

Zneužití práva – z nicoty univerzální zásada?

Jan Hurdík*

Abstrakt: Příspěvek reaguje na téma zneužití práva, jak je v poslední době traktováno doktrínou a prakticky promítáno do reálného života práva. Autor usiluje tendence směřování zneužití práva zasadit do širšího rámce geneze tohoto institutu a zachytit jeho osud v dlouhodobé perspektivě od římského práva do současnosti a budoucích výhledů. Prezentuje vývojovou linii zneužití, která vedla od popírání možnosti právně zamezit jakémukoli jednání, k němuž došlo při výkonu subjektivního práva, až k hypertrofii konstrukce zneužití, která je uplatňována nejen při výkonu absolutních práv, kam původně náležela, ale v celém soukromém a v posledních desetiletích i veřejném právu. V tomto rámci se zabývá rovněž znaky skutkové podstaty zneužití.

Klíčová slova: zneužití práva, soukromé právo, subjektivní právo, kritéria zneužití, obcházení zákona, účel zákona, účel subjektivního práva

1. Motivy a východiska

Jedním z impulsů, který mne přiměl vrátit se k tématu zneužití práva, o němž jsem měl za to, že už o něm bylo napsáno vše, byly dva příspěvky Karla Eliáše na téma Obcházení zákona, publikované nedávno v *Právnicku* a v *Právních rozhledech*.¹ Ve svém erudovaně koncipovaném příspěvku v *Právních rozhledech* K. Eliáš na jednom místě činí závěr (který dokládá názory vyslovenými v judikatuře a v literatuře) o vzájemném obsahovém a funkčním průniku obcházení zákona (jednání *in fraudem legis*) se zneužitím práva (*abusus iuris*), přičemž tak činí jednoduchým shrnutím: „*fraus legis* spadá pod případy porušení zákona (§ 580 ObčZ), a to konkrétně jeho zneužití“.² Podrobněji, byť v kontextu pojednání o obcházení zákona, se K. Eliáš zabývá vzájemným vztahem obcházení zákona a zneužití ve svém příspěvku v *Právnicku*. Konstatuje tendenci praxe k širokému pojetí zneužití,³ s čímž lze jen živě souhlasit a což je ostatně jeden z hlavních důvodů tohoto příspěvku. Následně autor na základě rozboru názorů doktríny, legislativy a praxe dospívá ke dvěma závěrům: a) „[...] že dává rozumný smysl přijmout širší pojetí zneužití práva [...]“,⁴ b) k závěru podobnému jako v předchozím článku: „[...] obcházení zákona představuje jeden z disparátních způsobů, jimiž je právo zneužíváno“.⁵ Zcela respektuji, že pozornost analytických studií, koncentrovaná především na téma obcházení zákona, nemohla tříštit pozornost čtenáře rozvíjením pohledů, které z hlediska tématu mohou působit okrajově. K pohledu opačného, tj. prizmatem institutu zneužití práva, však tento úrok signalizuje a současně potvrzuje tendenci, která vládne nejen oblasti, kde se zrodila, ale celému

* Prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc., Právnická fakulta Masarykovy Univerzity. E-mail: Jan.Hurdik@law.muni.cz. Tento příspěvek byl zpracován s podporou a jako jeden z výstupů projektu č. APVV-14-0061 *Rozšiřovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva*.

1 ELIÁŠ, K. Obcházení zákona. *Právní rozhledy*. 2018, č. 15–16, s. 515–521; ELIÁŠ, K. Porušení zákona oklikou: *fraus legis facta* v civilním právu. *Právnick*. 2018, roč. 157, č. 11, s. 897–921.

2 ELIÁŠ, K. *Obcházení zákona*, s. 516.

3 ELIÁŠ, K. *Porušení zákona oklikou: fraus legis facta v civilním právu*, s. 915.

4 *Ibidem*, s. 915.

5 *Ibidem*, s. 916.

právnímu řádu. Ta dává zřetelně najevo v celé řadě souvislostí, v nichž se v poslední době zneužití objevuje,⁶ a signálů o tomto trendu a jeho masivním tažení napříč současným právem, kterých je mnohem více, jeho obecnější směřování, kdy:

- 1) zneužití práva expanduje jako nástroj řešení nejrůznějších situací, kdy je pocíťována nedostatečnost formálně právních řešení;
- 2) zneužití práva proniká se stejnou vervou legislativou, judikaturou i odbornou literaturou bez ohledu na hranice a panující doktríny.

Tento příspěvek reaguje na některé výzvy, které přináší oba články K. Eliáše a dosavadní vývoj a představuje pokus o zachycení obecného směřování institutu (zákazu) zneužití práva v jeho vývojové dynamice a šíří. K tomu jako doklad plošné expanze zneužití, které překračuje jak své vlastní hranice, tak hranice jiných⁷ pojmů, uvádí vzájemný průnik zneužití subjektivního práva a obcházení zákona a formuluje některé argumenty pro zachování respektu k samostatnosti zneužití práva a obcházení zákona, jejich definic, právní povahy, systémového zařazení a funkce.

2. K samostatnosti zneužití práva

O základním konceptu problému zneužití bylo napsáno značné množství prací a vysloveno neméně názorů.⁸ Při snaze o zachycení aktuálního směřování tohoto institutu však některé posuzované aspekty zneužití nabývají na zásadním významu, proto se jim budu věnovat *prima facie*.

Zvláštní dynamiku – což je ostatně typické pro fylogenezi zneužití v evropském kontinentálním právním prostředí – nabyla expanze zneužití v judikatuře (evropské i národních).⁹ Aktivismus soudní praxe je provázen zvýšenou aktivitou odborné publicistiky, byť tato se ocitá do jisté míry ve stínu dynamiky právní praxe. Z hlediska zdrojů, v nichž se objevuje, je méně prosazována svou vlastní tematickou naléhavostí a možná zajímavostí pro autory a více vlnou komentářů k nedávno rekodifikovaným částem českého právního řádu, na níž se nese i téma zneužití (ale i obcházení zákona, díky svému změněnému legislativnímu zakotvení). Možná právě zde se ukazuje jedna z příčin současného stavu uchopení zneužití v evropském i českém právu:

- 1) absence doktrinárně komplexních východisek, konceptů a řešení na jedné straně,
 - a) s výjimkou expanze doktríny lidských práv,
 - b) jejíž dopady do oblasti soukromého práva postihují především jeho hodnotový základ s jeho tradičními pilíři, včetně zásady zákazu zneužití, a na druhé straně
- 2) masivní vlna pragmatismu, na níž se nese evropský právní vývoj *en bloque*, projevující se jak v legislativních projektech (včetně projektů *soft law*), tak v justiční praxi,

⁶ K těmto zdrojům viz dále v tomto textu v míře, ve které mají význam pro jeho téma.

⁷ Obávám se, že u obcházení zákona nelze bez výhrad použít adjektiva „příbuzný“ pojem.

⁸ Přehledně k publikované literatuře věnované podstatě, právní povaze a funkci zneužití viz zejména HURDÍK, J. *Zneužití subjektivních občanských práv*. Brno: UJEP, 1987, a literatura tam uvedená; LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník. I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, komentář k § 8; PULKRÁBEK, Z. *Zákaz zneužití práva v rozporu s jeho účelem*. Praha: Eurolex Bohemia, 2007, a literatura tam uvedená; PULKRÁBEK, Z. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, komentář k § 8; TICHÝ, L. – MASLOWSKI, S. – TROUP, T. (eds). *Zneužití práva*. Praha, 2016.

⁹ Přehledněji dále v tomto textu.

expandující pod heslem sblížení národních práv mj. prostřednictvím právních zásad.

Tento vývoj svým rozmachem a expanzívitou a hrozbou ztráty sebereflexe volá po návratu ke kořenům, z nichž se tento institut zrodil, a k základnímu paradigmatu, které stálo v základu jeho konstrukce, a po odpovědi na otázku kontinuity vývoje zneužití od římského práva přes moderní teorii zneužití a její různé podoby uplatnění v legislativě až po současnost a nadcházející budoucnost.

3. Paradigma zneužití kdysi a dnes

Východiskem zneužití v římském právu, které tento konstrukt zrodilo, bylo obecné paradigma celého římského práva, založeného na systému privilegií, a tendence v určitých společenských a tomu korelujících právních podmínkách parametricky upravit společensky nadále neakceptovatelné uplatňování systémů římských privilegií bez limitů a omezení. Z toho plyne, že:

- a) zneužití historicky představuje omezení výkonu jinak neomezených, nejobecněji koncipovaných římských privilegií jako základu sociálně právní struktury římské společnosti;
- b) zneužití je svými kořeny a prakticky po celou dobu své následné existence spojeno s absolutními právy¹⁰ s jejich vysoce zobecňujícím a jednostranně zakotveným (společenským, potažmo právním) obsahovým potenciálem a současně s vágností vymezení a téměř neomezenou variabilitou uplatňování tohoto potenciálu ve společensko-právní realitě;
- c) s popsanou konstrukcí zneužití je implicitně spojeno dilema mezi vnější a vnitřní teorií zneužití, hledající povahu zneužití buď v omezení obsahu subjektivního práva, nebo v omezení výkonu subjektivního práva jinak neomezeného obsahu.¹¹

Období modernity, jehož úvodní fáze byla vymezena liberálním společensko-politickým systémem, nahradilo soustavu privilegií jako statusové východisko právní regulace svobodou individua. Tím byl položen základ vzniku vnitřně rozporného systému právní regulace: na jedné straně prakticky neomezená svoboda individua, na druhé straně přežívající soustava statusových privilegií, z nichž nejvýznamnější a svým způsobem do současnosti nedotknutelná a hájené modernizovanými nástroji v podobě základních práv, je nepochybně vlastnictví.¹²

V modernitě byl tedy římskoprávní systém statusových privilegií (v modifikované podobě uplatňovaný i v období středověku) nahrazen jako východiskem právního statusu

¹⁰ Srov. přetrvávání této vazby vůči vlastnickému právu, typicky v čl. 11 odst. 3 Listiny základních práv a svobod.

¹¹ Současný způsob připomínání tohoto rozporu nevychází vždy z jeho kolébky, kterou je francouzská doktrína 2. poloviny 19. století a první poloviny století dvacátého: srov. např. PULKRÁBEK, Z. *Zákaz zneužití práva v rozporu s jeho účelem*. Praha: Eurolex, 2007, s. 14–67. Transformace studia zneužití skrze postupy jeho traktování zejména germanofonní literaturou, v recentní době pak též literaturou anglofonní, vede ke zjednodušujícím a někdy zavádějícím závěrům.

¹² Tento vývoj je z poslední doby nejaktuálněji zřetelný např. na koncepci Listiny základních práv Evropské unie (2007/C 303/01), který na jedné straně římskoprávní *dominica potestas* kategoricky odmítá a její pohrobky – pracovní právní vztahy – podrobuje výrazné nivelizující regulaci (čl. 5, 15, 21 an. a podstatná část Hlavy IV), stejně tak jako původní rodinněprávní privilegia římského práva – *patria potestas* a *manus*, které reguluje na vysoce vzájemně vyvážené úrovni vztahů (čl. 7, 9, 23, 24), zatímco v právu na vlastnictví se dosud nejzřetelněji promítá – byť s možnými obsahovými omezeními – koncept absolutního práva, výrazně svázaný s pojetím *dominium ex iure Quiritium* v římském právu (čl. 17 Listiny).

člověka svobodou. Absolutní práva ovšem přežívala a transformovala se do rovných smluvních pozic mezi nositeli absolutních práv (vlastnických, ale i pracovněprávních), či dokonce se kyvadlo hledání rovnováhy „zhouplo“ do opačné amplitudy (srov. ochranné prvky v rodinněprávních vztazích).

Zvláštní pozici má základ majetkových vztahů – právo vlastnické. Jeho původní římskoprávní vymezení jako součásti statusu člověka a jeho osobní privilegium se stává přechodem do modernity předmětem pokusů o jeho nové vymezení, odpovídající obecně přechodu od společnosti statusových privilegií ke společnosti založené na svobodě a rovnosti pro všechny. Znám je pokus J. Locka učinit z vlastnického práva součást moderního pojetí osobnosti člověka a jeho exkluzivního individuálního postavení, charakterizovaného prostřednictvím jeho materiálního statusu,¹³ který byl součástí dvojího, *sui generis* protikladného úsilí: Na jedné straně obavy před zásahy do absolutní povahy vlastnického práva s jeho exkluzivitou a ekonomicky co možno neomezenějším mocenským potenciálem, který se prosazuje i v nejmodernějších legislativních úpravách¹⁴ a je výrazem zachování paradigmatického *statu quo*, na druhé straně vědomí zásadní změny paradigmatu statusových práv a z toho plynoucí koncepční, potažmo systémový posun vlastnického práva mezi „ostatní“ majetková práva.

V této souvislosti se odhaluje přetrvávající hloubka a význam paradoxu, ulpívajícího v klasickém římském pojetí vlastnictví a jeho dopadu do současnosti: na rozdíl od ostatních statusových privilegií římského práva, která představovala přímou moc člověka (nositele statusového práva) nad jinými lidmi této moci podřízenými, vlastnictví má mocenskou povahu komplikovanější: Jako součást osobního statusu osoby je rovněž nástrojem mocenského ovládnutí lidí; toto působení je však zprostředkováno skrze vnější majetkové hodnoty, jejichž nositelem je kategorie věci (srov. povahu vlastnického práva jako práva absolutního (§ 976 o. z.) a současně jako práva věcného (§ 979 ve vazbě na § 1011 o. z.). Z tohoto faktu platí pro vlastnické právo více než pro ostatní (dřívější) statusová privilegia jeho ambivalentní systémové afilace: na jedné straně jsou vlastnické právo, respektive jeho ochrana systematicky řazeny mezi základní práva (srov. celou plejádu listin základních práv od *Magny charty* a *Bill of Rights* po současnost) a v tomto smyslu jsou faktickou součástí ochrany osobnosti jako jeden z jejích atributů; na straně druhé je akcentován majetkový, nikoli osobní, charakter vlastnického práva, jeho charakter věcněprávní, přesouvající systematicky vlastnické právo od práv osobních mezi ostatní majetková práva. Tento rys není bezvýznamný, naopak, je zdrojem skupiny otevřených otázek koncepční či praktické povahy, někdy obojí,¹⁵ a představuje jednu z nedořešených výchozích otázek konceptu a systému soukromého práva.

Současně uvedený paradox, tj. vsazení absolutního majetkového práva s jeho mocenským potenciálem do základu právní regulace společnosti založené na svobodě a rovnosti, měl esenciální vliv na vznik tzv. moderní teorie zneužití ve 2. polovině 19. století a její prosazení v první polovině 20. století a logické obnovení spojení nástroje zneužití s vlast-

¹³ LOCKE, J. *Dvě pojednání o vládě*. Praha: NČSAV, 1965, s. 139 an.

¹⁴ Pro příklad netřeba chodit daleko: srov. § 1012 občanského zákoníku č. 89/2012 Sb., v jehož jádru zaznívá ozvěna vlastnictví jako privilegia: „*Vlastník má právo se svým vlastnictvím v mezích právního řádu libovolně nakládat a jiné osoby z toho vyloučit.*“ Na tom nic nemění soustava výjimek, kterými je tato formulace obsáhle doplněna: jakkoli široké, nejsou ničím jiným než výjimkami z pravidla.

¹⁵ Jako příklad poslouží dobře známý a dlouhodobý spor o existenci a význam kategorie právního vztahu jako základu právní regulace (zejména soukromého práva), v jehož rámci je argumentováno mj. postavením vlastnického práva jako právního potenciálu ulpívajícího na osobě svého nositele, což znemožňuje vnímat vlastnictví jako právní vztah.

nickým právem, jehož koncepční vnitřní rozpory mělo zneužití (napohled zásadním průlomem do nedotknutelnosti vlastnictví; prizmatem významu konceptu, na který navazujeme, ovšem pouze parametrickou úpravou) vyřešit.

Vznikly ze společenských rozporů 19. století, na jejichž vzniku a vyhocení participoval významnou měrou staronový koncept vlastnictví a vlastnického práva, institut zákazu zneužití práva sledoval a do současnosti sleduje dvě genetické linie:

- a) míru akcentu, respektive hledání vyváženosti mezi individuálním a vztahovým pojetím společnosti, potažmo práva,
- b) osud privilegií, z nichž vzešel a k jejichž zmírnění byl povolán.

Modernita nahradila systém privilegií souborem zásad Velké francouzské revoluce (svoboda, rovnost, bratrství). Tato záměna ovšem měla své funkcionální dopady: a) Svoboda nepřevzala mocenský potenciál privilegia, respektive absolutního práva: zatímco privilegia a (s výjimkou kolize s jinými absolutními právy – srov. praxi konstitucionalistiky) i absolutní práva lze zásadně přímo prosadit, obecná lidská svoboda se prosazuje cestou dialektického procesu hledání ekvity či chcete-li společenské rovnováhy prostřednictvím algoritmu svoboda – rovnost – ekvita, cestou procesu specifikace. b) Zákaz zneužití ztrácel a stále ztrácí v průběhu modernity historickou vazbu na statusová privilegia a následně na absolutní práva a stává se korektivem obecné lidské svobody, potažmo rovnosti v jejich nejširším vyjádření.

4. Zneužití práva v doktrinálním kontextu

Vznik tzv. moderní teorie zneužití práva v 2. pol. 19. století a prvních desetiletích století 20. byl zasazen do rámce vývoje doktrinálního myšlení, zejména pak metodologie civilního práva. Tento vliv byl poněkud menší v právní oblasti ovládané francouzským *Code civil* s jejím silným smyslem pro praktická řešení, naopak výrazný byl v oblasti německé a rakouské. V posledně uvedené právní oblasti dominovala po 19. století právnímu myšlení pojmová jurisprudence, opírající se v první polovině 19. století o historickou školu právní (Savigny), ve druhé polovině 19. století o systém právního pozitivismu (Bergbohm a následovníci). Oba navazující typy právní metodologie vycházely z omezení vnímání práva na jeho prameny, za které uznávaly zákon a právní obyčej. Právní pozitivismus považuje systém práva za konečný a logicky uzavřený, nepřipouštějící mezer. Typickou metodou pojmové jurisprudence obecně je priorita tvorby právních pojmů a konstrukcí, pod něž se následně subsumují faktické posuzované situace. Při tomto metodologickém přístupu k právu je funkce soudce logicky relativně malá.¹⁶ Za extrémní typ právního pozitivismu je považována čistá škola právní Hanse Kelsena, který ve svých *Hauptprobleme der Staatslehre* provádí vzájemné vymezení pojmové a zájmové jurisprudence se závěrem, že všechny prvky účelu náležejí do mimoprávních (metajuristických) oblastí jako sociologie, ekonomie či politika.¹⁷ Zájmová jurisprudence (R. v. Ihering a následovníci) představuje metodologii výkladu práva, založenou na cíli jako tvůrci práva: normy práva i jiných normativních systémů vznikly z důvodu praktických cílů.¹⁸

¹⁶ Bliže např. SZPUNAR, A. *Nadużycie prawa podmiotowego*. Kraków: Polska Akademia Umiejętności. 1947, s. 2–3.

¹⁷ KELSEN, H. *Hauptprobleme der Statslehre*. Scientia Verlag, 1923, s. 92.

¹⁸ VON IHERING, R. *Zweck im Recht*. 4. vydání. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1904–1905, s. 345 an.

Nebylo by dosti na zásadně rozporné metodologii práva, vycházející ze směrů citovných výše. Podle některých autorů, kteří získali svými názory značný vliv,¹⁹ má zvláštní význam pro formování evropského doktrinního přístupu k zneužití práva učení o správném právu R. Stammlera. Podle Stammlera je správné právo pouze takové, které je v souladu s ideou práva. Idea práva je přitom součástí práva pozitivního, respektive práva objektivního (v originále *Legalität*), na rozdíl od morálního systému (v originále *Moralität*), která má za cíl vnitřní uspokojení člověka z vědomí o správnosti jeho počínání.²⁰ Ideu práva Stammler formuluje jako společnost lidí svobodné vůle (*Gemeinschaft frei wollender Menschen*) a nazývá ji sociálním ideálem.

Je zřejmé, že doktrinní směry myšlení 19. a počátku 20. století s jejich rozdílností až rozporností jejich metodologií musely zanechat hlubokou stopu v procesu utváření podoby konceptu zneužití práva, který probíhal prakticky paralelně s nimi. Jeho prosazení se ukazovalo neúprosně diktované úpadkem liberální společnosti a hlubokými rozpory mezi ekonomickým potenciálem společnosti a ekonomickými vztahy s jejich právní regulací. To vedlo k naléhavé nutnosti při formování teorie zneužití vypořádat se s paradigmatickými otázkami: vymezením pojmů právo, účel práva, cíl práva, idea práva, vztahu subjektivního a objektivního práva, vztahu mezi obsahem a realizací subjektivního práva, omezeností či neomezeností obsahu objektivního, potažmo subjektivního práva, možnostmi omezit výkon subjektivního práva za současného neomezení jeho obsahu, pozicí systému práva vůči morálce a obecným zásadám, které často vyjadřují společnou podstatu určité hodnoty s většími či menšími významovými odchylkami. Jako nejvýznamnější praktické otázky, které stály u zrodu moderní teorie zneužití a stojí před právníky i v současnosti, vykristalizovaly: a) řešení střetu tzv. vnitřní a vnější teorie zneužití, a b) o jaké kritérium se konstrukce zneužití opírá, c) včetně podmínky tvořící někdy hlavní, někdy komplementární kritérium, kterým je subjektivní stránka zneužití.²¹

Právě popsany, byť stručný přehled doktrinních podmínek, v nichž byla rekonstituována (či lépe byly rekonstituovány) teorie zneužití moderní doby, nasvědčuje potřebě při práci s konstrukcí zneužití vnímat historické souvislosti doktrinní, společenské podmínky, za nichž tyto teorie vznikaly, praktické potřeby vývoje tvorby i praxe práva v dané době a vývojové tendence jejich směřování. Pohříchu se v poslední době ukazuje, že z těchto faktorů se zachovaly a prosazují především poslední z celé skupiny: pragmatismus, vyvolaný aktuálními požadavky na směřování vývoje práva. Historická paměť a vědomí souvislostí nehrají příliš velkou roli při dotváření konceptu zneužití, který má v současnosti rozhodně daleko k pojmově, systémově a funkcionálně ucelenému konceptu, který by nebyl pouhou náplastí na vnější projevy neduhů, tkvících v hloubi systému práva.

Současné pojetí zneužití vychází z původního konceptu modernity, vnímané:

- a) zejména v jejích počátcích jako otevřený prostor bez časových a prostorových hranic,
- b) a především jako etapa individualismu a individuální vůle, tvořící pevný základ soukromé sféry.

¹⁹ Srov. SZPUNAR, A. *Nadużycie prawa podmiotowego*, s. 7.

²⁰ Zejm. STAMMLER, R. *Die Lehre vom richtigen Rechte*. 2. vydání. Halle (Saale), 1926, s. 22 an.

²¹ Ke stavebním kamenům klasické i moderní teorie zneužití viz mj. HURDÍK, J. *Zneužití subjektivních občanských práv*. Brno: Universita J. E. Purkyně, 1987, zejm. s. 29 an., 37 an.

Toto pojetí fungování modernity se postupně ocitlo v krizi. Síla individualismu a liberalismu se vyčerpala. Racionalita, na níž je modernita založena, ukázala limity, zbavené duchovního rozměru; pokrok se omezuje na pokrok technický, respektive technologický, na panství nad přírodou a přirozeností přírody a člověka. Technologický pokrok se však zároveň stává zotročujícím faktorem lidské individuality: individualita, lidská svoboda jsou stále více iluzorní. Kdo se dnes dovolává svobody, často bojuje o iluze. Jako východisko přijala většinová evropská společnost další prošlapávání – již před více než stoletím nastoupené – cesty opuštění čisté autonomie individua a podporu autonomii materiální, posilování možností člověka při využívání (zejména technologického, ale i vztahového) potenciálu společnosti.

To je přirozeně řešení nikoli příčiny, nýbrž jevové stránky rozporů současnosti, nicméně stalo se metodou volby: jeden ze současných pilířů vývoje práva je založen na snaze (vedené cílem „*ut aliquod fieri videtur*“) o posilování autonomie individua autonomií „materiální“, na druhé straně na omezování míry individualismu a „čisté“ autonomie a na regulatorní zásahy zákonodárce do liberálního prostředí. V oblasti hodnotové se tento vývoj prosazuje: a) jednak v dalším lidskoprávní kampani, která se promítá stále výrazněji i v soukromém právu a modifikuje jeho systém i metodu právní regulace,²² b) jednak ve zvýšeném zájmu o základní zásady soukromého práva a o jejich mnohem masivnější využití v regulatorních postupech při praktické aplikaci práva. Obě cesty vývoje přitom svou expanzivitou překračují své původní systémové hranice: zatímco základní práva pronikají z veřejného prostoru do soukromého práva a zabydlují se v něm, původně soukromoprávní zásady zaujímají stále samozřejměji prostor veřejného práva.²³

5. Postoje judikatury

Zneužití je jedním z původně vysoce specifických nástrojů soukromého práva, které se stalo součástí této vlny vývoje.

To je zřetelné zejména v aktivitách soudně rozhodovací praxe, přicházející z evropské judikatury, jejíž vlny – zdá se, že plnou silou – ovlivňují též českou soudní praxi obecných i správních soudů i ústavního soudnictví. Z dále uvedeného výběru judikátů je zřejmé široké uplatňování zneužití v různých oblastech soukromého práva, ale rozsáhle i práva správního, což vyvolalo pozornost akademické sféry.²⁴

Z nejvýznamnějších judikátů poslední doby, které se současně prezentují jako nositelé specifických koncepcí zneužití, lze uvést několik, představujících typový přístup justiční sféry k pochopení podstaty, právní povahy a funkce zneužití a jeho uchopení pro účely justiční praxe:

Rozhodnutí *C-110/99 Emsland* je reprezentantem tendence k přenosu zneužití jako nástroje boje se situací, která zjevně představuje obcházení zákona. Zde SD EU formuluje

²² Blíže HURDÍK, J. – SELUCKÁ, M. Hrozí smrt soukromého práva? *Právník*. 2019, roč. 158, č. 1, s. 18–31.

²³ Srov. judikatura, věnovaná zneužití v daňové problematice, zmiňovaná v tomto příspěvku. Srov. též publikace: POPOVIČ, A. – ROMÁNOVÁ, A. – STRAKOVÁ, I. (eds). *Zneužití a iné formy obchádzania práva/Abuse and Other Forms of Circumvention of Law*. Košice: UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta, 2016, jejímž předmětem je výhradně daňová problematika.

²⁴ Srov. konferenční sborník pražské právnické fakulty: TICHÝ, L. – MASLOWSKI, S. – TROUP, T. (eds). *Zneužití práva*. Praha, 2016, jakož i v předchozí poznámce zmíněný sborník, věnovaný obcházení zákona a zneužití práva především ve finančně právní sféře: POPOVIČ, A. – ROMÁNOVÁ, A. – STRAKOVÁ, I. (eds). *Zneužití a iné formy obchádzania práva/Abuse and Other Forms of Circumvention of Law*. Košice: UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta, 2016.

strukturovaný pokus o definici zneužití, založenou na třech pilířích: a) Prvním je objektivní kritérium: obchodní transakce nebyla provedena za ekonomickým účelem, ale výlučně za účelem získání výhody; je ovšem nutné postupovat případ od případu, zohlednit obchodní a ekonomické praktiky v dané oblasti. b) Dalším je subjektivní kritérium – operace byla takto provedena úmyslně. c) Důkazní břemeno leží na správci daně, v případě soudního sporu na soudu.

Je zřejmé, že jde o pilíře, které (srov. závěry tohoto příspěvku) náleží mezi podmínky obcházení daňových předpisů.

Rozhodnutí *C-515/03 Eichsfelder* navazuje na předchozí, když za zneužití označuje jednání, u nichž je prokazatelné, že jejich účelem je získání výhody v rozporu s cíli práva Společenství použitelného v daném případě umělým vytvořením podmínek vyžadovaných pro získání uvedené výhody. Důsledkem zjištění zneužití předpisů o daňových odpočtech je neudělení nebo odnětí daňové výhody. Předmětem dokazování v takovém případě jsou: a) jednak souhrn objektivních skutečností, ze kterých vyplývá, že i přes formální dodržení podmínek stanovených právní úpravou Společenství nebyl dosažen cíl sledovaný touto právní úpravou, b) a dále subjektivní prvek spočívající v záměru získat výhodu vyplývající z právní úpravy Společenství tím, že jsou uměle vytvořeny podmínky vyžadované pro její získání.

Paušálně shrnující povahu podmínek konstatování zneužití v daňovém právu má známé rozhodnutí *C-255/02 Halifax*, koncentrované v následujících bodech: a) veškerá plnění, která splňují objektivní kritéria stanovená zákonem na jejich formu, musí být také za taková plnění považována, a to bez ohledu na jejich účel, i když by tento mohl být jen získání daňového zvýhodnění; b) právní úprava Společenství nemůže jít tak daleko, aby zahrnovala zneužívající praktiky hospodářských subjektů, tj. plnění realizovaná pouze za účelem získání daňové výhody; c) zákaz zneužití není relevantní, pokud dotčená plnění mohou mít jiné odůvodnění než pouhé dosažení daňových zvýhodnění; d) jde o výlučně umělý charakter plnění a k němu směřující právní, hospodářské či personální vztahy mezi subjekty; e) k takové umělé konstrukci daňový orgán nepřihlíží a plnění uskutečněná v jeho rámci musí být nově definována tak, aby byla nastolena taková situace, jaká by existovala v případě neexistence plnění představujících toto zneužití.

Z přehledu jádra citovaného rozhodnutí vyplývá jeho směřování ke klasické konstrukci zneužití jako výjimečné situace, založené na kritériu výlučného cíle spočívajícího v dosažení daňového zvýhodnění, využívajícího výlučnou umělou konstrukci plnění pouze pro dosažení daňových výhod, v tomto případě implikující úmysl jednajícího touto umělou konstrukcí daňové výhody dosáhnout.

Významný posun v kritériích evropské soudní praxe nastal v rozhodnutí *C-425/06 Italsevice*, které nově připouští, že zneužití může být i jen jedním z cílů obchodní transakce, nemusí být jediným, ale musí být cílem hlavním, když vztahy mezi dotčenými hospodářskými subjekty ukazují, že získání daňového zvýhodnění představuje hlavní sledovaný cíl, přes případné vedle toho existující hospodářské cíle vycházející z hledisek týkajících se například marketingu, organizace a záruk za plnění.

Institutu zneužití se aktivně ujal i Nejvyšší správní soud, který v rozhodnutí *7Afs 115/2004* podává vlastní definici zneužití, za které považuje chování adresáta právní normy, které není v souladu s požadavkem rozumného uspořádání společenských vztahů, je chováním protiprávním, jelikož zakládá ničím neodůvodněnou nerovnost jedné strany na úkor ostatních členů společnosti, tzn. působí jim ničím neodůvodněnou újmu. Zákon nemůže pamatovat na všechny možné myslitelné situace; v důsledku toho se zdá, že určité

chování formálně odpovídá zákonu, avšak je současně pocíťováno jako krajně nespravedlivé, protože působí jinému újmu.

Tato formulace má význam potud, že jako jedna z mála užívá obecného kritéria zneužití, spočívajícího v rovnováze zúčastněných zájmů, v jejímž dosažení spatřuje rozumné uspořádání společenských vztahů. Zmínka o ničím neodůvodněné újmě je zpochybnitelná: vždyť právě kritika zneužití i obcházení zákona je založena na formálním naplnění požadavků zákona a představuje jeden z trvajících sporných existenciálních znaků jak konstrukce zneužití práva, tak obcházení zákona.

V rozhodnutí 2 Afs 178/2005 Nejvyšší správní soud již sleduje shodně s vývojem evropské judikatury kritérium hlavního (*dolus generalis*), nikoli výlučného cíle získání daňových výhod:

Pokud je hlavním účelem transakce získání výhody a tento účel je neporovnatelně významnější, ostatní účely zastiňuje a zásadně marginalizuje, lze od nich při zkoumání hospodářského smyslu dané transakce odhlédnout.

V nálezů Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 374/06 nacházíme při charakteristice zneužití práva jako zásady právní příznání určité míry bezradnosti v přístupu k oběma pojmům: Zásada zneužití práva je pro soud silnější než dovolení dané právem, lze také uvažovat o obcházení zákona.

Uvedený krátký exkurs do judikatury, zejména z oblasti daňového práva ukazuje na prosazování konstrukce zneužití s jejími pojmovými znaky ze soukromého práva do té oblasti veřejného práva, v níž se uplatňuje soukromoprávní status osoby. Pro nositele veřejné moci logicky platí jiný prostor uplatňování jeho pravomocí a kompetencí a porušení těchto hranic má za následek překročení pravomoci nositele veřejné moci. Současně je zřetelné, že zneužití subjektivního práva tu nahrazuje obcházení zákona, které je v uvedených typových situacích zřetelně indikováno (srov. též dále v tomto příspěvku).

6. Současné (především české) zakotvení zneužití v legislativě

Ještě před nahlédnutím do legislativní úpravy zneužití (směřujícím především do jeho kolébky v soukromém právu) lze jako podklad pro srovnání uvést konstrukci limitů výkonu vlastnického práva, zakotvenou v Listině základních práv Evropské unie.²⁵ V jejím čl. 17 nazvaném *Právo na vlastnictví* můžeme pocítit legislativní závan zneužití ve větě poslední: „*Užívání majetku může rovněž být upraveno zákonem v míře nezbytné z hlediska obecného zájmu.*“ Samozřejmě nejde o žádnou přímou vazbu na zneužití: evropský zákonodárce tu vytvořil legislativní prostor pro limitaci užívání majetku. Úvaha o rozsahu uplatnění tohoto ustanovení, zda pouze v užším smyslu na výkon *iuris utendi* v klasické podobě jednoho z vlastnických oprávnění, či jako nejširší spektrum zacházení s majetkem, směřuje zřejmě (z důvodů tendencí uvedených v tomto textu) k extenzivnější variantě výkladu. Souborně vzato však jde o ustanovení velmi rezervované a navíc vytvářející prostor pouze legislativě a (doslovně čteno) pouze možným legislativním omezením užívání majetku. Za pozornost přitom stojí absence cílů, pro které může být omezení upraveno. Sumárně vzato si lze jen obtížně představit vágnější a opatrnější prostor pro omezení vlastnického práva (respektive jeho výkonu – srov. výraz „užívání majetku“) na základě konstrukce zneužití.

²⁵ (2007/C 303/01).

V rámci lidskoprávní výbavy českého právního řádu, obsažené v Listině základních práv a svobod nacházíme v čl. 11 odst. 3 explicitní ústavní zákaz zneužití vlastnictví na újmu práv druhých nebo v rozporu se zákonem chráněnými obecnými zájmy. Toto ustanovení je pozoruhodné v několika směrech: a) obsahuje přímý zákaz zneužití práva (zjevně subjektivně determinovaného), b) je omezeno pouze na zákaz zneužití vlastnického práva, c) představuje explicitní výjimku z ústavní ochrany vlastnictví, d) jeho kritériem (cílovým) je jednak individuální újma na právech druhých (osob), jednak rozpor se zákonem chráněnými obecnými zájmy. Svou koncepcí se toto ustanovení jeví zakotvené v antických kořenech zneužití (už omezením pouze na vlastnické právo jako jediný skutečně existující relikv římskoprávního systému privilegií), a současně velmi citlivě odráží soubor hlavních řešení, která se podílela na tvorbě moderní teorie zneužití (volba kritérií, cesta k dosažení rovnováhy zájmů, dokonce i individuálních a společenských, ale i formulační překlenutí trvajících sporů o vnitřní či vnější teorii zneužití tím, že se tvůrce Listiny vyhnul formulacím, které by tento starý spor mohly evokovat). Dodejme snad, že v intencích převažujících názorů je i takto legislativně formulovaný zákaz zneužití subjektivně determinován implikovaným (v pojmu zneužití) předpokladem zavinění (stupeň a forma zůstávají legislativně i doktrinárně otevřené, byť se nejčastěji předpokládá forma úmyslu). Zařazení zákazu zneužití vlastnictví do rámce ústavních pramenů práva signalizuje, že i ústavně zakotvené lidské právo lze zneužít. To vyvolává širší konotace (které ovšem už patří do jiné tematické oblasti) o možných „vedlejších účincích“ prosazování lidských práv. Škoda, že každé základní právo nemá svůj příbalový leták, podobně jako čl. 11 Listiny má svůj odst. 3.

Z odlišného konceptu zneužití vychází zjevně klíčová zásada českého soukromého práva, vyjádřená v § 8 občanského zákoníku (2012) lapidárního znění: „Zjevné zneužití práva nepožívá právní ochrany.“ Zdroj této formulace, která již prošla předchozím obchodním zákoníkem (§ 265 zák. č. 513/1991 Sb.), je ve švýcarském občanském zákoníku z roku 1907.²⁶ Uvedená formulace: a) přebírá teorii zneužití na tehdejší úrovni jejího rozvoje, přičemž z dilematu teorie zneužití vnitřní a vnější pracuje s konstrukcí typickou pro teorii vnější, když zneužití nezakazuje přímo, nýbrž odpírá mu právní ochranu: tím vylučuje zásah následků zneužití do obsahu subjektivního práva, nýbrž do fáze jeho výkonu;²⁷ b) pracuje s přívlastkem „zjevné“ zneužití, který se ukázal jako problematický pro právně interpretační a aplikační praxi. Přes výklady o spojení zjevnosti s dokazováním,²⁸ respektive s flagrantností²⁹ aj., historicky i systematicky se nabízí provázat tento koncept s legislativní konstrukcí omezení výkonu vlastnického práva v § 1012 občanského zákoníku a s konstrukcí náhrady škody při výkonu práva (§ 2909 o. z.), která je výslovně založena na kritériu generálního úmyslu (*dolus generalis*).

Obecný postoj zákonodárce (v § 8) k zneužití práva nekoresponduje koncepčně s navazujícími řešeními v dalších částech o. z. Obecné limity výkonu vlastnického práva, formulované v § 1012, jsou založeny na znacích, respektive kritériích: a) výkonu vlastnického

²⁶ Doslovné znění: „Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz“.

²⁷ Viz blíže mj. PULKRÁBEK, Z. *Zákaz zneužití práva v rozporu s jeho účelem*. Praha: Eurolex, 2007, s. 30; viz též výklad, který na základě právě této formulace označuje zneužití za zakázané jednání, nikoli výkon práva: LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník. I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 90–91.

²⁸ Srov. LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník. I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, zejm. s. 90.

²⁹ Srov. důvodová zpráva k občanskému zákoníku 2012 k § 8, srov. též PULKRÁBEK, Z. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*, s. 156.

práva (vlastník zůstává vlastníkem), b) míry přiměřené poměrům, c) spojené se závažným rušením práva jiných osob, c) samostatnou skutkovou podstatou je kritérium *doli generalis*, d) všechna uvedená jednání jsou výslovně zakázána.

Významnou roli při sankcionování zneužití hraje nepochybně zmíněný § 2909, který je historicky převzat (prakticky doslovně) z německého BGB a rakouského ABGB po jeho třetí dílčí novele z roku 1916. Tato řešení přijímají koncept náhrady škody, kdy součástí zneužití je rozpor s dobrými mravy a současně výkon práva, jehož hlavním cílem je poškodit jiného. Jde tedy o zneužití, založené na symbióze s dobrými mravy, a současně je sankcionovatelné pouze za přítomnosti generálního úmyslu.

V konfrontaci s vágním, nicméně pružněji interpretovatelným § 8 se ukazuje, že § 2012 i § 2909 jsou z jiného světa než § 8 a všechny zmíněné konstrukce zneužití mají problém s kompatibilitou jak vůči systému, tak vůči sobě navzájem.

K uvedeným konstrukcím zneužití lze zmínit obecné přístupy zákonodárce k zneužití: srov. obecnou zmínku o *iuris abutendi* v důvodové zprávě³⁰ k občanskému zákoníku, která však hovoří – v klasickém pojetí *iuris abutendi* – pouze o možnosti působit na podstatu věci až k jejímu zničení, tedy bez přímé vazby na moderní teorie zneužití.

Je zřejmé, že legislativní koncept zneužití v českém soukromém právu je založen na dílčích řešeních, vycházejících z odlišných konceptů a východisek a je obtížné interpretačně dosáhnout jeho vnitřně souladné a navenek jednotně funkční konceptualizace. Legislativní zakotvení zneužití práva nesleduje prvoplánově sjednocení konceptu zneužití a umožnění nalézt cestu k jeho podstatě. Nabízelo by se řešení, že zákonodárce přijal koncept zneužití jako hodnoty s neurčitým obsahem. Takový závěr však komplikuje fakt, že se tu jedná o typ sankce, která suspenduje výkon subjektivních práv, a „skutková podstata“ by tudíž, v zájmu právní jistoty, měla mít pokud možno určité či alespoň určitelné kontury.³¹

7. Zneužití práva versus obcházení zákona

V evropské judikatuře se objevují tendence k aplikaci zneužití (*abusus iuris*) i na situace dříve kvalifikované jako obcházení zákona (*fraus legis*, jednání *in fraudem legis*). Tento vývoj je přebírán odbornou literaturou, aniž by byl blíže argumentován. Flagrantní v tomto smyslu je název slovenského sborníku vědeckých prací, vzniklých a publikovaných jako dílčí výstup rozsáhlejšího projektu.³² Uvedená publikace signalizuje potvrzení v oblasti odborné literatury tendence k: 1) přenesení institutu zneužití do oblasti daňového práva jako součásti veřejného práva a jeho užívání v této oblasti bez hlubšího zkoumání jeho podstaty, právní povahy a funkce (to je ovšem odraz již signalizovaného převzetí institutu zneužití rozhodovací praxí správního soudnictví a evropskou justicí); 2) vnímání zneužití práva bez jeho odlišování od jiných, nicméně (alespoň historicky) zásadně odlišných institutů, jako obcházení, a to včetně jeho terminologického zakotvení (srov. v názvech příspěvků užití pojmů „zneužití norem“, „*societas publicanorum* jako nástroj zneužívání práva“), či dokonce vytvoření konstrukce zneužití jako subtyp obcházení zákona (srov. název celého sborníku).

³⁰ ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s důvodovou zprávou a rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 440.

³¹ Srov. *mutatis mutandis* maximu nullum crimen sine lege.

³² Již výše citovaný sborník: POPOVIČ, A. – ROMÁNOVÁ, A. – STRAKOVÁ, I. (eds). *Zneužití a iné formy obchádzania práva/Abuse and Other Forms of Circumvention of Law*. Košice: UPJŠ v Košiciach, Právnická fakulta, 2016. Publikováno jako výstup celoslovenského projektu VEGA č. 1/375/15.

Při hledání řešení vycházejme (v návaznosti na postřehy K. Eliáše) ze srovnání znaků obcházení zákona s (tradičními) znaky zneužití:

- a) Subjektivní právo, respektive jeho výkon a zpronevěra jeho cílům, ať obecným, či individuálním, jsou znakem zneužití; objektivní právo a zpronevěra jeho cílům jsou znakem obcházení zákona.
- b) Znakem zneužití je výkon subjektivního práva; to je vždy společenské, tedy vztahové, jinak je právně bezvýznamné. Zneužití subjektivního práva je zaměřeno na ovlivnění vztahů mezi subjekty a projevuje se skrze dopady na tyto vztahy. Obcházení zákona je zaměřeno na odnětí zákona jeho účelu, které nemusí být realizováno ve vztahové sféře, ale směřuje do sféry zásadního i parametrického fungování právního řádu. Vyjádřeno prostřednictvím zásad: obcházení zákona narušuje veřejný pořádek, zneužití práva dobré mravy.
- c) Kritérium poměrování přijatelnosti či nepřijatelnosti zneužití je hledáno jednak ve sféře objektivního práva (cíl subjektivního práva, společensko-ekonomický účel subjektivního práva, jednak v subjektivní sféře zneužívající osoby (úmysl škodit, *dolus generalis*, šikana...), ale i ve sféře, která tyto oblasti propojuje (rovnováha zúčastněných zájmů). V prvně uvedené skupině kritérií se zřejmě nalézá styčný bod a oblast vzájemných průniků zneužití a obcházení zákona, když posledně uvedené má za svůj cíl dosažení cíle jednání, který se vyhýbá cílům sledovaným zákonem a jedná podle formálního textu zákona s cílem dosáhnout jiného, zpravidla obecně škodlivého účinku, jako zrcadlového odrazu neoprávněných výhod pro jednající. Zneužití, které má dopad tradičně v individuální sféře osoby ovlivněné výkonem subjektivního práva, může být na základě těchto znaků směřováno s obcházením, které má zpravidla dopad do oblasti veřejného pořádku.
- d) Zneužití práva je – z důvodů uvedených výše – posuzováno zpravidla skrze následky zneužití subjektivního práva a s ním je spojen soubor sankčních opatření. Obcházení zákona je spojeno s právním jednáním a má za následek zásadně neplatnost právních jednání, případně jiných právně relevantních aktů.
- e) V návaznosti na předchozí úvahy se ukazuje jako mimořádně významné kritérium zneužití: Zatímco obcházení zákona sleduje odnětí zákona jeho účelu, který je zpravidla dobře zjištělný buď z textu zákona samotného, případně z jeho důvodové zprávy, respektive odvoditelný ze souvislostí,³³ zneužití práva nemá jednotné kritérium posuzování naplnění jeho skutkové podstaty (viz též výše), a současně toto kritérium je obtížně identifikovatelné jak z pohledu přístupu zákonodárce (srov. jen nejednotnost, či dokonce nepřítomnost zákonného kritéria v jednotlivých zákonných odkazech na zneužití), tak při posuzování cíle sledovaného osobou vykonávající své subjektivní právo (jaké kritérium jí lze přičíst abstrakcí analýzy jejího konkrétního chování?).
- f) Na předchozí tezi o kritériích zneužití navazuje povaha kritérií zneužití: všechny mají hodnotový náboj: blíže nespecifikovaný vznik škody jinému při výkonu práva, *animus nocendi*, *dolus generalis*, šikanózní výkon práva lze zahrnout do souboru

³³ Výraz „zpravidla“ ukazuje na výjimky v situacích, kdy zákon sleduje na jedné straně zřejmý, či dokonce výslovně deklarovaný cíl a paralelně na druhé straně implikuje cíl jiný (skrytý), a to buď záměrně, respektive tento jiný cíl byl zákonodárci podsunut (příklady si poučený čtenář jistě dosadí sám).

následků geneticky vázaných na porušení zásady *neminem laedere* v míře, v jaké působení škody jinému již zákon nehodlá strpět. Rovnováha zúčastněných zájmů je – vedle jejího prosazování za kritérium zneužití – rovněž cílovou hodnotou soukromého práva v nejobecnějším smyslu, *ergo* zřejmě systémově nejčistším etalonem zneužití jako klíčového nástroje spravedlnosti soukromého práva. Modifikovanou podobu rovnováhy zúčastněných zájmů představuje kritérium nedostatku legitimního zájmu. Zjevně největší vypovídací hodnotu o povaze zneužití práva (a pro konfrontaci s obcházením zákona) může mít kritérium sociálně-ekonomického účelu subjektivního práva. Toto kritérium lze vnímat dvojnásobně: a) především jako obecnou formu, jejíž obsah mu dodá kritérium jiné: obsahově konkretizovaným společensko-ekonomickým cílem může být právě tak rovnováha zájmů jako nepřijatelnost šikanózního výkonu práva. b) Lze je však pojímat i jako kritérium samostatné (a takto bylo zjevně vypracováno na počátku 20. století ve Francii), které má svůj vlastní obsah, respektive cíl. Jde o kritérium vypracované v souvislosti se „socializací“ soukromého práva ve Francii a sledující dosažení určité míry sociální dimenze v dosud silně individualisticky pojatém systému soukromého práva.³⁴ A zde se ukazuje prostorový potenciál pro zneužití: Užití pro specifikaci zneužití práva kritérium sociálně ekonomického určení takového práva znamená: a) buď hledat, zda současný společensko-ekonomický systém má definován své (hodnotové) cíle, přenositelné do práva ekvivalentními nástroji, b) nebo ponechat tuto specifikaci právní praxi s rizikem, že za zneužití bude považováno cokoli, co konkrétní soudce takto označí.

Ačkoli poslední závěr vyznívá fatalisticky a defetisticky, v konfrontaci s reálným vývojem se mu zjevně blíží nejvíce.

Závěrem

Autor tohoto textu je si vědom fatálnosti vývoje kategorie zneužití práva, který se v současnosti málo ohlíží na historické zdroje, historické souvislosti, doktríny, z nichž se zneužití zrodilo a poslání, které mu bylo vtisknuto do vínku. Je si vědom současně, že většina autorů, kteří se tomuto tématu věnují v poslední době, tento faktický, především pragmatický vývoj a jeho jednotlivé dílčí kroky vnímají a zachycují. Ne vždy lze však pozorovat ambice tento proud tezí, řešení, východisek, cílů a doktrín uvést do souladu s dědictvím minulosti a logikou jeho vývoje a převzetí novou dobou, s právním a společenským prostorem, v němž jsou národní právní systémy podrobeny obecnějšímu přezkumu, s vnímáním právního řádu jako uceleného funkčního systému, v němž jeho části působí systémově, a nikoli antisystémově, a už vůbec ne s vizí budoucího vývoje a společenských požadavků na jeho směřování. Tím méně lze řešení očekávat od faktického vývoje práva cestou právní praxe: její ambice jsou omezeny na kauzalitu sporu, které přizpůsobují své vnímání zneužití a jeho právně interpretační a aplikační role a faktoru dotváření práva.

Vývoj zneužití má expanzivní průběh, o tom není pochyb. Pochyby vznikají ohledně jeho směřování, co je jeho cílem, tedy co je jeho kritériem. V tomto smyslu se zdá, že se vývoj ocitá v dilematu: na jedné straně je zneužití nástrojem regulatorní role práva;

³⁴ Srov. HURDÍK, J. *Zneužití subjektivních občanských práv*, s. 37–43 a literatura tam citovaná.

na druhé straně z jeho povahy není zřejmé, kam jeho regulatorní funkce směřuje, jaké jsou její cíle. Za situace, charakterizované mj. uvedenými dvěma tendencemi zneužití, se autor pokusil naznačit, že právo s jeho systémovými i antisystémovými prvky, se svými idejemi i fatalismem má své fylogenetické ambice, mezi které by zřejmě mohla patřit i snaha směřovat uspořádáním společnosti a jejích vztahů k vyšší kvalitě života všech zúčastněných osob. Právo má metodologické i právně technické nástroje k jejímu dosažení. Způsob, jakým je nakládáno se zneužitím, může posloužit jako signál (či dokonce soubor signálů) o obecnějším přístupu k právu. Rozšíření zneužití jako (téměř) všudypřítomného nástroje korektivní spravedlnosti je napohled chvályhodný krok: je to však krok, který se vymyká z logiky systému, když z výjimky činí pravidlo.³⁵ Dnes si málokdo vybaví, že býval v historii opakovaně paušálně odmítán, později býval chápán jako výjimečné řešení, s nímž je třeba zacházet opatrně, stejně tak jako se všemi právními zásadami: neboť i zneužití může být zneužito.

³⁵ A navíc pravidlo s dosud zcela nevyjasněným cílem a smyslem.

Nejlepší zájem dítěte

Lenka Westphalová* – Renáta Šínová**

Abstrakt: Studie se zabývá povahou, interpretací a aplikací pojmu nejlepší zájem dítěte. Vychází z požadavku zvláštní ochrany práv dítěte a současně požadavku určité míry objektivizace neurčitého právního pojmu nejlepší zájem dítěte. Určité problémy výkladu nastávají již při srovnání anglického originálního znění a českého překladu. Na tyto a další problémy se stať zaměřuje, z pohledu aplikačního pak zejména na zjišťování nejlepšího zájmu dítěte v soudním řízení a problémům s tím spojeným. Naše studie ukazuje, že při posuzování a zjišťování nejlepšího zájmu dítěte je nad míru důležité uznávat právo dětí na sebeurčení a umožnit jim participaci na rozhodnutích, která se je týkají. V neposlední řadě se kriticky vyjadřuje k praxi využívání některých důkazních prostředků.

Klíčová slova: dítě, rodiče, nejlepší zájem dítěte, důkazní prostředky

Úvodem

Pozoruhodné postavení v právu má „nejlepší zájem dítěte“ jako již ustálené slovní spojení. Zásada, že „zájem dítěte musí být předním hlediskem při jakékoli činnosti týkající se dětí“ implikuje, že neexistuje omezení pro její uplatnění. Zájem dítěte se stává předním, nikoli však jediným hlediskem rozhodování. Zní to velmi jednoduše: kdokoli, kdo ovlivňuje život dětí, musí na ně brát maximální ohled. Nicméně takto výlučně obecně uchopená zásada může vyvolávat mnohdy obavy, zmatek i nepochopení. Proč jak v laické, tak odborné společnosti panují obavy z její realizace? Klíčovým bodem je otázka, jak určit, co je v nejlepším zájmu dítěte a také zejména určit, kdo jej má vyhodnocovat. Kdo má určit, co je v nejlepším zájmu dítěte, pokud matka ani otec toho schopni nejsou a prosazují vlastní zájmy? Máme za to, že koncept rodičovské odpovědnosti a povinnosti, pokud je to možné, do ní nezasahovat, je obecně opodstatněný. To nicméně nezbavuje stát pozitivně do rodinných vztahů vstoupit právě v situaci, kdy je závažným způsobem nejlepší zájem dítěte ohrožen. Je třeba přiznat, že článek 3 Úmluvy o právech dítěte je silně paternalistický. Vychází z toho, že někdo musí určit, co je nejlepším zájmem dítěte. Základem je jeho prospektivní ochrana do budoucna k zajištění maximálního rozvoje osobnosti dítěte. A vždy, když se dospělí pokouší definovat a realizovat zájmy dětí, dostanou se do pozice střetu vlastních zájmů a zájmů dětí, kterou je potom třeba vyřešit. A kdo má být ten nezávislý? A jak se dítě má podílet na definování a realizaci vlastních zájmů? Účelem této statě je pokusit se na tyto otázky hledat odpovědi.

1. Od objektu ochrany k subjektu práv

Veškeré mezinárodní i vnitrostátní předpisy uznávají zvláštní právní postavení dítěte. Smyslem a účelem je ochrana dítěte v situacích, které jsou z hlediska jeho života nestan-

* JUDr. Lenka Westphalová, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: lenka.westphalova@upol.cz. Tento příspěvek vznikl jako výsledek projektu Grantové agentury České republiky s názvem *Efektivita nástrojů řešení rodičovských konfliktů* č. GAČR 18-238155.

** JUDr. Renáta Šínová, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: renata.sinova@upol.cz.

dardní, to znamená odlišné od běžného rodinného života. Může jít konkrétně o neshodu rodičů, jejich rozchod či rozvod nebo o odloučení dítěte od rodičů z důvodu neschopnosti rodičů pečovat o děti, může jít o problematiku určování a popírání rodičovství, či dokonce postavení dítěte ve specifických situacích, například postavení jako uprchlíka. V současnosti se jako velmi složitá jeví otázka posuzování péče o zdraví dítěte spočívající například v očkování, transfuzi krve či zdravotní péči o děti nevyléčitelně nemocné (například v otázce, zda vždy a za všech okolností je v zájmu dítěte prodlužovat mu život). Přičemž konflikty mohou nastávat jak mezi rodiči navzájem, tak mezi rodiči a státem. Ve všech těchto situacích platí, že je třeba na ně pohlížet optikou dítěte se základním požadavkem posouzení jeho nejlepšího zájmu.

Myšlenka dětských práv se objevila nejdříve v podobě deklarací, které neměly právní závaznost a k dítěti přistupovaly jako k objektu sociální péče a ochrany. V prvních právních dokumentech, které byly na poli ochrany práv dítěte přijaty, se na začátku 20. století prosazoval čistě paternalistický přístup. Tyto dokumenty byly především výrazem solidarity s problémy, kterými děti trpí. Paternalistický přístup se však spokojil s pouhým vybízením k ochraně dětí, které se tím stávaly jejím pasivním příjemcem. Deklarace práv dítěte byla přijata jednomyslně XIV. Valným shromážděním OSN dne 20. listopadu 1959.¹ Jde-li o terminologii, literatura uvádí, že je výkladově třeba vycházet i z originálního anglického znění, „*Deklarace práv dítěte OSN používá výrazy jako dítě má nárok (dítě je oprávněno – ,the child shall be entitled’), dítě požívá (,the child shall enjoy’) nebo dítě musí být chráněno (,the child shall be protected’) ve spojení s anglickým způsobovým slovesem shall, které vyjadřuje jednak budoucí čas, jednak ,mít něco udělat. Naproti tomu Všeobecná deklarace lidských práv používá spojení jednodušší – každý má právo (,everyone has a right’).*“² Tento rozdíl je výrazem tehdejšího mezinárodního povědomí o právním i sociálním postavení dítěte, které nebylo vnímáno jako společensky aktivní jedinec s jeho sebeurčením a autonomií. Jejímu přijetí předcházely diskuse, které v podstatě odrážejí pochyby a hledání cesty přístupu k dětem. Představitelé Spojeného Království a Spojených států Deklaraci při jejím zpracování vytýkali nedostatek stručnosti a jasnosti, kdežto představitelé Sovětského svazu ji chtěli mít specifičtější, podrobnější, a také prosazovali použití návodů, jak ji do života uvádět.

Pod vlivem myšlenky osvobození dítěte bylo vypracováno konečné znění Úmluvy o právech dítěte (vyhlášena sdělením č. 104/1991 Sb., dále jen Úmluva). Velkou novinkou a významným posunem v rovině skutečné realizace práv dětí bylo zavedení nástroje mezinárodní kontroly nad dodržováním práv dítěte, a to prostřednictvím *zpráv o realizaci ustanovení Úmluvy*, které státy musí podávat a které jsou kontrolovány Výborem pro práva dítěte. Byť jsou závěry šetření Výboru pro práva dítěte prezentovány na úrovni pouhých doporučení, je Úmluva považována za jeden z neúspěšnějších dokumentů. Přihlásilo se

¹ Tuto deklaraci pak v roce 1924 přijala Liga národů (na Shromáždění Společnosti národů, tj. Ligy národů, angl. *League of Nations*). Tehdy poprvé v dějinách mezinárodní společnosti proklamovalo (deklarovalo) práva dítěte. Deklarace nebyla pro státy zavazujícím aktem mezinárodního práva. Měla však velký význam historický, morální i politický. Byla reakcí mezinárodního společenství na utrpení a veškerá příkoří dětí v době první světové války. Deklarace stvrzuje, že lidská společnost musí dítěti dát vše nejlepší. Tím byla vyjádřena potřeba specifického dokumentu, který by zajišťoval zvláštní lidská práva a potřeby dítěte. Thomas Hammaberg (1992), mezinárodně uznávaný expert v oboru lidských práv, uvedl, že lidské zacházení s dětmi se tak dostalo z prostoru pedagogického myšlení do oblasti humanitárního a politického boje za jejich práva. Blíže viz: BŮŽEK, A. Století dítěte a práva dítěte [online] [cit. dne 23. 9. 2019]. Dostupné z: <<http://dcicz.org/userfiles/file/sdpd.pdf>>.

² JÍLEK, D. Práva dítěte v kontextu. In: *Sub-projekt PF 003: Implementace zkušeností dobré praxe ve vzdělávání v oblasti práv dětí ve Švýcarsku do podmínek ochrany práv dětí v České republice*. Česko-britská o.p.s., 2011, s. 20.

k ní téměř celé mezinárodní společenství.³ Mezinárodní kontrola a jednotný přístup k ochraně práv dítěte je však určitou slabinou, kdy ani po přijetí Opčního protokolu k Úmluvě o právech dítěte zavádějícího postup předkládání oznámení (vyhlášeno sdělením č. 28/2016 Sb. m. s.)⁴ zřejmě nebude zajištěn jednotný ani dynamický výklad jednotlivých práv garantovaných Úmluvou. Protokol sice rozšiřuje kompetence Výboru pro práva dítěte o *možnost projednat individuální či mezistátní oznámení*, a dokonce o právo provést za určitých podmínek šetření na místě, ale stanoviskům a doporučením Výboru chybí právní relevance závazného rozsudku. Pouhé deklarování porušení Úmluvy nemusí být dostatečné.

Úmluva o právech dítěte začala rozvíjet přístup, který zdůrazňuje, že dítě je subjektem práv, že jde o osobu s vlastními potřebami a přáními, o kterých může sama rozhodovat, že práva rodičů jsou odvozena z jejich povinností vůči dítěti a existují jen tak dlouho, dokud jsou pro ochranu dítěte potřeba, tedy do doby, kdy dítě dosáhne dostatečné způsobilosti (svéprávnosti) a je schopno rozhodovat se samo. Autonomie dítěte je zárukou jeho postavení jako subjektu práv a konkrétní realizace jeho práv. Základním posunem je idea, že to, co dítě potřebuje, není jen výhradně ochrana, ale i určitá míra samostatnosti s ohledem na jeho vyvíjející se schopnosti.⁵ Tento přístup ovšem nesmí znamenat vytvoření bytosti „malého dospělého“, tedy dítěte bez dětství. Několik amerických autorů tento současný nepříznivý vývoj kritizuje.⁶ Je třeba najít vyvážený, interdisciplinární přístup, který bude zohledňovat poznatky všech společenskovedních disciplín. Jednostranný pohled na problematiku dítěte není možný. Zakotvení práv dítěte není dostačující bez celkové změny postoje k dětem a komplexního přístupu.

2. Koncepce nejlepšího zájmu v mezinárodních dokumentech

Zásada nejlepšího zájmu dítěte bývá považována za nejméně pochopenou ze všech právních zásad. Deklarace práv dítěte (1959) uváděla v zásadě č. 7: *„Nejlepší zájmy dětí mají být vůdčími zásadami pro ty, kdož odpovídají za výchovu a vedení dítěte. Tuto odpovědnost nesou v první řadě rodiče dítěte.“*⁷ Úmluva o právech dítěte (1989) převzala ve vztahu k nejlepšímu zájmu dítěte podobnou rétoriku jako Deklarace. Nic to nemění na tom, že jako pouhé hodnotové východisko je tato proklamace nedostačující. Je třeba se pokusit

³ Jenom dvě země Úmluvu neratifikovaly, a to USA a Somálsko. V případě USA to bylo pro „závažné politické a právní zájmy, které odporují americké centrální politice ústřední role rodičů, suverenity, národního a státního práva.“ Citováno z UNICEF. Convention on the Rights of the Child. Frequently asked questions [cit. 2011-09-20]. Dostupné z: <http://www.unicef.org/crc/index_30229.html>.

⁴ Protokol vstoupil v platnost dne 14. 4. 2016, pro ČR na základě čl. 19 odst. 2 Protokolu dne 2. 3. 2016. Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure [online]. 2017 [cit. dne 23. 9. 2019]. Dostupné z: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPICCRC.aspx>>.

⁵ Úmluva o právech dítěte vychází z humanistické psychologie a lze v ní nalézt odkaz amerického psychologa Abrahama Harolda Maslowa, který v roce 1943 vypracoval teorii pěti základních potřeb. Tyto potřeby seřadil podle toho, jak se postupně vyvinuly, a zároveň podle toho, jsou-li vyšší nebo nižší ve smyslu své hodnoty. Současně byl přesvědčen, že uspokojení nižších potřeb je předpokladem toho, aby nastoupily vyšší potřeby. Základem jsou proto fyziologické potřeby, dále následuje potřeba bezpečí a jistoty, potřeba lásky, přijetí a sounáležitosti, potřeba uznání a úcty a potřeba seberealizace. Tyto potřeby má každý jedinec a samozřejmě i dítě.

⁶ Například POSTMAN, N. *The disappearance of childhood*. New York, 1982, ELKIND, D. *The hurried child*. Cambridge: Perseus publishing, 2001.

⁷ „The best interests of the child shall be the guiding principle of those responsible for his education and guidance; that responsibility lies in the first place with his parents.“

o naplnění a transparentní aplikaci tohoto pojmu. Práva dítěte se totiž střetávají se zájmy jemu nejbližších osob, a proto je velmi složité rozklíčovat a vymezit v konkrétních případech, co je v nejlepší zájmu dítěte. Je možné souhlasit s Jílkem, že: „*Nejlepší zájmy dítěte nebo dětí představují přednostní stav i proces, který odráží potřeby dítěte [...]. Přednostní stav je situace, která by měla být dosažena, pokud zatím neexistuje. Přednostní proces označuje kontinuitu, ale i trvalost stavu. Potřeby dítěte musejí být zachovávány kontinuálně i trvale.*“⁸ Mohlo by se zdát, že jde o spojení dvou nespojitelných charakteristik, kdy nejlepší zájmy dítěte mají být jak procesem, tak cílem. Dle našeho názoru je třeba zásadu nejlepšího zájmu dítěte v nejobecnější rovině chápat jako dosažení stavu, kdy nejlepší zájmy jsou reálně zajištěny a současně v procesu jejich stanovení jsou strukturované a transparentně posouzeny všechny dílčí zájmy, které mohou nejlepší zájmy určovat.

Touto zásadou je v podstatě jazykově vyjádřeno, že dítě z důvodu své nezralosti a absence úsudku nemůže činit rozhodnutí za sebe sama, tato rozhodnutí za něho činí dospělá osoba, ať již rodiče, nebo jiné osoby. Korektivem jednání třetí osoby je právě zásada nejlepšího zájmu dítěte, která v podstatě omezuje „pravomoc“ těch, kdo o dítěti rozhodují. Můžeme říci, že jde o cíl a ideál, kterého je třeba dosáhnout za přispění všech zúčastněných osob. Sousední *nejlepší zájem dítěte* musí být proto, aby mohlo být užíváno, určitým způsobem objektivizováno. Nemůže jít o svévolné použití práva subjektem aplikujícím právo, jelikož by nebyl garantován požadavek předvídatelnosti a přezkoumatelnosti rozhodnutí. Mnohdy se setkáváme s odůvodněním nejlepšího zájmu dítěte jako vlastního názoru osoby aplikující právo, což je třeba považovat za nedostatečné. Subjektivní pojetí nejlepšího zájmu dítěte vylučuje například i Výbor OSN pro práva dítěte, který ve Všeobecném komentáři č. 14 (blíže viz níže) v odstavci 4 uvádí, že „*cílem konceptu nejlepšího zájmu dítěte je zajistit jak plné, tak i účinné požívání všech práv zakotvených v Úmluvě a celostní rozvoj dítěte*“. Zajištění požívání (realizace) všech práv je kategorie objektivní, která zmocňuje dítě účinně a v plném rozsahu všechna práva realizovat. Objektivizace pojmu nejlepšího zájmu dítěte je rozpracovaná dále v článku v části posouzení a zjištění nejlepšího zájmu dítěte.

3. Nejlepší zájem dítěte a jeho povaha

Nejprve je třeba se zaměřit na povahu předmětného sousloví. Zásada nejlepšího zájmu dítěte (nejlepších zájmů) vychází z článku 3 odst. 1 Úmluvy o právech dítěte, který v českém překladu zní: „*Zájem dítěte musí být předním hlediskem při jakékoli činnosti týkající se dětí, ať již uskutečňované veřejnými nebo soukromými zařízeními sociální péče, správními nebo zákonodárnými orgány.*“ Určité problémy se vyskytují v souvislosti s úředním překladem článku 3 odst. 1 Úmluvy a jeho dvou klíčových pojmů, (nejlepší) zájmy dítěte⁹

⁸ JÍLEK, D. Jak porozumět nejlepším zájmům dítěte. In: JÍLEK, D. – POŘÍZEK, P. *Pobyt cizinců, vybrané právní problémy (sborník z konference)*. Brno: Kancelář veřejného ochránce práv, 2014, s. 322 [online] [cit. 18. 9. 2019]. Dostupné z: <https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/Publikace/Pobyt_cizincu_2013.pdf>.

⁹ Ke kritice překladu „*the best interest of the child*“ jako „zájem dítěte“ srovnej JÍLEK, D. *Jak porozumět nejlepším zájmům dítěte*, s. 315–317: „*Český překlad normativní věty odkazuje na jakýkoli zájem dítěte. Jakýkoli zájem se obvykle nestane hlediskem pro autoritativní rozhodování a ani by neměl být konkurenčně zvažován vůči zájmům jiných osob nebo entit, stát nevyjímaje. Český překlad věty je hlavně pro aplikaci smluvní normy zavádějící. Jsou to především nejlepší zájmy dítěte, které musejí být rychle, realisticky a nesentimentálně hodnoceny i zvažovány.*“

a přední hledisko. Nejvyšší soud definoval a shrnul sousloví „nejlepší zájem dítěte“ jako „závažné uvážení soudů, když rozhodují o zaopatření, péči, pomoci či ochraně, jež nejlépe slouží dítěti. [...] K pochopení obsahu této zásady je třeba vzít v úvahu, že čl. 3 odst. 1 Úmluvy vyžaduje, aby nejlepší zájem dítěte byl „předním“ hlediskem při jakékoliv rozhodovací činnosti týkající se dětí. Z užití výrazu „přední“ (primary) a nikoliv „prvořadý“ (paramount) je dovozováno, že nejlepší zájem dítěte má být mezi jinými zájmy zvažován na prvním místě a má mu být dán větší význam než jiným zájmům, nemusí mít nicméně za všech okolností absolutní prioritu [...]. Samotné rozhodnutí pak musí sledovat cíl stabilního a nikoliv přechodného řešení, které sleduje skutečně dlouhodobé zájmy dítěte [...]“.¹⁰ V souladu s tímto výkladem tedy použití výrazu „primary“ znamená, že ostatní zájmy mohou mít stejnou váhu, nikdy však nemohou být zvažovány na prvním místě. Byl-li by užit v anglickém znění výraz *paramount*, bylo by to hledisko naprosté nadřazenosti, což dle názoru Nejvyššího soudu není možné dovodit.

Na toto hledisko je však možné pohlížet i v širších souvislostech, ze kterých je zřejmé, že pouhý překlad Úmluvy je určitou simplifikací. Tyto pojmy nutně nemusí stát v rozporu. Jde jen o to, že v případě pohlížení na koncept nejlepších zájmů dítěte jako na přední hledisko nestačí základní poměrování (viz níže) nejlepších zájmů v rámci jednotlivých práv dítěte, ale je třeba následného proporcionálního srovnání zájmů dítěte a zájmů jiných osob či zájmů dítěte a veřejného zájmu.¹¹ Podle anglické literatury, která poukazuje na možné řešení výkladového problému perspektivou dítěte tak, že je toto rozlišování třeba chápat konkrétně tak, že pokud stát zasáhne do autonomie rodiny, *potřeby dítěte se stávají prvořadými* (nikoli pouze předními) a rozhodnutí by mělo být utvářeno na základě vnímání času dítětem a potřeby zachování současných vztahů dítěte.¹²

Toto již ustálené slovní spojení nebylo původně dostatečně rozvinuto ani osvětleno. Anglicky psaná literatura se bližším vysvětlením tohoto pojmu zabývá již delší dobu, zejména od 70. let minulého století,¹³ je však třeba dodat, že se soustředila na jeho aplikaci v případech odebrání dítěte z péče rodičů a limity nejlepšího zájmu v těchto situacích. V českém právním prostředí ucelená literatura prakticky neexistuje dodnes, je však třeba připomenout práci Milany Hrušákové a disertační práci a časopisecké studie Martina Kornela.¹⁴ Německá literatura je již staršího data, zejména ze 70. a 80. let. Německý občanský zákoník používá pojem *Wohl des Kindes* (blaho, zájem dítěte) v několika souvislostech podobně jako český občanský zákoník, zejména v případě odnětí dítěte z péče rodičů, v případě rozhodování o rodičovské odpovědnosti, styku rodiče s dítětem apod. Německá literatura rozeznává čtyři základní funkce tohoto pojmu, zejména jako prostředek legitimního zásahu do autonomie rodiny, dále jako kritérium pro rozhodnutí, jako procesní měřítko a pro zákonodárce jako právně-politický pohled na normotvorbu. Coester zdůraz-

¹⁰ Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne NS ze dne 26. 4. 2012, sp. zn. 30 Cdo 3430/2011, podobně rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 15. 3. 2016, sp. zn. III. ÚS 2298/15, další ze dne 26. 7. 2016, sp. zn. I. ÚS 153/16.

¹¹ Podobně také HOFFSCHNEIDEROVÁ, A. *O konceptu nejlepšího zájmu dítěte* [online] [cit. dne 23. 4. 2019]. Dostupné z: <<https://www.epravo.cz/top/clanky/o-konceptu-nejlepsiho-zajmu-ditete-106509.html>>.

¹² GOLDSTEIN, J. – FREUD, A. – SOLNIT, A. J. *Beyond the Best Interests of the Child*. New York: Free Press, 1973.

¹³ GOLDSTEIN, J. – SOLNIT, A. – FREUD, A. *Beyond the Best Interest of the Child* (1973), *Before the Best Interest of the Child* (1979), *In the Best Interest of the Child* (1986). New York, Free Press. Nové revidované vydání celé trilogie: GOLDSTEIN, J. – GOLDSTEIN, S. – SOLNIT, A. – FREUD, A. *The Best Interest of the Child*. New York. Free Press, 1996.

¹⁴ HRUŠÁKOVÁ, M. *Dítě, rodina a stát*. Brno: MU, 1993, KORNEL, M. *Nejlepší zájem dítěte*. Disertační práce. Brno: PrF MU, dostupné z: <https://is.muni.cz/th/107739/pravf_d/Kornel_-_NEJLEPSI_ZAJEM_DITETE.pdf>, KORNEL, M. Některé problematické aspekty principu nejlepšího zájmu dítěte. *Právní rozhledy*. 2013, roč. 21, č. 3, s. 88–93.

ňuje, že není třeba se bát neurčitosti tohoto slovního spojení a že není vhodné poukazovat na nemožnost jeho realizace. Dostali bychom se do absurdní situace, kdy by zákon požadoval naplnění něčeho abstraktního či nesplnitelného. Účelem rozhodnutí a úvah k němu vedoucích musí být nastavení rámcových podmínek, za kterých osoba vykonávající rodičovskou odpovědnost bude moci každodenně zajišťovat nejlepší zájem dítěte. Primární odpovědnost za uskutečňování nejlepšího zájmu leží vždy na pečující osobě, tedy ne na orgánu aplikujícím právo.¹⁵

Je možné říci, že se z tohoto slovního spojení stal již frazém ve smyslu ustáleného spojení s vlastním významem, který posunuje význam čistě jazykový, ovšem cesta k porozumění a používání tohoto pojmu ještě není ukončena. Důvody tkví jednak v neustálém vývoji nahlížení na postavení dítěte v různých sociálních a kulturních prostředích a jednak v procesu stanovení co možná komplexně pojatých konkrétních kritériích, která mají napomoci aplikačním orgánům v jejich práci, samozřejmě s vidinou, že žádné dítě není stejné a je třeba v každém případě zvažovat nejlepší zájem konkrétního dítěte. Výbor OSN pro práva dítěte v roce 2013 vydal Všeobecný komentář č. 14 (dále jen Komentář),¹⁶ jehož hlavním cílem má být posílení porozumění a konkrétní návod na aplikaci tohoto pojmu. Porozumění má vyvolat pravou změnu postojů adresátů smluvní normy. Sociálním následkem má být plný respekt k dětem jako subjektům práv.¹⁷ Adresáty této normy nejsou jen stát a jeho orgány, ale také soukromé osoby, rodiče nevyjímaje. Konkrétním projevem této zásady je poté § 866 a 875 o. z. Sousedství nejlepší zájem dítěte je nutné kontinuálně objasňovat nejen v mezinárodním, ale i v českém právním prostředí.

V prvé řadě je třeba zmínit, že jde o neurčitý právní pojem, jímž zákonodárce nemůže kazuisticky obsáhnout všechny budoucí skutečnosti, a proto dává prostor růstu a přizpůsobení se neustále se měnícím společenským i kulturním podmínkám bez toho, aby na každou musel jednotlivě reagovat. Jde o legitimní prostředek práva v situacích, kdy detailní úprava není možná. V této souvislosti je možné si položit otázku, zda jde pouze o dotvoření výkladu jednotlivých ustanovení v případě, kdy zájmy dítěte a jiné osoby jsou v rozporu, nebo je tento pojem širší povahy určující *rámeček, ve kterém se interpretující pohybuje a zjišťuje, kolik různých konkrétních způsobů aplikace* téhož případu odpovídá onomu rámci, vyšší normě, která je aplikována. V souladu s ústavně konformní interpretací a moderním širším pojetím práva jako komplexu nejen právních norem, ale i právních principů, účelů a dalších normativních entit,¹⁸ je třeba se zabývat i možným omezením soudce pro volné uvážení. Orgán aplikující právo má povinnost optikou nejlepšího zájmu dítěte přistupovat a odůvodňovat použitá opatření. Tento postup je pak založen na objektivních hlediscích majících svůj původ v právu bez jakéhokoli náznaku libovůle. Princip právní jistoty je tak zachován, zejména s ohledem na judikaturu Ústavního soudu a Evropského soudu pro lidská práva, kteří odstraňují jednotlivé nejasnosti výkladu a postupně konkretizují postup orgánů aplikujících právo.

¹⁵ COESTER, M. *Kindeswohl als Rechtsbegriff*, in: Brüller Schriften zum Familienrecht. Band 4. Gieseking, 1985 [online] [cit. dne 23. 9. 2019]. Dostupné z: <<https://core.ac.uk/download/pdf/12169616.pdf>>.

¹⁶ Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, paragraph 1), UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 May 2013 [online] [cit. dne 23. 9. 2019]. Dostupné z: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11>.

¹⁷ Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, paragraph 1), UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 May 2013, s. 5, § 12.

¹⁸ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 117.

4. Právní hodnota, zásada, norma či subjektivní právo?

Určitou nesnází je pohled na čl. 3 odst. 1 Úmluvy z toho hlediska, zda se jedná o zásadu či normu. Podle Výboru pro práva dítěte jde dokonce současně o trojí nazírání. Komentář v úvodu definuje nejlepší zájem dítěte jako hmotné subjektivní právo, zásadu i normu, dokonce ji prohlašuje za základní hodnotové východisko Úmluvy. Tato mnohostranná povaha s sebou může přinášet interpretační problémy.

Je nepochybné, že toto ustanovení obsahuje subjektivní právo (oprávnění) dítěte na to, aby jeho zájmy byly zvažovány a hodnoceny jako prvořadé. I celá Úmluva o právech dítěte byla připravena a přijata s cílem uznat subjektivní práva ve prospěch právem chráněných zájmů dětí. Naopak podle Freemana¹⁹ je třeba toto odlišovat, dovozuje, že nejde o nejlepší *práva* dítěte, ale o nejlepší *zájmy*, podle jeho názoru čl. 3 odst. 1 Úmluvy jako zásada nezakládá žádná práva, a tím ani neukládá žádné souvztažné povinnosti.

Je možné si položit otázku, jaké místo má tato zásada uvnitř Úmluvy o *právech* dítěte? Jílek dochází k závěru, že „*Ustanovení ukládá státům povinnost, aby zohlednily nejlepší zájmy dítěte, kdykoli má být učiněno rozhodnutí, které se jich týká. Má-li dítě nebo děti locus standi, mohou splnění povinnosti požadovat.*“ Výbor je toho názoru, že normativní věta artikuluje substantivní právo dítěte na to, aby jeho nejlepší zájmy byly hodnoceny a zvažovány jako prvořadé. Normativní povahu obecně závazného pravidla chování nelze tomuto ustanovení odepřít, zejména ve vztahu k prvořadosti nejlepších zájmů. Lze se domnívat, že „*pro správnou aplikaci tohoto ustanovení soudy či správními orgány je však nutné vyřešit, zda dochází k aplikaci normy či zásady.*“²⁰ Tím důvodem by mohlo být, že se tyto dvě povahy vylučují, protože zásada by měla být použita v situaci, kdy zákonnou normu je možno vyložit několika způsoby. V takovém případě musí být použit ten výklad, který slouží nejlepším zájmům dítěte nejúčinněji. S tímto názorem se zcela neztotožňujeme, jelikož argumentace právními principy (zásadami) je typicky hodnotovou, teleologickou argumentací²¹ hledající smysl a účel použitého prostředku. Ve smyslu výkladu nejlepšího zájmu dítěte není až v takové míře relevantní jeho objektivně teleologický výklad při odstraňování jazykových nepřesností, ale jeho význam nabývá při dotváření práva jako základ pro hledání řešení situace nejvíce příznivé pro dítě v jeho současné situaci. Zásada může mít funkci regulační či interpretační. Námí zkoumaná normativní věta (norma) tak i podle Výboru vyjadřuje současně základní interpretační právní zásadu. Orgán, jenž interpretuje, musí zvolit výsledek, který účinně přihlíží a naplňuje nejlépe nejlepší zájmy dítěte. Jílek uvádí, že „*Žádné právo obsažené v Úmluvě proto nesmí být znehodnoceno negativním výkladem nejlepších zájmů dítěte.*“²² Zásadě je taktéž připisována kontrolní funkce určité reflexe navrhovaných či přijatých opatření ke vztahu k dítěti. Jílek zastává stanovisko, že „*Zásada tak působí jako vnitřní hledisko správnosti a může být přirovnána ke spravedlnosti či zdravému rozumu, které státní orgány používají jako konečné hledisko pro zhodnocení rozdílných interpretačních výsledků.*“²³ S tímto se ztotožňujeme.

¹⁹ FREEMAN, M. *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3. The Best Interest of the Child.* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 4.

²⁰ JÍLEK, D. *Jak porozumět nejlepším zájmům dítěte*, s. 308.

²¹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 56.

²² Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, paragraph 1), UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 May 2013, s. 3, § 4.

²³ JÍLEK, D. *Jak porozumět nejlepším zájmům dítěte*, s. 312.

Podobný přístup zachovává i Ústavní soud, když uvádí, že „[...] přestože institut pěstounské péče na přechodnou dobu je obecně třeba chápat jako dočasné, krátkodobé či krizové a překlenovací opatření, relevantní zákonnou úpravu je třeba vykládat ústavně konformním způsobem, tedy skrze nejlepší zájem dítěte tak, že v mimořádných případech je s ohledem na nejlepší zájem možné, aby dítě zůstalo v péči pěstouna na přechodnou dobu i déle než po dobu jednoho roku. [...] Princip nejlepšího zájmu dítěte ve smyslu čl. 3 odst. 1 Úmluvy o právech dítěte totiž působí i jako interpretační princip, a jeho prizmatem je tedy třeba nahlížet i relevantní ustanovení zákona.“²⁴ Tedy i tam, kde řešení předvídané právní normou vede k individuální nespravedlnosti a hrozbě újmy, je třeba u dítěte v souladu s jeho nejlepšími zájmy dospět k výkladu příznivému pro dítě, dokonce nad rámec právní normy.²⁵ Kriticky je možno pohlížet na část tohoto nálezu, ze které se podává, že: „Nelze automaticky či mechanicky upřednostňovat obecné abstraktní principy před hledáním dostupného řešení, které nejlépe zohledňuje a reaguje na individuální situaci a zájmy konkrétního dítěte.“ Není zcela zřejmé, co Ústavní soud chtěl tímto tvrzením vyjádřit, jelikož nešlo v této věci o abstraktní principy použité obecnými soudy, ale o ustanovení zákonné (§ 27a odst. 9 zák. o soc.-práv. ochr. dětí), které Ústavní soud výkladem s ohledem na nejlepší zájem dítěte rozšířil, protože toto zákonné ustanovení odporovalo v konkrétní věci nejlepším zájmům dítěte. Lze se domnívat, že Ústavní soud nepovažuje nejlepší zájmy dítěte za jeden z obecných principů. V tomto není možné úvahy Ústavního soudu potvrdit, ale naopak nejlepší zájmy dítěte jako právní zásadu (princip) můžeme poměřovat s jinými právními principy tak, abychom mohli určit, jaký princip se bude aplikovat.

Komentář dále uvádí, že normativní věta Úmluvy je procesní normou. „Kdykoli se má rozhodnout o konkrétním dítěti, identifikované skupině dětí nebo o dětech obecně, musí rozhodovací proces zahrnovat hodnocení možného (pozitivního nebo negativního) dopadu rozhodnutí na dítě.“²⁶ Posuzování a určování nejlepšího zájmu dítěte tak vyžaduje určité procesní záruky. Především odůvodnění rozhodnutí musí zrcadlit úvahy a hlediska, které byly brány do úvahy a týkaly se nejlepšího zájmu dítěte, zejména kolize mezi jednotlivými zájmy dítěte a mezi zájmy dítěte a jiných subjektů. Zájmy dítěte jsou interpersonální povahy. V drtivé většině případů nejde o singulární zájem jedné osoby. Pokud vystupuje jiný subjekt, je třeba posoudit, zda je v souladu nebo v rozporu se zájmem dítěte, konkrétně může jít například o střet zájmů dítěte versus zájmy rodiče, zájmy dítěte a jeho sourozence apod., v neposlední řadě i střet mezi nejlepšími zájmy dítěte a veřejným zájmem.

Další otázkou, která není v teorii spolehlivě vyřešena, je, zda je tato norma přímo použitelná bez národní úpravy (*self-executing*). Tuto povahu jí přiřkl Ústavní soud v nálezu pléna, ze kterého se podává, že: „Toto ustanovení má povahu normy vnitrostátně bezprostředně použitelné (*self-executing*). K přímému použití je uvedena norma způsobitelná s ohledem na svou dikci (zájem dítěte [...] při jakékoli činnosti), která je dostatečně a natolik jasná, aby povinné subjekty, jimž je adresována, subjekty vnitrostátní, byly schopny upravit odpovídajícím způsobem své chování.“²⁷ V souvislosti s pojmem *self-executing* mezinárodní normy se zkoumají zejména vlastnosti jejího obsahu, tedy zda přímo obsahuje pravidla

²⁴ Nález ÚS ze dne 31. 12. 2018, sp. zn. II. ÚS 2344/18.

²⁵ V tomto konkrétním případě bylo dítě ve věku 26 měsíců již v péči 3 pečovateli, tedy třikrát měnilo vztahovou osobu, navíc zde existovala možnost budoucího návratu dítěte biologickým rodičům, kteří s pěstounkou na přechodnou dobu spolupracovali.

²⁶ Committee on the Rights of the Child, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, paragraph 1), UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 May 2013, s. 4, § 6 c).

²⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 9. 4. 1997 sp. zn. Pl. ÚS 31/96.

stanovující *jednoznačně a dostatečně konkrétně práva a povinnosti* vnitrostátních subjektů. Samovykonatelnost tedy s sebou nese znaky jako určitost a jednoznačnost, což o pojmu nejlepší zájmy dítěte není možno bez dalšího tvrdit. Nicméně ani závěr, že tato norma nemá povahu *self-executing*, nic nemění na skutečnosti, že je přednostně aplikovatelná. Otázkou však je, zda je tato úvaha vůbec na místě. Podle Kühna a Kysely by obecné soudy měly postupovat tak, že nejprve určí, zda je dané ustanovení mezinárodní smlouvy samovykonatelné, a pokud ano, aplikovat jej namísto vnitrostátního zákona.²⁸ V případě námi rozebírané problematiky jde ovšem o práci orgánu aplikujícího právo, aby dostatečně odůvodnil své rozhodnutí pohledem nejlepších zájmů dítěte. Problém, zda jde o normu mezinárodního práva povahy samovykonatelné, nepřispívá dle našeho názoru pozitivně k vyřešení problémů s aplikací spojených.

5. Posuzování a zjištění nejlepších zájmů dítěte (*assessment and determination*)

Činnost orgánů aplikujících právo, v případě dětí zejména soudů a OSPOD, je zaměřena na zjišťování, posuzování, zohledňování a prokazování nejlepších zájmů dítěte. Tento proces zahrnuje zejména zvažování a hodnocení důležitých hledisek pro rozhodnutí. Dalo by se říci, že tento postup zjednodušuje pohled na v podstatě nepřehledný systém rodinného života rodiny, kde hrají roli neustále se měnící jednotlivé faktory. Z tohoto komplexu se nabízí redukce, která se orientuje na jeden vztahový bod, a to je pohled na zájmy dítěte. Kvalita rozhodnutí potom závisí na tom, zda tato redukce opravdu odráží optimální a věcně adekvátní zhuštění celého komplexu.

Proces posouzení nejlepších zájmů dítěte v sobě zahrnuje zejména vyhodnocení dotčených částí zájmů dítěte a posouzení jejich významu pro situaci dítěte ve vzájemných souvislostech. Proces zjištění souvisí především s prací orgánu aplikujícího právo, který musí postupovat tak, aby procesní práva všech účastníků řízení byla zaručena a současně, aby jeho závěry byly odůvodněny a vycházely ze zjištěných skutečností. Konkrétně se popíše veškeré okolnosti života dítěte v souvislosti s rodinným životem celé rodiny, přičemž nelze vycházet jen z přítomného stavu, ale je třeba pohlédnout i do sociální historie vývoje této situace. V procesu zjištění již dochází k identifikaci jednotlivých dotčených práv dítěte.

Komentář uvádí sedm hledisek, která jsou považována za základní v práci při posuzování i zjišťování nejlepších zájmů dítěte, přičemž výčet není vyčerpávající. V této souvislosti dochází v Komentáři k určitému směšování zájmů a práv dítěte. Je to pochopitelné, není udržitelný pohled na koncept nejlepšího zájmu dítěte bez konkretizace jednotlivých práv, která jsou existenčně s dítětem a jeho zájmy a potřebami spjata.

5.1 Názor dítěte

Bez zjištění názoru dítěte, které je schopné se vyjádřit, není možné posoudit a zjistit jeho nejlepší zájmy. I takto jednoduše lze vyjádřit požadavek na co nejširší participaci dětí na rozhodnutích, která se jich týkají. Je tak uznáno jejich právo na sebeurčení a respekto-

²⁸ Srovnej KÜHN, Z. – KYSELA, J. Aplikace mezinárodního práva po přijetí tzv. euronovely Ústavy ČR. *Právní rozhledy*. 2002, č. 7, s. 310.

vání jejich důstojnosti jako subjektu práv. Předmětné právo nelze vnímat jen jako jasné verbálně formulovaný postoj dítěte k určité otázce.²⁹ Tuto složku je třeba chápat v nejširším možném slova smyslu, tedy jako zohlednění toho, jak dítě situaci vnímá a chápe, jak se projevuje a jaký je předpoklad, že bude reagovat na opatření, které může být přijato. Orgán aplikující právo v souvislostech názor dítěte posuzuje, ale neznamená to vždy, že mu bude vyhověno. I vyjádření dítěte může být v rozporu s jeho nejlepšími zájmy. Nicméně s tím se orgány musí vypořádat, v rámci negativního hodnocení rozporu s nejlepšími zájmy dítěte. Povinnost zohlednit názor dítěte je úzce provázána s hlediskem rozvíjejících se schopností dítěte (s ohledem na jeho věk a zdravotní stav).

5.2 Identita dítěte

Každé dítě je jiné, a ačkoli smyslem Úmluvy a vnitrostátní úpravy je ochrana dětí obecně jako zranitelné skupiny osob, tak ze zohlednění nejlepších zájmů nelze vyjmutou individualizační pohled na identitu konkrétního dítěte. Identita může souviset s pohlavím, sexuální orientací, národností a původem, náboženstvím a vírou, kulturní identitou či osobností dítěte. Při určování nejlepších zájmů dítěte se nesmí ztratit ze zřetele etnické, náboženské, kulturní, ale i jazykové prostředí dítěte, ve kterém vyrůstá a v případě přijetí opatření vzít do úvahy kontinuitu tohoto prostředí. V českém prostředí může jít o problematiku dětí jiných etnik, kde je kladen důraz především na vynětí z tohoto prostředí bez zohlednění toho, že právě takto radikální změna může mít větší vliv na další vývoj dítěte než u dítěte majoritního etnika.³⁰ Na tomto místě *Komentář* také zdůrazňuje přístup dítěte k jazyku a kultuře svého původu a také k informacím o svém původu, který tvoří jeho identitu. Na druhou stranu uznává, že pokud kulturní a náboženské hodnoty nezohledňují nejlepší zájmy dítěte, nemohou být důvodem rozhodnutí o dítěti.

5.3 Zachování rodinného prostředí a navázaných vztahů

Nejlepší zájem dítěte musí být vždy posuzován v kontextu rodinného života rodiny, která je uznána za základní jednotku společnosti a přirozené prostředí dítěte. Výbor chápe rodinu v nejširším slova smyslu jako biologické rodiče, osvojitele nebo pěstouny či také jako členy širší rodiny. Jde o prevenci rozdělení rodiny a snahu o zachování rodinného společenství, které tvoří ochranný systém. Ten je třeba chápat tak, že jakékoli oddělení dítěte od rodičů je třeba považovat za krajní řešení, odůvodněné nejlepšími zájmy dítěte. Současně i dítě oddělené od rodičů má právo na udržování osobního vztahu prostřednictvím přímého kontaktu. To stejné platí pro ostatní osoby, ke kterým má dítě osobní vazbu. Výbor klade velký důraz na pomoc státu rodinám nejlépe ve formě multidisciplinárního týmu se soudním zapojením tak, aby dítě nemuselo být od rodičů odloučeno. V souladu s judikaturou Ústavního soudu je možné prostředí rodiny považovat za jediné svobodné. Všechna kolektivní prostředí vnucují svůj denní režim dětem zde umístěným.³¹

²⁹ HOFFSCHNEIDEROVÁ, A. *Praktický právní průvodce nejlepším zájmem dítěte*. *Liga lidských práv*, s. 15 [online] [cit. dne 23. 9. 2019]. Dostupné z: <file:///C:/Users/Westphal/Downloads/Prakticky-pravni-pruvodce-nejlepsim-zajmem-ditete1.pdf>.

³⁰ Poukazuje na to například HOFFSCHNEIDEROVÁ, A. *Praktický právní průvodce nejlepším zájmem dítěte*. *Liga lidských práv*, s. 16.

³¹ Nález Ústavního soudu ze dne 2. 4. 2009, sp. zn. II. ÚS 1945/08.

5.4 Péče, ochrana a bezpečí dítěte

Tyto složky je podle Výboru nutné chápat jako ochranu blaha dítěte, jeho vývoje a zajišťování jeho potřeb materiálních, fyzických, vzdělávacích a emocionálních, včetně potřeby náklonnosti a bezpečí. V této souvislosti je třeba ochranu dítěte chápat i jako ochranu jeho bezpečných vazeb ke vztahovým osobám, přičemž stát má povinnost tyto v průběhu času udržovat tak, aby dítě mělo stabilní výchovné prostředí. Na ochranu dítěte je třeba pohlížet zejména jako na ochranu před násilím, zneužíváním, šikanou, ponižujícím zacházením či vykořisťováním.

Ochrana dítěte velmi úzce souvisí s naplňováním rodičovské odpovědnosti. Ochranou dítěte je možné rozumět nejen ochranu proti zásahům zvnějšku, ale také uvnitř rodiny samotné. Pokud rodiče selhávají, jsou na místě úvahy o zásahu do rodičovské odpovědnosti.

5.5 Situace zvláštní zranitelnosti dítěte

Zvláštní zranitelností je míněna zvláštní ochrana dětí se specifickými potřebami, jako jsou děti se zdravotním postižením, etnicky odlišné děti, děti uprchlíci či žadatelé o azyl, oběti trestných činů či děti ulice. Tyto potřeby je třeba vnímat v souvislosti s ochranou základních lidských práv a při posuzování a určování nejlepších zájmů těchto dětí vycházet z toho, že těmto dětem bude poskytnuta ochrana a zajištěna jejich práva jako všem ostatním dětem bez předsudků a diskriminačního postupu.

5.6 Právo dítěte na zdraví

Toto právo nahlíží Komentář v souvislosti s více možnostmi léčby či při nejasných prognózách výsledků léčby. Nejlepší zájem dítěte tvoří v tomto případě důsledné zvážení všech možností, rizik a vedlejších účinků se zapojením dítěte podle jeho věku a vyspělosti. Předpokladem zapojení dítěte je poskytnutí odpovídajících a přiměřených informací. Pokud je to možné, je třeba dát dítěti prostor pro udělení informovaného souhlasu, zejména co se týká dospívajících (adolescent).³²

5.7 Právo dítěte na vzdělání

V nejlepším zájmu dítěte je přístup ke kvalitnímu vzdělání, zahrnující i vzdělání v raném dětství. Jde také o vzdělání zajištěné v prostředí vstřícném k dětem, při respektování dětských potřeb a poskytnutí podpory včetně používání adekvátních vzdělávacích metod. Může souviset i s bezbariérovým přístupem do školského zařízení pro dítě se zvláštními potřebami.

³² Blíže viz General comment No. 4 (2003) on adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, on 1 July 2003 CRC/GC/2003/4 (General Comments), § 10.

6. Vyvažování prvků při posuzování a zjišťování nejlepších zájmů dítěte

Jelikož jednotlivé výše zmíněné prvky se neuplatní u každého dítěte a jejich obsah vždy bude jiný s ohledem na okolnosti případu a na uvažovaná řešení, je třeba posuzovat a v souvislostech hodnotit míru zásahu do jednotlivých elementů. Můžeme hovořit i o možném střetu zájmů mezi jednotlivými konkrétními zájmy dítěte. V nejlepším zájmu dítěte je vždy neupřednostnit *bezdůvodně* jeden zájem před druhým. Například zachování rodinného prostředí může být v konfliktu s ochranou dítěte před zanedbáváním v rodině. V tomto případě je třeba zvažovat, jaké důvody existují pro to které řešení. Bez dalšího nelze tvrdit, že setrvání v péči rodičů má absolutní přednost. Důležité je, že orgán aplikující právo učiní všechny dostupné úvahy a odůvodní přijatá opatření, se zachováním a efektivním zajištěním všech práv dítěte jako subjektu práva. Při posuzování možných opatření nesmí orgán aplikující právo vzít ze zřetele, že schopnosti dítěte rostou, a proto na prvním místě by měla být přijímána opatření, která mohou být zrevidována či upravena. Nemělo by se bez důvodů přikračovat k definitivním či nezvratným rozhodnutím bez dostatečného zdůvodnění. Dále by měl zvažovat určitou budoucí prognózu vývoje dítěte a možné zásahy do jeho života. Tyto úvahy souvisí s přiměřeností zásahu v užším slova smyslu, viz dále.

Orgán aplikující právo proto musí zvažovat přiměřenost možného opatření týkající se dítěte. Dalo by se říci, že jde o poměřování základních práv.³³ Zásahy do práva dítěte na rodinný život jsou přípustné jen tehdy, mají-li zákonný podklad, sledují legitimní účel a jsou ve vztahu přiměřenosti k danému účelu. Nutnost zachování proporcionality při zásazích do základních práv vyplývá z ústavního pořádku, zejména z čl. 4 Listiny základních práv a svobod. Podle ní je zásah do základního práva proporcionalitně sledovanému legitimnímu zájmu, pokud splňuje následující tři kritéria. Nejprve je třeba vyřešit, zda opatření omezující základní právo je vůbec způsobilé dosáhnout sledovaného cíle (test vhodnosti). Dále, zda sledovaného cíle není možno ve stejné nebo podobné míře dosáhnout jinými prostředky, které by méně zasahovaly do základního práva (test potřebnosti). A nakonec, zda zásah je přiměřený, tedy závažnost zásahu do základního práva je v dané konkrétní situaci vyvážena významem sledovaného cíle, neboli obět přinesená v podobě omezení základního práva se nedostává do nepoměru s užitekem, který omezení přineslo (proporcionalita v užším smyslu).

Tyto konkrétní úvahy se liší podle konkrétního případu. Naplnění kritérií vhodnosti a potřebnosti v souvislosti s rozhodováním o dítěti je „*existenčně podmíněno kvalitním používáním základních nástrojů sociální práce, tj. vyhodnocení situace dítěte a rodiny a individuální plán ochrany dítěte*“.³⁴ Bez znalosti příčiny situace dítěte nelze formulovat reálné alternativy jejího řešení. Můžeme si klást otázku, zda vůbec zásah je v zájmu dítěte, jestli situaci není možné řešit neinvazivně? A dále jaká možnost řešení bude co nejméně zasahovat do života rodiny a dítěte. V konkrétní situaci je třeba vyhodnotit situaci rodiny. Například u dítěte ohroženého rodičovským konfliktem, které není *a priori* považované za ohrožené dítě ve smyslu § 6 zák. o soc.-práv. ochr. dětí, v těchto situacích k vypracování individuálního plánu ochrany dítěte nedochází. Nicméně to neznamená, že i v těchto

³³ V českém právním prostředí se o rozpracování principu proporcionality zasloužil Ústavní soud, zejména v nálezu ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, ale také např. nálezu ÚS ze dne 15. 12. 2015, sp. zn. I. ÚS 1587/15.

³⁴ HOFFSCHNEIDEROVÁ, A. *Praktický právní průvodce nejlepším zájmem dítěte. Liga lidských práv*, s. 22–23.

situacích nemůže například dojít ke krajnímu prostředku, tzn. k odnětí dítěte do tzv. neutrálního prostředí (§ 13 zák. o soc.-práv. ochr. dětí). Proto i zde je kladen velký důraz na popsání situace a vedení úvah o možných řešeních, která budou co možná nejméně zasahovat dítě, jeho práva a jeho zájmy. V případech rodičovských konfliktů není možné pracovat na nastalé situaci bez úzkého zapojení rodičů. Tato část se ukazuje jako klíčová, protože jde o rodiče, kteří zásadně vykazují známky zachovaných rodičovských kompetencí, nicméně v okamžiku rodičovského konfliktu chtějí přenést svoji odpovědnost za budoucí rodinný život na stát. Potom je možné se vůbec ptát, zda opatření zasahující do rodinného života a omezující některá práva jsou vůbec vhodná, tedy schopná pomoci naplnit požadavek ochrany nejlepších zájmů dítěte. Při svěřením dítěte do péče matky bez uvedení důvodů a úvah, kterými se soud řídí ve vztahu k nejlepším zájmům dítěte, nemůže dojít k omezení práva otce na péči o toto dítě. Takto již rozhodnutí o výlučné péči matky nespĺňuje kritérium vhodnosti zásahu, protože nemůže zajistit sledovaný cíl, kterým je zajištění příznivého vývoje dítěte. I kritérium potřebnosti nemůže být *a priori* naplněno, jelikož existují i méně zasahující prostředky do práva na rodinný život.

7. Ke zjišťování nejlepšího zájmu dítěte v soudním řízení

7.1 Obecné úvahy

Jakkoli není pochybností o tom, že je třeba v každém soudním řízení, které se ho týká, zjišťovat, co je v nejlepším zájmu nezletilého dítěte, praxe stále tápe po tom, jak konkrétně má být nejlepší zájem zjišťován. Pochybnosti o tom, co je považováno za pomyslnou hranici, kdy je již nejlepší zájem dítěte spolehlivě zjištěn a kdy je třeba po jeho obsahu stále pátrat, provázejí snad každé soudní řízení. Výše jsme objasnili, že pojem nejlepšího zájmu dítěte nelze v rámci právní úpravy dále podrobněji definovat, neboť jakýkoli výčet, který by byl vytvořen, by byl s ohledem na individualitu každého dítěte a jeho poměrů nefunkční, přestavili jsme však současně také základní hlediska, která mají být podle komentáře při posuzování a zjišťování nejlepšího zájmu dítěte vzata v úvahu. S určitou nadšázkou proto můžeme říci, že těmito hledisky poskytuje komentář jakýsi základní návod pro ty, kteří nejlepší zájem dítěte hledají, jakousi základní strukturu, která v neposlední řadě poskytuje základ toho, co má být zohledněno. Vytvoření obecných pravidel u pojmů extrémně ovlivněných specifikou sledovaných poměrů přitom vždy sklouzává k tendenci mechanického uplatňování těchto pravidel, což v konečném důsledku vede k naprosté ztrátě účelu vymezeného pojmu. Přesto je však nutné konstatovat, že i v rámci procesního práva lze vytyčit určité procesní kroky, jež by měly být, s cílem nalezení nejlepšího zájmu dítěte, dodrženy snad v každém soudním řízení.³⁵ S přihlédnutím k rozsahovým možnostem tohoto článku se pak soustředíme pouze na otázky délky řízení a dokazování, respektive důkazní prostředky, které mohou být při zjišťování nejlepšího zájmu dítěte použity, a nikoli na všechny aspekty nejlepšího zájmu dítěte v procesních souvislostech.³⁶

³⁵ Autorky tohoto článku však znovu zdůrazňují, že následující řádky nemají v žádném případě za cíl vytvořit „otrockou“ mechanickou strukturu, kterou je třeba za každou cenu dodržet a jež současně pro posouzení a zjištění nejlepšího zájmu dítěte postačuje. Snaží se toliko o vymezení určitého standardu, který by měl být v každém řízení pro zjištění a posouzení nejlepšího zájmu dítěte minimálně naplněn.

³⁶ Typickým procesním institutem, u něž je zájem dítěte výrazně sledován, je pak např. místní příslušnost soudu. Určení místně příslušného soudu je spojeno s realizací práva na zákonného soudce a zákonný soud. Vymezení „správného soudu“ se někdy

7.2 Rychlost řízení v. nejlepší zájem dítěte

V souvislosti s nejlepším zájmem dítěte bývá velmi často skloňována zásada rychlosti a hospodárnosti civilního soudního řízení.³⁷ Také Ústavní soud ve svých rozhodnutích několikrát vymezil, že rodinněprávní věci kladou na rychlost řízení zvýšené nároky.³⁸ Tyto vyplývají z výrazné dynamičnosti rozvoje těchto vztahů, s níž souvisí vysoká míra nebezpečí z prodlení zejména u dětí nízkého věku. Máme však za to, že automatická přímá úměra rychlý zásah = zásah v nejlepším zájmu dítěte nemůže s ohledem na výše uvedené platit bezvýjimečně.

Při posuzování rychlosti řízení jako atributu naplňování nejlepšího zájmu dítěte je přitom třeba odbourat prvky, na které se praxe často při nedodržení zásady rychlosti v soudním řízení odvolává, jakými jsou zahlcení soudu vysokým nápadem, nedostatek administrativního aparátu, nefunkčnost informačních systémů, malý počet asistentů apod. Je zjevné, že v některých okamžicích do hry zasáhne osud (např. soudkyně nastoupí z důvodu rizikového těhotenství na nemocenskou), obecně však musí platit, že stát má pro naplnění nejlepšího zájmu dítěte vytvořit co nejvhodnější podmínky. V následujícím textu proto možné výtky „praxe“ např. nedostatek času potřebného ke zkopírování spisu z důvodu jeho zaslání k odvolacímu soudu nadále nereflktujeme, jakkoli jsme si jich vědomi.³⁹ Zohlednit je naproti tomu třeba prvky povahy ryze procesní.

Ustanovení § 471 odst. 2 zákona č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních (dále jen zvl. ř. s.), určuje, že „*ve věcech péče soudu o nezletilé rozhoduje soud s největším urychlením. Nejsou-li dány důvody zvláštního zřetele hodné, vydá soud rozhodnutí ve věci samé zpravidla do 6 měsíců od zahájení řízení; vydá-li soud rozhodnutí po uplynutí této lhůty, uvede v odůvodnění rozhodnutí skutečnosti, pro které nebylo možné tuto lhůtu dodržet.*“ Nezřídkou se proto může stát, že se soud rozhodující o poměrech nezletilého dítěte dostane do nežádoucí situace, kdy nemá z důvodu složitosti dokazování skutkový stav náležitě zjiš-

mylně zdá být pouze administrativní záležitostí, tomu však tak není, a to i přesto, že Česká republika je státem kontinentálního práva a příslušnost soudů pro ni tedy není tak zásadním tématem, jakým je tomu např. v USA. To, že se nejlepší zájem dítěte projevuje i v otázkách příslušnosti, ostatně deklaroval i Nejvyšší soud, když uvedl, že: „*Princip nejlepšího zájmu dítěte se v rovině hmotněprávní projevuje tím, že je obsažen v pravidlech pro určení mezinárodní příslušnosti soudu. Podle bodu 12 úvodních ustanovení Nařízení Brusel II bis, pravidla pro určení příslušnosti ve věcech rodičovské zodpovědnosti stanovená tímto Nařízením jsou formulována s ohledem na nejlepší zájmy dítěte, zejména na blízkost. To znamená, že příslušným by měl být především soud členského státu, ve kterém má dítě své obvyklé bydliště, s výjimkou určitých případů změny bydliště dítěte, nebo soud určený dohodou nositelů rodičovské zodpovědnosti.*“ (usnesení NS sp. zn. 21 Cdo 4909/2014 ze dne 19. 3. 2015). S nejlepším zájmem dítěte pak NS operoval i v rozhodnutí, jež se netýkalo mezinárodního prvku. Jednalo se o rozhodnutí vztahující se k § 5 zákona č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních umožňující mu, aby bylo v průběhu řízení rozhodnuto o přenesení příslušnosti, je-li to v zájmu nezletilého. Nejvyšší soud deklaroval, že „*Skutečnost, že ve většině případů soud přenesení příslušnosti na soud, do jehož obvodu se dítě přestěhovalo, neboť nad ostatními hledisky (která jsou významná pro zjištění nejlepšího zájmu dítěte) v konkrétní věci převáží hledisko blízkosti, však nemůže vést k tomu, že soud zcela rezignuje na zjišťování zájmu dítěte a přenesení příslušnosti pouze na základě zjištění, že dítě změnilo své bydliště. K naplnění zásady nejlepšího zájmu dítěte se soud musí v každé konkrétní věci zabývat tím, zda nejsou dány okolnosti (zájmy), které by s ohledem na konkrétně vyjádřený (jedinečnými okolnostmi případu podmíněný) zájem dítěte odůvodňovaly závěr o nepřenesení příslušnosti na soud, do jehož obvodu se dítě přestěhovalo.*“ (rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 2500/2018 ze dne 16. 1. 2019).

³⁷ K této viz blíže WINTEROVÁ, A. In: WINTEROVÁ, A. – MACKOVÁ, A. a kol. *Civilní právo procesní. Část první, řízení nalézací*. 7. aktualizované vydání. Praha: Leges, 2014, s. 71.

³⁸ Srov. např. nález ÚS sp. zn. II. ÚS 568/06 ze dne 20. 2. 2007.

³⁹ Tímto svým vyjádřením si neklademe za cíl jakkoli problémy praxe bagatelizovat. Je nám zřejmé, že řada otázek fungování je velmi složitých a velmi často naráží na omezené prostředky státního rozpočtu. Pro účely tohoto článku toliko tyto problémy ponecháváme stranou, neboť se nejedná o problémy právní povahy.

těm, není mu zcela zřejmé, co je a není v zájmu dítěte, přesto je však citovaným ustanovením § 471 odst. 2 zvl. ř. s. „tlačen“ do meritorního rozhodnutí. V takových situacích pak není na místě nic jiného než výše uvedené poměrování. Určitou cestou z těchto situací může být využití institutu předběžného opatření dočasně upravujícího poměry dítěte. Argument, že jde o opatření výjimečné povahy, pak přitom neobstojí, neboť tato jeho povaha v právních normách přímo deklarována není a vyplývá z požadavku potřeby dočasně upravit poměry účastníků. Proto, vyvstane-li taková potřeba v řízení u dítěte, je na místě, aby soud k vydání předběžného opatření přistoupil. Důsledky průtahů v řízení vyvolaných i objektivně existujícími skutečnostmi mohou být totiž pro dítě fatální. Je zcela nepřijatelné smířit se s tím, že pokud matka zadržuje otci dítě nízkého věku a ve věci není rozhodnuto, ať již z důvodu na straně soudu (soudce onemocněl), nebo na straně účastníků (matka se systematicky k nařízenému jednání nedostavuje), je třeba stav takto „zakonzervovat“ a vyčkat, až se překážky bránící meritornímu rozhodnutí vyřeší. Škoda napáchaná na malém dítěti, které pak několik měsíců svého otce nevidělo, a proto se z něj pro něj stal „cizí“ člověk, je následně zcela nenapravitelná a nesouladná se zásadou nejlepšího zájmu dítěte.

7.3 Dokazování nejlepšího zájmu dítěte

S ohledem na individualitu každého případu neexistuje univerzálně použitelný návod na to, které důkazní prostředky mají být pro zjištění nejlepšího zájmu dítěte použity. I s ohledem na výše uvedené je však zřejmé, že musí být vždy učiněny odpovídající procesní kroky směřující ke zjištění názoru dítěte. Základní právní rámec těchto kroků poskytuje ustanovení § 100 odst. 3 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu (dále jen o. s. ř.), dosavadní praxe a judikatura však naznačují, že tato právní úprava již požadavkům naplnění ustanovení Úmluvy o právech dítěte zcela neodpovídá. Především tato právní úprava zcela nesprávně používá pojmu výsledku dítěte evokujícího výsledky jako důkazní prostředek aplikovaný k ověření informace tvrzené účastníky. V případě výsledku nezletilého se však nejedná o ověření tvrzených informací, ale přímé zjištění jeho názoru. Dále pak právní úprava v § 100 odst. 3 o. s. ř. navrhuje k toliko mechanickému výsledku dítěte, aniž by byla reflektována jeho další práva včetně získání potřebných informací, pro formulaci jeho názoru nezbytných.⁴⁰ Respektive tato právní úprava toliko

⁴⁰ K těmto otázkám je možné citovat stěžejní a v odborné literatuře velmi často uváděné rozhodnutí Ústavního soudu, jež vyvolalo také velkou vlnu nevole. Jedná se o rozhodnutí sp. zn. II. ÚS 725/18 ze dne 8. 10. 2018. Ústavní soud v tomto rozhodnutí uvedl, že „právo dítěte být slyšeno v řízení, které se jej týká, ve smyslu čl. 12 Úmluvy o právech dítěte 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 nakonec bylo rozhodnuto v záležitosti dítěte a jak byl zohledněn jeho zjištěný názor (vyjádřilo-li jej dítě). 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 přímo soud, kdo dotčenému dítěti přístupnou formou vysvětlí, jak v jeho záležitosti bylo rozhodnuto a jak přitom byl zohledněn jeho názor. Právo dítěte být slyšeno v záležitosti, která se jej týká, podle čl. 12 Úmluvy o právech dítěte není obecně vázáno na žádný věkový limit dítěte; konkrétní podoba jeho realizace nicméně vždy musí reflektovat věk, vyspělost a nejlepší zájem dítěte. Je-li účastníkem soudního řízení nezletilé dítě zastoupené ustanoveným kolizním opatrovníkem, které je schopno pochopit, že je vedeno soudní řízení, které se jej týká, vyžaduje jeho právo na projednání jeho věci v jeho přítomnosti podle čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod také určitou komunikaci a kontakt mezi tímto dítětem a jeho opatrovníkem, a to způsobem a v míře odpovídající věku, vyspělosti, preferencím a nejlepšímu zájmu dítěte. Pokud takové dítě vůbec neví, že je řádným účastníkem řízení a že jej v tomto řízení někdo zastupuje a jak, či dokonce že je vůbec vedeno řízení v jeho věci, pak zpravidla dochází k porušení jeho práva dle čl. 38 odst. 2 Listiny. I dítě má právo být důležitým subjektem a účastníkem řízení, nikoli jen objektem ochrany a pasivním pozorovatelem rozhodování o své záležitosti.“

vymezuje, že má být dítě vyslechnuto, a to primárně soudcem. Ve výjimečných případech má být názor zjištěn prostřednictvím zástupce, znaleckého posudku nebo orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Praktická realita aplikace tohoto ustanovení však spíše naznačuje, že primárním prostředkem zjištění názoru nezletilého je zpráva kolizního opatrovníka, tj. orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Tato praxe je pak často kritizována.

Domníváme se však, že stejně jako v případech otázek výše naznačených, ani v případě zjištění názoru nezletilého situace tak jednoduchá není. Nelze totiž dle našeho názoru zobecnit, že má být výslech proveden vždy soudcem, jakož i zobecnit, že je-li zjištěn kolizním opatrovníkem, je tomu tak vždy nesprávně. Obdobně jako u institutů výše uvedených, i zde mají být dle našeho názoru zohledněny všechny individuální okolnosti případu a teprve podle těchto vyhodnoceno, jakým způsobem dojde ke zjištění názoru dítěte. U některých dětí může kontakt se soudcem vyvolat trauma, u jiných půjde o poměrně dobré „dobrodružství“, se kterým se budou moci pochlubit, u některých dětí bude vhodné s ohledem na jejich zvláštní potřeby (např. poruchy autistického spektra) zvolit znalecký posudek. Zobecněno to pro soud znamená, že je vhodné v určité fázi každého řízení ne-rezignovat na určení konkrétního procesního postupu zjištění názoru dítěte, ale právě naopak vymezit si v řízení okamžik, kdy budou zohledněny dosavadní zjištěné okolnosti a přesně identifikován prostředek ke zjištění názoru dítěte.

Důkazním prostředkem, který by měl mít v každém soudním řízení s cílem identifikace nejlepšího zájmu dítěte své místo, je výslech rodičů dítěte. S ohledem na to, že jak bylo v úvodu tohoto článku objasněno, jsou to především rodiče dítěte, kteří disponují největším množstvím informací o dítěti, jeho poměrech, rodinném zázemí a případně dalších relevantních skutečnostech, a které musí soud při jejich výslechu ke zjištění a posouzení nejlepšího zájmu dítěte využít.⁴¹ Zvláštní pozornost je však třeba věnovat hodnocení tohoto důkazu, neboť rodič je osobou v řízení snad nejvíce zainteresovanou, což věrohodnost jeho tvrzení značně snižuje.⁴² I přes poučení o povinnosti pravdivosti se pak s ohledem na absenci trestněprávních důsledků velmi často setkáváme s případy, kdy se tvrzení rodičů příliš pravděpodobnými nejeví.

Vedle výslechu účastníků a procesních postupů směřujících ke zjištění názoru dítěte je pak škála důkazních prostředků, které mohou být ke zjištění názoru nezletilého dítěte využity, zcela různorodá. Své místo v řízení má lékařská zpráva o zdravotním stavu dítěte, případně zpráva školského zařízení či zpráva orgánu sociálně-právní ochrany dětí o výsledku šetření poměrů dítěte. Naproti tomu pouze výjimečně mají dle našeho názoru v řízení své místo znalecké posudky, jež jsou však praxí nadužívány.

⁴¹ Výjimkou mohou být pouze situace, kdy to není možné z důvodů neznámého pobytu rodičů nebo jejich zdravotního stavu neslučitelného s výslechem u soudu. Zvláštní obezřetnosti je pak třeba dbát v případech, kdy se rodič, vědom si významnosti svého postavení v řízení s cílem řízení zdržovat, výslechu vyhýbá, neustále žádá o odročení jednání apod. Nepovažujeme za zcela vhodné, aby bylo v těchto případech vždy trváno na výslechu rodiče, neboť to může vést k poškození práv rodiče druhého a kolidovat s nejlepším zájmem dítěte ve spojitosti s rychlostí řízení tak, jak byl jejich vzájemný vztah popsán výše. I když se v případě péče soudu o nezletilé jedná o nesporné řízení ovládané vyšetřovací zásadou, i zde nesou účastníci subjektivní důkazní břemena. Vyhýbá-li se proto účastník výpovědi a z jeho jednání je zjevné, že tímto svým postojem celé řízení záměrně zdržuje, je na místě posoudit případně prokázání tvrzení předestřených ostatním účastníky řízení. K tomu blíže LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním soudním řízení*. Praha: Leges, 2017.

⁴² Z hlediska hledisek, podle nichž se posuzuje věrohodnost, není rodič zcela evidentně osobou neutrální a mnohdy má pak v řízení i vložený zájem. Ke kritériím posuzování věrohodnosti blíže viz ŠÍNOVÁ, R. In: SVOBODA, K. – ŠÍNOVÁ, R. – HAMULÁKOVÁ, K. a kol. *Civilní proces. Obecná část a sporné řízení*. Praha: C. H. Beck, 2014.

Toto nadužívání vychází z aplikace ustanovení § 127 o. s. ř. s odkazem na nutnost posouzení skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí. Podle odborné literatury se přitom mají znalci přímo vyjadřovat k tomu, co je v nejlepším zájmu dítěte.⁴³ S tímto tvrzením si dovoluujeme nesouhlasit, neboť máme za to, že primární odpovědnost za určení toho, co je v nejlepším zájmu dítěte, má soud. Je ovšem pravdou, že soud může k identifikaci nejlepšího zájmu dítěte potřebovat zjištění určitých skutečností, k nimž je třeba odborných znalostí (např. zjištění existence duševní poruchy, psychopatologických rysů osobnosti apod.), komplexní zhodnocení nejlepšího zájmu dítěte však toliko s těmito skutečnostmi být spjato nemůže. Lze si představit i situaci, kdy by byl znaleci poskytnut ke znaleckému posudku kompletní spisový materiál a zadáno mu, aby ze všech okolností uvedl, co považuje za souladné s nejlepším zájmem dítěte, šlo by však dle našeho názoru o přenášení odpovědnosti soudu na znalce. Ostatně Matoušek a Pavlát takové tendence ve svém článku i připouštějí, když konstatují, že soudy přistupují ke znaleckým posudkům skoro vždy tam, kde se rodiče nedokázali o péči o děti dohodnout sami ani s pomocí mediátora. Současně pak připomínají, že soudy závěry znaleckých posudků do svého rozhodnutí zpravidla nekriticky přejímají.⁴⁴

Znalecký posudek se v řízení dle našeho názoru nesmí rovnat zjištění nejlepšího zájmu dítěte. Znalecký posudek je toliko důkazním prostředkem podávajícím důkaz, jenž má být hodnocen až soudem, v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů. Znalec musí ve svém posudku odpovídat toliko na otázky ryze odborné, znalec z oblasti psychologie tak nemůže být tím, kdo zhodnotí vliv střídavé péče na diabetické onemocnění dítěte. Využití znaleckých posudků toliko z důvodu, že se rodiče o úpravě péče neshodli, je pak postupem zcela neefektivním. Tráví-li dítě u jednoho z rodičů 16 dní v měsíci a u druhého 14 dnů v měsíci a vyjádřilo-li se ve vztahu k soudu, že takové uspořádání mu vyhovuje, pak nevyplývala-li v řízení najevo okolnost vzbuzující vážnou pochybnost o výchovné schopnosti rodiče, není znalecké dokazování jen z důvodu, že se rodiče nejsou schopni dohodnout, na místě. Vede k nežádoucím průtahům, které nejsou v zájmu dítěte v situaci, kdy má být z důvodu neschopnosti rodičů nalézt řešení toto autoritativně nahrazeno rozhodnutím soudu.

Závěrem

Tento článek nemůže svým rozsahem obsáhnout celou problematiku nejlepšího zájmu dítěte. Je zjevné, že se jedná o koncept velmi složitý, jemuž, jak bylo výše objasněno, zobecňování spíše neprospívá, neboť u každého dítěte jsou cesta k němu i jeho prvky odlišné. Přesto jsme však připomněli, že existují alespoň určité základní otázky, které by si ten, kdo se snaží identifikovat nejlepší zájem dítěte, měl klást a případně také, jakými postupy na ně hledat odpověď. Ústředním motivem i naší statě jsou individuální okolnosti každého případu, prvky života každého dítěte, které nelze předem odhadnout, ani je nelze ze zjištění a zhodnocení nejlepšího zájmu dítěte vynechat. Obecně však v souvislosti s hmotněprávními aspekty nejlepšího zájmu dítěte platí, že čím více toho orgán aplikující

⁴³ Oba autoři přitom shodně uvádí, že hlavním účelem posudku je doporučit uspořádání, které zaručuje nejlepší ochranu zájmů dítěte. Srov. PAVLÁT, J. – MATOUŠEK, O. *Opatrovnické posudky – doporučení, námitky, úskalí*. K dispozici online na www.cspsychiatr.cz › dwnld › CSP_2016_2_82_87 [online] [cit. dne 23. 9. 2019].

⁴⁴ Viz ibidem.

právo zjistí, tím snazší pro něj může být nejlepší zájem dítěte naplnit. V procesní oblasti však, jak bylo objasněno, taková úměra platit nemůže, neboť se nelze oprostit od prvku pro nejlepší zájem dítěte významného a tím je čas. Zjištění a posouzení nejlepšího zájmu dítěte nelze směřovat se znaleckým posudkem, který je toliko důkazním prostředkem, jenž tomuto cíli každého řízení péče soudu o nezletilé může napomoci, nemůže jej však nahradit, respektive být v konečném důsledku jediným identifikátorem nejlepšího zájmu dítěte. Především pak nesmí být nadužíván tam, kde pro zjištění a posouzení nejlepšího zájmu dítěte postačují skutečnosti zjištěné jinými důkazními prostředky, soud však například odmítá nejlepší zájem dítěte identifikovat toliko z důvodu, že se na péči o dítě rodiče nedohodli.

Míra důkazu – základní problémy z hlediska srovnávací analýzy

Luboš Tichý*

Abstrakt: Příspěvek poskytuje přehled o řešení míry důkazu – zásadního problému nejen civilního procesního práva – v hlavních evropských jurisdikcích, analyzuje klíčové faktory tohoto institutu a dospívá tak k jeho ideálnímu pojetí, které slouží jako *tertium comparationis*, tedy měřítko hodnocení konkrétních národních přístupů, zejména českého pojetí, pro které navrhuje vlastní řešení.

Klíčová slova: míra důkazu, hodnocení důkazů, důkazní břemeno, jistota, přesvědčení, věrohodnost, uvážení soudu, převaha, pravděpodobnost, odůvodnění, pravda, pravdivost

1. Vymezení problematiky

„*Kamkoliv se člověk podívá, existuje jen pravděpodobnost, žádná jistota*“, píše Gerhard Kegel¹ ve svém příspěvku z roku 1983. Ona nejistota je imanentní lidskému myšlení a lidskému životu, neboť o jevech, které se udály v minulosti, nemůže mít člověk až na výjimky jistotu – absolutní pravda tedy neexistuje. Co platí o jednoduchém faktu, to lze s odpovídající vyšší měrou použít na soubory faktů, z nichž se skládá určitá událost. Platí tedy, že čím složitější je minulý děj, tím obtížnější je jeho rekonstrukce. Rekonstrukce minulých dějů, jež zahrnuje poznání a hodnocení, je problematikou, v níž se ocitá kdokoli z nás, s těmito problémy se však setkává především soudce, jehož úkolem je na základě důkazů zhodnotit tvrzení stran ohledně skutkového základu uplatňovaného nároku.

I když rozebíraná problematika je materií zásadního významu, a to nejen v procesním právu, neboť je, aniž si to uvědomujeme, předmětem každodenního uvažování člověka, nebyla v centru pozornosti české právní nauky. V poslední době se však zájem o ni zvyšuje, což platí i o určitém vývoji v praxi českých soudů,² který je předmětem našich úvah ve třetí a čtvrté části.

Účelem tohoto příspěvku je provést srovnávací analýzu základních přístupů k otázce míry důkazu v rámci civilního řízení soudního ve vybraných jurisdikcích a na jejím základě navrhnout optimální řešení. Ke splnění tohoto úkolu je třeba použít základního kritéria, kterým je tzv. *tertium comparationis* sestávající se ze základních předpokladů

* Prof. JUDr. Luboš Tichý, Právnická fakulta Univerzity Karlovy, E-mail: tichy@prf.cuni.cz.

¹ KEGEL, G. *Sicherheit und Wahrscheinlichkeit im Recht. Festschrift für St. Rosenfeld*. Heidelberg, 1983, s. 144.

² Srov. k tomu ze starší literatury FIALA, J. *Důkaz zavinění v občanském soudním řízení*. Praha, 1965, z pozdější literatury pak MACUR, J. *Důkazní břemeno a teorie pro uplatňování pravděpodobnosti pro hodnocení důkazu v civilním soudním řízení*. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 4, s. 356 an., MACUR, J. *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení*. Brno, 2001, TICHÝ, L. *Dokazování příčinné souvislosti a proporcionální odpovědnost za škodu*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod*. Praha, 2010, s. 57–68, TICHÝ, L. *Pravděpodobnost v hmotném právu a míra důkazu*. *Bulletin advokacie*. 2013, č. 12, s. 30 an., a z poslední doby LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha, 2017, s. 36 an. a zejména pak HOLLÄNDER, P. *Proof and Changing Idea of Truth in Legal Thinking*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 3 an.; BALARIN, J. *Standard of Proof in Czech Civil Procedure*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 163 an. a TICHÝ, L. *Standard of Proof: Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analyses*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Mohr Siebeck: Tübingen, 2019, s. 288 an.

fungování ideálního modelu míry důkazu. Pro vymezení tohoto modelového řešení je třeba definovat jeho klíčové součásti (elementy), jež slouží jako dílčí měřítko hodnocení předmětu našeho zkoumání, což činím v první části svého příspěvku.

Takto definovaný ideální model je podřízen základnímu účelu, jímž je správné rozhodování ve věci samé, které předpokládá dostatečně věrohodnou rekonstrukci skutkového základu uplatňovaného nároku. Tím se zabýváme v druhé části.

Ve třetí části pak provádíme na základě shora uvedeného kritéria komparativní analýzu základních (hlavních) přístupů a tendencí. Zabýváme se anglosaským pojetím míry důkazu (*standard of proof*), krátce analyzujeme skandinávský model, jak je prezentován v učení P. O. Ekelöfa, a dále se zaměřujeme na kontinentální pojetí na příkladu Německa, Rakouska, Francie a České republiky.

Ve čtvrté části pak navrhuje vlastní řešení problému jako určitou výzvu a doporučení pro soudce a zákonodárce.

2. Elementy modelového řešení – *tertium comparationis*

Jak již bylo řečeno, modelové řešení má dvě základní složky, a to část deskriptivní a část normativní. První z nich je tvořena mimoprávními, procesními a hmotněprávními elementy, druhá pak zahrnuje hodnoty, principy a cíle relevantní pro celkovou orientaci modelu.

2.1 Předpoklady a elementy

Problematika míry důkazu se již z povahy tohoto institutu týká celé řady kategorií, respektive institutů, které do značné míry přesahují tento svým základem procesní institut. Mají totiž své kořeny mimo procesní právo, respektive mimo právní systém vůbec. Podle jejich zakotvení lze rozeznávat shora uvedené elementy mimoprávní, procesní a hmotněprávní.

2.1.1 Primární kategorie

a) Poznání a hodnocení

Lidé nejsou schopni dosáhnout uceleného poznání na základě svých dílčích poznatků ve smyslu subjektivní teorie pravděpodobnosti. Proces zážitku a vytváření přesvědčení překračuje totiž pouhou kognitivní sféru. Nikoliv náhodou zdůrazňuje právní nauka iracionální, pocitové aspekty vytváření přesvědčení, kterýžto proces lze označit za intuici. Dokonce se tvrdí, že tak komplexní jev, jakým je hodnocení relativně složitého souboru důkazů, může být uskutečněn pouze prostřednictvím intuice: jde tedy o proces, který vychází z rozumu a intuice, počívá na sepětí myšlení a pocitu, uvažování a intuici. Je zřejmé, že nevědomé, paralelní zpracovávání informací přetěžuje analytický rozum. Intuice je totiž do značné míry nevědomý proces zpracování informací, ústící v pocit, jenž může ovlivnit naše jinak racionální rozhodování. Zřejmě stále platí závěr průzkumu publikovaného v roce 1984,³ který prokázal zásadní nedostatky v jinak obecně akceptovaném

³ BÜRKLE, J. *Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1984.

racionálním přístupu soudců. V jiném případě bylo prokázáno, že výsledky hodnocení jednotlivých důkazů se významně liší, přičemž odchylky činily až 300 %.⁴ Podstatné pak je, že soudy neodůvodňují míru přesvědčivosti jednotlivých důkazů, a to ani v jednotlivostech, ani v celku.

Zkušenostní věta je podle Friedricha Steina zobecnění, které je získáno indukci a přesahuje působnost jednotlivého případu, a nárokuje tak obecnou či obecnější platnost. To znamená, že taková věta dopadá na všechny konkrétní případy. Přípustné jsou též nejisté zkušenostní věty, jež se od obecně platných odlišují kvantitativně, nikoliv však kvalitativně. Zkušenost omezuje soudce tím, že ho váže ke skutečnosti, a tak limituje jeho svobodu při vytváření jeho přesvědčení.

Míra spolehlivosti je mimo jiné dána existencí a trváním konstantní soudní praxe.

b) Přesvědčení

Přesvědčení jako výsledek poznávacího (kognitivního) procesu vypovídá na základě hodnocení relevantních informací o tom, zda se určitá tvrzená skutečnost (předmět poznávání) v minulosti stala či nestala.⁵ Součástí poznávání je hodnocení, jehož předmětem jsou informace, jež se předmětu přesvědčení přímo či nepřímo dotýkají, a dále informace, jež mají obecný charakter a působí jako ideový rámec, jenž musí být v procesu poznávání respektován. Na tvorbě přesvědčení se podílejí psychické pochody hodnotitele (poznávající osoby), které způsobují, že přesvědčení je svojí podstatou poznatek subjektivní povahy, na který působí i emotivní a iracionální vlivy.

Přesvědčení soudce je jedno z kritérií míry autenticity (správnosti či někdy pravdivosti) zjištění (rekonstrukce) minulé skutečnosti. Tato míra je vyjádřena ve formě výrazu, jakým je pravda a pravděpodobnost. Přesvědčení nemá, jak se uvádí,⁶ bipolární hodnotu (význam), a může tak mít mnoho stupňů (může být odstupňováno). To koneckonců odpovídá i obecnému úzu o tom, že „někdo je plně, stoprocentně, anebo ne zcela, málo apod. přesvědčen“. Je proto adekvátní pojem „převládající přesvědčení“ užívaný Schweizerem.⁷

Přesvědčení je rozhodujícím verdiktem soudce o skutkovém stavu. Zpravidla (v závislosti na rozsahu skutkových okolností) se týká jak jednotlivých skutečností, tak celkového skutkového děje jakožto množiny těchto prvků celé události. Zde pak platí obecně známé pravidlo, že čím nižší je autenticita (pravděpodobnost) přesvědčení (poznání) o jednotlivých prvcích, tím je nižší stupeň přesvědčení o celku (množině).

Tvorba přesvědčení je výsledkem myšlenkového procesu, jehož předmětem jsou z hlediska obecnosti dva druhy informací. Soudce postupuje induktivně, ověřuje jednotlivé konkrétní informace, postupuje od informací bezprostředních k informacím zprostředkovaným (nepřímým) a od jednoho prvku (skutečnosti) k prvkům dalším. Souběžně ověřuje jednotlivé poznatky testem souladu se svými zkušenostmi a poznatky vědy. Nakonec hodnotí všechny prvky v jejich souhrnu.

Zjednodušeně řečeno, přesvědčení je výsledkem hodnocení důkazů (důkazních prostředků), neboť jeho tvorba je vyústěním poznávacího, a tedy hodnotícího procesu. Pře-

⁴ EINMAL, M. Zeugenirrtum und Beweismaß im Zivilprozess. Eine Fallstudie am Beispiel des Verkehrsunfallprozesses. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2001, 469, s. 474 a STEIN, F. Das private Wissen des Richters. Leipzig, 1893, s. 41.

⁵ Viz však odlišnou definici např. u GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*. Köln: Carl Heymanns, 1978, s. 20.

⁶ Např. GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 32 či BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Berlin: Carl Heymanns Verlag; 2005, s. 63.

⁷ SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, passim.

svědčení má formu pravdivostního výroku. Protože je však známo, že absolutní pravdy (jistoty)⁸ nelze dosáhnout,⁹ je vyjádřením pravděpodobnostního soudu ohledně jednoho prvku, či celého souboru skutečností, či jeho části.

c) Pravda

Převážná většina středoevropské literatury se kloní k závěru, že mírou důkazů je pravda. Tuto naprosto základní filozofickou kategorii je však třeba pojímat v relativním, velmi omezeném slova smyslu.¹⁰ Pravdu je třeba chápat v relativním slova smyslu i s ohledem na klesající míru důkazů, o čemž není pochybnosti ani v německém právu, a pojímat ji jako určité kritérium při rekonstrukci skutkového stavu coby základu právního hodnocení. Tento proces se děje bez nároku na poznání pravdy.¹¹ Lze tedy konstatovat, že pravda je to, co bude v řízení nalezeno. Nejde o něco nepochybného a objektivního. Strany totiž o pravdu bojují.¹² Gottwald se kupodivu přiznává ke svým dřívějším názorům a tvrdí, že pravda je vlastně „*preponderance of evidence*“. Přiklání se tak k anglické doktríně, když soudí, že pravda je to, pro co mluví více argumentů jedné strany.

Tyto kategorie nejsou protiklady. V nejvyšší míře dosáhneme pravdivých rozhodnutí jen tehdy, jestliže se budeme v pochybnostech držet pravděpodobnosti. Protiklady mezi těmito instituty se odstraní, jestliže za prvé hodnocení důkazů a aplikaci práva chápeme nikoliv jako dvě separátní otázky, nýbrž jako jednotný rozhodovací postup, a za druhé rozlišujeme-li zralost rozhodování a hranici pro finální rozhodnutí, a to na základě různých hledisek. Absolutní pravdu, jakožto soulad hypotézy se skutečností, nelze dosáhnout, a proto je třeba, v souladu s americkými a anglickými soudci, kteří slovo „pravda“ používají velmi zřídka, být k této kategorii velmi zdrženlivými a používat pojem pravděpodobnosti.

Německý ZPO požaduje, aby soudce nabyl o dokazovaném tvrzení přesvědčení o pravdivosti. Nelze se proto spokojit jen s pouhou pravděpodobností. Jde tedy o subjektivní teorii míry důkazu. Oproti tomu v objektivní teorii míry důkazu je soudcovské přesvědčení nahrazeno zjištěním pravděpodobnosti.

Problém pravdy a pravděpodobnosti vyřešil zkušený německý soudce Albert Hellwig¹³ takto: Soudce, který obžalovaného odsuzuje, musí být sice o pravdě toho, co zjistil, přesvědčen. Toto přesvědčení však nemůže nikdy dát záruku, že to, co zjistil, je skutečně pravda. Z objektivního hlediska se jedná o pouhé zjištění pravděpodobnosti.

d) Pravděpodobnost

Z obecné lidské zkušenosti je zřejmé, že jevy, jež se mají uskutečnit nebo se uskuteční (v budoucnosti) nebo se staly (v minulosti), můžeme chápat jen jako určité hypotézy, tedy s určitou pravděpodobností. Zatímco přírodní vědy chápou a používají pravděpodobnost k „předvídání“, tedy orientují tuto kategorii do budoucnosti, v důkazním právu je pravděpodobnost směřována do minulosti. Je cílem a měřítkem poznání minulých jevů a jejich

⁸ GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 27.

⁹ Srov. PRÜTTING, H. *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: C. H. Beck, 1983, s. 101 an.

¹⁰ LEIPOLD, D. *Wahrheit und Beweis im Zivilprozess, Festschrift für Nakamura*. Tokyo, 1996, s. 320.

¹¹ *Ibidem*, s. 321.

¹² GOTTWALD, P. *Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess. Festschrift für D. Henrich*. Bielefeld: Gieseking, 2000, s. 165 an.

¹³ HELLWIG, A. *Wahrheit und Wahrscheinlichkeit in Strafsache. Der Gerichtssaal*. Berlin, 1922, 88, s. 417, 431.

rekonstrukce. Přitom jde jen o přiblížení se „pravé“ skutečnosti, označované jako pravda, jež s ohledem na její komplexnost nelze se stoprocentní věrohodností reprodukovat. Pravda je jakýsi ideální objekt.¹⁴ Toho lze snad dosáhnout v jednotlivých dílčích prvcích minulých jevů, a tak lze pravdu ve smyslu korespondenční teorie chápat jako soulad skutkového tvrzení s realitou. Jedná se tedy o jakousi nedosažitelnou metu. Ve filosofii, přírodních vědách, a dokonce i v právní nauce byla vyvinuta celá řada definic tohoto pojmu, z nichž však žádná není obecně přijímána. Potud platí stále Musielakovo konstatování¹⁵ o celé řadě forem pravděpodobnosti. Tak například Schweizer¹⁶ uvádí pravděpodobnost na základě každodenní zkušenosti neboli zkušenostní pravděpodobnosti (*Alltags- oder Erfahrungswahrscheinlichkeit*), klasickou pravděpodobnost, subjektivní a logickou pravděpodobnost, stejně jakožto frekventistickou a protenzivní pravděpodobnost jako subkategorie epistemické a ontické pravděpodobnosti. Jen v germánském právněkulturním okruhu četní autoři jako například Kegel, Maassen, Musielak, Greger, Evers, Gottwald, Stegmüller, Motsch, Huber, Bourmistrov-Jüttner, Weber, Grense, Brinkmann, Geikel, Berger-Steiner a další vyvinuli vlastní chápání pravděpodobnosti.¹⁷ Pro naše účely vycházíme z konstatování Musielaka, že každý důkaz je v podstatě důkazem pravděpodobnostním,¹⁸ a budeme jako základní element našeho modelu brát v úvahu jen tři, respektive dva modely vyvinutých forem, které jsou navíc v literatuře nejčastěji používány. Přitom jsme si vědomi určitého zjednodušení (jež je ovšem nutné k účelu této krátké studie) při uvážení neostrosti jednotlivých pojmů a zejména forem a jejich značných překryvů. Dokladem a příkladem toho je například značná blízkost až totožnost pojmů subjektivní a logické (induktivní) formy pravděpodobnosti. Objektivní (či relativní, matematická či statistická) forma pravděpodobnosti je definována na základě teorie četnosti výskytu události jako poměr případů ve prospěch určité hypotézy ke všem případům stejného druhu, přičemž všechny z nich musejí být stejně možné či realizovatelné. Míra pravděpodobnosti či pravděpodobnost sama se tak vztahuje k relativní četnosti (výskytu) určité události. Její použití je možné na druhy, respektive třídy událostí. Tvrdí se, že není použitelná k zjištění pravděpodobnosti konkrétní jednotlivé události,¹⁹ a proto se někdy tato forma považuje v právnickém kontextu za nepoužitelnou.²⁰ Objektivní forma pravděpodobnosti vychází z hodnocení pravděpodobnosti hypotézy prostřednictvím osobních zkušeností přísně

¹⁴ GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 38.

¹⁵ MUSIELAK, H.-J. Das Overviktspricip: zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit. In: LÜDERITZ, A. – SCHÖDER, J. (eds). *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts: Bewahrung oder Wende? Festschrift für G. Kegel*. Frankfurt am Main: Metzner, 1977, s. 455.

¹⁶ SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, s. 96.

¹⁷ KEGEL, G. *Der Individualanscheinbeweis und die Verteilung der Beweislast nach der überwiegender Wahrscheinlichkeit*. Festschrift H. Kronstein. 1967, s. 343; WEITNAUER, H. *Wahrscheinlichkeit und Tatsachenbestellung*. Karlsruhe Forum, 1966, s. 3, 4; MAASSEN, B. H. *Beweismassprobleme im Schadensatzprozess*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 1975, s. 6; MUSIELAK, H.-J. *Das Overviktspricip: zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit*, s. 455; GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 39 an.; EVERS, A. *Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung*. Freiburg, 1979, s. 51, 66; GOTTWALD, P. *Schadenszurechnung und Schadensschätzung*. München: C. H. Beck, 1979, s. 193; MOTSCH, R. *Vom rechtsgenügend der Beweis*. Berlin: Carl Heymanns, 1983, s. 140 an.; HUBER, M. *Beweismass im Zivilprozess*. Köln, 1983, s. 113; NELL, E. L. *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*. Berlin: De Gruyter, 1983, s. 105 an., BOURMISTROV-JÜTTNER, E. *Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie*, München: C. H. Beck, s. 61, 128 an.; BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 63 an.; BERGER-STEINER, I. *Beweismass im Privatrecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2008, s. 109 an.

¹⁸ MUSIELAK, H.-J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*. Berlin: de Gruyter, 1975, s. 115, 116.

¹⁹ GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 42.

²⁰ BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 24.

racionálně jednajícího člověka²¹ a používá i tzv. subjektivní pravděpodobnost maximálních kvocientů, přičemž stupeň pravděpodobnosti je identický s mírou, s jakou je přísně racionálně jednající osoba na základě svých zkušeností ochotna prosazovat svůj názor ohledně výskytu určité skutečnosti. Používání osobních zkušeností se děje podle pravidel, jež vylučují arbitrárnost a zaručují bezrozpornost závěrů. Určitou obdobou subjektivní formy pravděpodobnosti je logická neboli induktivní forma pravděpodobnosti,²² jež činí závěry o správnosti určité hypotézy za pomoci indukce existujícího souboru faktů. Na rozdíl od subjektivní formy pravděpodobnosti směřuje induktivní forma nikoliv k samotnému stupni přesvědčení, nýbrž se soustřeďuje na subjektivní váhu odůvodnění pro induktivně získané přesvědčení. Vychází se tak ze vztahu závěru k předpokladu pravděpodobnosti ve smyslu logiky; označuje tedy objektivní danost, totiž stupeň potvrzení hypotézy na základě zkušenosti. Výpověď o ní je věrohodná, jestliže ji potvrzuje odůvodnění, tedy vztah mezi hypotézou a zkušeností.

Je zřejmé, že i uvedené tři formy pravděpodobnosti mají společné rysy a v některých aspektech se překrývají. Je tomu tak i mezi objektivní a subjektivní formou pravděpodobnosti. Jako je přísně racionálně jednající člověk schopen činit „matematicky“ správný závěr, dospívá v případech, v nichž z určitého souboru skutečností může být matematickými metodami vypočítána pravděpodobnost správnosti určité hypotézy, k obdobnému výsledku i objektivní forma pravděpodobnosti. Rozdíl mezi oběma pak může spočívat v tom, že subjektivní forma je použitelná též v případech, v nichž nelze dovést nekonečné matematické řady, a nelze tudíž použít statistickou metodu relativní četnosti. Je-li subjektivní forma pravděpodobnosti limitována racionálními pravidly, nabývá vlastně objektivního charakteru. Míra pravděpodobnosti je ještě vyšší u subjektivní a logické formy pravděpodobnosti.

Každá z forem pravděpodobnosti – objektivní i subjektivní – má své charakteristické rysy. Objektivní forma vychází z tzv. četnostní teorie, která je použitelná a v zásadě sto procentně účinná v případech, v nichž jde o nekonečné řady relativních četností s možností opakování pokusu za stejných podmínek. V celé řadě případů však tato statistická metoda nenachází použití.

Subjektivní i logická forma pravděpodobnosti se vyznačuje používáním zkušenostních vět a vědeckých poznatků. Zkušenostní věty vycházejí z pozorování jednotlivých případů a jsou zobecňovány do abstraktních poznatků, obdobně jako v přírodních vědách. Je pozorován, respektive sledován průběh určitých dějů se souhlasnými, respektive totožnými znaky a z výsledků těchto pozorování jsou činěny závěry s ohledem na četnost určitých jevů. Objektivita a platnost dosahovaných výsledků se zvyšuje tehdy, jestliže lze k stejným poznatkům dospět u navzájem nezávisle provedených pozorování. Zkušenostní věty pak lze prověřovat právě těmito výsledky. V tomto ohledu je možné přičítat těmto výsledkům určité stupně míry pravděpodobnosti.

Na základě tohoto stručného rozboru lze dospět k závěru, že tak, jako neexistuje žádné přesné vymezení pravděpodobnosti, nelze pro praxi doporučit ani výlučné používání jediné pravděpodobnostní formy. Podle typu případu lze více či méně používat ty či ony elementy či nástroje jednotlivých pravděpodobnostních forem. V zásadě platí, že subjek-

²¹ Viz též NELL, E. L. *Wahrscheinlichkeit und juristische Entscheidungen*, s. 35 an.

²² MUSIELAK, H.-J. *Das Overviktspricp: zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit*, s. 457; BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 24.

tivní vědomí pravděpodobnosti je poměřováno, respektive kontrolováno a korigováno objektivními hledisky statistické metody, zkušenostních vět a vědeckých poznatků.

e) Věrohodnost

V některých právních řádech (např. Německa či Švýcarska) existuje ještě jedna veličina autenticity, kterou je věrohodnost neboli zvěrohodnění. Týká se to určitých důkazů, respektive tvrzení o skutečnostech, které evidentně nepotřebují k přesvědčení soudce stejně vysoký stupeň autenticity jako v případě tzv. plného důkazu. Zvěrohodnění má tedy soudu zprostředkovat určitý stupeň přesvědčení o tom, že se určitý děj skutečně odehrál.²³ Míra autenticity, respektive přesvědčení soudce je označována jako převažující pravděpodobnost.²⁴ Jak již naznačeno, v německém, ale i ve švýcarském procesním právu jde o výjimku z obecné míry důkazu, která musí být soudem výslovně připuštěna. Tak je tomu v německém ZPO v § 44 odst. 2, § 104 odst. 2, § 236 odst. 2 a v celé řadě dalších. Každý důkazní prostředek je přípustný, kromě toho je možné ještě uplatnit místopřísežné prohlášení, které obsahuje popis dané události. Důkaz musí být okamžitě proveditelný (§ 294 odst. 2 ZPO). Důkazní prostředky musí být při ústním jednání k dispozici. Věrohodnost se používá zejména v případě návrhu na vydání předběžného opatření, přičemž tvrzené skutečnosti musí být prokázány s řečenou převažující pravděpodobností.²⁵ Jde o specifický způsob dokazování „jednostranným způsobem“, kdy soudce není schopen na základě přednesu jen jedné strany dospět k plnému přesvědčení.²⁶ Jinak řečeno, jedná se o situaci omezeného rozsahu důkazního materiálu, přičemž rozhodnutí v těchto věcech má provizorní, předběžný charakter. Podle některých názorů míra subjektivní pravděpodobnosti může klesnout až pod 50 procent.²⁷ To je opodstatněno v důsledku minimalizace očekávaných zmařených nákladů, kdy náklady nevydání opatření jsou vyšší než náklady nesprávného vydání opatření. Proto je věrohodnost jako míra přesvědčení považována za flexibilní míru důkazu.²⁸

O kategorii věrohodnosti v případech hodnocení důkazů v řízeních o předběžném opatření a zajištění důkazu v českém právu pojednáváme ve třetí (3.1.6) a čtvrté části.

2.1.2 Procesní kategorie

Teorie a praxe procesního práva vytvořily některé specifické instituty, jež se používají při hodnocení důkazů a zejména pak při rozhodování v otázce, do jaké míry by měl soudce považovat tvrzení stran za prokázaná (míra důkazu). Stejně jako instituty extralegálního charakteru, jež se promítají do procesního práva, jako je tomu například v případech pravděpodobnosti, jistoty, přesvědčení apod., jsou některé instituty procesního práva více méně zakotvené i v mimoprávní oblasti.

²³ ROSENBERG, L. – SCHWAB, H. – GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht*. 17. vydání. München: C. H. Beck, 2010, s. 614, marg. č. 4, podle LEIPOLD, D. *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*. München, 1971, s. 66.

²⁴ Srov. BGHZ 156, 139.

²⁵ Srov. k tomu PRÜTTING, H. *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: C. H. Beck, 1983, s. 80.

²⁶ BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 53.

²⁷ SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, s. 573.

²⁸ *Ibidem*, s. 573.

a) Důkaz *prima facie* a zkušenostní věty

V germánském právním okruhu slouží jako důkazní prostředek tzv. důkaz na první pohled (*Anscheinsbeweis*) neboli důkaz *prima facie*.²⁹ Nejde o zvláštní důkazní prostředek, nýbrž o výslednou aplikaci obecné životní zkušenosti při vytváření přesvědčení soudce v rámci hodnocení důkazů. U určitých typických jevů či průběhů událostí umožňuje důkaz *prima facie* nahradit důkazní řízení například při prokazování příčinné souvislosti. Důkaz *prima facie* nemá dogmatický základ. Je produktem judikatury, která se v Německu vyvinula v právní zvyklost a je neodmyslitelnou součástí soudní praxe.³⁰ Podstatné je, že důkaz *prima facie* nemá jinou míru důkazu než míru obecnou. Je proto nesprávné uvažovat o důkazu *prima facie* jako o jednom z nástrojů redukce míry důkazu. Zkušenostní věty by měly odpovídat aktuálnímu stavu vědomostí a měly by být v souladu se základními logickými a přírodními zákony. Zpravidla se odlišují od základních skutkových a právních domněnek, stejně jako od tzv. notorií. Vzdor odlišným názorům v literatuře i v judikatuře plní zkušenostní věty úlohu důkazu specifického typu, nemají však žádný bezprostřední vliv na důkazní břemeno a zejména se netýkají míry důkazu.³¹

b) Riziko nákladů, zejména nesprávných rozhodnutí

Relevantní náklady plynou dle Schweizera³² přímo z účelů civilního procesu. Způsobitost strany nést riziko procesu je irelevantní. Učení o převládajícím přesvědčení nejlépe uskutečňuje řečené účely civilního procesního práva. Náklady jsou pro rozhodnutí o míře důkazu potud zásadního charakteru, pokud lze určit, kdy je rozhodnutím soudu maximalizován užitek a kdy jsou náklady minimalizovány. Tento okamžik nastává, jestliže dvě situace jsou podle přesvědčení soudce stejně pravděpodobné, přičemž jeho rozhodnutí bude mít za následek užitek vyšší než náklady. Jsou-li na druhé straně užitek a náklady jako následek jeho rozhodnutí stejně závazné, měl by se soudce rozhodnout pro tu situaci, kterou považuje za pravděpodobnější. Poměr hodnot užítku na straně jedné a zmařených nákladů na straně druhé jakožto možných následků jeho rozhodnutí určuje meze jeho rozhodování. Převažující míra důkazu (*preponderance of evidence*) je základem takového rozhodnutí, jež bere v úvahu zásadu ekonomiky řízení. Podle panujícího názoru není důvodu považovat náklady rozhodnutí, které zamítlo žalobu neoprávněně, za méně významné než náklady rozhodnutí, které nesprávně žalobě vyhovělo; rozhodující hranicí je přesvědčení přesahující 50 procent očekávaných zmařených nákladů. Relevantní náklady plynou z hodnot, jejichž respektování, respektive nedodržování právní řád sankcionuje. Relevantní náklady nebo užítky jsou označovány jako právní náklady anebo právní užítky.

Je-li účelem civilního procesu uskutečňování hmotného práva, je tohoto cíle dosaženo tehdy, jestliže soud oprávněným nárokům vyhová a odmítne ty, jež nemají základ v hmotném právu. V takovém případě nejsou zmařeny žádné náklady. Náklady jsou však zma-

²⁹ Např. ROSENBERG, L. – SCHWAB, H. – GOTTWALD, P. *Zivilprozessrecht*, s. 621, marg. č. 11 an.; SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, s. 171 an., s. 368 an., s. 371 an.

³⁰ GREGER, R. In: ZÖLLER, R. *Zivilprozessordnung*. 25. vydání. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2005, komentář před § 284 ZPO, marg. č. 29.

³¹ Např. MUSIELAK, H.-J. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, s. 120 an.; WALTER, G. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1979, s. 156, 206 an.; shodně pak např. PRÜTTING, H. *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: C. H. Beck, 1983, s. 101 an.

³² SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, passim.

řeny v případě, že soud vyhoví neoprávněnému nároku nebo zamítne žalobu, která je oprávněná. V obou případech se soud dopustil chyby, která je v principu stejně závažná. Je ovšem otázkou, zda se zbytečným (zmařeným) nákladům zabrání tehdy, jestliže měřítkem důkazu je pouze převažující přesvědčení, tj. přesvědčení soudce o autenticitě tvrzení jedné strany převažuje nad přesvědčením o autenticitě tvrzení strany druhé.

Náklady je třeba rozumět nejen materiální ztráty dotčené strany a hospodářské náklady společnosti,³³ ale je třeba zohlednit i „sociální“ náklady, které nemají bezprostřední negativní dopad na strany řízení. Ty však lze jen obtížně specifikovat. O to větší celospolečenský význam ovšem mají. Jde o znejistění právního vědomí, tedy o právní nejistotu, jež vzniká tehdy, vycházejí-li soudy při svém rozhodování z nesprávně zjištěného skutkového stavu, a proto jsou takováto rozhodnutí škodlivá, neboť jsou vnímána jako nespravedlivá. Podle Bendera jde vlastně o jakési nepřímé hospodářské náklady. K tomu může dojít tehdy, jestliže míra důkazu například pro prokázání škody je příliš vysoká, takže poškozený nedosáhne odškodnění. Je-li důkazní standard naopak stanoven příliš nízkou, může to vést k přemíře rozsudků, jež jsou stejně tak oprávněné, a tak například i k ukládání vysokých neoprávněných povinností k náhradě škody, které mohou vést k zruinování údajných škůdců.

Při uvažování o míře důkazu, tj. s ohledem na pravděpodobnost či přesvědčení o pravdě, je nutno brát v úvahu náklady označované jako sociální náklady.³⁴ Jde o ztráty či nevýhody, respektive i o užítky, jež vznikají v důsledku soudního rozhodnutí. Jedná se o negativní následky nesprávných rozhodnutí. „Sociálními náklady“ jsou dotčeny nejen strany sporu, respektive další s nimi spojené osoby, nýbrž lze je charakterizovat i jako národohospodářské náklady. Základem a východiskem je obecná tendence schvalovat (ospravedlňovat) rozhodnutí, které maximalizuje očekávané užítky a minimalizuje očekávané náklady.³⁵ To platí zejména v případech, kdy existují dvě proti sobě stojící pozice (argumenty vycházející ze skutkových základů), které jsou podle jedince, jenž má rozhodnout o jedné přednosti před druhou, stejně pravděpodobné. Má-li se mezi nimi rozhodnout, rozhodne se pro ten výsledek, který přináší vyšší užitek a nižší náklady. Jsou-li na druhé straně užítky a náklady výsledného rozhodnutí identické (shodné), rozhodne se pro alternativu, kterou považuje za pravděpodobnější. Relevantní náklady vycházejí z hodnot, jejichž respektování právní řád sankcionuje.

Náklady, respektive užítky mají souvislost i se stupněm (mírou) důkazního standardu.³⁶ Platí totiž obecně, že čím vyšší je stupeň důkazního standardu, tím menší je pravděpodobnost, že žalobci dosáhnou svých nároků, zatímco při nízké míře důkazu může dojít s větší pravděpodobností např. i k neoprávněnému obohacení. Z toho se dovozuje, že první přístup vede lépe ke společenskému smíru, zatímco v druhém případě je podporována i nezdravá tendence k „souzení se za každou cenu“, což může vést i k záplavě žalob a zahlcení soudní soustavy.

Tak je možné uvažovat o povinnosti soudce a zvažovat možnost dopadů jeho rozhodnutí. Mělo by tedy platit pravidlo, že vyšší standard důkazu by měl přicházet v úvahu tehdy, jestliže následky nesprávného rozhodnutí by byly podstatně horší pro jednu stranu ve

³³ BENDER, R. Das Beweismass. In: *Festschrift für Fritz Baur*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981, s. 247, 252.

³⁴ Např. BENDER, R. *Das Beweismass*, s. 247, 252.

³⁵ SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismaß*, s. 440.

³⁶ Viz např. BENDER, R. *Das Beweismass*, s. 252.

srovnání se stranou druhou.³⁷ Podle Gregera³⁸ znamená nesprávné rozhodnutí ukládající plnění hrubé bezpráví a navíc v takovém případě působí psychologický efekt *endowment*, který pro člověka znamená, že je bolestivější, musí-li nějakou majetkovou hodnotu vydat, než v případě, že je nucen se nabytí nějaké hodnoty pouze vzdát.

2.1.3 Hmotné právo a hmotněprávní instituty

Tak, jak to vystihuje ustanovení § 287 německého ZPO a § 136 českého občanského soudního řádu, je situace s ohledem na hodnocení důkazu a zejména míru důkazu v některých právních oblastech a v rámci některých hmotněprávních institutů v každém z obou právních řádů specifická. Odlišuje se především vzájemným postavením stran, mírou ochrany s ohledem na význam chráněných právních zájmů; významná jsou charakteristická působení některých přírodních či společenských zákonitostí.

Jde např. o dokazování zavinění, příčinné souvislosti, odpovědnosti za výrobek, tzv. *toxické delikt ní odpovědnosti* a otázek masových škod.

Relevantní je reflexe míry důkazu v rozhodnutí soudu ve věci samé, tj. řešení otázky „vše anebo nic“, respektive tolik, kolik odpovídá míře důkazu. Tak například na základě výpovědi svědků a znaleckého posudku dospěje soud k závěru, že žalovaný lékař se velmi pravděpodobně dopustil chyby. Soud však nepovažuje tvrzení za plně prokázané a odhaduje pravděpodobnost na 80 %. Má soudce v tomto případě žalobu zamítnout, anebo žalobci přiznat náhradu škody ve výši 100 % anebo 80 %?

a) Míra důkazu a hmotné právo

Z hlediska funkce míry důkazu je zřejmý jeden důležitý aspekt. Míra důkazu je klíčová pro posouzení předmětu řízení, tedy problematiky hmotného práva. Míra důkazu je tak jedním ze „styčných“ bodů, v nichž se hmotné a procesní právo protínají. V tomto ohledu je třeba ctít služebnou roli procesního práva, které „provádí“ hmotné právo, neboť realizuje jeho zadání.³⁹ Proto je jen logické, že při posuzování míry důkazu je třeba reflektovat hmotněprávní povahu předmětu řízení, o který v daném případě jde, a tak naplňovat uvedenou služebnou roli procesního práva. Jinak řečeno, míru důkazu je třeba podrobit i „hmotněprávní kvalifikaci“ a zohlednit relevantní právní normu [viz 3.1.6 a)–c)] včetně jejího kontextu.

To se v mnohých právních řádech skutečně děje. Lze jen připomenout sníženou míru důkazu při posuzování výše náhrady škody v německém právu.⁴⁰ Spojitost míry důkazu, respektive hodnocení důkazů vůbec s hmotným právem zdůrazňuje mimo jiné Greger,⁴¹ který uvádí, že procesní právo nemůže odůvodnit odpovědnost, která nemá oporu v materiálním právu, i když primárně se o to má postarat úprava důkazního břemene. V tomto směru je zřejmě relevantní švédská praxe, podle které lze snížit obecně stanovenou míru (stupeň) důkazního standardu s ohledem na běžnou míru dostupnosti důkazů a zejmé-

³⁷ STRANDBERG, M. The More – probable – than – not Standard: A critical Approach. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 90.

³⁸ GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, s. 74.

³⁹ BALDUS, Chr. G. *Beweismass und materielles Recht*. In: *Festschrift für Walter Gerhard*. Köln: RWS Verlag, 2004, s. 759.

⁴⁰ Viz § 287 ZPO ve vztahu k § 252 BGB.

⁴¹ GREGER, R. *Hodnocení důkazu a míra důkazu*. In: TICHÝ, L. *Prokazování příčinné souvislosti multikauzálních škod*. Praha, 2010, s. 77 an.

na však i v jiných odůvodněných případech hmotného práva.⁴² Obecně by mělo platit, že míra důkazu by měla sloužit i jako nástroj k vyrovnání nerovnosti šancí sporných stran. Určité výjimky ze standardu míry důkazu lze najít v právu USA, kde je třeba brát v úvahu závažnost argumentů žaloby.⁴³ Jiným případem snížení míry důkazu s ohledem na hmotněprávní povahu předmětu řízení je rozhodnutí ve věci *Grogan v Garner*.⁴⁴

Příznačně též je, že otázku míry důkazu v mezinárodním právu soukromém je třeba vyřešit podle rozhodného hmotného práva (*lex causae*) například u odpovědnosti za škodu a snížení míry důkazu se rovná zvýšení kompenzačních nároků.⁴⁵

O propojení míry důkazu a hmotného práva svědčí určitý typ úlev z míry důkazu podle hmotněprávní úpravy německého zákona o smluvním pojištění (*Versicherungsvertrags-gesetz*). Jde o důkaz krádeže, který musí poškozený pojištěný provést s „dostatečnou pravděpodobností“ (*hinreichende Wahrscheinlichkeit*). To je nižší standard než rovnováha pravděpodobností, který je docílen tím, že žalobce je schopen prokázat krádež zejména důkazem existence ukradeného zboží v místě vloupání.⁴⁶ Nižší míru důkazu upravuje i jiné hmotněprávní ustanovení německého právního řádu, a sice § 252 věta druhá BGB, jenž pro ušlý zisk stanoví standard pravděpodobnosti (viz 3.1.3). Naopak zvýšení míry důkazu obsahuje německý právní řád v § 319 odst. 1, § 562, § 660 odst. 1, § 2155 odst. 3 BGB.

Typickým příkladem stanovení míry důkazu v občanském hmotném právu je český právní řád v případech odpovědnosti za škodu. Občanský zákoník v jedenácti (!) ustanoveních upravuje pravděpodobnost jako základní míru důkazů. Na tomto příkladu je zřejmé, že míra pravděpodobnosti, jakožto míra rozhodování, je fenomén, který zdaleka nemá jen procesní stránku (viz kapitola 3.1.6).

Míru důkazu výslovně stanoví některá ustanovení švédského právního řádu.⁴⁷ V oblasti *common law* existuje celá řada důvodů v hmotném právu, jež znamenají zvýšení míry důkazu a spočívají v závažnosti nároku a jeho následků v případě, že žalobě bude vyhověno.⁴⁸

2.2 Normativní složka

Zejména v této souvislosti je třeba mít na paměti účel civilního procesu a v jeho rámci i specifický cíl, jehož má být dosaženo formulací míry důkazu. Princip spravedlnosti modifikovaný zásadou hospodárnosti řízení, rovnosti stran a především právní jistoty by měl být brán v úvahu při vymezení míry důkazu jakožto převládající věrohodnosti tvrzení žalobce.

Je zřejmé, že čím vyšší jsou požadavky na zjišťování skutečnosti (míry důkazu), tím obtížněji lze dosáhnout prokázání nároku a tím častěji se budou vyskytovat případy zamítání žalob. V těchto případech tak nedochází k adekvátnímu prosazování hmotného práva, což může být v rozporu s pojetím spravedlnosti.

⁴² STRANDBERG, M. Standards of Evidence in Scandinavia. In: TICHÝ, L. (ed.) *Standard of Proof in Europe*, s. 142, 143.

⁴³ Cit. podle BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s poukazem na případ *Addington v. State of Texas*, 1979, 441 U.S. 418, 425.

⁴⁴ 1990, 498 U.S. 279, 286, cit. podle BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 18.

⁴⁵ GEIMER, R. *Internationales Zivilprozessrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, marg. č. 2334.

⁴⁶ Viz též SCHERPE, J. C. *Alleviations of Proof in German and English Civil Evidence*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2016, 80, s. 888, 909, 910.

⁴⁷ Viz např. *Föräldrabalk*, 1949:381, kapitola 1 § 2 – cit. podle BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, pozn. 61.

⁴⁸ Viz např. *Addington v State of Texas* [1979], 441 U.S. 418, 423 aj.

V tomto ohledu může docházet i k rozporu se základními právy a s principem právního státu vůbec, který bude negativně dotčen, jestliže oprávnění nedosáhnou na své nároky. Procesní právo tedy nesmí klást na dokazování příliš vysoké a obtížně splnitelné požadavky.

Zároveň je však nutno respektovat druhý pól civilního procesního práva. Materiální právo není totiž uskutečňováno ani tehdy, jestliže je konstatován skutkový stav, ke kterému ve skutečnosti nedošlo. To by byl případ velmi nízké míry důkazu, kterou by bylo možné snadno splnit.

Je proto třeba přihlížet k významu chráněných zájmů a postavení osob a na základě toho vytvořit určité typové případy, jež budou výjimkou i ze zásady dostatečné věrohodnosti důkazu.

I důkazní právo by mělo v určitém omezeném smyslu reflektovat některé principy, jež korigují zásadu formální rovnosti stran. Proto i koncept hodnocení důkazů včetně míry důkazu by měl reflektovat význam hmotného práva ve smyslu vyrovnávací spravedlnosti (*iustitia commutativa*) a přihlížet k materiální nerovnosti v některých právních vztazích; jinak řečeno, vyvažovat nerovné postavení slabší strany. Tyto nerovnosti se ovšem projevují v samotném procesním právu jako jednostranné obtíže v přístupu k důkazním prostředkům, a to zejména v určitých specifických situacích (masové škody, příčinná souvislost apod.). K tomu může sloužit flexibilní nakládání s jednotlivými elementy našeho systému ve prospěch znevýhodněné procesní strany. V takových případech mohou být například významnější měrou zapojeny statistická metoda nebo zkušenostní věty či nejmodernější poznatky vědy. Projevy určité nerovnosti mají povahu i zásadního nepochybného mezi procesními stranami ve smyslu strukturální nerovnováhy. V tomto ohledu by měl být použit princip proporcionality jako nástroj vyvažování. Ten by měl být zapojen především na překonání soudní praxe při uplatňování míry důkazu ve smyslu „vše nebo nic“. V tomto smyslu zejména v některých typových případech lze totiž mluvit o zřejmém nepochybném, zejména při tendenci dosahování vysoké míry důkazu. Tato tendence je v evidentním rozporu s principem ekvivalence a popírá i základní poslání justičního systému ve smyslu udržování obecného smíru. Přímé působení principu proporcionality na míru důkazu tak propůjčuje tomuto právnímu institutu význam vyvažovacího mechanismu.

Flexibilní použití jednotlivých elementů mechanismu hodnocení důkazů včetně míry důkazu, respektování rozdílného postavení stran s ohledem na jejich nerovnovážné postavení v hmotněprávních vztazích, ale i v procesním právu, a v tomto ohledu typová míra pravděpodobnosti při hodnocení důkazů, znamenají vlastně důsledné respektování zásady proporcionality při konstituování obecných pravidel. Tento princip může být aplikován i v případech zvláštního zřetele hodných ve smyslu individuální spravedlnosti, tedy jako korektiv právě řečených obecných pravidel míry důkazu.

2.3 Předpoklady fungování optimálního modelu *Tertium comparationis*

- a) Soudcovské myšlení, jehož nepochybnou součástí je i intuice, by mělo být oprostěno od iracionálních elementů, tj. projevů zvládnutě, respektive arbitrárních rozhodnutí. Jeho ideálem je rozhodování „přísně racionálně uvažujícího člověka“.
- b) Hodnotit důkazy je třeba na základě obecné i individuální zkušenosti s použitím poznatků vědy, případně za použití statistických metod s vyloučením předsudků a falešných zkušenostních vět.

- c) Míru přiblížení se pravdě, tedy skutečné události, by měl soudce při rekonstrukci minulého jevu vyjádřit slovně či v procentech (jako pravděpodobnost), a to bez použití matematických formulí, nesrozumitelných pro právnickou, a tím spíše laickou komunitu.
- d) Hodnocení důkazů by mělo dospět k přesvědčení odpovídajícímu hmotněprávnímu základu a postavení stran ve vztazích jím založených, stejně jako jejich přístupu k důkazním prostředkům, a reflektovat možné riziko nákladů jako následek věcně nesprávného rozhodnutí.
- e) Tomu by měla odpovídat relativně flexibilní míra pravděpodobnosti beroucí v úvahu i řečená nákladová rizika a zásady procesní ekonomie a efektivity, stejně jako povahu a trvalost nároku, respektive rozhodnutí o něm.
- f) Procesní zjednodušení, zejména důkaz *prima facie*, by neměl mít vyšší důkazní hodnotu, neboť tento institut tomuto účelu neslouží.
- g) Nižší míra pravděpodobnosti má za následek adekvátní omezení nároku jako jeden z projevů zásady ekvivalence.
- h) Zásady ekvivalence a proporcionality mohou výjimečně korigovat výsledky použití těchto maxim ve prospěch individuální spravedlnosti.

3. Srovnávací analýza jednotlivých přístupů (řešení)

3.1 Přehled

3.1.1 Anglie

Angloamerická soukromoprávní jurisprudencí je pojmově charakteristická kategoriemi *preponderance of evidence* nebo *balance of probabilities*. Charakteristické je též jasné rozlišení mezi civilněprávní a trestněprávní oblastí (standards *preponderance* a *balance versus standard beyond reasonable doubt*). Pozoruhodné je, že *balance of probabilities* se užívá i ve smíšených jurisdikcích, jakými jsou Québec, Skotsko, Louisiana nebo Jižní Afrika. *Preponderance of evidence* je zaměřena na sílu či přesvědčivost důkazů, ačkoliv důkazy jsou pouze prostředkem k tomu vytvořit přesvědčení *free air of facts*. Podle doktríny *preponderance* postačuje, jestliže soudce věří, že důkazy, které strana nabídla, jsou silnější (přesvědčivější) než důkazy druhé strany. Podle tohoto přístupu soudce dává důkazní prostředky žalobce na jednu miskou vah a na druhou stranu váhy klade důkazy protistrany. Relevantní jsou též kategorie obsažené v *Model code of evidence* z roku 1942 a doktrína *reasonable approach* v judikatuře Sněmovny lordů.

Příznačná je též určitá flexibilita pojmů *clear and convenient evidence* v americké jurisprudenci a již méně flexibilní přístup v anglické soudní praxi (viz *Batter v Batter* anebo *Smith v Smith*).

Požadovanou mírou důkazu, které musí dosáhnout kterákoli ze stran, aby unesla důkazní břemeno, je důkaz na stupni pravděpodobnosti (*balance of probabilities*). To ovšem není nutné v případech rozhodování o předběžných opatřeních, která jsou vydávána na základě testu, zda žalovaná strana má ve věci reálnou naději na úspěch.⁴⁹ Obecná míra platí

⁴⁹ *Royal Brompton Hospital NHS Trust v Hammond* [2001] BLR 297, CA.

při rozhodování o procesních opatřeních.⁵⁰ Relevantní je konstatování soudce Denninga ve věci *Miller v Minister of Pensions*:⁵¹ „Musí být dosaženo rozumného stupně pravděpodobnosti, avšak nikoliv tak vysokého, jak je to vyžadováno v trestních věcech.“⁵²

3.1.2 Skandinávský přístup

Švédská právní nauka (Bolding a Ekelöf) se snaží prosadit racionální přístup a potlačit intuici. Již nejmírnější převažování důkazů žalobce nad důkazy žalovaného by tak mělo být postačující.⁵³

Teorie obou švédských představitelů je tedy pokusem formulovat hodnotu důkazu jednoho důkazního prostředku, stejně jako soubor všech důkazních prostředků, jako pravděpodobnostní soud. Princip převažování (*övertviktsprincip*) připomíná anglosaskou doktrínu *balance of probabilities*, avšak jen na první pohled, neboť je projevem objektivizace důkazního řízení. V praxi se však tento princip převažování ve Švédsku nikdy neuplatnil. Požadovaná míra důkazu je podstatně vyšší, i když existují určité výjimky, jež vycházejí především z ustanovení zákona. Princip převažování však má zásadní význam v norské soudní praxi. I ta ovšem uznává výjimky z tohoto principu. Dánské právo nezná obecné pravidlo ohledně míry důkazu.⁵⁴

Švédská, norská a dánská jurisdikce, které mají celou řadu společných znaků i v civilním procesu, vykazují v oblasti míry důkazů jednu zásadní charakteristiku. Liší se od přístupu typického pro germánský právní okruh a jím ovlivněné jurisdikce včetně jeho terminologie, pro které je relevantní přesvědčení soudce o pravdivosti důkazů a v zásadě převažující subjektivní chápání. Na rozdíl od tohoto pojetí je základem skandinávské koncepce pravděpodobnost, jež je kritériem míry důkazů, a to i s ohledem na postoje protivních stran, a dále snaha o kvantifikaci důkazního standardu. Avšak při uskutečňování tohoto východiska již u tří posuzovaných jurisdikcí dochází k odlišnostem. Konec konců liší se i v tom, jak jsou převážně chápány v zahraniční akademické obci, která považuje za reprezentanta jejich přístupů učení P. O. Ekelöfa, což je poněkud mylný názor.⁵⁵

Metoda hodnocení důkazů směřuje k zjištění pravděpodobnosti.⁵⁶ Jde tedy o to, do jakého stupně bylo prokázáno tvrzení procesní strany na základě existujících indicií.⁵⁷

Je zřejmé, že ve Švédsku, ale obdobně i v Norsku je téma míry důkazů jednou z podstatných otázek civilního procesu, kterému je věnována v akademických kruzích mimořádná pozornost.

Pro švédskou praxi je rozhodující doktrína vyvinutá Nejvyšším soudem,⁵⁸ která za klíčové kritérium považuje pravděpodobnost důkazů, kterou slovně (nikoliv procentuálně) kvantifikuje. Za základní standard míry důkazu se považuje vysoký stupeň pravděpodobnosti, jenž je nepochybně podstatně vyšší než pouhá převažující pravděpodobnost. Tato míra pravděpodobnosti označovaná švédskými slovy „*visat*“ nebo „*styrkt*“ je v nauce

⁵⁰ *Miller v Cowley* [2002] EWCA Ci v 1101.

⁵¹ *Viz* [1947] 2A 11 ER 372.

⁵² KEANE, A. – MCKEOWN, P. *The Modern Law of Evidence*. Oxford University Press, 2016, s. 115.

⁵³ *Viz* STRANDBERG, M. *Standards of Evidence in Scandinavia*. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*, s. 173.

⁵⁴ *Viz* STRANDBERG, M. *Standards of Evidence in Scandinavia*, s. 158.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 147, 159.

⁵⁶ EKELÖF, P. O. *Beweißwert*. In: GRUNSKY, W. et al. (eds). *Festschrift für Fritz Baur*. Tübingen: Mohr, 1981, s. 358.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 358.

⁵⁸ STRANDBERG, M. *Standards of Evidence in Scandinavia*, s. 143.

kvantifikována jako devadesátiprocentní pravděpodobnost. Z této vysoké míry důkazního standardu však existuje celá řada výjimek, jež znamenají snížení míry důkazů. Přitom se přihlíží k účelu a účinnosti relevantního hmotného práva. Zvláštní pravidla míry důkazů jsou obsažena i přímo v zákonných hmotněprávních úpravách.⁵⁹ Míra důkazů je tak snížena až na úroveň „více pravděpodobné než nepravděpodobné“.⁶⁰

Základním pravidlem norského práva je nízký stupeň standardu důkazů, který je ve výjimkách z tohoto pravidla zvyšován. K tomuto stavu dospěla judikatura až v 90. letech 20. století, kdy obecný standard byl snížen z rozumného stupně převažující pravděpodobnosti na současnou nízkou míru, jež se rovná „více pravděpodobné než nepravděpodobné“ („pravděpodobnější než nepravděpodobný“). Pouze v akademických kruzích či v učebnicích se tato úroveň míry důkazů vyjadřuje v procentech jako jednapadesátiprocentní pravděpodobnost, respektive pravděpodobnost vyšší než 50 %. Nejvyšší soud však tento stav vyjadřuje slovy a procentní vyjádření nepoužívá.

V dánské jurisdikci neexistuje obecné pravidlo míry důkazů. Jde tedy o jakousi *ad hoc* metodu, při které soudce přihlíží k okolnostem případu, i když lze konstatovat určitou typologii. Z hmotného práva může vyplývat nutnost vyššího standardu důkazu, a dále se zohledňuje možnost protivných stran opatřovat důkazy. Jiným hlediskem je dopad míry důkazů jako negativní náklady procesních stran.⁶¹

3.1.3 Německo

Podle základního ustanovení § 286 odst. 1 ZPO je soud povinen rozhodovat podle svého přesvědčení, zda je skutkové tvrzení třeba považovat za pravdivé, anebo nepravdivé. Jde o přesvědčení o tom, co lze považovat za pravdu, a tedy subjektivní kritérium jako změkčení požadavku pravdivosti. Judikatura německého Spolkového soudního dvora zdůraznila nemožnost absolutní jistoty o prokazované skutečnosti a konstatovala, že se soudce musí spokojit s vysokým stupněm pravděpodobnosti, aby o pravdivosti prokazované skutečnosti žádný rozumný a zkušený člověk nepochyboval.⁶² Posléze však tento soud svůj přístup opustil zásadním rozhodnutím z roku 1970, když konstatoval, že soudce „*musí rozhodovat o tom, zda tvrzení považuje za pravdivé, nebo nepravdivé*“ a nesmí se spokojit s pouhou pravděpodobností.⁶³ Nepovažuje se ani za správný obrat „*pravděpodobnost hraničící s jistotou*“, neboť se podle Spolkového soudního dvora jedná pouze o nepřesný způsob vyjadřování a soudce nesmí upustit od nabývání svého přesvědčení o pravdě. Tato koncepce je v zásadě sdílena převážnou většinou akademiků. Žádná z doktrín ovlivněných zejména švédskými akademiky Boldingem a Ekelöfem, jež připouštěly jako relevantní měřítko (kritérium) pravděpodobnost, a to přesahující 50 %, ⁶⁴ nebo využití principu převažování pravděpodobnosti v případech, kde není zákonem požadována pravděpodobnost hraničící s jistotou ⁶⁵ nebo mírně převažující pravděpodobnost, ⁶⁶ se neujaly. Vycházejí

⁵⁹ Ibidem, s. 142, 144.

⁶⁰ Ibidem, s. 143, 147.

⁶¹ Ibidem, s. 156 an.

⁶² BGH NJV 1961, 777.

⁶³ BGHZ 53, 245, 255–256.

⁶⁴ KEGEL, G. *Der Individualanscheinbeweis und die Verteilung der Beweislast nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit*. FS H. Kronstein. München: C. H. Beck, 1967, s. 321 an.

⁶⁵ BRUNS, R. *Zivilprozessrecht*. Berlin – Frankfurt a. M.: Verlag Franz Vahlen, 1968, s. 285–286.

⁶⁶ MAASSEN, B. H. *Beweismassprobleme im Schadensersatzprozess*, s. 7 an.

z názorů předních německých procesualistů je zřejmé, že subjektivní přesvědčení o pravdě znamená vlastně objektivní pravděpodobnost dosahující až 90 %.⁶⁷ Ze zdánlivě jednotného standardu důkazů však existuje i celá řada výjimek, jež se mnohdy i výrazně od přesvědčení o pravdě odchyľují. Dostatečný stupeň „jistoty“ znamená i zhodnovění (*Glaubhaftmachung*). Další ulehčení znamená důkaz známými skutečnostmi (*Anscheinsbeweis*, důkaz *prima facie*). V případě „typického běhu události“ je soudce povinen (např. u náhrady škody) pohlížet na příčinnou souvislost mezi jednáním a škodou jako na prokázanou skutečnost. Zřejmě vyšší subjektivní pravděpodobnost ve smyslu nižšího stupně určitosti, tedy naprostý odklon od přesvědčení o pravdě, ale i objektivní pravděpodobnost, představuje míra důkazu u příčinné souvislosti či při určení výše škody podle § 287 ZPO ve vztahu k § 252 BGB.

Německá soudní praxe zdůrazňuje maximu, že důkaz se nemůže opírat o pravděpodobnost, ale pouze o přesvědčení soudce považovat tvrzení „za pravdivé“. Jinak řečeno, soudce musí být o existenci tvrzené skutečnosti přesvědčen. Toto přesvědčení nelze ztotožňovat se soudem o pravděpodobnosti. Je ovšem sporné, zda soudce tvrzení považuje za pravdivé. V zásadě je rozhodující jen přesvědčení soudce, které je však třeba chápat subjektivně v tom smyslu, že k tvorbě tohoto přesvědčení je třeba dojít na základě racionálně pochopitelných kritérií. Problematickou může být síla důkazních prostředků nutná k tomu, aby sloužila jako základ přesvědčení soudce. Podle převládajícího mínění však tato síla není ve všech případech stejná. Podle tohoto mínění sice existuje pevná míra důkazu v tom smyslu, že důkazní prostředky musí poskytovat vysokou pravděpodobnost ohledně existence skutečnosti. Z tohoto požadavku však existuje celá řada výjimek, například v oblasti kauzality. Na první pohled se zdá, že Spolkový soudní dvůr striktně setrvává na své doktríně o vysoké míře důkazu ve smyslu přesvědčení soudce o pravdě. Jeho judikatura nebere v úvahu pokusy akademické obce tuto praxi činit flexibilnější ve smyslu flexibilního konceptu míry důkazu. Snaží se proto vymanit z tohoto paradigmatu nejen prostřednictvím procesněprávních ustanovení (§ 287), ale i na základě používání *analogie juris* s ohledem na ustanovení o pravděpodobnosti, jako tomu je například u § 252 BGB.

Názory teorie považované v základních rysech za nesporné však nejsou v praxi respektovány.⁶⁸ Údajně se praxe vždy od názorů doktríny odlišovala. I v Německu je zřejmý vývoj, ačkoliv alespoň v teorii se chápání základních elementů nemění, i když určité posuny jsou zřejmé. Je evidentní, že za podstatnou odlišnost nelze považovat terminologické změny a jejich vývoj od pravděpodobnosti hraničící s „jistotou“ (*an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit*), respektive její posun k pojmu „osobní jistota soudce“.⁶⁹ Jak ovšem konstatuje Bender,⁷⁰ o změnu podstaty se nejedná. Neboť osobní jistota (*persönliche Gewissheit*) odpovídá vysokému stupni „subjektivní pravděpodobnosti“ (*subjektive Wahrscheinlichkeit*), kterou lze předpokládat u rozumného člověka, jestliže mu nepřímé důkazy (indicie) zprostředkovávají vysoký stupeň objektivní pravděpodobnosti, která vlastně hraničí s jistotou.

⁶⁷ PAULUS, Chr. *Zivilprozessrecht*. 5. vydání. Berlin: Springer, 2013, marg. č. 431; GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, cca 95 %; KADNER GRAZIANO, T. „Alles oder nichts“ oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln? *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*. 2011, Hf. 1, s. 189, 90 %; aj.

⁶⁸ BENDER, R. *Das Beweismass*, s. 247.

⁶⁹ *Persönliche Gewissheit des Richters* – BGHZ 53, 251.

⁷⁰ BENDER, R. *Das Beweismass*, s. 248.

Stanovení pravidla pro míru důkazů by bylo možné považovat za nepřípustné omezení zásady volného hodnocení důkazů. Dokonce by bylo možné tvrdit, že jde o zavedení legální důkazní teorie. Tak tomu však není. Zatímco při hodnocení důkazů jde o otázku skutkovou, tj. o zjišťování okolností, které odpovídají skutkové podstatě relevantního právního institutu, v případě míry důkazů jde o to, stanovit hranici dovršení tohoto procesu, a tedy o otázku právní. Hodnocení důkazů a míra důkazů jsou dvě odlišné kategorie.⁷¹

Výjimky ve smyslu zvýšení míry důkazu představují některá ustanovení hmotného práva, v nichž se vyšší stupeň standardu vyjadřuje slovy jako „zřejmé“ (*offenbar*), „na první pohled“ (*auf den ersten Blick*), jak tomu je v § 319 odst. 1, 560, 660 odst. 1, 2155 odst. 3 BGB.

3.1.4 Rakousko

Rakouská teorie a praxe jsou nepochybně výrazně ovlivněny německým pojetím. Přesto se však v několika zásadních aspektech odlišují. Převládající mínění totiž vychází z teorie objektivní míry důkazu, aniž by však popíralo subjektivní komponenty tvorby přesvědčení soudce. Úkol hodnocení důkazů je spatřován pouze ve zjišťování pravděpodobnosti (teorie přesvědčení o pravděpodobnosti), protože definitivní přesvědčení o pravdě nelze od žádného člověka vyžadovat.⁷² Odůvodnění hodnocení důkazu spočívá ve sdělení zkušenostních maxim, na jejichž základě soudce ke svému hodnocení dospěl. Závěry mohou vycházet stále jen z pravděpodobnostních úvah soudů. Míra důkazu je stupeň přesvědčení, který je vyžadován soudcem při hodnocení důkazu. Z § 272 ZPO lze v každém případě dovést, že je zpravidla třeba na vyžadovanou pravděpodobnost klást vysoké nároky, neboť standardní míra důkazu podle ZPO musí znamenat vysokou pravděpodobnost.

Za pozornost stojí postoj doktríny, která považuje za dostačující převažující pravděpodobnost, zatímco rakouská judikatura to považuje za nedostatečnou míru důkazu. Konstatovat však je třeba, že požadovaná pravděpodobnost nemusí dosahovat jistoty, a tak za míru důkazu je třeba považovat vysokou pravděpodobnost ve smyslu § 272 rakouského ZPO.⁷³ Z tohoto obecného standardu existují výjimky jak ve smyslu zvýšení, tak redukce míry důkazů. Důvodem je především hmotněprávní úprava, která i při stanovení obecné míry důkazu hraje významnou úlohu.⁷⁴ Typickým příkladem zvýšení míry je důkaz při určování otcovství, kde se vyžaduje důkaz o nemožnosti či nepravděpodobnosti hraničící téměř s jistotou toho, že matka počala dítě se svým manželem. Naopak nižší standard důkazu je předvídan zákonem o odpovědnosti za škodu způsobenou výrobkem, kde postačí pravděpodobnost s ohledem na všechny okolnosti případu. Redukci míry důkazu stanoví i samotná judikatura, a to ve věcech odpovědnosti za škodu způsobenou vadným léčením ohledně kauzálního průběhu a vůbec s ohledem na tzv. hypotetickou kauzalitu.⁷⁵

⁷¹ Ibidem, s. 249; MAASSEN, B. H. *Beweismassprobleme im Schadensersatzprozess*, s. 9.

⁷² ROMMÉ, O. *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*. Köln: Heymann, 1989, s. 123.

⁷³ Ibidem, s. 138.

⁷⁴ RECHBERGER, W. Standard of Proof, The Austrian Approach. In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*, s. 129, 130.

⁷⁵ Ibidem, s. 130, 131.

3.1.5 Francie

Účelem francouzského práva dokazování je stejně jako v anglosaském právu a jiných kontinentálních právních řádech zjištění pravdy.⁷⁶ Tomu odpovídá i právní úprava, jež v mnoha předpisech *Code civil* a *Nouveau code de Procédure civil* odkazuje na pravdu jako cíl důkazního řízení (viz čl. 10 CC a čl. 181, 218 a 231 NCCP). Způsob stanovení a hodnota míry důkazu v právních předpisech civilního procesu nejsou. Pouze pro trestní řízení předepisuje čl. 427 *Code de Procédure penal*, že soudce musí činit svá zjištění podle svého vnitřního přesvědčení (*intime conviction*). Planiol⁷⁷ mluví o *faith denuve certaine* jako o důkazu určité skutečnosti. Ovšem v této souvislosti nelze slovo *certaine* ztotožňovat se spojením absolutně jisté. Tento pojem (*certain*) totiž jenom zdůrazňuje, že cílem důkazního řízení je dosažení subjektivního přesvědčení soudce. Dále je pro francouzské právo příznačné rozlišování mezi historickou objektivní pravdou a přesvědčením soudce o určitém průběhu událostí, jakožto výsledkem právního hodnocení skutečnosti. Není proto zapotřebí, aby soudce při hodnocení byl prost jakýchkoliv pochybností ohledně správnosti jím zjištěných skutečností.

3.1.6 Česká republika

Situace v české jurisdikci skýtá velmi pestrý obraz, neboť v přístupu k hodnocení důkazů není zdaleka jednota. To se zračí zejména v odlišných postojích Nejvyššího soudu a Ústavního soudu, mezi nimiž dochází až k ostré výměně názorů.

Obdobně jako soudní praxe, byla i nauka postižena zjednodušujícím chápáním této problematiky poznamenaným komunistickým přístupem k procesnímu právu, který v zásadě materiální pravdy v podstatě skrývala svůj paušalizující pohled na hodnocení důkazů jako zcela „nepochybných a pravdivých zjištění“.⁷⁸ Význam ojedinělých pokusů zabývat se těmito problémy⁷⁹ soudní praxe nebrala na vědomí. Výjimku představuje Ústavní soud, jenž byl ovlivněn německou procesní a další zahraniční naukou, která hraje zásadní roli v dalším rozvoji doktríny na tomto poli.

I pro český pojem míry důkazu, kteréžto sousloví se ovšem ani v právních předpisech, ani v judikatuře obecných soudů nepoužívá, je rozhodující obecné ustanovení o hodnocení důkazu v § 132 o. s. ř. Toto ustanovení je interpretováno Nejvyšším soudem tak, že „přisuzování hodnoty pravdivosti jednotlivým důkazům se děje jejich zhodnocením jednotlivě i v jejich vzájemné souvislosti. Vnitřní přesvědčení soudu o pravdivosti (věrohodnosti) svědeckých výpovědí je výsledkem logického myšlenkového postupu vycházejícího z posouzení objektivních skutečností vnějšího světa zjištěných v konkrétní projednávané věci“.⁸⁰ Pozoruhodná na této soudní praxi je okolnost, že soud nepoužívá nejen sousloví

⁷⁶ THÉRY, P. (1996), 23 Droits, 41, 47.

⁷⁷ PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil*. sv. I. 13. vydání. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1932. marg. č. 350.

⁷⁸ Např. STEINER, V. *Občanské právo procesní v teorii a praxi*. Praha: Orbis, 1975, s. 226.

⁷⁹ Pravdou ovšem je, že zásadou materiální pravdy se zabývala nauka i rozhodovací soudní praxe na přelomu 19. a 20. století. Zde ovšem je třeba zdůraznit jeden podstatný rys, který odlišuje tuto doktrínu od komunistického pojetí procesu materiální pravdy, související i s otázkou míry důkazu a tzv. zásady pravdivosti. Materiální pravda podle tehdejšího pojetí znamenala sepětí procesu s hmotným právem do té míry, že skutková podstata právní normy je rozhodující i pro její účinky a zkoumání skutkového stavu [Boh. A 6541/27 (101 16/27)].

⁸⁰ Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. SJ 93/2001 ze dne 18. 12. 2001.

„míra důkazu“, ale ani slovo „pravděpodobnost“, a vychází zcela jednoznačně z toho, že vnitřní přesvědčení soudce musí dospět k jednoznačnému závěru o pravdivosti důkazu. I česká judikatura si však všímá nutnosti rozdílné hranice pro dosažení přesvědčení o úspěšném provedení důkazů.⁸¹ Stanovení hranic má nepochybně, jako objektivní přístup vůbec, přednost v tom, že posiluje právní jistotu a současně i rovnost ve smyslu pro-sazení nároků.

Český občanský soudní řád otázku míry důkazu výslovně neupravuje a je proto úko-lem judikatury standard autenticity důkazu stanovit. To platí o většině právních řádů včetně německého civilního procesního řádu (ZPO), jehož dvě relevantní ustanovení (§ 286 a § 287) soudy určujícím způsobem interpretují. Na rozdíl od obecného ustanovení § 286, kde judikatura konsekventně vyžaduje nejvyšší míru důkazu, tedy přesvědčení soudce o pravdě, v případě vysoké obtížnosti zjišťování výše nároku se výkladem § 287 ZPO připouští výrazně nižší standard. To je významné s ohledem na náš předpis § 136 o. s. ř. obsahující prakticky stejné znění, jež však v judikatuře českých soudů základ k odchylce soudcovského přesvědčení o jistotě nepředstavuje.⁸² Vzdor tomu je třeba připomenout myšlenku J. Fialy, jenž v komentáři k § 136 o. s. ř. poprvé uznal nutnost nižší míry důkazu, když připustil, že závěr soudu nemůže být jistý, „*nýbrž se jistotě jen víceméně přibližuje, takže je v dané situaci jenom pravděpodobný*“.⁸³

Je zásluhou Josefa Macura, že seznámil odbornou veřejnost se stavem zkoumání míry důkazu v západních jurisdikcích, zejména s vývojem nahlížení na tento problém v ně-mecké a švédské právní nauce. Podstatné je, že i v komunistické éře Macur, odklání se od mainstreamového pojetí, připisoval materiální pravdě pravděpodobnostní charakter a upíral jí hodnotu absolutní pravdy či absolutní jistoty.⁸⁴

Neméně pozoruhodný je vývoj jeho názorů na tuto problematiku, kterou lze zpočátku vyčíst pouze z jeho komentářů k zahraničním názorům. Je totiž zřejmý jeho názorový posun od chápání tohoto problému jako jistoty a pravdy, k nimž se musí soud dobrat, k chápání tohoto problému jako úsilí soudu o zjištění pravdy, avšak ve smyslu stanovení přesvědčení o pravděpodobnosti. V závěru svého bádání dospívá k názoru, že klíčovým pojmem je pravděpodobnost a nikoliv pravda, a její míra může být obecně různá; stanovit ji je však oprávněn zákonodárce, výjimečně soudce. Při analýze subjektivního a objektiv-ního přístupu (metody) se přiklání k subjektivní koncepci, která ovšem musí být v soula-du s objektivními měřítky. Příspěvkem do českého důkazního práva je dále jeho jedno-značný příklon k důkazu *prima facie*, kterou považuje za nezbytnou metodu.

Lze vyslovit názor, že k vývoji myšlení tohoto představitele české procesualistiky ved-ly i úvahy o tom, že soud ve svých procesních rozhodnutích musí z praktických důvodů vycházet z předpokladů, které není schopen ověřovat s ohledem na jejich pravdivost. Musí se tedy spokojit s přesvědčením o pravděpodobnosti a nikoliv pravdě.

⁸¹ Viz např. VRCHA, P. Tzv. „důkazní standard“ ve světle nálezu ÚS sp. zn. I. ÚS 173/13. ÚS. *Soudní rozhledy*. 2014, č. 6, s. 383.

⁸² Viz např. BUREŠ, J. Komentář k § 136. In: BUREŠ, J. – DRÁPAL, L. *Občanský soudní řád. Komentář. I. díl*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 940. Do jaké míry se v pojmu „volná úvaha“ skrývá i možnost nižší míry důkazu, jak se uvádí v díle JIRSA (et al.). *Občanské soudní řízení, soudcovský komentář, kniha II*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 251, není známo.

⁸³ FIALA, J. Komentář k § 136. In: HANDL, V. – RUBEŠ, J. (eds). *Občanský soudní řád. Komentář. I. díl*. Praha: Panorama, 1985, s. 626.

⁸⁴ Srov. MACUR, J. *Dokazování a procesní odpovědnost v občanském soudním řízení*. Brno: UJEP, 1984, s. 69, citováno podle HOLLÄNDER, P. Proof and changing idea of truth in legal thinking (reflection on postmodernism). In: TICHÝ, L. (ed.). *Standard of Proof in Europe*, s. 11. Konzervativní postoj, jenž v podstatě potvrzuje názory Nejvyššího soudu, zastává v nejnovější době Lavický (LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha: Leges, 2017, s. 35–36).

Do diskuse v poslední době velmi výrazným způsobem zasáhl Ústavní soud, jenž na rozdíl od obecných soudů a zejména Nejvyššího soudu, který termín „pravděpodobnost“ zpravidla nepoužívá,⁸⁵ tento pojem plně reflektuje.

Ke zdánlivému zlomu, byť pro další judikaturu nevýznamnému, došlo v rozsudku jednoho odvolacího soudu,⁸⁶ který připustil, že určitý závěr při hodnocení důkazů lze provádět i s „velkou mírou pravděpodobnosti“ a že dokonce při prokazování skutečnosti nepřímými důkazy nemusí tyto důkazy tvořit zcela uzavřenou soustavu, která nepřipouští jiný hodnotící závěr. Tento rozsudek však Nejvyšší soud k dovolání zrušil, neboť tento závěr považoval za zcela nesprávný.

Za skutečný příslib zmírnění dosavadního rigidního přístupu k míře důkazu lze považovat, i když zřejmě jen pro otázku příčinné souvislosti u deliktní odpovědnosti, názor tohoto soudu, podle něhož „*soudní praxe netrvá na prokázání příčinné souvislosti s absolutní či stoprocentní jistotou, nýbrž postačuje její prokázání v míře blízké se praktické jistotě*“.⁸⁷

Z judikatury Ústavního soudu plyne rozlišování ohledně míry důkazu, a tedy jistoty v trestním řízení na straně jedné a řízením civilním na straně druhé. Podle nálezu I ÚS 520/16 se v trestním řízení vyžaduje nejvyšší možný stupeň jistoty, a tedy alespoň na úrovni obecného pravidla „*nad jakoukoliv rozumnou pochybnost*“.⁸⁸ V souladu s tím je i názor trestněprávní nauky, jež připouští, že „*absolutní pravdu v řízení zjistit prakticky nelze a určitá nejistota bude vždy přítomna*“.⁸⁹

Na rozdíl od této situace v procesním právu došlo v hmotném právu v důsledku přijetí nového občanského zákoníku k zásadnímu průlommu, neboť ten v 11 svých ustanoveních zakotvuje pojem pravděpodobnosti. Občanský zákoník svými formulacemi stanoví několik stupňů pravděpodobnosti, a tedy i míry důkazu.⁹⁰ V českém civilním právu lze tak rozlišovat:

a) Prostá či relativní pravděpodobnost v § 2925 odst. 2 o. z.

Toto ustanovení předepisuje proporcionální odpovědnost provozovatele zvláště nebezpečného provozu za specifických podmínek. Tyto podmínky spočívají v tom, že nejen povaha provozu zvýšila nebezpečí vzniku škody, ale že existují i jiné možné příčiny škody. V takovém případě soud rozhodne o povinnosti náhrady škody provozovatele v rozsahu, který odpovídá pravděpodobnosti způsobení škody provozem zvláště nebezpečným. V těchto případech bude zřejmě zapotřebí vycházet z objektivní teorie pravděpodobnosti a statistickou metodou provádět důkaz jak významného zvýšení nebezpečí, tak poměru pravděpodobnosti způsobení škody provozovatelem ve vztahu k jiným příčinám. Přitom

⁸⁵ Viz příspěvek předsedy senátu Nejvyššího soudu (viz pozn. 81), který považuje standard důkazu jako odchylku od „absolutní“ pravdy za nepatřičné sousloví. „Tzv. důkazní standard“ ve světle nálezu ÚS sp. zn. I. ÚS 173/13. Ústavní soud se ujal tohoto problému a zcela jednoznačně připustil kategorii pravděpodobnosti, když mj. uvedl, že „*spravedlivá rovnováha mezi soupeřícími oprávněnými zájmy bude nejlépe dosažena stanovením vysoké míry pravděpodobnosti prokázání [...]*“, nálezu Ústavního soudu, sp. zn. I. ÚS 173/13 ze dne 20. 8. 2014.

⁸⁶ Viz sp. zn. 21 Cdo 2682/2013 ze dne 26. 6. 2014.

⁸⁷ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1222/2012 z 3. 2. 2015, a dále usnesení tohoto soudu sp. zn. 1788/2017 z 31. 1. 2019, které závěr o míře důkazu rozšiřuje i na posouzení nároků odvozených.

⁸⁸ Též nálezu Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 335/05 z 6. 6. 2006.

⁸⁹ ŠÁMAL, P. (ed.). *Trestní řád. Komentář*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 34.

⁹⁰ Viz blíže TICHÝ, L. Pravděpodobnost v hmotném právu a míra důkazu (skica o možné změně paradigmatu). *Bulletin advokacie*. 2013, č. 2, zejména s. 30–31.

významné zvýšení je nutno vztahovat buď k situaci, v níž neexistují další možné příčiny škody, nebo, a to podle okolností, k situaci, ve které existují další možné příčiny. Významné zvýšení nebezpečí bude znamenat změnu oproti předchozímu stavu podle našeho mínění alespoň o 40 %. Při zjišťování pravděpodobnosti kauzality ve vztahu k provozu a škodě bude třeba zjišťovat i pravděpodobnost kauzality jiných možných důvodů vzniku škody. Míra odpovědnosti provozovatele je tedy dána od 0,1 až po 100 %. Tuto míru pravděpodobnosti musí postihnout svým pravděpodobnostním úsudkem soud.⁹¹

b) Vysoká míra pravděpodobnosti v § 1729 odst. 1 o. z.

Zde zákonodárce vymezuje podmínky odpovědnosti v případě *culpa in contrahendo*. Nepoctivá strana je povinna nahradit škodu za předpokladu, že vzdor legitimnímu očekávání druhé strany uzavření smlouvy nepoctivá strana jednání o smlouvě ukončí. Dalším předpokladem ohledně odpovědnosti je vysoká míra pravděpodobnosti uzavření smlouvy v okamžiku, kdy byla jednání ukončena. Podle našeho názoru musí míra pravděpodobnosti dosáhnout alespoň osmdesátiprocentní procentní hodnoty a bude pro ni rozhodující důvod uzavření smlouvy.⁹²

c) Pravděpodobnost blíží se jistotě v § 2915 odst. 1 o. z.

V tomto ustanovení zákonodárce stanoví míru důkazu kumulativní příčinné souvislosti. Solidární odpovědnost více osob jednajících protiprávně v samostatných útocích je dána jen tehdy, lze-li dokázat, že každá z těchto osob mohla škodu způsobit s pravděpodobností blíží se jistotě. Míra pravděpodobnosti u každé z těchto osob tedy musí být dána alespoň devadesátiprocenty.⁹³

d) Míra důkazu osvědčení v řízeních o předběžném opatření a zajištění důkazu

Obdobný význam jako například v § 44 či § 104 německého civilního procesního řádu [ZPO – viz 2.1 a 2.1.1. e)] mají v českém občanském soudním řádu ustanovení obsahující pravidla postupu soudu při řešení situací vyžadujících urychlené rozhodnutí, byť přechodného, „zajišťovacího“ charakteru. Jedná se například o složení jistoty k zajištění náhrady škody podle § 75b o. s. ř. či o vydání předběžného opatření podle § 75c o. s. ř. Strana řízení je povinna osvědčit některé skutečnosti na podporu svých návrhů na vydání rozhodnutí o předběžné úpravě poměrů (předběžné opatření). Pro ověřování těchto osvědčovaných skutečností předpokládá samotná zákonná úprava nižší stupeň (míru) jejich autenticity. Stanoví totiž, na rozdíl od míry potřebnosti zatímní úpravy poměrů účastníků, tedy k zajištění náhrady škody, která musí být prokázána, že okolnosti ohledně splnění podmínek pro osvobození od soudních poplatků či nezaviněného nezaplacení jistoty musejí být „alespoň osvědčeny“ (§ 75b odst. 3 písm. d, e o. s. ř.). S ohledem na nižší míru důležitosti těchto okolností jako předpokladu pro vydání předběžného opatření nemusí a nemůže být míra pravděpodobnosti osvědčení vysoká. Jistě vyšší míru důkazu je však třeba vyžadovat v případě předběžného opatření podle § 75c odst. 1 o. s. ř., neboť zde jsou předmětem osvědčení skutečnosti, „které jsou rozhodující pro uložení povinnosti předběžným opatřením“. Relevantní je v těchto a obdobných případech zajištění důkazu (srov. např.

⁹¹ Viz ibidem.

⁹² Viz ibidem.

⁹³ Viz ibidem.

§ 78a a § 78b odst. 1 o. s. ř.) urychlené rozhodnutí soudu, respektive osvědčení notáře či exekutora s ohledem na jím prokázanou potřebu předběžné úpravy poměrů. Česká nauka však k tomuto problému mlčí.⁹⁴ Ani na míru důkazu při zjišťování (prokazování) základních předpokladů pro vydání předběžného opatření či zajištění důkazu nelze klást vysoké požadavky.⁹⁵ Přitom je třeba vzít v úvahu nutnost rychlého rozhodnutí a v důsledku toho časově omezené důkazní řízení. Míra důkazu by však měla nepochybně přesáhnout šedesát procent.

3.2 Srovnání a hodnocení

Pro kvantifikaci míry důkazů je třeba především elementů (parametrů), na základě kterých je možné odstupňování provádět a které jsme analyzovali v druhé části tohoto příspěvku.

a) Používání pojmu míra důkazu

Lze konstatovat, že ve všech zkoumaných právních řádech je pojem míry důkazu znám, a to i v důsledku dlouhého historického vývoje, jenž sahá hluboko do středověku, i když je v soudní praxi zřídka používán.

b) Význam právní nauky a soudní praxe

Ukazuje se, že i když právní nauka do jisté míry přispěla k rozvoji teorie míry důkazu, rozhodující, a to překvapivě i v německé jurisdikci, je však jednoznačně stanovisko nejvyšších soudů.

c) Vyjádření institutu míry důkazu v právu

Ve většině jurisdikcí neexistují pevná zákonná pravidla stanovující míry důkazu.

d) Pravda jako cíl dokazování

Zřejmě ve všech jurisdikcích je cílem přiblížit se pravdě a rozdíl mezi v minulosti existující skutečností a její rekonstrukcí je rozdílem mezi pravdou a pravděpodobností, respektive mezi pravdou a přesvědčením soudu o pravdě.

e) Objektivní a subjektivní přístup

Jedná se o naprosto klíčovou otázku. I když v nauce není mezi těmito kategoriemi úplně jasno, je zřejmé, že to je německé právo, které vychází ze subjektivního přístupu, zatímco ostatní jurisdikce se přiklánějí k objektivnímu či objektivizovanému konceptu.

f) Striktnost míry důkazu a úlevy, respektive odchylky

Až na případ České republiky existuje celá řada odchylek, jež jsou normovány v procesním i hmotném právu.

g) Vztah k hmotnému právu

Vztah míry důkazu k hmotnému právu se projevuje především rozdílným přístupem k vyjádření odstupňování míry důkazu rozhodnutím o nároku. Míra se v některých pří-

⁹⁴ Srov. např. LEVÝ, J. In: SVOBODA, K. et al. (eds). *Občanský soudní řád. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 300, 301, respektive s. 305, DAVID, L. In: DAVID, L. et al. (eds). *Občanský soudní řád. Komentář I. díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 317–320; IŠTVÁNEK, F. In: BUREŠ, J. – DRÁPAL, L. – KRČMÁŘ, Z. (eds). *Občanský soudní řád. Komentář I. díl*. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 434, 439, respektive s. 474, 475.

⁹⁵ Viz k tomu náleží Ústavního soudu sp. zn. ÚS IV 189/01 ze dne 21. 11. 2001.

padech projevuje v přiznaném nároku (například anglická praxe), ve většině případů však nedoznává snížení míry důkazu reflexe v rozhodnutí soudu o věci samé.

h) Význam základních právních principů a hodnot

Lze konstatovat, že vliv těchto kategorií například na míru důkazu, respektive úlevy z míry důkazu, je minimální.

4. Řešení

4.1 Východisko

V této části naší krátké studie prezentujeme koncepci, jež by překonala slabiny existujících přístupů. Měla by tedy obsahovat transparentní pravidla umožňující relativně flexibilní režim.

4.1.1 Existující situace

Na základě srovnání vybraných hlavních koncepcí podáváme charakteristiky některých jejich znaků, které považujeme za jejich určité nevýhody (slabiny).

Germánský kulturněprávní okruh slouží za příklad kontinentálního přístupu k míře důkazu. V tomto modelu jako hledisko a cíl míry důkazů nakonec převládá modifikované přesvědčení soudce o pravdě, jehož základem je subjektivní měřítko, avšak vybudované i na objektivních úvahách o pravděpodobnosti prostřednictvím zkušenostních vět a pravidel logiky při kontrole na základě rozumné třetí osoby. Soudce se tedy musí smířit s určitým pro praktický život použitelným stupněm jistoty, jenž nemůže plně vyloučit určité pochybnosti.⁹⁶ Jde o velmi významný kompromis mezi názory zavádějícími měřítko převažující pravděpodobnosti⁹⁷ a konzervativním pojetím, jež prakticky vylučovalo jakékoli hledisko založené na pravděpodobnosti.⁹⁸ Tento vyhraněný konzervativní názor, který má stále určitý význam, přehlíží, že plný důkaz, respektive přesvědčení o pravdě, jsou jednak stejně obtížně kvalifikovatelné jako měřítko pravděpodobnosti, a dále pomíjí okolnost, že z tohoto standardu existuje celá řada výjimek či úlev. Nakonec se ukazuje, že soudci v tomto režimu za přesvědčení o pravdě považují mnohdy jistotu (!) hluboko pod sto procent (pravděpodobnosti).⁹⁹ Tento konzervativní názor je však považován za naprosto jednoznačně rozhodující přístup v České republice. Tento přístup se právě na pozadí vývoje v Německu někdy jeví jako naproste neporozumění nebo dokonce přetvářka.

Anglický koncept, jenž se na rozdíl od amerického přístupu vyznačuje nejnížší mírou důkazu, neboť vychází z převládající pravděpodobnosti, znamená, že soudce věří té straně, která mu předkládá argumenty, jimž může věřit více než argumentům druhé strany. Tento přístup nebere v úvahu okolnost, že samotná převažující pravděpodobnost může být mnohdy relativně jednostranným pohledem na prokazovanou skutečnost, neboť východisko, které je rozhodující pro převažování, může být na tak nízkém stupni pravděpodobnosti, že sotva lze jeho pouhé převážení považovat za plnohodnotný důkaz.

⁹⁶ Viz Art. 10 CC and Art. 181, 218 a 231 NCPC.

⁹⁷ Viz MAASSEN, B. H. *Beweismassprobleme im Schadersatzprozess*, s. 54 an.

⁹⁸ Viz např. GREGER, R. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, passim, zejména však s. 201.

⁹⁹ Viz SCHWEIZER, M. *Beweiswürdigung und Beweismass*, s. 11, který uvádí, že a výsledky výzkumu, dle něhož průměrný švýcarský soudce považuje za plný důkaz pravděpodobnost o něm ve výši 63 %.

Jak známo, ani ve Švédsku se neprosadily teorie vytvořené v 60. a 70. letech 20. století představiteli akademické obce. Jak to platí i obecně v celém skandinávském pojetí práva, je i přístup k míře důkazu ve všech skandinávských zkoumaných jurisdikcích flexibilní. Ať už je obecná základní míra důkazu stanovena relativně vysokým stupněm pravděpodobnosti, či naopak nízko, možnost přihlížet ke konkrétním okolnostem případu je tak široká a uvážení soudce jen volně omezené obecnými pravidly, že vzniká podezření o arbitrárnosti úsudku ve snaze navodit konkrétní spravedlnost.

4.1.2 Optimální model. Význam pro řešení

Jak bylo několikrát v literatuře¹⁰⁰ při srovnání anglosaského a kontinentálního přístupu popsáno, oba systémy dosahují značné míry konvergence, neboť vzdor relativně odlišným metodám dospívají oba koncepty k obdobným výsledkům. Obdobně bychom mohli toto poznání učinit i ve vztahu ke skandinávským koncepcím. Vždy je třeba vycházet z analýzy jednotlivých prvků, které jsou součástí hodnocení důkazu, respektive míry důkazu. To jsme provedli v druhé kapitole, a jak plyne z této analýzy, považujeme za adekvátní přístup ten, jenž určité metody, respektive konkrétní řešení přebírá ze všech tří uvedených modelů. To se mimo jiné týká chápání pravděpodobnosti jako určitého smíšeného přístupu, jenž je kompromisem mezi subjektivní, objektivní a logickou pravděpodobností. Obdobné kompromisy činíme, respektive určitá „střední“ řešení navrhuje i v případě jiných mimoprávních i právních kategorií, jako například u procesu vnímání a hodnocení či přesvědčení, stejně jako u vztahu práva procesního a hmotného. Relevantní je pro nás též role některých základních principů, jakým je například zásada proporcionality, která má význam i pro dopad míry důkazu ve smyslu adekvátního zkrácení některých nároků.

4.1.3 Dogmatika

Pro řešení míry důkazu je klíčovou otázkou vztah procesního práva, do jehož režimu tato kategorie patří, a práva hmotného, které ovšem může též stanovovat důkazní pravidla, včetně předpisů pro míru důkazů. Příkladem je pojetí některých představitelů procesního práva, které považuje stanovení pravděpodobnosti míry odpovědnosti za škodu mezi více škůdci zakotvené hmotným právem jako pravidlo, které nemá žádný význam pro míru důkazu. Na tomto krajním příkladu lze analyzovat otázku, v jakém rozsahu je míra důkazu čistě řešením procesního práva a v jakém rozsahu má či musí rozhodnutí o míře důkazu reflektovat i hmotné právo. Za relevantní názor lze považovat ten, který při stanovení míry důkazu plně zohledňuje výslovné ustanovení hmotného práva. Kromě tohoto přímého ovlivnění je však třeba brát v úvahu i dopad hmotněprávních zákonitostí, které nenacházejí výslovného vyjádření v konkrétní právní normě. Avšak i tento vliv hmotného práva musí procesní právo reflektovat. Konkrétně jde o otázky nutného proporcionalního zvýhodnění slabší strany či strany v typovém případě oslabené, jako tomu je u poškozených při dokazování příčinné souvislosti u masových škod. Stejně tak platí, že rozhodnutí o míře důkazu se projeví zejména „zpětně“ v hmotném právu tím, že předmětný nárok může být adekvátně omezen s ohledem na nižší míru důkazu. Měla by však

¹⁰⁰ Srov. GOTTWALD, P. *Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess. Festschrift für D. Henrich*. Bielefeld: Gieseking, 2000, s. 175; BRINKMANN, M. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, s. 85 an.

platit obecná zásada, že v procesu by neměla být dodržována jiná pravidla platí v hmotném civilním právu. Koncepce, za niž plédujeme, by tak měla mít obecnou platnost.

4.2 Analýza. Základ řešení

4.2.1 Podstata a účel míry důkazu

Základem míry důkazu je přiblížení se skutečnosti, jež se odehrála v minulosti. Obecně lze vycházet z toho, že tuto skutečnost lze až na výjimky jednoduchými exaktními prostředky zachycených dějů jen rekonstruovat a pouze s určitou mírou přesnosti identifikovat. Přiblížení se skutečnosti (pravdě) nelze prakticky v kontextu konkrétního komplexního případu exaktně vyjádřit. Paradoxně je nejpřesnější formulací formule o převažující pravděpodobnosti. Proto se judikatura bez ohledu na jurisdikci brání vyčíslení přesvědčení soudce v procentech.

4.2.2 Pravda a pravděpodobnost

S ohledem na to, že pravdu nelze kromě výjimečných jednoduchých jevů tvrdit ani prokázat, stanovíme jako východisko pojem pravděpodobnosti. Námitka proti tomuto hledisku spočívá v absenci či nemožnosti její kvantifikace. Tato námitka je ovšem již z principu nekorektní. Německé právo, z jehož okruhu tato námitka pochází, zná samo ve svých normách vyjádření pravděpodobnosti (viz 3.1.3). Především však přesvědčení o pravdě neboli o plném důkazu lze jen obtížně kvantifikovat, právě tak je tomu v případě pravděpodobnosti.

4.2.3 Vztah k hmotnému právu a náklady (nesprávného) rozhodnutí

Procesní právo i rozhodnutí soudce o míře důkazu musejí předně respektovat ustanovení hmotného práva o míře důkazu. Je tomu obdobně jako v případech, kdy hmotné právo stanoví důkazní břemeno. Neobsahuje-li hmotné právo výslovné ustanovení o míře důkazu, musí v rámci tohoto institutu procesní právo, respektive rozhodování soudce reflektovat nerovnost vyplývající z postavení stran v hmotném právu. Obdobně si musí soudce počínat i v případě, jestliže nerovnost se projeví v procesních vztazích, například jako důsledek nerovného přístupu k důkazním prostředkům. Procesní právo a rozhodování soudů musejí zohledňovat dopady míry důkazů, respektive jejich následky. Těmi jsou rizika nesprávného rozhodování v důsledku míry důkazu, respektive obávaná vlna nových procesů a zahlcení soudů v důsledku snížení míry důkazu. I když pro posledně uvedený argument chybějí empirická data. Zatím totiž nebyly provedeny výzkumy o těchto možných dopadech a hodnocení soudní praxe v jurisdikcích s relativně nízkou mírou důkazu v některých skandinávských státech či v anglickém právu a jejich vlivu na míru zátěže justičního systému se pohybují pouze v rovině spekulací.

4.2.4 Pravidla a individuální spravedlnost – základní hlediska

Navrhovaný model obsahuje základní pravidlo, pravidla představující výjimky z něho na základě typologie případů a konečně předpis pro výjimečné případy individuálních výjimek za účelem konkrétní spravedlnosti.

4.3 Závěr – doporučený (optimální) model

4.3.1 Smíšený, subjektivně-objektivizovaný přístup

Při hodnocení dostatečnosti a přesvědčivosti důkazů je třeba vycházet ze smíšeného pojetí míry důkazu. Cílem je dosáhnout přesvědčivého a transparentního odůvodnění, které by mělo být mimo jiné založeno na kvantifikaci, tedy měřitelnosti přesvědčení, a racionálním pojetí. I když jde o osobní přesvědčení soudce, je třeba jej oprostit od iracionálních, pocitových prvků. Přísně racionálně uvažující osoba je ideálním modelem soudce, který bere v úvahu souvislosti případu a využívá poznatků vědy. Kombinuje proto jednotlivé prvky obou nejvýznamnějších metod (objektivní a subjektivní) a hledá jejich aplikovatelnost v závislosti na konkrétním případě.

4.3.2 Základní obecná míra důkazu

Základním obecným pravidlem míry důkazu je vysoce věrohodná rekonstrukce minulé skutečnosti, které se zřetelně blíží. Míra důkazu přesahuje 80 procent.

Základní obecná míra důkazu je relativně vysoká, i když významně nižší nežli ta, jež je obecně zastávána českým Nejvyšším soudem, a dokonce méně přísná než judikatura a převažující názor nauky v jurisdikcích germánského právního okruhu a možná nižší než celé kontinentální pojetí tohoto problému. Podstatným způsobem však přesahuje převažující pravděpodobnost. Dosahuje tak přesvědčivé věrohodnosti a odrazuje zneužívající tendence, stejně jako obávanou záplavu žalob. Z tohoto pravidla je třeba činit výjimky, jak ve formě zpřísnění, a tedy vyšší míry důkazu (ad 4.3.3 níže), tak zejména ve směru jejího snížení, a tedy zmírnění standardu pravděpodobnosti (ad 4.3.4–4.3.5 níže).

4.3.3 Vyšší než obecná míra důkazu (95 procent)

Vyšší než obecnou míru důkazu je nutno vyžadovat v souvislosti s rozhodnutími, jež mají nezvratné či obtížně zvrátitelné následky. Týkají se zejména osobnostních práv, respektive osobního stavu. Příkladem je určování otcovství či mateřství. V těchto velmi citlivých věcech se očekává téměř jistota a vyžaduje naprostá spolehlivost.

4.3.4 Nižší než obecná míra důkazu

Toto pravidlo úlevy je třeba stanovit ve prospěch obecného blaha, veřejného zájmu či zřetelného druhového znevýhodnění, kde by měla postačovat relativně nízká míra důkazu, jež ovšem stále přesahuje převažující nepravděpodobnost. Typově jde o případy blaha dítěte, slabší strany, respektive otázek příčinné souvislosti, zejména u masových škod. Osobní či věcná složka těchto druhů případů vyžaduje zapojení zásady proporcionality, za jejíž pomoci, byť právě v procesu nezvyklé, procesní právo vyvažuje znevýhodněné postavení (slabší strana), nebo jiný handicap (např. nedostupnost důkazních prostředků v daných právních vztazích). Přitom je třeba přihlížet k veřejnému zájmu na existenci a podpoře obecně sdílených hodnot.

4.3.5 Výjimečné pravidlo v mimořádných případech tvrdosti a „zajišťovacích“ procesních rozhodnutí

Třetí výjimkou ve smyslu snížení standardu důkazu je použití úlevy ze stanovené míry důkazu v případech, kdy je zapotřebí zjednat tzv. konkrétní spravedlnost. Zde se uplatní zásada přiměřenosti, jejíž aplikaci sice nelze vyloučit, bude však nanejvýš řídká. Jinak řečeno, v tomto ohledu je třeba volit nanejvýš zdrženlivý přístup.

Obdobné řešení lze realizovat při rozhodování o předběžných opatřeních o zajištění důkazů. Míra důkazu je v těchto případech odůvodněna potřebou urychlené ochrany a dočasnou povahou následku soudního rozhodnutí.

4.3.6 Význam hmotného práva

Hmotné právo je třeba zohlednit ve dvou základních směrech. Předně je třeba respektovat, obdobně jako je tomu např. u stanovení důkazního břemene, stanovení míry důkazu. Takové ustanovení (pravidlo) je třeba plně respektovat z toho důvodu, že zde navrhaná „procesní“ pravidla nebudou použitelná. A dále, v hmotněprávních, kvantifikovatelných nárocích (např. náhrada škody či bezdůvodné obohacení aj.) je třeba vždy, bude-li v daném případě míra důkazu nižší než 95 procent, odpovídajícím způsobem nárok krátit. To je následek použití zásady ekvivalence jako důsledku nižší věrohodnosti uplatňovaného nároku.

Formální jednota práva

Martin Madej*

Abstrakt: Tato stať pojednává o formální jednotě systému práva. Ve formálně jednotném právním systému platí, že zásadně neexistují pochyby o tom, která pravidla do systému patří a jak určit jejich obsah. Autor se postupně pokusí ukázat, jak s formální jednotou souvisí vázanost soudce zákonem (čl. 95 Ústavy) a pojem pramene práva. Zvláštní pozornost bude věnována pravidlu uznání a jeho způsobilosti zajistit formální jednotu práva za situace „outsourcingu“ regulace jiným společenským subsystémům.

Klíčová slova: Hart, pravidlo uznání, jednota práva, právní systém, systémovost práva, pramen práva, soudní rozhodování, článek 95

Úvod

Tato stať pojednává o formální jednotě systému práva. Ve formálně jednotném právním systému platí, že zásadně neexistují pochyby o tom, která pravidla do systému patří a jak určit jejich obsah.¹ To je jedna rovina jednoty. Jinou rovinu jednoty představuje hodnotový monismus. Hodnotově monistický systém je jednotný v hodnotách, které primární pravidla vyjadřují. Formální jednota a hodnotový monismus představují ideály, ne však ve stejném smyslu. Hodnotový monismus představuje závazek k určité hodnotě nebo souboru hodnot, k jejichž realizaci musí aplikace práva vždy směřovat (např. spravedlnost a rovnost).² Protože se na takové hodnotě nebo hodnotách nemusíme shodnout, funguje hodnotový monismus jako ideál, o němž nevíme, jestli jsme ho schopni dosáhnout. Naproti tomu formální jednota, tj. shoda na tom, která pravidla do systému patří a jak určit jejich obsah, je ideál, který se v určitém stupni už realizuje v každém funkčním právním systému. Pokusím se postupně ukázat, jak s formální jednotou souvisí vázanost soudce zákonem (čl. 95 Ústavy) a pojem pramene práva. Zvláštní pozornost bude věnována pravidlu uznání jako jednomu z nejdůležitějších teoretických pokusů o zachycení formální jednoty práva.

1. Vázanost soudce zákonem

„Když se občan, ale i státní orgán při zdůvodňování svého chování odvolává na to, že něco podle práva mohl nebo nesměl, měl by tak učinit tím, že poukáže na znění konkrétní právní

* JUDr. Martin Madej, MJur. Autor je doktorandem na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: martin.madej@amo.cz. Za cenné komentáře děkuje Pavlu Ondřejkovi, Janu Tryznovi a třem anonymním recenzentům či recenzentkám. K připomínce jednoho z nich, že vedle sebe klade „*excelentní texty světových teoretiků a domácích texty, z nichž některé patří do suterénu právní vědy*“ (zvýrazněno recenzentem), podotýká, že pokud by měl pracovat jen s excelentními texty právních teoretiků, pracoval by disproporčně se zahraničními texty, protože třeba anglofonní nebo germanofonní právní teorie jsou služebně starší a z toho důvodu i bohatší a často pokročilejší. Tím by ovšem nevyhověl požadavku na vyrovnání se s názory na toto téma v domácím prostředí. Jinak ale sentimentu recenzenta rozumí. Tento text vznikl za podpory grantového projektu GA ČR č. 10723S s názvem *Co současné právo sjednocuje a co jej fragmentarizuje z pohledu právní teorie a soudní praxe?*

¹ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 95 a 116.

² Např. Dworkinovo právo jako integrita (*law as integrity*) v jeho *Říší práva*. DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. U nás hovoříme po německém vzoru o vnitřním systému práva. Za hodnotově monistický můžeme považovat pro tyto účely i hodnotově pluralistický systém, jehož aktéři se shodnou jednak na pluralitě hodnot, jednak na metodě nebo metodách, jak jejich konflikty řešit. Zejména o splnění druhé podmínky lze nejen v našem právním prostředí polemizovat.

*normy, která toto jeho chování upravuje.*⁴³ Tak zahajují R. Procházka a M. Káčer svou kapitolu o pramenech práva. Není to špatně, ale lze namítnout, že charakteristickým výrazem působení *pramene práva* není povinnost občana, právníka, ba ani státního orgánu vysvětlit své chování s poukazem na konkrétní právní normy. Takto působí nejen prameny práva. Navíc, jestliže oni povinnost vysvětlit své chování mají, vyplývá ona vždy z obecně závazného předpisu, nikoli z jejich role v politicky organizované společnosti. Zpravidla jim však postačí, když se chovají v souladu s čl. 2 Ústavy, aniž by museli zdůvodnit, proč tomu tak je. Výklad čehokoliv je v každém případě dobré začít u jeho charakteristického výrazu.

Nejcharakterističtější pracuje s prameny práva soudce.⁴ Ten, jestliže rozhoduje o právech a povinnostech osob, potřebuje vědět, podle čeho má o nich rozhodnout. To je tvrzení triviální jen potud, pokud vnímáme soudcovské rozhodování jako vázané v užším smyslu.⁵ Třeba král Šalamoun, když soudil při dvou žen, rozhodl spravedlivě s pomocí v něm přítomné Boží moudrosti.⁶ V jistém smyslu i on musel rozhodnout pouze spravedlivě, nikoli jen tak libovolně.⁷ Ale rozhodně nebyl vázán tak jako dnešní soudce, o kterém tvrdíme, že může rozhodnout jen podle norem, a to podle norem určitého charakteru.

Stejně jako vázanost advokáta pokyny klienta naznačuje existenci jiných faktorů ovlivňujících advokátův úsudek, odráží i vázanost soudce normami určitého charakteru pluralitu normativních systémů. Stejně jako občan, advokát nebo státní orgán může být i soudce osobně vázán normami náboženství, morálky, etikety či šachu, není jimi však vázán oficiálně. Oficiálně je podle čl. 95 Ústavy vázán zákonem a mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu.⁸ Pokud by oficiálně vázán nebyl, popírala by se tím nejen zásada formální rovnosti, trvající na konzistenci aplikace práva, ale i *hodnota formální jednoty právního řádu*.

Vázanost soudce právními normami je *conditio sine qua non* formální jednoty právního řádu. Někdo by mohl tvrdit, že formálně nejednotný právní řád je oxymorón, neboť každý „řád“, tj. systém, musí mít dopředu vyjasněné, co do něj patří a co ne, jinak v tom „řád“ (systém) být nemůže. Takový přístup podle mě neodůvodněně privilejuje pojetí systému založené na formální racionalitě, definované logickými vztahy mezi prvky celku, plus mezi prvky celku a celkem samotným.⁹ Jestliže se chci zaměřit na formální jednotu coby vlastnost právního řádu, předpokládám, že některé oblasti tradičně dominované formální racionalitou mohly a mohou pod tíhou společenských změn fungovat na bázi racionality

³ PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 120.

⁴ Neplyne-li z kontextu něco jiného, „soudce“ bude níže jako zkratka pro „orgán aplikující právo“ (tj. třeba i policista nebo STK při výkonu kontroly). Přesto platí, že nejvíce se to projevuje z pochopitelných důvodů u soudců.

⁵ K ideje vázaného soudcovského rozhodování viz KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 232 an.

⁶ Královská, 3:28.

⁷ Ke konceptu tzv. absolutní diskrece viz RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975, s. 137 an.

⁸ Oficiální vázanost zákonem a mezinárodní smlouvou míním závazek ze soudcovy funkce, ne z jeho osoby. Na tomto místě mi jde pouze o existenci oficiální vázanosti. Co definuje obsah oficiální vázanosti, bude rozebráno níže. Soudce je totiž ve skutečnosti oficiálně vázán celým právním řádem České republiky s výjimkou podzákoných právních předpisů. Viz MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. Čl. 95. In: SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. (eds). *Ústava České republiky*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 1094. Soudce Ústavního soudu navíc slibuje chránit neporušitelnost přirozených práv člověka (čl. 85 Ústavy).

⁹ Formálně racionální právo definuje sféru dovoleného a vystupuje tak jako nestranný rozhodčí hry. Soustřeďuje se okolo analytických pojmů, logiky a na pravidla orientovaný typ myšlení. Jestliže koncipuji právo jako logicky uspořádaný systém pravidel, jakékoli deviance od tohoto stavu jdou proti pojmu práva. Zbývá otázka, jestli je takové pojetí právního systému analyticky přesvědčivé. Podrobněji viz TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*. 1983, roč. 17, č. 2, s. 250 an.

reflexivní či substantivní.¹⁰ Nicméně beru za dané, že alespoň v českém kontextu formální racionalita obecně dominuje (ale ne bez výjimek!) a z toho plyne i naše očekávání formální jednoty systému práva.

Jestliže jsou soudci vázáni pouze právní normou, co z ní dělá normu právní, nikoli třeba morálky nebo etikety?¹¹ A co dělá právní normu součástí právního řádu České republiky, nikoli třeba Slovenské republiky? A stává se jiná norma normou právní nabytím příslušnosti k právnímu řádu?

První otázka je otázkou povahy práva, druhá otázkou příslušnosti čili členství právní normy v systému práva, ta třetí je hybridní. Dotáží-li se někoho, jestli je určitá platná právní norma x platnou podle českého práva, bude ho zajímat, z čeho usuzují, že je to norma právní a že musí být platnou. Smysluplná odpověď na otázku příslušnosti proto předpokládá předporozumění jednak povaze práva, jednak platnosti normy.

Pouštět se tady do podobných úvah by však bylo vzhledem k tématu statě nadbytečné. Na druhou stranu, ponechat své premisy otevřené nebo polootevřené také nemůžu. Proto navrhuji, že alespoň v krátkosti objasním, z čeho níže uvedené argumenty vycházejí, a pro zdůvodnění odkážu na publikace jiné.¹²

Níže budu v prvé řadě vycházet z předpokladu, že práva a povinnosti, o kterých soudy rozhodují, mohou vznikat nezávisle na morálce.¹³ To znamená, že plyne-li mi ze zákona povinnost, není to nezbytně výraz mé povinnosti morální, protože právo funguje jako jedinečný soubor norem s jedinečným typem normativity.¹⁴

Nadto, právo bude chápáno jako těsně spojené s veřejnou, a zvláště se státní mocí.¹⁵ To nevylučuje, že vedle veřejné moci působí jiné organizované systémy, které regulují chování svých subjektů a efektivně vynucují jejich poslušnost mimo dosah veřejné moci (např. společnost Facebook, sportovní organizace, církve, nepsané tržní normy atp.), jestli má mít ale vázanost soudce právními normami nějaký smysl, musí on být na jiných

¹⁰ Substantivní racionalita (*substantive* neboli *purposive rationality*) je spojována s měnění se funkcí práva s nástupem sociálního státu (*welfare state*). Smyslem práva není nastavit mantinely soukromým zájmům, ale cílevědomě regulovat chování adresátů za účelem dosažení určitého politického ideálu. Reflexivní racionalita (*reflexive rationality*) reaguje na neschopnost sociálního státu těchto ideálů dosáhnout s pomocí obecných standardů chování. Úlohou reflexivního práva je dotvářet poloautonomní sociální systémy (např. korporace) skrze regulaci jejich vnitřních rozhodovacích procedur a jejich interakce s ostatními systémy. Míra, s jakou se oba typy racionality spoléhají na stanovení procedur a abstraktních principů, místo operování s formalizovanými obecnými standardy chování, vede nutně k oslabení formální jednoty systému. Podrobněji viz TEUBNER, G. *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, s. 250 an.

¹¹ Jakýkoli závazný normativní právní akt, nikoli jen obecně závazný, tj. včetně soudních rozsudků. Srov. výklad pojmu „právní řád“, tak jak ho užívá podle prof. Eliáše občanský zákoník. ELIÁŠ, K. K první větě občanského zákoníku: Prolegomena ke každému příštímu komentáři občanského zákoníku. *Právník*. 2014, roč. 153, č. 6, s. 433 an.

¹² Koho nepřesvědčí má východiska, může mít o správnosti svých závěrů důvodné pochybnosti. Alespoň ale bude zřejmé, kde jsem pochybil.

¹³ Ani klasická debata o vztahu práva a morálky nikdy nebyla o tom, jestli je nebo není úkolem soudce aplikovat právo coby specifický normativní systém odlišný od morálky. Úkolem soudce to je; spor se vedl o to, jestli je pojmově možné, aby právo bylo hrubě nemorální. SOBEK, T. Koherence práva. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 4, s. 353. Debata se částečně rozštěpila s Dworkinými úvahami v závěru jeho poslední knihy, kde se svěřil se svým silicím pocitem, že na tzv. „dvousystémový model“ (práva a morálky) neměl nikdy přistoupit a místo toho postavit svou přirozenoprávní teorii na jediném skutečném deontickém systému: na morálce. Na Dworkinovo „prozření“ navázal Scott Hershovitz. Dá se očekávat, že jejich argumentace bude v blízké době čelit kritice zastánců autonomie práva. Autoři okolo Davida Enocha však podobné disputace považují za ztrátu času a odvádějící naši pozornost od skutečně zajímavých právněfilozofických problémů. Já se budu níže držet tradičního přístupu, tedy že právo je autonomní normativní systém a že jedině právo musí soudce i aplikovat. Ponechám otevřené, jestli soudci musí vedle práva uvažovat o morálce a spravedlnosti jako o samostatných kategoriích (exkluzivní pozitivismus), protože i tehdy by platilo, že práva a povinnosti vznikají nezávisle na morálce.

¹⁴ Kelsenovo ryzí „Sollen“.

¹⁵ BĀRÁNY, E. Obsah a forma v určení platnosti práva. *Právní obzor*. 2008, roč. 91, č. 5, s. 366–367.

systémech nezávislý. Lze říci, že cizí normy, které on vezme ne v rozporu se svou ústavní povinností do úvahy, jsou do práva inkorporovány, podstatné ale je, že soudce sám zůstává vázán vlastním systémem norem. Pokud by nebyl, nelze předem vyjasnit, které normy on za právní označit může, což formální jednotu práva vylučuje.

Zatím jsem nevytyčil nic, co by neplatilo za obecné právní vědomí. Otázky, které si kladu, ale někomu mohou připadat zbytečné. Řekne: „Všichni víme, že právo je jedinečný soubor norem a jen tím je soudce vázán, ale pídění se po příslušnosti norem opomíjí základní fakt soudcovské profese, a to ten, že soudci nějakou právní normu k dispozici většinou mají, jsou však konfrontováni s jejich správným výkladem, tj. se zjištěním jejich obsahu, a s aplikací, tj. se správným použitím na daný skutkový stav.“

To je sám o sobě dobrý argument. Soudci koneckonců mnohem častěji řeší, co to znamená být „řádný“ hospodář, přijmout „dostatečná“ opatření nebo být ve stavu „nepříčetnosti“, než jestli normy tyto termíny obsahující patří mezi ty závazné. Pak mi ale připadá, že systém, který tímto způsobem cílí zjišťování obsahu normy až na aplikaci v konkrétních případech, by měl uznávat nějakou formu precedenční závaznosti soudních rozhodnutí. V opačném případě hrozí, že tři senáty budou stejnou normu (nebo skupinu norem) používat různými způsoby a spět k odlišným rozhodnutím. Nebude tak ani v zásadě existovat shoda na tom, jak se dobrat k obsahu platných právních pravidel. Pokud by systém reagoval uznáním precedentů anebo třeba jen vydáním metodiky správné interpretace a aplikace práva, implicitně se tím potvrzuje správnost trvání na příslušnosti norem, protože soudce vyhoví své povinnosti jen tím, že konzultuje ty správné zdroje.¹⁶

Přestože u nás precedenty ani autoritativní metodiky nemáme, teorie hovoří o tzv. pomocných (subsidiárních) pramenech práva.¹⁷ Prameny a pomocné prameny se někdy dokonce zahrnují do jediné skupiny a člení podle právní síly, respektive podle nutnosti, s jakou je soudce musí vzít do úvahy.¹⁸ Prameny práva budou analyzovány níže. Pro tuto chvíli je podstatné, že otázka příslušnosti norem v systému je důležitá, protože i proces vlastního zjišťování obsahu identifikované právní normy se řídí pravidly a principy, které samy musí pocházet z typizovaných zdrojů.¹⁹

K odpovědi na otázku příslušnosti existují jednak formální, jednak materiální přístupy. Liší se mj. tím, jaké místo v teorii přisuzují pojům *pramen práva*, *platnost* normy a *obsah* normy. Formální přístupy vyžadují od každé právní normy spojení s určitým pramenem práva pocházejícím z autoritativního zdroje. Platnost takto identifikovatelné právní normy vychází z její příslušnosti v systému, pročež se hovoří o její systémové platnosti (*systemic validity*).²⁰ Materiální přístupy naopak spojují platnost a příslušnost normy s jejím obsahem. Má-li norma určitý obsah, je platná, a tudíž příslušná k systému, v němž byla nalezena. To neznamena, že materiální přístupy prameny práva ignorují. I ony právo považují za jedinečný normativní systém. Jeho obsah však musí být korigován substantivními úvahami o morálce a spravedlnosti, jejichž platnost je na právu nezávislá.²¹

¹⁶ Podle Jana Wintra z vázanosti soudců zákonem vyplývá i normativní charakter interpretačních metod. „Je-li soudce vázán zákonem, musí být součástí právního řádu též kritéria, která určí, co to znamená být vázán zákonem.“ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 31.

¹⁷ GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017; Alexy a Dreier cit. v KÜHN, Z. Jsou právní principy a soudní rozhodnutí pramenem práva? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2001, č. 3, s. 240.

¹⁸ PECZENIK, A. *On Law and Reason*. Springer, 2008, s. 261 an.

¹⁹ Vysvětlení vsazené do reality českého práva. Existují silné argumenty proti, např. DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, s. 114 an.

²⁰ GARDNER, J. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. *American Journal of Jurisprudence*. 2001, Vol. 46, s. 199–226.

Úzký vztah mezi obsahem a příslušností normy (materiální přístup) pro daný systém znamená, že v systému nejen že nejsou pochybnosti o tom, která pravidla do něj patří a jaký je jejich obsah, ale že v něm ani není prostor pro kontradikci; stejná obsahová kritéria, která zajišťují formální jednotu, tak zajišťují i hodnotovou jednotu (monismus), tj. jednotu normativního obsahu systému. To jsou sice dvě mouchy jednou ranou, k pomyslné ráně by ale musela existovat shoda (*theoretical agreement*) na základních hodnotách systému a na řešení konfliktů mezi nimi. Níže proto budou rozebrány pouze zdrženlivější přístupy formální.

2. Formální přístupy

Formální přístupy se soustřeďují na prameny práva jakožto formy, které dodávají v nich obsaženým pravidlům právní charakter.²² Jinými slovy, soustřeďují se na vnější formy, které musí pravidlo chování získat, aby se stalo právní normou, a na proceduru, kterou se tato forma získává.²³ Určitá norma se tak stává právní nikoli kvůli svému obsahu, ale kvůli právem stanovené anebo společností uznávané autoritě toho, kdo byl pověřený danou normu vytvořit.²⁴ Jakýkoli výsledek výkonu autority, který je všeobecně závazný, má formu pramene práva, pakliže je z aktu zřejmé, že o výkon autority jde.²⁵ Přirozeně se nabízí otázka, kdo u nás takovou autoritu má.²⁶

A. Gerloch a J. Tryzna tvrdí, že o pramenech práva *by měl* rozhodovat zákonodárce.²⁷ Stanoví-li zákonodárce, že právem je třeba to, co v souladu se zákonem vyhlásí ministr vlády, co vyhlásí jménem republiky samosoudce nebo nařídí rada obce, pak je to právně závazné. Tak fungují normy zmocňovací. Skrze různé odkazovací normy může zákonodárce atrahovat do právního řádu i normy jiných normativních systémů, jak k tomu dochází v předpisech mezinárodního práva soukromého. To samé platí pro normy morální a etické. Uzavřeme-li spolu smlouvu a já řeknu, že v našem smluvním vztahu spoléhám na vaši poctivost, odkazuju toliko na morální normu, podle níž je správné být poctivý a špatné být nepoctivý. Řeknu-li, že podle § 7 občanského zákoníku je každý povinen chovat se ve smluvním vztahu poctivě, odkazuju na tuto normu právní. Jestliže zákon k morální normě nic nepřidává ani nic neubírá, mají obě normy stejný obsah. Ta druhá má však oproti té první zvláštní formu, totiž formu pramene práva.²⁸ Jenže na rozdíl od morální normy není univerzálně aplikovatelná.²⁹

²¹ Například podle Finnisovy teorie praktické rozumnosti (*practical reasonability*) jsou soudci povinni využít praktického rozumu k nalezení spravedlnosti s pomocí abstraktních principů morálky a konkrétních pravidel pozitivního práva. Shrnutí např. v POSTEMA, G. J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*. Springer, 2011, s. 469–470.

²² GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 71 infra.

²³ BĀRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 366.

²⁴ PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 121.

²⁵ *Ibidem*, s. 122.

²⁶ O výsledku výkonu autority tady hovořím ve stejném významu jako Hart, Raz nebo Peczenik, tj. jedná se o výrok autoritativní nezávisle na jeho obsahu (*content-independence of commands*). HART, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press, 1982, s. 254. Výrok působí jako *content-independent*-, respektive jako *authority reason*, viz RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, s. 35–37; PECZENIK, A. *On Law and Reason*, s. 259.

²⁷ Přesněji „o tom, která pravidla [soudci] při svém rozhodování použijí.“ GERLOCH, A. – TRYZNA, J. Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí. *Právní rozhledy*. 2007, č. 1, s. 33.

²⁸ Alternativním vysvětlením by bylo, že v obou případech jde formálně i obsahově o tu samou normu, ve druhém případě však odkazují na takovou právní normu, jejímž obsahem je příkaz soudu onu morální normu právně vynutit. RAZ, J. *Practical Reason and Norms*, s. 153. Z tohoto vysvětlení se ale podle mě vytrácí tzv. vůdčí role práva (*the guiding function of law*) – § 7 občanského zákoníku je přece adresován v první řadě subjektům práva, kteří jsou jím vedeni, ne soudcům.

Nalézt oporu pro svrchovanost zákonodárce při určování pramenů práva v české a zahraniční literatuře však není jednoduché. Už dánský filozof Alf Ross upozornil na poněkud schizofrenní stav, do kterého by to uvrhlo soudce s právní povinností rozhodovat podle zákona.³⁰ Takový stav by byl založen na předpokladu, že soudci jsou při nalézání práva vázáni zákonem, jehož význam sami (alespoň v rámci umožňovaném významem slov zákona) autoritativně nalézají, což nás vede do začarovaného kruhu, kdy povinnost soudce stanovuje zákon, který soudce sám vykládá podle své zákonné povinnosti.³¹ Taková svrchovanost zákona bezpodmínečně plyne snad jen z Blackstonova popisu britského parlamentního systému v 18. století.³²

Alespoň empiricky, zákonodárce u nás není jediný, kdo o pramenech práva rozhoduje.³³ Samotní Gerloch a Tryzna poukazují třeba na vzrůstající vliv obecných právních principů v judikatuře soudů. Uvádějí příklad nálezu 30/1998 Sb., kde Ústavní soud dovodil princip počítání času v ústavním právu.³⁴ Návrh zákona, který prezident republiky vrátil Poslanecké sněmovně v sobotu, 15 dnů od jeho obdržení, byl sněmovně doručen následující pondělí. Prezident spoléhal na to, že „při uskutečňování ústavních pravomocí omezených lhůtami se bude postupovat tak, jak je běžné ve všech standardních právních systémech“. Ústavní soud mu i s poukazem na to, že se problematika ve vyspělých demokraciích řeší přes existující ústavní praxi, vyhověl.

A. Gerloch a J. Tryzna tak míní princip autority zákonodárce spíše jako apel, a dodávají, že „stanovení úplného souboru pravidel“ je „v podstatě nemožné“ a že dosáhnout stejného výkladu při realizaci abstraktních norem v konkrétních případech soudci „není pravděpodobně dost dobře možné“. Z jejich závěru je podle mě zřejmé, že autoři tam směšují dva problémy. Jedním je problém příslušnosti norem v právním systému, tj. otázka, kdo má autoritu rozhodovat o pramenech práva. Tím druhým je problém neurčitosti práva, a sice že žádný právní systém dopředu nedisponuje právním řešením pro všechny případy. Sami výše v článku analogicky rozlišují mezi problémem stanovení pramene práva a problémem zjistitelnosti obsahu právního pravidla. Mou pointou je to, že jsem schopný s jistotou vyloučit existenci obsahově úplného souboru právních pravidel, aniž bych jedním dechem zpochybňoval autoritu zákonodárce suverénně rozhodovat o pramenech práva. Třeba tzv. exkluzivní právní pozitivisté trvají na tom, že soudci mohou při svém rozhodování použít i neprávní normy, aniž by tím jejich formy povýšily na prameny práva.³⁵

Ve skutečnosti je možné pokusit se poukázat na celou řadu způsobů, jak vysvětlit trvající autoritu zákonodárce bez nutnosti legitimizovat onu volnost, s jakou soudci po

²⁹ RAZ, J. *Incorporation by Law. Legal Theory*. 2004, Vol. 10, s. 2. Či přesněji, aplikovatelnost právní normy je určena jurisdikcí, aplikovatelnost morální normy je určena jejím obsahem (ibidem, s. 3).

³⁰ Alespoň soudce ve společenstvích respektujících dělbu moci, v nichž je zakázán autoritativní výklad zákona, jaký pro upevnění své moci volili někteří osvícenší panovníci v 18. a 19. století.

³¹ ROSS, A. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959, s. 104–105. Sám proto ve své knize, vydané ještě před Hartovým *Pojmem práva* (1961), hájil tzv. deskriptivní teorii pramenů práva, podle níž můžeme leda tak popsat, jak soudci při nalézání práva postupují, ne však dovodit jejich normativně udělené zmocnění.

³² BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England*. Boston: Beacon Press, 1962, § 49.

³³ Srov. argumentaci v RAZ, J. *Practical Reason and Norms*, s. 130–131.

³⁴ Nález Ústavního soudu č. 30/1998 Sb. ze dne 17. prosince 1997. Ponechávám otevřené, jestli šlo formálně o „princip“ nebo spíše o „pravidlo“ počítání času. Ať tak či onak, princip nebo pravidlo nemělo v Ústavě žádnou slovní oporu a Ústavní soud to ani netvrdil.

³⁵ GARDNER, J. *Legal Positivism: 5 1/2 Myths. American Journal of Jurisprudence*. 2001, Vol. 46, s. 199–226; SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

zákonem nepředvídaných pramenech práva sahají. Můžeme tvrdit, že soustředěním se na rozhodnutí a argumentaci soudů opomíjíme fakt, že zákonodárce tyto prameny práva autorizuje mlčky. Třeba Austin usuzoval, že „*když se zvyklosti stanou právními pravidly skrze rozhodnutí [zákonodárci] podřízených soudů, jsou takto vytvořená právní pravidla tacitními příkazy suverénního zákonodárce*“.³⁶ Přestože zákonodárce měl tu moc rozhodnutí Ústavního soudu v nálezu 30/1998 Sb. zvrátit, neučinil tak, tím pádem tuto praxi mlčky potvrdil. Nicméně, kdo jako já souhlasí s Hartem, tato hypotéza ho nepřesvědčí z toho důvodu, že zákonodárce mohl mít pro svou pasivitu jiné, třeba politické, důvody nesouvisející s jeho vztahem k akceptovatelnosti uvedeného principu jako principu právního.³⁷

Jiné řešení se nabízí v konstrukci, podle níž soudní pravomoc vychází ze zákona, tudíž cokoliv soud při výkonu své pravomoci uzná za pramen práva, to jím ze zákona také je. Řešení ale stojí a padá na stejné premise jako to předchozí, navíc opomíjí fakt, že moc soudní vychází v první řadě z Ústavy. Někdo zase může trvat na tom, že výjimečné (marginální) případy uznání pramene práva mimo moc zákonodárnou nic nemění na tom, že těžištěm pojmu pramene práva je u nás tradičně zákon a zákonem delegovaná normotvorba (k tomu viz níže).

Čím déle pátráme po vrcholné autoritě zákonodárce při určování pramenů práva, tím více je zřejmé, že musíme opustit premisu, s níž jsme hledání začali. Zákonodárce nemá – a ve skutečnosti ani není důvod, proč by mít měl – vrcholnou autoritu rozhodovat o pramenech práva.

Potřebujeme sofistikovanější odpověď na otázku, čím je soudce při svém rozhodování vázán. Předpokladem je základní porozumění povaze práva a příslušnosti normy v právním systému. Teorie, které hledaly odpověď v hierarchickém uspořádání právního systému a které tak přisuzovaly formu pramene práva čemukoliv, co pocházelo od autority odvozené od autority nejvyšší (*the principle of origin*), tady rozebírat nebudu. U nás vlivný Hans Kelsen tvrdil, že „*členství normy v systému může být určeno z toho, že [norma] odvozuje svou platnost ze základní normy ustavující řád*“.³⁸ Ani zákonodárce podle Kelsena nemůže do právního řádu atrahovat něco, co by narušilo jednotu založenou základní normou.³⁹ Přesvědčivé argumenty pro odmítnutí Kelsenovy teorie příslušnosti a identity norem nabídli jiní.⁴⁰ Důvodem, proč o Kelsenově teorii dále neuvažovat, jsou i pochyby, které můžeme mít o užitečnosti pojmu platnosti práva pro řešení problémů právní filozofie.⁴¹

³⁶ AUSTIN, J. – RUMBLE, W. (ed.). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, s. 32.

³⁷ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 47.

³⁸ KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. The Lawbook Exchange, 2005, s. 195.

³⁹ „[T]he source of unity is no longer one legislative body, it is one power-conferring norm.“ RAZ, J. *The Concept of a Legal System*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 1980, s. 95.

⁴⁰ Platnost každé normy právního systému se musí podle Kelsena odvozovat od historicky první ústavy. Parlament má pravomoc vydávat zákony, protože to stojí v Ústavě, a Ústava mohla Parlament zplnomocnit, protože ji přijalo ústavodárné shromáždění v souladu s ústavou předchozí. Kelsen ale podle Josepha Raze nedokáže vysvětlit, jak je možné, že třeba pravidlo z právního občeje se může vyvinout, aniž by to první ústava předvíдалa. Pravidlo považujeme za platné, mezi ním a první ústavou (potažmo Grundnormou), ale neexistuje řetězec platnosti. RAZ, J. *The Concept of a Legal System*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 1980, s. 107–108. Podrobnou kritiku nabízí John Finnis v FINNIS, J. *Revolutions and Continuity of Law*. In: FINNIS, J. *Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University, 2011, s. 425 an.

⁴¹ WESTERMAN, P. et al. *Legal Validity and Soft Law*. Springer, 2018; KÖPCKE, M. *Legal Validity*. Hart Publishing, 2019.

3. Pravidlo uznání

Sofistikovanější odpověď na otázku příslušnosti nabídl právní filozofii H. L. A. Hart. Elegance jeho řešení spočívá v tom, že o přípustnosti pramene práva rozhodují nikoli legislativní předpisy nebo hypotetická a neurčitá základní norma, nýbrž společenský fakt. Jako jeden z nedostatků „předprávní“ (*pre-legal*) společnosti identifikoval Hart nejistotu způsobenou pochybnostmi o tom, která pravidla jsou právně závazná a jaký je jejich přesný obsah. To napravují tzv. sekundární pravidla, tj. pravidla o pravidlech, a ta dovozují svou platnost z pravidla uznání. To může mít různé formy. Jakmile ve společnosti existují pochybnosti o tom, která pravidla jsou právně závazná, pravidlo uznání nás může odkázat třeba na pravidla chování evidovaná místním písařem, na moudra vyřčená vesnickým stařešinou nebo na praxi v ostatních vesnicích. Přestože se v moderních státech počítá s tím, že státní orgány odvozují svou autoritu z vůle zákonodárce a ta zase z vůle ústavního zákonodárce, řetězec platnosti (*chain of validity*) končí pravidlem uznání, které jediné v celém systému není normou, ale společenským faktem. Existence a obsah pravidla uznání je tak určen faktem, že určití lidé (*legal officials*) s tzv. interním hlediskem obecně přijímají určitá kritéria platnosti právní normy.

Z Hartových myšlenek lze dovodit, že pravidlo uznání se vztahuje k pramenům práva a teorie pramenů práva je zase zvláštním případem pravidla uznání.⁴² Hart píše: „*Kdekoliv je takové pravidlo uznání přijato, disponují veřejní činitelé i ostatní osoby autoritativními kritérii pro zjištění primárních pravidel ukládajících povinnosti.*“⁴³ Ergo, kde je pravidlo uznání přijato, tam lze s jeho pomocí zjistit, co platí za prameny práva.

Co přesně znamená „obecné přijetí“ (*common acceptance*) a jestli je vůbec možné, si už v literatuře vysloužilo mnoho pozornosti⁴⁴ a smyslem tohoto textu není zrekapitulovat celou debatu o Hartově konvencionalismu. Dworkin každopádně trval na tom, že k obecnému přijetí nestačí jen shoda na určitém tvrzení standardů platnosti práva, např. že očividně disproporcionální zákonná úprava je neplatná, tj. shoda na nominálním užívání stejné fráze. Nutností je skutečná shoda na standardech platnosti práva samotných.⁴⁵ Někteří autoři zase doplňují, že současné praktiky a postoje právníků se nevytváří na zelené louce; mají své ukotvení v historii, tedy v tom, čemu se věřilo doposud.⁴⁶ Dějiny práva jsou koneckonců dějinami živelného formování pramenů práva, k jejichž uznání nebo určení došlo až na poměrně vysokém stupni vývoje (např. v římském právu).⁴⁷

Sám Hart se v tomto ohledu vyjadřoval nepřesně, když jednou psal o obecném přijetí v praxi „*soudů, parlamentů, funkcionářů nebo řadových občanů*“, jindy čistě v praxi funkcionářů (tj. orgánů aplikujících právo), jindy pouze soudů.⁴⁸ Osobně si myslím, že otevřenost Hartova výčtu a důraz na slovo „praxe“ svědčí o tom, že performativní složka pravidla uznání byla pro Harta důležitější než ta subjektivní. Jinými slovy, kritéria platnosti

⁴² BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 364–365.

⁴³ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 100.

⁴⁴ DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, s. 35; MURPHY, L. *What Makes Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014; SHAPIRO, S. What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist). *Public Law & Legal Theory Research Paper*. 2008, No. 181.

⁴⁵ DWORKIN, R. *The Model of Rules*. *University of Chicago Law Review*. Vol. 35, Iss. 1, s. 14–45.

⁴⁶ MURPHY, L. *What Makes Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 39; BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 366.

⁴⁷ BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 365.

⁴⁸ RAZ, J. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979, s. 92.

práva určují ti, kteří se debaty o nich skutečně účastní a používají přítom interní hledisko. Přirozeně, čím angažovanější v právu určitá osoba je, tím větší budou mít její postoje na pravidlo uznání dopad (proto Hartův důraz na orgány aplikující právo).⁴⁹ Navíc, ačkoliv byla Hartova teorie zamýšlena jako všeobecná, je zřejmé, že podmínky pravidla uznání ve Spojeném království v 60. letech minulého století se mohou lišit od podmínek v České republice v roce 2019.

S tím lze vyložit i čl. 95 odst. 1 Ústavy stanovující vázanost soudce zákonem. Pravidlo uznání u nás působí tím způsobem, že ačkoliv lze čl. 95 odst. 1 vykládat jako zavazující soudce aplikovat toliko zákon, platnou mezinárodní smlouvu a další prameny práva zákonem určené, nebylo by to souladu s „obecně přijatým“ (společenským) pravidlem.⁵⁰ V tomto světle je čl. 95 odst. 1 za středníkem, že soudce je oprávněn posoudit soulad jiného právního předpisu se zákonem nebo s takovou mezinárodní smlouvou, důležitější než část před ním, protože soudce zmocňuje (*power-conferring*) k přezkumu podzákoných předpisů. Část před středníkem naopak nezmiňuje to, co vrcholné soudy a ústavní právníci za prameny práva považují, ačkoliv tyto nespádají ani do jedné z kategorií v čl. 95 odst. 1, např. zmiňované právní principy. Naopak pokud by vrcholné soudy a ústavní právníci některý pramen práva neuznávali, těžko si představit, že by je v tom zbytek společnosti nenásledoval.⁵¹

Formální jednotu právního systému tedy může zajistit pravidlo uznání. Otázkou zůstává, co dělat, když na pravidlu uznání nepanuje shoda. Předně, Hart nikdy netvrdil, že pravidlo uznání vyžaduje jednohlasnost; stejně jako zvyk poslušnosti ale i ono počítá s chováním, které je obecné, byť ne nezbytně neměnné.⁵² Hartův model je abstraktní a přesný počet členů skupiny, kteří musí kritéria platnosti práva uznávat, a přesně vymezené období, jak dlouho je musí uznávat, „*nás nemusí trápit o nic víc než otázka, kolik vlasů může mít člověk na hlavě, abychom ho ještě považovali za plešatého*“.⁵³ Jak primární, tak i sekundární pravidla se od zvyku poslušnosti liší právě tím, že ostatní členové skupiny reagují kriticky, jsou-li podle nich porušena. Hart by řekl, že pravidlo uznání se realizuje, nikoli popírá, kritizuje-li česká právní doktrína nález Ústavního soudu aplikující jiné než uznávané prameny práva. Pravidlo uznání tady má donucovací modus, tj. povinnost soudce aplikovat pouze normy s určitými vlastnostmi.⁵⁴

Jak známo, Hart postuloval, že (primární) právní pravidla mohou být neurčitá (*indeterminate*), např. zakážou-li přítomnost vozidel v parku, aniž by z pravidla bylo zřejmé, týká-li se to i kočárků. To samé platí pro sekundární pravidla. Říká-li pravidlo uznání, že právem je to, co přijme královna v Parlamentu, ve velké většině případů to bude podle Harta určitým, jasným a konečným kritériem platnosti práva, jakkoliv nedokonalá mohou královnou takto přijatá pravidla být. Otazník může panovat maximálně nad tím, jak

⁴⁹ MURPHY, L. *What Makes Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 35.

⁵⁰ MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. Čl. 95. In: SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. (eds). *Ústava České republiky*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 1094.

⁵¹ Jejich výhodou je organizovanost a hlavně jakýsi punc odbornosti. Třeba názory ombudsmana nebo NKÚ jistě mají svou váhu, ale myslím, že třeba rozhodnutí Rozšířeného senátu Nejvyššího soudu nebo sloupek ústavního právníka v celostátních novinách se těší největšímu vlivu.

⁵² HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 55.

⁵³ *Ibidem*, s. 56.

⁵⁴ RAZ, J. *The Authority of Law*, s. 93; SHAPIRO, S. *What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)*, s. 6. Z toho plyne, že ústavní právník na rozdíl od soudce (tím stále myslím kterýkoli orgán aplikující právo) nemůže pravidlo uznání porušit, protože mu není adresováno.

rozeznáme soudce vybočujícího z pravidla uznání (např. ostentativně rozhodujícího podle cizího práva) od soudce, který svou praxí pravidlo uznání dotváří. Pak záleží na tom, jestli pravidlo uznání vnímáme jako pravidlo latentní nebo operativní.⁵⁵ Zatímco latentní norma má potenciál působit na právní postavení svých adresátů, nebyla však dosud žádným orgánem aplikace práva použita k autoritativnímu rozhodnutí o právu, operativní norma takto použita už někdy byla, a tudíž práva a povinnosti fakticky ovlivňuje. Právní realista by mohl tvrdit, že pramenem práva je cokoli, co za něj ve svém rozhodnutí (operativně) označí soud. Tím by ale bylo předem vyloučeno, že soudce při aplikaci práva pochybil, respektive porušil svou ústavní povinnost.⁵⁶

Pravidlo uznání se u nás ve skutečnosti plně realizuje už latentně. Z toho plyne, že soudce buď identifikuje pramen práva v souladu s pravidlem uznání, anebo v rozporu s ním, pak je ale výsledné rozhodnutí nikoli nezákonné nebo protiústavní, nýbrž mimoprávní, nicotné, bez právních účinků, soukromé rozhodnutí soudce mimo jeho pravomoc. Přeloženo do českého kontextu: rozhodne-li soudce o vaší věci tímto způsobem, poruší tím svou ústavní povinnost a zasáhne do vašeho práva na spravedlivý proces, ale nešlo by o nesprávné právní posouzení věci. Tím se vylučuje, že by soud dodal něčemu právní závaznost v rozporu s pravidlem uznání. Z toho plyne, že následující právní úkon, kterým se takto přijaté rozhodnutí označí za nicotné, může být pouze deklaratorní a slouží právní jistotě, aby nebylo pochyb o tom, že rozhodnutí nikdy nemělo právní účinky.⁵⁷

Nicméně jakmile je pravidlo uznání neurčité, situace je komplikovanější. Třeba ústavní tradice Spojeného království vylučuje, aby suverénní Parlament sám sebe zavázal nějakou povinností, z níž by se stejným způsobem nemohl vyvázat. Co když se ale Parlament nezaváže k povinnosti, ale jen k procedurám a způsobům, jakým může o některých věcech rozhodovat (např. ústavní většinou), včetně rozhodnutí o změně této parlamentní procedury?⁵⁸ Britské pravidlo uznání podle Harta nedává jasnou odpověď. Hartovo řešení vede přes jedno ze sekundárních pravidel, pravidlo soudního rozhodování (*rule of adjudication*), které určuje, kdo má autoritu v takových pochybnostech rozhodnout.⁵⁹

Vrátím-li se k nálezům 30/1998 Sb. (k počítání lhůt v ústavním právu), Ústavní soud v něm řekl: „[p]ramenem práva obecně [...] jsou základní právní principy a zvyklosti“, „[a]kceptace i dalších pramenů práva, kromě práva psaného (zejména obecných právních principů), evokuje otázku jejich poznatelnosti“, „[i] v českém právu takto platí a je běžně aplikována řada obecných právních principů, které nejsou výslovně obsaženy v právních předpisech. Příkladem je právní princip, dle něhož neznalost práva neomlouvá [...]“, „v oblasti práva ústavního pravidla počítání času“.

Šlo ze strany Ústavního soudu a) o aplikaci relativně určitého pravidla uznání, b) o rozhodnutí předvídané pravidlem soudnictví v situaci neurčitého pravidla uznání, anebo c) o rozhodnutí z určitého pravidla uznání vybočující? Podle Z. Kühna u nás může obecný právní princip působit jako „*autonomní pramen práva*“, tj. standard, který může být základem soudcovského rozhodnutí, a tudíž nezávisle na jakémkoliv prameni stanovovat práva a povinnosti.⁶⁰ Dodává, že „*právní princip lze racionálně rekonstruovat analýzou*

⁵⁵ PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 249–250.

⁵⁶ RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975, s. 142.

⁵⁷ Shodně RAZ, J. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979, s. 93.

⁵⁸ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 150.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ KÜHN, Z. Jsou právní principy a soudní rozhodnutí pramenem práva? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2001, č. 3, s. 240–241.

právního řádu“ a že je jeho „normativním předpokladem“. ⁶¹ Bez některých principů přestává být právní řád funkčním a racionálním systémem. ⁶² Je zřejmé, že podobně koncipoval právní principy v nálezu 30/1998 Sb. i Ústavní soud. ⁶³ Naopak E. Bárány upozorňuje, že „[o]rgány aplikace práva i při používání právních principů jako pramenů práva užívají obvyklý slovník konstatování jejich existence, ale ve skutečnosti samy mění právní principy na platné právo. Stávají se tak faktickými tvůrci objektivního práva“. ⁶⁴ Podle A. Gerlocha a J. Tryzny tím Ústavní soud principům „přiznal (nikoliv zcela nesporně)“ relevanci samostatného pramene práva.

Dworkin tvrdil, že spory mezi soudci a ústavními právníky představují pro Hartovo pravidlo uznání zásadní problém. Pokud se totiž dva dohadují o tom, na čem má být shoda, evidentně na tom shoda není; nemohou-li se shodnout na správném výkladu ústavní normy (respektive na správné interpretační metodě), tato norma z jejich pohledu správný výklad nemá. Podle Dworkina jsou proto kritéria platnosti právní normy morální fakta, nikoli společenská fakta, a naše odlišné názory na kritériích platnosti právních norem odráží odlišnosti našich názorů ve věcech mravních. ⁶⁵

Myslím, že Dworkinova kritika na český kontext sedí. Kámen úrazu tkví v tom, že když přijde na otázku kritérií příslušnosti normy do právního systému, příslušnost není spojena s žádným hmotným substrátem, o kterém bychom mohli odborně přemýšlet a diskutovat. ⁶⁶ Zatímco teorii interpretace nebo principu proporcionality se nám v germánsko-slovanském kontextu podařilo „ztechničtět“ natolik, že příčiny rozporů standardně spatřujeme v mezi jednotlivci se lišící znalosti a pochopení práva, v kontextu pramenů práva samostatná referenční kritéria chybí. Čeští a slovenští teoretici tak své námitky formulují primárně jako ohrazení se vůči deviaci od *statu quo* (Bárány, Gerloch, Tryzna). ⁶⁷ Pokud mají zastánci Dworkinova přístupu pravdu, i za těmito námitkami stojí postoje založené v konečném důsledku na názorech o politice a morálce. Ani názory hájící *status quo*, ani postoje hájící deviaci od *statu quo* nejsou v naší terminologii názory odborně právními. ⁶⁸

Navzdory výše uvedeným důvodům, proč pravidlo uznání není způsobilé zajistit formální jednotu práva, mohl by někdo namítnout, že na pravidlo uznání byly úmyslně kladeny vysoké nároky ve vztahu ke kontroverzním pramenům práva, jako jsou právní principy. Pokud bychom sestoupili z výšin právní filozofie do právní praxe, zjistili bychom, že náš právní systém formálně jednotný je, protože soudy v drtivé většině případů operují s konvenčními právními prameny a ve zbytku odůvodní použití alternativních pramenů takovým způsobem, že se setkají jen s ojedinělou, slabou a časově opožděnou reakcí kritičtější části *jiných právníků*. Cílem poslední části tohoto článku bude ukázat, že pravidlo uznání dnes může dosáhnout formální jednoty jen za cenu (dost znepokojivé) obsahové redukce práva.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ Nález Pl. ÚS 19/93 ze dne 21. 12. 1993.

⁶⁴ BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 374.

⁶⁵ SHAPIRO, S. *What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)*, s. 14–15.

⁶⁶ MURPHY, L. *What Makes Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 38.

⁶⁷ To je, jak už bylo řečeno, problematické vzhledem k tomu, že prameny práva se neustále vyvíjejí.

⁶⁸ Odborník (právník) podle mě nevystupuje jako odborník (právník), pokud jeho obor (právo) nenabízí žádná referenční kritéria pravdivosti jeho odborných (právních) názorů. Jeho názory mohou při nejlepším konstituovat analýzu filozofickou (např. konceptuální analýzu pojmu právo), ne však právní.

4. Pravidlo uznání v éře decentralizované regulace

Svůj argument založím na jednoduchém poznatku, že systém pramenů práva odráží mocenskou situaci ve společnosti.⁶⁹ S proměnami veřejné moci se tak vyvíjely i prameny práva. Moderní společnosti se organizovaly v národních státech s hierarchickou strukturou výkonné moci podřízené suverénnímu anebo suveréna zastupujícího parlamentu, které fungují optimálně v právním prostředí charakterizovatelném jako právo normativních právních aktů, jejichž hierarchie kopíruje strukturu veřejné moci.⁷⁰ Takto tvořené státní právo však čím dál intenzivněji soupeří o teritorium s právem mezinárodním a evropským, případně s alternativními způsoby regulace chování ve společnosti (tzv. decentralizovaná regulace).⁷¹

Jak jsem avizoval v úvodu, nemám v úmyslu oprostít se tady od klasického spojení mezi právem a veřejnou mocí. Vázanost soudce právem by neměla žádný smysl, kdyby se právo ztotožňovalo s regulací trhy, náboženskými organizacemi nebo sociálními sítěmi.⁷² Ti, kteří u nás participují na pravidlu uznání, to vědí, a proto favorizují formální prameny práva, přinášející přehlednost a právní jistotu. Tím se nevyklučuje, že cizí prvky jsou právem inkorporovány, podstatné ale je, že soudce sám zůstává vázán vlastním systémem norem. Pokud by nebyl, nelze předem vyjasnit, které normy on za právní označit může, což formální jednotu práva, jak jsem uvedl, vylučuje.

U inkorporace se na chvíli zastavme. Situace, kdy právo vtáhne čili přijme za své (inkorporuje) cizí prvky, lze příhodně označit jako právní „*outsourcing*“. Mezinárodní právo soukromé standardně „*outsourcuje*“ řešení právních problémů do cizích právních řádů. Občanské právo hmotné standardně *outsourcuje* morálce. Celý český právní řád *outsourcuje* Evropské unii (čl. 10a Ústavy). Nemusí to být ale jen cizí normativní systémy. Třeba pravidla dokazování nebo systém dozorů a kontrol *outsourcují* vědě. Cizí prvky však *musí* být právem inkorporovány, jinak se *outsourcovat* nemůže, což je rovněž základní poznatek systémové teorie: společenské subsystémy jsou normativně uzavřené, ale kognitivně otevřené, a mají-li si zachovat svou autonomii, musí komunikovat vlastním kódem (legální-nelegální) a do něj cizí prvky i *přeložit*.⁷³

Podle Shapira představuje inkorporace pro Hartovo pravidlo uznání problém. Pravidlo uznání totiž říká, že právem je vše, co mají soudci povinnost aplikovat. Jestliže ale mají soudci povinnost aplikovat normy jiných normativních systémů, prizmatem pravidla uznání se tím stávají součástí právního řádu. Pravidlo uznání tím z práva činí „*vodní vír, který svým chřtánem pozře pravidla ostatních normativních systémů*“.⁷⁴ Z toho plyne, že odkazuje-li česká právní norma na normu morálky nebo normu polského právního řádu, nestanou se tím ony českým právem, protože českým právem je pouze česká právní norma, jejíž *obsah* je nyní stejný jako obsah předmětné morální nebo polské normy.⁷⁵

⁶⁹ BÁRÁNY, E. *Obsah a forma v určení platnosti práva*, s. 366–367.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ BLACK, J. *Critical Reflections on Regulation*. London: Centre for Analysis of Risk and Regulation, 2002.

⁷² Formálnost pramenů práva tak představuje důležitý nástroj udržení centralizované moci (viz např. odepírání precedenční závaznosti soudních rozhodnutí v kontinentálních systémech).

⁷³ LUHMANN, N. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

⁷⁴ SHAPIRO, S. *What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)*, s. 12.

⁷⁵ Obdobně Raz, který tvrdí, že jedna norma takto může „dát účinek“ (*give effect*) druhé normě, aniž by z ní udělala součást jejího systému. RAZ, J. *Incorporation by Law. Legal Theory*. 2004, Vol. 10, s. 10 a 15.

„Inkorporacionismus“ spočívající ve vtažení cizího prvku x do korpusu právního systému y (adopce x) zde však obhajován není. Spíše než o adopci x mi jde o jeho translaci do právního kódu. Když říkám, že cizí prvky *musí* být právem inkorporovány, míním tím pouze to, že právní norma nemůže znít třeba „*smlouva je krásná, pokud ji za krásnou považují všichni členové senátu*“, protože standard krásy⁷⁶ není právnímu kódu (legální-nelegální) vlastní.⁷⁷ Nic ale nebrání tomu, aby norma zněla „*smlouva je platná, pokud ji za krásnou považují všichni členové senátu*“. To bych považoval za outsourcing právní regulace do oblasti estetiky s využitím inkorporace (translace) estetiky do práva.

Spoléhá-li se významná část právních předpisů na outsourcing standardů chování do jiných společenských subsystémů, pravidlo uznání může znít, že – použijeme-li českou terminologii – formálním pramenem práva zůstávají právní předpisy, při jejich studiu si však musíme pomoci dalšími zdroji poznání práva. Problémem je, že nic nebrání tomu, aby byly tyto „zdroje poznání práva“ samy obětmi pochybností o standardech, které k nim přísluší. Nemusí být a zpravidla ani nejsou pevně ohraničené. Soudce třeba může být postaven před otázku, jestli jsou statistiky provedené mezivládní neziskovou organizací označitelné jako věda nebo ne. Pokud existuje referenční hledisko, ke kterému se může v pochybnostech obrátit, je zřejmé, že to *nebude* to samé, ke kterému by se obrátil v situaci pochybností o konvenčních pramenech práva, např. o právním obyčeji. Pak ale musí existovat ne jedno, ale více pravidel uznání, tedy i více právních systémů.⁷⁸

Co je zásadnější, i kdyby byly morálka, věda nebo cizí právní systémy pevně ohraničené, pravidlo uznání přestává být v „outsourcingově založeném“ právním řádu zajímavé. Není totiž zřejmé, co zbývá z autority práva, jestliže se právo systematicky opírá o jiné normativní zdroje; právem není *tento* standard, ale kterýkoli standard, který určí *tamtén* subsystém. K regulaci chování (*rule-setting*) vlastně dochází jinde (ne na půdě ministerstva nebo Parlamentu, na úřadě nebo v soudní síni) a právo se spokojuje pouze s „nálepkováním“ pravidel, která se mu vyvíjejí, rozvíjejí a svíjejí pod rukama, jako *právních*, tak jako je pro Saint-Exupéryho krále důležité, aby alespoň *vypadal*, že diriguje Malého prince, když mu nařizuje a zakazuje, pro co se už Malý princ rozhodl. Systém, který se pravidlo uznání snaží formálně sjednotit, v současnosti podstupuje redukci do souboru odkazů. Souborem odkazů je ale třeba i katastrální mapa nebo počítačový kód. Právo (jako systém obsahově nabitých norem) pravidlo uznání formálně sjednotit nedokáže.

⁷⁶ Byl jsem upozorněn na skutečnost, že standard krásy je někdy právně relevantní kategorií, což plyne např. z § 1 zákona ČNR č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, který sleduje ochranu přírodních krás. Je nerozhodné, připomínka pokračuje, že aplikační orgán používá krásu jako pouhou proměnnou predikátu („*smlouva je platná, pokud ji za krásnou považují všichni členové senátu*“), když o hodnotě proměnné (krásný nebo ne) rozhodne opět orgán aplikace práva. Myslím, že na té připomínce něco je. Vzhledem k tomu, že sebeotevřenější právo musí alespoň usilovat o dojem vlastního kódu, aby si zachovalo svou autonomii, doufám, že výrok nad poznámkou pod čarou je akceptovatelný alespoň jako výraz praktické nutnosti, když už ne analytické přesnosti.

⁷⁷ Ze stejného důvodu právo nepřipouští, aby soudní znalci rozhodovali o *questionaes iuris* (např. jestli byl kdo nepřičetný), ale jen o *questionaes facti* (jestli kdo měl duševní poruchu a jestli kdo nemohl rozpoznat protiprávnost nebo ovládat své jednání).

⁷⁸ K alternativnímu názoru, že jeden právní systém může obsahovat víc než jedno pravidlo uznání, viz RAZ, J. *The Authority of Law*, s. 147.

JUBILEUM

Šedesátiny Josefa Baxy

Posledního dne tohoto roku oslaví člen redakční rady našeho časopisu *JUDr. Josef Baxa* šedesáté narozeniny. Narodil se v klatovské porodnici, ale jako svého rodáka si ho připomínají Libákovice, nevelká, leč starobylá obec nedaleko Přeštic, kde jubilant vyrůstal na někdejšímu gruntu „U Kozlů“ připomínaném od XVII. stol. *Baxovi* jsou s jižním Plzeňskem spjati: rodina *Josefov* matky vlastnila dům v Libákovících po několik generací, otec pochází z nedalekých Otěšic. Mladší bratr *Josefa Baxy* žije blízko rodné obce v Letinech.

Krátce po *Baxově* narození ztratily Libákovice samostatnost v důsledku územní reorganizace státu z roku 1960. V důsledku toho se utlumoval provoz místní malotřídky, a tak *Josef* navštěvoval první stupeň základní školy v Řenčích, s nimiž byla jeho rodná obec sloučena, vzdálených přes dva kilometry. Jubilant za vzděláním stále někam cestoval. Základní vzdělání dokončil v Přešticích. Středoškolská studia absolvoval na gymnáziu, které do roku 1951 neslo a dnes znovu nese *Masarykovo* jméno. Po maturitě vyměnil *Baxa* cestování do Plzně za dojíždění do hlavního města na Právnickou fakultu Karlovy Univerzity. Sám to hodnotí jako „*chmurná studia ve chmurné době*“. Univerzitní právnické vzdělávání zakončil *Josef Baxa* úspěšně v roce 1982. Jeho diplomová práce *Historický vývoj občanského zákonodárství na území ČSSR* ukazuje, kam mířil jeho zájem. Následujícího roku složil *Baxa* rigorózní zkoušku a stal se doktorem práv. Oženil se a odstěhoval se do Plzně, kde žije dosud.

Baxův úmysl věnovat se civilnímu právu vzal za své při jeho nástupu na Okresní soud Plzeň-město. Začal zde v roce 1984 jako trestní soudce. Zakrátko mu k rozhodnutí napadla obžaloba *Vladimíra Líbala* a – tehdy již signatáře Charty 77 – *Heřmana Chromého*, kteří v roce 1985 v Hifi Klubu na plzeňském náměstí Republiky v představení *Pepíkova garáž* na námět *Zappovy Joe's garage* připomněli *Palachovu* obět a ironizovali tehdejší poměry. Byli trestně stíháni za výtržnictví, ale *Baxa* oba obžaloby zprostil.

V roce 1989 začal *Baxa* působit na Krajském soudě v Plzni, následujícího roku se stal jeho místopředsedou. Brzy nato byla v Plzni sloučením Vysoké školy strojní a elektrotechnické a Pedagogické fakulty zřízena Západočeská univerzita. Návazně se *Baxa* připojil k iniciativě usilující o založení plzeňské právnické fakulty spojené s místními patrioty, především *Annou Röschovou* a *Janem Blažkem*, s vedením univerzity, zejména rektorem *Jiřím Holendou*, a s osobnostmi z Ústavu státu a práva AV ČR, zvláště *Viktorem Knappem* a *Vladimírem Balašem*. Po vzniku fakulty v roce 1993 začal *Baxa* učit na katedře trestního práva. V době krize na Fakultě právnické ZČU se *Baxa* před deseti lety významně zasadil o odchod *Milana Kindla* a některých jeho spojenců z fakulty. Přestože události následující po děkanské volbě 13. října 2010 přiměly v průběhu dalšího roku na tři desítky akademiků k odchodům z fakulty, *Baxa* zůstal a pedagogicky zde dosud působí; rovněž je členem vědecké rady fakulty.

Univerzitní učitel, byt působící jen na dílčí úvazek, se sotva obejde bez publikační činnosti, a soudci mají a vlastně musí mít dobrou schopnost vyjádřit se nejen písemně. *Josef Baxa* má tento talent. Často vystupuje ve veřejném prostoru v diskusích, na konferencích, různá média ho ráda žádají o vyjádření a zvou k rozhovorům. Pro *Baxovu* publikační činnost, omezenou co do četnosti jeho jinými aktivitami, je příznačné rozkročení

mezi obory trestního a správního práva. Nejde jen o příspěvky v časopisech *Trestněprávní revue* a *Správní právo*, ale také o podíl na komentářích trestního řádu a daňového řádu. Jakkoli jde o odbornou literaturu zaměřenou především prakticky, oba komentáře našly citační ohlasy rovněž na stránkách našeho časopisu.

Baxovo pedagogické angažmá v univerzitním prostředí bylo od počátku limitováno jeho soudcovskou funkcí. Mimo to působil v letech 1998 až 2002 jako první náměstek několika ministrů spravedlnosti. V této funkci společně s tehdejším ministrem *Otakarem Motejlem* inicioval zahájení prací na věcném záměru občanského zákoníku, sledoval jeho přípravu a účastnil se jeho projednávání. Jakkoli další práce na tvorbě kodifikace probíhaly už bez jeho účasti, označil po jejím přijetí v několika rozhovorech výsledek za „úctyhodné dílo“, za nímž je „úctyhodná práce velké skupiny tvůrců“, současně ale vyslovoval ještě za běhu *vacatio legis* obavy, jak se společnost a právní systém s touto „*transplantací srdce*“ vyrovnají.

Soudcem plzeňského krajského soudu byl *Josef Baxa* do roku 2002, kdy souhlasil se svým přeložením na Vrchní soud v Praze na úsek správního soudnictví. Odtud přešel na Nejvyšší správní soud. Prezident *Václav Havel* jmenoval *Josefa Baxu* prvním předsedou tohoto soudu 2. ledna 2003. Je *Baxovou* nepominutelnou zásluhou, že z organizace začínající ve skromných poměrech v brněnské Masarykově ulici 31 v nájmu se třinácti soudci bez asistentů vybudoval sebevědomou instituci, jejíž vysoká odborná kvalita a nezávislá kontrola veřejné správy si získaly obecný respekt. Na tom měl *Baxa* významný podíl. Na Nejvyšší správní soud přivedl špičkové odborníky z jednotlivých disciplín správního práva. Za *Baxova* vedení bylo 9. října 2006 v Brně slavnostně otevřeno důstojné sídlo soudu na Moravském náměstí. Kromě jiných opatření se *Baxa* zasadil o zrušení kolegií působících na Nejvyšším správním soudě k 1. lednu 2014 v zájmu zábrany „*nebezpečnému zakonzervování a ustrnutí judikaturního vývoje*“. Dne 30. září 2018 skončil *Baxovi* předsednický mandát, a tak ho ve vedení soudu vystřídal dosavadní místopředseda Nejvyššího správního soudu *Michal Mazanec*. Jubilant zde nadále působí jako soudce.

Redakce *Právníka* přeje *Josefu Baxovi* do dalších let pevné zdraví, osobní štěstí, úspěch v práci a vůbec všechno dobré.

RECENZE

Beran Karel – Čech Petr – Dvořák Bohumil – Elischer David – Hrádek Jiří – Janeček Václav – Kühn Zdeněk – Ondřejek Pavel. Artificial Legal Entities: Essays on Legal Agency and Liability. Praha: Wolters Kluwer, 2019, 267 s.

Na počátku tohoto roku vyšla pod názvem *Artificial Legal Entities: Essays on Legal Agency and Liability* publikace kolektivu autorů z pražské právnické fakulty, která je jedním z výsledků jejich výzkumného projektu zaměřeného na problematiku jednání právnických osob. Tato kolektivní monografie je „sesterskou“ prací k dříve publikovanému dílu *Právní jednání a odpovědnost právnických osob po rekodifikaci českého soukromého práva*. Na první pohled by se tedy mohlo zdát, že jde o pouhý anglický překlad česky psané monografie. Podíváme-li se totiž do předmluv jednotlivých děl, kladou si velmi podobné otázky: Jak právnická osoba jedná? Kdo a v jakém rozsahu může právnickou osobu zastupovat? Jakým způsobem může být právnická osoba odpovědná a jaký je rozsah její odpovědnosti? Předmluva recenzované monografie však vysvětluje, v čem se od českého sourozence liší. Slibuje totiž nejen hledání odpovědí na uvedené otázky, ale snahu přispět k širší debatě o tématu právního jednání právnických osob v mezinárodní vědecké komunitě. Tím je pak dán i rozdíl v okruhu cílových čtenářů. Tato publikace je tedy primárně určena nikoliv českým, ale zahraničním čtenářům, kterým by měla nabídnout nové podněty z právního řádu, o kterém se v evropském diskurzu příliš často nehovoří.

Publikace se běžným kolektivním monografiím vymyká šíří odborností autorského kolektivu. Ačkoliv se může zdát, že jde o vesměs soukromoprávní téma, nalezneme v publikaci příspěvky, které neřeší jen hmotněprávní stránku, ovšem zabývají se postavením právnických osob a jejich jednáním i v rámci procesních předpisů či z pohledu správního a ústavního práva. Je tak sestavena z kapitol, které by měla spojovat otázka právního jednání a odpovědnosti právnických osob napříč různými odvětvími práva, což do jisté míry omezuje prostor pro hloubku pojednání v jednotlivých oblastech. Lze ji tak spíše považovat za publikaci přehledovou, kdy by zahraničním čtenářům měly být prezentovány základní otázky či vybrané problémy příslušné oblasti. To samo o sobě není ovšem ničím negativním, zejména při vědomí cílové skupiny čtenářů. Místy se však snaží o „učebnicovou“ prezentaci nevyvratitelných pravd a ne vždy odkazuje na relevantní literaturu. Přitom právě odkazy na zdroje v případě takto přehledové publikace, vydané s cílem uvést cizí čtenáře do problematiky českého práva a nabídnout jim podněty k jejich další vědecké práci, mohou mít zásadní význam a přínos.

Prvá kapitola z pera vedoucího autorského kolektivu, *Karla Berana*, se ptá, jaké jsou společné prvky a účinky právního jednání a odpovědnosti právnických osob. A již v ní se ovšem objevují první dva problémy publikace. Prvému z nich se však autoři mohou vyhnout jen s obtížemi, pokud vůbec. Každému právnímu řádu je totiž vlastní terminologie, která je buď přeložitelná s omezeními a bez přesně odpovídajícího významu, či spíše není přeložitelná vůbec a pouze hledáme v právním řádu, který daný jazyk užívá, koncept obdobný.

Problém druhý pak čtenáře může místy dostat i do jistého stavu zmatenosti. Autor sice uvádí základní pojmy jako je právní jednání, odpovědnost a právnická osoba, a ty se (velmi omezeně) snaží vysvětlit v kontextu českého práva. V poznámkovém aparátu tohoto

úvodu však nelze nalézt jedinou tuzemskou publikaci. Autor tak odkazuje na literaturu převážně německou, popřípadě anglickou, americkou a ruskou, aby následně formuloval definice a koncepty právního jednání v českém právním řádu. Jednotlivé charakteristiky a definice však z jím citované literatury zcela jistě nevycházejí (čímž nezpochybňují možný diskurz napříč právními řády o společných otázkách této problematiky). Ačkoliv tedy chápu záměr autora první kapitoly poskytnout úvod do problematiky a také představit další kapitoly, nepovažuji za vhodné prezentovat nejzákladnější otázky bez odkazu na tuzemskou literaturu. Zcela jistě lze namítnout, že pro zahraničního čtenáře nemusí mít tuzemská literatura (z důvodu jazykové bariéry) dostatečný přínos. Taková reakce však nemá své opodstatnění, co se týče požadavku na citování předkládaných informací. Dále pak i pro zahraničního čtenáře může být česká literatura přínosná, ať už tím, že si může opatřit překlad relevantních pasáží citované publikace, nebo se alespoň dostane ke jménu autora, což ho může navést na jeho cizojazyčné publikace. Vysvětlení jednotlivých pojmů je pak spíše skromné, což se při mnohdy velmi propracovaném a podrobném pojetí dílčích problémů v dalších kapitolách jeví jako nedostatečné. Obsáhlejší úvod do problematiky by tak publikaci zcela jistě slušel. Samotná první kapitola tak vlastně není úvodem do problematiky, ale spíše pokračováním předmluvy.

Lehce podrobnější rozbor základních pojmů tak lze nalézt až v kapitole druhé, která by se však dle svého názvu již měla věnovat tomu, které entity mohou právně jednat. Mimo jiné nabízí exkurz do právní teorie a historického pozadí právního jednání a způsobilosti právně jednat. Objevují se tak subkapitoly, které však ne vždy mají reálný přínos pro porozumění dané problematice, případně nemají takový význam, aby bylo vhodné je s ohledem na rozsah kapitoly zařadit. Jde například o tři strany textu o otroctví ve starověkém Římě, přičemž na tomto autor vyvozuje možnost realizovat skrze právní jednání nejen své zájmy, ale i zájmy někoho dalšího (tj. právně jednat jako zástupce). Ačkoliv tedy jednotlivé texty lze považovat za podnětné, chybí jim vzájemná provázanost a zejména vyústění ve společný závěr nebo alespoň jejich propojení v kompaktní celek. Dílo tak ani v druhé kapitole nenabízí hlubší rozbor základních pojmů a ani odkazy na relevantní literaturu k těmto pojmům – vystačí si s opakovanou citací *Teorie práva* od kolektivu *Boguszak, Čapek, Gerloch*. Omezí se tedy na základní teoretické vymezení pojmů bez toho, aby například bylo uvedeno, zda a jak se takové vymezení promítá v rozhodovací praxi soudů nebo zda je právní vědou dále diskutováno.

Dle struktury práce by první dvě kapitoly, případně alespoň kapitola druhá, měly ústít do kapitoly třetí (všechny tři pak mají i stejného autora). Ta se věnuje způsobilosti právnických osob právně jednat. Ačkoliv je cítit, že právě ve třetí kapitole se koncentruje autorův zájem, postrádá návaznost na předcházející kapitoly, jak by čtenář z jejich koncipování očekával a jak se mu v první kapitole slibuje (s. 4). První dvě kapitoly totiž poskytly příliš povrchní úvod na to, aby autor ve třetí kapitole řešil již celkem specializovanou problematiku (ačkoliv i zde postrádám obsáhlejší poznámkový aparát s odkazy na tuzemskou časopiseckou literaturu).

Čtvrtá kapitola (autorem je *Pavel Ondřejek*) se věnuje právnickým osobám jako nositelům základních práv. Představuje tak odbočku z hlavního tématu knihy. Lze v ní ocenit srozumitelnost, se kterou je napsána a obsáhlý poznámkový aparát s českou i zahraniční literaturou, včetně odkazů na relevantní judikaturu Ústavního soudu. Tento text by se ovšem hodil do publikace zcela jiné. K samotnému tématu totiž žádné myšlenky přímo neprezentuje a ani se o návaznost nesnaží ve svém shrnutí.

K tématu publikace se tak vrací kapitola pátá, kterou bych značil za jádro celého díla. Věnuje se jednání právnické osoby podle soukromého hmotného práva (autorem je *Petr*

Čech). Jde o nejdelší stať díla (39 stran textu), přičemž pro čtenáře (zejména cizí) ji lze považovat za nejpřínosnější k tématu právního jednání. Jde totiž o kvalitní text shrnující komentářovou i časopiseckou literaturu a judikaturu k otázce jednání statutárního orgánu za právnickou osobu (a k tomu, zda jde o zastoupení zákonné, smluvní nebo *sui generis*). Lze také ocenit subkapitoly s „komentářem“ k vybraným základním ustanovením o zastoupení (§ 436, § 437 a § 440 o. z.). Ačkoliv tedy například s autorem osobně nesouhlasím v tom, že zastoupení členem statutárního orgánu je zastoupením *sui generis*, prezentuje autor opoziční názory, uvádí k nim množství zdrojů a snaží se s nimi vypořádat. To lze s ohledem na přehledovost publikace a její zaměření kvitovat.

Následující šestá kapitola se zabývá právním jednáním (nejen právnických) osob v procesním právu (autor *Bohumil Dvořák*), přičemž je zde řešeno výhradně jednání v civilním procesu (byť jsou od něj odvozeny i některé další procesní předpisy). Vhodně navazuje na kapitolu pátou a doplňuje ji upozorněním na dualismus právního jednání dle hmotného práva a dle procesního práva.

Sedmá až jedenáctá kapitola opouští téma právního jednání a věnuje se odpovědnosti právnických osob. Kapitola sedmá (autorem je *Karel Beran*) tak představuje stručný úvod do problematiky odpovědnosti právnických osob. Jeví se však poněkud zbytečná. Ve dvou subkapitolách se totiž věnuje nejdříve subjektivní a následně objektivní odpovědnosti, aby každému z těchto témat byla následně věnována samostatná kapitola (kapitoly osm a devět). Přitom by si publikace jistě zasloužila hlubší pojednání o odpovědnosti jako takové (a to tím spíše, když autor desáté kapitoly – *Václav Janeček* – publikoval obsáhlou monografii *Kritika právní odpovědnosti*, v níž se věnuje teoretickým základům odpovědnosti).

Jako velice zajímavá se z této sekce jeví kapitola desátá, která se věnuje odpovědnosti právnické osoby za jiného. Nabízí komparatistický a filozofický pohled na problematiku našemu právnímu řádu spíše cizí. Lze zde pak velice ocenit uvádění českých termínů v závorce, což se jeví jako velice vhodné právě v situaci, kdy nejsme schopni nalézt přesně odpovídající pojem v cizím jazyce (navíc autor místy operuje i s německými pojmy).

Na knize *Artificial Legal Entities: Essays on Legal Agency and Liability* lze ocenit snahu podnítit zájem zahraničních čtenářů o problémy českého práva. Lze tak v tomto kontextu uvítat, že jde o publikaci spíše přehledovou, která v hlavních částech neprezentuje jen názory autora, ale upozorňuje na možné rozdílné přístupy k příslušným problémům. Ačkoliv se tedy nepouští do velkých diskusí, má potenciál podnítit zájem o české právo u zahraničních čtenářů nebo jim alespoň poskytnout možné podněty k další práci. Na straně druhé si nelze nevšimnout jisté roztržitosti, která je nejspíše i dána tím, že jde o kolektivní monografii. Kapitoly, které by na sebe měly navazovat (neboť se to u vědecké monografie na rozdíl od sborníku předpokládá), tak nespějí ke společnému vyústění a nejsou spojeny v kompaktní celek. Publikace také postrádá opravdu kvalitní a důkladný úvod k základním pojmům a spíše se věnuje problematice čistě v kontextu právnických osob. Nedomnívám se však, že si takovýto skok ke konkrétnímu publikace určená zahraničním čtenářům neznalým českého práva může dovolit. Byl-li tedy kolektiv autorů veden právním teoretikem, dalo se očekávat, že buď ostatním autorům v díle připraví kvalitní teoretickou půdu, nebo naopak na podkladě jejich dílčích závěrů představí zastřešující teoretické pojednání. Nic takového se však bohužel nestalo.

Ondřej Málek*

* Mgr. Ondřej Málek, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: ondrej.malek@mail.muni.cz.

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Zpráva ze společné konference UNIDROIT a UNCITRAL k digitální problematice

Ve dnech 6.–7. května 2019 proběhla v Římě konference společně organizovaná Mezinárodním ústavem pro sjednocení mezinárodního práva soukromého (UNIDROIT) a Komisí OSN pro právo mezinárodního obchodu (UNCITRAL) k právním otázkám spojeným s používáním technologií distribuovaných záznamů, tzv. *blockchainu* (nebo také technologií distribuované účetní knihy – DLT), chytrých smluv (tzv. *smart contracts*) a umělé inteligence (AI), které jsou hlavními hybateli „digitální revoluce v mezinárodním obchodě“.¹ Rostoucí používání těchto technologií v mapování globálních dodavatelských řetězců nebo zjednodušeném financování přeshraničních transakcí si klade zvýšené nároky na jejich regulaci a alespoň minimální úroveň právní jistoty při jejich aplikaci. Potíže mohou např. také nastat při vynucování závazků z chytrých smluv, které jsou generalizovanými předepsanými počítačovými kódy, a tak nemusí splňovat právní definici smlouvy. V neposlední řadě vyvstává celá řada obav při ochraně práv duševního vlastnictví a osobních údajů.

V tomto kontextu byla k digitální problematice uspořádána mezinárodní konference za účasti expertů z celého světa, jejímž cílem byla identifikace témat, která by mohla být náplní společné práce mezinárodních organizací UNIDROIT a UNCITRAL v dané oblasti. To potvrdili hned v úvodu i jejich čelní představitelé. Generální tajemník UNIDROIT *prof. Ignacio Tirado* zdůraznil, jak je důležité, aby právo doplňovalo a podporovalo technologický pokrok. Toto setkání podle něj mělo pomoci nelézt taková témata pro budoucí práci UNIDROIT a UNCITRAL, aby současná pravidla držela krok s nástupem nových technologií. V obdobném duchu se vyjádřila tajemnice UNCITRAL *Anna Joubin-Bret*, pro kterou bylo důležité především vyjasnit regulaci moderních technologií takovým způsobem, aby je bylo možné co nejdříve a efektivně využívat.

Samotný workshop se skládal ze šesti panelů. První z nich pod vedením *Henry Gabriella* (Elon University) se zaměřil na definování konceptů a použití DLT, chytrých smluv a AI v obchodních vztazích. Řečníci *Louise Gulliferová* (Oxford), *Teresa Rodríguez de las Heras Ballell* (University Carlos III of Madrid) a *Tetsuo Morishita* (Sophia University of Tokyo) se shodli na tom, že základním problémem regulace moderních technologií je její fragmentace, a proto je při vývoji odpovídajících norem zásadní vnitrostátní i mezinárodní koordinace. Jako první krok pak musí být provedeno nalezení oblastí, ve kterých je existující právo nedostatečné.

Ve druhém panelu pojmenovaném *Instituce a účastníci* předsedal *Charles Mooney* (University of Pennsylvania) a se svými příspěvky vystoupili *Alžběta Krausová* (Ústav státu a práva AV ČR), *Philipp Paech* (LSE), *Matthias Haentjens* (University of Leiden) a *Ross Buckley* (University of New South Wales). K umělé inteligenci byly diskutovány dvě oblasti

¹ DE CARIA, R. A Digital Revolution in International Trade? The International Legal Framework for Blockchain Technologies, Virtual Currencies and Smart Contracts: Challenges and Opportunities, In: *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development. Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law. Vienna, 4–6 July 2017*. Vienna: United Nations, 2017, s. 105–117.

možného budoucího zaměření: transparentnost algoritmů („Jak stanovit pravidla, která by zajistila, aby u výstupů vytvořených algoritmy bylo možné ověřit jejich soulad s právními normami a standardy?“) a obchodování s inteligentními výrobky a službami („Jak zajistit dodržování zásad typických pro adhézní smlouvy a jiné situace, kdy je jedna smluvní strana ve slabším postavení?“), kde se jako možná řešení nabízí vzorová smluvní ustanovení a příručky vycházející z osvědčené praxe. Stranou nezůstala ani digitální aktiva. V této souvislosti se diskutovala jejich kontrola a zda je to v právních důsledcích totéž jako jejich vlastnictví, nebo otázky vznikající z platební neschopnosti vydavatele digitálních aktiv či provozovatele platform, ve kterých jsou uchovávána. Jak se ukázalo i u dalších témat v průběhu celé konference, řečníci se shodli na důležitosti harmonizace pravidel. Za tímto účelem panel doporučil užší spolupráci mezinárodních organizací aktivních v této oblasti.

Účastníci třetího panelu řízeného *Giusellou Finocchiarovou* (*University of Bologna*) se věnovali moderním technologiím v transakčním cyklu. V příspěvcích *Mateja Durovice* (*Kings College London*), *Vincenta Gautraise* (*University of Montreal*) a *Nikity Aggarwalové* (*University of Oxford*) argumentovali pro vytvoření právního rámce pro bezpečné smluvní vztahy založené na použití moderních technologií. Doporučili také vycházet při vývoji takového rámce z již existujících mezinárodněprávních nástrojů UNCITRAL, UNIDROIT a EU, např. Modelového zákona UNCITRAL k elektronickému obchodu, Úmluvy OSN k užití elektronické komunikace v mezinárodních transakcích nebo Principů mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT. I při vědomí existence těchto nástrojů panel shodně konstatoval, že chytré smlouvy neexistují v právním vakuu, nicméně pro větší právní jistotu v užívání těchto smluv je žádoucí další práce na mezinárodní úrovni.

Čtvrtý panel ve složení *Peter Werner* (ISDA), *Andrea Tosato* (*University of Pennsylvania*), *Thomas Keijser* (*Radboud University*) a *Marek Dubovec* (*NatLaw, Arizona*) a předsedající *Louise Gulliferová* (*University of Oxford*) se zaměřil na *fintech*. V jednotlivých příspěvcích byly popisovány situace ve finančním sektoru, který moderní technologie zásadním způsobem proměňují a kde je právní jistota naprosto nezbytná. Zvláště rostoucí používání DLT a *blockchainu* vede k situacím, které by mohly být do budoucna předmětem většího zájmu UNCITRAL a UNIDROIT. Panelisté navrhli několik cest, jak dále postupovat, včetně projektu na taxonomii a kategorizaci DLT aktiv nebo skromnější analýzu a aktualizaci již existujících nástrojů.

Následující pátý blok, kterému předsedala *Teresa Rodríguez de las Heras Ballell* (*University Carlos III of Madrid*), se věnoval otázkám právní odpovědnosti, výkonu rozhodnutí a nápravy. Účastníci panelu *Gerhard Wagner* (*Humboldt University of Berlin*), *Eugenia Dacoronía* (*University of Athens*) a *Ole Böger* (*Hanseatic Court of Appeal Bremen*) se shodli, že regulace by neměla být úzce zaměřená na konkrétní technologii nebo technologický aspekt, jako např. obecný zákon o *blockchainu* nebo používání umělé inteligence. Taková regulace by podle nich mohla zpomalit technologický pokrok a inovace v obchodu. Moderní technologie jsou většinou součástí komplexních ekosystémů a jen obtížně by se regulovaly v izolaci. Spíše obecná pravidla by mohla zahrnovat rozložení rizika ve smluvních a mimosmluvních závazkových vztazích nebo samovykonatelná rozhodnutí, která by však splňovala nezbytné podmínky stanovené zákonem a chránila relevantní práva.²

² Blíže viz např. DIMATTEO, L. A. – PONCIBÓ, C. Quandary of Smart Contracts and Remedies: The Role of Contract Law and Self-Help Remedies. *European Review of Private Law*. 2019, Vol. 26, No. 6, s. 805–824.

Poslední panel složený z předsedů všech předchozích panelů shrnoval diskuse a doporučení z obou dní. *Prof. Hideki Kanda*, člen Řídící rady UNIDROIT,³ který panelu předsedal, uvedl, že do budoucna může práce UNCITRAL a UNIDROIT probíhat v této oblasti ve dvou rovinách – obecné a konkrétně zaměřené. Zatímco v obecné rovině by se mohlo pokračovat v pořádání workshopů a v další fázi přistoupit např. k vývoji obecných zásad nebo taxonomie, pak konkrétní projekty se mohou zaměřit na právní otázky spojené s určitou technologií, např. odpovědnost systémů umělé inteligence. Představitelé UNIDROIT i UNCITRAL stejně jako další účastníci ocenili přínosy setkání a potvrdili, že další vzájemná spolupráce v této oblasti bude pokračovat i s ohledem na fakt, že jej mají obě organizace ve svých mandátech. S tímto závěrem nelze než souhlasit a uvítat jej, protože společný workshop odhalil celou řadu otevřených právních otázek a nežádoucích trendů fragmentace a oslabování právní jistoty spojených s rostoucím využíváním moderních technologií v mezinárodním obchodu.

Závěrem je nutno dodat, že celá akce nesla výraznou českou stopu, protože na konci prvního dne proběhla číse vína na zastupitelském úřadě ČR v Římě, která zviditelnila a dále podpořila aktivní roli České republiky v rámci obou mezinárodních organizací, které hrají ústřední roli v harmonizaci a unifikaci práva mezinárodního obchodu. V konečném důsledku konference podpořila návrhy ČR pro budoucí pracovní programy UNIDROIT a UNCITRAL v oblasti chytrých smluv a umělé inteligence, což se potvrdilo na následujícím 98. zasedání Řídící rady UNIDROIT v květnu 2019 a 52. jednání UNICITRAL v červenci 2019.

Ondřej Svoboda* – Alex Ivančo**

Základní koncepce budoucího civilního procesu – konference na Akademii věd ČR

Dne 7. října 2019 se v budově Akademie věd ČR na Národní třídě v Praze uskutečnila konference nazvaná *Budoucnost civilního procesu* pořádaná společně Ústavem státu a práva AV ČR a Stálou konferencí českého práva. Tyto instituce na konferenci reprezentovali *prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš* a *JUDr. Karel Havlíček*, kteří se ujali moderování. Záštitu nad konferencí převzala mimo jiné i předsedkyně AV ČR *prof. RNDr. Eva Zažímalová, CSc.* Konference se věnovala – jak naznačil *prof. Eliáš* – věcnému záměru kodexu českého civilního procesu. Příspěvky se zaměřovaly na hlavní rysy budoucího kodexu, na jeho cíle, na koncepci budoucího civilního procesu, na postavení procesních stran a na některé klíčové problémy dovolání.

³ Také Česká republika má v Řídící radě UNIDROIT svého zástupce v osobě *prof. Moniky Pauknerové*, která obhájila svůj post na druhé pětileté období v prosinci 2018.

* Mgr. Bc. Ondřej Svoboda působí na katedře mezinárodního práva Právnické fakulty UK a na oddělení mezinárodního práva Ministerstva průmyslu a obchodu ČR. Text byl zpracován s podporou projektu Karlovy univerzity *Progres QO4 – Právo v měnícím se světě*. E-mail: ondrej.svobod@gmail.com.

** JUDr. Alex Ivančo, Ph.D., vedl oddělení mezinárodního práva na Ministerstvu průmyslu a obchodu ČR a nyní působí na Ministerstvu financí ČR. Na 52. jednání UNICITRAL byl zvolen jeho místopředsedou. E-mail: Alex.Ivanco@mfc.cz.

První přednášející *prof. JUDr. Alena Winterová, CSc.*, z Právnické fakulty UK v Praze se krátce vypořádala s připomínkami, které vzešly z meziresortního připomínkového řízení k věcnému návrhu. Jako klíčové pro budoucí civilní proces přitom zdůraznila, že proces by měl být fér, racionální a rychlý, měl by vést ke spravedlivému rozhodnutí a sloužit osobě, která potřebuje právní ochranu, bez uplatňování specifického zajmu soudu, advokáta nebo správce. *Prof. Winterová* dále zmínila dnešní evropský trend procesního práva, jímž je posun od liberálního k sociálnímu procesnímu konceptu. Namísto konceptu pasivního soudu, který sleduje, jak účastník bojuje sám za sebe, se dnes uplatňuje sociální proces s důrazem na dialog a operativní roli soudce, ale v rámci platnosti principu *iura novit curia*. *Prof. Winterová* konstatovala, že věcný návrh vzniká v limitech politického zadání, ponechává stávající soudní soustavu a vyhýbá se doručováním a nesporným řízením, která budou zvláště regulována. Sporné řízení bude v novém zákonu upraveno modelově pro všechny situace.

Místopředseda Nejvyššího soudu *JUDr. Roman Fiala* ve své přednášce pojednal o aplikaci a interpretaci budoucího civilního procesu. Upozornil na zvláštnost dnešní doby, kdy se výkon státní moci přesunuje a některé záležitosti se nevykonáním moci jinými státními orgány stanou věcí soudu (např. brexit). Ohledně českého civilního procesu zdůraznil, že procesní právo je cesta k zajištění takového uspořádání justice, které musí odpovídat potřebám občanů, aby pro každého občana bylo právo dostupné stejně. Každou kauzu tvoří strukturovaný lidský příběh a úloha soudce je být realizátorem práva a nezávislým garantem spravedlnosti. Kvůli tomu budoucí proces – dle společenské smlouvy – má sloužit jako řešení obyčejných problémů obyčejných lidí, kteří právu nerozumí. Cesta k vymáhání práva musí být jednoduchá a rychlá.

Doc. JUDr. Petr Lavický, Ph.D., z Masarykovy univerzity kritizoval stále existující dědictví sovětských procesních zásad převzatých z GPK (*Graždanskij procesualnyj kodeks*) v dnešním občanském soudním řádu, které má stále vliv na současné pojetí dispoziční zásady. Zdůraznil, že při tvorbě budoucího zákona je nezbytné prodiskutovat koncepční otázku, jakou cestu budoucí kodex zvolí, zda moderní, nebo sovětskou; jakou roli by měly mít v soudním řízení strany a jakou soudce (projednací zásady versus vyšetřovací zásady). Jako nejvýraznější negativní problémy zmínil dnešní kontrolu dispozičních procesních úkonů stran, změnu a zpětvzetí žaloby a nerespektování dispoziční zásady u rozsudku pro uznání fikce nároku. Podle *doc. Lavického* by bylo absurdní pokračovat v sovětském modelu. Budoucí zákon by měl spíše respektovat lidské svobody a zásadu autonomie vůle. Kvůli tomu by bylo nutné odstranit soudní kontrolu u změny žaloby, opustit české kuriozity v podobě rozsudku pro fikci uznání, obnovit vázanost soudu předmětem sporu a vytvořit zrovnoprávňující postavení žalovaného.

JUDr. Jaromír Jirsa, soudce Ústavního soudu, se vypořádal s kritikou *doc. Lavického* a zdůraznil, že zákonodárce se musí zamyslet nad postavením stran, opustit nebo modifikovat koncentraci řízení s koncentrací soudcovskou, a také nepřehlednou změnou žaloby – to jsou procesní komplikace, které mají negativní vliv na rychlost a efektivitu. Podle jeho názoru se sociálním pojetím procesu – jak funguje v Německu – významně zpomalí řízení. Dle jeho názoru je nutné udržet rozdělení na sporné a nesporné řízení, přičemž proces by měl být zrychlen a zefektivněn. Bez toho, aby se volil pro budoucí kodex sovětský, německý nebo liberální model, zdůraznil, že je především třeba, aby proces chránil slabšího účastníka.

JUDr. Bohumil Dvořák, Ph.D., LL.M., soudce Nejvyššího soudu, kritizoval současnou podobou dovolání, která popírá základní funkci soudnictví, a vymezil rozdíl mezi retro-

spektivním a prospektivním principem působení soudu, což je důležité pro konkrétní rozhodnutí individuální kauzy. Dle Dvořáka právní institut vykazující osmdesátiprocentní statistiku odmítnutí dovolání neplní svou ústavní funkci ochránce subjektivních práv. Také novela 404/2012 Sb. na této situaci nic podstatného nezměnila. Kvůli tomu by budoucí civilní proces měl zajistit přípustnost dovolání i při diformitě a o potvrzujících rozhodnutích o přípustnosti by měl rozhodovat odvolací soud. Pak by mohla zůstat dovolání jako opravný prostředek výjimečná.

Poslední řečník, *JUDr. Petr Šuk*, soudce Nejvyššího soudu, reagoval na námět soudce *Dvořáka* a zdůraznil, že je nutné hledat společenský kompromis v otázce, jakou roli by měl mít Nejvyšší soud. Poukázal na rozdíly mezi italským a skandinávským modelem. U jednoho funguje Nejvyšší soud jako poslední ochránce individuálních práv a u druhého může soud vybrat zásadní klíčové problémy a sjednocovat judikatury. Důležité je si uvědomit – upozornil *dr. Šuk* – že větší počet instancí nevede nutně k větší spravedlnosti, jen k většímu objemu práce. Kvůli tomu doporučil otevřít dovolací možnosti jen pro úzce vymezené oblasti, jak to nabídne aktuální věcný záměr.

V diskusi upozornil *JUDr. Vojen Güttler*, bývalý soudce Ústavního soudu, na to, že nové technické možnosti mohou negativně ovlivnit nebo rušit zásady demokratického soudního řízení. Budoucí civilní proces musí proto brát tyto problémy v úvahu.

Výbušná, i když krátká diskuse ukázala velký zájem právnické veřejnosti o návrh věcného záměru procesní kodifikace. Zároveň bylo zřejmé, že návrh je ještě v koncepční fázi. Proto bude žádoucí uspořádat v budoucnu další konference, které se detailněji zaměří na jednotlivé části návrhu.

Rita Simon*

Prémie Lumina quaeruntur putuje do Ústavu státu a práva AV ČR, kde vznikne nové Centrum pro klimatické právo a udržitelnost

Dne 5. listopadu 2019 předala předsedkyně Akademie věd *prof. Eva Zažímalová* na slavnostním aktu premií *Lumina quaeruntur* celkem šesti laureátům z AV ČR. Jednou z oceněných je *JUDr. Hana Müllerová, Ph.D.*, z Ústavu státu a práva AV ČR, která uspěla s návrhem projektu v oblasti klimatického práva. Prémie *Lumina quaeruntur*, což ve volném překladu znamená hledání světél v podobě nových vědeckých osobností, je udělována Akademií věd perspektivním vědeckým pracovníkům za účelem zakládání nových výzkumných týmů pro řešení společensky závažných, dosud málo probádaných aktuálních témat. Prémie se uděluje na dobu pěti let. *JUDr. Hana Müllerová, Ph.D.*, vystudovala Právnickou fakultu Univerzity Karlovy v Praze, v Ústavu státu a práva AV ČR působí od roku 2010 a zabývá se zde právem životního prostředí. Je místopředsedkyní České společnosti pro právo životního prostředí a aktivní členkou Komise pro životní prostředí Akademie

* Dr. Rita Simon, LL.M., B.A., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: rita.simon@ilaw.cas.cz. Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

věd ČR. Byla úspěšnou hlavní řešitelkou řady grantových projektů základního výzkumu, včetně souvisejících témat jako např. *Lidské právo na příznivé životní prostředí ve vnitrostátním měřítku* či *Právní ochrana zvířat a péče o ně (aspekty mezinárodní, komunitární, vnitrostátní)*. Je rovněž autorkou celé řady monografií zabývajících se tématy práva životního prostředí.

Udělení prémie *Lumina quaeruntur* výrazně přispěje k plnění koncepčního záměru vedení Ústavu státu a práva AV ČR, jež dlouhodobě směřuje zejména k podpoře těch výzkumných priorit (badatelských témat), jež navzdory svému evidentnímu společenskému významu zůstávají v České republice dlouhodobě opomíjeny. Dojde tak k utvoření a konsolidování do budoucna vysoce perspektivního oboru, respektive specifického a v celé řadě aspektů potřebného a významného pododvětví práva životního prostředí – práva ochrany klimatu jako oboru s výraznými mezioborovými přesahy, vysokou přidanou hodnotou i společenským přínosem. V souvislosti s udělením této podpory byla s účinností dnem 1. prosince 2019 v Ústavu státu a práva AV ČR založena nová výzkumná jednotka s názvem Centrum pro klimatické právo a udržitelnost (angl. *Centre for Climate Law and Sustainability Studies*). Nově vzniklý výzkumný tým pod vedením JUDr. Hany Müllerové, Ph.D., tak bude uskutečňovat široký výzkumný program s názvem *Právo ochrany klimatu*.

Cílem Centra pro klimatické právo a udržitelnost bude systematicky rozvíjet v české právní vědě téma právní ochrany klimatu, jakožto nového respektive rodícího se pododvětví práva u nás. Samotná problematika ochrany klimatu je u nás předmětem zájmu zpravidla výlučně jen přírodních věd, v oblasti věd společenských (s čestnou výjimkou sociologie) zde zcela chybí jakýkoliv systematický výzkum, a to včetně nezbytných právních otázek. Proto se členové Centra zaměří nejprve na zmapování a strukturování této oblasti v rovině práva mezinárodního, evropského i vnitrostátního. Budou přitom zkoumat nejen ty otázky klimatického práva, které lze podřadit pod právní ochranu životního prostředí, ale také související otázky jiných odvětví práva, jako jsou lidskoprávní aspekty klimatické změny, systémy regulace obchodování s emisními povolenkami, právní opatření v oblasti energetiky a technologií, přístupy k regulaci dopravy a emisí z ní či právní aspekty mezinárodního obchodu a ochrany investic ve vztahu k ochraně klimatu. Obor klimatického práva bude systematicky představován a rozvíjen v českém právním prostoru budováním výzkumné infrastruktury a formou publikací, přednášek zahraničních expertů, konferencí a workshopů. Předpokládána je i rozsáhlá mezioborová spolupráce na celé řadě styčných v mnoha ohledech synergických témat. V závěrečné fázi projektu bude pak cílem týmu zapojit se aktivně do mezinárodní právní debaty o ochraně klimatu. Předpokládá se rovněž aktivní spoluúčast týmu při analýze, hodnocení a doporučení k implementaci klimatických závazků ČR.

Vznik výzkumného Centra pro klimatické právo a udržitelnost, jakož i související významná podpora AV ČR pro nově vznikající výzkumný tým v podobě udělené prémie *Lumina quaeruntur*, představuje potenciál s nemalým mezinárodním i mezioborovým přínosem, jenž nepochybně povede k utvoření a konsolidaci do budoucna vysoce perspektivního oboru.

Ján Matejka*

* JUDr. Ján Matejka, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: matejka@ilaw.cas.cz. Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

Abuse of Law – From Denial to Universal Principle?

Jan Hurdík

Abstract: This contribution responds to the development of the topic of the abuse of law, mentioned recently by the doctrinal discourse, but more frequently used by the judicial practice. The author tends to place the actual tendencies in this direction within the broader frame of its genesis and to describe its destiny from the historical view (from Roman Law till now, incl. view into the future). The author presents the course of the development of the abuse of law from the absolute denial of the abuse of law to the position of ubiquitous universal principle, used not only in the branche of private law, but recently also in the public law relations. Within this general scope, the conceptual attributes of the abuse of law are considered.

Key words: abuse of law, private law, subjective right, criterion of abuse of law, circumvention of the legal act, *fraus legis*, aim of legal act, aim of subjective right

The Best Interests of the Child

Lenka Westphalová – Renáta Šínová

Abstract: The study deals with the nature, interpretation and application of the notion of the child's best interests. It is based on the requirement of special protection of children's rights and at the same time the requirement of a certain degree of objectification of the indefinite legal concept concerning the child's best interests. Certain problems of interpretation arise already when comparing the English original version and the Czech translation. The article focuses on these and other problems from the applicatory point of view, especially determining child's best interest in court proceedings and related issues. Our study shows that in assessing and identifying the best interests of the child, it is above all important to recognize children's right to self-determination and to enable them to participate in decisions that affect them. Last but not least, it criticizes the practice of using some means of evidence.

Key words: child, parents, the best interests of the child, evidence

Standard of Proof: Fundamental Problems Through the Perspective of Comparative Analysis

Luboš Tichý

Abstract: This contribution presents an overview of how European jurisdictions tackle the key problem of civil procedural law: the standard of proof. In order to arrive at an adequate solution, the contribution evaluates the expert assessments of fourteen law professors and their different perspectives from across the continent and presents the "ideal" picture of standard of proof.

Key words: standard of proof, assessment of evidence, burden of proof, certainty, conviction, credibility, discretion of the court, preponderance, probability, reasoning, truth, truthfulness

Formal Unity of Law

Martin Madej

Abstract: This article considers the formal unity of the system of law. In a formally unified legal system, there is in principle no doubt about which rules fall within the system and how to determine their content. The author tries to show how the formal unity relates to judge's duty to law (Art. 95 of the Czech Constitution) and to the concept of the source of law. Special attention is paid to the rule of recognition and its ability to ensure formal unity of law in the situation of regulatory "outsourcing" to other social sub-systems.

Key words: Hart, rule of recognition, unity of law, legal system, systemicity of law, source of law, adjudication

OBSAH ROČNÍKU 2019

STATI

BELEŠ, Andrej: Trestný čin poškodovania veriteľa: komparatívny pohľad	656–673
BEZOUŠKOVÁ, Lenka – PAUKNEROVÁ, Monika: Mahr („věno“) v právu muslimských zemí a mezi- národní právo soukromé	349–369
BREZINA, Peter: Textová kontinuita a diskontinuita Ústavy ČR	594–607
CERMAN, Ivo: Přirozenoprávní omyl podle Hanse Kelsena	837–851
CUKEROVÁ, Dominika: Actio pauliana s cudzím prvkom	201–216
FRINTA, Ondřej: Odkaz jako jeden z projevů autonomie vůle v dědickém právu	370–389
FRÖSSEL, Andreas: K protiprávnosti vědomého zásahu do obligačního práva na nabytí nemovitosti	934–950
FRYŠTENSKÁ, Marcela – LITZMAN, Marek: Odměna mediátora dle vyhlášky č. 277/2012 Sb. a ekonomická analýza práva	865–875
HEJČ, David: Zásada zákonnosti jako limit pro stanovení povinností (nejen) k ochraně veřejného pořádku obecně závaznou vyhláškou obce	738–752
HOBLÍKOVÁ, Žaneta – KROPÁČKOVÁ, Jana: Zjišťování názoru dítěte v soudním řízení – mezioborová studie	951–970
HOLÁ, Lenka – FIEDOR, David – URBANOVÁ, Martina: První setkání se zapsaným mediátorem na základě prostorové analýzy míry jeho využívání v České republice	876–886
HURDÍK, Jan: Zneužití práva – z nicoty univerzální zásada?	1077–1090
HURDÍK, Jan – SELUCKÁ, Markéta: Hrozí smrt soukromého práva?	18–31
KLEŇOVÁ, Veronika: Darovanie, „zmluvná fideikomisárna substitúcia“a časovo obmedzené vlastnícke právo	182–200
KOKEŠOVÁ, Jana: Ústavní soud a reprezentace lidu: abduktivní interference	575–593
KOSINKA, Jan Petr: Nebezpečí totalitarismu universalistických koncepcí	283–306
KOTÁSEK, Josef: Doplnující výklad smlouvy v českém právu – nechtěný návštěvník nebo vítaný host?	32–44
KOUKAL, Pavel: Autorskoprávní public domain a obecná svoboda jednání	753–773
KRÁLÍK, Lukáš: Sběrka zákonů a publikace předpisů po roce 1918	307–328
KRATOCHVÍL, Vladimír: Filozofie trestného činu v pojmání brněnské trestněprávní školy	45–66
MADEJ, Martin: Formální jednotnost práva	1136–1148
MALENOVSKÝ, Jiří: Problémy svrchovanosti a nezávislosti miniaturního státu na příkladu Monackého knížectví	141–162
MÜLLEROVÁ, Hana: Perspektivy práva na příznivé životní prostředí: vzor přezkumu socioekonomických práv a test racionality	533–554
NOVÝ, Zdeněk: Mezinárodní investiční arbitráž a vláda práva v hostitelských státech	909–933
OŠTÁDALOVÁ, Šárka – FAIX, Martin: Aspekty uprchlické a azylové problematiky v kontextu správy území mezinárodními organizacemi: Kosovo pod správou UNMIK	555–574
PETROV, Jan: Vnitrostátní soudy a způsoby argumentace judikaturou ESLP	163–181
PILAROVÁ, Terezie: Návrat římského práva do středověké soudní praxe. Placitum z Marturi ..	645–655

PODRAZIL, Petr – JIRÁSKO, Vojtěch: Užití omezovacích prostředků v průběhu nedobrovolné hospitalizace s důrazem na užití síťových lůžek	774–792
POLČÁK, Radim – KASL, František – LOUTOCKÝ, Pavel – MÍŠEK, Jakub – STUPKA, Václav: Virtualizace právních vztahů a nové regulatorní metody v pozitivním právu	86–98
SMEJKALOVÁ, Terezie: Judikatura, nebo precedens?	852–864
SOBEK, Tomáš: Lidská práva existují objektivně	719–737
SVOBODA, Ondřej: Systém investičního soudu: Překotný rozchod Evropské unie s investiční arbitráží	390–405
SVOBODA, Tomáš: Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci – ve prospěch jednotlivce nebo veřejné moci?	793–802
ŠKOP, Martin – SMEJKALOVÁ, Terezie – ŠTĚPÁNKOVÁ, Markéta: Právo a literatura: brněnská spojení	67–85
TAUCHEN, Jaromír: Obnovení brněnské právnické fakulty v letech 1968–1969	3–17
TICHÝ, Luboš: Míra důkazu – základní problémy z hlediska srovnávací analýzy	1109–1135
TICHÝ, Luboš: Samaritánská povinnost v deliktním občanském právu – ideál či skutečnost?	621–644
TICHÝ, Luboš – PIPKOVÁ, Petra Joanna – KOCÍ, Miloš: Program shovívavosti (leniency) – nové paradigma v českém právu hospodářské soutěže – podstata a dílčí bilance	245–282
WESTPHALOVÁ, Lenka – ŠÍNOVÁ, Renáta: Nejlepší zájem dítěte	1091–1108

DISKUSE

TALANDA, Adam: Právo reprezentace při odmítnutí dědictví s výhradou povinného dílu	406–428
BÁRTA, Jan: Istanbulská úmluva o prevenci a potírání násilí vůči ženám – dočká se naší ratifikace?	803–818

INFORMACE

MYŠKA, Matěj: Právo a technologie (Informace o výzkumu práva informačních technologií na Právnické fakultě Masarykovy univerzity)	99–106
---	--------

GLOSÝ

PROCHÁZKOVÁ, Eva: Je univerzalita přísně střežených hodnot lidství v Evropě ohrožena?	217–220
KASL, František: Povaha zásahu do informačního soukromí člověka	674–679
RADVAN, Michal: Internacionalizace výuky práva na Právnické fakultě Masarykovy univerzity	119–128
VEČEŘA, Miloš: František Weyr a brněnská normativní škola	107–118

RECENZE

BARÁKOVÁ, Martina: Kuře Josef. Co je eutanazie: studie k pojmu dobré smrti. 2018	431–434
BRTKO, Róbert: Gregor Martin. Rímsky štát a právo za vládcy cisára Augusta. 2018	683–686

FOREJTOVÁ, Monika: Šišková Naděžda (ed.). The European Union – What is Next? A Legal Analysis and the Political Visions on the Future of the Union. 2018	971–974
GARAJOVÁ, Michaela: Drličková Klára – Nový Zdeněk. Role veřejného zájmu v mezinárodní obchodní a investiční arbitráži. 2017	336–339
GÉRYK, Jan: Mezioborovost, specializace a konec velkých debat. Úvaha nad knihou. Hackney James R. Jr. Legal Intellectuals in Conversation. 2012	689–700
JÁNOŠÍKOVÁ, Martina: Šmejkal Václav (ed.). Evropská unie po brexitu. Právně-institucionální budoucnost evropské integrace. 2018	512–515
KASL, Fratišek: Costa Luiz. Virtuality and Capabilities in a World of Ambient Intelligence: New Challenges to Privacy and Data Protection. 2016	129–135
KRZYŻANKOVÁ, Katarzyna Žák: Wojtczak Sylwia – Witczak-Plisiecka Iwona – Augustyn Rafał. Metafory konceptualne jako narzędzia rozumowania i poznania prawniczego. 2017	686–689
KŘEPELKA, Filip: Kischel Uwe. Rechtsvergleichung. 2015 / Kischel Uwe (autor) – Hammel Andrew (překladatel). Comparative Law. 2019 (recenze ve čtyřiařidvaceti kapitolách)	889–903
KYSELA, Jan: Jindřiška Syllová – Miroslav Sylla. Ústava České republiky 1992. Dokumenty a ohlasy. 2018	331–333
KYSELA, Jan: Levitsky Steven – Ziblat Daniel: How Democracies Die. 2018	434–437
MALAST, Jan: Kopecký Martin. Správní právo. Obecná část. 2019	821–824
MÁLEK, Ondřej: Beran Karel a kol. Artificial Legal Entities: Essays on Legal Agency and Liability 1151–1153	1151–1153
MARTIŠKOVÁ, Monika: Vyšný Peter. Svetové dejiny štátu a práva. 2017. Vyšný Peter. Praktikum zo svetových dejín štátu a práva. 2017	223–226
ONDŘEJ, Jan: Lipovský Milan. Zločin agrese v Římském statutu Mezinárodního trestního soudu po revizní konferenci v Kampale. 2017	507–511
ŘÍHA, Michal: Zámečnicková Marie. Vady zákonodárného procesu a zákonů v České republice, Německu a Rakousku. 2018	903–905
ŠTEFKO, Martin: Hohnerlein Eva Maria – Hennion Sylvie – Kaufmann Otto (Hrsg.). Erwerbsverlauf und sozialer Schutz in Europa. Recenze knihy Celoživotní profesní kariéra a sociální ochrana v Evropě. 2018	334–336
TICHÝ, Luboš: Magnus Ulrich – Mankowski Peter (eds). Brussels Ibis Regulation. 2016	608–610

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

ELIÁŠ, Karel: Zpráva o VII. zasedání Kolegia pro občanské právo při Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., k problematice hromadných žalob	613–616
FLOREŠ, Martin: Zpráva z konference Cofola 2019, sekce Osobní společnosti	710–714
GAZDA, Viktor: Zpráva z přednášky: Matej Avbelj: How Ideological are our Courts?	708–709
HEJZLAROVÁ, Anna: Představení pověstného klinického programu Northumbria University Law School na Právnické fakultě Univerzity Karlovy	705–707
CHMEL, Jan: Zpráva z konference Právní jednání a odpovědnost právnických osob po rekodifikaci českého soukromého práva	825–830
KALLAI, Vojtěch: Historical and New Approaches to Legal Interpretation – Mezinárodní seminář na Právnické fakultě Univerzity Karlovy	227–229
KOBER, Jan: Mezioborová konference o počátcích Československé republiky Na prahu nové doby	232–242

KORNEL, Martin: Zpráva ze semináře k dětským dlužníkům	611–612
MULÁK, Jiří: Zpráva z mezinárodní vědecké konference „Trestní zákoník – 10 let od přijetí“	701–704
MATEJKA, Ján: Prémie Lumina quaeruntur putuje do Ústavu státu a práva AV ČR, kde vznikne nové Centrum pro klimatické právo a udržitelnost	1158–1159
ONDŘEJEK, Pavel: 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?“	975–978
SIMON, Rita: Základní koncepce budoucího civilního procesu – konference na Akademii věd ČR	1156–1158
SLAVÍKOVÁ, Lucie – FLÍDR, Jan – MAKULOVÁ, Pavlína: Zpráva z konference „Obchodní právo v judikatuře nejen českých soudů“	516–525
SVOBODA, Ondřej – IVANČO, Alex: Zpráva ze společné konference UNIDROIT a UNCITRAL k digitální problematice	1154–1156
ŠÍNOVÁ, Renáta: Zpráva z VI. zasedání odborného kolegia pro občanské právo při Ústavu státu a práva AV ČR k tématu tzv. hromadných žalob	229–231
TOMÁŠEK, Michal: Fórum o rozvoji Tibetu. Lhasa, 14. června 2019	830–832
TOMÁŠEK, Petr: Proměny obchodního práva a mezinárodního práva soukromého v legislativě a judikatuře. Zpráva z kolokvia	340–344
URBAN, Michal: Inspirativní svět polských právních klinik. Zpráva z právnické konference k 20 letům právních klinik na Varšavské univerzitě	344–346

MORS VENIT VELOCITER

Uzavřel se dlouhý život: zemřel Jiří Boguszak	221–222
---	---------

JUBILEUM

Femme fatale juristické akademie	680–682
Jubileum docenta Balaše	429–430
Jubileum Michaely Hendrychové	819–820
Jubileum profesorky Černé	887–888
Olže Ovečkové k narozeninám	329–330
Šedesátiny Josefa Baxy	1149–1150