavní pozornost je s ohledem na kontext ambientní inteligence věnována informačnímu soukromí a nezbytnosti soukromí pro požívání většiny základních práv a svobod. Zde *Costa* především souhlasně tlumočí dřívější názory *Rouvroy* a *Poulleta*,³⁵ než že by v tomto směru do diskuse přinášel nový pohled. Tím jsou až jeho následná přihlídnutí k virtuálnosti a pří-

³² Srov. s. 62 recenzovaného díla.

³³ Srov. s. 86 recenzovaného díla.

³⁴ Srov. s. 89 recenzovaného díla.

³⁵ Srov. ROUVROY, A. – POULLET, Y. The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy. In: GUTWIRTH, S. – POULLET, Y. – DE HERT, P. – TERWANGNE, C. – NOUWT, S. (eds). *Reinventing Data Protection?* Dordrecht: Springer Netherlands, 2009, s. 45–76. Na autory je odkazováno na s. 120 recenzovaného díla.

stupu na základě schopností. Jelikož s virtuálností bytí se pojí jeho jistá míra neurčitosti a nejistoty, které jsou současně vnějším znakem života s prvkem soukromí jakožto projevu intimní autonomní sféry, lze při ochraně soukromí hovořit též o ochraně virtuálnosti životních možností ve smyslu jejich variability a neurčitosti. Ve vztahu ke schopnostem pak lze vnímat nový pohled na roli soukromí, který umožňuje lepší pochopení lidského jednání a podporuje tezi, že soukromí je nezbytným předpokladem řady základních práv.³⁶

Poslední kapitola je věnována právnímu rámci ochrany osobních údajů. Zde *Costa* využívá shromážděných poznatků převážně pro konstruktivní kritiku současného přístupu k ochraně osobních údajů s přihlédnutím k budoucímu technologickému vývoji. Zdůrazňuje rostoucí roli automatizovaného profilování³⁷ a limity faktické autonomie subjektů údajů při kontrole nad jejich osobními údaji.³⁸ Předkládá argumenty pro upozadění ochrany osobních údajů jako nástroje jednotlivce v podobě souhlasů a smluvních ustanovení ve prospěch regulatorního rámce postaveného na nosných principech a odpovědnosti zpracovávajícího subjektu.³⁹ Diskutuje též rostoucí význam záměrné ochrany osobních údajů v podobě nezbytného přihlédnutí k dopadům na osobní údaje již při vývoji technologií a utváření procesů.⁴⁰ Neopomíná ani diskusi na téma transparentnosti zpracování a limitů, které především u databází a algoritmů typických pro prostředí ambientní inteligence představují technologické možnosti, ale i kolidující právní úprava duševního vlastnictví.⁴¹ V závěru upozorňuje na konflikt mezi požadavky na volný pohyb datových toků a na minimalizaci zpracováváných osobních údajů a přiklání se k prosazování principu spravedlivé agregace (*just aggregation principle*), tak jak jej formulovala *Julie Cohen*.⁴²

Přestože závěrečná kapitola přináší řadu zajímavých dílčích tezí týkajících se nedostatků či bariér současné koncepce ochrany osobních údajů ve stále automatizovanější a komplexnější technologické společnosti „kapitalismu sledování“ (*surveillance capitalism*⁴³), nelze pominout, že se *Costa* v této části ve značné míře odklonil od avizované aplikace vytvořeného myšlenkového rámce a čtenář se tudíž cítí mírně ochuzen. Zvolené zpracování problematiky ochrany osobních údajů totiž v převážné míře nevybočuje z intencí soudobé diskuse a autor tak nepřináší zásadní inovativní teze, které by se daly srovnat s výše představenými výsledky teoretické části jeho výzkumu. Přesto nelze tvrdit, že by se závěrečná kapitola svou kvalitou významněji odlišovala od zbytku díla, pouze zde nedošlo k plné kapitalizaci na potenciálu, který byl úvodní teoretickou částí vytvořen.

Kniha i za těchto okolností přináší na necelých 200 stranách vysoce koncentrovaný, avšak přesto přístupný, příklad kvalitního představení výstupů dizertačního výzkumu v oblasti, která je předmětem rostoucího zájmu nejen v akademických kruzích. Problematika nastavení vhodného přístupu k právnímu rámci ochrany základních lidských práv v prostředí s rostoucí rolí technologií, které shromažďují údaje o jednotlivci, profilují jeho vnitřní i vnější osobnostní charakteristiky a ve stále větší míře ovlivňují jeho právní

³⁶ Srov. s. 129 recenzovaného díla.

³⁷ Srov. s. 143 recenzovaného díla.

³⁸ Srov. s. 145 recenzovaného díla.

³⁹ Srov. s. 146–147 recenzovaného díla.

⁴⁰ Srov. s. 153–154 recenzovaného díla.

⁴¹ Srov. s. 158–160 recenzovaného díla.

⁴² Principem spravedlivé agregace je především sledována přiměřená míra ochrany před individualizovaným nakládáním s daty skrze prosazování sémantické nespojitosti mezi různými významovými kontexty dat. Srov. COHEN, J. E. *Configuring the Networked Self*. New Haven: Yale University Press, 2012. Na autorku je odkazováno na s. 163 recenzovaného díla.

⁴³ Srov. ZUBOFF, S. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*. 2015, roč. 30, č. 1, s. 75.

postavení skrze automatizované rozhodovací mechanismy, je vysoce aktuálním tématem. Jeho řádné uchopení vyžaduje propojení poznatků z technologické sféry s právní rovinou, kterou je v řadě směrů nutné opírat o teoretické prameny morální či politické filozofie. Skutečnou výzvou pro autora je pak nalezení vhodné rovnováhy mezi dostatečným zohledněním všech významných konceptů a poznatků za současného udržení dostupnosti díla širokému okruhu čtenářů, kteří často nemusí disponovat srovnatelným teoretickým či filozofickým rozhledem. *Luiz Costa* nabízí zdařile bilancované pojednání, které na jedné straně bohatě a důsledně čerpá z hluboce propracované reflexe dostupných teoretických poznatků, ale současně zachovává tok textu a přístupnost výkladu, které dílo nečiní nepřístupným širší čtenářské obci. Technologická rovina není natolik hluboká, aby odrazovala zájemce z řad právníků, a propracovaná teoretická myšlenková konstrukce nabízí celé spektrum poutavých a podnětných tezí a myšlenek, které posouvají odbornou diskusi dané problematiky.

František Kasl*

* Ing. Mgr. František Kasl, Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: frantisek.kasl@mail.muni.cz.

Re-establishment of the Brno's Faculty of Law in 1968–1969

Jaromír Tauchen

Abstract: The Faculty of Law of Masaryk University, which had been established in 1919, was closed in 1950. In this paper, the author outlines the efforts which led to the re-establishment of the Brno's Faculty of Law in the rather relaxed atmosphere of the late 1960s. The paper is based on vast research of the documents stored in the Archive of the Masaryk University and in the National Archive of the Czech Republic. It contains information that has never before been published. The paper emphasises mainly the efforts of the management of Jan Evangelista Purkyně University in 1968 aiming at re-opening of the Faculty of Law in Brno, after twenty years during which it had been closed. It is also explained how this process was complicated, as there were other Moravian towns that had been interested to have a Faculty of Law in their territory, and how certain so-called bourgeois professors, i. e. teachers who had been removed from the faculty after 1948 (Vladimír Kubeš, Hynek Bulín, Jaroslav Pošváb, Jiří Cvetler) got involved in this process. Last but not least, the paper also describes the first months following the re-establishment of the faculty, i.e. from April 1969 till the ceremonial start of new school year in October 1969.

Key words: Masaryk University, Faculty of Law, Jan Evangelista Purkyně University in Brno, socialism, Vladimír Kubeš, Jiří Cvetler

Is the Existence of Private Law Threatened?

Jan Hurdík – Markéta Selucká

Abstract: The submitted paper focuses mainly on the questions of the system of private law and on its ability to resist the infringement of its coherence. The authors pay their attention to the significant risks of its historical and doctrinal nature and also to the risk arising from the contemporary developments not only in practice but also (regulated by private law) with the corresponding development of law itself. The solution can be seen in the return to the discussion about the criteria distinguishing between private and public law and expressing both the nature and functional potential of types of the approaches to the legal regulation.

Key words: system of laws, dichotomy of private/public law, method of legal regulation, horizontal effect of fundamental rights, constitutionalization of private law

Constructive Interpretation – Unwanted Visitor or Welcome Guest?

Josef Kotásek

Abstract: A constructive interpretation of the contract is one of options, how to fill a gap in contract arrangements. We proceed from the hypothetical will of the parties at the time of the contract conclusion. In most countries, constructive interpretation of the contract is a standard tool to fill in contract gaps. In Czech law, however, it has been rejected in explanatory report to the Civil Code. Unification models dealing with constructive interpretation (DCFR, CESL), have not been adopted. Its destiny is thus uncertain. It must be taken into account that post-socialist country like Czech Republic will be more sensitive to risks of constructive interpretation (e.g. interfering in the autonomy of parties, information deficit of courts, “temptation of hindsight”, social engineering). In this paper, the author examines the possible adoption of the “constructive interpretation of the contract” in the Czech law within unspoken competition with traditional “gap filling” tools. The author holds pragmatic conclusion that this competition will be fatal for the constructive interpretation: the aim to fill in the gaps could be achieved by normative interpretation of contracts or in the context of ordinary lawmaking. A “constructive interpretation of the contract”, which simulates the hypothetical will of the parties retroactively at the time of the contract conclusion, with reservation for exceptional cases, is in principle not necessary.

Key words: constructive interpretation, contract interpretation, normative interpretation, implied terms, complete express contract

Philosophy of Crime at the Brno Criminal Law School

Vladimír Kratochvíl

Abstract: The article surveys approaches of main representatives of the criminal-law theory, who have worked at the Masaryk University Faculty of Law since its establishment in 1919, i. e. mainly in the inter-war period. Criminal act as a crucial term of substantive criminal law in its broader perspective, i.e. the philosophical approach, and narrower meaning, i. e. the criminal-law theoretical approach, and conceptual (definitional) determination, has undergone various historical, current or contemporary rignmaroles. Their connection with the very Brno Faculty of Law then entitles us to call these approaches – “The Brno Criminal Law School”. The core of the article is then, mainly from the historical perspective, connected with names, such as Jaroslav Kallab, Erich Olšar and others. Attention will be paid to their work also mainly from the perspective whether and how they inspired the following, or current development in Czechoslovak, or Czech criminal-law theory, and not only at the Brno Faculty of Law.

Key words: Brno Criminal Law School, philosophy of criminal law and crime, compatibilism (soft determinism), konvergention, integration, theory of the criminal law, formal-materal concept of the crime

Law and Literature: Brno Connection

Martin Škop – Terezie Smejkalová – Markéta Štěpáníková

Abstract: Law and Literature movement belongs among today's critical legal-philosophical movements. This movement springs out from idea that law can be treated as a language, including its literary form. Therefore, it understands the law as a cultural artifact that can be subjected to the same or comparable research as any other literary text. At present, this approach mainly operates with methods that can help general legal methodology and specific methodology the interpretation of legal texts. The article “Law and Literature: Brno connection” focuses on the description of the movement, with an emphasis on the current trends in the field (which have its origin and context, which can not be overlooked), especially taking into account the direction of “Law as Literature” and taking into account the possibility of adapting this direction to the Czech legal environment. The article focuses on the possibilities of using literary interpretation in law (context analysis, including overinterpretation, audience analysis, narratology) and the potential effects of literature on law (persuasion, cultivation). Deeper interest in this issue is evident at the Faculty of Law of Masaryk University so this research institute cannot be passed over. The article therefore represents the findings realized at Brno Faculty as the most prominent workplace in this field and shows the existing research findings in this segment of law examination.

Key words: law and literature, interpretation, legal methodology, narrative, argumentation

Virtualization of Legal Relations and New Regulatory Methods in Positive Law

Radim Polčák – František Kasl – Pavel Loutocký – Jakub Míšek – Václav Stupka

Abstract: Growing importance of information technologies brings also the need for continuous updating of particular features of the mechanism of legal regulation. The purpose of such updates is to provide for stable efficiency of law. This text analyses two relatively new regulatory methods in cyberlaw based on performative rules and smart rules. The paper shortly explains these methods and demonstrates their use on examples from cybersecurity law, personal data protection and on-line resolution of consumer disputes.

Key words: performance-based rules, smart rules, cybersecurity, ODR, personal data

Law and Technology (Note on Information Technology Law Research at the Faculty of Law of Masaryk University)

Matěj Myška

Abstract: This short paper presents the Institute of Law and Technology which was founded in 2010 as the first and so far only specialised academic institution focused on the law of information and communication technologies and other technological branches of law. Attention is paid to the research areas of the Institute, as well as the achieved results. Next the Institute's pedagogical activities in this field, national and international co-operation, important organised events and conferences as well as the future direction and strategic areas of the research are presented.

Key words: law, technology, information technology law, research, teaching, Faculty of Law of Masaryk University, Institute of Law and Technology

František Weyr and Brno Normative School

Miloš Večeřa

Abstract: 2019 marks the 100 years since the Brno Faculty of Law, Masaryk University was founded and 140 years since the birth of its excellent pedagogue, legal philosopher, legal theorist and lawyer Professor František Weyr who fundamentally contributed to the flourishing of legal theory and legal philosophy. With his thoughts and spiritual contribution, František Weyr gave the Faculty of Law in Brno a unique character in the inter-war period by laying the foundations of normative theory of law and forming the Brno normative school. Weyr's normative theory of law strived to create a real, exact theory of law by applying the normative methodology of legal cognition based on Kant's and Schopenhauer's critical idealism, strictly distinguishing normative cognition from causal cognition. The basis of Weyr's theory of law as a science of norms was a formally logical construction of legal norms and a critical analysis of the conceptual apparatus of the legal science. Weyr was influenced by the normative theory of the Austrian legal theorist Hans Kelsen, but he went his own way in a number of questions. The Brno normative school included the majority of teachers at the Brno Faculty of Law and its importance went beyond the national boundaries.

Key words: theory of law, legal norm, normativity, normative theory, Brno normative school

Internationalization of Law Education at the Faculty of Law, Masaryk University

Michal Radvan

Abstract: This article informs about the international aspects of teaching law at the Faculty of Law, Masaryk University. The Faculty of Law is recognized abroad as a school promoting internationalization, both in student and teacher exchanges, as well as in a number of courses in foreign languages taught directly in Brno. In this context, the key courses are primarily the short-term courses taught by the visiting professors. The text analyzes the area of students and teachers mobility, both incoming and outgoing. It looks at both positive aspects and problems and challenges faced by the Faculty of Law in the field of mobilities. It suggests other possible ways for the international activities so that this area continues to be the pride of the Faculty of Law, Masaryk University, in Brno.

Key words: mobility, internationalization, law education, Faculty of Law, Masaryk University

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, tel.: 221 990 711), nebo v distribuci Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. 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>