

Mezinárodní investiční arbitráž a vláda práva v hostitelských státech

Zdeněk Nový*

Abstrakt: Článek nabízí pohled na mezinárodní investiční arbitráž jako na nástroj prosazování vlády práva v hostitelském státě. Současný převážně ideologický boj proti mezinárodní investiční arbitráži opomíjí pozitiva její existence. Zánik mezinárodní investiční arbitráže či její proměna ve zcela odlišný právní koncept, jako např. stálý investiční soud, umožní vyšší morální hazard států, sníží jejich motivaci plnit mezinárodní závazky a být obezřetnými při spravování věcí veřejných jak vůči investorům, tak vlastním občanům. Článek se zabývá pojmem vlády práva obecně a následně jej aplikuje na oblast mezinárodní ochrany investic. V rámci ní je vláda práva rozdělena do dvou větví. První se zaměřuje na substantivní ochranu investic. Konkrétně rozebírá dílčí požadavky standardu spravedlivého a rovného zacházení, jako např. konzistentnost jednání státních orgánů či stabilitu právního řádu. Druhá větev rozboru se dotýká mechanismu mezinárodní investiční arbitráže jako způsobu řešení sporů. Zejména se zaměřuje na soudní řízení jako alternativu vymáhání práv investora. Poukazuje přitom na nesnáze a nejasnosti, které se sebou soudní řízení nese. Rovněž je v této části demonstrována hypotetičnost odpovědnosti státu na příkladu českého práva. Článek nemá za cíl slepě adorovat mezinárodní ochranu investic, leč otevřít kritickou diskusi o jejich kladech i záporech, která jediná může být základem eventuální reformy tohoto způsobu řešení sporů.

Klíčová slova: investiční arbitráž, legitimní očekávání, odpovědnost státu, spravedlivé a rovné zacházení, vláda práva

Vstupní úvaha

V posledních letech můžeme sledovat značnou nevoli vůči mezinárodní investiční arbitráži (dále „MIA“).¹ Tento protiúder zasazený MIA je třeba vnímat zejména ve světle recentní deklarace členských států Evropské unie (dále „EU“) k rozsudku Soudního dvora EU (dále „SDEU“) ve věci *Achmea*.² Dle této deklarace tzv. intraunijní dohody o ochraně investic (BIT) mezi nimi použitelné.³ Komise pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) pak intenzivně vyjednává o tom, jak „napravit“ dysfunkční systém MIA na globální úrovni.⁴

MIA údajně neposkytuje ochranu veřejnému zájmu, leč pouze právům investorů.⁵ Bývá též předkládán argument, že částky přisuzované mezinárodními arbitry jsou enormní,

* Mgr. Zdeněk Nový, Ph.D., LL.M. (EUI), Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: zdenek.novy@law.muni.cz.

¹ Srov. obecně WAIBEL, Michael (ed). *Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Austin: Wolters Kluwer, 2010.

² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018 in Case C-284/18 *Slowakische Republic v Achmea BV* ECLI: EU: C: 2018:158. Dostupné z: <<http://www.curia.eu>>. Veškeré odkazy na elektronické zdroje v tomto článku platí k 14. 8. 2019.

³ *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*. Dostupné z: <www.ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>.

⁴ Srov. dokumenty připravené *Working Group III*, která se zabývá mezinárodní investiční arbitráží. Dostupné z: <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state>.

⁵ Srov. např. VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness and the Rule of Law*. *Osgoode Digital Commons*. Dostupné z: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/364/>.

a v konečném důsledku je uhradí daňoví poplatníci v arbitráži neúspěšného státu. MIA je nevýhodná také proto, že pouze investor, často ekonomicky prosperující korporace, může zahájit na základě mezinárodní dohody o ochraně investic jednostranně arbitráž, kterážto možnost není dána žalovanému státu. Rozhodci, motivovaní vlastním ekonomickým prospěchem, jsou zpravidla naklonění zájmům investora, a jejich rozhodování je proto tendenční. Rozhodování arbitrážních tribunálů pak zasahuje do oblastí, které mají spadat do výhradní působnosti jednotlivých států jako např. právo regulace v oblasti ochrany veřejného zdraví či životního prostředí.

Tento článek polemizuje s kritikou MIA jako způsobu řešení sporů mezi státem a investorem. Výchozí hypotézou článku je, že MIA může sloužit jako dílčí a doplňkový nástroj prosazování vlády práva v hostitelských státech. Volání po konci MIA je často důsledkem obavy některých států z odhalení protiprávních kroků státu či závažných nedostatků při jeho správě.⁶ Odstranění či inhibice MIA může být zdrojem zvýšení morálního hazardu na straně států a v konečném důsledku snížení úrovně zachovávání vlády práva nejen vůči investorům, ale všem subjektům vnitrostátního právního řádu.⁷

1. Prolegomenon: stav vlády práva v ČR

V hodnocení studie *Rule of Law Index* pro rok 2019 ČR zaujala 19 místo.⁸ Jediným indikátorem problému v řečené zprávě je stav korupce v naší zemi. Tam se umístila až na 34. místě.⁹ Pokud vezmeme v potaz, že bylo do zprávy zahrnuto 126 zemí, můžeme hovořit o úspěchu. Má tedy ČR vůbec nějaký problém s respektem k vládě práva?

Podle našeho názoru existují indicie vážných nedostatků fungování českého státu a nedodržování dílčích součástí vlády práva. V ČR absentuje koncepce ve strategických oblastech regulace. S tím se pojí náhlé a nepromyšlené změny právních předpisů. Zároveň si je třeba uvědomit, že právě ve strategických oblastech fungování států, jako např. energetika, se objevují významné zahraniční investice a investoři.¹⁰

Autoři Bakeš a Vojtěch upozorňují např. na notoricky (a již mezinárodně) známou nepřehlednost a nestabilitu českého daňového systému.¹¹ Předvídatelnost práva v této oblasti je přinejmenším problematická, a to i pro odborníky. Jestliže se v českém daňovém systému hůře orientují i domácí odborníci, je to o poznání složitější pro zahraniční investory.

⁶ Srov. BALAŠ, Vladimír – ŠTURMA Pavel. *Mechanismus řešení sporů mezi investorem a státem*. Dostupné z: <<http://www.bulletin-advokacie.cz/mechanismus-reseni-sporu-mezi-investorem-a-statem-ids>>. Veřejnost se může dozvědět o probíhajících arbitrážích nejenom z činnosti médií, ale především z veřejně dostupných rozhodčích nálezů. Srov. např. ITALAW. Dostupné z: <<https://www.italaw.com/>>.

⁷ Vladimír Balaš hovoří o poskytnutí inspirace totalitním a nedemokratickým státům. Srov. BALAŠ, Vladimír. Jsou dvoustranné dohody o ochraně investic uzavřené mezi členskými státy stále platné, nebo došlo po přijetí rozhodnutí Soudního dvora k nějaké radikální změně? *Bulletin advokacie*. 2019, č. 4, s. 32.

⁸ Srov. World Justice Project. *Rule of Law Index*. 2019, s. 64. Dostupné z: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced_0.pdf>.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Srov. *China's long game to dominate nuclear power relies on the UK*. Dostupné z: <<https://www.theguardian.com/environment/2018/jul/26/chinas-long-game-to-dominate-nuclear-power-relies-on-the-uk>>.

¹¹ BAKEŠ, Milan – VOJTĚCH, Jakub. Czech Tax Law Instability in Times of Economic Prosperity. *The Lawyer Quarterly*. 2019, Vol. 9, No. 1, s. 1–12.

Druhou oblastí finančního práva jsou dnes již pověstné zajišťovací příkazy, které mohou vést až k insolvenčnímu zániku daňových subjektů.¹² Rozsudek správního soudu, který jim dá za několik let za pravdu, přichází jaksi *post festum*.

Třetí oblast hodná zmínky je regulace solárních elektráren. Česká republika, stejně jako Itálie a Španělsko, nyní čelí investičním arbitrážím v této oblasti.¹³ Důvodem je, *in nuce*, experiment českého zákonodárce, který „vsadil“ na zelenou energii, aby následně svoji strategii v této oblasti opustil, neboť zjistil její neúnosnost.

Zadávání veřejných zakázek v ČR je již evergreenem. Bezpečností informační služba pravidelně zařazuje tuto oblast mezi problematické ve svých výročních zprávách.¹⁴ Např. zpráva z roku 2016 nabízí zajímavý vhled, že některé státem ovládané subjekty se snažily právní předpisy v oblasti zakázek obcházet, zadávání nebylo transparentní, včetně snahy učinit vše pro to, aby nemusely být určité smlouvy zavedeny do registru smluv.¹⁵

Dalším případem je *ex post* zdanění církevních restitucí, které je důsledkem nedosta- tečně připravené a vyjednané dohody o navrácení církevního majetku ze strany státu, jež se ČR snaží kompenzovat tímto nanejvýš problematickým a arbitrárním legislativním opatřením.¹⁶

Nakonec je možné poukázat na případ těžby lithia, kdy jedna vláda přijala memorandum, které umožňovalo jeho těžbu zahraniční společnosti, aby krátce poté nová vláda toto memorandum zrušila.¹⁷ Podle názoru příchozí vlády memorandum nemělo právní závaznost, takže se vlastně nic nestalo. Z pohledu ochrany legitimních očekávání investora v rámci mezinárodní ochrany investic však situace může mít mezinárodněprávní následky pro ČR (viz 4.2.2 níže).

Prozatím se neukazuje, že by se tyto problémy dařilo řešit zevnitř státu. Podle našeho názoru tedy stav v různých zemích může čas od času vyžadovat tlak z mezinárodního společenství, mezinárodních organizací atd. To platí ještě více pro státní příslušníky jiných států, včetně investorů, k jejichž ochraně je minimální motivace v rámci běžných zákonodárných a správních procedur, neboť se obecně nejedná o téma „zajímající“ majoritu voličů.

Jedním z nemnoha účinných nástrojů ochrany práv cizinců pak je MIA. Než si ukážeme, v čem spočívají potenciální výhody MIA pro zlepšení některých aspektů vlády práva, vymezíme pojem samotné MIA.

¹² § 167 an. z. č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů. Výsledkem analýzy Ministerstva financí nicméně bylo, že k nadužívání zajišťovacích příkazů nedošlo. Dostupné z: <www.mfcr.cz>. K podobnému závěru dospěl také Úřad veřejného ochránce práv. Dostupné z: <<https://www.ochrance.cz/aktualne/tiskove-zpravy-2017/ombudsmanka-zverejnila-zpravu-o-setreni-zajistovacich-prikazu/>>.

¹³ Proti Itálii se vede sedm veřejně známých arbitráží v oblasti solárních elektráren. Dva případy již byly rozhodnuty, jeden ve prospěch státu, druhý ve prospěch investora. V případě Španělska se jedná o desítky probíhajících sporů. K oběma srov. údaje dostupné z: <<https://investmentpolicyhubold.unctad.org/ISDS/CountryCases/197?partyRole=2>>; proti ČR je vedeno dle dostupných informací pět arbitráží v oblasti solární energetiky. Dvě arbitráže byly již rozhodnuty ve prospěch ČR. Dostupné z: <<https://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitrazne/prehled-arbitraznich-sporu-vedenych-proti>>.

¹⁴ Výroční zpráva Bezpečnosti informační služby. Dostupné z: <<https://www.bis.cz/vyrocnizpravy/>>.

¹⁵ Srov. Výroční zpráva bezpečnosti informační služby za rok 2016, s. 4. Dostupné z: <<https://www.bis.cz/public/site/bis.cz/content/vyrocnizpravy/2016-vz-cz.pdf>>.

¹⁶ Novela zákona o majetkovém vyrovnání s církvemi. Dostupné z: <<http://www.psp.cz/sqw/hlasy.sqw?g=69585&l=cz>>.

¹⁷ Srov. Memorandum o lithiu nebude. Česko od něj jednostranně odstupuje. Dostupné z: <https://www.lidovky.cz/domov/ministr-prumyslu-v-demisi-huner-poslal-emh-vypoved-memoranda-o-tezbe-lithia.A180301_171726_energetika_pev_>.

2. Mezinárodní investiční arbitráž a její odlišení od arbitráže obchodní

Arbitráž bývá obvykle vnímána jako způsob řešení mezinárodních obchodních sporů. Mezinárodní obchodní arbitráž spočívá na rozhodčí smlouvě mezi stranami, která stanoví, že jejich spory budou rozhodovány třetí nezávislou osobou, jejíž rozhodnutí (rozhodčí nález) bude strany zavazovat.¹⁸

Zatímco v mezinárodní obchodní arbitráži se řeší spory vzniklé ze smluv a jiných soukromoprávních jednání, MIA se dotýká suverénních jednání států jako mocenského subjektu vůči zahraničnímu investorovi.¹⁹ Účelem MIA je ochrana zahraničních investic příslušníků jiných států proti zásahům hostitelského států do jejich investice a umožnění řešení sporů mezi investory a státy na neutrální půdě arbitráže.²⁰

Použitelným právem je v mezinárodní obchodní arbitráži obvyklé vnitrostátní právo některého státu. V MIA jsou jím primárně mezinárodní smlouvy na ochranu investic a další prameny mezinárodního práva veřejného.²¹

Mezinárodní (obchodní i investiční) arbitráž spočívají na konsenzu stran sporu.²² Konsenzus však nabývá odlišné podoby. Jestliže je mezinárodní obchodní arbitráž založena na rozhodčí smlouvě mezi subjekty vnitrostátního (soukromého) práva, MIA vyvěrá ze souhlasu států jako smluvní strany mezinárodní dohody o ochraně investic.²³ Tento souhlas sestává:

- z nabídky státu v dohodě o ochraně investic podřídit se pravomoci investičního tribunálu,
- a přijetí této oferty zahájením investiční arbitráže.²⁴

Oba druhy arbitráže se shodují v tom, že jejich výsledkem je rozhodčí nález. Stejně tak sdílejí možnost uznání a výkonu rozhodčích nálezů na základě Newyorské úmluvy.²⁵

V dalším výkladu se tedy budeme věnovat MIA spočívající na dvou či mnohostranné dohodě o ochraně investic. Nejprve však musíme obrátit naši pozornost k metodologické diskusi nad tématem tohoto článku.

3. Metodologická východiska a diskuse

Metodologie tohoto článku je převážně doktrinární. Zdrojem nahlížení na problematiku tak bude právní úprava v oblasti mezinárodní ochrany investic, včetně reflexe některých

¹⁸ Srov. např. BERNARDINI, Piero. *International Commercial Arbitration and Investment Treaty Arbitration*. In: CARON, David D. – SCHILL, Stephan – COHEN SMUTNY, Abby – TRIANTAFILOU, Epaminontas E. (eds). *Practising Virtue. Inside International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 54.

¹⁹ K postavení státu v arbitráži srov. obecně BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. *State in International Arbitral Process*. *Arbitration International*. 1986, Vol. 2, No. 1, s. 22–32.

²⁰ Srov. DOLZER, Rudolf – SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 235.

²¹ K pramenům mezinárodního práva srov. čl. 38 odst. 1 Statutu Mezinárodního soudního dvora (dále „MSD“). Samozřejmě i vnitrostátní právo nepřestává sehrávat svoji úlohu v MIA, např. v podobě *legis loci arbitri*. Viz PAPARINSKIS, Martins – HO, Jean – LIM, C. L. *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 161.

²² Srov. STEINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 196–197.

²³ Srov. PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*. *ICSID Review*. 1995, Vol. 10, No. 2, s. 239–240.

²⁴ Např. CUNIBERTI, Gilles. *Rethinking International Commercial Arbitration. Towards Default Arbitration*. Cheltenham (UK) – Northampton (US): Edward Elgar, 2017, s. 47.

²⁵ Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Publikováno jako vyhláška č. 74/1959 Sb.

rozhodčích nálezů a odborných názorů. Metodologií článku je kriticky pozitivistické pojetí mezinárodního práva veřejného.²⁶ Předkládaný článek však nezastává výhradně tento „tradiční“ doktrinální přístup spočívající v deskripci a analýze právní úpravy, ale s ohledem na vládu práva jako ústřední pojem článku také hodnotící úvahy ohledně systému mezinárodní ochrany investic a MIA.

Z hlediska právněfilozofického se v tématu článku snoubí konflikt mezi vizí suverenity jako absolutizace, v krajním případě totality státu.²⁷ Oproti tomu lze vymezit pojetí suverenity, jejíž omezení představuje právní řád, specificky pak mezinárodní závazky státu.²⁸ Vláda práva vyžaduje, aby právní řád byl limitem politického rozhodování, (nejen) pokud se týká jednotlivců, *in concreto* investorů.

Vláda práva také implikuje normativní přístup. To znamená, že článek vychází z představy (ideálně) fungujícího státu a jeho právního řádu, k němuž by se měla přibližovat realita. Vláda práva je tedy aproximativní idea, jíž je žádoucí dosáhnout.

Paradigma mezinárodního práva akcentované v tomto článku je právní *antropocentrismus*, tzn., že mezinárodní právo není pouze a primárně právem mezistátním, ale jeho cílem je ochrana práv jednotlivců, mj. práv investorů.²⁹ Zároveň je článek založen na hypotéze, že vládu práva uvnitř státu lze prosazovat prostřednictvím institucí mezinárodního práva.³⁰

Tento článek přitom bude čelit několika metodologickým (epistemologickým) úskalím.

Zprv se jedná o samotnou definici pojmu „vláda práva“. Existuje řada koncepcí sahající až do antického myšlení. S ohledem na množství koncepcí vlády práva, jež nemohou být všechny pojaty do jediného článku, bude definice vlády práva pro účely tohoto článku do určité míry výsledkem arbitrární volby autora. Tento výběr však bude veden snahou destilovat z dostupných zdrojů esenciální znaky vlády práva.

Dále existuje celá řada kvantitativních výzkumů stran vztahu mezi fungováním státu a jeho závazky v oblasti mezinárodní ochrany investic. Jejich výsledky jsou smíšené a jejich výstupy je třeba akceptovat pouze s velkou opatrností. Pokud se týká otázky zachování vlády práva, studie Schultze a Duponta ukazuje, že toto mladé odvětví přešlo od původně neokoloniální povahy mezinárodní ochrany investic k recentnímu posílení její role právě jako nástroje vlády práva.³¹ Nicméně existují také výzkumy, které jsou spíše skeptické k vlivu MIA na vládu práva či dobré vládnutí v hostitelských státech.³²

Stát se bude snažit předcházet vzniku možných investičních sporů pečlivým a systematickým dodržováním pravidel vnitrostátního i mezinárodního práva, a to jak vůči

²⁶ Srov. BIANCHI, Andrea. *International Law Theories An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press, 2016, kap. 2.1 (Kindle Edition).

²⁷ Srov. SCHMITT, Carl. *Politická theologie*. Praha: OIKOYMENH, 2012, s. 9 an.

²⁸ Viz čl. 1 odst. 2 Ústavy. Srov. také ADAMOVÁ, Karolína – KRÍŽKOVSKÝ, Ladislav. *Dějiny myšlení o státě*. Praha: Codex, 2000, s. 315.

²⁹ Pojem „antropocentrismus“ práva je převzat z MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné. Obecná část a poměr k jiným právním systémům*. 6., upravené a doplněné vydání. Brno – Plzeň: Doplněk, 2014, s. 133.

³⁰ Tento názor samozřejmě nesdílejí všichni. Srov. obecně KRATOCHWIL, Friedrich. *The Status of Law in World Society*. Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2014.

³¹ Srov. SCHULTZ, Thomas – DUPONT, Cédric. Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study. *European Journal of International Law*, 2014, Vol. 25, No. 4, s. 1168.

³² Srov. např. SATTOROVA, Mavluda. The Impact of Investment Treaty Law on Host State Behavior. Some Doctrinal, Empirical and Interdisciplinary Insights. In: LALANI, Shaheez – POLANCO LAZO, Rodrigo (eds). *The Role of the State in Investor-State Arbitration*. Leiden-Boston: Brill-Nijhoff, 2015, s. 163–186. Sattorova nicméně v této publikaci otevřeně přiznává, že předkládá prozatímní výsledky svého výzkumu.

cizincům, tak vůči domácím subjektům.³³ Negativní motivací státu pak samozřejmě bude potenciální odsouzení k zaplacení kompenzace investorovi.

MIA představuje pouze doplňkový nástroj prosazování vlády práva, zejména tam, kde běžné vnitrostátní mechanismy selžou či selhávají. Je také zřejmé, že stát, který z principu nedodrží své mezinárodní závazky, tak nebude činit ani u dohod na ochranu investic. Vycházíme zde z premisy, že stát, v němž se víceméně dobře vládne, mnoha investičním arbitrážím nemusí čelit.³⁴ Pokud se tak stane, pak stát snadno prokáže, že k porušení standardů ochrany investic nedošlo. V situacích, kdy je stát odsouzen, tak právní úpravu, postup orgánů apod. upraví tak, aby investiční arbitráže z tohoto problému v budoucnu již nevznikaly.

MIA dále umožňuje v řadě případů holistický, vnější a nezávislý náhled na (ne)funkčnost určité oblasti státní správy, který nemůže být učiněn zevnitř státu. Např. soudy státu nemohou obvykle nabídnout obraz selhání vlastní soudní soustavy rezultující v odepření spravedlnosti vůči cizinci nebo situaci, kdy se exekutiva chová kontradiktorně vůči rozhodování soudů (viz 4.2.2 C níže).

Dalším nesamozřejmým předpokladem je, že „užitečnost“ systému mezinárodní ochrany investic nemá být posuzována výhradně z ekonomického pohledu, tj. zda existuje kauzální nexus mezi dohodami o ochraně investic a skutečnými investicemi v té které zemi. Spíše je třeba nazírat mezinárodní ochranu investic jako důležitý nástroj potenciálního vlivu na regulatorní prostředí v daném státě. Dá se tedy očekávat, že investor bude mít tendenci investovat ve státě, v němž je dostupná, relativně srozumitelná a trvalá legislativa a jenž není ovládán přebujelou byrokracií či enormní korupcí. To jsou předpoklady fungování státu, které nejsou pouze ve prospěch investorů, ale všech subjektů práva ve státě.

V této souvislosti se nicméně nabízí otázka, zda MIA nemůže mít negativní na regulatorní prostředí v hostitelském státě. Hovoří se v této souvislosti o tzv. *regulatory chill*, tzn., že stát upustí od přijetí nové legislativy z obavy před vznikem mezinárodněprávní odpovědnosti z porušení dohod o ochraně investic.³⁵ To se týká především těch předpisů, které sledují nějaký zvlášť důležitý veřejný zájem, např. ochranu zdraví. Několik nedávných arbitrážních nálezů však ukazuje, že rozhodci akceptují, že státy chrání legislativou své obyvatele, a tedy investoři nebývají s takovými nároky úspěšní.³⁶

³³ Někteří autoři zdůrazňují, že existence samotného ustanovení o řešení sporů v arbitráži může mít preventivní charakter v tom, že ke vzniku konfliktu mezi stranami vůbec nedojde. Stát může např. s investorem uzavřít dohodu o narovnání. Srov. LALIVE, Pierre. *Some Threats to International Investment Arbitration*. *ICSID Review*. 1986, Vol. 1, s. 26–27.

³⁴ Je přitom pozoruhodné, že kupř. Nizozemí či Švýcarsko nečelily dosud ani jedné mezinárodní investiční arbitráži. Francie, Rakousko a Velká Británie byly žalovanou stranou pouze jednou. Všechny tyto země jsou přitom atraktivní z pohledu zahraničních investic a můžeme je zařadit mezi země významné pro mezinárodní obchod. V Nizozemí se v četném počtu usazují zahraniční společnosti, potenciál pro spory investorů s tímto státem je tedy relativně vysoký. Přesto takové spory nevznikají. Vysvětlení může být, že právní systémy těchto států a postup jejich orgánů nedávají velký prostor pro vznik investičních nároků. Jak pak vysvětlit 38 investičních sporů proti České republice či 45 proti Španělsku? Údaje čerpané z *Investment Policy Hub*. Dostupné z: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry>>.

³⁵ Plnohodnotné posouzení otázky *regulatory chill* vyžaduje nejenom znalosti práva, ale také politické vědy, která se zabývá chováním států a vlád a jejich reakcemi na určité hrozby (jakou je třeba arbitráž). Srov. TIENHAARA, Kyla. *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: a View from Political Science*. In: MILES, Kate – BROWN, Chester (eds). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 606–628.

³⁶ Srov. Nález ze dne 2. srpna 2010 ve věci *Chemtura Corporation proti Kanadě, ad hoc NAFTA/UNCITRAL arbitráž* (zákaz pesticidů) a Nález ze dne 8. 7. 2016, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. a Abal Hermanos S.A. proti Uruguayi*, případ ICSID č. ARB/10/7 (pokrytí velké části balení cigaret jednotnou barvou tak, že zakrývá ochrannou známku Philip Morris). Oba nálezy dostupné z: <<http://www.italaw.com>>.

Poslední presumpcí tohoto článku je, že mezinárodní investiční tribunály nemohou být nahrazeny ani vnitrostátními soudy, ani nějakým stálým mezinárodním investičním soudem (viz 5.3 níže).

4. Podstata vlády práva

Vláda práva znamená, že právo slouží jako omezení arbitrárního jednání státu, respektive arbitrárního užití veřejné moci státem proti jednotlivci.³⁷ Ostatně tuto skutečnost přílehavě vyložil Mezinárodní soudní dvůr (MSD) ve věci *Elettronica Sicula*: „*Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law.*“³⁸

Vláda práva se vylučuje s totalitními a autoritářskými režimy, kde přání vladaře, krále, prezidenta atd. je nadřazeno požadavkům právních předpisů (*rex est lex, nikoli lex est rex*).³⁹

Na základě studia odborné literatury můžeme schematizovat vládu práva:

- ve formálním a materiálním významu
- ve vnitrostátním a mezinárodním měřítku (*domestic versus international rule of law*).⁴⁰

Formální koncepce vlády práva, obecně řečeno, nehodnotí, zda je dané právo „dobré“. Důvod je takový, že zastánci formálního pojetí pochybují o tom, že lze dosáhnout shody na tom, co je „dobré“ právo.⁴¹ Jejich rozumění pojmu vlády práva pak obnáší splnění určitých formálních požadavků, jako např. že právo musí být jasné, srozumitelné či prosté pravé retroaktivity atd. Orgány by neměly při výkonu správního uvážení či obecněji diskrece popírat účel existujících právních pravidel. Dále musí existovat nezávisle soudnictví a přístup k němu.

Materiální koncepce vlády práva hledí na kvalitu obsahu právní úpravy, např., zda jsou chráněna základní práva a svobody, a specificky pak vlastnictví.⁴² Element ochrany vlastnictví jako součástí vlády práva je v rámci tématu důležitý, neboť většina dohod o ochraně investic chrání investora před protiprávním zbavením jeho vlastnického práva k investici.⁴³

Bingham ve svém klasickém pojednání o vládě práva mj. zmiňuje, že je nezbytné, aby právní úprava umožňovala plánovat životy a obchodní záležitosti subjektů práva.⁴⁴ Tato

³⁷ *Britannica Online Encyclopedia*, voce „Rule of Law“. Dostupné z: <<https://www.britannica.com/>>; *Stanford encyclopedia of Philosophy*, voce „rule of law“. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/>>; CRAIG, Paul. Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law*. 1997, s. 3. Dostupné z: <<http://weblaw.haifa.ac.il/en/JudgesAcademy/workshop3/Documents/A/A/PL-Craig.pdf>>; KUMM, Mattias. International Law in National Court: The International Rule of Law and the Limits of the Internationalist Model. *Virginia Journal of International Law*. 2003, Vol. 44, s. 24.

³⁸ *Elettronica Sicula S.p. A. (ELSI)*, Judgment, I. C. J. Reports, 1989, s. 15, odst. 128. Dostupné z: <<https://www.icj-cij.org/en/pcij>>.

³⁹ The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law and the Hague Institute for the Internationalisation of Law. *Rule of Law: A Guide for Politicians*. Lund – The Hague, 2012, s. 10.

⁴⁰ Anglický pojem *rule of law* používáme v tomto článku dvojím způsobem. Zprv, jako ekvivalent vlády práva, zadruhé jako termín, který používá anglicky psaná literatura vztahující se k tématu vlády práva.

⁴¹ Srov. CRAIG, Paul. Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework. *Public Law*. 1997.

⁴² *Stanford encyclopedia of Philosophy*. Dostupné z: <<https://plato.stanford.edu/>>.

⁴³ Srov. např. BIT mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Nizozemským královstvím o podpoře a vzájemné ochraně investic. Publikována jako sdělení č. 569/2002 Sb.

⁴⁴ BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. London, Penguin Books, 2011: „[T]he successful conduct of trade, investment and business generally is promoted by a body of accessible legal rules governing commercial rights and obligations. No one would choose to do business, perhaps involving large sums of money, in a country where the parties' rights and obligations were vague or undecided.“

koncepte, jak níže ukážeme, nalézá svůj odraz v ochraně legitimních očekávání investora (viz 5.2.2 E níže). Součástí vlády práva je rovněž plánování ekonomické budoucnosti jednotlivce, tedy i investora. V této souvislosti je možno uvést Hayekovu koncepci *rule of law*:

„[S]tát je ve všech svých jednáních vázán pevnými a předem vyhlášenými pravidly, jež umožňují předvídat s rozumnou určitostí, jak autorita bude užívat její donucovací pravomoci za daných okolností, a plánovat vlastní záležitosti jednotlivce na základě této znalosti.“⁴⁵

V této práci se zaměříme především na formální význam vlády práva, a to jak v kontextu mezinárodního, tak vnitrostátního práva. Avšak s ohledem na skutečnost, že dichotomie „formální versus materiální“ koncepce vlády práva je velmi schematická, nevyhne se v dalším výkladu ani hodnotícím úvahám o obsahu práva.

Pojmem „vláda práva“ máme na mysli omezení suverénního státu v jeho jednání pravidly vnitrostátního i mezinárodního práva, které jej zavazují. Tato široká definice vychází do určité míry z klasického pojetí *rule of law* v díle A. V. Diceyho.⁴⁶

4.1 Vztah mezinárodní a vnitrostátní vlády práva

Mezinárodní *rule of law* plní ve vztahu k vnitrostátní vládě práva podobnou funkci jako mezinárodní právo (zejména ta jeho část chránící práva jednotlivců) vůči právu vnitrostátnímu. Mezinárodní právo (vláda práva) tedy představuje kontrolní mechanismus v případě, že domácí vláda práva nefunguje nebo je pouze deklarována.⁴⁷

Vnitrostátní a mezinárodní vláda práva se protíná v bodě, kdy se státy zavázaly na mezinárodní úrovni k ochraně práv jednotlivců, kteří byli dříve pouze subjekty vnitrostátního práva, na jehož právní úpravu také musely výhradně spoléhat. Dohody o ochraně investic přinesly významnou změnu v tomto ohledu. Zásada *pacta sunt servanda*, která je bezpochyby kvintesencí jakéhokoli systému *rule of law*, začala být naplňována vůči „novým“ subjektům mezinárodního práva – jednotlivcům. Zásada *pacta sunt servanda*, jsouc základním principem mezinárodního smluvního práva, není přítom v rozporu se suverenitou státu, ale jejím vyjádřením. Jak trefně poznamenal Stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti již v roce 1923:

„Soud odmítá spatřovat v uzavření jakékoli Úmluvy, jíž se stát zavazuje plnit nebo zdržet se určitého jednání, opuštění suverenity. Bezpochyby každá úmluva vytvářející závazek tohoto druhu klade omezení výkonu suverénních práv státu, ve smyslu, že vyžaduje, aby byla vykonávána určitým způsobem. Leč právo vstupovat do mezinárodních závazků je atributem suverenity státu.“⁴⁸

⁴⁵ HAYEK, Friedrich August. *The Road to Serfdom. Text and Documents. The Definitive Edition. The Collected Works of F. A. Hayek edited by B. Caldwell*. Chicago: Chicago University Press, 2007, s. 112. Tento a veškeré další překlady provedl autor článku, pokud není řečeno jinak.

⁴⁶ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Reprint of the 8th edition. Indianapolis: Liberty Classics, 1915, s. 107 an.

⁴⁷ Srov. PAULSSON, Jan. *Enclaves of Justice. Miami Law Research Papers Series*. 2010. Dostupné z: <<http://ssrn.com/abstract=1707504>>.

⁴⁸ *Permanent Court of International Justice Case of the S. S. Wimbledon*, 17. srpna 1923, s. 25. Dostupné z: <<https://www.icj-cij.org/en/pcij>>.

Paralelně se tato ochrana jednotlivců na mezinárodní úrovni začala prosazovat také prostřednictvím instrumentů ochrany lidských práv.⁴⁹ Uznávání internacionalisté Aust a Nolte v této souvislosti konstatují, že „jádro právního obsahu vlády práva se rozvinulo v tradiční oblasti mezinárodního práva, jež se dotýká standardů soudní ochrany [...]. Tyto standardy se původně rozvinuly s ohledem na zacházení s cizinci.“⁵⁰

Řečení autoři nicméně spatřují minimální standard ochrany již v mezinárodním obyčejovém právu, jež pochopitelně existovalo dávno před sjednáním dohod o ochraně investic a mezinárodních úmluv o ochraně lidských práv a svobod. Je zajímavé, že Aust s Noltem identifikují právě jako základní kámen mezinárodní vlády práva zákaz odepření spravedlnosti (*denial of justice*) vůči cizincům.⁵¹

Raoul Wallenbergův návod ohledně vlády práva pro politiky zmiňuje další důležitý moment pro vztah vnitrostátní a mezinárodní vlády práva, a to primát mezinárodního práva v případě kolize s právem vnitrostátním.⁵² Klíčovým důsledkem přitom je, že stát nemůže vznášet své vnitrostátní právo jako důvod neplnění svých mezinárodních závazků.⁵³

Druhým významným předpokladem mezinárodní vlády práva je existence mechanismu pokojného řešení sporů.⁵⁴ Mezi způsoby pokojného řešení sporů mezi státem a investorem patří také MIA.

4.2 Vláda práva v kontextu mezinárodní ochrany investic

Vláda práva v rámci mezinárodní ochrany investic zahrnuje dva základní aspekty, a to substantivní a procesní. Substantivní aspekt se zaměřuje na kvalitu právního rámce, chování orgánů státu, jasnost a předvídatelnost práva. Procesní aspekt zahrnuje přístup k soudům a jiným orgánům ochrany subjektivních práv.

Vztah mezi mezinárodní ochranou investic a vládou práva je obvykle vymezován následovně. Zaprvé, mezinárodní ochrana investic a MIA napomáhají vyplnit mezeru v ochraně práv tam, kde soudy a jiné orgány tuto úlohu neplní.⁵⁵ Zadruhé, hrozba konstatování porušení mezinárodního práva a rezultující kompenzace ve prospěch investora může sloužit jako nástroj zdokonalení fungování vlády práva v hostitelském státě.⁵⁶ Zatřetí, přínosem MIA je depolitizace mezinárodních sporů.⁵⁷ To, co se dříve řešilo pomocí tzv. *gunboat diplomacy*, se nyní řeší pokojným způsobem.⁵⁸

⁴⁹ Srov. obecně PAPARINSKIS, Martins. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁵⁰ AUST, Helmut Phillip – NOLTE, Georg. International Law and the Rule of Law at the National Level. In: ZURN, Michael – NOLL-KAEMPER, Andre (eds). *Rule of Law Dynamics in an Era of International and Transnational Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 60.

⁵¹ *Ibidem*, s. 60–61.

⁵² Raoul Wallenberg. *Rule of Law: A Guide for Politicians*, s. 35.

⁵³ Srov. čl. 27 *Vídeňské úmluvy o smluvním právu*. Publikována jako 15/1988 Sb.

⁵⁴ ALLAIN, Jean. *A Century of International Adjudication: The Rule of Law and its Limits*. The Hague: T. M. C. Asser, 2000, s. 4.

⁵⁵ Viz HOWSE, Robert. *International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework*. *Institute for International Law and Justice Working Paper*. 2017/1 (Megareg Series), s. 34.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Srov. MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 27.

Rule of law sehrává nezastupitelnou úlohu v mezinárodním obchodování a mezinárodních ekonomických vztazích. V této souvislosti definuje sir Anthony Mason několik základních principů vlády práva v mezinárodním obchodu:

- právní řád nesmí působit retroaktivně a musí být transparentní;
- musí být zaručena právní jistota;
- musí existovat garance spravedlivého řízení;
- nezávislost soudů musí být zaručena;
- musí být zajištěn přístup k soudu;
- soudní rozhodnutí musejí být řádně odůvodněna.⁵⁹

Autor Živkovič, specializující se na vztah vlády práva a mezinárodní ochrany investic, pak identifikuje znaky vlády práva v rámci mezinárodní ochrany investic následovně:

- primát mezinárodního práva nad právem vnitrostátním;
- absence arbitrárního jednání;
- kvalita vnitrostátního práva a jeho aplikace – jasnost, koherence, předvídatelnost;
- rovnost subjektů před mezinárodním právem;
- spravedlivé řízení a zachování procesních záruk.⁶⁰

Výše uvedené aspekty vlády práva v rámci mezinárodní ochrany investic mohou být v podstatě redukovány na dvě obecné otázky. Zaprvé se jedná o substantivní požadavky kladené na obsah vnitrostátního práva. Zadruhé se jedná o kvalitu mechanismu ochrany práv.

4.2.1 Reflexe vlády práva v dohodách o ochraně investic

Mezinárodní ochrana investic je specifický režim mezinárodního práva veřejného, který je typický regulací zejména dvoustrannými a mnohostrannými mezinárodními smlouvami (tzv. BITs, respektive MITs). Prvotním účelem těchto dohod bylo, *in nuce*, přilákat zahraniční investory tím, že jimi bude zajištěn na vnitrostátním právu hostitelského státu a soudech nezávislý právní rámec ochrany jejich investic.

Velmi typickým znakem zejména starších dohod (z počátku 90. let 20. století) je relativní obecnost pravidel v nich obsažených. Řečí právní teorie tyto smlouvy obsahují obecně formulované standardy (oproti specifickým pravidlům),⁶¹ které nabízejí široké pole pro interpretaci. „Flexibilita“ standardů dohod o ochraně investic má svůj smysl. Nelze totiž dopředu předvídat všemožná jednání státu, která by mohla vést k poškození investice v hostitelském státě.⁶² Kandidátem číslo jedna je v tomto ohledu standard *fair and equitable treatment* neboli „spravedlivého a rovného zacházení“ (dále „SRZ“).⁶³

⁵⁹ MASON, Anthony. Rule of Law in International Economic Transactions. In: ZIFCAK, Spencer (ed). *Globalization and the Rule of Law*. Oxford: Routledge, 2005, s. 125.

⁶⁰ ŽIVKOVIČ, Velimir. Pursuing and Reimagining the Rule of Law Through International Investment Law. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2019, oddíl 2.1. Publikováno online: <<https://doi.org/10.1007/s40803-018-00084-w>>.

⁶¹ Srov. např. ORTINO, Federico. Refining the Content and Role of Investment “Rules” and “Standards”: A New Approach to International Law Making. *ICSID Review*. 2013, Vol. 28, Iss. 1, s. 153–155.

⁶² Viz JANSEN CALAMITA, N. International Human Rights and the Interpretation of International Investment Treaties: Constitutional Considerations. In: BAETENS, Freya (ed.). *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 169.

Dohody o ochraně investic vykazují v mezinárodním právu dosti výjimečný způsob řešení sporů v tom, že v případě vzniku sporu, který se nepodaří vyřešit přátelsky, může pouze investor zahájit arbitráž proti hostitelské smluvní straně. Výjimečnost spočívá také v tom, že investor (jednotlivec) obecně nepožívá *locus standi* před mezinárodními soudy a tribunály.⁶⁴ Právo zahájit arbitráž je přitom pouze právem investora, nikoli právem jeho domovského státu či hostitelského státu. Cílem vytvoření arbitráže mez investorem a státem bylo umožnit tomuto nezávislému tribunálu „kontrolu nad jednáním státu“.⁶⁵

Jiným významným aspektem je skutečnost, že se v MIA obecně uplatňuje princip plné kompenzace vzniklé materiální újmy.⁶⁶ Pro srovnání připomeňme, že oběti porušení Evropské úmluvy o ochraně lidských práv (dále „EÚLP“) se nahrazuje pouze spravedlivé zadostiučinění v penězích, které nemusí reflektovat plnou náhradu vzniklé újmy.⁶⁷ Nadto investor může obecně zahájit MIA bez vyčerpání vnitrostátních prostředků ochrany jeho práv, což ji (v této izolované perspektivě) činí rovněž účinnější než ochranu práv na základě EÚLP.⁶⁸

S ohledem na českou (československou) historii je třeba poukázat na zajímavé propojení dohod o ochraně investic s vládou práva. Některé dvoustranné dohody o ochraně investic mezi ČSFR a např. Spojeným královstvím či Švýcarskou konfederací ve své preambuli odkazují na Závěrečný akt (dále „ZA“) Konference o bezpečnosti a spolupráci v Evropě (dále „KBSE“).⁶⁹

Do těchto dohod následně nastoupila ČR a „zdédila“ s nimi i jejich původní účel. Socialistické Československo se v ZA zavázalo dodržovat mezinárodněprávní pravidla, včetně ochrany základních práv, která byla respektována v tehdejší západní světě. V ZA se mimo jiné favorizuje arbitráž jako způsob řešení sporů.⁷⁰

Důsledkem odkazu k ZA KBSE v těchto dvoustranných smlouvách je, že by tribunály měly zohlednit při teleologickém výkladu⁷¹ příslušné dohody principy vyjádřené v ZA, které se úzce váží ke konceptu vlády práva.

Ve dvoustranných dohodách obvykle nenalezneme, byť i nepřímý, odkaz k dodržování vlády práva. Výjimkou však je nedávno zveřejněná nizozemská modelová dohoda na ochranu investic, jejíž článek 5 je nadepsán jako „vláda práva“ a zní:

⁶³ Srov. obecně Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment Law 2004/3*. Dostupné z: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf>.

⁶⁴ Srov. SHAW, Malcolm. N. *International Law*. 8th edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 205.

⁶⁵ SCHILL, Stephan W. *International Investment Law and the Rule of Law*. *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*. 2017, No. 2017–18, s. 11.

⁶⁶ DE BRABANDERE, Eric. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural Aspects and Implications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 177. Srov. také čl. 36 odst. 2 Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts. Dostupné z: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>.

⁶⁷ Viz SADOWSKI, Wojciech. Protection of the Rule of Law in the European Union through Investment Treaty Arbitration: Is Judicial Monopolism the Right Response to Illiberal Tendencies in Europe? *Common Market Law Review*. 2018, Vol. 55, s. 1042.

⁶⁸ Srov. výklad *a contrario* čl. 26 Úmluvy ICSID. Publikováno jako Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států. Nicméně pokud bude dohoda o ochraně investic stanovit požadavek vyčerpání prostředků nápravy, a nestalo by se tak, pak by tribunál musel odmítnout investiční žalobu jako nepřipustnou. Příkladem dohody, která stanoví povinnost se nejprve obrátit na vnitrostátní soudy je např. čl. 10 odst. 3 písm. a) BIT mezi Německem a Argentinou. Dostupné z: <<https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/92>>.

⁶⁹ Texty dohod jsou dostupné z: <<https://www.mfcr.cz/cs/legislativa/dohody-o-podpore-a-ochrane-investic/prehled-platnych-dohod-o-podpore-a-ochra>>.

⁷⁰ *Conference on Security and Cooperation in Europe. Final Act*, s. 22. Dostupné z: <<https://www.osce.org/helsinki-final-act?download=true>>.

⁷¹ Čl. 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy o smluvním právu výslovně zmiňuje jako jeden z prostředků výkladu „předmět a účel“ smlouvy.

„(1) Smluvní strany budou garantovat dodržování principů dobrého chování státní správy, jako koherence, nestrannost, nezávislost, otevřenost a transparentnost ve všech otázkách, které se vztahují k předmětu a účelu této Smlouvy

(2) Každá ze smluvních stran musí zaručit, že investoři mají přístup k efektivnímu mechanismu řešení sporů a vymáhání práva, jako soudní, kvazisoudní a správní tribunály nebo procedury za účelem urychleného přezkumu, kteréžto mechanismy musejí být spravedlivé, nestranné, nezávislé, transparentní a založené na vládě práva

(3) Jako součást ochrany proti porušování lidských práv ze strany obchodníků Smluvní strany musejí učinit vhodná opatření, aby zajistily prostřednictvím soudních, správních, legislativních nebo jiných vhodných opatření, že jakmile se taková porušení objeví na jejich území a/nebo v rámci jejich jurisdikce, ti, kdo jsou tímto jednáním ovlivněni, mají přístup k účinnému prostředku ochrany práv. Tyto mechanismy by měly být spravedlivé, nestranné, nezávislé, transparentní a založené na vládě práva.⁷²

Nizozemská BIT je novátorská v tom, že zdůrazňuje explicitně, že smluvní strany, tj. státy, musejí dodržovat vládu práva. Nadto však také státy musejí reagovat na eventuelní porušení lidských práv ze strany investorů.⁷³

4.2.2 Zachovávání standardu SRZ podporuje vládu práva

Standard SRZ se rozvinul nejprve jako obecná zásada sdílená mezi státy.⁷⁴ Tento standard historicky vyrůstá z potřeby „stanovit limity suverénní moci“ ve jménu zachování ekvity a spravedlnosti.⁷⁵ Příkladem takového ustanovení může být např. čl. 4 odst. 2 česko-švýcarské BIT, který stanoví, že: „Každá smluvní strana zajistí na svém území řádné a spravedlivé zacházení s investicemi investorů druhé smluvní strany.“⁷⁶

Perverzní kreativita států při porušování práv cizinců může nabýt značnou varietu podob. Takováto protiprávní jednání někdy nelze postihnout jinými ustanoveními těchto smluv (např. zákazem vyvlastnění či obdobného opatření bez kompenzace, který vyžaduje podstatný dopad na hodnotu investice).⁷⁷ V takové situaci je možné využít SRZ. Standard tedy nabyl širokého uplatnění v praxi investičních tribunálů.

Standard SRZ může porušit kterýkoli orgán státu, tj. především orgány moci zákonodárné, výkonné i soudní. Pokud se týká výkonu zákonodárné činnosti, bude se jednat zejména o otázku, zda a kdy přijetí, změna či zrušení určitého zákona (regulatorní aktivita) může porušit řečený standard. Moc výkonná zahrnuje mj. činnost správních orgánů. Soulad jejich jednání či opominutí se standardem SRZ bude spočívat typicky v udělení, neudělení či odejmutí určitého povolení či licence, obecněji pak ve využití (zneužití) správního uvážení. Soudy mohou porušit SRZ zpravidla tím, že odepřou spravedlnost.

⁷² *Netherlands model Investment Agreement*. Dostupné z: <<https://www.acerislaw.com/final-version-of-the-netherlands-model-bit-released/>>.

⁷³ K této problematice srov. např. MUIR-WATT, Horatia. *The Contested Legitimacy of Investment Arbitration and the Human Rights Ordeal*. In: MATTLI, Walter – DIETZ, Thomas (eds). *International Arbitration and Global Governance. Contending Theories and Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 214–239.

⁷⁴ BLANDFORD, Andrew C. *The History of Fair and Equitable Treatment*. *ICSID Review*. 2017, Vol. 32, No. 2, s. 288.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 289.

⁷⁶ Viz Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 459/1991 Sb., o sjednání Dohody mezi Českou a Slovenskou Federativní Republikou a Švýcarskou konfederací o podpoře a vzájemné ochraně investic.

⁷⁷ BONNITCHA, Jonathan – SKOOVGAARD POULSEN, Lauge N. – WAIBEL, Michael. *The Political Economy of Investment Treaty Regime*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 108.

To může spočívat např. v tom, že řízení podrobí neúměrné délce, zamezí investorovi účinnému přístupu k soudu nebo poruší pravidla spravedlivého řízení.

S ohledem na skutečnost, že standard SRZ je poměrně vágní, důležitým referenčním rámcem pro posouzení porušení budou vždy dva elementy – skutkový stav a vnitrostátní právo. Ve vztahu ke druhému zmíněnému bude důležité zkoumat, zda stát porušil své vlastní vnitrostátní právo.

A. Porušení vnitrostátního práva

V základním smyslu slova není možné hovořit o vládě práva, kde hostitelský stát porušuje vlastní právní řád, včetně závazků z mezinárodních smluv. Aby mohl být dodržen standard SRZ, je třeba respektovat požadavek vnitrostátní legality.

Schill s Jacobem pak rozlišují „negativní“ a „pozitivní“ legalitu.⁷⁸ Negativní legalitou rozumí, že stát dodržuje vnitrostátní právo. Pozitivní legalita znamená, že veřejná moc je uplatňována podle práva, přičemž stát musí mít pravomoc k určitému jednání vůči investorovi danou tímto vnitrostátním právem.

V případě *Nobel Ventures proti Rumunsku* rozhodci zaujali stanovisko, že jestliže insolvenční řízení probíhalo podle požadavků vnitrostátního práva, pak nedošlo k porušení SRZ.⁷⁹ V tomto případě tedy soulad s vnitrostátním právem byl klíčový pro posouzení vzniku mezinárodněprávní odpovědnosti státu za porušení SRZ.

Ve věci *Siag proti Egyptu* dva italské občany zamýšleli podnikat v tomto státě v oblasti turismu. Za tímto účelem koupili pozemek od egyptského státu. Řadou jednání a opominutí ze strany egyptských úřadů došlo k vyvlastnění majetku investorů na území Egypta. Soudy následně v několika rozhodnutích vyhověly investorům. Egyptská vláda však rozsudky nikdy nerespektovala. Arbitrážní tribunál shledal porušení mj. standardu SRZ tím, že vláda státu ignorovala rozsudky vlastních soudů.⁸⁰

B. Odepření spravedlnosti

Jak bylo naznačeno již výše (4.1), minimální standard zacházení podle mezinárodního obyčejového práva odedávna zahrnoval zákaz odepření spravedlnosti.⁸¹ Jestliže SRZ je standardem, který je autonomní na tomto obyčejovém minimálním standardu, pak vzniká otázka, co je obsahem SRZ.⁸²

Některé znaky odepření spravedlnosti v kontextu SRZ byly definovány např. v případě *Azinian a další proti Mexiku*.⁸³ Tento případ vznikl jako důsledek sporu mezi mexickou municipalitou a americkým investorem ohledně tvrzeného porušení koncesní smlouvy první jmenovanou. Tribunál v této věci poznamenal, že: „*odepření spravedlnosti by mohlo být namítáno, pokud by soudy odmítly projednat žalobu, nebo její projednání podrobily*

⁷⁸ SCHILL, Stephan W. – JACOB, Marc. Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method. In: BUNGENBERGER, Marc – GRIEBEL, Jorn – HOBE, Stephan – REINISCH, August (eds). *International Investment Law*. Munchen: C. H. Beck, 2015, s. 719.

⁷⁹ *Nobel Venutres, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005.

⁸⁰ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, odst. 454. Dostupné z: <<http://www.italaw.com>>.

⁸¹ Viz např. FRANCIONI, Francesco. Access to Justice. Denial of Justice and International Investment Law. *The European Journal of International Law*. 2009, Vol. 20, No. 3, s. 731.

⁸² Vztah mezi minimálním standardem a SRZ je nicméně stále předmětem určité kontroverze. Srov. DOLZER, Rudolf – SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, s. 134–135.

⁸³ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca (Claimants) and the United Mexican States (Respondent)*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award, s. 29, odst. 102. Dostupné z: <<http://www.italaw.com>>.

*nepřiměřené délce řízení, nebo pokud by se jednalo o výkon spravedlnosti, který je zjevně neadekvátní.*⁸⁴

Posouzení těchto znaků však bude vždy záležet na skutkovém stavu a také na tom, zda soudy hostitelského státu jednaly v souladu s vnitrostátním právem (v širším slova smyslu včetně mezinárodních lidskoprávních závazků). Pokud se tak stalo, bude pro investora nanejvýš obtížné prokázat odepření spravedlnosti. Podle některých názorů navíc nestačí běžné, „technické“ porušení vnitrostátního práva pro shledání odepření spravedlnosti jako porušení SRZ.⁸⁵

Na recentním případě *Dan Cake proti Maďarsku* můžeme ilustrovat problematiku pochybení soudu vedoucího k odepření spravedlnosti.⁸⁶ Investor založil v Maďarsku dceřinou společnost *Danesita*. Společnost se ocitla ve finančních obtížích. Její věřitelé žádali, aby na ni byl prohlášen konkurz. *Danesita* se obrátila na insolvenční soud, aby tento svolal jednání o vyrovnání s věřiteli (čímž chtěla předejít prodeji svého majetku v dražbě a definitivní likvidaci jako subjektu práva). Maďarské právo přiznávalo právo na svolání takového jednání. Namísto jednání s věřiteli nařídil soud insolvenčnímu správci provedení nedobrovolné veřejné dražby majetku *Danesity*. Proti rozhodnutí insolvenčního soudu neexistovalo dle maďarského práva odvolání.

Arbitrážní tribunál shledal, že:

*„[M]etropolitní soud v Budapešti svým rozhodnutím zbavil Danesitu šance – ať již velké či malé – vyhnout se prodeji jejího majetku a vymizení jako právnické osoby. Maďarské právo umožňuje dohodu mezi dlužníkem a věřiteli. Danesita měla právo na svolání jednání o vyrovnání za určitých podmínek, jež splnila. Metropolitní soud tak odmítl učinit [...], [č]ímž učinil nevyhnutelným prodej majetku Danesity a její konec jako právnické osoby. To je jasným porušením závazku Maďarska zacházet s portugalskými investory spravedlivým a rovným způsobem.*⁸⁷

Načež tribunál konstatoval, že *„[p]orušení závazku SRZ nabylo podoby odepření spravedlnosti. Rozhodnutí Metropolitního soudu šokuje vnímání, jak se soudy mají správně chovat.*⁸⁸

Maďarský insolvenční soud tedy bez zjevného důvodu nepostupoval v souladu s vnitrostátním právem, ačkoli by zřejmě v jiných, vnitrostátních situacích takto postupoval, respektive postupovat musel. Soud se tedy nevyhnul při použití vnitrostátního práva určité arbitrarnosti, která vedla k fatálním ekonomickým důsledkům pro investici zahraničního investora. Nepřímým podnětem pro vnitrostátní orgány (nejen) v Maďarsku je, že orgány musejí dodržovat vlastní právní řád, zejména s ohledem na důsledky na straně investora a jeho investice.

C. Protikladná jednání orgánů státu

Existuje několik nálezů investičních tribunálů, které vyžadují, aby státy jednaly konzistentně a koherentně. Jednak je třeba, aby např. orgány finanční správy jednaly tímto

⁸⁴ Ibidem, s. 29, odst. 102.

⁸⁵ Srov. HEPBURN, Jarrod. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 13–40.

⁸⁶ *Dan Cake S. A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/9, *Decision on Jurisdiction and Liability*. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁸⁷ Ibidem, odst. 145.

⁸⁸ Ibidem, odst. 146.

způsobem navzájem (rovina vertikální), jednak tak musejí jednat i orgány různých složek státní moci, např. správní orgány a soudy (rovina horizontální).

V případě *Arif proti Moldávii* tribunál konstatoval, že:

„Existuje přímočará nekonzistentnost mezi postojem různých orgánů státu. Zatímco státní letecká společnost a úřad pro civilní letectví uznaly a podporovaly investici do prostor letiště, soudy seznaly, že investice je protiprávní. Tento druh nekonzistentnosti je sám o sobě porušením standardu ochrany investic. Soudní přezkum jednání správních orgánů je běžná záležitost v kterémkoli státě, a samozřejmě, že správní orgány Moldávie [...] musejí soudní rozhodnutí respektovat a naplňovat. Nicméně na poli mezinárodního práva má stát unitární povahu, a protiřečení si v jednáních státu nemůže být řešeno na poli mezinárodního práva odkazem k jeho vnitrostátnímu právu. Je obecně přijímáno, že stát nemůže trvat na svém vnitrostátním právu, aby ospravedlnil porušení mezinárodního práva.“⁸⁹

V případě *Tecmed proti Mexiku* byl konstatován jeden z typických požadavků na jednání státu:

„Investor očekává, že hostitelský stát bude jednat konzistentně, bez význačností a zcela transparentně ve vztahu k investorovi tak, aby dopředu mohl znát všechna pravidla a regulace, kterými se bude řídit jeho investice, stejně tak jako cíle relevantních politik a správních praktik nebo direktiv, aby byl schopen plánovat svoji investici a dodržet takové regulace [...]“⁹⁰

Ve věci *MTD pro Chile* se jednalo o situaci, kdy Chilská komise pro zahraniční investice schválila developerský projekt, a to navzdory tomu, že to odporovalo zásadám územního plánování. Poté, co developer nainvestoval značné částky do odkupu pozemků, včetně souvisejících nákladů, pochopitelně nezískal nezbytná stavební povolení. Tribunál seznal, že: *„Chile není pasivní stranou a koherentní jednání různých zástupců státu, jimiž Chile jedná, je věcí odpovědností Chile, nikoli investora.“⁹¹*

Úkolem státu bylo zajistit koordinaci jednotlivých správních orgánů. Chile byla tedy shledána odpovědnou za porušení standardu SRZ.

Co tribunály naznačují je, že porušení standardu SRZ nastává v případě chybějící synergie na straně různých státních orgánů. Tyto rozhodčí nálezy tak dávají nepřímý podnět k větší koordinaci a profesionalitě jednotlivých institucí státu. Zároveň je však zřejmé, že požadavek vyjádřený v *Tecmed* je definice ideálního stavu v ideálních podmínkách ideálního právního státu.⁹² Na druhé straně záleží, jak tento rozsudek čteme. Podle našeho názoru nebylo Mexiko shledáno mezinárodně odpovědným za porušení BIT z důvodu, že by nenaplňovalo tento ideální stav, leč proto, že jednání jeho orgánů mu bylo přespříliš vzdáleno.

⁸⁹ *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, odst. 547. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹⁰ *Tecnicas medioambientales Tecmed S. A. and Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, odst. 154. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹¹ *MTD Equity Sdn Bhd. And MTD Chile S. A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7. v. Chile, odst. 164. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹² Srov. kriticky DOUGLAS, Zachary. Nothing if not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex. *Arbitration International*. 2006, Vol. 22, No. 1, s. 28.

D. (Ne)dodržení principů dobré správy

Na úvod je třeba připomenout, že investor obecně nemusí napadnout rozhodnutí správního orgánu před vnitrostátními (správními) soudy, aby mohl zahájit investiční arbitráž. Investiční tribunály tak mohou být první instancí, která se zabývá souladem správního rozhodnutí s principy správního řízení (např. ochrana dobré víry).⁹³

V této subkategorii SRZ se kladou určité požadavky především na udělování licencí a povolení ze strany hostitelských států.

Např. v případě *Genin proti Estonsku*, který se dotýkal privatizace v oblasti bankovního sektoru, tribunál konstatoval, že jednání v rozporu se standardem SRZ zahrnuje „svévolné opominutí plnění povinnosti, absenci jednání, která nenaplní mezinárodní standardy, nebo dokonce subjektivní zlou víru.“⁹⁴

Tento případ poukazuje na skutečnost, že SRZ bude samozřejmě porušen, pokud stát jedná úmyslně arbitrárně či zlovolně. Je zjevné, že tribunály by měly zohlednit skutečnost, že stát chtěl úmyslně porušit právo či poškodit investora.

V případě *Saluka proti ČR* tribunál připomenul, že:

*„Investor [...] může očekávat, že ČR implementuje své politiky v dobré víře, a to jednáním [...] rozumně ospravedlnitelným veřejnými politikami, a že takové chování zjevně neporušuje požadavky konzistentnosti, transparentnosti, nestrannosti a nediskriminace. Zvláště pak jakékoli rozdílné zacházení musí být odůvodněno tím, že bude ukázáno, že má rozumný vztah k racionálním politikám, které nejsou motivovány preferencí jiných investic oproti těm zahraničně vlastněným.“*⁹⁵

Kromě již výše uvedené konzistentnosti stát musí prokázat, že jeho jednání, které mělo dopad na investici investora, není vedeno jinou snahou než uplatňovat určitou rozumnou veřejnou politikou. Zároveň je v nálezu uveden důležitý aspekt transparentnosti. To se dotýká např. komunikace s investorem.⁹⁶ Dodejme, že transparentnost se nedotýká jenom konkrétních kroků státu, ale celkově právního rámce, do něž investor vstupuje a v němž působí. Na tuto otázku navazuje ochrana legitimních očekávání, jíž se věnujeme v následujícím oddíle.

E. Právní jistota, stabilita vnitrostátního práva a ochrana legitimních očekávání

Zajištění stability právních vztahů je nepochybně úkolem kteréhokoli právního systému.⁹⁷

Kupř. čl. 10 (1) Dohody k Energetické chartě stanoví, že smluvní strany „musejí [...] vytvořit stabilní, spravedlivé, příznivé a průhledné podmínky pro investory.“⁹⁸

Toto ustanovení zakotvuje ochranu očekávání rozumné míry stability právního rámce hostitelského státu.

Koncept legitimních očekávání v kontextu standardu SRZ je kontroverzní.⁹⁹ Je tomu tak mj. proto, že z „technického“ hlediska tato ochrana očekávání nebývá výslovně zako-

⁹³ Např. ust. § 2 odst. 3 zák. č. 200/2004 Sb., Správní řád, v účinném znění.

⁹⁴ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. And A. S. Baltoh and the Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, odst. 367. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹⁵ *Saluka Investments BV (Netherlands) Claimant v. the Czech Republic Respondent*, Partial Award, odst. 307. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

⁹⁶ *Ibidem*, odst. 420–425.

⁹⁷ Srov. VIRALLY, Michel. *La pensée juridique*. Paris: L. G. D. J., 1960, s. 188.

⁹⁸ *The Energy Charter Treaty*. Dostupné z: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_ECT.pdf>.

tvena v dohodách o ochraně investic. Jak pak s použitím prostředků výkladu, které nám přikazuje použít Vídeňská úmluva o smluvním právu,¹⁰⁰ dokážeme „izolovat“ ze SRZ klauzule, že zahrnuje právě legitimní očekávání?

Nicméně z hlediska výše přijaté metodologie se zdá, že určitý vztah mezi vládou práva, zprostředkovanou v oblasti mezinárodní ochrany investic standardem SRZ, a legitimními očekávaními investora bude existovat.

Ochrana legitimních očekávání musí být zaručena v činnosti správních orgánů i v zákonodárné aktivitě. Pokud se týká činnosti správních orgánů, je možné zmínit případ *Total proti Argentíně*, v němž tribunál seznal, že:

„[D]oktrína legitimních očekávání, kterážto odráží význam principu právní jistoty (vláda práva) se zdá být použitelná převážně s ohledem na správní akty a chrání jednotlivce před nekoherentním užitím správního uvážení nebo zneužitím oprávnění správních orgánů.“¹⁰¹

Stav poznání ohledně legitimních očekávání a stability právního rámce recentně shrnul také tribunál ve věci *Antaris proti ČR* následovně:

- porušení SRZ nastává tehdy, pokud byl právní rámec změněn do té míry, že zmařil legitimní očekávání investora nebo státem poskytnuté záruky stability právního prostředí;
- zdroj legitimního očekávání musí být jasně identifikován;
- investor musí prokázat, že stát podnítil investici určitými ujištěními a investor na ně rozumně spoléhal, přičemž tato ujištění byla státem následně negována;
- očekávání může vzniknout na základě specifických záruk v legislativě hostujícího státu;
- zvláštní ujištění nejsou nezbytná pro vznik nároku z legitimních očekávání, nicméně mohou sehrávat důležitou úlohu při posuzování tohoto standardu;
- ustanovení zákonů použitelných obecně vůči více či mnoha osobám nevytvářejí legitimní očekávání, že se právní rámec existující v době učinění investice nemůže změnit. Investor se přitom musí zajímat dopředu, zda existují indicie ohledně změny ekonomických a sociálních podmínek;
- pokud stát vykonává standardním způsobem zákonodárnou moc ve veřejném zájmu a nemění právní rámec v době učinění investice nad přijatelnou míru, pak nedojde k porušení SRZ;
- požadavky legitimních očekávání a právní stability nemají vliv na výkon zákonodárné moci, která reaguje na měnící se podmínky ve státě;
- stát nemusí vyvažovat zájmy investora nad ostatní relevantní zájmy a standard SRZ umožňuje vyvažovat tyto zájmy;
- pokud stát neposkytl specifická ujištění investorovi, tento nemůže používat dohodu o ochraně investic jako svého druhu pojištění proti obchodním rizikům;

⁹⁹ Pro kritickou analýzu srov. OSTŘANSKÝ, Josef. *An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard*. Forthcoming in: GATTINI, Andrea – TANZI, Attila – FONTANELLI, Filippo (eds). *General Principles of Law and International Investment Arbitration*. Brill, 2017, s. 1–33. Dostupné z: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075791>.

¹⁰⁰ Čl. 31–33 Vídeňské úmluvy o smluvním právu. Publikováno jako vyhláška č. 15/1988 Sb.

¹⁰¹ *Total S. A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, odst. 129. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

- ochrana proti arbitrárnímu a/nebo nerozumnému jednání spadá do rámce standardu SRZ. Stát nesmí jednat zjevně nekonzistentním nebo nerozumným způsobem, jinak poruší standard SRZ.¹⁰²

Arbitrážní tribunály jsou tedy připraveny chránit legitimní očekávání investora, byť požadavky na jejich existenci a porušení se mohou podstatně lišit. Ochrana legitimních očekávání a spoléhání se na stabilitu právního rámce jsou téměř jisté, pokud investor obdrží specifické ujištění od státu nebo s ním uzavře investiční kontrakt obsahující stabilizační klauzuli.¹⁰³ Stát bude mít mnohem lepší pozici, pokud pouze změnil právní předpis(y), bez specifického závazku vůči investorovi, což je běžná součást obchodního rizika.

Na druhé straně, např. v případě *Eiser proti Španělsku*, jednom z řady sporů v oblasti solárních elektráren, tribunál konstatoval, že Španělsko porušilo standard SRZ tím, že neposkytlo „*fundamentální stabilitu v základních charakteristikách právního režimu* [...]“.¹⁰⁴ Tribunál měl za to, že žádný svých práv dbalý investor nemůže čekat, že se v delším horizontu právní úprava nezmění. Avšak nesmí se tak stát „*drastickým způsobem a neočekávaně*“.¹⁰⁵

S tímto posledně zmíněným přístupem se ztotožňujeme. Stát založený na vládě práva by měl zachovávat kontinuitu a stabilitu práva. Nicméně zůstává otázkou, kdy je legislativa očekávaná? Jestliže se o ní vedou diskuze v parlamentu? Anebo až ve chvíli existence návrhu zákona?

5. Procesní mechanismy vymáhání práv investora

Spory mezi investory a státy je možné projednat a rozhodnout na vnitrostátní nebo mezinárodní úrovni. V prvním případě je tyto spory možné řešit před soudy (nebo eventuálně v obchodní arbitráži). Ve druhém případě se nabízí řešení sporu na úrovni mezistátní, v podobě diplomatické ochrany nebo případně specifických ustanovení o řešení sporů ohledně interpretace a použití dohody o ochraně investic v nich obsažených, případně dalšími způsoby.

Investor sám má v zásadě dvě možnosti. Zaprvé, investoři mohou chránit svoji investici prostřednictvím MIA. Zadruhé, v rámci regionu Rady Evropy, se mohou obrátit na ESLP.

S ohledem na dosavadní výjimečnost řešení těchto sporů na mezistátní úrovni se v následujícím výkladu budeme věnovat pouze situaci, kdy investor a stát řeší spor před vnitrostátními soudy a v MIA.¹⁰⁶ Mimo náš záběr leží také problematika ochrany majetku před ESLP, která by vyžadovala samostatné pojednání.¹⁰⁷

¹⁰² PCA Case No 2014-01 in the matter of an arbitration pursuant to the Energy Charter Treaty and the Agreement between the Federal Republic of Germany and the Czech and Slovak Federal Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment signed on October 2,1990, in force as of October 2,1993 between (1) Antaris GMBH (Germany) and (2) Dr Michael Göde (the „Claimants“) and the Czech Republic (the „Respondent“, and together with the Claimants, the „Parties“), Award, 2 May 2018. Dostupné z: <<https://www.mfcr.cz/cs/zahranicni-sektor/ochrana-financnich-zajmu/arbitraze/prehled-rozhodcich-nalezu>>.

¹⁰³ Srov. obecně DOLZER, Rudolf – SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, s. 82–85.

¹⁰⁴ *Eiser Infrastructure Limited a Energia Sioar Luxembourg SARL v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award (English), odst. 382. Dostupné z: <<https://www.italaw.com>>.

¹⁰⁵ *Ibidem*, odst. 387.

¹⁰⁶ Známou výjimkou je Konečný rozhodčí nález v arbitráži *ad hoc* mezi Italskou republikou a Republikou Kuba, odst. 2–3. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0435_0.pdf>.

¹⁰⁷ Srov. čl. 1 Protokolu 1 k EÚLP.

5.1 Uplatnění investičních nároků u soudu hostitelského státu podle vnitrostátního práva

Rule of law vyžaduje možnost jednotlivce obrátit se na orgán ochrany práva.¹⁰⁸ Všeobecně je přijímána představa, že takovým orgánem by měl být nezávislý a nestranný soud. V této souvislosti bývalý předseda italského ústavního soudu *Onida* zmiňuje příběh odehrávající se pravděpodobně v Prusku. Vojáci sdělí zemědělci, že na příkaz císaře mu musejí konfiskovat půdu. Zemědělec tváří v tvář nemožnosti odporovat provedení tohoto příkazu zvolá: „*Ale stále jsou tu soudci v Berlíně.*“¹⁰⁹

Axiómem toho příběhu je, že soudy skutečně poskytnou ochranu proti porušení práv jednáním či opominutím exekutivy. Ponechat vymáhání práv jednotlivce na národních soudech je sice lákavé, ale stejně tak fragilní. Současná situace v polském soudním systému, který vzbuzuje obavy o nezávislost rozhodování, to potvrzuje.¹¹⁰ V odborné literatuře pak vyvstala otázka, zda existuje „vzájemná důvěra“ mezi soudy členských států vůči rozsudkům polských soudů, a v konečném důsledku tedy, zda se mají uznávat právní účinky polských rozhodnutí.¹¹¹

Kdo však poskytne ochranu proti arbitrárnímu jednání soudů či odepření spravedlnosti z jejich strany, neboli „*sed quis custodiet ipsos custodes*“?¹¹² Mezinárodní právo veřejné ostatně uznává delikt odepření spravedlnosti (viz 4.2.2 B výše), který je činěn právě a typicky soudy.¹¹³

Měl by si investor zvolit cestu arbitráže, anebo požadovat před vnitrostátními soudy náhradu škody, která vznikla na základě porušení práva vzniklého výkonem veřejné moci?

Vnitrostátní soudnictví může být vhodnou, či dokonce výhradní cestou zejména pro menší investory, kteří jen stěží budou mít možnost financovat MIA, přinejmenším bez použití financování třetí stranou.¹¹⁴

Investor však může vést řízení proti státu jak v MIA, tak ve vnitrostátním soudním řízení.¹¹⁵ Takový postup ovšem znamená dvojí náklady pro investora a nejeví se tedy jako ekonomicky optimální.

Rovněž hostitelský stát může (nezávisle na existenci MIA) uplatňovat trestní i správní odpovědnost i civilní nároky vůči investorovi před národními soudy.¹¹⁶ Asymetrie (*sic*)

¹⁰⁸ Srov. také dikci § 1 zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁹ ONIDA, Valerio. *La Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 2017, s. 43.

¹¹⁰ *Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law* COM (2017) 835 final (20. 12. 2017). Zajímavým údajem může také být, že dle veřejně dostupných informací probíhá 7 mezinárodních investičních arbitráží proti Polské republice. Dostupné z: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/168?partyRole=2>>.

¹¹¹ HAZELHORST, Monique. Mutual Trust under Pressure: Civil Justice Cooperation in the EU and the Rule of Law. *Netherlands International Law Review*. 2018, Vol. 65, Iss. 2, s. 103–130.

¹¹² IUVENALIS, D. I. *Juvenal Satiren: Lateinisch – deutsch Herausgegeben, übersetzt und mit Anmerkungen versehen von Joachim Adamietz*. München – Zürich: Artemis und Winkler, 1993, s. 118 (O 31–32). Na tento problém dohledu nad činností soudů v kontextu jejich odpovědnosti poukazuje z perspektivy civilního práva procesního CAPPELLETTI, Mauro. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989, s. 57 an.

¹¹³ Srov. např. FRANCIONI, Francesco. Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law. *European Journal of International Law*. 2009, Vol. 20, No. 3, s. 729–747.

¹¹⁴ Srov. RUIZ FABRI, Héléne. Regulating Trade, Investment and Money. In: CRAWFORD, James – KOSKENNIEMI, Martti (eds). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 360.

¹¹⁵ Nejedná se totiž o situaci litispence. Srov. NOVÝ, Zdeněk. Lis pendens between International Investment Tribunals and National Courts. *Czech Yearbook of Public and Private International Law*. 2017, Vol. 8, s. 520–521.

¹¹⁶ Srov. ISHIKAWA, Tomoko. Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration. *AJIL Unbound*, s. 34. Dostupné z: doi: 10.1017/aju.2018.96.

mezi státem a investorem ve prospěch druhého zmíněného v tom, že pouze investor může zahájit MIA a vymáhat nároky vůči státu, je touto skutečností vyrovnávána.¹¹⁷

Kromě „psychologického“ aspektu, kdy soudce obecného soudu má přiznat cizinci náhradu škody (např. ve výši desítek miliard korun) proti vlastnímu státu, jsou tady i zjevné nevýhody v oblasti vnitrostátní regulace odpovědnosti jednotlivých států (k tomu viz také následující oddíl).¹¹⁸

Prvotní otázkou je, jak se soud vypořádá s nároky vůči státu, které vyvěrají z kritiky nesouladu ustanovení vnitrostátních zákonů se standardy mezinárodního práva.¹¹⁹ Jinými slovy, bude někdy složité vyloučit účinky zjevně excesivního a exorbitantního ustanovení právně účinného zákona. V konečném důsledku tuto otázku může rozhodnout až ústavní soud daného státu, což však bude obvykle vyžadovat vyčerpání opravných prostředků v rámci soustavy obecných soudů.

V mnoha zemích se investor nebude schopen dovolávat dohod o ochraně investic před vnitrostátními soudy proto, že tyto dohody nebudou považovány za přímo použitelné podle stanoviska příslušného právního řádu.¹²⁰ V takovém případě nezbyvá než prosazovat nárok na základě vnitrostátních zákonů o odpovědnosti státu.¹²¹

5.1.1 Úskalí vymáhání odpovědnosti státu před českými soudy

Koncepce odpovědnosti státu v ČR je značně problematická. Zjednodušeně řečeno investor musí nejprve dosáhnout zrušení vadného správního či soudního rozhodnutí, které by porušovalo jeho práva. Následně investor musí uplatnit nárok na náhradu škody způsobené vadným rozhodnutím u příslušného státního orgánu.¹²² Pokud mu nebude vyhověno, nezbyvá než vznést nárok na náhradu škody proti státu v občanském soudním řízení. Ve zkratce tedy, aby investor mohl obdržet kompenzaci vzniklé škody, musí využít dvou větví vnitrostátního soudnictví.¹²³ Nelze pak vyloučit dobu deseti i více let, než se žalobce dočká pravomocného rozsudku proti státu.

Dalším problémem je, že dle převažujícího výkladu zákona o odpovědnosti státu ČR nenese odpovědnost např. za jednání insolvenčních správců.¹²⁴ Tito v rámci výkonu některých zákonem svěřených pravomocí mohou způsobit investorovi významnou škodu.¹²⁵

¹¹⁷ K tvrzené asymetrii srov. ARCURI, Alessandra. *The Great Asymmetry and the Rule of Law in International Investment Arbitration*, s. 5. Dostupné z: <<https://ssrn.com/>>.

¹¹⁸ Srov. různé způsoby limitace náhrady škody vůči státu v komparativním přehledu v BELL, John S. *Comparative Administrative Law*. In: REIMANN, Mathias – ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. Publikováno online. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0040.

¹¹⁹ Autor Carvalho používá v této souvislosti trefný pojem „misregulate“. Viz CARVALHO, Patrick. *Investor-State Arbitration and the Rule of Law: Debunking the Myths*. Research Snapshot. The Centre for Independent Studies. Dostupné z: <<https://www.cis.org.au/app/uploads/2016/04/rr13-snapshot.pdf>>.

¹²⁰ Srov. PEREZCANO, Hugo. *Risks of a Selective Approach to Investor-State Arbitration*. In: DE MESTRAL, Armand (ed.). *Second Thoughts: Investor-State Arbitration between Developed Democracies* Waterloo (Canada), Centre for International Governance, 2017, s. 487–488.

¹²¹ V případě ČR se jedná o zák. č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů (dále „z. o. s.“).

¹²² § 6 z. o. s.

¹²³ Srov. kritiku od PÍTROVÁ, Lenka. Několik poznámek k náhradě škody způsobené výkonem veřejné moci. *Právní rozhledy*, 2017, sv. 22, s. 785 an. Dostupné z: <<http://www.beck-online.cz>>.

¹²⁴ Srov. VOJTEK, Petr – BIČÁK, Vít. *Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci. Komentář*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 15.

Možnost vybrat si pro řešení sporu kompetentního profesionála může být oproti využití soudů celé řady států výhodou. Rovnost zbraní je pak zaručena tím, že i stát si může zvolit rozhodce.¹³⁴ Rozhodci jmenovaní stranami následně vyberou předsedu tribunálu.

Na rozdíl od vnitrostátních soudců mohou být členy tribunálu osoby s rozdílnými profesními dráhami, např. advokát, akademik a bývalý kariéerní diplomat. Tito mohou, za splnění dalších podmínek, poskytnout velmi různorodý pohled na skutkové a právní okolnosti případu, což může být pro případ prospěšné. Pokud nejsou týmž státem či investorem nominováni opakovaně, jsou navíc prosti jakéhokoli politického vlivu hostitelského státu či obchodního vlivu investora. Na druhé straně arbitři nebudou obvykle tak znalí vnitrostátního práva, které je důležitým komponentem sporů z investic, jako soudci hostitelského státu.

Nadto vymahatelnost rozhodčích nálezů na mezinárodní úrovni je upravena dvěma významnými instrumenty: jednak úmluvou ICSID, jednak Newyorskou úmluvou.¹³⁵ Srovnatelný režim pro uznání a výkon rozsudků vnitrostátních soudů ve světovém měřítku dosud nefunguje.¹³⁶ Podobné platí i pro obecné mezinárodní právo, které je čas od času kritizováno právě kvůli absenci mechanismů vymáhání práva.¹³⁷

Možnosti vynucení nálezu proti majetku státu může být dílčím podnětem, proč by stát měl plnit mezinárodní závazky.¹³⁸ Primárním popudem k dodržování rozhodčího nálezu by však měla být především zásada *pacta sunt servanda*.¹³⁹

5.3 Mezinárodní investiční soud a odvolací mechanismus

Již výše jsme upozornili na nespokojenost s fungováním MIA. Rozhodování v MIA je vytýkáno nedostatek transparentnosti, jednotnosti a nezávislosti.

V zásadě se nabízejí dvě možnosti reakce na tuto situaci, a to institucionální a neinstitucionální. První máme na mysli vytvoření instituce(i), která(é) by pomohly zlepšit fungování MIA. Zatímco neinstitucionální podpora zahrnuje spíše zavedení „měkkých technik“, jako např. *mediace*.¹⁴⁰

V rámci institucionální reakce vznikla iniciativa vytvořit mezinárodní investiční soud (dále „MIS“), který by těmito neduhů netrpěl.¹⁴¹ Čilým aktérem reforem MIA jsou přede-

¹³⁴ Srov. čl. 10 (3) česko-francouzské BIT výše.

¹³⁵ Srov. Čl. 54–55 *Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of other States*. Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států; Newyorská úmluva.

¹³⁶ Bude zajímavé sledovat, zda na tomto konstatování něčeho změni *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* (k 14.8. 2019 podepsala pouze Uruguay). Dostupné z: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>>.

¹³⁷ Srov. např. HATHAWAY, Oona – SHAPIRO, Scott J. *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*. *The Yale Law Journal*. 2011, s. 256. Dostupné z: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=4846&context=fss_papers>.

¹³⁸ Jsme si nicméně vědomi existence exekuční imunity státu. Této překážce standardně nebude investor čelit, pokud zahájí soudní řízení proti hostitelskému státu před jeho vlastními soudy. V tomto aspektu je tedy vnitrostátní soudní řízení výhodnější. K exekuční imunitě srov. SHAW, Malcolm N. *International Law*, s. 562–567.

¹³⁹ Srov. SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo – LAWRY-WHITE, Merryl. *State Responsibility and the Enforcement of Arbitral Awards*. *Arbitration International*. 2017, 33, s. 36. Dostupné z: doi: 10.1093/arbint/aiw006.

¹⁴⁰ Srov. např. *International Energy Charter Guide on Investment Mediation*. Dostupné z: <<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>>.

¹⁴¹ Srov. Doporučení Evropské komise o zmocnění rady k zahájení jednání o úmluvě o zřízení mnohostranného soudu pro urovnání sporů z investic. COM (2017) 493 final, 13. 9. 2017. Dostupné z: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri="](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=)

vším EU a UNCITRAL.¹⁴² EU předložila konkrétní model MIS v dohodách se třetími státy, jako např. s Kanadou (CETA), USA (TTIP) nebo Vietnamem.¹⁴³ Dodejme, že SDEU posvětil sjednání dohody CETA jako souladné s právem EU.¹⁴⁴

MIS lze charakterizovat tak, že se jedná o dvoustupňový mechanismus, v jehož rámci rozhodují erudovaní soudci vybraní společnou komisí, kterou ustanoví EU a druhá strana dohody.¹⁴⁵ V případě, že tvrzený standard ochrany investic poruší členský stát EU, posledně jmenovaná rozhodne, zda bude žalovaným v takovém investičním sporu stát, nebo EU.¹⁴⁶

Zda bude model MIS navržený ze strany EU funkční, nelze zcela předjímat. Nicméně je třeba poukázat na několik úskalí tohoto modelu MIS.

Zprv, MIS není arbitráží. Definičním znakem arbitráže je možnost stran zvolit si rozhodce či obecněji mít alespoň možnost ovlivnit jeho výběr.¹⁴⁷ V modelu navrženém EU a zakotveném např. v CETA však investor není oprávněn zvolit rozhodce.¹⁴⁸

Pokud se tedy nejedná o arbitráž, pak lze považovat za velmi nejisté, zda bude rozhodnutí (formálně označené jako „nález“) možné uznat a vykonat na základě Newyorské úmluvy.¹⁴⁹ Odpověď na tuto otázku bude záležet mj. na interpretaci pojmu „*nález vydané stálými rozhodčími orgány*“,¹⁵⁰ jimž se strany podrobily“ užitého v čl. I odst. 2 Newyorské úmluvy ze strany soudů státu, v němž je žádáno o uznání nálezu.¹⁵¹

Zadruhé, vyvstává otázka nezávislosti rozhodování členů MIS a zachování rovnosti zbraní.¹⁵² Jestliže jsou členové soudu vybírání a nominování *pouze* státy, pak jsou posled-

CELEX:52017PC0493&from=EN>; srov. také European Parliament Legislative Train 07.2019. Multilateral Investment Court (MIC) Multilateral and Plurilateral Trade Agreements within and outside the WTO.

¹⁴² K EU srov. např. *A New System for Resolving Disputes Between Foreign Investors and States in a Fair and Efficient Way*. Dostupné z: <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf>; K UNCITRAL srov. Dokumenty Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform. Dostupné z: <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state>.

¹⁴³ Komplexní hospodářská a obchodní dohoda (CETA) mezi Kanadou na jedné straně a Evropskou unií a jejími členskými státy na straně druhé. Úřední věstník EU L 11/23, 14. 1. 2017. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=EN>; Transatlantic Trade and Investment Partnership Trade in Services, Investment and E-commerce Chapter II Investment. Dostupné z: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf>; Rozhodnutí Rady o uzavření Dohody o volném obchodu mezi Evropskou unií a Vietnamskou socialistickou republikou COM (2018) 691 final, 17. 10. 2018 (dále „Dohoda s Vietnamem“). Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0691&from=EN>.

¹⁴⁴ Posudek SDEU (pléna) ze dne 30. dubna 2019 ve věci C 1/17. Dostupné z: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-1/17>.

¹⁴⁵ Čl. 26.1 ve spojení s čl. 8.23.2 CETA a čl. 9 TTIP.

¹⁴⁶ Srov. čl. 8.21.3 CETA. Jedná se pravděpodobně o jediný mechanismus řešení sporů, v němž žalobce dopředu nezná žalovaného.

¹⁴⁷ HAPP, Richard – WUTSCHKA, Sebastian. From the Jay Treaty Commissions towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma. *Indian Journal of Arbitration Law*. 2017, sv. 6, č. 1, s. 126. Dostupné z: <http://ijal.in/sites/default/files/IJAL%20Volume%206_Issue%201_Richard%20Happ%20&%20Sebastian%20Wuschka.pdf>.

¹⁴⁸ Ačkoli odlišnou úpravu obsahuje Dohoda s Vietnamem, která počítá s tím, že strany navrhnou rozhodce z existujícího seznamu (vytvořeného EU a Vietnamem). Srov. Čl. 15.7.3 Dohody s Vietnamem.

¹⁴⁹ Vyhláška č. 74/1959 Sb. ze dne 6. listopadu 1959 o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Zde vycházíme z předpokladu, že vymahatelnost rozhodnutí je důležitou součástí každého právního systému.

¹⁵⁰ Zatímco anglická verze používá slovo „*bodies*“, francouzské a španělské autentické znění úmluvy používají pojem „*orgány*“ (*organes*, respektive *órganos*), podobně jako český překlad ve Sbírce zákonů. Tyto pojmy přitom nemusejí nést stejný význam, což může mít vliv na kvalifikaci MIS a právní povahu jeho rozhodnutí. Viz původní znění úmluvy dostupné z: <http://www.newyorkconvention.org/new+york+convention+texts>.

¹⁵¹ Je zde rozumný předpoklad, že to bude právě Newyorská úmluva, která by sehrávala úlohu při uznání a výkonu nálezů proti státům. Důvodem je, že je jí vázána drtivá většina států světa. Seznam smluvních států je dostupný z: <http://www.newyorkconvention.org/countries>.

¹⁵² GALINDO, Alvaro – ATTANASION, David L. – DURÁN, Ana Maria. Chapter 27: The New York Convention's Concept of Arbitration and the Enforcement of Multilateral Investment Court Decisions. In: FACH GOMÉZ, Katia – LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana M. (eds). *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019, s. 465.

ně zmíněné pravidelnými „chlebdárci“ členů MIS, vytvářejíce tak s nimi dlouhodobé ekonomické pouto.¹⁵³

Zatřetí, MIS přináší ztížení přístupu investora ke spravedlnosti. Menší investoři si nebudou moci finančně dovolit vést dvoustupňovou „bitvu“ se státem (či EU).¹⁵⁴ Pokud vyloučíme financování třetí stranou jako neetické (*sic*),¹⁵⁵ nezbude investorovi než žalovat před vnitrostátními soudy hostitelského státu (viz 5.1 výše). K tomu se připíná ještě otázka imunity EU jako mezinárodní organizace, která automaticky nezaniká tím, že se podřídí arbitráži.¹⁵⁶

Pesimistický scénář tedy je, že právní konstrukce MIA, jak je předvídána EU, zcela odradí investory od domáhání se ochrany investic.

„Měkčí“ alternativou k MIS je vytvoření jakéhosi odvolacího mechanismu, v jehož rámci by mohlo dojít k meritornímu přezkumu investičních rozhodčích nálezů.¹⁵⁷ Tím by se napravila pochybení (*sic*) rozhodců učiněná v rozhodčím nálezu. Myšlenka přezkumu ostatně již dříve nalezla své zakotvení v mezinárodní investiční i obchodní arbitráži.¹⁵⁸

Nicméně v souvislosti s vytvořením odvolacího mechanismu vyvstávají dvě otázky. Za prvé, kudy vede hranice mezi pochybením předchozích arbitrážů a odlišným názorem (právním a skutkovým hodnocením věci)? Za druhé, kdo ochrání strany před nesprávným rozhodnutím arbitrážů v rámci odvolacího mechanismu?¹⁵⁹ Zatímco před vnitrostátními soudy existují i mimořádné opravné prostředky, odvolací mechanismus je nenabízí.

Závěr

V tomto článku jsme se snažili poukázat na skutečnost, že bychom neměli bez kritické (tj. nikoli ideologické a oportunistické) diskuse opouštět MIA. Tato může být jednou z dílčích záruk zachování vlády práva ve státech, bez ohledu na „(ne)dokonalost“ fungování právního řádu a prostředí v daném státě.

Tento článek neprokázal existenci kauzálního vztahu mezi MIA a vládou práva v určitém státě. Nabídl však úvahy, které by mohly vést naši intuici tímto směrem. Nepochybně lze v dalším výzkumu zapojit politologické úvahy o motivacích chování státu, včetně dobrého vládnutí, aby se podařilo prokázat eventuální korelaci mezi MIA a vládou práva.

¹⁵³ Investor tedy vystupuje ve sporu se státem obvykle jako „one-shot player“, zatímco stát nebo EU jako „repeat player“. K tomu srov. klasickou studii GALANTER, Marc. Why the „Haves“ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society*. 1974, podzim, s. 98 an.

¹⁵⁴ Americký autor Perry S. Bechky se dlouhodobě zajímá o postavení středních a malých investorů a investic v MIA, které se liší od nadnárodních korporací. Srov. např. BECHKY, Perry S. *Microinvestment Disputes*. Dostupné z: <<https://www.vanderbilt.edu/wp-content/uploads/sites/78/Bechky-Camera-Ready-FINAL.pdf>>.

¹⁵⁵ Srov. např. SANTASUOSSO, Tara – SCARLETT, Randall. Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance. *Boston College Law Review*. 2019, Vol. 60, s. 1–9. Dostupné z: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1008&context=ljwawp>>.

¹⁵⁶ K tématu imunit mezinárodních organizací a arbitráží srov. GAILLARD, Emmanuel. Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales. *ASA Bulletin*. 2000, Vol. 18, s. 472.

¹⁵⁷ Srov. United Nations Commission on International Trade Law. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Thirty-eight Session, Vienna, 14–18 October 2019. Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Note by Secretariat, s. 6–7. Dostupné z: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp166.pdf>>.

¹⁵⁸ Srov. k MIA čl. 50–52 Sdělení Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., Úmluva o řešení sporů z investic mezi státy a občany druhých států; ve vnitrostátní arbitráži pak srov. § 27 zák. č. 216/1994 Sb., zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, v účinném znění.

¹⁵⁹ Stát se může bránit pomocí imunity, investor však takovou obranu proti nesprávnému rozhodnutí nemá.

V článku jsme identifikovali dva aspekty MIA, které mohou být významnými pro vládu práva. Zaprvé se jedná o standardy ochrany investic, zejména FET. Zadruhé je to samotný mechanismus řešení sporů, který MIA nabízí.

Podle našeho názoru je nejvíce efektivní a schůdnou cestou úprava konfigurace současného systému MIA. Nejedná se o systém dokonalý a jistě bychom mohli některé nálezy investičních tribunálů považovat za nesprávné. Existence nesprávných rozhodnutí však nemůže být důvodem pro zrušení celého mechanismu řešení sporů. Jestliže v každém systému rozhodování o právech a povinnostech subjektů statisticky nalezneme chybná rozhodnutí, pak bychom museli zavrhnout nejen myšlenku arbitráže, ale např. i obecného soudnictví.

Výše uvedená analýza ukázala, že MIA v současné podobě zůstává z pohledu investorů neúčinnějším způsobem domáhání se ochrany svých investic. Uplatňování práv investorů před českými soudy není přijatelnou alternativou. Je tomu tak mj. z důvodu komplikovanosti systému odpovědnosti státu za škodu způsobenou výkonem veřejné moci. Vnitrostátní úprava odpovědnosti státu je možná až příliš restriktivní, pokud se týká osobní a věcné působnosti. Je třeba také počítat s nejistým postavením dohod o ochraně investic, pokud se týká jejich přímé vnitrostátní aplikace.

O fungování MIS toho zatím mnoho nevíme. Zdá se však podle slov mezinárodních dohod EU s třetími státy, že MIS není arbitráž. Tato skutečnost není sama o sobě tolik problematická jako vymahatelnost rozhodnutí vydaného v MIS. Takové rozhodnutí s velkou pravděpodobností nebude moci být uznáno na základě Newyorské úmluvy. Nadto státy mají dle navrženého modelu MIS monopol na určení osob, které budou spory rozhodovat, což se jeví být v rozporu s principem rovnosti zbraní.

K protiprávnosti vědomého zásahu do obligačního práva na nabytí nemovitosti

Andreas Frössel*

Abstrakt: Článek analyzuje otázku porušení obligačních práv třetí strany podle rakouského deliktního práva, zejména ve vztahu k nemovitému majetku. Ústředním problémem je, zda ten, kdo úmyslně porušuje (poškozuje) smluvněobligační práva třetí osoby týkající se nabytí nemovitého majetku, je deliktně odpovědný. Pro zodpovězení této otázky je třeba prvně analyzovat typické případy takovýchto zásahů a podat srovnávací přehled způsobů jejich řešení. V literatuře existují dva základní koncepty k řešení této otázky. První z nich argumentuje tím, že smluvní obligační práva jsou zvláště chráněným právním statkem, a proto podléhají režimu § 1295 odst. 1 rakouského občanského zákoníku (ABGB), tedy deliktněprávní ochraně. Druhý názor tvrdí, že smluvní právo je právo relativní, a proto je chráněno jen proti zvláště závažným zásahům, zejména jestliže škůdce jedná v rozporu s dobrými mravy. Článek na základě hodnocení obou koncepcí se přiklání k první z nich.

Klíčová slova: deliktní právo, právní srovnání, rakouský právní řád, úmyslný zásah do obligačních práv, úmyslné porušení smlouvy, smlouva v deliktním právu, vlastnické právo k nemovitému majetku, ochrana finančních zájmů, odpovědnost za jednání v rozporu s dobrými mravy

1. Vymezení problému

Tento příspěvek se zabývá otázkou vědomého zásahu do cizího obligačního práva na nabytí nemovitosti podle rakouského práva.¹

Jde o následující problém. Rakouské právo nemovitostí a pozemkových knih je charakterizováno zásadou zápisu (§ 431, 451, 481 ABGB, § 4 GBG).² To znamená, že věcná práva s účinky vůči třetím osobám mohou být nabyta v zásadě jenom zápisem v pozemkové knize. Je-li obligační právo k nemovitosti vloženo do pozemkové knihy, je toto právo „zvěcněno“ a požívá ochrany vůči zásahům ze strany třetích osob.

V této souvislosti je však sporné, zda oprávněný z pouhého obligačního práva je chráněn vůči zásahům ze strany třetích osob ještě před vkladem do pozemkové knihy, a to např. tehdy, když nabyvatel nemovitostí měl pozitivní znalost o tom, že ve vztahu k téže nemovitosti existuje protichůdné cizí obligační právo. Klasickým případem je dvojí zcizení nemovitosti: vzhledem k tomu, že první kupující, coby nositel obligačního práva, ještě

* Dr. Andreas Frössel, MA. Autor byl do roku 2018 asistentem v Institutu civilního a procesního práva *Wirtschaftsuniversität* ve Vídni, v současnosti působí jako asistent místopředsedy rakouského Ústavního soudu (*Verfassungsgerichtshof*). E-mail: andreas.froessel@wu.ac.at. Předkládaný příspěvek vychází jednak z přednášky pronesené autorem dne 12. 5. 2017 na PF UK v Praze, jednak z disertační práce, obhájené autorem v září 2018 (FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften. Forderungsschutz zwischen sachenrechtlicher Güterzuweisung, Vertrauensprinzip und der Bewegungsfreiheit Dritter*). Přeložili Luboš Tichý a Tomáš Troup.

1 Podrobně k tomu FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, passim, zejména s. 200 an. Přeložili Luboš Tichý a Tomáš Troup.

2 Významná výzkumná práce pochází od Wellspachera: WELLSPACHER, M. *Der Streit um das Eintragungsprinzip in österreichischen Rechte*. Wien: Manz, 1914; viz též HÖLLER, A. In: KODEK, G. E. (ed.). *Kommentar zum Grundbuchsrecht*. 2. vydání. Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2016, § 4 marg. č. 1; MADER, P. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. *ABGB – ON*. Wien: Manz, k § 431 marg. č. 11 an.; HOLZNER, C. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. (eds). *ABGB*. 4. vydání. Wien: Manz, 2015, k § 431 ABGB marg. č. 1 an.

nenabyl v důsledku absence zápisu do pozemkové knihy absolutní právo (právo vlastnické), je otázkou, zda a do jaké míry může druhý kupující, jenž není ohledně prvního kupujícího v dobré víře, odpovídat za škodu, jestliže zasáhne do cizího obligačního práva.³

Otázka protiprávnosti zásahu do cizích obligačních práv je odedávna otázkou velmi spornou. Už *Oertmann* na počátku minulého století konstatoval, že se jedná o „jednu z nejobtížnějších a nejméně vyjasněných“⁴ sporných otázek deliktního práva. Taktéž se hovořilo o „dogmatickém chaosu“, který je vlastní celé této právní oblasti.⁵ Tento příspěvek se přirozeně nemůže zabývat všemi myslitelnými otázkami zásahu do cizích obligačních práv;⁶ zabývá se jen otázkou, zda podle rakouského práva existuje nárok věřitele na náhradu škody vůči třetí osobě, která, při vědomí cizího obligačního práva, právně jedná ve vztahu k dotčené nemovitosti, a tak vědomě zasáhne do řádného splnění tohoto obligačního práva věřitele.⁷

Před zodpovězením této otázky nejprve popíšeme jednotlivé typové skupiny zásahů do cizích obligačních práv k nemovitostem včetně názorů nauky (2.). Poté bude proveden krátký srovnávací přehled, jak jsou srovnatelné typové situace řešeny v zahraničních právních řádech (3.). Následně podáme krátký přehled o rakouském právu na náhradu škody, a to zejména ohledně otázky, o které ustanovení lze opřít nárok oprávněného z obligačního práva na náhradu škody vůči třetí osobě, která do tohoto práva zasáhla (4.). Poté se příspěvek zabývá tím, že v otázce deliktněprávní ochrany obligace existují dvě protichůdné koncepce, totiž jedna chápající obligační právo jako pouhé relativní právo na straně jedné a druhá chápající obligační právo jako zvlášť chráněné právní postavení na straně druhé (5.). Následující oddíl analyzuje, které koncepci je v rakouské právní nauce na místě dát přednost (6.). Příspěvek je pak zakončen závěrečným shrnutím (7.).

2. Názorové pozice a typové případy

Otázka protiprávnosti zásahu do cizích obligačních práv je v Rakousku, stejně jako v jiných státech,⁸ sporná. Podle jednoho názoru lze odpovědnost založit pouze v případě zvlášť kvalifikovaných zásahů do cizích obligačních práv, např. v situaci vědomého osobování si pozice věřitele prostřednictvím úmyslného zásahu do cizího práva (úmyslný zásah do daného práva).⁹ Podle rozšířeného názoru je protiprávním aktivní svádění dlužníka

³ Zásadní význam má práce Koziola: KOZIOL, H. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*. Wien: Springer, 1967, passim; PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff. Die Auswirkungen der mehrfachen Veräußerungsbeweglicher Sachen und Liegenschaften*. Wien, Orac, 2000, passim, zejména však s. 115 an., 217 an.; srov. též WIEBE, A. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 859, marg. č. 35; RUMMEL, P. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. *ABGB*. 4. vydání, k § 859, marg. č. 62 an.; BOLLENBERGER, R. In: KOZIOL, H. – BYDLINSKI, P. – BOLLENBERGER, R. (eds). *ABGB*. 5. vydání, 2017, k § 859 marg. č. 16 an.; DULLINGER, S. Bankhaftung bei Mehrfachzession. *Bank-Archiv*. 2003, Bd. 51, 8, s. 601, 606 an.; WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Bürgerliches Recht II*. 14. vydání. 2015, marg. č. 4.

⁴ OERTMANN, P. *Der Schadenersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten in FG Dernburg*. Berlin: Müller, 1900, s. 61, 63.

⁵ SCHWIMANN, M. – FERRARI, S. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. E. (eds). *ABGB*. 4. vydání. Wien: LexisNexis ARD Orac, k § 97, marg. č. 15.

⁶ K dalším možným problémům srov. ZULLIGER, F. *Eingriffe Dritter in Forderungsrechte. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven Recht*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, s. 9 an.

⁷ Viz k tomu SCHILCHER, B. – HOLZER, W. Der schadenersatzliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften. *Juristische Blätter*. 1974, Vol. 96, s. 445, s. 512; srov. též LINDINGER, Ch. Der Rechtsschutz von Vertriebssystemen gegenüber Aussenseitern. *Juristische Blätter*. 1990, s. 694 an.

⁸ Srov. srovnávací studii v kapitole 3. a dále FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 75 an. a 93 an.

⁹ KOZIOL, H. *Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, s. 140 an. Z německé literatury viz VON CAEMMERER, E. Bereicherung und unerlaubte Handlung. In: DÖLLE, H. (ed.). *Festschrift für Ernst Rabel. 1, Rechtsvergleichung und internationales*

k porušení smlouvy,¹⁰ nikoliv však „pouhé“ pasivní využívání takového porušení.¹¹ Jiná část dogmatiky naproti tomu soudí, že třetí osoba odpovídá za škodu již tehdy, jestliže vědomě zasáhne do cizího obligačního práva.¹²

Jeden z nejdůležitějších typových případů je v této souvislosti již zmíněné dvojí zcizení nemovitosti.¹³ Zde může například dojít k tomu, že nemovitost je odevzdána prvnímu kupujícímu a tento ji obývá nebo obhospodařuje, aniž by byl zapsán do pozemkové knihy jako vlastník. Dojde-li později ke sporu nebo k jinému nepředvídanému vývoji, může být nemovitost následně převedena na dalšího nabyvatele, který měl nepochybně pozitivní vědomí o obligačním oprávnění prvního kupujícího.

Věcněprávní řešení této situace nečiní problémy; druhý kupující nabytí vkladem vlastnické právo k nemovitosti (§ 440 ABGB).¹⁴ Pouhé odevzdání nemovitosti prvnímu kupujícímu totiž nemá za následek (mimoknihovní) nabytí vlastnictví. Právě tak jednoznačně je však také zastáván názor, že věcněprávní řešení podle § 430, 440 ABGB musí být v určitých případech na základě aplikace doktríny o zásahu do cizích obligačních práv korigováno.¹⁵ Sporné je „pouze“ to, jak daleko má tato „jemná korekce“ sahát.

Rakouský nejvyšší soud (OGH – *Oberster Gerichtshof*) zastává ve své konstantní judikatuře názor, že druhý kupující je povinen k náhradě již tehdy,¹⁶ nabývá-li nemovitost při pozitivní znalosti o cizím obligačním právu.¹⁷ To platí například pro „znalost“ druhého kupujícího o obligačním právu prvního kupujícího, která je dána výslovnou zmínkou ve druhé kupní smlouvě.¹⁸ Totéž platí pro „podrobnou znalost“ žalovaného a jeho právního zástupce o právech žalobkyně z rozvodového vyrovnání.¹⁹ Nejvyšší soud kromě toho uznává odpovědnost dokonce i tehdy, pokud třetí osoba zasáhla do obligačního práva

Privatrecht. Tübingen, 1954, s. 333, 335 an.; CANARIS, C. W. Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 I BGB. In: DEUTSCH, E. (ed.). *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995: der Schadensersatz und seine Deckung*. Berlin: de Gruyter, 1995, s. 85, 96; MINCKE, W. Forderungsrechte als „sonstige Rechte“ i.S. des § 823 BGB. *Juristenzeitung*. 1984, 39. Jahrg., Nr. 19, s. 862, 865; PICKER, E. Der deliktische Schutz der Forderung als Beispiel für Zusammenspiel von Rechtszuweisung und Rechtsschutz. In: HELDRICH, A. *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*. 1. München: C. H. Beck, 2007, s. 1001, 1016 an.; HAGER, J. Die Forderungszuständigkeit als absolutes Recht. In: ADERHOLD, L. *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*. Köln: O. Schmidt, 2008, s. 287.

¹⁰ KOZIOL, H. *Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, s. 135 an.; WAGNER, E. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. E. *ABGB*. 4. vydání, k § 1295, marg. č. 155 an.

¹¹ Tak např. WIEBE, A. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 859, marg. č. 35.

¹² PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 2017 an.; LINDINGER, Ch. *Der Rechtsschutz von Vertriebssystemen gegenüber Aussenseitern*, s. 694, 699 an.; s tím souhlasí i WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Bürgerliches Recht II*, marg. č. 4.

¹³ K tomu PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, passim; SCHILCHER, B. – HOLZER, W. *Der schadenersatzliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften*, s. 512; FRÖSSEL, A. *Beeinträchtigung*, s. 20 an.

¹⁴ V překladu: „*Přenechal-li vlastník stejnou nemovitost dvěma rozdílným osobám; pak připadá tato věc té, která o zápis požádala dříve*“. K historii redakce § 440 ABGB, respektive jemu předcházející ustanovení srov. HOFMEISTER, H. *Die Grundsätze der Liegenschaftserwerb in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert*. Wien: Manz, 1977, s. 93 an.

¹⁵ Sami nejvýznamnější odpůrci dalekosáhlé odpovědnosti třetího vycházejí z toho, že v některých případech je nutná určitá deliktněprávní korekce: tak např. to uvádí Holzner (HOLZNER, Ch. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. *ABGB*, k § 431, marg. č. 28; srov. též HOLZNER, Ch. *Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte durch den Erwerber im angemerkteten Rang*. In: APATHY, P. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*. Wien: Sramek, 2010, s. 681, 684 an., který činí nabyvatele odpovědným v případě zvlášť zavrženíhodného jednání (v překladu: „*škodní úmysl; v každém případě návod k porušení smlouvy*“).

¹⁶ To, že existuje odpovědnost za návod k porušení smlouvy nebo ke škodlivému působení (k tomu návaznosti na rozhodnutí nejvyššího rakouského soudu – OGH, viz RIEGLER, S. *Gemeinschaftliche absichtliche Doppelveräußerung von Liegenschaften – ein anderer Lösungsweg*. Anmerkungen zur Entscheidung 4 Ob 198/08 H.Sak, 2009/143, 148, Sak 2009, s. 169, 170 an.) mezi prodávajícím a druhým kupujícím, je dalece uznáváno a nemusí být proto v této souvislosti blíže rozebíráno.

¹⁷ 7 Ob 80/99m; 3 Ob 61/01 v; 8 Ob 194/01i; 7Ob 225/03v; 1 Ob 125/05x; 5 Ob 198/06p; 5 Ob 236/06a; 4 Ob 198/08 h; 1 Ob 140/13i; 2 Ob 87/15 an.; 2 Ob 137/16k.

¹⁸ 7 Ob 225/03v.

¹⁹ 7 Ob 191/11 an.

prvního kupujícího a toto právo bylo posíleno držbou.²⁰ K této odpovědnosti tedy postačuje i jen neomluvitelná nezalost, respektive nedbalost třetí osoby.²¹

Nauka je v této otázce nejednotná; zčásti je tato judikatura nejvyššího soudu kritizována.²² Naproti tomu existuje celá řada názorů, které výsledek, respektive toto řešení vítají nebo alespoň je mlčky akceptují.²³

Druhá (prakticky stejně tak početná) skupina případů se týká tzv. zjevné služebnosti. Zde jde typicky o to, že vlastník zřídí oprávněnému smlouvou o zřízení služebnosti nějaké užívací právo ke „služebné nemovitosti“.²⁴ Toto právo není sice zapsáno v pozemkové knize, ale je naprosto zřetelně vykonáváno. Později vlastník zcizí služebnou „nemovitost“ třetí osobě, která ví o obligačním oprávnění oprávněného. Je pak otázkou, zda tato třetí osoba jako nabyvatel musí strpět uplatňování obligačního práva ze strany oprávněného ze „služebnosti“.

K tomu, aby bylo možné zájmy nezaknihovaného oprávněného ze služebnosti hájit, akceptuje judikatura již od 19. století,²⁵ že v situaci takové zjevnosti je třeba přijmout výjimku ze zásady zápisu do pozemkové knihy v tom smyslu, že převod držby práva a jeho zřetelný výkon prostřednictvím oprávněného ze služebnosti představuje modus rovnocenný zápisu (intabulaci).²⁶ Zjevnost služebnosti – a to je rozhodující pro řešenou otázku – je postavena na roveň pozitivní znalosti třetí osoby ohledně obligačního oprávnění.²⁷

Toto řešení je však třeba kvůli jednoznačnému rozporu se zásadou zápisu (§ 481 ABGB) odmítnout.²⁸ V tomto smyslu získává na podporu názor²⁹ řešit skupinu případů zjevné

²⁰ Konstantní judikatura; srov. jen 1 Ob 674/83; 1 Ob 557/83; 1 Ob 221/99b; 7 Ob 225/03 v; 1 Ob 125/05 x; 6 Ob 179/07g; 7 Ob 197/11 an. Srov. též popis vývoje judikatury u PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 188 an.

²¹ MADER, P. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 440 marg. č. 6; z judikatury pak např. 6 Ob 169/07g; 2 Ob 87/115 an. SCHILCHER, B. – HOLZER, W. *Der schadenersatzliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften*, s. 512, 519 uvádějí, že „jak to odpovídá obecnému právu náhrady škody“, stačí v zásadě „už nedbalostní zásah“. V důsledku nedostatku omezení a na základě důkazu na obecná pravidla je třeba vycházet z toho, že též Schilcher a Holzer v zásadě hodlají připustit i lehkou nedbalost.

²² DULLINGER, S. *Bankhaftung bei Mehrfachzession*, s. 601, 606 an.; BOLLENBERGER, R. In: *Kurzkommentar zum ABGB (KBB)*, k § 859 marg. č. 16 an.; RUMMEL, P. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. *ABGB*, k § 859, marg. č. 63; MOHR, M. *Das absolute Schuldrecht*. *Ecolex*. 1994, s. 157; HOLZNER, Ch. *Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte durch den Erwerber im angemerkten Rang*. In: APATHY, P. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag* s. 681 an.

²³ PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 2017 an.; ohledně vědomého zásahu do cizího obligačního práva zásadním způsobem viz LINDINGER, Ch. *Der Rechtsschutz von Vertriebssystemen gegenüber Aussenseitern*, s. 694, 699 an.; s tím souhlasí WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Bürgerliches Recht II*, marg. č. 4; ohledně odpovědnosti u případu zjevného posílení cestou držby viz SCHILCHER, B. – HOLZER, W. *Der schadenersatzliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften*, s. 512.

²⁴ Srov. k tomu skutkový stav, který byl základem rozhodnutí ve věci 9 Ob 7/13i. K této skupině případů viz FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 25 an.

²⁵ Srov. k tomu skutkový stav, který byl základem rozhodnutí ve věci 9 Ob 7/13i. K této skupině případů viz FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 25 an.

²⁶ OGH GIU 1322; 2071; 14.427; 5 Ob 297/61; 1 Ob 1/84; 2 Ob 200/00 a; 1 Ob 271/03 i; 1 Ob 114/06 f; 4 Ob 74/07 x; 5 Ob 273/07 v; 1 Ob 217/10 h; 2 Ob 108/13 s; 4 Ob 22/13 s; 1 Ob 225/99 s; 8 Ob 65/17 t EvBl 2018/17 (Frössele). Zčásti se tato rozhodnutí týkají problematiky zjevné vlastnické služebnosti; ohledně problému vzniku služebnosti bez intabulace je tato skupina případů identická s tou, která je zde rozebírána. Srov. též SCHILCHER, B. *Offenkundige Servituten, Doppelveräußerung und Eintragungsgrundsatz. Versuch einer dogmatischen Klärung*. *Juristische Blätter*. 2005, 65. Jahrg., Nr. 21, s. 619; MEMMER, M. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 481, marg. č. 12.

²⁷ 3 Ob 43/55; 10 Ob 68/98 t; 2 Ob 125/04 v; 2 Ob 200/00 a; 5 Ob 27/14 b.

²⁸ Podrobně k tomu SCHAUER, M. *Anmerkung zu 7 Ob 547/95. Wohnrechtliche Blätter*. 1996, s. 240 an.

²⁹ Srov. např. PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 62; SCHAUER, M. *Anmerkung zu 7 Ob 547/95*, s. 240 an.; SCHILCHER, B. *Offenkundige Servituten, Doppelveräußerung und Eintragungsgrundsatz. Versuch einer dogmatischen Klärung*, s. 619, 624 an.; VONKILCH, A. „Verdinglichung“ von obligatorischen Rechten durch unentgeltliche Rechtsübertragung? *Notariats Zeitung*. 2003, Hf. 11, s. 321, 324; GUSSENLEITNER-HELM, K. In: *Klang Kommentar zum ABGB: §§ 1451 bis 1502*. 3. vydání. Wien: Verl. Österreich, 2012, § 1500 ABGB, marg. č. 25.

služebnosti, stejně jako případ dvojitého zcizení nemovitosti, cestou náhrady škody a zásahu do cizího obligačního práva. Tato metoda by docílila stejných výsledků jako současná judikatura, ale nemusela by akceptovat dogmaticky spornou výjimku ze zásady zápisu do pozemkové knihy.

Z důvodu omezeného rozsahu tohoto příspěvku nelze na tomto místě posuzovat všechny skupiny případů zásahu do cizích obligačních práv k nemovitostem. Je ovšem třeba poukázat na to, že stejné otázky se kladou též např. u účinku nároku manžela s bytovou potřebou k bytu manželů podle § 97 ABGB vůči třetím osobám,³⁰ u dvojího pronájmu³¹ anebo u účinku nezaknihovaného předkupního práva vůči třetím osobám.³² Stále zde vzniká otázka, zda třetí osoba musí respektovat cizí obligační právo, jestliže při nabytí nemovitosti měla pozitivní znalost hrozícího poškození obligačního práva.

Předtím než bude v následujícím analyzováno řešení tohoto problému v rakouském právním řádu, podáme krátký srovnávací přehled, který ukáže, že otázka protiprávnosti vědomého zásahu do obligačního práva je sporná též v jiných právních řádech.

3. Srovnávací přehled

3.1 Přehled jednotlivých právních řádů

V USA je odpovědnost za poškození cizích obligačních práv uznávána³³ ve všech členských státech, a to jako „*tortious interference with contract*“.³⁴ Jednota existuje v tom, že třetí má odpovídat v každém případě tehdy, jestliže aktivně svádí k porušení smlouvy, a patří tedy do skupiny případů „*inducing breach of contract*“.³⁵ Kromě toho je částečně akceptována též odpovědnost za úmyslné poškození cizích obligačních práv, tedy v případě „*intentional interferences with contractual relations*“.³⁶

³⁰ K tomu viz GIEFING, T. *Die familien- und exekutionsrechtlichen Aspekte des ehelichen Wohnens*. Wien: Manz, 1998, s. 127 an.; HINTEREGGER, M. In: *Klang Kommentar zum ABGB*. 3. vydání, k § 97 ABGB, marg. č. 20 an.; SMUTNY, P. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 97, marg. č. 16 an.; STABENTHEINER, J. In: RUMMEL, P. *ABGB*. 3. vydání, k § 97, marg. č. 5 an.; SCHWIMANN, M. – FERRARI, S. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. E. (eds). *ABGB*, k § 97, marg. č. 14 an.; FRÖSSEL, A. *Der Wohnungsschutz nach § 97 ABGB: Judikatur und offene Fragen*. *Zak* 2014/9. 2014, Hf. 1, s. 8 (12); FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 33 an.

³¹ K tomu například APATHY, P. *Doppelvermietung*. In: PERNER, S. *Festschrift für Gert Iro zum 65. Geburtstag*. Wien: Sramek, 2013, s. 3; FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 39 an.

³² 5 Ob 4/87; 1 Ob 503/95; 7 Ob 34/97v; 3 Ob 193/17d.

³³ K tomu DANFORTH, J. *Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity*. *Columbia Law Review*. 1981, Vol. 81, No. 7, s. 1491–1524; CARPENTER, Ch. E. *Interference with Contract Relations*. *Harvard Law Review*. 1928, Vol. 41, No. 6, s. 728; LILLY, B. – HALE, S. *Intentional Interference with Contractual Relations in Colorado*. *The Colorado Lawyer*. 65, 7, 45; CHESNEY, F. S. *Tortious Interference with Contract versus "Efficient" Breach: Theory and Empirical Evidence*. *Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 28, No. 1, s. 131; kriticky k této tendenci v judikatuře DOBBS, D. B. *Tortious Interference with Contractual Relationships*. *Arkansas Law Review*. 1980, Vol. 34, s. 335.

³⁴ FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 99 an., srov. však DANFORTH, J. *Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity*, s. 1499, podle kterého se Louisiana dlouhou dobu zatvrzele bránila proti uznání odpovídající nároku.

³⁵ CARPENTER, Ch. E. *Interference with Contract Relations*, s. 728 an.; LILLY, B. – HALE, S. *Intentional Interference with Contractual Relations in Colorado*. *The Colorado Lawyer*. 65, 7, 45.

³⁶ LILLY, B. – HALE, S. *Intentional Interference with Contractual Relations in Colorado*. *The Colorado Lawyer*. 65, 7, 45; srov. též analýzu Carpentera in: CARPENTER, Ch. E. *Interference with Contract Relations*, s. 730 an. („*Interference with Contract Relations apart from Inducing Breach.*“); DANFORTH, J. *Tortious Interference with Contract: A Reassertion of Society's Interest in Commercial Stability and Contractual Integrity*, s. 1491.

Srovnatelná situace existuje i v Anglii.³⁷ I zde existuje odpovědnost v případech *inducing breach of contract*.³⁸ Zásadním předpokladem odpovědnosti je existence porušení smlouvy; to musí být způsobeno třetí osobou.³⁹ Přitom je sporné, jaká jednání třetí osoby jsou dostačující k tomu, aby založila odpovědnost. V této souvislosti je však nepochybné, že tuto skutkovou podstatu naplňuje v každém případě aktivní svádění k porušení smlouvy, které bývá nazýváno jako „*inducement, incitement or persuasion*“.⁴⁰ V nauce je sporné⁴¹ a dosud není ani v judikatuře⁴² vyjasněno, zda též (v německé terminologii) vědomé využívání porušení smlouvy, respektive vědomé zasahování do obligačního práva může naplnit tuto skutkovou podstatu.

Převládající mínění ve Francii omezuje odpovědnost jen na úmyslné zásahy:⁴³ „*Settled doctrine and jurisprudence maintain that only an intentional, conscious harm to the contract rights of the creditor is civilly sanctioned [...]. Accordingly, French law insisted upon the broad requirement of a „bad faith“ interference, a common denominator that encompasses various states of mind, including fraudulent conspiracy, intention to injure, and previous knowledge of the contract.*“⁴⁴ Sporné je, zda vědomé zasahování do cizího obligačního práva má vést k odpovědnosti vždy anebo jenom v určitých konstelacích.⁴⁵

Převládající názor ve Španělsku vychází z toho, že účast na porušení smlouvy vede k soukromoprávní náhradě škody, která zatěžuje třetí osobu.⁴⁶ Tato povinnost existuje tehdy, jestliže třetí osoba úmyslně zasahuje do práva věřitele, např. sváděním k porušení smlouvy.⁴⁷ Odpovědnost však existuje i tehdy, jestliže třetí osoba úmyslně uzavře smlouvu s dlužníkem, která je v rozporu s již existující smlouvou.⁴⁸ V tomto případě není žádného svádění k porušení smlouvy zapotřebí; již samotné uzavření druhé smlouvy při vědomí rozporů s první smlouvou zakládá odpovědnost. Koluze nebo lstivé jednání není výslovně nutné: „*It is sufficient that the third party knew of the contract and acted in disregard of it.*“⁴⁹

³⁷ K tomu v poslední době podrobně RAUSER, A. *Schadenersatz für vorsätzliche Eingriffe in fremde Vertragsbeziehungen. Eine vergleichende Untersuchung des englischen und deutschen Rechts*. 2017, s. 9 an.

³⁸ *Ibidem*, 10 an.

³⁹ *Ibidem*, s. 29 an.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 31.

⁴¹ Pro tento názor viz O'SULLIVAN, J. *Intentional Economic Torts, Commercial Transactions and Professional Liability. Journal of Professional Negligence*. 2008, Vol. 24, s. 164–180; DAVIS, P. L. *Accessory Liability*. Hart Publishing, 2015, s. 149 an., s. 156, který souhlasí s odpovědností, jestliže třetí osoba měla více než minimální vliv na rozhodnutí dlužníka o porušení smlouvy. Naproti tomu HAESSEN, V. *Der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb in Deutschland und England*. Herbert Utz Verlag, 2014, s. 200; RAUSER, A. *Schadenersatz für vorsätzliche Eingriffe in fremde Vertragsbeziehungen. Eine vergleichende Untersuchung des englischen und deutschen Rechts*, s. 34.

⁴² Srov. k tomu diskusi u Rauser, RAUSER, A. *Schadenersatz für vorsätzliche Eingriffe in fremde Vertragsbeziehungen. Eine vergleichende Untersuchung des englischen und deutschen Rechts*, s. 32 an.

⁴³ PALMER, V. A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract. *American Journal of Comparative Law*. 1992, Vol. 40, s. 297–323.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 323.

⁴⁵ VAN BOOM, W. H. Pure Economic Loss: A Comparative Perspective. In: VAN BOOM, W. H. – KOZIOL, H. – WITTING, C. A. (eds). *Pure Economic Loss*. Wien – New York: Springer, 2004, s. 1, marg. č. 39.

⁴⁶ MARTÍN-CASALS, M. – RIBOT, J. Compensation for Pure Economic Loss Under Spanish Law. In: VAN BOOM, W. H. – KOZIOL, H. – WITTING, C. A. (eds). *Pure Economic Loss*, s. 62, marg. č. 14. Srov. k tomu též FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 98.

⁴⁷ MARTÍN-CASALS, M. – RIBOT, J. *Compensation for Pure Economic Loss Under Spanish Law*, marg. č. 14.

⁴⁸ *Ibidem*, marg. č. 14 an.

⁴⁹ *Ibidem*.

Obdobná situace existuje v Itálii.⁵⁰ Předně se i zde dovozuje odpovědnost za svádění dlužníka k porušení smlouvy.⁵¹ Nadto vychází Kasační soud (nejvyšší soud v Itálii) od 80. let 20. století z toho, že též druhý kupující nemovitosti, který měl pozitivní znalost o smlouvě s prvním kupujícím, je povinen k náhradě škody.⁵²

V Německu se diskutuje o tom, zda obligační právo lze zcela nebo zčásti podřadit pod skutkovou podstatu „jiného práva“ podle § 823 odst. 1 BGB. Podle určité části nauky je na místě obligaci přiznat absolutní účinky; ta by pak byla chráněna proti úmyslným zásahům třetích osob podle § 823 odst. 1 BGB.⁵³ Menšinový názor dokonce tvrdí, že i jen nedbalostní zásah do právního postavení by měl stačit.⁵⁴ Mnozí autoři nad to akceptují účinek obligačních práv vůči třetím osobám, pokud jsou spojena s držbou anebo právem na držbu; prostřednictvím tohoto spojení dochází k tomu, že právní postavení držitele má obsah, který je srovnatelný s (omezenými) věcnými právy.⁵⁵ Obecný účinek obligačního práva je ovšem v souvislosti s § 823 odst. 1 BGB většinou odmítán.⁵⁶ Mimo to přichází v úvahu odpovědnost třetí osoby jenom v případě nemravných zásahů do obligačních práv dle § 826 BGB,⁵⁷ kde je ovšem sporný rozsah této odpovědnosti.

Ve Švýcarsku vychází převládající mínění z toho, že zasahování do pohledávky proti právní zásadně není, pročež náhrada škody podle čl. 41 odst. 1 OR nepřichází v úvahu.⁵⁸ Tento názor je odůvodňován principem relativity, podle něhož třetí osoba nemá v zásadě zapotřebí se zajímat o cizí závazkové vztahy.⁵⁹ Přitom ovšem převládající mínění vychází z toho, že odpovědnost je dána v případech existence předpokladů čl. 41 odst. 2 OR, tedy v případech nemravného poškozování, stejně jako v případě rozporu s principem dobré víry (*Treu und Glauben*) ve smyslu čl. 1 odst. 1 švýcarského zákona o nekalé soutěži (UWG).

⁵⁰ K tomu a k dalšímu ECCHER, B. Die Rechtsstellung des Zweitkäufer einer Liegenschaft im österreichischen und italienischen Recht. In: *Festschrift für Kurt Wagner zum 65. Geburtstag*. Wien: Manz, 1987, s. 83 an; OMODEI-SALÉ, R. – ZACCARIA, A. Compensation for Pure Economic Loss Under Italian Law. In: VAN BOOM, W. H. – KOZIOL, H. – WITTING, C. A. (eds). *Pure Economic Loss*, s. 48, marg. č. 13 an.

⁵¹ Ibidem, marg. č. 13.

⁵² Ibidem.

⁵³ Viz k tomu informace v pozn. 11 shora.

⁵⁴ REHBEIN, D. *Die Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte*. Freiburg, 1968.

⁵⁵ LARENZ, K. – CANARIS, K. *Lehrbuch des Schuldrechts II/2, Besonderer Teil*. 13. vydání. 1994, s. 396.

⁵⁶ FÖRSTER, A. In: *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, k § 823, marg. č. 174; TEICHMANN, A. In: JAUERNIG, O. *BGB*. 17. vydání. 2018, k § 823, marg. č. 17; WAGNER, G. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 7. vydání, k § 823 BGB, marg. č. 291; KRASSER, R. *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter. Untersuchung zum Delikts- und Wettbewerbsrecht Deutschlands, Frankreichs und Belgiens*. Carl Heymanns, 1971, s. 186 an; VYGEN, H. *Die Verleitung zum Vertragsbruch im anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*. 1970, s. 73 an; SCHOPF, A. *Die Beteiligung an fremdem Vertragsbruch im BGB*. 2014, s. 44 an; GERNHUBER, J. *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*. Mohr Siebeck, 1989, § 3 II, 8; MEDICUS, D. Die Forderung als „sonstiges Recht“ nach § 823 Abs 1 BGB? In: DEUTSCH, E. (ed.). *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995: der Schadensersatz und seine Deckung*, s. 333 an.

⁵⁷ K tomu ve své monografii např. SCHOPF, A. *Die Beteiligung an fremdem Vertragsbruch im BGB*, s. 81 an; nejnověji pak RAUSER, A. *Schadenersatz für vorsätzliche Eingriffe in fremde Vertragsbeziehungen. Eine vergleichende Untersuchung des englischen und deutschen Rechts*, s. 86 an.

⁵⁸ KRAMER, A. – SCHMIDLIN, B. *Das Obligationenrecht VI/1 Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zur Art.1-18 OR*. Bern, 1986, marg. č. 55; MERZ, H. *Obligationenrecht, VI/1 Allgemeiner Teil*. 1984, s. 57; EULAU, P. H. *Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzen fremden Vertragsbruchs. Die Belangbarkeit des Dritten durch den Gläubiger bei Verleitung des Schuldners zum Vertragsbruch und bei Ausnutzen fremden Vertragsbruchs*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1976, s. 203; ZULLIGER, F. *Eingriffe Dritter in Forderungsrechte. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven Recht*, s. 52, marg. č. 254.

⁵⁹ KRAMER, A. – SCHMIDLIN, B. *Das Obligationenrecht VI/1 Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zur Art.1-18 OR*, marg. č. 54 an.

To se týká např. svádění k porušení smlouvy s úmyslem poškození.⁶⁰ Kromě toho existují v nauce i tendence k rozšířené odpovědnosti.⁶¹

V Nizozemsku lze dovozovat určitý druh pohyblivého systému, který reflektuje úmysl škůdce a jiné aspekty přičitatelnosti podle uvážení konkrétních okolností případů s přihlédnutím k dotčeným zájmům.⁶² „For instance, in Dutch case law, the relevant circumstances are knowledge of the existence of the right in personam, knowledge of the possible severe damage the contracting party could suffer, the special position of trust the third party enjoys with one of the contracting parties, etc.“⁶³ Je však zdůrazňováno, že pouhá znalost cizího obligačního práva sama o sobě nedostačuje k tomu, aby bylo možné dovozovat odpovědnost.⁶⁴

3.2 Závěr

Srovnávací přehled ukazuje, že přes veškeré rozdílnosti srovnávaných právních řádů a právních okruhů existují významné společné rysy. Především je nesporné, že při zásahu do cizích obligačních práv nemůže být dána (obecná) odpovědnost za nedbalost, protože ta by příliš omezovala svobodu jednání a neúměrným způsobem⁶⁵ poškozovala právní styk. Rozhodujícím bodem je proto stále znalost (úmysl) třetí osoby, a tedy vědomý zásah do cizího obligačního práva. Nedbalostní odpovědnost je diskutována toliko ve zvlášť kvalifikovaných případech, např. jestliže obligační právo muselo být třetí osobě zjevné.⁶⁶

Ohledně úmyslných zásahů existuje dále jednota v tom, že aktivní působení, tedy svádění k porušení smlouvy, by mělo být důvodem odpovědnosti; to platí i v těch státech, kde je dán převládající názor vyznačující se skepsí vůči odpovědnosti za zásah do obligačního práva. To vychází z pozice, že základem odpovědnosti by měly být jen kvalifikované zásahy.

Nejspornější otázkou ve všech srovnávaných právních řádech je to, zda základem odpovědnosti má být „pouhý“ vědomý zásah do cizího obligačního práva; nejistota, která ohledně této otázky v Rakousku panuje, se vine též jako červená niť všemi srovnávanými právními řády. Spektrum sahá od těch států, kde takováto odpovědnost je akceptována (Španělsko, Itálie, Rakousko), přes státy, v nichž je tato odpovědnost diskutována se sporným výsledkem (Francie, USA, Anglie, Nizozemsko) až ke státům, v nichž vůči obecné odpovědnosti za úmysl je zastáváno velmi skeptické mínění (Švýcarsko a s určitými výjimkami i Německo).

⁶⁰ OSSER, H. – SCHÖNNENBERGER, W. *Schweizerischen Obligationenrecht*. Art. 41 OR, marg. č. 15 an.

⁶¹ GROSSEN, J. M. La responsabilité du tiers complice del la violation d'un contract. In: *Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag am 21. September 1968*. Freiburg: Universitätsverlag, 1968, s. 121 an.; MÜLLER, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von OR 41 Abs. 2*. Zürich: Schulthess, 1975.

⁶² VAN BOOM, W. H. In: VAN BOOM, W. H. – KOZIOL, H. – WITTING, C. A. (eds). *Pure Economic Loss*, marg. č. 40.

⁶³ HARTKAMP, A. *Verbintenisrecht III-De verbintenes uit de wet*. 10. vydání. 1998, s. 51; citováno podle VAN BOOM, W. H. In: VAN BOOM, W. H. – KOZIOL, H. – WITTING, C. A. (eds). *Pure Economic Loss*, marg. č. 40.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 103; srov. též KOZIOL, H. *Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, s. 174 an.; zejména s. 181; DULLINGER, S. *Bankhaftung bei Mehrfachzession*, s. 601, 607. Z německé nauky viz GERNHUBER, J. *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, s. 39; SCHOPF, A. *Die Beteiligung an fremdem Vertragsbruch im BGB*, s. 52 an.

⁶⁶ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht, sv. II. 3*. vydání. 2018, A/2/208 an.; v Německu např. FABRICIUS, F. *Zur Dogmatik „des sonstigen Rechts“ gemäß § 823 Abs. 1 BGB*. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1961, Vol. 160, s. 273, 290 an.

4. Možné právní základy nároků

4.1 Úvod

Ohledně protiprávnosti zásahu do cizích obligačních práv v Rakousku je třeba především vyjasnit, o která ustanovení může věřitel svůj škodní nárok opřít. V rakouském právním řádu neexistují, právě tak jako v Německu,⁶⁷ – odhlédnuto od zde nerozhodných trestně-právních ustanovení⁶⁸ – ochranné normy (§ 1311 věta druhá ABGB, § 823 odst. 2 BGB), ze kterých by bylo možné odvodit ochranu obligačních práv.⁶⁹ Jednota existuje jen potud, že nárok na náhradu existuje tehdy, zasahuje-li třetí osoba do cizího obligačního práva způsobem, jenž je v rozporu s dobrými mravy (§ 1295 odst. 2 ABGB,⁷⁰ § 826 BGB), (viz k tomu dále ad 4.2).⁷¹ V rakouské nauce je sporné, zda povinnost náhrady třetí osobou lze opřít též o obecnou klauzuli v § 1295 odst. 1 ABGB⁷² (viz k tomu dále ad 4.3).

4.2 Zásah do obligačního práva v rozporu s dobrými mravy (§ 1295 odst. 2 ABGB)

Věřitel může svůj nárok na náhradu v každém případě odůvodnit dle § 1295 odst. 2 ABGB, existuje-li předpoklad úmyslného poškození v rozporu s dobrými mravy. Základ a rozsah takové odpovědnosti jsou však sporné;⁷³ jednota však existuje ve výsledku v tom smyslu, že o odpovědnosti lze uvažovat jen v případě zvlášť kvalifikovaných zásahů; to odpovídá též vůli historického zákonodárce.⁷⁴ Tento názor lze použít i v případě nemravného zásahu do obligačního práva; zdá se tedy být logickým sankcionovat určité kvalifikované zásahy jako např. svádění k porušení smlouvy nebo záměrné osobování si postavení věřitele podle § 1295 odst. 2 ABGB.⁷⁵

Vědomé zasahování do cizího obligačního práva, jako například „pouhé“ vědomé využívání cizího porušení smlouvy, nepředstavuje naproti tomu zvlášť kvalifikovaný zásah, nýbrž pouhý hraniční případ, který je posuzován v různých právních rádech rozdílně.⁷⁶ Odpovědnost podle § 1295 odst. 2 ABGB tedy u této skupiny případů nepřichází v úvahu, protože jde o případy hraniční, u nichž se nemůže jednat o porušení „nejobecnějších principů“. Současně je však myslitelné, aby byla dána odpovědnost podle § 1295 odst. 1 ABGB.

⁶⁷ SCHAD, V. *Die Verleutung zum Vertragsbruch – eine unerlaubte Handlung?* Herbert Utz Verlag, 2010, s. 10; SCHOPF, A. *Die Beteiligung an fremdem Vertragsbruch im BGB*, s. 41.

⁶⁸ K tomu z německé perspektivy viz RAUSER, A. *Schadenersatz für vorsätzliche Eingriffe in fremde Vertragsbeziehungen. Eine vergleichende Untersuchung des englischen und deutschen Rechts*, s. 84 an.

⁶⁹ Proti MOHR, M. *Das absolute Schuldrecht*, s. 157, v případě § 1295 odst. 2 ABGB se nejedná o ochranný zákon ve prospěch cizích práv z pohledávky.

⁷⁰ V překladu: „I ten, kdo způsobí úmyslně škodu způsobem, který je v rozporu s dobrými mravy, je odpovědný, avšak stalo-li se tak při výkonu práva, odpovídá jen tehdy, jestliže výkon práva měl zřejmě za účel škodit druhému.“

⁷¹ WAGNER, E. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. E. *ABGB*. 4. vydání, k § 1295, marg. č. 155 an.; KODEK, G. E. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 1295, marg. č. 83 s ohledem na návod k porušení smlouvy.

⁷² V překladu: „Každý je oprávněn požadovat od škůdce náhradu škody, kterou mu zaviněně způsobil; škoda mohla být způsobena porušením smluvní povinnosti nebo ve vztahu ke smlouvě.“

⁷³ Srov. popis u FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 196 an.

⁷⁴ KAROLLUS, M. *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung: zugleich ein Beitrag zur Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus*, 1992, s. 30: v překladu: „Nová skutková podstata by měla vyjasnit, že i rozpor s nejobecnějšími principy zakládá deliktní protiprávnost.“

⁷⁵ Srov. k tomu již informace v pozn. 9 a 10.

⁷⁶ Srov. srovnávací pasáž v kapitole 3 výše.

4.3 Protiprávní zásah do obligačního práva (§ 1295 odst. 1 ABGB)

Odpovědnost v případech, které zkoumáme (za vědomý zásah do obligačního práva k nemovitosti), je myslitelná jen tehdy, lze-li nárok na náhradu podřadit pod obecnou klauzuli § 1295 odst. 1 ABGB. To, že obligační právo je (též) chráněno podle tohoto ustanovení, odpovídá dnes převládajícímu názoru⁷⁷ v rakouské nauce a má svůj původ v ústřední tezi habilitační práce Koziola, který se vymezil vůči tehdy existujícímu „dogmatu“⁷⁸ o relativitě obligačního práva. Z právního řádu lze totiž dovodit, že obligační právo v určitých skupinách případů vykazuje podle § 1295 odst. 1 ABGB bezprostřední účinky vůči třetím osobám.⁷⁹ Naproti tomu menšinové mínění zastává ještě dnes názor, že zásah do cizího obligačního práva může být dán jen tehdy, je-li dáno nemravné působení škody podle § 1295 odst. 2 ABGB.⁸⁰

Tento spor je jen výrazem podstatně hlubší kontroverze o základní struktuře rakouského práva na náhradu škody.⁸¹ Jde o otázku, zda se v případě § 1295 odst. 1 ABGB jedná o „velkou“ obecnou delikt ní klauzuli,⁸² podle které – za existence odpovídajících předpokladů – může být poskytnuta ochrana také jiným než absolutním právům (např. obligačním právům), anebo zda toto ustanovení má být naopak vykládáno podle vzoru § 823 odst. 1 BGB⁸³ tak, že podle něj požívají ochranu výlučně v tomto ustanovení vyjmenované absolutní statky a práva.⁸⁴ Odpovědnost z důvodu zásahu do obligačního práva – nebo z důvodu porušení jiných, nikoliv absolutních práv – by pak bylo v tomto případě myslitelné pouze podle § 1295 odst. 2 ABGB (§ 826 BGB).

Podle zde zastávaného názoru je zapotřebí respektovat převládající názor, a to, že nárok na náhradu může být založen v zásadě též na § 1295 odst. 1 ABGB. Ten⁸⁵ je – podle svého znění⁸⁶ a úmyslu historického zákonodárce⁸⁷ – koncipován jako velká obecná klauzule

⁷⁷ Srov. jen přehled názorů u RUMMEL, P. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. *ABGB*, k § 859, marg. č. 63 an.; WIEBE, A. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds.) *ABGB – ON*, k § 859, marg. č. 35.

⁷⁸ KOZIOL, H. *Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, 136.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 84 an., 135 an.

⁸⁰ WAGNER, E. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. E. *ABGB*, k § 1295, marg. č. 155 an.; KRAMER, A. – SCHWIMANN, M. *Buchbesprechung. Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte von dr. Helmut Koziol. Österreichische Juristen-Zeitung*. 1968, s. 195 an.; REISCHAUER, R. *Reform des Schadenersatzrechts?* In: REISCHAUER, R. – SPIELBÜCHLER, K. – WELSER, R. (eds.) *Reform des Schadenersatzrecht II. zum Entwurf einer Arbeitsgruppe*. 2006, s. 23, 32 an.; HOLZNER, Ch. *Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte durch den Erwerber im angemerkenen Rang*. In: APATHY, P. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, s. 684 an. a 693.

⁸¹ K tomu podrobně KAROLLUS, M. *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus*, s. 25 an. Srov. na existující souvislost FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 85 an.

⁸² K tomu obecně KOZIOL, H. *Generalnorm und Einzeltatbestände als Systeme der Verschuldenshaftung: Unterschiede und Angleichungsmöglichkeiten. Zeitschrift für europäisches Privatrecht*. 1995, s. 359; KÖTZ, H. – WAGNER, G. *Deliktsrecht*. 13. vydání. Wahlen, 2016, marg. č. 17 an., s. 94; KATZENMEIER, Ch. *Zur neueren dogmengeschichtlichen Entwicklung der Deliktsrechtatbestände. Archiv für die civilistische Praxis*. 2003, Vol. 203, Iss. 1, s. 79, 100 an.

⁸³ V překladu: „Ten, kdo úmyslně nebo v nedbalosti protiprávně naruší život, tělo, zdraví, svobodu, vlastnictví nebo jiné právo jiného, je povinen jinému poskytnout náhradu z toho vzniklé škody.“

⁸⁴ WELSER, R. *Vertretung ohne Vollmacht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo*. Wien: Manz, 1970, s. 45 an.; WELSER, R. *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*. Wien: Manz, 1983, s. 12 an.; srov. též OSTHEIM, R. *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei grundloser Ablehnung des Vertragsabschlusses. Juristische Blätter*. 1980, s. 570, 575; BYDLINSKI, F. *Schadenersatz wegen materiellrechtswidrige Fahrtenhandlungen. Juristische Blätter*. 1986, s. 626, 631 an.

⁸⁵ Druhý odst. § 1295 ABGB byl kodifikován teprve v roce 1916 v rámci 3. dílčí novely ABGB.

⁸⁶ To je zřejmé již z formulace, že každý je oprávněn požadovat od škůdce náhradu škody, § 1295 odst. 1 ABGB je formulován podle svého znění otevřeným způsobem; ustanovení je zapotřebí konkretizovat podle hodnocení celého právního řádu, srov. KODEK, G. E. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds.) *ABGB – ON*, k § 1294 marg. č. 6.

upravující právo náhrady škody,⁸⁸ jak tomu je ve vícero kodifikacích z doby osvícenství.⁸⁹ Nárok na náhradu není podle dikce tohoto ustanovení omezen na porušení určitých práv a právních statků: „protiprávnost, jež je základem § 1295 ABGB, nebyla historicky – v protikladu k později vzniklému § 823 odst. 1 BGB – omezena na zvlášť chráněný katalog právních statků“.⁹⁰ Na tomto historickém chápání tohoto ustanovení se ani pozdějšími reformami, zejména 3. dílčí novelou ABGB, ničeho nezměnilo.⁹¹

Je proto třeba respektovat ten názor, podle kterého je v zásadě možné v rámci § 1295 odst. 1 ABGB sankcionovat prostřednictvím náhrady škody též zásahy do jiných, nikoliv nutně absolutně chráněných práv a právních statků, a to za předpokladu, že lze z právního řádu dovodit jejich protiprávnost.⁹² To však neznamená, že každé způsobení škody vede k nároku na její náhradu; předpoklady odpovědnosti, zejména protiprávnost, je třeba dovozovat z právního řádu jako celku.⁹³

5. Dvě protichůdná chápání obligace

5.1 Úvod

Je otázkou, jaké zásahy do obligačního práva lze kvalifikovat jako protiprávní. Na tuto otázku nelze snadno odpovědět, protože zákonodárce nezakotvil žádnou výslovnou úpravu protiprávnosti zásahu do cizích obligačních práv. Nauka a judikatura se proto pokoušejí, částečně za použití jednotlivých ustanovení, dovodit závěry ohledně rozsahu této odpovědnosti. Tato ustanovení nejsou však jednoznačná, a proto ohledně působnosti odpovědnosti se setkáváme se značně rozdílnými koncepcemi; chybějící právní úprava je také rozhodujícím důvodem pro to, že judikatura se několikrát změnila a umožnila též, aby se mohly v nauce vytvořit zcela protichůdné názory.

Jeden názor (viz 5.2 níže) chápe obligaci jako pouhé relativní právo. V případě zásahu do něj pak vzniklá majetková újma má požívat delikttní ochranu jen v případě závažných zásahů, zpravidla při nemravném poškozování, tedy jen podle § 1295 odst. 2 ABGB. Protichůdný názor (viz 5.3 níže) chápe obligační právo naproti tomu jako právní postavení

⁸⁷ KAROLLUS, M. *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus*, s. 5.

⁸⁸ Srov. KODEK, G. E. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds.) *ABGB – ON*, k § 1294 marg. č. 6; v překladu „Centrální základ odpovědnosti delikttního práva v ABGB je generální klauzule v § 1295 odst. 1, která na rozdíl od § 823 odst. 1 BGB není omezena na povinnost péče na ochranu absolutních práv (statků).“

⁸⁹ KAROLLUS, M. *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus*, s. 25 an., zejména 41 an.; KOZIOL, H. *Generalnorm und Einzeltatbestände als Systeme der Verschuldenshaftung: Unterschiede und Angleichungsmöglichkeiten*, s. 359 an.; KATZENMEIER, Ch. *Zur neueren dogmengeschichtlichen Entwicklung der Deliktsrechtatbestände*, s. 79, 100 an.

⁹⁰ KAROLLUS, M. *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus*, s. 5.

⁹¹ *Ibidem*, s. 30 an.

⁹² KOZIOL, H. *Zur Haftung wegen Fahrlässiger Anstiftung durch Auskünfte. Juristische Blätter*. 1988, s. 409; KAROLLUS, M. *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus*, s. 49 an.; REISCHAUER, R. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. *ABGB, § 1294 marg. č. 16*; PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 228; FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 92.

⁹³ KODEK, G. E. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds.) *ABGB – ON*, k § 1294, marg. č. 6; REISCHAUER, R. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. *ABGB, k § 1294, marg. č. 16*; KAROLLUS, M. *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung: Zugleich ein Beitrag zur Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus*, s. 37 an.; KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*. 2010, marg. č. 6/1 an.

uznáváné právním řádem, což ospravedlňuje, aby obligačnímu právu byla poskytována v deliktním právním systému rozšířená ochrana.

5.2 Obligační právo jako relativní právo

Odpůrci rozšířené odpovědnosti vycházejí z toho, že se jedná jen o obligační právo,⁹⁴ jehož porušení může vést k odpovědnosti jenom ve zvláštních výjimečných případech.⁹⁵ Rozšířená odpovědnost by zastiňovala rozdíl mezi absolutními a relativními právy. V tomto smyslu uvádí např. Dullinger následující: „*podle našeho právního řádu mají obligační práva pouze relativní účinky. Věřiteli je zavázán pouze jeho dlužník. Osoby, které se neúčastní závazkového právního vztahu, nemusejí brát žádné ohledy na cizí obligační práva. To je platná zásada, na které je třeba podle mého mínění bezvýhradně trvat.*“⁹⁶

Reischauer uvádí: „*Obligační práva jsou – jaká to moudrost – relativní práva.*“ Rysy absolutního práva by vyšly najevo jen potud, pokud se jedná o jejich postavení. „*Vyjdeme-li z toho, že nikdo není povinen zásadně respektovat cizí relativní práva, pak – odhlédneme-li od nemravného poškozování – zásadně neexistuje nárok na náhradu škody vůči škůdci.*“ Podobným způsobem argumentuje i Holzner: „*Nakonec je třeba konstatovat, že obligační právo prvního kupujícího jako pouhé majetkové právo nepožívá v žádném případě ochrany vůči založení konkurenčního obligačního práva jen z toho důvodu, že druhý kupující o tom věděl, nebo mohl vědět z pouhého „posílení“ prostřednictvím držby.*“⁹⁷

Zčásti je argumentováno také tak, že pro rozšířenou odpovědnost neexistuje žádný zákonný podklad. Jak již bylo uvedeno, je částečně zastáván názor, že takový nárok na náhradu byl pouze „vynalezen“,⁹⁸ ale nelze jej dovést ze zákona,⁹⁹ a je neslučitelný s § 431 a 440 ABGB¹⁰⁰ nebo jej přinejmenším nelze odůvodnit cestou podřazení pod kategorii věcných práv.¹⁰¹ Nadto existuje názor, že rozšířená odpovědnost nemůže obstát z hlediska hodnotového. V této souvislosti se např. Dullinger staví proti odpovědnosti bez znalosti cizího obligačního práva: „*Protože čím více se rozšiřuje ochrana obligačního práva, tím větší bude povinnost péče, která musí být v obchodním styku dodržována a tím větší bude omezení svobody jednání v hospodářském styku. Proto by byly povinnosti zkoumání, ukládané třetím osobám na základě doktríny Schilchera a Holzera, nepřijatelné.*“¹⁰²

⁹⁴ HOLZNER, Ch. Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte durch den Erwerber im angemerkten Rang. In: APATHY, P. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, s. 684 an., 693; REISCHAUER, R. In: REISCHAUER, R. – SPIELBÜCHLER, K. – WELSER, R. (eds). *Reform des Schadenersatzrecht II. zum Entwurf einer Arbeitsgruppe*, s. 33 an.; DULLINGER, S. *Bankhaftung bei Mehrfachzession*, s. 601, 607.

⁹⁵ HOLZNER, Ch. Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte durch den Erwerber im angemerkten Rang. In: APATHY, P. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, s. 693.

⁹⁶ DULLINGER, S. *Bankhaftung bei Mehrfachzession*, s. 601, 606.

⁹⁷ HOLZNER, Ch. Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte durch den Erwerber im angemerkten Rang. In: APATHY, P. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, s. 693.

⁹⁸ KERSCHNER, F. Die lex-lata-Grenze: Zentrales Element des gewaltenteilenden Rechtsstaates oder bloße Chimäre? *Gesetzesbindung und ABGB*. In: FENYVES, A. – KERSCHNER, F. – VONKILCH, A. (eds). *200 Jahre ABGB. Evolution einer Kodifikation*. Verlag Österreich, 2012, s. 119, 125; srov. Však též WAGNER, E. In: *Klang Kommentar zum ABGB*, k § 430 ABGB, marg. č. 6 („duchaplné nálezy“, které neodpovídají právnímu stavu).

⁹⁹ HOLZNER, Ch. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. *ABGB*, k § 431 ABGB, marg. č. 28.

¹⁰⁰ KRAMER, A. – SCHWIMANN, M. *Buchbesprechung. Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte von dr. Helmut Koziol*, s. 195, 196, kteří vycházejí z toho, že zákonodárce v § 430 a 440 ABGB předvídal taxativní úpravu dvojího zcizení.

¹⁰¹ HOLZNER, Ch. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. *ABGB*, k § 431 ABGB, marg. č. 28: „*Přece jen, chtěli-li (z důvodů, které nejsou zřejmé) připsat význam fyzické tržbě, nejde zde o věcné právo.*“

¹⁰² DULLINGER, S. *Bankhaftung bei Mehrfachzession*, s. 601, 607.

5.3 Obligační právo jako zvlášť chráněné právní postavení

Opačný názor chápe obligační právo v návaznosti na novější práce Koziola¹⁰³ jako právní pozici, která v majetku věřitele zaujímá zvláštní postavení a je v něm konkretizována a ohraničena, a proto může být pro třetí osobu v konkrétním případě (jednoduše) rozpoznatelná. Tyto zvláštnosti by odůvodňovaly poskytnout obligačnímu právu ochranu deliktním právem, která přesahuje korektiv spočívající v dobrých mravech podle § 1295 odst. 1 ABGB, a to alespoň v případě vědomého zásahu do cizího obligačního práva.

Slovy Koziola: „*Pro věřitele představuje právo vůči dlužníku již existující součást majetku. Právní řád uznává zájem věřitele k této majetkové hodnotě, což vyplývá z toho, že přiznává věřiteli právo na žalobu proti dlužníku a možnost nuceného prosazení. Každá součást majetku, která náleží určitému subjektu, zásadně zasluhuje ochranu proti porušení, neboť uznává-li právní řád určitý zájem, neexistuje důvod dovolit třetím osobám jeho porušení, ledaže zájem na zásahu má vyšší hodnotu. Jednalo by se o neúčelný postup, jestliže by právnímu subjektu byla nejprve přiznána určitá majetková hodnota, avšak současně by bylo dovoleno, aby třetí osoby porušovaly jeho zájmy.*“¹⁰⁴

Aby byla zajištěna ochrana této zvlášť chráněné právní pozici, musela by být třetí osoba povinna k náhradě škody, pokud by při znalosti cizího obligačního práva zmařila jeho splnění.¹⁰⁵ Založení odpovědnosti bude dáno zejména tam, kde dojde k poskytnutí předmětu plnění při znalosti cizího obligačního práva. Ten, kdo usiluje o získání plnění, o kterém ví, že smluvně patří někomu jinému, musí vědět, že neplněním třetí osobě je tato poškozena a plněním jemu samému je on „obohacen“. Tvrdit, že na tom není nic protiprávního, znamená dát přednost právu silnějšího a rychlejšího na úkor toho, jenž ve své činnosti v obchodním styku respektuje práva třetích do té míry, v jaké je respektovat může, aniž by musel být neúměrně pečlivý. Tento názor neomezuje svobodu rozhodování neúměrným způsobem, protože od každého lze očekávat respektování cizích smluv, pokud mu jsou známy.¹⁰⁶

6. Vlastní názor¹⁰⁷

6.1 Obligační právo v „meziprostoru“ mezi vlastnictvím a pouhou majetkovou újmou

Rozhodující otázka zní, odkud lze dovodit protiprávnost zásahu do cizích obligačních práv. V této souvislosti je nesporné, že rozsah odpovědnosti je zjistitelný výkladem.¹⁰⁸ Rakouský právní řád však neobsahuje žádnou právní normu, která by výslovně a komplexně upravovala zásah do obligačního práva.¹⁰⁹ Odůvodnění protiprávnosti musí proto nutně spočívat na širším pojetí, při zohlednění veškerých (psaných i nepsaných) hodnot.

¹⁰³ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht II*, 2. vydání. 1984, s. 45 an.; KOZIOL, H. *Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung*. *Juristische Blätter*. 1998, s. 619; KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, marg. č. 6/59; KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht II*, A/2/105 an. K těmto názorům viz FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 155 an.

¹⁰⁴ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht II*, s. 45.

¹⁰⁵ K tomu a následujícímu viz LINDINGER, Ch. *Der Rechtsschutz von Vertriebssystemen gegenüber Aussenseitern*, s. 694, 699 an. Podrobně k tomu FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 195 an., zejména s. 200 an.

¹⁰⁶ LINDINGER, Ch. *Der Rechtsschutz von Vertriebssystemen gegenüber Aussenseitern*, s. 694, 700.

¹⁰⁷ Podrobně k tomu FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 195 an., zejména 200 an.

¹⁰⁸ KOZIOL, H. *Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, s. 140.

¹⁰⁹ § 86 GewO 1859 sankcionuje „jen“ návod pomocných pracovních sil k porušení smlouvy a využití tohoto vztahu.

Nárok na náhradu může existovat v zásadě jen tehdy, jestliže třetí osoba naplňuje svým jednáním určitou skutkovou podstatu a poruší objektivní povinnosti péče.¹¹⁰ To znamená nutnost specifikovat mezi existujícími povinnostmi péče ty, jež se týkají cizích obligačních práv. Převládající názor (po právu) vychází – velmi obecně řečeno – v návaznosti na F. Bydlinského a H. Koziola z velmi komplexního hodnocení zájmů: při něm je zvažován zájem věřitele na integritě jeho pohledávky na straně jedné a zájem třetího na zachování svobody jeho jednání v právním styku.¹¹¹

V této souvislosti je třeba především konstatovat, že různým právním statkům náleží v deliktním právu různý rozsah ochrany.¹¹² Rozsah ochrany právního statku se určuje v prvé řadě podle jeho postavení v systému deliktněprávní ochrany,¹¹³ doplňujícími kritérii k upřesnění rozsahu ochrany jsou zejména hodnota právního statku, respektive potřeba ochrany poškozeného, zřejmost, závažnost a předvídatelnost hrozícího zásahu, sklon škůdce k nebezpečnému jednání a zájem škůdce na zachování obecné svobody jednání.¹¹⁴

V tomto smyslu jsou např. život, zdraví a základní osobnostní práva komplexně chráněna, zatímco – na druhém konci právnědeliktčního spektra – imateriální zájmy požívají jenom velmi omezené ochrany.¹¹⁵

V našem kontextu je rozhodující oblast ochrany majetkových zájmů, kam obligační práva nesporně spadají.¹¹⁶ Sem přísluší především rozsáhlá ochrana věcným právům; vedle porušení vlastnického práva¹¹⁷ je v této souvislosti třeba myslet i na zaviněné zásahy do omezených věcných práv (tzv. práv k věci cizí).¹¹⁸ Protože se jedná o absolutně chráněné právní statky, odpovídá třetí osoba zpravidla již za každý zaviněný zásah,¹¹⁹ přičemž ovšem povinnost péče může být v každém jednotlivém případě rozdílná¹²⁰, a tudíž nikoliv každý zásah – zejména do okrajových oblastí – vede vždy k povinnosti náhrady.¹²¹ Na druhém konci spektra majetkových zájmů se nacházejí zásahy způsobující pouhou majetkovou újmu. I když definice a vymezení jsou zčásti sporné,¹²² jedná se zde podle rozšířeného názoru o majetkové újmy, které nemají svůj původ v poškození absolutního práva.¹²³

¹¹⁰ PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 222 an.

¹¹¹ BYDLINSKI, F. *Schadensrecht und Arbeitskampf. Zeitschrift für öffentliches recht.* 1958, Vol. 59, No. IX, s. 518, 531; KOZIOL, H. *Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte*, s. 137; KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht II.* 2. vydání, s. 45; PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 225 an.; LINDINGER, Ch. *Der Rechtsschutz von Vertriebssystemen gegenüber Aussenseitern*, s. 694, 698 an.

¹¹² KOZIOL, H. *Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung*, s. 619, 624 an.; PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 224 an.

¹¹³ KOZIOL, H. *Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung*, s. 619, 624 an.; KARNER, E. In: *Kurzkommentar zum ABGB (KBB)*. 5. vydání, k § 1294, marg. č. 4; PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 224 an.

¹¹⁴ KARNER, E. In: *Kurzkommentar zum ABGB (KBB)*. 5. vydání, k § 1294, marg. č. 4; PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 224 an.

¹¹⁵ KOZIOL, H. *Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung*, s. 619, 625.

¹¹⁶ KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, marg. č. 6/59.

¹¹⁷ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht II.* 3. vydání, A/2/125 an.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Srov. ale rozlišování, které činí KOZIOL, H., *ibidem*, A/2/125 an.

¹²⁰ *Ibidem*, A/2/129 an., podle kterého v okrajových oblastech existují pouze omezené „ochranné dvory“ v případě porušení vlastnického práva.

¹²¹ *Ibidem*, A/2/127.

¹²² Srov. diskusi ohledně pojmu prosté majetkové škody u VAN BOOM, W. H. In: VAN BOOM, W. H. – KOZIOL, H. – WITTING, C. A. (eds). *Pure Economic Loss*, marg. č. 5 an.

¹²³ Velmi instruktivně postupují PERNER, S. – SPITZER, M. – KODEK, G. E. *Bürgerliches Recht*. 5. vydání. 2016, s. 313: „Každá majetková škoda, která nevznikla poškozením absolutně chráněného právního statku, je nazývána „prostou majetkovou škodou.“

Při této klasifikaci chráněných právních statků v deliktním právu se obligační právo nachází jaksí v „meziprostoru“ mezi vlastnictvím a pouhou majetkovou újmou: je čímsi „méně“ než plnoprávným vlastnictvím, současně však čímsi „více“ než pouhou majetkovou újmou. Rozsah odpovědnosti je proto třeba určit zejména cestou systematického zohlednění oblastí ochrany těchto (jistým způsobem hraničních) právních statků.

Pouhá majetková újma je v rakouském deliktním právu chráněna řadou způsobů, např. jako smluvní poměr¹²⁴ nebo jiný zvláštní vztah,¹²⁵ jako např. vztah k blízké osobě na základě struktury právnícké osoby,¹²⁶ nebo procesní právní vztah¹²⁷ a vedle toho jde také o případy smlouvy s ochranným účinkem ve prospěch třetích osob¹²⁸ (nebo podle některých: v případě porušení objektivních povinností péče¹²⁹), v případě rozporu s dobrými mravy¹³⁰ a podle šířícího se názoru také již tehdy, jestliže zájmy třetího je třeba hodnotit jako podstatně méně významné a třetí vědomě směřuje ke škodlivému následku.¹³¹ Kromě toho se též diskutuje náhrada v případech tzv. přetržení kabelu (s následkem přerušení dodávky energie)¹³² nebo v případech nedůvodných varování před škodou.¹³³ V každém případě existuje odpovědnost v případě existence ochranné normy, která je určena (také) k ochraně zasaženého majetkového zájmu.¹³⁴

S ohledem na tuto rozsáhlou ochranu pouhých majetkových zájmů se zdá, že názory v tom smyslu, že obligační právo může být chráněno pouze v případě zvlášť kvalifikovaných zásahů (tedy v případě rozporu s dobrými mravy), jsou málo přesvědčivé. Tento názor dostatečně nereflakuje vývoj, k němuž došlo v oblasti náhrady pouhých majetkových újem v posledních desetiletích. Takový názor by současně vedl k tomu, že obligační právo by ve výsledku požívalo dokonce nižší míry ochrany než pouhá majetková újma, což není slučitelné s myšlenkou diferencované ochrany právních statků. Tato myšlenka mluví pro akceptování odpovědnosti v případě vědomého zásahu do cizích obligačních práv.

6.2 Výslovná ustanovení rakouského právního řádu

Shora uvedený závěr lze opřít též o výslovná ustanovení rakouského právního řádu, totiž na jedné straně o § 86 živnostenského nařízení (GewO) z roku 1859, stejně jako na druhé straně o § 1500 ABGB.

Ustanovení § 86 GewO, živnostenského řádu, z roku 1859¹³⁵ je ustanovení živnostenského a pracovního práva, které zakazuje zaměstnavateli přetahování zaměstnanců pro-

¹²⁴ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht II*. 3. vydání, A/2/104.

¹²⁵ *Ibidem*, A/2/105 an.

¹²⁶ BURTSCHER, B. *Haftung bei Multiorganschaft*. Disertační práce. WU, 2018.

¹²⁷ K možným ospravedlněním zvláštního právního vztahu viz FIDLER, P. *Schadenersatz und Prozessführung. Grundlagen und System einer Haftung von Prozessparteien*. 2014, s. 195 an.; GEROLDINGER, A. *Der mutwillige Rechtsstreit. Schadenersatzansprüche der Parteien wegen materiellen rechtswidrige Prozesierung*. Wien: Manz, 2017, s. 528 an.

¹²⁸ 5 Ob 262/01t; 10 Ob 88/11f; 1 Ob 35/12 x; 8 Ob 105/13 v.

¹²⁹ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht II*, 3. vydání, marg. č. 18/40 a KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht II*. 2. vydání, s. 86; WELSER, R. *Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten*, s. 86 an.; KOZIOL, H. – WELSER, R. – KLETEČKA, A. *Bürgerliches Recht II*. 14. vydání, marg. č. 653, 1523. K tomu též např. rozhodnutí 7 Ob 513/96.

¹³⁰ KODEK, G. E. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 1294, marg. č. 11.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² PICKER, E. *Deliktrechtliche Eigentumsschutz bei Störung der Energieversorgung? Die Stromkabel-fälle als Prüfstein des modernen Deliktsrechts*. In: APATHY, P. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, s. 813.

¹³³ Tento problém nejnověji řeší SCHIMA, B. *Haftung für unbegründete Schutzrechtswarnungen*. Disertační práce. Universität Wien, 2018.

¹³⁴ KODEK, G. E. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 1294, marg. č. 11.

střednictvím navádění k porušení smlouvy a jeho vědomého využívání. Zákonodárce 19. století reagoval tímto ustanovením na nedostatek kvalifikovaných pracovníků v procesu industrializace.¹³⁶ Z toho lze dovodit, že v každém případě nedostatku zdrojů nemůže být ze strany třetích osob za účelem získání „postrádaného statku“ vědomě zasahováno do smluvních obligačních práv. To platí podle mínění zákonodárce dokonce i v oblasti vztahů mezi podnikateli (B2B), ačkoliv by zde mohlo být argumentováno tak, že mezi podnikateli může být připuštěna vyšší míra soutěže a konkurence.

Tento názor je relevantní právě u situace, kterou se zde zabýváme. V případě zaměstnanců budou zpravidla existovat ještě další zaměstnanci, kteří mohou plnit požadované úkoly. V případě nemovitostí se jedná naproti tomu o individuálně určené věci, na nichž má oprávněný z obligačního práva zpravidla zvláštní zájem: oprávněný ze služebnosti je například zainteresován jen na užívání služebného pozemku, a nikoliv na užívání nějaké jiné nemovitosti. Manžel s bytovou potřebou chce bydlet jenom v bytě manželů, a nikoliv v nějakém jiném bytě.

Tento závěr je posilován též historickým výkladem § 1500 ABGB. V tomto případě se jedná o ustanovení z oblasti vydržení a promlčení, které stanoví, že mimoknihovní vydržitel práva má být chráněn vůči každému nabyvateli ve „zlé víře“; proti dobrověrnému¹³⁷ nabyvateli (za úplatu) se však neprosadí.¹³⁸ Úprava je projevem negativního principu publicity: co není vloženo, nemůže být dobrověrnému nabyvateli na újmu.¹³⁹ Podle převládající nauky¹⁴⁰ a judikatury¹⁴¹ se odpovídá již v případě lehké nedbalosti. Měřítka péče se řídí konkrétními okolnostmi právního styku.¹⁴²

Podle nyní převládajícího (a správného) názoru má skutečně vydržení mimoknihovní (věcné) účinky, což se projevuje též účinky vůči třetím osobám; redaktoři ABGB však chtěli vydržení přisuzovat pouze obligačně právní účinky.¹⁴³ Zde se pak nachází základ souvislosti s naší situací:¹⁴⁴ jestliže třetí osoba musí respektovat podle představ

¹³⁵ „Jestliže pomocný dělník ukončí pracovní poměr bez právního důvodu (§ 82 a 101), odpovídá za jí způsobenou škodu podle § 1162a občanského zákoníku též ten živnostník, který jej svedl k porušení smlouvy nebo využil toho, že místo řádného ukončení pracovního poměru jej přiměl k jinému řešení, o němž věděl, že je protiprávní.“ K tomu FRÖSSEL, A. *Beeinträchtigung*, s. 162 an. a 210 an.

¹³⁶ CHALOUPEK, G. – LEHNER, D. – MATIS, H. – SANDGRUBER, R. *Österreichische Industriegeschichte I*. Wien: Verlag Carl Ueberreuter, 2003, s. 125; WIMMER, A. W. *Staatliche Wirtschafts- und Sozialpolitik im Spiegel des Gewerberechts: von der Gewerbeordnung 1859 zu den Dewo-Novellen 1883 a 1885*. 2011, s. 62: „S postupující industrializací habsburské monarchie vznikl chronický nedostatek kvalifikovaných pracovních sil. Především kvalifikovaní dělníci se nemusí obávat bídy, zcela naopak jsou se značným úsilím a vysokými platovými nabídkami odlákáváni zejména zahraničními podniky.“

¹³⁷ Judikatura omezuje ochranu dobré víry podle § 1500 ABGB na úplatného nabyvatele: 6 Ob 189/02a; 5 Ob 35/06 t; opačné stanovisko zastává převládající nauka: BYDLINSKI, M. In: RUMMEL, P. *ABGB*. 3. vydání k § 1500, marg. č. 1; HOYER, A. *Erwerb dinglicher Rechte im Vertrauen auf dem Grundbuchstand nur endgültlich?* In: *Festschrift Rudolf Welsler zum 65. Geburtstag*. Wien: Manz, 2004, s. 295 an.; KODEK, G. E. In: KODEK, G. E. *Grundbuchsrecht*. 2. vydání, k § 63 GBG, marg. č. 10; GUSSENLEITNER-HELM, K. In: *Klang Kommentar zum ABGB*, k § 1500 ABGB, marg. č. 9.

¹³⁸ PERNER, S. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 1500, marg. č. 1; MADER, P. – JANISCH, S. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. E. *ABGB*, k § 1500, marg. č. 1; BYDLINSKI, M. In: RUMMEL, P. *ABGB*. 3. vydání, k § 1500, marg. č. 1; DEHN, W. In: *Kurzkommentar zum ABGB (KKB)*. 5. vydání, k § 1500, marg. č. 1; GUSSENLEITNER-HELM, K. In: *Klang Kommentar zum ABGB*, marg. č. 3 k § 1500, ABGB, marg. č. 2.

¹³⁹ Srov. KARNER, E. *Gutgläubiger Mobiliärerwerb. Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen*. Wien, 2006, s. 396 an.; 402 an.; KODEK, G. In: *Klang Kommentar zum ABGB*. 3. vydání, § 326, marg. č. 11 an.; GUSSENLEITNER-HELM, K. In: *Klang Kommentar zum ABGB*. 3. vydání, k § 1500 ABGB, marg. č. 14.

¹⁴⁰ 143. 5 Ob 563/93; 10 Ob 291/99 p; PERNER, S. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 1500, marg. č. 8.

¹⁴¹ 7 Ob 560/94; 6 Ob 88/03 i; 2 Ob 171/14 g.

¹⁴² 5 Ob 563/93; 10 Ob 291/99 p; PERNER, S. In: KLETEČKA, A. – SCHAUER, M. (eds). *ABGB – ON*, k § 1500, marg. č. 8.

¹⁴³ K tomu HOFMEISTER, H. *Grundsätze der Liegenschaftserwerb in der österreichischen Privatrechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert*, s. 72 an.

¹⁴⁴ FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 69 an., 209 an.

historického zákonodárce obligační nárok vydrževšího držitele na zápis proti zapsanému vlastníku, pak se jeví jen logickým, že musí být stejně respektován i obligační nárok oprávněného, a to přinejmenším pokud takový oprávněný byl třetí osobě znám.¹⁴⁵ Toto posouzení v případě oprávněného z obligačního práva (např. u nezapsaného kupujícího nemovitosti nebo u oprávněného ze služebnosti) je ještě důvodnější, protože taková osoba nemusí svoje nabytí napravovat „oklikou“ cestou vydržení.

Ve výsledku tak mluví lepší argumenty pro to, aby byla akceptována odpovědnost také v případě vědomého zasahování do cizího obligačního práva. V souladu s Pletzerem¹⁴⁶ je třeba vyjít z toho, že zpravidla postačuje již pozitivní znalost protichůdného obligačního práva k tomu, aby bylo možno založit odpovědnost, protože třetí osoba nemůže bez indicie opaku vycházet z toho, že se oprávněný vzdal svého práva. Něco jiného platí pouze v případě nezapsaného předkupního práva, protože zde není jisté, že oprávněný z předkupního práva toto právo též skutečně vykonal.¹⁴⁷

Závěr

Existuje shoda na tom, že věcněprávní charakteristika určitých statků (heslo: zásada intabulace) musí být v určitých situacích korigována prostředky náhrady škody. Sporný přitom je rozsah této korektury; mnozí navrhují připustit korekturu jen ve výjimečných případech (rozpor s dobrými mravy, svádění k porušení smlouvy), jiní ji navrhují již v případě vědomého zásahu do známých práv.

Za těmito názory stojí různé koncepce obligačního práva (zvlášť chráněné právní postavení versus pouhé relativní právo), s nimiž jsou ovšem spojena též různá hodnocení zájmů: zastánci rozšířené odpovědnosti zdůrazňují princip důvěry a tvrdí, že třetí osoba, která zasahuje do známého obligačního práva, není hodna ochrany. Zastánci umírněné odpovědnosti naproti tomu zdůrazňují svobodu jednání třetí osoby v právním styku a nebezpečí rozšíření odpovědnosti. Oba přístupy jsou na pozadí rakouského právního řádu samozřejmě myslitelné; podle názoru zastávaného v tomto příspěvku však lepší argumenty (systém diferencované ochrany právních statků a zohlednění § 1500 ABGB a 86 GewO z roku 1859) mluví pro odpovědnost již v případě vědomého zásahu do cizích obligačních práv k nemovitostem.

¹⁴⁵ Ibidem, s. 69 an., 209 an.

¹⁴⁶ PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 244 an.

¹⁴⁷ FRÖSSEL, A. *Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften*, s. 250 an.; PLETZER, R. *Doppelveräußerung und Forderungseingriff*, s. 244; 1 Ob 503/95; 3 Ob 193/17 d.

Zjišťování názoru dítěte v soudním řízení – mezioborová studie

Žaneta Hoblíková* – Jana Kropáčková**

Abstrakt: Problematikou zjišťování a relevance názoru dítěte v soudním řízení, jehož je účastníkem, se zabývá nemálo odborných prací, a to nejen právních, ale i psychologických, případně pedagogických. Tento problém je rovněž dnes a denně prakticky řešen odbornou veřejností z řad soudců, kolizních opatrovníků, advokátů, znalců a v neposlední řadě rodiči a jejich dětmi zejména v opatrovnických řízeních týkajících se péče soudu o nezletilé. Otázce participace nezletilých dětí na soudních řízeních, která se jich týká, je v posledních letech nejen v České republice, ale i v mezinárodním měřítku věnována čím dál tím větší pozornost. Nezbytnost ochrany práva dítěte být slyšeno přímo před soudem je v poslední době velmi často zdůrazňována zejména v ústavněprávní a též v mezinárodněprávní rovině. Současně by každé opatrovnické řízení mělo sledovat primárně nejlepší zájem dítěte. Ve věcech péče soudu o nezletilé se více než v jakémkoliv jiném právním odvětví setkáváme s neurčitými právními pojmy, k jejichž výkladu mohou být mnohdy velmi nápomocné znalosti a zkušenosti mimoprávní. Cílem tohoto textu je proto propojit poznatky z různých oborů za účelem vytvoření komplexnějšího náhledu na danou problematiku.

Klíčová slova: nejlepší zájem dítěte, právo dítěte být slyšeno, výslech dítěte, vývojová specifika dítěte, psychologické potřeby dítěte

Úvod

Problematika zjišťování a relevance názoru dítěte v soudním řízení, jehož je účastníkem, není tak jednoduchá, jak by se mohlo na první pohled zdát. Při rozhodování o životě dítěte za trvajících konfliktů mezi jeho rodiči totiž vedle sebe (mnohdy dokonce i proti sobě) stojí tři klíčové zájmy, které je třeba v každém jednotlivém případě pečlivě zohlednit a zvážit. Jsou jimi 1) čím dál více propagované právo dítěte být slyšeno, 2) nutnost zjištění skutkového stavu v rozsahu nezbytném pro vydání rozhodnutí, které bude v nejlepším zájmu dítěte a 3) ochrana dítěte prostupující celým soudním řízením, tj. zásada nepoškození dítěte samotným průběhem řízení. Je tedy otázkou, kdy a za jakých okolností je výslech nezletilého dítěte (či jiná forma zjištění jeho názoru) opravdu v jeho nejlepším zájmu s ohledem na jeho další vývoj a život. Studie je postavena na analýze a komparaci českých a částečně mezinárodních odborných zdrojů nejen z pohledu právního, ale i pedagogicko-psychologického. Snahou autorek je hledání odpovědi na výzkumnou otázku, jaký význam a hodnotu má „svobodné“ vyjádření dítěte v opatrovnickém řízení tak, aby celý výsledek řízení byl skutečně v jeho nejlepším zájmu.

1. Právní analýza

1.1 Hmotněprávní úprava

Paragraf 867 občanského zákoníku¹ (dále také jako o. z.) stanoví, že: „*Před rozhodnutím, které se dotýká zájmu dítěte, poskytne soud dítěti potřebné informace, aby si mohlo vytvo-*

* JUDr. Žaneta Hoblíková, Krajský soud v Praze. E-mail: zhoblikova@ksoud.pha.justice.cz.

** PhDr. Jana Kropáčková, Ph.D., Pedagogická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: jana.kropackova@pedf.cuni.cz.

1 Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

řít vlastní názor a tento sdělit (odst. 1). Není-li podle zjištění soudu dítě schopno informace náležitě přijmout nebo není-li schopno vytvořit si vlastní názor nebo není-li schopno tento názor sdělit, soud informuje a vyslechne toho, kdo je schopen zájmy dítěte ochránit, s tím, že se musí jednat o osobu, jejíž zájmy nejsou v rozporu se zájmy dítěte; o dítěti starším dvanácti let se má za to, že je schopno informaci přijmout, vytvořit si vlastní názor a tento sdělit. Názoru dítěte věnuje soud patřičnou pozornost (odst. 2).“

Tato zákonná úprava vychází zejména z Úmluvy o právech dítěte,² která ve svém článku 12 stanoví: „Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, zabezpečují dítěti, které je schopno formulovat své vlastní názory, právo tyto názory svobodně vyjadřovat ve všech záležitostech, které se jej dotýkají, přičemž se názorům dítěte musí věnovat patřičná pozornost odpovídající jeho věku a úrovni (odst. 1). Za tímto účelem se dítěti zejména poskytuje možnost, aby bylo vyslyšeno v každém soudním nebo správním řízení, které se jej dotýká, a to buď přímo anebo prostřednictvím zástupce nebo příslušného orgánu, přičemž způsob slyšení musí být v souladu s procedurálními pravidly vnitrostátního zákonodárství (odst. 2).“

Občanský zákoník tedy *a priori* ukládá soudu povinnost dítě o problému, který se jej týká, nejen informovat, ale (a to zejména) umožnit mu sdělení jeho názoru, který musí být při rozhodování soudu dostatečně zohledněn. Tato povinnost soudu je však „změkčena“ ve vztahu k dítěti, které pro určité objektivní či subjektivní překážky (například nízký věk či nedostatečná vyspělost) není schopno sdělovanou informaci přijmout, vytvořit si na ni názor, případně je, ale není schopno jej soudu sdělit. V takovém případě je z hlediska zákonné hmotněprávní úpravy dostačující získat informaci o předpokládaném názoru dítěte zprostředkovaně od jiné osoby, kterou bude ve většině případů kolizní opatrovník (v řízeních ve věcech péče soudu o nezletilé nejčastěji příslušný orgán sociálně-právní ochrany dětí). Občanský zákoník však obsahuje též vyvratitelnou právní domněnku, že dítě starší dvanácti let je schopno informaci přijmout, vytvořit si na ni názor a sdělit jej soudu. Z výše uvedeného se tedy podává, že dítě starší dvanácti let by v soudním řízení mělo být slyšeno vždy přímo soudem, pokud však v řízení nevyjdou najevo skutečnosti svědčící o tom, že ani výslech takto starého dítěte není z nějakého důvodu vhodný. Naopak u dítěte mladšího dvanácti let je třeba z hlediska zákonné hmotněprávní úpravy vždy v konkrétním případě zkoumat, zda je dítě dostatečně vyspělé na to, aby přímý kontakt nejen se samotným problémem, ale i se soudním prostředím, zvládlo.

Obdobný názor zastává i zákonodárce, který v důvodové zprávě k občanskému zákoníku³ uvádí: „Má se mít vždy za to, že dítě starší dvanácti let je schopno informaci přijmout, vytvořit si vlastní názor a tento sdělit. Dítě starší dvanácti let soud vždy vyslechne osobně, dítě mladší bude moci být vyslechnuto prostřednictvím orgánu sociálně-právní ochrany dětí nebo jiným vhodným způsobem. Nic ale nebrání soudu, aby vyslechl i dítě mladší dvanácti let osobně přítomně.“

Občanský zákoník uvádí, že pokud nejsou splněny podmínky pro to, aby dítě sdělilo informace soudu přímo, měl by být názor dítěte zjištěn tak, že soud vyslechne toho, kdo je schopen zájmy dítěte ochránit. V praxi je touto osobou zpravidla opatrovník, kterého soud v řízeních ve věcech péče soudu o nezletilé obligatorně jmenuje.⁴ Soudní praxe se však doposud spíše kloní k tomu, že opatrovníkem zjištěný názor dítěte se co do důkazní

² Úmluva o právech dítěte, publikovaná sdělením Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 104/1991 Sb.

³ Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanskému zákoníku [online]. [cit. 2018-10-11]. Dostupné z: <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>>.

⁴ § 469 odst. 1 zákona č. 292/2012 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů.

formy provádí spíše důkazem listinným (přečtením písemné zprávy o poměrech dítěte, kterou opatrovník na žádost soudu po vyšetření poměrů dítěte zpracovává). Soudu však nic nebrání v tom, aby opatrovníka na jednání vyslechl, dojde-li k závěru, že informace v takové písemné zprávě nejsou dostatečné.

1.2 Procesněprávní úprava

Participace dítěte na řízení může mít význam důkazní (kdy poznatky zjištěné od dítěte utváří skutkový stav, ze kterého následně soudní rozhodnutí vychází). Participační práva dítěte je však možné vnímat též jako procesní práva jakéhokoliv jiného účastníka řízení.

Ačkoliv je procesněprávní úprava řízení ve věcech péče soudu o nezletilé upravena primárně v zákoně o zvláštních řízeních soudních⁵ (dále také jako z. ř. s.), konkrétní procesní pravidla pro způsob a formu zjišťování názoru dítěte pro účely důkazní bychom v něm hledali marně.⁶ Subsidiárně (§ 1 odst. 3 z. ř. s.) je třeba tedy použít ustanovení občanského soudního řádu⁷ (dále také jako o. s. ř.). Ten v § 100 odst. 3 stanoví: „V řízení, jehož účastníkem je nezletilé dítě, které je schopno formulovat své názory, soud postupuje tak, aby byl zjištěn jeho názor ve věci. Názor nezletilého dítěte soud zjistí výsledkem dítěte. Názor dítěte může soud ve výjimečných případech zjistit též prostřednictvím jeho zástupce, znaleckého posudku nebo příslušného orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Výslech dítěte může soud provést i bez přítomnosti dalších osob, lze-li očekávat, že by jejich přítomnost mohla ovlivnit dítě tak, že by nevyjádřilo svůj skutečný názor; přítomnost důvěrníka dítěte, který není jeho zákonným zástupcem a o jehož účast u výslechu dítě požádá, může soud vyloučit jen tehdy, je-li jeho přítomností mařen účel výslechu. K názoru dítěte soud přihlíží s přihlédnutím k jeho věku a rozumové vyspělosti.“

Předmětné ustanovení o. s. ř. tedy soudu výslovně ukládá povinnost zjistit názor dítěte jeho výsledkem, a to za předpokladu, že nezletilé dítě je schopno formulovat své názory. Zprostředkované zjištění názoru dítěte prostřednictvím jiné osoby (například mimo jiné orgánem sociálně-právní ochrany dětí nebo znalcem) by pak mělo být výjimkou. Tato procesněprávní úprava však na rozdíl od úpravy hmotněprávní postrádá bližší kritéria pro určení vhodnosti či účelnosti výslechu nezletilého soudem (ať už určením konkrétní věkové hranice, či zohledněním vyspělosti nezletilého a s ní spojených schopností dítěte výslech a informace získané u soudu takzvaně „ustát“). Gramatickým výkladem tohoto ustanovení lze tedy dovodit, že jedinou procesněprávní překážkou pro výslech dítěte soudem je jeho neschopnost formulovat své názory. Toto slovní spojení spolu s absencí doplňujících kritérií není však optimálním řešením, neboť je natolik neurčité a nezohledňující psychologické aspekty předmětného procesního úkonu, že povinnost soudu vyslechnout dítě by mohla být dána například i u tříletého či čtyřletého dítěte, které bude schopné přiměřeně mluvit. Navíc v takto nízkém věku je s ohledem na vývojový stav dítěte, charakteristický tzv. negativismem a sebezprosazováním, často pravděpodobnější, že dítě sdělí skutečně „své“ názory (jak vyžaduje předmětné ustanovení), a nikoliv názory svých rodičů (ačkoliv tyto názory nebudou dávat žádný smysl). Soud má pak povinnost

⁵ Zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů.

⁶ Když § 20 odst. 4 z. ř. s. pouze stanoví, že: „V řízení, jehož je účastníkem nezletilý, který je schopen pochopit situaci, soud postupuje tak, aby nezletilý dostal potřebné informace o soudním řízení a byl informován o možných důsledcích vyhovění svému názoru i důsledcích soudního rozhodnutí. Obdobnou povinnost vůči nezletilému má i jeho zákonný zástupce nebo opatrovník.“

⁷ Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

k takto zjištěnému názoru dítěte přihlídnout s ohledem na jeho věk a vyspělost. Jakou váhu lze však přičíst názoru takto malého dítěte? Je proto opravdu nutné a žádoucí podrobovat tyto děti soudnímu výslechu? Lze tak uvést, že § 100 odst. 3 o. s. ř. by neměl být vykládán separátně, ale ve spojení s § 867 o. z. s přihlídnutím k tzv. „informačně“ pojatému § 20 odst. 4 z. ř. s.⁸ (který alespoň zohledňuje „*schopnost dítěte pochopit situaci*“).

Nelze však opomenout nesporný charakter řízení ve věcech péče soudu o nezletilé, které je ovládáno vyšetřovací zásadou. Zákon o zvláštních řízeních soudních totiž stanoví, že je to soud, kdo je povinen zjistit všechny skutečnosti důležité pro rozhodnutí (§ 20 odst. 1 věta první z. ř. s.). Bez ohledu na procesní aktivitu účastníků řízení je tedy zcela na uvážení soudu, jaké důkazní prostředky využije ke zjištění skutkového stavu v rozsahu nezbytném pro vydání rozhodnutí, které bude v nejlepším zájmu dítěte. Možnosti a význam výslechu účastníků řízení (kterým je i nezletilé dítě) upravuje ve vztahu speciality k o. s. ř. § 22 zákona o zvláštních řízeních soudních. Ten ve své větě první stanoví, že: „*Výslech účastníků řízení je možné nařídít vždy, je-li ho ke zjištění skutkového stavu třeba.*“ Zákonodárce přikládá důkazu výslechem účastníka řízení ve zvláštních řízeních soudních (a tedy i v řízeních ve věcech péče soudu o nezletilé) většího významu než v klasických sporných řízeních, když v důvodové zprávě v z. ř. s.⁹ uvádí: „*Nevyžaduje se, aby takový důkaz mohl nastoupit subsidiárně, tedy teprve poté, kdy danou skutečnost nelze prokázat jinak.*“ Na druhou stranu je však třeba vyzdvihnout, že soud může důkaz výslechem účastníka řízení (tedy i nezletilého dítěte v řízeních ve věcech péče soudu o nezletilé) provést vždy, pokud však dospěje k závěru, že je ho ke zjištění skutkového stavu třeba. Lze se tedy domnívat, že právě úvaha soudu o tom, zda je výslechu nezletilého dítěte ke zjištění skutkového stavu v rozsahu nezbytném pro vydání rozhodnutí, jež bude v nejlepším zájmu dítěte, třeba, by měla být hlavním kritériem pro posouzení, zda k takovému procesnímu úkonu soud v řízeních ve věcech péče soudu o nezletilé přistoupí, či nikoliv.

Participaci dítěte na řízení je možné chápat též jako realizaci procesních práv¹⁰ jakéhokoliv jiného účastníka řízení. Každý účastník řízení má však nejen procesní práva, ale též procesní povinnosti.¹¹ Ve sporných řízeních platí, že procesní způsobilost každého účastníka řízení (tedy i dítěte) je závislá na jeho svéprávnosti.¹² Obecně v občanském soudním řízení platí, že fyzická osoba, která nemůže před soudem jednat samostatně, musí být zastoupena zákonným zástupcem nebo opatrovníkem.¹³ V řízeních ve věcech péče soudu o nezletilé však nezletilé dítě musí být zastoupeno opatrovníkem vždy bez ohledu na rozsah svéprávnosti.¹⁴ Povinné zastoupení opatrovníkem nepochybně vyplývá z kolize zájmů mezi zákonnými zástupci dítěte a dítětem samotným. Nabízí se však otázka, proč musí být nezletilé dítě v řízení ve věcech péče soudu o nezletilé zastoupeno povinně vždy, tedy i v případech, kdy by jinak bylo shledáno dostatečně rozumově a mravně vyspělým¹⁵

⁸ Který je ve vztahu k povinnostem rodičů, opatrovníka a soudu (přičemž povinnosti soudu jsou zde vyloženy velmi extenzivně) rozveden v nálezu Ústavního soudu ze dne 8. 10. 2018, sp. zn. II. ÚS 725/18.

⁹ Důvodová zpráva k zákonu č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních [online] [cit. 2018-11-27]. Dostupné z: <https://www.kr-ustecky.cz/assets/File.ashx?id_org=450018&id_dokumenty=1678741>.

¹⁰ Například právo vznést námitku podjatosti dle § 15 o. s. ř., právo podat odvolání podle § 201 o. s. ř., právo vyjádřit se k důkazním návrhům a provedeným důkazům podle § 123 o. s. ř. etc.

¹¹ Například dbát pokynů soudu podle § 101 odst. 1 písm. c) o. s. ř., povinnost dostavit se k výslechu, vypovídat při něm pravdu a nic nezamlčovat podle § 131 odst. 2 o. s. ř. ve spojení s § 22 z. ř. s. etc.

¹² § 20 odst. 1 o. s. ř.

¹³ § 22 o. s. ř.

¹⁴ § 469 odst. 1 z. ř. s.

¹⁵ Ve smyslu § 31 o. z.

(tedy jinak schopným činit samostatně procesní úkony v řízeních vedených dle o. s. ř.)? Nemůže tomu tak být proto, že v řízeních ve věcech péče soudu o nezletilé se zasahuje do sféry pro dítě nejdůležitější, nejcitlivější a nejintimnější (tedy do rodiny či jiné náhradní instituce, která by dítěti měla zajišťovat pocit bezpečí a jistoty jakožto základní dětské potřeby)? Případně proto, že ačkoliv je řízení ve věcech péče soudu o nezletilé řízením nesporným, je v něm mnohdy více sporu a tzv. „špinavého prádla“ než v řízeních sporných? Nemá tedy povinné zastoupení mimo jiné chránit dítě před tím, co vše se může v řízení dozvědět? Nemá být také povinné zastoupeno proto, že ono samo nemůže za rozpad rodiny a spor mezi rodiči a neměla by na něj být už za tak náročné situace nakládána další zátěž? Možná i proto realizaci práv dítěte (nejen těch procesních) v řízení zajišťuje ustanovený opatrovník. Ten však při výkonu této funkce musí postupovat svědomitě, odborně, v nejlepším zájmu dítěte a v souladu s pokyny soudu. Realizaci procesních práv dítěte pak za situace povinného zastoupení v řízení upravuje právě § 20 odst. 4 z. ř. s., kterému je věnována pozornost níže v souvislosti s výkladem ústavněprávní judikatury.

1.3 Ústavněprávní rovina

Ústavní soud konstantně judikuje, že názor dítěte musí být vnímán jako zásadní vodítko při hledání jeho nejlepšího zájmu a že dítěti musí být zásadně umožněno účastnit se jednání a vyjádřit se k věci, přičemž povinnost soudu zjišťovat jeho názor nezabavuje ani ustanovení opatrovníka, a nezjišťovat názor dítěte přímo (tj. jeho vyslechnutím) je možno jen v jeho zájmu, a takový postup je třeba vždy odůvodnit.¹⁶ Naopak neumožnění dítěti uplatnit toto právo připadá v úvahu jen tehdy, je-li to v jeho nejlepším zájmu, či není-li to fakticky možné, např. hrozí-li okamžité nebezpečí z prodlení, je příliš útlého věku.¹⁷

Ústavní soud dále konstatoval, že nelze bez dalšího zjišťování názoru nezletilých prostřednictvím orgánu sociálně-právní ochrany dětí považovat za porušení práva dítěte být slyšeno, avšak v každém případě je třeba individuálně posoudit, jaká forma je pro dané nezletilé dítě nejvhodnější. Nejsou-li však v konkrétním případě žádné okolnosti, které by to vylučovaly, je třeba preferovat přímý výslech nezletilého.¹⁸

Z množiny těchto řízení (ve kterých je třeba zjišťovat názor dítěte prostřednictvím jeho přímého kontaktu se soudem) by pak dle Ústavního soudu nemělo být vyňato ani řízení o předběžném opatření ve věcech péče soudu o nezletilé. V tomto případě (zejména s ohledem na krátkost lhůty pro vydání rozhodnutí o předběžném opatření¹⁹) pak Ústavní soud předestřel alternativní způsoby přímého zjištění názoru dítěte soudem, kterými by měly být zjištění jeho názoru při nařízení jednání,²⁰ dostavení se soudce do bydliště nezletilého, vyslání asistenta soudce do bydliště nezletilého či dotázání se nezletilého některým z audiovizuálních prostředků elektronické komunikace či telefonicky.²¹

¹⁶ Viz nálezy Ústavního soudu ze dne 15. 10. 2014, sp. zn. IV. ÚS 3305/13 (N 193/75 SbNU 177), ze dne 10. 2. 2014, sp. zn. I. ÚS 3304/13 (N 18/72 SbNU 217), ze dne 4. 11. 2015, sp. zn. IV. ÚS 3900/14 (N 193/79 SbNU 199), ze dne 19. 12. 2017, sp. zn. II. ÚS 1931/17, ze dne 10. 4. 2018, sp. zn. IV. ÚS 827/18.

¹⁷ Nálezy Ústavního soudu ze dne 10. 4. 2018, sp. zn. IV. ÚS 827/18, ze dne 19. 12. 2017, sp. zn. II. ÚS 1931/17.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Která činí nejvíce sedm dnů (nepočítaje v to tzv. „rychlé“ předběžné opatření dle § 452 z. ř. s.) od podání návrhu (§ 75c odst. 2 1 o. s. ř.).

²⁰ Ačkoliv občanský soudní řád tuto povinnost po soudu výslovně nepožaduje (§ 75c odst. 3 1 o. s. ř.).

²¹ Nález Ústavního soudu ze dne 19. 12. 2017, sp. zn. II. ÚS 1931/17.

K věkové hranici rozhodné pro (ne)provedení výsledku nezletilého dítěte před soudem se Ústavní soud vyjádřil v nálezu ze dne 28. 2. 2018, sp. zn. II. ÚS 2866/17. Uvedl v něm, že uplatnění § 867 odst. 2 o. z. neznamená, že obecný soud je za situace, kdy zjišťuje přání dítěte staršího dvanácti let, vždy povinen přistoupit k jeho slyšení přímo při soudním jednání, aniž by mohl zohlednit skutková zjištění z již provedeného dokazování (zjištění jeho postoje prostřednictvím orgánu sociálně-právní ochrany dětí či znaleckého posudku) či další specifické okolnosti případu (například hrozbu psychické újmy nezletilého ze slyšení před soudem). Míru rozumové a emocionální vyspělosti každého dítěte je třeba zkoumat případ od případu. Nelze ani vyloučit, že schopnost vyjádřit se ke svému budoucímu výchovnému uspořádání bude s ohledem na tuto vyspělost dána i u dítěte mladšího. Věk dvanácti let nicméně představuje nejzazší možnou hranici, kdy už je dítě schopné uceleně prezentovat bez větší újmy svůj názor před soudem. Po dosažení této hranice je tedy nezbytné, nebrání-li tomu zvlášť závažné okolnosti, zjistit přání dítěte přímo před soudem.

K tomuto nálezu je však nutno dodat, že ačkoliv se Ústavní soud vyjádřil v tom smyslu, že u dítěte staršího dvanácti let není vždy nezbytně nutné zjistit jeho přání přímo před soudem bez zohlednění skutkových zjištění z provedeného dokazování (zjištění jeho postoje prostřednictvím orgánu sociálně-právní ochrany dětí či znaleckého posudku) či zohlednění možné psychické újmy, která může u slyšení před soudem dítěti vzniknout, přesto v posuzovaném případě zrušil rozhodnutí obecných soudů pro porušení participacních práv nezletilá za situace, kdy nezletilá byla přímo před soudem prvního stupně slyšena dvakrát (ač je pravdou, že s větším časovým odstupem). Dle Ústavního soudu však nebylo shledáno dostatečným zjištění jejího přání a postoje při pohovorech s opatrovníkem, a dokonce i při vyšetření znalcem. To vše za situace, kdy znalec zkritizoval vystavování nezletilé psychické zátěži opakovanými pohovory s opatrovníkem. Znalec současně nedoporučil další pohovor před soudem, neboť by takový pohovor mohl nezletilou vážně ohrozit na jejím psychickém vývoji. Nutno dodat, že nezletilá se v minulosti snažila vyskočit z okna, pročež byla umístěna na psychiatrickém oddělení.²² Lze tedy shrnout, že ani tyto důvody neshledal Ústavní soud dostatečně důvodnými pro možnost upuštění od přímého slyšení nezletilé soudem.

V nálezu ze dne 19. 6. 2018, sp. zn. III. ÚS 1265/16, Ústavní soud mimo jiné uvedl, že: „Zjištění názoru nezletilého prostřednictvím orgánu sociálně-právní ochrany dětí či znalce je možno akceptovat u dětí mladšího věku s ohledem na jejich rozumovou a emocionální úroveň.“ V tomto rozhodnutí Ústavní soud s odkazem na rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Havelka a další proti České republice*²³ dále konstatoval, že většína dětí je schopna vyjádřit se ke svému budoucímu výchovnému uspořádání již po dosažení věku deseti let. Po dosažení této věkové hranice je nezbytné, nebrání-li tomu zvlášť závažné okolnosti, zjistit přání dítěte přímo před soudem.

Povinnost soudu zjistit názor dítěte přímo (tedy nikoliv zprostředkovaně prostřednictvím jiné osoby) dovodil Ústavní soud dokonce i u sedmiletého dítěte v řízení o nahrazení souhlasu jednoho z rodičů ohledně výběru školy. Rozvedl, že sedmileté dítě je schopno vyjádřit svůj názor, zda se mu ve škole líbí, jaké tam má kamarády, jestli by mu změna

²² Nález Ústavního soudu ze dne 28. 2. 2018, sp. zn. II. ÚS 2866/17.

²³ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Havelka a další proti České republice* ze dne 21. 6. 2007, č. stížnosti 23499/06.

školy vadila apod. V tomto případě Ústavní soud opět připomenul alternativní způsoby zjištění názoru nezletilého dítěte přímo soudem (například výslech v kanceláři soudce či v jiném méně formálním prostředí než je jednací síň, dostavení se soudce či asistenta soudce do školy či bydliště nezletilého dítěte apod.).²⁴

Význam slyšení dítěte obecným soudem Ústavní soud nespaturuje jen v rovině dokazování, tedy ve smyslu provedení výslechu pro účely dokazování, ale také jako výkon práva účastníka řízení.²⁵ Podle Ústavního soudu totiž pro dítě, o kterém je rozhodováno, může být stresující nejen podstoupení (dalšího) soudního slyšení, ale také odmítavý postoj příslušných orgánů vyslechnout jeho přání či sdělit svůj názor na věc.²⁶ V citovaném nálezu Ústavní soud dále poznamenal, že právo dítěte ve smyslu čl. 12 odst. 1 Úmluvy o právech dítěte vyjádřit svůj názor ve všech záležitostech, které se ho dotýkají, je jeho právem, a nikoliv povinností. O tom musí být dítě poučeno. Uvedené právo totiž zahrnuje také právo nevyjadřovat se a mlčet.²⁷

Nález Ústavního soudu ze dne 8. 10. 2018, sp. zn. II. ÚS 725/18 blíže rozvádí šíři participačního práva dítěte na soudním řízení, které se jej týká. Dle Ústavního soudu je třeba právo dítěte na slyšení chápat širěji než jako pouhou možnost vyjádření svého názoru na projednávanou problematiku. Právo dítěte být slyšeno v řízení, které se jej týká, se neomezuje na pouhé zjištění názoru dítěte na projednávanou záležitost, ale zahrnuje také další komunikaci s dítětem a informování jej o řízení, včetně toho, jak bylo nakonec rozhodnuto a jak byl zohledněn jeho názor. Za dodržení tohoto práva odpovídá soud. Je-li dítě způsobilé být v řízení vyslechnuto přímo soudem a není-li to rozporné s jeho nejlepším zájmem, pak by to měl být rovněž soud, kdo dotčenému dítěti přístupnou formou vysvětlí, jak bylo v jeho záležitosti rozhodnuto a jak byl zohledněn jeho názor.²⁸

K tomu je třeba uvést, že pro praktickou funkčnost rozhodnutí je jistě více než na místě (a to zejména u starších dětí), aby dítěti bylo rozhodnutí přiměřeně jeho věku a vyspělosti vysvětleno. Poněkud zarážejícím se však může zdát primární uložení této povinnosti soudu.²⁹ Z ustanovení § 20 odst. 4 z. ř. s.³⁰ sice plyne povinnost soudu postupovat tak, aby nezletilý dostal potřebné informace o soudním řízení a byl informován o důsledcích soudního rozhodnutí, obdobnou povinnost mají však i jeho rodiče (respektive zákonní zástupci) a opatrovník. Je zřejmé, že za trvajících konfliktů mezi rodiči nelze na řádné splnění jejich povinnosti spoléhat, neboť je velmi pravděpodobné, že každý z rodičů bude dítěti podávat svou vlastní verzi. Lze se však domnívat, že objektivní informace (nejen) o závěru soudního řízení by měly být dítěti přiměřeně jeho věku a vyspělosti v první řadě

²⁴ Nález Ústavního soudu ze dne 10. 4. 2018, sp. zn. IV. ÚS 827/18.

²⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 28. 2. 2018, sp. zn. II. ÚS 2866/17.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 8. 10. 2018, sp. zn. II. ÚS 725/18.

²⁹ K tomu též odlišné stanovisko soudce Ústavního soudu Vojtěcha Šimíčka, který v něm (mimo jiné) uvedl, že: „Pokud by totiž měl Ústavní soud někomu vytknout porušení participačních práv, pak by to nemělo být ve vztahu k soudům, nýbrž k samotné stěžovatelce. Proč např. nezajistila, aby nezletilá byla přítomna vyhlášení rozsudku, když by jí skutečně na jejich participačních právech tak záleželo? Pokud by tak totiž učinila, umožnila by soudci, aby jí srozumitelně sdělil výsledek řízení. Je ostatně primární úkolem rodičů, aby dokázali se svými nezletilými dětmi komunikovat na úrovni přiměřené jejich rozumové vyspělosti a věku.“ K tomu je třeba uvést, že stěžovatelkou byla matka, která odmítla účast nezletilého na jednání odvolacího soudu za situace, kdy k tomu byla soudem vyzvána.

³⁰ § 20 odst. 4 z. ř. s.: „V řízení, jehož účastníkem je nezletilý, který je schopen pochopit situaci, soud postupuje tak, aby nezletilý dostal potřebné informace o soudním řízení a byl informován o možných důsledcích vyhovění svému názoru i důsledcích soudního rozhodnutí. Obdobnou povinnost vůči nezletilému má i jeho zákonný zástupce nebo opatrovník.“

poskytnuty kolizním opatrovníkem (kterým je v drtivé většině případů orgán sociálně-právní ochrany dětí).³¹ Tato skutečnost vyplývá nejen z procesního postavení kolizního opatrovníka (jako procesního zástupce dítěte³²), ale také z jeho výlučného zaměření na práci s dětmi a ochranu jejich zájmů.³³ Nadto § 8 odst. 3 zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí,³⁴ orgánu sociálně-právní ochrany dětí tuto povinnost výslovně ukládá. V případě, že kolizní opatrovník řádně neplní své zákonné povinnosti, je povinností soudu na tuto skutečnost adekvátně reagovat³⁵ a aktivně jej vést k jejich plnění (byť i méně formální cestou³⁶). Pokud příslušné prostředky selžou, bude na soudu, aby tento nedostatek v řízení zhojil. Nelze však *a priori* přehlížet orgánu sociálně-právní ochrany dětí zákonem uložené povinnosti a bez dalšího je přesouvat na soud. To může mimo jiné vést k tomu, že orgány sociálně-právní ochrany dětí mohou nabyt dojmu, že až tak nemusí plnit své zákonné povinnosti, neboť je za ně tzv. „dotáhne“ soud, což se nejeví jako žádoucí. Nadto je třeba uvést, že opakované vystavování dítěte konfliktní situaci, navíc ve formálním soudním prostředí, v jeho zájmu být mnohdy nemusí.

Primární uložení informační povinnosti soudu také naráží na ryze praktické problémy. Co když soud dítě předvolá, ale rodič jej k soudu nepřivede? Kdo bude otevírat písemnosti, jež budou doručovány dítěti (umí-li dítě vůbec číst)? Kdo zvedne telefon, bude-li se soud chtít spojit s dítětem v této formě? Nepochybně rodič, který chce v řízení dosáhnout svého a mnohdy (bohužel) dítě využívá k dosažení tohoto cíle jako zbraň. Není ani jasné, jak by v praxi mělo probíhat informování dítěte o výsledku řízení přímo soudem. § 157 odst. 2 věta třetí o. s. ř. stanoví, že odůvodnění rozsudku uvedené v písemném vyhotovení musí být v souladu s vyhlášeným odůvodněním. Takovému ústnímu odůvodnění rozsudku při jednání však dítě nemusí porozumět a navíc se v takovém případě může dozvědět informace, jejichž znalost jistě v jeho zájmu být nemusí. Přichází tak v úvahu informování dítěte soudem zcela samostatně například v kanceláři soudce. V takovém případě lze ovšem nepochybně narazit na kapacitní problémy. Není prakticky trvale udržitelné, aby soudce mohl každému dítěti samostatně vysvětlovat, z jakého důvodu rozhodl tak, jak rozhodl.

³¹ K tomu též odlišné stanovisko soudce Ústavního soudu Vojtěcha Šimíčka, který v něm (mimo jiné) uvedl, že: „Ostatně, pokud rodiče nejsou schopni této svoji povinnosti dostát, je úkolem ustanoveného opatrovníka hájit zájmy nezletilého. Připouštím, že v nyní projednávané věci tento opatrovník postupoval skutečně formálně a toto počínání si zasloužilo kritiku – avšak v odůvodnění, nikoliv ve výroku nálezu. Úkolem opatrovníka by totiž v těchto případech mělo být s nezletilým dítětem neformálně komunikovat, nestranně a srozumitelně mu vysvětlovat smysl a podstatu vedeného řízení a zprostředkovat mu jeho výsledek. Proto také je mu ostatně doručováno výsledné rozhodnutí: ne proto, aby je někde založil a odškrtl si případ jako vyřízený, nýbrž aby nezletilému vysvětlil, co toto rozhodnutí znamená a co bude následovat po něm. Pokud ovšem nyní Ústavní soud v podstatě dovedl, že tato povinnost náleží soudu, pak skutečně nevím, nač jsou vlastně opatrovníci ustanovováni. Okolnost, že ne vždy plní svoji roli správně a s odpovídajícím nasazením, totiž nemůže vést k tomu, že budou fakticky opomíjeni.“

³² Obdobně i advokát jako právní zástupce účastníka řízení v klasických sporných řízeních svému klientovi nepochybně vysvětlí obsah rozhodnutí v pro něj srozumitelné formě.

³³ Srov. § 5 zákona č. 359/1999 Sb., zákon o sociálně-právní ochraně dětí: „Předním hlediskem sociálně-právní ochrany je zájem a blaho dítěte, ochrana rodičovství a rodiny a vzájemné právo rodičů a dětí na rodičovskou výchovu a péči. Přitom se přihlíží i k širšímu sociálnímu prostředí dítěte.“

³⁴ § 8 odst. 3 zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí: „Dítě, které je schopno s ohledem na svůj věk a rozumovou vyspělost posoudit dosah a význam rozhodnutí vyplývajících ze soudního nebo správního řízení, kterého je účastníkem, nebo jde-li o jiné rozhodnutí vztahující se k jeho osobě, obdrží od orgánu sociálně-právní ochrany informace o všech závažných věcech jeho osoby se týkajících; o dítěti starším 12 let se má za to, že je schopno informaci přijmout, vytvořit si vlastní názor a tento sdělit.“

³⁵ Čehož lze v řízení obecně docílit například upozorněním na možnost uložení pořádkové pokuty, případně jejím uložení, pokud by kolizní opatrovník hrubě ztěžoval postup řízení tím, že by neuposlechl příkazů soudu (§ 53 odst. 1 o. s. ř.).

³⁶ Například připomenutím jeho informační povinnosti vůči dítěti v odůvodnění rozhodnutí či neformálním připisem.

1.4 Základní východiska ve Slovenské republice

Ačkoliv bychom zásadní rozdíly v přístupu k otázce zjišťování názoru dítěte v soudním řízení v České republice a ve Slovenské republice hledali marně, určité odchylky je možné vyzpozorovat. Slovenská právní úprava, na rozdíl od české, demonstrativním zákonným výčtem vyjmenovává okolnosti, které by měly být rozhodující při hledání nejlepšího zájmu dítěte.³⁷ Jednou z nich je i názor dítěte a jeho možné vystavení konfliktu loajality a následnému pocitu viny. Z takto zvolené formulace je zřejmé, že slovenský zákonodárce si byl vědom možných problémů, které výslech nezletilého dítěte může přinést. Ačkoliv česká a slovenská zákonná hmotněprávní a procesněprávní úprava jinak vychází z obdobných základů, v žádném ze slovenských právních předpisů nenalezneme určení konkrétní věkové hranice, od které by měl být výslech nezletilého dítěte soudem vždy proveden.³⁸ K otázce (ne)zbytnosti výslechu nezletilého dítěte soudem se vyjádřil Ústavní soud Slovenské republiky, který v nálezu ze dne 24. 10. 2017, sp. zn. II. ÚS 659/2017, dovodil, že argumentace stěžovatele o tom, že všeobecné soudy nevyslechly nezletilého a nezjišťovaly jeho názor týkající se svěření do péče jednoho z rodičů, sama o sobě bez zohlednění dalších relevantních skutečností (např. věk dítěte, vyslechnutí nezletilého znalcem), není dostačujícím důvodem k vyslovení porušení označených základních práv stěžovatele. Ústavní soud Slovenské republiky vyšel z tohoto závěru i v usnesení ze dne 16. 11. 2018, sp. zn. IV. ÚS 625/2018-19, v němž uvedl, že zjišťování názoru nezletilého je obligatorním postupem soudu, přičemž vyjádření názoru nezletilého není podmíněno věkovou hranicí ani rozumovou vyspělostí, ale schopností nezletilého svůj názor samostatně vyjádřit. Schopnost vyjádřit samostatně svůj názor se odvíjí především od věku a rozumové vyspělosti dítěte. S přihlédnutím k věku a vyspělosti dítěte soud zvolí způsob zjištění názoru nezletilého, a to výslechem při jednání, zjištění jeho názoru prostřednictvím orgánu sociálně-právní ochrany dětí, v rámci znaleckého dokazování apod. V posuzovaném případě byl názor nezletilý zjištěn prostřednictvím kolizního opatrovníka a znalce, přičemž Ústavní soud Slovenské republiky tento postup shledal ústavně akceptovatelný. S ohledem na výše uvedené lze tedy shrnout, že slovenská právní úprava a judikatura dává obecným soudům více prostoru pro úvahu o tom, jaká forma zjištění názoru nezletilého dítěte je v konkrétním případě nejhodnější (hodnotíme-li jednotlivé případy co do faktického výsledku, tedy nikoliv jen co do výňatků z odůvodnění).

³⁷ Čl. 5 zákona č. 36/2005 z. z., zákon o rodine, ve znění pozdějších předpisů: „Záujem maloletého dieťaťa je prvoradým hľadiskom pri rozhodovaní vo všetkých veciach, ktoré sa ho týkajú. Pri určovaní a posudzovaní záujmu maloletého dieťaťa sa zohľadňuje najmä a) úroveň starostlivosti o dieťa, b) bezpečie dieťaťa, ako aj bezpečie a stabilita prostredia, v ktorom sa dieťa zdržiava, c) ochrana dôstojnosti, ako aj duševného, telesného a citového vývinu dieťaťa, d) okolnosti, ktoré súvisia so zdravotným stavom dieťaťa alebo so zdravotným postihnutím dieťaťa, e) ohrozenie vývinu dieťaťa zásahmi do jeho dôstojnosti a ohrozenie vývinu dieťaťa zásahmi do duševnej, telesnej a citovej integrity osoby, ktorá je dieťaťu blízkou osobou, f) podmienky na zachovanie identity dieťaťa a na rozvoj schopností a vlôh dieťaťa, g) názor dieťaťa a jeho možné vystavenie konfliktu lojality a následnému pocitu viny, h) podmienky na vytváranie a rozvoj vzťahových väzieb s obidvomi rodičmi, súrodencami a s inými blízkymi osobami, i) využitie možných prostriedkov na zachovanie rodinného prostredia dieťaťa, ak sa zvažuje zásah do rodičovských práv a povinností.“

³⁸ Srov. § 38 zákona č. 161/2015 z. z., civilný mimosporový poriadok, ve znění pozdějších předpisů, § 43 zákona č. 36/2005 z. z., zákon o rodine, ve znění pozdějších předpisů.

1.5 Výběr z judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále také jako ESLP)

V Ústavním soudem často zmiňovaném rozsudku ve věci *Havelka a ostatní proti České republice*³⁹ ESLP označil za politováníhodné, že české soudy v řízení o svěření nezletilých do ústavní výchovy přímo nevyslechly tři děti, o nichž bylo rozhodováno, ačkoliv v dané době dosáhly věku třinácti, dvanácti a jedenácti let. V posuzovaném případě bylo dovozeno porušení článku 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.⁴⁰ Naopak v rozsudku ve věci *Sahin proti Německu*⁴¹ ESLP konstatoval, že článek 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod nebyl porušen tím, že v řízení o styku nebylo přímo u soudu vyslechnuto dítě, kterému bylo v době vynesení rozsudku obecného soudu pět let a dva měsíce. Lze poznamenat, že německé obecné soudy v posuzovaném případě nepřistoupily ke slyšení nezletilých i s ohledem na závěr znaleckého posudku, kterým bylo (mimo jiné) zjištěno, že za situace konfliktu mezi rodiči by přímým dotazem nezletilé na otázku, zda chce vídat svého otce, mohla nezletilá nabytí dojmu, že její sdělení bude rozhodující, a taková situace u ní může vyvolat silný pocit viny.⁴²

Podrobnou analýzu práva nezletilých na účast v řízeních, která se jich týkají, obsahují Ústavním soudem často citované rozsudky ESLP ve věcech *N. TS. a ostatní proti Gruzii*⁴³ a *M. M. proti Chorvatsku*.⁴⁴ V rozhodnutích obsažená právní analýza článku 12 odst. 1 Úmluvy o právech dítěte⁴⁵ obsahuje (mimo jiné) následující teze:

1) Státy jsou povinny (a nelze akceptovat v této věci prostor pro diskreci) zajistit právo dítěte svobodně vyjadřovat své názory. Státy jsou proto povinny přijmout vhodná opatření k plnému uplatnění tohoto práva pro všechny děti. 2) Dítě má právo vyjádřit svůj názor svobodně. Dítě si může vybrat, zda chce využít právo být slyšeno, či nikoliv. Pojem „svobodně“ také znamená, že dítě nesmí být manipulováno či vystaveno nepatřičnému vlivu nebo nátlaku. 3) Státy umožní výkon práva být slyšeno každému dítěti, které je způsobilé utvářet si vlastní názory, přičemž státy by měly vycházet z domněnky, že dítě má schopnost vytvořit si svůj vlastní názor. Státy tedy nemají začínat u negativní domněnky, že dítě tuto schopnost nemá. 4) Článek 12 Úmluvy o právech dítěte záměrně neobsahuje žádný věkový limit dítěte pro uplatnění práva být slyšeno. Státy by měly být odrazovány od zavedení věkové hranice v právních předpisech či praxi, neboť by to mohlo vést k omezení práva dítěte být vyslechnuto ve všech záležitostech, které se jej týkají. 5) Prosté vyslechnutí dítěte je nedostatečné. Názor dítěte musí být zohledněn, pokud je dítě schopné vytvářet a formulovat své vlastní názory. 6) Zralost dítěte se týká jeho schopnosti porozumět důsledkům konkrétní věci a posoudit je. V kontextu článku 12 je zralost schopnost dítěte vyjádřit své názory na otázky rozum-

³⁹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Havelka a další proti České republice* ze dne 21. 6. 2007, č. stížnosti 23499/06.

⁴⁰ Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, publikovaná sdělením Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb., článek 8: „Každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlií a korespondence (odst. 1). Státní orgán nemůže do výkonu tohoto práva zasahovat kromě případů, kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, předcházení nepokojům a zločinosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných (odst. 2).“

⁴¹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Sahin proti Německu* ze dne 8. 7. 2003, č. stížnosti 30943/96.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *N. TS. a ostatní proti Gruzii* ze dne 2. 2. 2016, č. stížnosti 71776/12.

⁴⁴ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *M. M. proti Chorvatsku* ze dne 3. 9. 2015, č. stížnosti 10161/13.

⁴⁵ Vycházející z Obecného komentáře k Úmluvě o právech dítěte č. 12 (2009). Právo dítěte být slyšeno, vypracovaného Výborem pro práva dítěte, Organizace spojených národů.

ným a nezávislým způsobem. Čím větší je dopad výsledku na život dítěte, tím důležitější je odpovídající posouzení zralosti tohoto dítěte. 7) Je třeba věnovat pozornost tomu, jak se schopnosti a zralost dítěte vyvíjí a jak je dítě vedeno a ovlivňováno rodiči.

K odstavci druhému článku 12 Úmluvy o právech dítěte citovaná rozhodnutí ESLP uvádějí:

1) Poté, co se dítě rozhodne, že chce být vyslechnuto, bude muset ještě rozhodnout jakým způsobem – zda přímo nebo prostřednictvím jiného vhodného orgánu či osoby (dále také jako zástupce). Je doporučeno, aby dítě vždy, pokud je to možné, mělo příležitost být vyslyšeno přímo v jakémkoliv řízení. 2) Zástupce dítěte může být rodič (rodiče), právník či jiná osoba (zejména sociální pracovník). Mezi rodiči a dítětem je však často střet zájmů. Pokud ke slyšení dítěte dochází skrze zástupce, je nanejvýše nezbytné, aby názor a pohled dítěte byl zástupcem dítěte předán soudu správně. Příslušná metoda slyšení dítěte by měla být určena primárně dítětem (či podle potřeby příslušným orgánem) v závislosti na konkrétní situaci dítěte. Zástupci dítěte musí mít dostatečné znalosti různých aspektů rozhodovacího procesu a zkušeností s prací s dětmi. 3) Zástupce dítěte si musí být vědom toho, že zastupuje výlučně zájmy dítěte, a nikoli zájmy jiných osob. Pro zástupce dětí, kteří jsou určeni k zastupování jejich zájmu, by měly být vypracovány kodexy chování.

V případě *N. TS. a ostatní proti Gruzii*⁴⁶ ESLP dovedil porušení článku 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod za skutkové situace, kdy instituce *Social Service Agency* (obdoba orgánu sociálně-právní ochrany dětí, dále také jako SSA) dostatečně nehájlila zájem tří nezletilých dětí, o jejichž poměrech bylo rozhodováno (SSA nebyla přibrána do řízení před soudem prvního stupně, v odvolacím řízení měla postavení pouze „zúčastněné osoby“, zastoupení v odvolacím řízení bylo čistě formální, SSA nenavázala s dětmi žádný bližší a pravidelný kontakt) a současně nebylo žádné z těchto tří nezletilých dětí slyšeno přímo před soudem. ESLP bylo kritizováno zejména za neposkytnutí možnosti přímého zapojení do soudního řízení nejstaršímu z chlapců, kterému bylo v průběhu nalézacího řízení 8–10 let, aniž by obecné soudy odůvodnily, jaké důvody je k nevyslyšení nejstaršího chlapce vedly. Tato pochybení vedla dle ESLP k ignoranci psychického stavu chlapců, která měla za následek jednostranné zvážení jejich nejlepšího zájmu.

V případě *M. M. proti Chorvatsku*⁴⁷ dovedil ESLP (mimo jiné) porušení článku 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod za situace, kdy řízení o změnu péče o nezletilou (které bylo v době řízení před obecnými soudy devět a půl až třináct a půl roku) trvalo nepřiměřeně dlouhou dobu a během těchto čtyř let nebylo nezletilé ani jednou umožněno, aby byla v řízení slyšena. V posuzovaném případě bylo ustanovenými znalci konstatováno, že nezletilá v rámci znaleckého zkoumání vyjádřila přání žít s matkou. ESLP zpochybnil i postup chorvatského odvolacího soudu, který ve svém kasačním rozhodnutí uložil chorvatskému soudu prvního stupně, aby posoudil, zda nezletilá je schopna porozumět významu řízení, a pokud ano, pak aby jí bylo umožněno vyjádřit svůj názor a ten vzít při svém rozhodování v úvahu, ačkoliv nic nezpochybňovalo domněnku, že nezletilá, které bylo v té době dvanáct let, byla schopna formulovat své vlastní názory a vyjádřit je. I přes to uplynul více než jeden rok a sedm měsíců, aniž by bylo učiněno

⁴⁶ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *N. TS. a ostatní proti Gruzii* ze dne 2. 2. 2016, č. stížnosti 71776/12.

⁴⁷ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *M. M. proti Chorvatsku* ze dne 3. 9. 2015, č. stížnosti 10161/13.

opatření, aby byly splněny i tyto pokyny. ESLP bylo kritizováno i neposkytnutí kroků k urychlení řízení za situace, kdy bylo zjištěno sebepoškozující jednání nezletilé. Je třeba poznamenat, že řízení bylo specifické v tom, že zde existovalo podezření na týrání nezletilé otcem, v jehož péči se před i v průběhu řízení o změnu péče nezletilá nacházela.

Z výše uvedeného se podává, že mezinárodní závazky České republiky v oblasti rodinněprávní jistě vyvíjejí tlak na české zákonodárce a soudy k prosazování čím dál širší participace dětí v soudních řízeních, které se jich týkají a stále více se prosazuje právo dítěte být slyšeno, a to i na úkor jiných chráněných zájmů. Nelze však na jednotlivé právní výstupy ESLP nahlížet izolovaně, ale je vždy třeba přihlídnout ke konkrétním skutkovým kontextům jednotlivých případů, díky nimž lze často dovést důvody, které ESLP k finální právní kvalifikaci vedly. Například v případě *N. TS. A ostatní proti Gruzii*⁴⁸ nelze přehlédnout zásadní skutečnost, že ochrana nezletilých dětí v soudním řízení byla zásadně oslabena absencí či nefunkčností řádného zastoupení dětí kolizním opatrovníkem, která vedla k vydání rozhodnutí, které v praxi nemohlo fungovat. Naopak v případě *M. M. proti Chorvatsku*⁴⁹ zase existovalo důvodné podezření na týrání nezletilé otcem, v jehož péči nezletilá i kvůli zdlouhavosti a neefektivnosti řízení po dobu čtyř let byla a neutěšená rodinná situace nezletilou dovedla až k sebepoškozování, ačkoliv tyto skutečnosti byly v určité fázi řízení obecným soudům známy (jinak než z výslechu nezletilé soudem) a nebylo na ně relevantně reagováno.

K tomu, aby však bylo možné dojít k obecnějším závěrům na autorkami v úvodu položenou výzkumnou otázku, je nezbytné zaměřit se také na vývojová specifika dětí s ohledem na jejich věk a situace, v nichž se nacházejí.

2. Pedagogicko-psychologická analýza

Z pohledu dítěte představuje soudní výsledek či jiná přímá forma participace na soudním řízení sama o sobě stresovou situaci, proto by jeho účast při soudním jednání měla být posuzována především z hlediska respektu k individuálním potřebám konkrétního dítěte a v jeho nejlepším zájmu. Je nutno si uvědomit, že pokud situace dospěla až k soudnímu řízení, tak dítě už má bohužel za sebou určité nepříjemné zkušenosti, kdy pravděpodobně došlo k narušení rodinné stability a ohrožení minimálně jedné jeho životně důležité psychické potřeby, kterou je potřeba jistoty a bezpečí.

Rozdíly v individualitě dítěte mohou být překvapivě velké nejenom z hlediska jeho věku a vývoje, ale především z hlediska vnímavosti a citlivosti na podněty a z hlediska jeho psychické odolnosti.⁵⁰ Právo dítěte na svůj názor je jasně deklarováno (čl. 13 Úmluvy o právech dítěte⁵¹ a čl. 17 Listiny základních práv a svobod⁵²), ale zároveň je třeba uvažovat o tom, co je v nejlepším zájmu dítěte.

Ke zjišťování názoru dítěte může být (kromě výslechu) využito mimo jiné i znaleckých posudků, prostřednictvím kterých jsou zjišťovány odpovědi na soudem položené otázky,

⁴⁸ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *N. TS. a ostatní proti Gruzii* ze dne 2. 2. 2016, č. stížnosti 71776/12.

⁴⁹ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *M. M. proti Chorvatsku* ze dne 3. 9. 2015, č. stížnosti 10161/13.

⁵⁰ LANGMEIER, Josef – MATĚJČEK, Zdeněk. *Psychická deprivace v dětství*. Praha: Karolinum, 2011, s. 39–71. HOSKOVCOVÁ, Simona. *Psychická odolnost předškolního dítěte*. Praha: Grada, 2006, s. 13–55.

⁵¹ Úmluva o právech dítěte, publikovaná sdělením Federálního ministerstva zahraničních věcí č. 104/1991 Sb.

⁵² Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky.

ale také věrohodnost odpovědi dítěte, neboť velmi často dochází k jeho účelovému ovlivňování či manipulaci s jeho názorem. Ze strany dítěte se naopak můžeme setkat se lhaním či konfabulací.

Na základě analýzy vývojových charakteristik dětství se pokusíme objasnit případný vliv a možné dopady přímé konfrontace dítěte s krizovou situací v rodině při soudním řízení, neboť ohrožení rodinné stability např. probíhajícím rozvodem nebo rozchodem rodičů dle psychologů⁵³ a dalších odborníků⁵⁴ patří mezi velmi časté krizové situace, se kterými se české děti musejí vyrovnávat.

V rámci úvah o předvolání dítěte k soudnímu jednání (ať už za účelem jeho výslechu či za účelem realizace jeho procesních práv) musíme mít na zřeteli specifické znaky jednotlivých období dětství.

2.1 Dítě raného a předškolního věku (0–6 let)

Z hlediska posouzení smysluplnosti a věrohodnosti názoru dítěte je v podstatě vyloučena možnost účasti dítěte raného věku, konkrétně dítěte v průběhu období novorozeneckém (0–1 měsíc), kojeneckém (1 měsíc – 1 rok) a batolecím (1–3 roky). Pro rozvoj osobnosti dítěte má v prvních letech jeho života nezastupitelnou roli matka jako hlavní pečující osoba. Vytvoření tzv. pevné vazby mezi matkou a dítětem je základem pro naplňování psychické potřeby jistoty a bezpečí. Teprve na konci raného dětství se dítě začíná separovat od matky, což je důležitým předpokladem pro jeho osamostatňování a rozvoj identity. V tuto dobu si dítě začíná uvědomovat vlastní osobnost a má silnou potřebu sebeprosazení, což se často projevuje negativismem. Takže je zcela přirozené, že i dítě, u kterého vzniklo silné citové pouto k matce, se v její přítomnosti vzteká, prosazuje si své, či urputně odmítá cokoliv. Z hlediska prosazení vlastního názoru se mnohdy jedná o nesmysl, což je z vývojového hlediska zcela normální, neboť v tuto dobu dítěti nejde ani tolik o obsahovou složku, jako o zdůraznění formy prosazení. Jedná se o tzv. negativismus, který je zcela přirozeným vývojovým projevem nezralé dětské vůle. Názor dítěte je velmi proměnlivý a jeho myšlení je na úrovni symbolického uvažování⁵⁵ a nelze ho tedy smysluplně využít v rámci soudního řízení. Dítě batolecího věku nejenže nemá dostatek zkušeností, neumí posoudit danou situaci, ale nedokáže ani odhadnout důsledky vlastní aktivity a zároveň nedokáže rozpoznat, jaké chování by bylo v danou chvíli vhodné. Dítě si vydobývá novou pozici ve světě, se kterou se rozvíjí potřeba seberealizace a sebepotvrzení, která se projevuje tendencí měnit svět dle svého přání. Tato potřeba může mít různé varianty, kdy dítě může kolem sebe ničit jen ve snaze zanechat ve vnějším světě nějakou stopu. Je tedy zcela přirozené, že od takto malého dítěte se nezjišťuje jeho názor. Dětskou zkušenost v raném dětství silně ovlivňuje rodičovské chování a rozdíly jsou podmíněny nejenom individuálně, ale i socio-kulturně. V období kolem třetího roku se dítě identifikuje s rodiči, nejenom že je napodobuje, jak to dělalo i v předchozím období, ale v tuto dobu se s nimi začíná vnitřně ztotožňovat, a to především s rodičem stejného pohlaví. Chce být jako oni („chci být jako maminka, chci být jako tatínek“).

⁵³ MATĚJČEK, Zdeněk – DYTRYCH, Zdeněk. *Krizové situace v rodině očima dítěte*. Praha: Grada, 2002, s. 39–55.

⁵⁴ MATOUŠEK, Oldřich – PAZLAROVÁ, Hana. *Hodnocení ohroženého dítěte a rodiny v kontextu plánování a péče*. Praha: Portál, 2010, s. 13–15.

⁵⁵ VÁGNEROVÁ, Marie. *Vývojová psychologie: dětství a dospívání*. 2. dopl. a přeprac. vydání. Praha: Karolinum, 2012, s. 124–134.

Konec předškolního období není striktně vymezen fyzickým věkem dítěte, ale především sociálně, konkrétně nástupem dítěte do 1. třídy základní školy. Při úvahách, zda předvolat k soudnímu jednání dítě předškolního věku (tj. 3–6leté) je vhodné si uvědomit, že díky přetrvávajícímu egocentrismu myšlení s rysy antropomorfismu, intuitivnímu uvažování, které není regulováno logikou, a typickému fantazijnímu zpracování informací v poznávání dítěte ulpívá na pohledu, který pro něho představuje určitou jistotu. Z tohoto důvodu předškolní děti informace, které by jim komplikovaly pohled na svět, často ignorují, neboť jim v jejich úvahách překážejí a zároveň mají při hledání odpovědi na často kladenou otázku „proč“ tendenci hledat jednoduchou a pro ně jednoznačnou odpověď (například „chci chodit do téhle (mateřské) školy, protože je tu trampolína nebo proto, že je růžová“). Vágnerová⁵⁶ konstatuje, že míra porozumění názorům jiných lidí je u tříletého dítěte ještě limitovaná, neboť v tomto věku má dítě „*potíže s přijetím skutečnosti, že různí lidé mohou mít na věc jiný názor, třeba jen proto, že nemají všechny potřebné informace*“. U čtyřletých dětí se schopnost odhadnout názory ostatních lidí zlepšuje. Předškolní děti jsou primárně zaměřeny na sebe, na uspokojení vlastních potřeb a zájmů, ale v určitých situacích dokáží brát ohled i na druhé.

Rodina pro předškolní dítě představuje jistotu a bezpečí. Rozpad rodiny pro dítě znamená narušení bezpečného prostředí, které dítě díky výše uvedenému způsobu myšlení a vnímání považovalo za trvale neměnné. Každé dítě na tuto psychosociální zátěž reaguje osobitým způsobem na úrovni své citové a kognitivní zralosti. Zpracování této situace je individuálně vývojově podmíněné a pochopení příčiny a následků je pro předškolní dítě nereálné, neboť na problém nahlíží pouze ze svého úhlu pohledu, tj. egocentricky, kdy není schopno pochopit důvody, pocity a postoje rodičů. Velmi často se bohužel právě předškolní děti považují za viníky vzniklé situace, což je dáno jejich psychickou nezralostí, která se vyznačuje poznávací rigiditou a egocentrickým uvažováním. Pod tlakem rozvoje svědomí například věří, že tatínek od nich odešel proto, že zlobily, a proto je už nemá rád.⁵⁷ Není divu, že za těchto okolností u některých dětí dochází v rámci určité obrany k regresi,⁵⁸ kdy se začnou chovat na úrovni mladšího dítěte (např. se začnou pomočovat, cumlat si palec atd.). Jedná se o osobní zátěžovou situaci, která je pro ně velkým traumatem. Děti velmi často začnou být úzkostlivější, neboť se bojí, aby je neopustil i druhý rodič.

V případě, že je od dítěte předškolního věku zjišťován názor na situaci v rodině, tak lze očekávat, že dítě bude vypovídat pravdivě, v tomto období totiž dítě řekne i to, co nemá (např. tatínek říkal, že toto před maminkou nemám říkat, toto bude naše tajemství). Pokud do této doby otec v rodině fungoval, tak dítě má k němu pozitivní citový vztah, takže narušený vztah mezi rodiči nebere v úvahu a je nešťastné a zklamané, protože rozdíl mezi jeho představami a skutečností je značný. Přestože v předškolním období dítě záměrně nelže, výpověď dítěte nemusí být objektivní, neboť se nejedná o názor dítěte, ale o jeho strategii přežití, adaptaci na danou situaci, se kterou dítě nesouhlasí, nerozumí ji, ale také ji samo nemůže změnit. Je tedy otázkou, zda má vůbec význam dítě předškolního věku předvolávat, neboť i předvolání před soud pro něho bude představovat další traumatizující zážitek.

Daleko lepší varianta z hlediska dítěte je realizování rozhovoru v bezpečném prostředí, tzn. např. v rodině či mateřské škole, avšak není vhodné zjišťovat, zda by dítě chtělo být

⁵⁶ Ibidem, s. 200.

⁵⁷ Ibidem, s. 230–231.

⁵⁸ MATĚJČEK, Zdeněk. *Co děti nejvíc potřebují: eseje z dětské psychologie*. Praha: Portál, 1994, s. 9–17.

raději u maminky, nebo u tatínka, protože dítě si v předškolním období nedokáže vybrat, chce oba rodiče. Jelikož se domnívá, že ono je příčinou konfliktu milovaných rodičů, tak rozpad rodiny považuje za své provinění. Dítě pociťuje k rodičům tzv. konflikt loajality, má rádo oba, ale je nuceno být pouze s jedním z nich a cítí provinění ke druhému rodiči. Otázky podobného typu dítě ještě více traumatizují. Sociální pracovníce si může učinit představu o podmínkách, ve kterých dítě vyrůstá pouze návštěvou bez pokládání podobných otázek. Daleko důležitější je zjištění aktuálního stavu a potřeb dítěte v průběhu a po rozchodu rodičů a následného způsobu výchovy, případně úpravy styku dítěte s rodiči atd. Z hlediska ochrany zájmu o blaho dítěte by soud měl kriticky vyhodnotit, zda je opravdu nezbytně nutné zjišťovat názor dítěte, neboť daleko důležitější je, aby si učinil reálnou představu o tom, jak výchova dítěte probíhala v rodině před krizí rodičů, konkrétně kdo a jak se podílel na péči o dítě. Pracovníci sociálně-právní ochrany dětí mohou soudu výrazně pomoci s vyhodnocením aktuální situace v rodině, konkrétně zda a v jaké kvalitě jsou rodiče schopni v současné době spolu komunikovat, jaké jsou jejich představy o výchově dítěte po rozchodu či rozvodu, zda jsou schopni vzájemné dohody, jaké výchovné principy preferuje každý z rodičů, zda zde panuje nějaká shoda, nebo naopak nereálnost domluvy. Stejně tak důležité je získat informace o školní a zájmové činnosti dítěte.⁵⁹ Pedagogové (např. Helus;⁶⁰ Hejlová;⁶¹ Průcha a kol.;⁶² Opravilová, Kropáčková;⁶³ Opravilová, Uhlířová;⁶⁴ Šmelová, Prášilová⁶⁵), kteří v současné době apelují na respektování principů výchovy orientované na osobnostní rozvoj dítěte, jsou v názorové shodě s Klimešem,⁶⁶ který při zjišťování názoru dětí v předškolním věku doporučuje vycházet z dlouhodobého pozorování. Při pozorování dítěte předškolního věku je vhodné si všimnout i tzv. behaviorálních asymetrií, které mohou nepřímo odpovědět na nevyřčené otázky, např. u koho se dítě cítí bezpečněji (pokud jde dítě k jednomu rodiči, tak je to bez problémů, ke druhému rodiči jde s pláčem; o jednom z nich nadšeně vypráví, co všechno spolu dělali, ale o druhém vůbec nevypráví, tzv. ho ignoruje). K takovýmto poznatkům však přirozeně nelze dojít na formálním soudním jednání. Na základě svého pozorování je však soudu může sdělit sociální pracovník či ve složitějších případech soudní znalec s příslušnou specializací.

Přání a postoj dítěte se nemusí shodovat s představou lidí, kteří danou situaci mají vyhodnotit, a tak se může nejen soudce, ale i sociální pracovník ocitnout v situaci etického dilematu o „blahu dítěte“. Skutečnost, že se bude ať už soudce, jeho asistent, či sociální pracovník ptát dítěte přímo na jeho názor, kterému následně nemusí být vyhověno, může pro dítě znamenat (už v tak pro něj náročné situaci) další „zradu“ a zklamání. Vymětal⁶⁷

⁵⁹ MINISTERSTVO PRÁCE A SOCIÁLNÍ VĚCI ČR. *Sociálně-právní ochrana dětí v případech rozvodových a rozhodových konfliktů* [online]. 2012 [cit. 2018-11-01]. Dostupné z: <<https://www.mpsv.cz/files/clanky/14824/konflikty.pdf>>.

⁶⁰ HELUS, Zdeněk. *Dítě v osobnostním pojetí. Obrat k dítěti jako výzva a úkol pro učitele i rodiče. 2.*, přeprac. a rozš. vydání. Praha: Portál, 2009.

⁶¹ HEJLOVÁ, Helena. *Práva dítěte ve vzdělávání – výzva pro učitele*. Praha: Pedagogická fakulta UK, 2010.

⁶² PRŮCHA, Jan a kol. *Předškolní dítě a svět vzdělávání: přehled teorie, praxe a výzkumných poznatků*. Praha: Wolters Kluwer, 2016.

⁶³ OPRAVILOVÁ, Eva – KROPÁČKOVÁ, Jana. Od předškolní výchovy k předškolnímu vzdělávání a zpátky k předškolní výchově (Cesta od nedokonalé zmenšeniny dospělého k autonomní osobnosti). *Pedagogika*. 2016, roč. 66, č. 1, 39–49.

⁶⁴ OPRAVILOVÁ, Eva – UHLÍŘOVÁ, Jana. *Příběhy české mateřské školy. Vývoj a proměny předškolní výchovy (1. díl do roku 1948)*. Praha: Pedagogická fakulta UK, 2017.

⁶⁵ ŠMELOVÁ, Eva – PRÁŠILOVÁ, Michaela. *Didaktika předškolního vzdělávání*. Praha: Portál, 2018.

⁶⁶ KLIMEŠ, Jeroným. *Zjišťování názoru dítěte a prevence další traumatizace* [online]. 2015 [cit. 2018-11-01]. Dostupné z: <http://klimes.mysteria.cz/clanky/psychologie/konfliktni_predani_zjistovani_nazoru.pdf>.

⁶⁷ VYMĚTAL, Jan. *Úzkost a strach u dětí. Jak jim předcházet a jak je překonávat*. Praha: Portál, 2004, s. 88.

upozorňuje, že „čím úzkostněji prožije dítě předškolní věk, s tím větší pravděpodobností bude úzkostné i během školních let, v dospívání a v dospělosti.“ Každé dítě potřebuje pocit bezpečí a jistoty,⁶⁸ ale nepřiměřená péče a nadměrná ochrana dětské osobnosti také škodí (např. když je dítě po rozchodu rodičů nezdravě závislé například na matce více, než odpovídá jeho věku).

2.2 Dítě mladšího školního věku (6–10 let)

Dítě se na počátku školní docházky vyrovnává se změnou sociální role, kdy se z něho stal školák, z čehož plyne nejenom vyšší sociální status, ale taktéž nové povinnosti. V tomto vývojovém období již dítě dokáže rozlišovat různé sociální role a tomu přizpůsobovat chování, které je s danou sociální rolí spojeno. Tímto pokračuje vývoj socializace, kdy se dítě váže na silnějšího jedince (např. paní učitelku, co řekne paní učitelka, tak to je pravdivé). Ve školním období zároveň vzrůstá potřeba kontaktu s kamarády, spolužáky, která je později spojená se silnou vazbou na vrstevnické party.

Pokud bude dítě předvoláno k soudnímu jednání, tak je schopno respektovat autoritu i požadovaná pravidla chování (např. bude odpovídat, až bude tázáno). V období mladšího školního věku dochází postupně ke kvalitativní proměně v uvažování, které se řídí již základy logiky a respektuje vlastnosti poznávané reality.⁶⁹ Dle Piageta⁷⁰ se jedná o tzv. období konkrétních logických operací, neboť dětské myšlení je vázáno na realitu skutečného světa. Mezi základní znaky myšlení dítěte mladšího školního věku patří decentrace, konzervace a reverzibilita. Dítě je v tomto období již schopno posuzovat situaci z více hledisek, v souvislostech a s respektem k názorům ostatních. Do 8 let dítě většinou jen pasivně přejímá mravní normy, ale později dochází k vývoji autonomního chování morálky, kdy již chápe, že mravní pravidla vznikla na základě dobrovolné dohody, kterou je třeba akceptovat.⁷¹

V souvislosti úvah, zda a případně jak vyžadovat názor dítěte mladšího školního věku v rámci soudního řízení, nehraje roli jen zralost dítěte, jeho závislost na rodičích, ale daleko skrytější a zrádnější úskalí trvalého poškození psychického vývoje například následkem rozvodového sporu a rozvinutím tzv. syndromu zavržení rodiče (PAS), který je spojen s nekritickou idealizací druhého rodiče. Dítě je v mladším školním věku snadno vydíratelné, zkorumpovatelné, čímž rapidně klesá informační význam stanoviska dítěte u soudu, přestože na první pohled může působit velmi věrohodně, přesvědčivě. Emocionálně prezentovaný názor dítěte může u neproškolených a nezavěšených osob vzbudit dokonce obdiv, jak to má dítě „výborně srovnané, přestože je vlastně ještě malé“. Rodinné prostředí v době manželské krize pro dítě nepředstavuje bezpečí, jistotu, ale naopak napětí, které je způsobeno vzájemnou nenávisťou a rivalitou rodičů, kteří velmi často soupeří o pozornost dítěte. Dítě v tomto prostředí zažívá pocity strachu, selhání, a to, co ve skutečnosti pociťuje, je bohužel často falešné a neautentické.

⁶⁸ Blíže je tato problematika zpracována v monografiích českých psychologů, např. MATĚJČEK, Zdeněk. *Co děti nejvíc potřebují: eseje z dětské psychologie*. Praha: Portál, 1994. VÁGNEROVÁ, Marie. *Vývojová psychologie: dětství a dospívání*. 2., dopl. a přeprac. vydání. Praha: Karolinum, 2012. VYMĚTAL, Jan. *Úzkost a strach u dětí. Jak jim předcházet a jak je překonávat*. Praha: Portál, 2004.

⁶⁹ VÁGNEROVÁ, Marie. *Vývojová psychologie: dětství a dospívání*, s. 266–284.

⁷⁰ PIAGET, Jean – INHELDER, Bärbel. *Psychologie dítěte*. 5. vydání. Praha: Portál, 2007, s. 89–98.

⁷¹ SVOBODA, Mojmir. Forenzní diagnostika. In: SVOBODA, Mojmir – KREJČÍŘOVÁ, Dana – VÁGNEROVÁ, Marie. *Psychodiagnostika dětí a dospívajících*. Praha: Portál, 2001, s. 736–745.

Při výslechu nezletilého dítěte před soudem je tedy nutné mít na paměti, že dítě je

- a) nezralé citově, rozumově a morálně,
- b) závislé,
- c) dítě může být korumpováno,
- d) citově vydíráno,
- e) programováno.

Vnucuje se tedy otázka, zda vůbec, a eventuálně v jakých případech, děti před soudem vyslyšet. V žádném případě by soudce neměl dítěti klást přímou otázku, s kterým z rodičů by chtělo v budoucnu žít.⁷²

Dítě by mělo být informováno o porozvodovém či porozchodovém uspořádání v kontextu celkové zralosti jeho osobnosti a vědět, že hlavní rozhodnutí učiní rodiče nebo soud, nikoliv dítě⁷³. Motejl a kol.⁷⁴ tak jako další odborníci, především zabývající se pedagogikou a psychologii, důrazně odmítají tezi u věkově staršího a celkově zralejšího dítěte, kterému je 10 (12, 14) let, že si může: „o tom, s kým chce nadále žít, rozhodnout samo“. České soudy a zákony dítěti umožňují svobodně se vyjádřit osobně k situaci, která se ho bezprostředně dotýká, avšak nikdy by neměly slibovat, že se jeho přáním budou řídit.

Z hlediska minimalizování aktuálního negativního dopadu stresové situace na dítě mladšího školního věku je vhodné využití alternativní formy výslechu dítěte, v přátelském prostředí, tj. výslech soudcem v jeho kanceláři nebo v nějaké příjemně zařízené místnosti v budově soudu, která je vybavena např. pohodlnou sedačkou, nějakými hračkami či herními dekoracemi. Další doporučenou variantou alternativní formy výslechu dítěte je výslech soudcem nebo jeho asistentem v neformálním prostředí, jež je prostředím, které dítě důvěrně zná, kde se cítí bezpečně (škola, zájmový kroužek, pokojíček domova atd.).

Současně je však třeba upozornit na to, že ačkoliv je aktuálně propagováno zjišťování názoru čím dál mladších dětí přímo soudem s prosazováním prvku neformálnosti, je třeba si uvědomit, že i tato neformálnost může být pro dítě ve výsledku nebezpečná. Je zřejmé, že pokud soudce/asistent soudce potřebuje získat od dítěte určité informace, musí si získat jeho důvěru (protože pokud si ji nezíská, může být výslech po informační stránce naprosto zbytečný), čehož lze povětšinou docílit přizpůsobením jeho stylu řeči, neformální neverbální komunikací, navázáním kontaktu povídáním o věcech, které by dítě mohlo mít rádo apod. Dítě pak bohužel může nabýt falešného dojmu, že „tahle hodná paní“ určitě udělá to, co bych si přál já. Rozhodnutí opačné od přání nezralého dítěte, které mnohdy prostě nemůže pochopit důvody, které soudce k tomuto rozhodnutí vedly (např. jeden z rodičů je psychopat), tedy dítě může vnímat jako další krivdu (nejdřív mě zradili rodiče, teď i tahle hodná paní). Dítě tedy může již v relativně nízkém věku ztratit důvěru nejen k některému z rodičů či oběma, ale také k institucím. Tomuto problému se dá samozřejmě

⁷² MOTEJL, Otakar – ČERNÁ, Ivana – PANOVSÁ, Klára – MATYÁŠOVÁ, Petra. Rodina a dítě. In: *Sborník stanovisek veřejného ochránce práv* [online]. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2007, s. 63 [cit. 2018-10-05]. Dostupné z: <https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/Publikace/sborniky_stanoviska/Rodina_a_dite.pdf>.

⁷³ VACULÍKOVÁ, Kateřina. Zájem o blaho dítěte v situacích rozpadu vztahu rodičů a praxe orgánů sociálně právní ochrany dětí. *Fórum sociální práce*. 2014, č. 1, s. 89–95.

⁷⁴ MOTEJL, Otakar – ČERNÁ, Ivana – PANOVSÁ, Klára – MATYÁŠOVÁ, Petra. Rodina a dítě. In: *Sborník stanovisek veřejného ochránce práv* [online]. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2007, s. 63 [cit. 2018-10-05]. Dostupné z: <https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/Publikace/sborniky_stanoviska/Rodina_a_dite.pdf>.

do jisté míry předejít vhodným výcvikem komunikačních dovedností s dítětem či osvojením si psychologických znalostí. Přesto takové riziko nelze stoprocentně vyloučit nikdy. Navíc je třeba uvést, že soudce (či jeho asistent) nemusí mít všechny podklady pro rozhodnutí v okamžiku vedení pohovoru s nezletilým, neboť některá ze závažných okolností odůvodňující nemožnost vyhovění přání dítěte může v řízení vyjít najevo až později. Otázkou tedy zůstává, jakým směrem má být pohovor za takové situace veden. Ačkoliv na soudce specializujícího se na řízení ve věcech péče soudu o nezletilé je jistě na místě klást vyšší požadavky na komunikační dovednosti, psychologické znalosti, schopnost empatie a asertivity, nelze zapomínat na to, že není vystudovaným psychologem, ale právníkem.

V souvislosti s úrovní myšlení, kvalitativní proměnou v uvažování a v kontextu vývoje autonomního chování morálky je mezi 9. a 11. rokem považováno toto období z hlediska věrohodnosti za nejpříznivější. Rozdílly byly zaznamenány mezi pohlavími, konkrétně u chlapců je nejpříznivější věk mezi 9. a 13. až 14. rokem a u dívek většinou jen do 10. roku. Na konci období mladšího školního věku, konkrétně mezi 10.–12. rokem se u dívek již začíná projevovat zvýšená sexuální vnímavost a zvědavost, dívky jsou afektivní a celkově citově nevyvážené.⁷⁵

Přínosný může být tedy jen názor zralého a informovaného dítěte, které doposud žije s oběma rodiči, avšak i zde nelze vyloučit případné riziko vědomé či nevědomé manipulace ze strany rodičů.

2.3 Dítě staršího školního věku (10–15 let)

Mezi hlavní charakteristiky staršího školního období patří emoční nevyváženost, labilita, problémy se sebedůvěrou, nástup pubescence a somatosexuální zralosti, kdy děti procházejí kritickým obdobím tzv. krize identity. Můžeme se setkat s označením tzv. druhého vzdoru, kdy pubertální dítě opravdu nesnáší, když s ním jedná jako s malým dítětem a nic mu nedovolí. Pubertální děti se přestávají cítit dětmi, neboť se cítí být již dospělými a snaží se chovat jako dospělí, avšak v tuto dobu nejsou dospělým světem akceptovány, takže oporu hledají ve vrstevnické skupině. Toto věkové období je charakteristické vytvářením party, kde se cítí dobře, protože zde cítí svoji sílu. Pokud dítě nemá dobré rodinné prostředí, tak proces socializace je velmi problematický a vliv vrstevnické skupiny sílí, což někdy vede k projevům patologického chování, např. trestné činnosti v partě (krádeže, předčasné zahájení sexuálního života či experimentování s drogami atd.). Sociální vývoj se navenek projevuje kritičností k autoritám, která často vrcholí vzpourou proti dospělým, pro děti staršího školního věku mají vrstevnické skupiny (klany) větší vliv než rodina a škola. Dítě staršího školního věku má problémy s přijetím sebe sama (v oblasti těla i povahy), snaží se pochopit vlastní nitro a možnosti změny povahy, prožívá určité věci hlouběji a má problémy se sebehodnocením. Toto období je charakteristické v oblasti sociální zvýšenou kritičností především k autoritám, touhou po věrném příteli a navazováním vztahů mezi chlapci a děvčaty, které nabývají erotické povahy.⁷⁶

Ve snaze o nejlepší zájem dítěte by měl být rozhovor dítěte se soudcem (případně jeho asistentem) co nejméně zatěžující. Soudce by ho měl vést velmi citlivě a empaticky s ohledem na stupeň vývoje nezletilého dítěte. Určitě není vhodné, aby byl prováděn opakova-

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ VÁGNEROVÁ, Marie. *Vývojová psychologie: dětství a dospívání*, s. 358–365.

ně a nepřiměřeně často. Preference dětí je zajisté silný argument pro rozhodování soudu, ale v žádném případě není jediný. V této souvislosti při využití názoru dítěte⁷⁷ je nezbytné neopomenout další důležitá fakta, která jeho názor ovlivňují, neboť dítě je korumpovatelné, vydíratelné, programovatelné. Psychologové (např. Klimeš;⁷⁸ Svoboda a kol.;⁷⁹ Vágnerová⁸⁰) varují před prevencí dalšího dětského traumatu způsobeného necitlivým vymáháním odpovědi na přímou otázku před soudem, ke kterému rodiči chce dítě jít, protože by to dítě vnímalo jako zavržení druhého rodiče. Klimeš⁸¹ a ostatní psychologové doporučují se takto nešťastně formulované otázky vyhnout a pokládat ji oklikou: „*Kde je ti lépe, kde je větší pohoda, co se ti líbí či vadí na tom kterém rodiči. Teprve až v závěru a jen u dětí, které vypadají, že tuto otázku mají zpracovanou, je možno položit tuto přímou otázku, u kterého z rodičů chtějí bydlet nebo zda samy chtějí střídavou výchovu.*“

V soudní praxi je vždy užitečnější nerespektovat jen pouhý preferovaný názor dítěte, ale hlouběji proniknout do specifik dané rodiny a snažit si všimát, např. kdo z rodičů méně útočí na druhého, kdo je mírnější a kdo nemá sklon neustále obviňovat druhého. Pokud se však jedná o starší školní věk, o tzv. pubertální dítě, které je konzistentní ve svých verbálních výpovědích, je psychology doporučováno jeho přání respektovat a nelámat ho jen proto, že s ním pracovníci orgánu sociálně-právní ochrany dětí či soud nesouhlasí. „*Lámání vůle pubertálních a starších dětí má v praxi opačný než zamýšlený výsledek. Averze vůči rodiči se mění ve vyslovenou nenávisť.*“⁸² Je totiž prokázáno, že čím více se věk dítěte blíží jeho dospělosti, což je však velmi individuální (většinou od 16 let výše), tak pokud bude finální rozhodnutí ve výrazném protikladu s vyjádřenými preferencemi pubertálního dítěte, lze očekávat značné komplikace. Nezletilý puberták, který se cítí být dospělým, si totiž v tomto vývojovém období dokáže již velmi tvrdě prosazovat prostředky, proti kterým jsou bohužel ostatní autority úplně bezmocné. Spíše je třeba eliminovat riziko, že vznikne atmosféra nutící dítě, aby vytvořilo patologické spojenectví s jedním z rodičů.

Závěr

S ohledem na výše uvedenou analýzu lze shrnout, že při úvahách o tom, zda a v jakých případech má být nezletilé dítě slyšeno přímo u soudu, je třeba rozlišovat mezi nutností jeho slyšení pro účely dokazování (tedy pro zjištění skutkového stavu v takovém rozsahu, aby finální rozhodnutí bylo skutečně v nejlepším zájmu dítěte) a mezi právem dítěte být slyšeno.

Je třeba uvést, že výslech nezletilého dítěte soudem (ať už na soudním jednání, či v pro dítě bezpečnějším prostředí) pro účely zjištění skutkového stavu v rozsahu nezbytném pro vydání rozhodnutí, které bude v nejlepším zájmu dítěte, často nemusí být nezbytný (zejména u malých dětí s ohledem na jejich výše popsaná vývojová a situační specifika

⁷⁷ MOTEJL, Otakar a kol. *Sborník stanovisek veřejného ochránce práv* [online]. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2007 [cit. 2018-10-05]. Dostupné z: <https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/Publikace/sborniky_stanoviska/Rodina_a_dite.pdf>.

⁷⁸ KLIMEŠ, Jeroným. *Zjišťování názoru dítěte a prevence další traumatizace* [online]. 2015 [cit. 2018-11-01]. Dostupné z: <http://klimes.mysteria.cz/clanky/psychologie/konfliktni_predani_zjistovani_nazoru.pdf>.

⁷⁹ SVOBODA, Mojmir – KREJČÍŘOVÁ, Dana – VÁGNEROVÁ, Marie. *Psychodiagnostika dětí a dospívajících*. Praha: Portál, 2001, s. 736–745.

⁸⁰ VÁGNEROVÁ, Marie. *Vývojová psychologie: dětství a dospívání. 2.*, dopl. a přeprac. vydání. Praha: Karolinum, 2012.

⁸¹ KLIMEŠ, Jeroným. *Zjišťování názoru dítěte a prevence další traumatizace* [online]. 2015 [cit. 2018-11-01]. Dostupné z: <http://klimes.mysteria.cz/clanky/psychologie/konfliktni_predani_zjistovani_nazoru.pdf>.

⁸² Ibidem.

a s nimi spojený význam jejich projevu), kdy pro soud mohou být mnohem důležitější poznatky jiné (například osobnosti rodičů, jejich výchovné předpoklady, (ne)schopnost jejich vzájemné komunikace, předpoklady pro uspokojování zdravých psychických, fyzických a sociálních potřeb dítěte apod.). Navíc je třeba mít na paměti, že výslech nezletilého dítěte soudem v pro něj již tak náročné situaci představuje další zátěž, která se může projevit v jeho dalším vývoji. Z pohledu důkazního tedy zejména u mladších dětí lze uvažovat o neprovedení jejich výslechu soudem, avšak za předpokladu, že kolizní opatrovník plní řádně svou funkci (je v nikoliv pouze formálním kontaktu s dítětem a jeho rodinou, komunikuje s dítětem přiměřeně jeho věku a vyspělosti, obeznámí se blíže s celkovou rodinnou situací a podmínkami, v nichž dítě žije apod.) a předává zjištěné informace soudu v jejich nezměněném významu. Důležité poznatky pro účely důkazní mohou být ve složitějších případech soudu poskytnuty ustanoveným znalcem s příslušnou specializací. U starších dětí důkazní hodnota výslechu vzrůstá, neboť nevyhovění či ignorance jejich názoru může s ohledem na jejich vývojový stav (zejména v období puberty, v tzv. období druhého vzdoru) způsobit praktickou nefunkčnost finálního rozhodnutí a naprosto opačný výsledek, ač by bylo rozhodnutí myšleno nanejvýše dobře a v zájmu dítěte.

Na druhé straně však stojí ono právo dítěte být slyšeno ve všech záležitostech, které se ho týkají (tedy obecně řečeno realizace jeho procesních práv v širším slova smyslu). Dítěti by proto měla být dána možnost vyjádření jeho názoru přímo u soudu. Nezletilé dítě však k uplatnění tohoto práva nelze nutit. Dítě má totiž i právo nevyjádřit se a mlčet. Realizace tohoto práva dítěte však může být v praxi mnohdy obtížná. Pokud totiž soud z hlediska důkazního nepovažuje výslech dítěte za nezbytný, je zbytečné dítě k soudu předvolávat jen kvůli zodpovězení otázky, zda chce dítě toto své právo uplatnit (neboť dítě se může rozhodnout toto právo neuplatnit). Pokud bude dítě na možnost uplatnění tohoto práva dotázáno soudem písemně či například telefonicky, nelze vyloučit ovlivnění jeho postoje rodičem, v jehož péči se bude dítě v té době nacházet. Jako nejvhodnější se proto jeví dotázání se dítěte na tuto otázku (přiměřeně jeho věku a vyspělosti) kolizním opatrovníkem v rámci plnění jeho povinností procesního zastoupení v řízení a chránění jeho práv a nejlepšího zájmu, neboť kolizní opatrovník by v přímém kontaktu s nezletilým dítětem být vždy měl. Pokud kolizní opatrovník soudu postoj dítěte k možnosti uplatnění tohoto práva sdělí, bude pak na soudu, aby posoudil, zda dítě předvolá, či zda dospěje k závěru, že uplatnění tohoto práva by nebylo v jeho nejlepším zájmu.

Při plném vědomí a respektu k participačním právům dítěte je třeba však mít vždy na paměti, že nejen samotné konečné rozhodnutí, ale i průběh celého opatrovníckého řízení musí vždy sledovat nejlepší zájem dítěte, který obsahuje též rychlou a účinnou ochranu dítěte, a každé řízení je proto třeba posuzovat individuálně s ohledem na jeho konkrétní specifika.

RECENZE

Šišková Naděžda (ed.). *The European Union – What is Next? A Legal Analysis and the Political Visions on the Future of the Union*. Köln: Wolters Kluwer, 2018, 348 s.

Na právnickém trhu odborné literatury se objevila kolektivní monografie *The European Union – What is Next? A Legal Analysis and the Political Visions on the Future of the Union*, která pojednává o perspektivách dalšího směřování Evropské unie a jejího právního rámce. Vedoucím autorského kolektivu je *Naděžda Šišková* (Právnická fakulta UP v Olomouci). Na monografii se podílel mezinárodní tým 20 autorů z významných evropských univerzit, jakými jsou Univerzita v Heidelbergu, Univerzita v Regensburgu, College of Europe v Bruggách, Univerzita Karlova v Praze, Univerzita Palackého v Olomouci, Masarykova univerzita v Brně, Korvínova univerzita v Budapešti, Technologická univerzita v Tallinnu a Národní univerzita Tarase Ševčenka v Kyjevě. To činí z monografie zcela nepochybně dílo mezinárodního rozměru a dosahu, kdy se k dané problematice vyjadřují popřední odborníci a každý z nich se zabývá určitou konkrétní oblastí nebo fenoménem.

Hlavním cílem monografie je analýza změn v hlavních oblastech ústavního a hmotného práva EU, které jsou relevantní z hlediska plánované reformy Evropské unie a dále otázka osudu Evropy, včetně kritického zhodnocení politických a právních návrhů. Součástí analýzy je například úvaha o možnostech sloučení Evropského parlamentu a Rady do jediného legislativního orgánu, otázka efektivity evropských právních nástrojů pro posílení právního státu či budoucí rozvoj prostoru svobody, bezpečnosti a práva včetně otázek migrace a otázka novelizace článku 7 Smlouvy o Evropské unii. Nedílnou součástí monografie jsou i možnosti budoucího vývoje Evropské unie v souvislosti s právní úpravou v oblasti moderních technologií, které v současném světě vznášejí celou řadu dalších otázek od etiky po právo.

Monografii otevírá předmluva od *Mgr. et Mgr. Věry Jourové*, která je členkou Evropské komise pro oblast spravedlnosti, ochrany spotřebitele a rovnosti pohlaví. Zaměřuje se zde na výhody vícerych aspektů Evropské unie, jakými jsou například společné hodnoty a zájmy, na kterých leží budoucnost Evropské unie a dále se zabývá také současnými výzvami, kterými jsou boj s populismem nebo Brexit. Autorka přikládá význam především nezávislému a efektivnímu justičnímu systému, který chrání vládu práva neboli právního státu a také zachová dosaženou úroveň ochrany lidských práv ve spojené Evropě.

Na předmluvu navazuje úvod od editorky monografie *doc. et doc. JUDr. Naděždy Šiškové, Ph.D.*, vedoucí *Jean Monnet Centra Excellence* v oboru práva EU na Právnické fakultě UP a Předsedkyně České asociace pro evropská studia. Je proto velkým přínosem, že je vedoucí autorského kolektivu této monografie, která si klade za cíl především zodpovězení otázek týkajících se směřování Evropské unie a Evropy do budoucna. *Doc. Šiškové* se podařilo nejen vytvořit úctyhodný tým autorů ze sedmi států, ale rovněž zajistit i důstojné vydání této monografie v renomovaném nakladatelství Wolters Kluwer Deutschland.

Po předmluvě a úvodu pokračuje část I. s názvem *Analýza dopadů reformy na nadace Unie, otázky nového rozdělení pravomocí mezi EU a členskými státy a reforma institucí Evropské unie*, která obsahuje celkem pět kapitol. V této části je zahrnuta mimo jiné otázka

změn institucí po Brexitu, budoucnosti národních parlamentů v systému institucí EU nebo otázka možného intergovernmentalismu jako reakce na výzvy EU. Skvělé zpracování této části zajistili *prof. Tibor Palánkai*, z Corvinus Univerzity v Budapešti, a také autoři z Univerzity Karlovy – *doc. Pavel Svoboda*, *doc. Lenka Pítrová*, *dr. Jan Grinc* a *dr. David Petrlík*. *Prof. Palánkai* tak kupříkladu předložil srozumitelnou a přehlednou teorii evoluce lidstva a lidských společenství do formy dnešní globální společnosti stojící na silných hráčích v podobě celé řady megapolis. Autor ve své části nabízí kvalitativní definici integrace jako procesu sjednocování, spojování a propojování v celek, jako proces kreace, vývoje, reprodukce a transformace společností směrem k rozvoji socio-ekonomickému, politickému, kulturnímu, spirituálně hodnotovému, kdy podle něj má integrace jako proces smysl jen tehdy, pokud výhody (benefity) převažují nad nevýhodami (náklady). Integraci pak vnímá jako historický proces, který nezačal před pár desítkami let (např. EU), ale již před tisíci lety s prvními malými rodinami žijícími v kmenech, vesnicích, městech, národech či v dnešní globální společnosti. Ve světle Marshallova plánu je pak integrací vše, co přináší vyšší stupeň kooperace. Integraci pak definuje jako širší zákon přírody, který se realizuje na buněčné úrovni, stejně jako v termodynamice či kvantové fyzice, a začátek procesu globalizace datuje už do objevení Ameriky s navazující industriální revolucí, ač hlavní motiv ke globální integraci spatřuje ve druhé světové válce. Rozlišuje globalizaci od globální integrace jako zatím poslední stadium globalizace, ač samotnou globalizaci chápe jako proces, nikoli *fait accompli*. Unifikace je podle *Palánkaie* ambicióznější formou integrace. Ve své stati si též klade dvě zásadní otázky: Ve kterém okamžiku a za jakých podmínek můžeme hovořit o zrození organismu, který bude považován za integrovanou komunitu? Jak a zda vůbec nové komunikační technologie nahrazují centralitu měst jako ekonomických, integrovaných jednotek, které mají mnohdy pragmatičtější a profesionálnější řešení problémů než vláda na národní úrovni (s vědomím toho, že z 31 megapolis, tj. nad 10 mil. obyvatel, jich je 25 umístěno v rozvojové části světa)? Stabilitu integrované komunity pak podmiňuje také uspořádáním etnické autonomie a ochranou práv minorit, přestože obsoletní mentalitu národnostního uspořádání států po vzoru teorií 19. století již odmítá jako nefunkční. Možná i proto dnešní krizi EU spatřuje nikoli v etnických a menšinových konfliktech (bez ohledu na situaci ve Španělsku od roku 2017), ale jako krizi redistribuce a solidarity. Podle *Palánkaie* mají Katalánci, Lombardové či Vlámové bolestně totožné argumenty, tedy že platí do společného národního rozpočtu více, než sami dostávají. Na to navazující populismus a nacionalistická agitace jsou už snadno predikovatelné. *Palánkai* zdůrazňuje, že EU se musí pohybovat v multipolárním světě včetně významným megapolis a cituje Bílou knihu s pěti možnými scénáři pro budoucnost EU do roku 2025, kterou vzápětí kritizuje pro její povrchnost. Bez nalezení řešení pro otázky ekonomického růstu, dluhového managementu zemí jižní Evropy, energetické a enviromentální otázky a migrační krize pochybuje o skutečně možné renovaci EU. Doporučuje cestu k fiskálnímu federalismu, a neodmítá ani cestu vícerychlostní Evropy za podmínek, že sledujeme stejný cíl, byť v jiném, rychlejším či pomalejším vlaku a třeba i na jiné koleji. Varuje však EU před odlišnými cíli, jež nás dovedou do odlišných destinací, a budoucnost EU spatřuje ve federalistické konfiguraci.

Část II. má název *Posílení demokratických hodnot, včetně lidských práv a právního státu. Nové perspektivy práva EU jako nadnárodního právního řádu* zahrnuje tři kapitoly. První kapitola se zabývá antropocentrickým konstitucionalismem, kde autor *prof. Rainer Arnold* z Univerzity v Regensburgu poukazuje na to, že konstitucionalismus již nadále není pouze výhradně institucionální jev související se státem, ale jedná se o široce funkční

význam, který zahrnuje i lidská práva, především lidskou důstojnost, jakožto absolutní hodnotu, která indikuje ochranu a podporuje lidské bytosti. Další kapitolou je *Autorita a budoucnost práva Evropské unie ve světle současných výzev* z pera prof. Petera-Christiana Mullera-Graffa z Heidelberské Univerzity. Poslední kapitola nese název *Právní nástroje Evropské unie k posílení právního státu, jejich současné reflexe a budoucí perspektivy* od doc. Naděždy Šiškové z Univerzity Palackého. Tato kapitola analyzuje efektivitu současných instrumentů pro ochranu právního státu na úrovni Evropské unie a přináší úvahy pro jejich zlepšení. Jako návrhy pro zlepšení předkládá autorka například potřebu eliminace vágnosti a nejasného charakteru některých pojmů ve znění čl. 7 Smlouvy o EU, dále přesnou a jednoznačnou regulaci mechanismu hodnocení a monitorování, regulaci časových aspektů preventivního a sankčního řízení, včetně stanovení lhůt pro jeho nedílné prvky a fáze, přesné určení případných sankcí podle článku 7 (3) SEU a nakonec potřebu inkorporování nového Rámce právního státu EU. Ten je koncipován jako dodatečné opatření k politickému procesu, do primárního práva EU během nejbližší modifikace Smlouvy o EU, z čehož je mimo jiné patrné, že Unie, která se nyní nachází v jedné z dalších mnoha krizí, může směřovat k reformulaci některých institutů v primárním právu. Část III. monografie nese název *Vize o vytvoření fiskální unie, další mechanismy pro posílení fiskální odpovědnosti členských států a posílení eurozóny*. Obsahuje dvě kapitoly týkající se ústavního přezkumu programu OMT (autor dr. Jiří Georgiev z Univerzity Karlovy) a budoucnosti hospodářské a měnové unie (autor dr. Michal Petr, Univerzita Palackého).

V části IV. s názvem *Aktuální výzvy v prostoru svobody, bezpečnosti a práva EU* se autor prof. Jorg Monar z *College of Europe in Bruges* zabývá prostorem svobody, bezpečnosti a práva jako ústavním cílem, což pochopitelně zvyšuje nároky na možná až federalistickou kooperaci mezi státy EU a zároveň akcentuje novou úroveň samostatnější odpovědnosti Evropy za svou vlastní bezpečnost jako jednu ze základních funkcí a prerogativ moderního národního státu. Jako druhou komponentu evoluce evropské společnosti v oblasti svobody, bezpečnosti a práva spatřuje ve vzájemném uznávání soudních rozhodnutí, harmonizaci hmotného trestního práva, přeshraniční výměně osobních dat, standardizaci kontrol osob na vnějších hranicích EU, minimální harmonizaci azylového práva. Tyto aktivity EU definuje v ústavněprávním pojetí jako týkající se nejvíce invazivních zásahů států do práv člověka, čímž se nepřímo dostává k již existujícímu ústavnímu charakteru EU. Unii pak hodnotí jako skutečného pomocníka národním státům při dosahování cílů bezpečnosti, svobody a práva. Díky pravidlům interní bezpečnosti a vnější kontrole hranic existuje dle Monara větší stupeň ochrany jedince v rámci EU. Přesto dosahování ústavních cílů ze strany EU definuje jako křehké, vzdálené od vnímání občanů jako adresátů takové právní ochrany, poněvadž si členské státy ponechaly nadále primární kompetenci, avšak a bohužel, především k obraně vlastních národních zájmů, a to i v rámci Smlouvy.

V předposlední V. části s názvem *Změny v oblasti práva vnějších vztahů – aktuální reakce na nové globální výzvy, perspektivy vztahů východního partnerství* se autoři prof. Vladimír Tyč z Masarykovy Univerzity Brno, prof. Eva Cihelková a dr. Nguyen Phuoc Hung z Panevropské Univerzity v Bratislavě a prof. Viktor Muraviov z Univerzity Tarase Ševčenka v Kyjevě věnují posílené spolupráci a mezinárodním smlouvám mezi členskými státy jako možným prostředkům k překonání zvýšené heterogenity Evropské unie, dále partnerství EU a Číny a nakonec evropské integraci a europeizaci národních legislativ. Muraviov předkládá primárně komparativní pohled na evropskou integraci mimo jiné i na příkladu Ukrajiny skrze tzv. europeizaci národní legislativy, která je zpravidla umožněna zvnějšku

asociační dohodou, vnitřně novelizací národní ústavy. Analyzuje pak účinky a expanzi evropského práva i na právní řády nečlenských zemí EU na příkladech zemí Balkánu (např. Stabilizační a přístupová dohoda s Makedonií), zemí Afriky (Dohoda o propojení mezi EU a Tunisem) či na asociační dohodě s Izraelem z roku 2006. Jako jeden z výstupů Východního partnerství pak uvádí uzavření asociační dohody mezi Ukrajinou, EU a členskými státy EU, kterou označuje za novou generaci přístupových smluv se třetími zeměmi. Tato smlouva pak podle autora významně reflektuje fundamentální změny v samotné EU, které pak následně odráží i přístup EU k dalšímu členství, konkrétně Ukrajině, která akcelerovala své harmonizačně legislativní procesy v roce 2016. Přesto poukazuje na to, že riziko přijímání unijně nekompatibilních právních předpisů v ukrajinském parlamentu existuje a doporučuje monitorovací mise EU, nejen za účelem zkvalitnění ukrajinské překladové služby, pokud jde o *acqui unione*. Změnu ukrajinské ústavy směrem k adopci přednosti mezinárodního práva považuje za podmínku *sine qua non* pro integraci Ukrajiny do EU.

Poslední část VI. s názvem *Budoucnost EU – vize a perspektivy (Hodnocení deklarovaných politických návrhů a možných způsobů jejich řešení)* obsahuje tři kapitoly a pojednává se v ní o digitalizaci a automatizaci (prof. Tanel Kerikmae z Tallinské Univerzity), darwinismu a intergovernmentalismu (doc. David Sehnálek z Masarykovy Univerzity) a o debatách o budoucnosti EU: mezi očekáváními a realitou (autoři z UP Olomouc dr. Petra Měšťánková a dr. Ondřej Filipec). Závěry pak shrnují nejdůležitější poznatky a hodnocení z každé kapitoly a mají perspektivní charakter.

Monografie *The European Union – What is Next? A Legal Analysis and the Political Visions on the Future of the Union*, která je určena pro širokou, odbornou, multikulturní společnost, je vynikajícím a odvážným počinem, a to nejen proto, že je souborem názorů na současný stav EU, ale i proto, že přináší vize a úvahy, kudy v Evropě kráčet dál. Je velice důležité zabývat se problémy, kterým Evropská unie čelí a také její budoucností, která ovlivní nás všechny. Autoři, zkušení teoretici a přední odborníci na problematiku EU, se těmito vážnými a aktuálními tématy zabývají a analyzují je s velkou erudicí a zodpovědností, přesto kriticky s vědomím, že proces integrace je procesem nikoli ukončeným. V kvalitním zpracování přinášejí své připomínky, poznatky a nové návrhy řešení různých situací, které se samozřejmě v čase nemusí ukázat jako skutečně funkční (např. strategie EU vůči Číně, o které píší autoři Cihelková a Hung Phuoc Nguyen). Vytknout lze snad jen drobné, formální, orientační nedostatky v publikaci (chybné číslování finálního *Conclusions* nikoli na s. 261, ale na s. 333), které bdělý čtenář sice postihne, ale s pochopením pro její hodnotový přínos záhy odpustí. Proto nelze uzavřít jinak, než že tuto odbornou monografii lze doporučit nejširší právní komunitě, kterou ocení jak experti, tak zejména dobře orientovaní postgraduální studenti.

Monika Forejtová*

* Doc. JUDr. Monika Forejtová, Ph. D., vedoucí katedry ústavního a evropského práva Právnické fakulty Západočeské univerzity v Plzni. E-mail: forejtova@akfcp.cz.

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Zpráva ze semináře

„Soudcovské právo a výklad práva soudy jako systémový prvek v právu států kontinentální právní kultury: Jak mohou soudy posilovat nebo oslabovat jednotu právního systému?“

V červenci 2019 se uskutečnil 29. světový kongres Mezinárodního sdružení pro právní a sociální filozofii (*Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozial Philosophie „IVR“*). Letošním hostitelem byla Univerzita v Lucernu, tradiční formát kongresu se skládal z dopoledních plenárních přednášek, odpoledních seminářů (*special workshops*) a večerních diskusí. Zájem o tuto akci dokládá historicky největší počet účastníků (více než 1 300) a rovněž největší počet seminářů, kterých bylo více než 150.

Jeden ze seminářů byl zorganizován řešitelským týmem grantového projektu GA ČR s názvem *Co současné právo sjednocuje a co jej fragmentarizuje z pohledu právní teorie a soudní praxe?* (č. 19-10723S) a kromě řešitelského kolektivu pracovníků Právnické fakulty Univerzity Karlovy na něm vystoupili další účastníci z České republiky, Maďarska, Slovenska a Rakouska. Hlavním cílem semináře bylo diskutovat o trendech a podobách soudcovské normotvorby ve státech střední Evropy a přispět tak k řešení aktuálních otázek, souvisejících s tím, jakou roli na sebe přebírají soudy v demokratických právních státech a jaká by měla být jejich rozhodovací činnost, aby směřovala spíše k celkové koherenci práva, a nikoliv k jeho fragmentaci.

Tyto základní myšlenky byly obsaženy v celé řadě příspěvků. Kromě samotných přihlášených referentů se na semináři podílelo více než deset dalších účastníků, přičemž cenné byly zejména diskuse s účastníky ze států angloamerické právní kultury. V diskusích tak vynikly shodné rysy, ale i rozdíly v přístupu k soudcovské interpretaci a dotváření práva.

Úvodní vystoupení měl *prof. JUDr. Alexander Brösl, CSc.*, (Univerzita Pavola Jozefa Šafárika v Košicích) s názvem: *Should dikasterion and not ekklesia be considered kyrion panton in law-making?* Jeho příspěvek byl založen na paralelách mezi historickými základy athénské demokracie, amerického konstitucionalismu, debatách předválečných teoretiků ve výmarském Německu až po aktuální témata legitimacy ústavního přezkumu. V úvodu *prof. Brösl* představil institut athénské demokracie *graphé paranomon*, podle něhož mohl každý občan napadnout zákon přijatý shromážděním, který byl v rozporu s jiným již přijatým zákonem. Takováto stížnost měla být rozhodována porotou (*dikasterion*), v praxi však institut stížnosti vedl často k tomu, že samotné avizování možnosti napadnout zákon vedlo k pokračování legislativního procesu. V závěru obrátil *prof. Brösl* pozornost k aktuálním otázkám, zejména přezkumu protiústavních ústavních zákonů ústavními soudy. Legitimita tohoto postupu se odvíjí od dvojice argumentů: Jak jinak zabránit selhání ústavodárných orgánů než přezkumem výsledků jejich činnosti? Který orgán by mohl být lépe nadán provádět přezkum ústavnosti než ústavní soud?

Navazující příspěvek *prof. JUDr. PhDr. Tomáše Gábriše, Ph.D., LL.M., M.A.*, (Trnavská univerzita v Trnavě) byl nazván: *Judicial Interpretation under the Cognitive Decision Theory: Between Systematic and Casuistic Approaches to Law*. V referátu postavil do kontrastu systematicko-axiomatický přístup k právu oproti kazuistickému přístupu orientovanému

na individuální případy. Mezi těmito dvěma tendencemi se nachází teorie právních principů. Moderní právo bylo minimálně od období kodifikací spojováno se systematickým přístupem, nově byl však nastolen problém interpretace psaného práva. Naproti tomu postpozitivistické právo je opět zaměřeno na individuální spravedlnost, dosahovanou i výkladem *contra verba legis*. V současném rozhodování vidí *prof. Gábriš* propojení všech tří výše zmíněných přístupů k právu (systematického, principiálního a kazuistického). Přestože orientace na individuální spravedlnost při aplikaci práva vytváří nebezpečí nejistoty pro adresáty práva, moderní přístupy kognitivních věd dokáží vysvětlit rozhodovací procesy, založené na zkušenostech i emocích.

Organizátor a předsedající semináře *JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D.*, (Univerzita Karlova) následně rozvinul teorii amerického právního teoretika *Casse Sunsteina* o minimalismu a maximalismu v soudním rozhodování. Příspěvek nesl název *Maximalism and minimalism in judicial reasoning: How can courts strengthen or weaken the unity of a legal system?* Přestože úkolem soudů tradičně není posilovat jednotu práva jako systému, nýbrž rozhodovat individuální případy, v současném právu, kdy roste role zejména vrcholných soudů, je potřeba zkoumat, jak mohou soudy posilovat nebo oslabovat jednotu právního řádu. Maximalismus, tedy rozhodování s hlubokým odůvodněním a široce formulovanými závěry, dopadajícími na větší počet budoucích podobných případů, i minimalismus, tedy úzce formulované a stručné rozhodnutí, je možné za určitých okolností vnímat jako pro-systemový i protisystemový prvek v právu. Právě volbou šířky a hloubky odůvodnění soudního rozhodnutí může soudce posilovat jednotu právního řádu, přičemž soudci by si především měli být této skutečnosti vědomi při své rozhodovací činnosti.

JUDr. Katarzyna Žák Krzyžanková, Ph.D., (Univerzita Karlova) se v referátu nazvaném *Systemic Legal Interpretation (Model and Analytical Approach)* zaměřila na obecnější otázky metodologie interpretace práva a konkrétně vazeb interpretace na normotvorbu, jakož i na teorii vývoje sociálního řádu (*P. Bergera* a *T. Luckmanna*). Tento sociální řád je výsledkem lidské činnosti v minulosti, v důsledku současné činnosti zaměřené na jeho aplikaci a dotváření však sociální řád přetrvává. V druhé části příspěvku se *dr. Žák Krzyžanková* zaměřila na systémovost výkladu práva, kterou popisovala na rozdílech mezi interpretačními pravidly prvního stupně a pravidly druhého stupně. Zatímco pravidla prvního stupně představují základní interpretační metody, pravidla druhého stupně regulují střety mezi dosaženými výsledky interpretace na základě různých metod.

Další z členů řešitelského kolektivu výše uvedeného grantového projektu *doc. JUDr. Karol Beran, Ph.D.*, (Univerzita Karlova) se v příspěvku nazvaném *Rules of interpretation as competence norms (what constitutes systemic and anti-systemic elements of legal interpretation?)* zaměřil především na roli judikatury v rekodifikovaném soukromém právu v České republice. Obecným východiskem příspěvku byl popis úkolu soudce transformovat obecné pravidlo v právním předpisu do konkrétních práv a povinností v individuální věci. Při tomto procesu je nutné odlišovat interpretaci od pouhého „čtení“ psaného práva, k němuž dochází v jednoduchých případech aplikace práva. Naproti tomu při výkladu obtížných případů aplikace práva a soudní diskreci je vytvářeno nové pravidlo pro řešení individuálního případu. V závěru byly rozebírány důsledky, které pro soudy plynou z konceptu „diskurzivní závaznosti judikatury“, který plyne z § 13 občanského zákoníku.

V navazujícím příspěvku se *doc. JUDr. Jana Ondřejková, Ph.D.*, (Univerzita Karlova) věnovala otázkám udržování systematiky práva ústavním soudem na příkladu České republiky. Příspěvek *Constitutional review as a tool for achieving formal, material and axiological coherence of a legal system in time – an example of the Constitutional Court of*

the Czech Republic představil zejména empirickou analýzu derogačních nálezů českého Ústavního soudu ve vztahu k starším, ale i nově přijatým zákonům. Právě tento časový aspekt judikatury ukazuje, jakou roli přebírá Ústavní soud při zajišťování koherence práva. Je tomu tak zejména v důsledku přijetí doktríny ústavně konformní interpretace a aplikace současných ústavních principů a hodnot pro přezkum právních předpisů přijatých v minulosti. Specifickým problémem je pak přezkum zákonů přijatých před rokem 1989.

Společný příspěvek *doc. dr. Fruzsiny Gárdos-Orosz* (Univerzita Eötvös Loránd v Budapešti a Maďarská akademie věd) a *prof. dr. Zoltána Szente* (Národní univerzita veřejné služby v Budapešti a Maďarská akademie věd) nesl název *Can the judicial power of (constitutional) interpretation be limited?* V něm se referující stejně jako v předchozím příspěvku zaměřili především na ústavněprávní argumentaci. Podrobně byla rozebrána pravidla výkladu, která jsou od roku 2011 zakotvena v maďarské ústavě. Tato pravidla přitom nejsou obsažena v jediném ustanovení, nýbrž v několika člancích, aniž by přitom byla stanovena jakákoliv hierarchie interpretačních metod a zásad. V příspěvku byl rozebírán především článek R odst. 3 maďarské ústavy hovořící o interpretaci příslušného ustanovení ústavy v souladu s jeho účelem, ovšem také s ohledem na historickou ústavnost. Právě odkaz na historickou ústavnost byl kritizován jako neurčitý, v praxi aplikovaný zejména tak, že maďarský ústavní soud s jeho odkazem vychází ze své judikatury předcházející přijetí nové ústavy, pokud předmětná ustanovení ústavy nejsou v zásadním rozporu s předchozím zněním. V závěru příspěvku byl stručně představen základ výzkumu, jehož jádrem je kvalitativní i kvantitativní analýza ústavněprávní argumentace v rozhodovací činnosti dalších soudů.

JUDr. Jan Tryzna, Ph.D., z Univerzity Karlovy se věnoval zajímavému, avšak doposud málo zkoumanému tématu retroaktivního působení soudní judikatury. Z hlediska zaměření semináře je toto časové působení významné nejen z hlediska předvídatelnosti práva, ale i systematiky práva jako takové. V příspěvku s názvem *Legitimacy of Retrospective Effects in Judicial Decision-Making Process* se *dr. Tryzna* nejprve zabýval obecně podobami a důsledky retroaktivity v právu. Po tomto úvodu přistoupil k vymezení fenoménu retroaktivního působení judikatury, za něž považuje takové soudní rozhodování, které obsahově mění dosavadní právo. Příkladem může být situace, kdy soudce rozhodne, na základě kterého ze dvou možných interpretačních závěrů rozhodne daný případ. Změna práva spočívá v tomto případě ve vyloučení jednoho z možných výsledků interpretace práva. Následně *dr. Tryzna* v hlavní části referátu přistoupil k podrobnému hodnocení retroaktivního působení soudní judikatury a v závěru argumentoval pro zásadně prospektivní působení soudních rozhodnutí.

Mag. Lisa Sonnleitner (studentka doktorského studia na Univerzitě v Grazu) obrátila pozornost k tématu měnícího se výkladu práva samotnými soudy na příkladu Evropské úmluvy a rozhodovací činnosti Evropského soudu pro lidská práva. V příspěvku s názvem *Evolutive interpretation: illegitimate law creation or vital harmonisation?* se zabývala koncepcí evolutivního výkladu a jeho legitimacy ve světle základních principů, na nichž spočívá Evropská úmluva. Evolutivní, tedy dynamický, výklad se od statického liší tím, že přistupuje k interpretovanému pramenu práva jako k živému instrumentu reflektujícímu vyvíjející se společenské standardy. V příspěvku *Mag. Sonnleitner* argumentovala, že situace, kdy by měl Evropský soud pro lidská práva aplikovat evolutivní výklad a kdy naopak výklad statický, je možné řešit aplikací principu proporcionality. V rámci něj by měla být poměřována následující kritéria: 1) podstata dotčeného práva a jeho obecný význam v systému práv Evropské úmluvy, 2) existence společného konsensu týkajícího se

předmětu výkladu, 3) skutečnost, zda výklad přispěje k efektivitě ochrany práv podle Evropské úmluvy, a 4) míra jistoty anebo pravděpodobnosti týkající se závěrů všech tří výše uvedených kritérií. Příspěvek tedy zajímavým způsobem rozvinul *Alexyho* vážící formuli na problematiku střetu statického a dynamického výkladu Evropské úmluvy, ovšem podle mého názoru by jej v upravené podobě bylo možné aplikovat i na střet jazykového a teleologického výkladu obecně.

Poslední příspěvek *JUDr. Martina Madeje, MJur.*, (studenta doktorského studia na Právnické fakultě Univerzity Karlovy) se věnoval obecnějším otázkám role doktrinárního přístupu k právu z hlediska posilování jednoty práva v rozhodovací činnosti soudů. Příspěvek s názvem *Can emerging analytical jurisprudence help overcome the law and justice divide?* představil moderní směry analytické jurisprudence zejména v dílech *S. Hershovitze* a *M. Greenberga*. Jejich reakce na *Dworkinovo* dílo může podle *dr. Madeje* posilovat autonomii práva, přitom však můžeme zachovat prostor pro morální argumentaci soudců v obtížných případech. Pod vlivem *S. Hershovitze* a *M. Greenberga* tak *dr. Madej* tvrdí, že soudce není v obtížných případech postaven před volbu buď respektovat pozitivní právo a dospět tak k nespravedlivému rozhodnutí, anebo pozitivní právo odmítnout ve prospěch spravedlnosti, ovšem na úkor právní jistoty adresátů.

Celkové hodnocení vlivu judikatury na posilování nebo oslabování jednoty právního řádu není možné popsat pomocí jediné teorie nebo jediného hlediska zkoumání. Ukazuje se, že zde působí celá řada faktorů a vlivů. K nim patří převažující role, kterou soudům a jejich výkladu přisoudí ústavodárce, respektive zákonodárce (jak ve svých příspěvcích argumentují *doc. Beran*, *doc. Gárdos-Orosz* a *prof. Szente*), ale i soudy samotné (jak připomínají *dr. Ondřejek* a *Mag. Sonnleitner*). Nezanedbatelnou roli pak hraje institucionální nastavení dělby moci (zdůrazněné v příspěvku *prof. Bröstla*), ale i obecnější teoretická východiska metodologie soudního výkladu (na které se zaměřila *dr. Žák Krzyžanková*), případně doktrinárních přístupů k právu jako celku (což je zdůrazněno v příspěvcích *prof. Gábriše* a *dr. Madeje*). Systematika práva z hlediska rozhodování soudů má i zřetelný časový rozměr (na něj se ve svých příspěvcích zaměřili *doc. Ondřejková* a *dr. Tryzna*).

Pavel Ondřejek*

* JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy, E-mail: ondrejek@prf.cuni.cz. Příspěvek byl zpracován v rámci projektu GAČR reg. č. 19-10723S s názvem *Co současné právo sjednocuje a co jej fragmentarizuje z pohledu právní teorie a soudní praxe?*

International Investment Arbitration and the Rule of Law in Host States

Zdeněk Nový

Abstract: This paper puts forward an alternative view on international investment law and arbitration. It offers a number of ideas why investment law and arbitration may be a valuable, albeit complementary, mechanism how to enhance the rule of law in host states. The rule of law refers to observance of internal and international legal obligations by the state, which is beneficial not only to investors, but also to citizens of the host state. After elaborating on the concepts of investment arbitration and the rule of law, the paper focuses on two aspects of investment protection, in which the rule of law finds its expression. First, observance of the standard of fair and equitable treatment as detailed by investment arbitral tribunals in their decisions is the cornerstone of the rule of law. Second, international investment arbitration as a dispute resolution mechanism provides not only a procedural mechanism whereby an investor may enforce its rights, but it serves as a sword of Damocles hanging over the states that do not obey the rule of law. The paper aims at opening a critical discussion, without attempting to contain the entire discourse on the rule of law in relation to investment law and arbitration or pursuing blankly a point of view of investors or states.

Key words: fair and equitable treatment, investment arbitration, investment protection, legitimate expectations, rule of law, state responsibility

Liability for Intentional Interferences with Contractual Rights Relating to Real Estate Property

Andreas Frössel

Abstract: This article examines the violation of third-party claims in the Austrian law of damages, specifically regarding real estate property. The central question is whether a person becomes liable for intentionally interfering with contractual rights when acquiring real estate property. In order to answer this question, I first discuss typical cases and give an overview on the topic from a comparative point of view. Then, I show that there are two conflicting opinions in the literature: The first argues that contractual rights are specifically protected legal positions within the financial assets of the creditor and that these are concrete and delimitable and therefore protected under § 1295 para 1 ABGB in case of intentional interference. The second argues that the contractual right is only a relative position, equal to mere financial interests, and is therefore only protected against particularly severe interference, especially when the tortfeasor acts *contra bonus mores*. Finally, I argue that the concept of a differentiated protection of legal interests and positive norms within the Austrian legal order support the first of the two opinions.

Key words: tort law, comparative tort law, Austrian tort law, intentional interferences with contractual rights, inducing breach of contract, contracts in tort law, real estate property, protection of financials, liability for acts *contra bonus mores*

Detection of the Child's Opinion in Court Proceedings – Interdisciplinary Study

Žaneta Hoblíková – Jana Kropáčková

Abstract: A number of legal, psychological or pedagogical articles deal with the problem of discovering and importance of child's opinion in judicial proceedings. This problem is on daily basis practically solved by judges, collision guardians, attorneys, experts, and, last but not least, by parents and their children, especially in court proceedings on the custody of minors. The question of the participation of minors in court proceedings which concern them has been given increasing attention in recent years not only in Czech

Republic, but also internationally. The necessity of protecting the right of the child to be heard by the court is very often highlighted at the constitutional and international level. At the same time, each custody proceeding should be primarily aimed at the best interests of the child. In this legal area, we can meet many indefinite legal terms. In the process of interpretation of these terms, knowledge and experiences from non-legal disciplines might be very helpful. The aim of this text is to combine knowledge from different disciplines in order to provide a more comprehensive view of the issue.

Key words: best interest of a child, right to be heard, child interrogation, developmental specifics of a child, mental needs of a child