

Eduard Bárány

KDE JE PRÁVO?

Abstrakt: V právnom myslení a to prevažne v kvalitatívnej odbornej spisbe sa presadzuje názor, že právna norma nie je obsiahnutá v prameni práva vo formálnom zmysle, ale v ľudskej myšli a nepredstavuje predmet výkladu práva, či skôr právneho textu, ale až jeho výsledok. Stať argumentuje, že uvedené koncepcie sú nezlučiteľné s tradičným chápaním práva ako normatívneho systému určitých vlastností a ich prípadné všeobecné prijatie by si vyžiadalo zásadnú zmenu právnej teórie. Proti ich správnosti uvádza, že právna prax pôsobí na základe tradičného chápania práva, že ľudia sú presvedčení o záväznosti mnohých právnych noriem, ktoré nepoznajú, lebo sú obsiahnuté v prameni práva vo formálnom zmysle. Právna norma je myšlienkou a informáciou, a preto sa môže zároveň nachádzať na viacerých miestach. Právnu normou je však vtedy, keď sa nachádza v niektorom prameni práva vo formálnom zmysle.

Kľúčové slová: právna norma, pramene práva vo formálnom zmysle, ľudská myseľ

1. INÉ CHÁPANIE PRÁVA

Právna prax i s ňou spojené časti právneho myslenia vychádzajú ako zo samozrejmosti z chápania práva ako normatívneho systému určitých vlastností, medzi ktorými obvykle nechýbajú spojenie s verejnou mocou a zvlášť so štátom ako i všeobecná záväznosť. Za základné stavebné prvky tohto systému implicitne považujú pravidlá správania nazývané právnymi normami a v poslednej dobe i právne princípy ako druh pravidiel správania i vzťahy medzi nimi. Nekladú si otázku, kde sa normatívny systém právo nachádza a umiestňujú ho ako prevažne nevyslovenú samozrejmosť do tzv. prameňov práva vo formálnom zmysle. „*Právne pramene (formy) práva – pochádzajúce od štátu alebo ním uznané – oficiálno-dokumentačné formy, vyjadrenia a stabilizácie právnych noriem dodávajúce im právne všeobecne záväzný význam.*“¹

Právna teória a právna filozofia však vytvorili viacero koncepcií práva, ktoré ho nechápu ani tak ako normatívny systém, ale ako oblasť života spoločnosti, či druh sociálnej praxe.

Aj niektoré z tých právnych teórií, ktoré zotrvali pri vymedzení práva, ako normatívneho systému však umiestnili právne normy do ľudskej mysle a tým nastolili otázku „Kde je právo?“ Výslovne sa zaoberajú umiestnením právnej normy ako výsledku interpretácie v ľudskej myšli a toto umiestnenie či skôr premiestnenie právnej normy má v nich významnú úlohu. Argumentácia v prospech situovania právnej normy v ľudskej myšli predstavuje aj určitú odpoveď na otázku „Kde sa nachádza právna norma?“, ktorá je základným prvkom právneho systému. Ak je určité umiestnenie právnej normy jednou z významných téz niektorých novších koncepcií práva, tak to dodáva význam otázke umiestnenia práva alebo snáď tento význam „len“ odhaľuje. Tieto koncepcie netvrdia, že právo sa nachádza výlučne v ľudskej myšli, ale o jeho inom umiestnení príliš neuvažujú a situovanie v ľudskej myšli je aspoň pre právnu normu v nich nevyhnutné a konštitutívne.

Odchýlili sa tým významne od tradičného právneho myslenia aj od právnej praxe, ktoré vychádzajú z „umiestnenia“ právnych noriem do prameňov práva vo formálnom

¹ SKAKUN, O. F. *Teoria Gasudarstva i Prava*. Charkov: „Konsum“, 2000, s. 334.

zmysle. Rozchádzajú sa síce v mnohých podstatných otázkach, napr. v mieste právnych princípov v takto chápanom práve, ale to, že pozitívne právo „sa nachádza“ v prameňoch práva vo formálnom zmysle nespochybňujú. Dokonca i doznievajúci spor právneho pozitivizmu a iusnaturalizmu vychádzal z nevysloveného predpokladu, že pozitívnym právom je to, čo má vonkajšiu formu niektorého z prameňov práva vo formálnom zmysle.

Aj tieto riadky sa zakladajú na predpoklade, že právo je systém tvorený predovšetkým právnymi normami, teda pravidlami správania určitých vlastností. „Právo možno nie je len o pravidlách, ale určite je v mnohom o pravidlách.“² V tomto štádiu úvah ešte vyhovuje menšia určitosť citovanej formulácie, lebo i z nej vyplýva, že hľadanie miesta kde sa nachádza právna norma je i pokusom odpovedať na otázku „Kde je právo?“. Autor zastáva možno až pritradičný názor, že právne normy sú obsiahnuté v prameňoch práva vo formálnom zmysle. Z početných vymedzení prameňov práva vo formálnom zmysle sa priklonil k uvedenému Skakunovmu pre zdôraznenie oficiálno-dokumentačného pôsobenia či významu prameňa práva, ktorý tak predstavuje aj prvotné odlišenie normy objektívneho práva od ne-práva (na tomto mieste v „technickom“ a nie v Radbruchovom hodnotovom význame).

Kým iné ako normatívne chápania práva sú hlavne v odtieňoch bohaté, časti právneho myslenia považujúce právnu normu za základný stavebný prvok práva (právneho systému), ale umiestňujúce ju mimo prameňov práva vo formálnom zmysle sú dve. Inak tradičné a dôkladné diela umiestnili právnu normu do spoločenského vedomia: „... *právna norma je predstava povinného správania, uložená v spoločenskom vedomí* ...“³ Nenarúšajú však úlohu prameňov práva vo formálnom zmysle ako vonkajšej formy práva a záväzným identifikátorom právnych noriem. Napätie medzi dvoma sídlami právnej normy, prameňom práva vo formálnom zmysle a spoločenským vedomím tu nevedie k teoretickým problémom.

Už viacero rokov sa v pozoruhodných právno-teoretických a právno-filozofických spisoch objavuje téza, že právna norma sa nachádza v (individuálnej) ľudskej myslí. Napríklad F. Cvrček píše: „Právo sú predovšetkým normy, ktoré sa nachádzajú v ľudských myšliach a sú výsledkom interpretačných postupov...“⁴ Pre ním zastávaný a výstižne formulovaný názor má zásadný význam interpretácia práva. Ako keby reagoval na dilemu Z. Kühna: „Právnu normu možno chápať buď ako normatívnu vetu vyjadrenú normotvorcom, t.j. v kontinentálnom prostredí príslušné ustanovenie právneho predpisu pred jeho interpretáciou a nezávisle od nej, alebo v priestore a čase sa meniaci význam textu právneho predpisu.“⁵ Prikláňa sa jednoznačne k druhej téze, ale v jej prospech neargumentuje a pracuje s ňou ako so samozrejmosťou. So svojím názorom nie je osamotený. F. Melzer uvádza: „...*právna norma je v ý s l e d k o m nachádzania práva (t.j. výkladu či dotvárania práva) nie jeho východiskom*...“⁶ a treba dodať, že tento výsledok síce môže, ale nemusí byť zachytený v podobe textu na nejakom materiálnom nosiči ako je tomu v prípade individuálneho právneho aktu, alebo komentára k právnenému predpisu, ale

² SCHAUER, F. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge – Massachusetts, London – England, 2009, s. 13.

³ BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. Praha: EUROLEX Bohemia 2001, s. 77.

⁴ CVRČEK, F. *Právní informatika*. Praha – Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2010, s. 344.

⁵ KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum 2002, s. 29.

⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 43.

vždy a najprv je obsahom ľudskej mysle. Výklad práva môže skončiť v mysli vykladača, ktorý však bude podľa tohto výkladu právne relevantne konať. Chápanie právnej normy ako výsledku (produktu) výkladu práva, ktorý predchádza subsumpciu určitého skutkového stavu pod túto normu je spojené s umiestnením právnej normy do ľudskej mysle adresáta právnej normy. Zdá sa, že právnú normu umiestňuje do ľudskej mysle aj M. Škop, keď píše: „*Interpretácia je vnímaná ako proces, ktorým sa už dostávame k samotným právnym pravidlám a určujeme ako sa máme chovať.*“⁷ Ostáva otázka čo je vlastne predmetom či východným bodom procesu výkladu práva, na ktorú odpovedá napr. M. Zieliński: „... *adekvátnejším sa javí termín výklad právnych predpisov alebo až výklad právneho textu.*“⁸ Asi nechtiac sa tak dostáva do blízkosti tézy amerického konzervatívneho sudcu: „*Text je právom a text je to, čo treba zachovávať.*“⁹

Problém umiestnenia právnej normy si uvedomila dvojica autorov jednej z novších učebníc teórie práva a venuje mu primeranú pozornosť. Tým sa líši od väčšiny prác situujúcich právnú normu do ľudskej mysle ako samozrejmosť, ktorá nevzbudzuje pochybnosti a nevyvoláva problémy. Ponúkajú rozlíšenie právnych noriem na latentné a operatívne: „... *normy ustanovené všeobecne záväznými právnymi predpismi sú latentnými normami, zatiaľ čo normy ustanovené individuálnymi právnymi aktmi sú operatívnymi normami. Normou v zmysle operatívneho regulatívu sa latentná norma stáva až v procese jej aplikácie.*“¹⁰ Uvedomujú si, že súčasťou aplikácie právnej normy je výklad: „... *právnou normou je význam normatívnej právnej vety, ktorý sa určuje interpretáciou takejto vety pre účely a v procese jej aplikácie.*“¹¹ Výklad práva sa však neviaže len na jeho aplikáciu v konkrétnom prípade a tzv. doktrínálny (vedecký?) výklad neraz nemá ani ako sprostredkovaný a vzdialený cieľ či účel aplikáciu, ba ani inú realizáciu práva, ale slúži poznaniu, buď ako „samoučelu“, alebo napr. pre potreby zmeny práva. Silnou stránkou uvedeného nového rozlíšenia je nastolenie problému „miesta pre právnú normu“ a upozornenie na aspoň časť dôsledkov jej postavenia mimo pramene práva vo formálnom zmysle pre právnú teóriu. Jeho vzdialený predobraz predstavuje Weinbergerovo rozlíšenie objektívneho práva ako všeobecných právnych pravidiel a individuálnych právnych noriem obsiahnutých v právnych rozhodnutiach, alebo podľa zaužívanej terminológie v aktoch aplikácie práva.¹² Tu však ešte niet tézy o právnej norme v ľudskej mysli.

Téza o umiestnení právnych noriem v ľudskej mysli bola v horeuvedených prácach vyslovená a čiastočne modifikovaná. Jej komplexné teoretické rozpracovanie obsahuje rozsiahly spis. E. Pattara *Objektívne a subjektívne právo. Prehodnotenie skutočnosti, ktorá má byť.* Patrí sa spomenúť, že preklad anglických výrazov „*law*“ a „*right*“ ako objektívne právo a subjektívne právo nezodpovedá ich Pattarovmu chápaniu, ale v slovenskom prostredí je ich iný preklad nezrozumiteľný.

⁷ ŠKOP, M. *Právo a vášeň. Jazyk, příběh, interpretace.* Brno: Masarykova univerzita 2011, s. 184.

⁸ ZIELIŃSKI, M. *Wykładnia prawa. Zasady, reguly, uskożówki.* Wydanie 5 poprawione, uwspolczesnione i poszerzone. Warszawa: LexisNexis, 2010, s. 47.

⁹ SCALIA, A. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law.* Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997, s. 22.

¹⁰ PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva.* Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 249–250.

¹¹ *Ibidem*, s. 205.

¹² WEINBERGER, O. *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts.* Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, s. 13.

Východiskom jeho prepracovanej teórie je asi tvrdenie: „... *normy existujú v ľudských mozgoch, myšliach, psychikách alebo dušiach.*“¹³ Norma je v jeho koncepcii umiestnená v ľudskej myšli, kde má podobu presvedčenia či viery, že určitý typ konania je normou, teda vyjadrené terminológiou mimo jeho koncepcie, pravidlom konania, typom konania, ktoré má byť. „*K tomu aby bol typ správania normou stačí, že aspoň jedna osoba verí, že je normou.*“¹⁴ Ako keby tu bola do krajnosti dovedená téza N. MacCormicka vyslovená v rámci inej paradigmy: „*Čo je možné nie je nezávislé od toho čo veríme, že je možné.*“¹⁵ Právnou normou sa tak stáva to o čom je aspoň jeden človek presvedčený, že je to právnou normou? Zdá sa, že áno, lebo „... *právo je normatívne len pre veriacich a pre každého veriaceho je normatívne iba v tých častiach... o ktorých dotknutý veriaci verí, že sú normatívne.*“¹⁶ Pravdepodobne je vhodné upozorniť, že výrazy veriť a veriaci tu nemajú náboženský charakter. Aj v Pattarovej teórii však nemajú presvedčenia všetkých o tom čo je právnou normou rovnaký význam. Až príliš tradične tvrdí, že „... *právo je dominanciou (Herrschaft)...*“¹⁷ a následne s cynizmom hodným C. Schmitta píše: „...*platné právo (the law in force) je to čo sudcovia (a úradníci oprávnení prijať donucujúce opatrenia) chápu ako platné právo. To čo aplikujú ako platné právo je to čo sa má v prípade nutnosti aplikovať silou.*“¹⁸ Pre Pattarovu koncepciu sú teda príznačné individualizmus,¹⁹ veď hovorí o osobnom normatívnom systéme a subjektivizmus, keď ich vznik súvisí s pre jednotlivca vonkajším svetom procesmi socializácie.²⁰ Nemožno mu však uprieť dôslednosť, keď tézu o právnej norme v ľudskej myšli zasadzuje do relatívne komplexnej teórie, ktorá síce využíva tradične znejúcu terminológiu právneho myslenia, ale dáva jej prevažne nový význam. Ak sa prijme názor, že miestom právnej normy je ľudská myseľ a nie pramene práva vo formálnom zmysle, tak to zasahuje do architektúry prevládajúceho chápania práva v teórii i v praxi. Právna norma sa môže zároveň nachádzať v ľudskej myšli aj v prameni práva vo formálnom zmysle. Pre tradičné chápanie práva je nevyhnutné, aby mala vonkajšiu formu prameňa práva vo formálnom zmysle. Naproti tomu ju niektoré novšie práce vymedzujú aj pomocou situovania do ľudskej mysle.

2. PRÁVNA NORMA V ĽUDSKEJ MYSLI A JEJ VLASTNOSTI

Pokúsme sa porovnať tézu o umiestnení právnej normy do ľudskej mysle s obvyklými charakteristikami právnej normy, časť ktorých azda spoločne vytvára jej definíciu. Aké znaky teda pripisuje súdobá právna teória právnej norme. V. Knapp uvádza: „*Z hľadiska kvalitatívneho sú základnými znakmi právnej normy, ktorých súhrn je pre ňu špecifický jej regulatívnosť, právna záväznosť, všeobecnosť a vynútiteľnosť štátnym donútením.*“²¹

¹³ PATTARO, E. *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be.* Dordrecht – Netherlands: Springer, 2005, s. 138.

¹⁴ *Ibidem*, s. 98.

¹⁵ MACCORMICK, N. Beyond the Sovereign State. *The Modern Law Review.* Vol. 56, January 1993, No. 1, s. 18.

¹⁶ PATTARO, E. *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be.* Dordrecht – Netherlands: Springer 2005, s. 98.

¹⁷ *Ibidem*, s. 240.

¹⁸ *Ibidem*, s. 238.

¹⁹ *Ibidem*, s. 127.

²⁰ *Ibidem*, s. 127–128.

²¹ Knapp, V. *Teorie práva.* C. H. Beck 1995, s. 148.

Knappova definícia reprezentuje hlavný prúd učebnicovej literatúry v našej časti Európy.²² Vyrastá zo stredoeurópskej tradície, kde sa už v legendárnej *Všeobecnej štátovede* G. Jellineka možno dočítať, že právne normy majú tieto podstatné znaky. Sú normami pre vonkajšie správanie sa ľudí k sebe, ktoré vychádzajú od vonkajšej uznanej autority a ktorých záväznosť je zaručená vonkajšími mocnosťami.²³ Hlavne v ruskej odbornej spisbe býva zdôraznená všeobecná záväznosť²⁴ pravidla ľudského správania, ktoré je právnou normou. Práve všeobecná záväznosť, čiže to, že pravidlo správania je záväzná pre všetky budúce prípady (skutkové stavy) rovnakého druhu a neurčitého počtu je významná pre riešenie otázky či tradične vymedzená právna norma môže byť umiestnená v ľudskej mysli a nie v prameni práva vo formálnom zmysle.

Prvým z Knappových znakov právnej normy je jej regulatívnosť. Táto je aspoň na prvý pohľad zlučiteľná aj s umiestnením právnej normy do ľudskej mysle. Potom ale reguluje v prvom rade konanie tej osoby, v mysli ktorej sa nachádza a len prostredníctvom jej vplyvu na iných ľudí aj ich konanie. Regulácia spoločenských vzťahov rovnakého druhu a neurčitého počtu je nahradená štandardizovaným čiže v zásade rovnakým a opakujúcim sa chovaním jednotlivca (nositeľa právnej normy) v obdobných situáciách.

Definičný znak záväznosti právnej normy sa mení na subjektívny pocit či presvedčenie jej nositeľa, že má právnou normu dodržiavať. Stáva sa vecou jeho *forum internum* a na iných ľudí a spoločenské vzťahy pôsobí len v miere jeho moci (ľudskej schopnosti meniť konanie iných subjektov).

V. Knapp síce v citovanom vymenovaní znakov právnej normy uvádza všeobecnosť, ale jej rozbor začína vetou: „*Aby určitá norma bola normou právnou je ďalej potrebné, aby jej záväznosť bola všeobecná, aby teda bola nie len záväzná, ale aby bola všeobecne záväzná.*“²⁵ čo oprávňuje hovoriť aj v rámci úvah pridržiavajúcich sa Knappových znakov právnej normy o jej všeobecnej záväznosti.

So všeobecnosťou či všeobecnou záväznosťou právnej normy je nezlučiteľná jej záväznosť len pre jediného človeka, v ktorého mysli sa nachádza. V Pattarovej koncepcii je pre človeka záväzný jeho malý individuálny právny systém situovaný v jeho mysli či mozgu. Aj keby malo viacero ľudí v myšliach totožnú právnou normu, čo nie je vylúčené vzhľadom na socializáciu, tak dôvody jej záväznosti budú vnútornou vecou každého z nich. Pôjde o čiastočne podobnú situáciu ako keď právne poriadky viacerých štátov obsahujú totožnú normu.

To čo je len v mysli jednotlivca nemôže byť všeobecne záväzné, lebo to môže plne poznať len on sám. Nemôže to byť záväzné v spoločenských vzťahoch do ktorých vstu-

²² Napríklad „*Právna norma je všeobecne záväzným pravidlom ľudského správania, ktoré je ustanovené alebo uznané štátom vo vopred právom určenej forme a ktorého zachovávanie je vynútitelné štátnou mocou.*“ OTTOVÁ, E. *Teória práva*. Šamorín: Heuréka, 2006, s. 204. „*Právne normy sú všeobecne záväzným pravidlom ľudského správania, stanovené alebo uznané štátom, ktorých porušenie štát sankcionuje.*“ GERLOCH, A. *Teorie práva*. Dobrá voda: Vydavateľství 999, 2000, s. 2.

²³ JELLINEK, G. *Všeobecná štátoveda*. Praha: Jan Leichter, 1906, s. 353.

²⁴ „*Právna norma je všeobecne záväzným pravidlom sociálneho správania, stanoveným alebo sankcionovaným štátom, vyjadrená verejne vo formálne určitých predpisoch, spravidla v písomnej forme a chránená štátnymi orgánmi prostredníctvom kontroly jej zachovávaní a uplatnením zákonom predpokladaných donucovacích opatrení za porušenie práva.*“ *Obščaja teorija gasudarstva i prava. Akademičeskij kurs*. Otv. Redaktor M. Yu. Marčenko, Moskva Zercalo, Tom. 2. Teorija prava, s. 217.

²⁵ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 149.

puje nad mieru jeho moci (autority) a hlavne nad mieru reálnej poznateľnosti tejto jeho „internej právnej normy“ inými. Zvlášť názorne sa nezlučiteľnosť všeobecnej záväznosti právnej normy s jej umiestnením v individuálnej ľudskej myslí prejaví pri povinnosti každého zdržať sa akéhokoľvek protiprávneho konania, teda i konania nezlučiteľného s pre neho v zásade nepoznateľným pravidlom konania – právnou normou nachádzajúcou sa v myslí iného. V Pattarovom chápaní môže právna norma zaväzovať len toho, v koho myslí sa nachádza ak tento navyiac verí v jej právnú záväznosť. Takáto individualizácia a subjektívizácia právnej normy nachádzajúcej sa vo *forum internum* je nezlučiteľná s jej všeobecnou záväznosťou. Odporuje totiž chápaniu práva ako sociálneho normatívneho systému: „*Právny poriadok je spoločenský poriadok.*“²⁶

Aj v tomto prípade vystihol jadro problému O. Weinberger, keď napísal „*Právne pravidlá sú všeobecne adresované, neobracajú sa na individuálne určené osoby, ale na každú osobu.*“²⁷ Obsah mysle jednotlivca sa síce môže obracať na každého i na všetkých, ale pri zachovaní rovnoprávnosti ľudí a odmietnutí vôle jedného človeka (*Führer*) ako zdroja práva to nemá zvláštny význam. Na každého sa obracia norma objektivizovaná vo formálnom prameni práva.

Posledným z Knappových znakov právnej normy je jej vynútiteľnosť štátnym donútením. Obraz štátnej (alebo inej verejnej) moci garantujúcej vynútiteľnosť rôznorodých právnych noriem nachádzajúcich sa v myšliach masy jednotlivcov nepôsobí realisticky. A treba dodať, že ho nenačrtáva ani E. Pattaro, keď obracia smer závislosti a platné právo vymedzuje ako to, čo sudcovia a iní činitelia poverení presadzovaním práva presadzujú ako právo. Pokračuje tým v tradícii právneho realizmu. Ak by sa táto myšlienka dovedla do krajnosti, tak by právom bolo to, čo sudca pozná a pokladá za právo.

Na tomto mieste cítiť napätie medzi tézou o právnej norme v ľudskej (individuálnej) myslí a takými samozrejmosťami našej právnej kultúry ako sú formálny právny štát, panstvo práva, rovnosť pred zákonom, o demokracii ani nehovoriac. Stredoveká situácia s právom, ktoré si každý nesie so sebou je tu dovedená do krajnosti, lebo toto svoje právo si nesie vo svojej myslí. Od tejto krajnosti už nie je ďaleko ku právu silnejšieho, či ku akceptovaniu presadenia práva silnejšieho, čo nezodpovedá ani skutočnosti štátov chcúcich byť právnymi, ani zámerom a transparentným hodnotovo-politickým preferenciám zástancov tézy o umiestnení práva v ľudskej myslí.

Doterajšie úvahy sa snažili preukázať jej nezlučiteľnosť s tradičným či „hlavnoprúdovým“ právnym myslením. Dalo by sa ešte dlho pokračovať vo výpočte všeobecne či aspoň prevažne prijímaných právnych teórií či koncepcií, s ktorými je téza o umiestnení právnej normy v ľudskej myslí inkompatibilná. Táto línia argumentácie však nemôže viesť ku jej vyvráteniu, ale upozorňuje, že prijatie uvedeného názoru, či preukázanie jeho správnosti by malo vyústiť do zásadného prepracovania, ba skoro Kopernikovského prevratu právnej filozofie, teórie, či myslenia. Čo by sa napríklad stalo s koncepciami právnej zodpovednosti, keby sa právna norma presťahovala z prameňov práva do *forum internum* jednotlivca? Tu nestačí posun v terminológii, kedy sa spolu so Scaliom deklaruje záväznosť textu prameňa práva a nie právnej normy, ktorá môže potom sídlieť i v individuálnej myslí.

²⁶ AARNIO, A. Philosophical Perspectives in Jurisprudence. *Acha Philosophica Finnica*, Vol 36, 1983, s. 9.

²⁷ WEINBERGER, O. *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, s. 13.

3. AKO CHÁPE PRÁVNÁ PRAX PRÁVO

Pri argumentácii proti téze o umiestnení právnych noriem v individuálnych ľudských mysliach má význam skúmať jej (ne)zlučiteľnosť s právnou praxou, čiže s reálnymi procesmi tvorby a pôsobenia práva a názormi ich účastníkov. Mohlo by sa zdať, že ani právna prax a neraz implicitné názory jej účastníkov nemôžu zodpovedať otázku, či sa právne normy nachádzajú v ľudských mysliach alebo v prameňoch práva vo formálnom zmysle. Veď Kopernikov objav, že zem obieha okolo slnka odstránil praktické využitie Ptolemaiovskej sústavy v navigácii až po určitej dobe. Je tu však zásadný rozdiel. Kopernikovské i Ptolemaiovské koncepcie sú paradigmami teoretického uchopenia časti prírody, ktorú však neovplyvnili. Právna prax, čiže procesy tvorby (vzniku) a fungovania, či pôsobenia práva sú tým, čo právo vytvára a čo predstavuje jeho pôsobenie. Tu teda pôsobí prehnané, ale nie nezmyselné „*Právom je čokoľvek, čo ľudia identifikujú ako právo a s čím prostredníctvom svojich sociálnych praktík zaobchádzajú ako s ‚právom‘ (alebo droit, Recht, etc.)*“.²⁸ Právo je nehmotným ľudským dielom a uplatňuje sa i pôsobí v ľudskom konaní, či jeho prostredníctvom. Uvedená téza platí na všetkých úrovniach, od práva ako spoločenského javu cez právny systém štátu až po jednotlivú právnu normu (pravidlo konania). Ak je niečo ľudským dielom a pôsobí prostredníctvom ľudského konania, tak pre tento spoločenský jav má konštitutívny význam, čo za neho ľudia pokladajú alebo s čím zaobchádzajú ako s právom. Aj pre právnu vedu platí „...*za predmet spoločenských vied nebudeme považovať len ľudský sociálny systém, ale aj konanie*...“²⁹ a v jej prípade to znamená, že jej predmetom je právo ako spoločenský normatívny systém a ľudské konanie pri jeho vzniku a pôsobení. Aký má tento metodologický miniekurz význam pre hľadanie miesta existencie právnej normy?

Ak je právna norma základným prvkom právneho systému a vzniká i pôsobí ľudským konaním, čiže právnou praxou, tak skúmanie právnej praxe môže poskytnúť poznatky významné pre zodpovedanie otázky či sa právna norma nachádza v ľudskej mysli, alebo v prameňoch práva vo formálnom zmysle.

Na tomto mieste sa núka citat: „... *všetko, čo človekom hýbe, musí prejsť jeho hlavou*...“³⁰ a zmyslom práva je podľa Ihringa ovplyvnením ľudského konania dosiahnuť nejaký účel: „... *účel je tvorcom všetkého práva*...“³¹ Jeho slávna formulácia je síce problematická svojou bezvýnimčnosťou, ale v zásade správna hlavne pokiaľ ide o cieľavedomo tvorené právo normatívnych právnych aktov a normatívnych zmlúv.

Právna norma chápaná ako pravidlo ľudského konania prechádza myslami viacerých ľudí, a to nie len prakticky, ale i logicky nevyhnutne. „Cestou“ sa v nich teda spravidla nachádza. Vynára sa tak otázka: Predstava právnej normy, ktorého z nich je pre koho a kedy záväzná. Ak je právna norma (základný prvok právneho systému) ľudským dielom a jej obvyklým zmyslom je reguláciou ľudského konania dosiahnuť nejaký spoločenský účel, tak má zmysel skúmať jej vzťah k ľudskej mysli v procesoch jej vzniku a pôsobenia

²⁸ TAMANAHA, B. Z. *A General Jurisprudence of Law and Society* Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 166.

²⁹ ČERNÍK, V. – VICENÍK, J. *Úvod do metodológie spoločenských vied*. Bratislava: PhDr. Milan Štefunko. Vydavateľstvo IRIS, 2011, s. 150.

³⁰ MARX, K. – ENGELS, F. *Výbrané spisy v piatich zväzkoch, zv. 5*. Bratislava: Pravda, 1978, s. 254.

³¹ IHRING, R. von. *Der Zweck im Recht. Erster Band*. Dritte durchgesebene Auflage. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1893, s. VIII.

a hlavne „uloženia“ medzi vznikom a pôsobením. Vzťah právnej normy a ľudskej mysle je rôzny podľa toho, ktorý z tradičných prameňov práva predstavuje jej vonkajšiu formu.

4. PRÁVNA NORMA V RÔZNYCH PRAMEŇOCH PRÁVA

Historicky asi najstarším formálnym prameňom práva je právna obyčaj, ktorá síce ustúpila normatívnym právnym aktom, precedensom a normatívnym (medzinárodným) zmluvám, ale ako keby sa vracala v podobe ústavných zvyklostí, pravidiel poctivého obchodného styku, etc. Právna obyčaj predstavuje asi jediný formálny prameň práva, kde si ľudia vytvárajúci právnú normu v zásade neuvedomujú, že ju tvoria, ba neuvedomujú si ani právnú relevanciu svojho konania. V nejakej skutkovej situácii konajú určitým spôsobom. Keď sú neskoršie tí istí, alebo iní ľudia konfrontovaní s obdobnou skutkovou situáciou, tak hľadajú inšpiráciu v minulosti. Po čase tak vzniká z opakovaného konania jeho abstrakcia v podobe modelu a táto sa stáva pravidlom konania v situáciách určitého typu. G. Jellinek mal pravdu, keď písal o normatívnej povahe fakticity.³² Dlhodobým obdobným konaním v situáciách určitého typu sa tak zachováva i model (pravidlo) tohto konania. K tomu, aby bol splnený i druhý predpoklad vzniku právnej obyčaje musí vzniknúť presvedčenie, že v tomto type situácii treba konať určitým spôsobom a presvedčenie, že toto „treba konať“ má povahu právnej normy. Vznik právnej obyčaje teda prebieha v dialektike ľudského konania, modelu (pravidla) tohto konania a presvedčenia o právnej záväznosti obyčajového pravidla konania. Takéto ľudské konanie samozrejme je uvedomelým. Veď uvedomelosť patrí k definičným znakom konania, ale konajúci si hlavne v počiatočných štádiách vzniku právnej obyčaje nie je vedomý, že vytvára právnú normu. Až neskoršie a obvykle už u iných ľudí sa v ich myšliach objavuje presvedčenie o právnej záväznosti určitého pravidla konania, ktoré sa aspoň v ich myšliach čiastočne formuluje a stáva uvedomelým.

Aj právne obyčaje boli a sú zaznamenávané v písomnej podobe, ktorá v praxi javovo pôsobí ako ich formálny prameň, i keď aspoň teoreticky je iba prameňom poznania práva. V prípade právnej obyčaje je rozdiel medzi prameňom práva vo formálnom zmysle a prameňom poznania práva menej ostrý.

Právna obyčaj predstavuje prameň práva nachádzajúci sa v spoločenskom vedomí tvorenom koniec, koncov myšliami jednotlivcov. Skutočne tu platí téza o právnej norme (právnej obyčaji) v ľudskej mysli. Ťažko ale prijať záver, že táto je výsledkom interpretácie nejakého normatívneho textu, lebo tu niet „oficiálneho“ a záväzného textu, ale len autorita rôznych literárnych prameňov poznania práva. Zachytenie právnej obyčaje v textovej podobe má „len“ informačný význam a slúži nanajvýš ako dôkaz existencie a znenia, ale nie zdroj existencie a záväznosti právnej obyčaje. Všetko čo ju tvorí sa nachádza a prebieha v ľudských myšliach. E. Pattaro však vo vzťahu k právnej norme vrátane právnej obyčaje nemá pravdu, keď tvrdí, že „*Norma, a' esiste dovtedy kým je aspoň jeden veriaci, b', ktorý verí v, a'.*“³³ Pre existenciu normy obyčajového práva nestačí presvedčenie/viera jediného človeka o jej existencii a právnej záväznosti. Keďže tu niet oficiálneho a záväzného textu

³² JELLINEK, G. *Všeobecná státoveda*. Praha: Yan Leichter, 1906, s. 364.

³³ PATTARO, E. *The Law and the Right A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Dordrecht – Netherlands, Springer, 2005, s. 402.

ako nosiča právnej normy, tak je viac ako pri právnych normách obsiahnutých v iných formálnych prameňoch práva potrebná všeobecnosť presvedčenia o jej záväznosti. Všeobecnosť tu znamená podľa charakteru danej spoločnosti niečo medzi úradníkmi a sudcami aplikujúcimi právo a spoločenstvom všetkých čo sú podriadení danému právnemu poriadku. Právna obyčaj predstavuje dôkaz, že právna norma môže existovať aj výlučne v ľudských myšliach, čo jej však zdanlivo paradoxne neuberá spoločenský charakter ani heteronómnosť. Aj keď človek normu obyčajového práva prijal za svoju, tak pre neho platí bez ohľadu na túto interiorizáciu pre spoločenský charakter svojej záväznosti.

Zo zorného uhla umiestnenia právnej normy, čiže pri hľadaní odpovede na otázku či sa nachádza v ľudskej myslí alebo vo formálnom prameni práva predstavuje protipól právnej obyčaje normatívny právny akt. Tento je *ex definitione* výsledkom ľudského konania zameraného na vytvorenie práva, teda konajúci si uvedomuje čo robí a cieľavedome vytvára právo. Ním vytvorené pravidlá správania sa ešte pred tým ako sa stanú právnymi normami nachádzajú v jeho myslí. „... právo pred svojou objektivizáciou predchádza vedomím ľudí...“³⁴ a objektivizujú i stabilizujú sa v texte normatívneho právneho aktu. Je už vecou zručnosti zákonodarcu, či iného tvorca normatívneho právneho aktu, či a ako výstižne sa mu podarilo pravidlo správania nachádzajúce sa v jeho myslí vteliť do textu normatívneho právneho aktu. Jednotné číslo použité v predchádzajúcej vete azda až príliš zjednodušuje situáciu a zavádza, lebo tvorca práva v skutočnosti skoro nikdy nebol a v súčasnosti nikdy nie je jedinou osobou. Pravidlo správania ktoré sa má stať právom sa pred svojím zachytením v texte a následnou premenou na právnu normu nachádza v myšliach mnohých ľudí, kde má nevyhnutne aspoň čiastočne odlišné podoby. Politik, ktorý rozhodol o príprave návrhu zákona, legislatívec, ktorý pripravil jeho návrh, účastníci pripomienkových konaní a jednotliví poslanci, ktorí z neho hlasovaním spravili objektívne právo majú nevyhnutne čiastočne odlišné predstavy o v ňom obsiahnutých právnych normách. Text normatívneho právneho aktu je však jediný a osamostatnil sa od svojich tvorcov.³⁵ „Autor je relevantný ako normatívne predikcia obmedzenej množiny interpretácií.“³⁶ ale význam a obsah textu normatívneho právneho aktu sa od neho osamostatnili. Sú tým čo do textu vložil, ale neraz je prekvapený, čo v ním vytvorenom texte iní nájdu. Text normatívneho právneho aktu teda má svoj význam a obsah, ktoré do neho zo svojej mysle viac, či menej úspešne vložil jeho tvorca. „Z normatívneho hľadiska sa právny predpis skladá z normatívnych právnych viet, ktorých obsahom sú právne normy.“³⁷ Právne normy sú teda obsiahnuté (prítomné) v texte normatívneho právneho aktu. Tieto sú významom jazykových výrazov³⁸ z ktorých sa skladá text normatívneho právneho aktu. Preto text normatívneho právneho aktu predstavuje „nosiča“ právnych noriem a nie je len predmetom interpretácie, ktorej výsledkom či „dielom“ je právna norma. Úlohou výkladu práva je jej poznanie, a tak možno stále platí Savignyho formulácia o výklade ako rekonštrukcii myšlienky obsiahnutej v zákone.³⁹ Rekonštruovať sa dá len to, čo je

³⁴ ŠAMALÍK, F. *Právo a spoločnosť*. Praha: Academia, 1965, s. 49.

³⁵ Kolektív: *Pravovaja sistema socializma. Kniga 1. Ponjatje, struktura, socialnyje svjazi*. Moskva: Juridičeskaja literatura 1986, s. 25.

³⁶ ŠKOP, M. *Hľadání příběhu. Narativní obrat v právu*. Brno: Masarykova univerzita, 2012, s. 178.

³⁷ PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 175.

³⁸ HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 9.

³⁹ „Úlohou výkladu môžeme určiť ako rekonštrukciu myšlienky obsiahnutej v zákone ...“ SAVIGNY, F. C. von. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd 1. Berlin, 1840, s. 213.

v texte normatívneho právneho aktu už prítomné. Jedným z vážnych, i keď v zápale pre dobrú vec často prehliadaných právnych argumentov je, že do textu normatívneho právneho aktu alebo medzinárodnej zmluvy sa nemá výkladom dopĺňať to čo v ňom nie je.

Zachytenie právnej normy v písomnej podobe znamená jej ujasnenie a stabilizáciu. To platí zvlášť vtedy, keď toto písomné zachytenie predstavuje oficiálnu a záväznú podobu právnej normy, keď je prameňom práva vo formálnom zmysle. N. Luhmann však upozorňuje: „*Neexistuje písomná fixácia platného práva bez toho, aby vyvolala potrebu výkladu.*“⁴⁰ Polemizuje tým, síce asi nechtiac, s rímskoprávnou zásadou „*clara non sunt interpretanda*“. Pre tieto úvahy nie je dôležité či existujú ustanovenia, ktoré sú aspoň v danom historicko-kultúrnom kontexte tak jednoznačné a jasné, že ich skoro všetci príslušníci spoločnosti chápu rovnako. Je však nesporné, že existujú podstatné časti právneho poriadku, ktoré sa spomínanej jednote a jednoznačnosti chápania netešia.

Aristotelova veta „*Každý právny a zákonný predpis je k jednotlivému prípadu v takom istom vzťahu ako všeobecné k zvláštnemu*“⁴¹ pripomína zabúdanú samozrejmosť, že právna norma (pravidlo konania) je jediná a uplatňuje sa na väčší počet prípadov či typovo obdobných skutkových stavov. Samozrejme nie je vylúčené ani uplatnenie právnej normy jediný raz, ale ide o výnimku potvrdzujúcu pravidlo. Sú známe i právne normy, ktoré sa nikdy neuplatnili. Paradoxne ani to nemusí dokazovať ich zbytočnosť. Ak sa trestno-právna norma nikdy neuplatní preto, lebo odstrašila potenciálnych páchatelov ňou zakotveného trestného činu, tak prispela k zabráneniu závažného protispoločenského konania, hoci sa neuplatnila.

Charakteristika právnej normy ako pravidla konania upravujúceho prípady rovnakého druhu a neurčitého počtu tiež vychádza zo skúsenosti, že právna norma sa uplatňuje opakovane a viac razy, že nie je v zásade riešením jediného prípadu, i keď ním môže byť inšpirovaná.

„*Kľúčová dekonštruktívna myšlienka je, že iterability alebo spôsobilosť opakovania v nových kontextoch vyúsťuje do zmeny.*“⁴² Právna norma sa teda uplatňuje a ešte predtým vykladá v rôznych kontextoch čiastočne odlišne. Na tomto mieste je vzhľadom na tému tejto úvahy vhodné upozorniť na rozdiel medzi výkladom právnej normy v rámci či s priamym cieľom jej uplatnenia na určitý prípad alebo skutkový stav a bez takého „praktického“ kontextu. Právna norma alebo modernejšie vyjadrené právny text sa vykladajú aj bez zreteľa k nejakému skutkovému stavu. Ide napríklad o tzv. doktrinálny výklad, ktorého v našich podmienkach pravdepodobne najznámejším príkladom sú komentáre k zákonom, hlavne ku kódexom.

Pri svojom opakovanom uplatňovaní vrátane aplikácie sa právna norma ako relatívne všeobecné a všeobecne záväzné pravidlo ľudského konania vzťahuje k mnohým a vždy čiastočne odlišným prípadom (skutkovým stavom) rovnakého druhu a neurčitého počtu. Tento vzťah pravidla správania a skutkového stavu, ktorý má regulovať, vyjadruje tzv. hermeneutický kruh, či azda výstižnejšie hermeneutickú špirálu, kde sa opakovane upresňuje, rozširuje či posúva pravidlo správania a zo skutočnosti sa špecifikujú jej časti

⁴⁰ LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, s. 362.

⁴¹ ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Bratislava: Pravda, 1979, s. 130.

⁴² BALKIN, J. M. *Transcendental Deconstruction. Transcendent Justice, Part I*. <http://www.yale.edu/lawweb/ljbalkin/articls/trans01htm>, 9. 4. 2002, s. 2.

či stránky, ktoré sú relevantné vzhľadom na takto konkretizované pravidlo správania. Načrtnutý proces je samozrejme dielom ľudského myslenia a poznávania, kde i prebieha. Jeho výsledkom nie je právna norma ako pravidlo konania vzťahujúce sa na prípady rovnakého druhu a neurčitého počtu, ale subsumpcia vymedzenej skutkovej podstaty pod vyložení právnou normu, čiže právne riešenie prípadu. Ide o proces poznávací i tvorivý. Poznáva sa v ňom práva norma zo zorného uhla určitého skutkového stavu a z nekonečnej skutočnosti sa zo zorného uhla právnej normy vyčleňuje relevantný skutkový stav.

Ak je definičným znakom právnej normy všeobecnosť, tak to umožňuje jej uplatnenie na čiastočne rozdielne skutkové stavy a zároveň zabraňuje, aby toto uplatnenie, ktorého súčasťou či predpokladom je výklad práva (právnej normy v kontexte) bolo samo právnou normou. Aj v systéme precedenčného práva je touto normou až abstrakcia a zovšeobecnenie konkrétneho rozhodnutia, ktoré môže byť prítomné už v jeho odôvodnení. Všeobecnosť právnej normy dodáva podstatnú časť zmyslu jej všeobecnej záväznosti.

Právna norma je prítomná v texte normatívneho právneho aktu a výklad práva je jej poznávaním a rekonštrukciou. Vzhľadom na všeobecnosť právnej normy a azda i na nevyhnutnú mieru neurčitosti prirodzeného jazyka, v ktorom sú právne normy skoro vždy vyjadrené spravidla niet jediného správneho výkladu a skutkovú situáciu možno neraz riešiť v súlade s právnou normou čiastočne odlišným spôsobom. Inšpiratívne tu môže pôsobiť starší Razov pokus rozlíšiť pravidlá a princípy, ktoré obe pokladá za normy... Rozdiel medzi pravidlami a princípmi záväzku spočíva v rámci práva i mimo neho v charaktere predpísanej normy – aktu. Pravidlá predpisujú relatívne špecifické akty; princípy vysoko nešpecifické konania.⁴³ Ďalší vývoj právneho myslenia postavil rozlíšenie právnych princíпов od ostatných právnych noriem na iných kritériách, ale uvedená formulácia pripomína, že právne normy sa vyznačujú veľmi rozdielnou, ale v zásade nejakou mierou všeobecnosti. Úlohou výkladu právnej normy zameraného na jej aplikáciu v určitom skutkovom stave je nájsť z množiny normou prikázaných či povolených konaní to, ktoré zodpovedá (ak je to možné) danému skutkovému stavu.

Výklad práva sa nemusí viazať na jeho uplatnenie v nejakej situácii. Vtedy ide o poznanie obsahu textu normatívneho právneho aktu, ktorým je právna norma nie len v časti potrebnej pre toto uplatnenie ale obvykle v celosti. Hermeneutický kruh alebo špirála tu prebiehajú medzi textom a myslou interpreta, či skôr v jeho myslí medzi textom, kontextom a jeho predporozumením. Ani tu niet často jediného správneho výsledku, lebo interpreti sú rôzni. Aj tento výklad reaguje na prostredie včítane interpretačného spoločenstva.

Výsledok interpretácie práva môže byť a spravidla i býva zachytený v písomnej podobe, ale ešte pred tým musí prejsť ľudskou myslou, kde môže skončiť alebo sa stať návodom pre konanie. Interpretácia je neraz kolektívnym dielom a hermeneutická špirála sa v takom prípade odvíja v rámci diškurzu. Cesta pravidla konania do prameňa práva, čiže jeho premena na právnou normu i pôsobenie právnej normy na ľudské konanie, a tým i na spoločenské vzťahy vedie cez ľudskú myseľ, ale „sídлом“ právnej normy, ktorá má vonkajšiu formu normatívneho právneho aktu, je tento normatívny právny akt.

Z hľadiska témy tejto úvahy nie je významný rozdiel medzi normatívnym právnym aktom a právo tvornou, v praxi hlavne medzinárodnou zmluvou. V oboch prípadoch

⁴³ RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal*, 1972, Vol. 81, s. 838.

Ľudia vkladajú zo svojich myslí pravidlá správania do určitého textu, ktorý sa stáva prameňom práva vo formálnom zmysle a tieto pravidlá správania sa svojím zakotvením či obsiahnutím v tomto texte stávajú právnymi normami. Pred svojím uplatnením vrátane aplikácie musia opäť prejsť ľudskou myslou a v nej v zásade i interpretáciou. Ich výklad sa však nemusí viazať na uplatnenie.

Určitými zvláštnosťami dôležitými pre riešenie otázky či sa právna norma nachádza v ľudskej myslí alebo v prameni práva vo formálnom zmysle sa vyznačujú súdne a administratívne precedenty teda prameň práva, ktorého význam (žiaľ) narastá.

Orgán rozhodujúci konkrétny prípad a zároveň tvoriaci nové právo, predovšetkým vyšší súd,⁴⁴ si je samozrejme vedomý čo robí. Jeho „personálny substrát“ čiže hlavne sudcovia vedia, že rozhodujú určitú vec a neraz si zároveň uvedomujú, že vytvárajú nové a/alebo menia dovtedy platné právo. Na rozdiel od tvorby práva normatívnych právnych aktov a normatívnych, skoro výlučne medzinárodných, zmlúv však nie je nevyhnutné, aby si boli vedomí, že vytvárajú/menia právo a teda paradoxne v ich vedomí môže ale nemusí existovať pravidlo správania, ktoré „vložením“ do precedenčného rozhodnutia ako formálneho prameňa práva získa kvalitu právnej normy. Podobne ako pri právnom obyčaji môže i súdny precedens vzniknúť bez toho, aby si jeho tvorcovia boli vedomí, že tvoria právo, to dokonca bez toho, aby v ich myšliach existovalo pravidlo konania, ktorému dodajú povahu právnej normy.

Právna norma je v texte súdneho precedensu zachytená, prítomná a objektivizovaná obdobne ako v texte normatívneho právneho aktu, ale, a toto je podstatné, je tu spravidla skrytá, ba je tu prítomná neraz len implicitne a treba ju v ňom nájsť či z neho vyvodit náročnou interpretáciou. *Ratio decidendi* či americký „*holding*“ nie sú totožné s našimi právnymi vetami.

Treba však zdôrazniť, že sú obsiahnuté v rozhodnutí, v jeho texte a je vecou výkladu ich v ňom nájsť, rekonštruovať ich ako právnu normu obsiahnutú v texte. Táto precedenčná norma musí pri svojom uplatnení vrátane aplikácie prejsť myslou adresáta rovnako ako keby bola obsiahnutá v inom formálnom prameni práva. Pre všetky právne normy, bez ohľadu na to v ktorom formálnom prameni práva sú obsiahnuté platí: „*Pokyny verejnej moci a právne normy sa do konania ľudí neprenášajú automaticky, ale prostredníctvom ich vedomia.*“⁴⁵ Adresát právnej normy teda môže vo svojej myslí vytvoriť viac či menej správny obraz právnej normy, následne pod jej vplyvom rieši svoju konkrétnu situáciu. Keďže podľa hermeneutiky „... *neexistuje žiadne objektívne chápanie textu, každý interpret pri svojom chápaní textu vychádza z predporozumenia daného javu dobou, kultúrnym kontextom, či životnými skúsenosťami.*“⁴⁶ sú i obrazy, či podoby právnej normy obsiahnutej v texte prameňa práva čiastočne odlišné. To však neznamená, že text je bezobsažným impulzom pre akúkoľvek interpretáciu. Práve kultúrny kontext spoločnosti, kde právo pôsobí kladie v skutočnosti neprekročiteľný rámec jeho prijateľným (korektným) a azda i možným variantom výkladu.

⁴⁴ „*Súdy common-law plnia dve funkcie. Jednou je aplikovať právo na fakty ... Ale druhou a dôležitejšou funkciou bolo tvoriť právo.*“ SCALIA, A. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law.* Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997, s. 6.

⁴⁵ KLÍMA, K. *Teorie veřejné moci (vládnutí).* Praha: ASPI Publishing, 2003, s. 71.

⁴⁶ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva.* Praha: Auditorium, 2013, s. 184.

Počas predchádzajúcich dvoch desaťročí sa vyskytli argumentmi podporené názory, že právne princípy sú formálnym prameňom práva. Táto úvaha vychádza z inej koncepcie. Právne princípy pokladá za druh právnych noriem, ktoré môžu byť obsiahnuté v rôznych iných prameňoch práva vo formálnom zmysle. Preto sa nimi ako formálnym prameňom práva nezaobera.

5. PRESVEDČENIE O ZÁVÄZNOSTI

Časť problematiky umiestnenia právnej normy, čiže hľadania odpovede na otázku, či sa nachádza v prameňoch práva vo formálnom zmysle alebo v ľudskej mysli sa nespája s jednotlivými formálnymi prameňmi práva. Asi najrozpracovanejšia teória situujúca právnu normu do ľudskej mysle (E. Pattara) spája existenciu normy s presvedčením či vierou v jej existenciu a normu umiestňuje výlučne do ľudskej mysle. V mysli človeka sa nachádzajú iba tie pravidlá správania, ktoré pozná. Nie sú tu prítomné normy, o ktorých existencii iba vie a už vôbec nie tie o ktorých ani nevie. Znalosť pravidla správania tu znamená, že človek vie ako sa má podľa neho konať alebo ho dokáže reprodukovať.

Zvlášť vo vzťahu ku právnym normám platí, že človek je presvedčený o existencii a záväznosti mnohých právnych noriem (pravidiel správania), ktoré sa nenachádzajú v jeho mysli, lebo ich nepozná. Ani profesionálny právnik nepozná, nemá teda vo svojej mysli všetky právne normy platné v jeho krajine. Je však presvedčený o ich záväznosti, verí v ich záväznosť, lebo sú obsiahnuté v niektorom z formálnych prameňov práva, kde ich v prípade potreby dokáže vyhľadať a vyložiť. Človek modernej a postmodernej spoločnosti verí v záväznosť masy právnych noriem, z ktorých každá je v zásade prístupná jeho poznaniu, ale ich množstvo umožňuje poznať len ich malé percento. Pre predstaviteľa právneho realizmu bola smutným faktom rastúca „... bariéra neznalosti medzi ľuďmi a ich subjektívnymi právami, medzi ľuďmi a ich objektívnym právom“.⁴⁷ Právo môže napriek tejto bariére neznalosti pôsobiť a plniť v spoločnosti svoje funkcie iba, ak ním nie je len to, čo jednotliví ľudia poznajú. Na rozdiel od E. Pattara teda podľa mojej mienky treba oddeliť presvedčenie, či vieru v záväznosť a právnosť určitých pravidiel správania (noriem) od ich umiestnenia do ľudskej mysle. Pravdu má A. Peczenik: „Právo existuje, lebo ľudia veria v právo, ale právo nie je identické s týmito vierami“ (presvedčeniami – doplnil E. B.).⁴⁸

Normatívny systém právo by neexistoval, keby ľudia a zvlášť „personálny substrát“ systému inštitúcii verejnej moci neverili v jeho existenciu. Táto viera, či toto presvedčenie však nie je identické so znalosťou masy právnych noriem. Pre existenciu normy patriacej do individuálnej morálky jednotlivca stačí, keď je v jeho mysli a verí v jej záväznosť, ale pre právnu normu je to veľmi málo.

Právo nie je individuálny, ale spoločenský normatívny systém, a preto potrebuje spoločenské uznanie za právo. Zvláštny význam tu má uznanie už spomínaným „personálnym substrátom“ inštitúcii neverejnej moci, ale presadzovať právny poriadok, ktorý väčšina spoločnosti nepovažuje za právo a preto ho odmieta je ťažké a na hranici nemožnosti.

⁴⁷ LLEWELLYN, K. N. *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962, s. 207.

⁴⁸ PECZENIK, A. *A Theory of Legal Doctrine. Ratio Juris*. Vol. 14, No. 1, March 2001 (75–105), s. 89.

Právna norma nie je hmotnou vecou, ale myšlienkou a informáciou, a preto môže byť a obvykle i je súčasne na viacerých miestach, v texte i v ľudskej mysli. Pre jej právnosť však nie je rozhodujúce umiestnenie v ľudskej mysli (okrem právnej obyčaje), ale v prameni práva vo formálnom zmysle, ktorý je tým čím je preto, lebo ľudia sú presvedčení, že právnou normou je to čo je vo formálnom prameni práva obsiahnuté. Pre právnosť jednotlivkej normy je určujúca vonkajšia forma prameňa práva vo formálnom zmysle. Prameňom práva vo formálnom zmysle je to čo dodáva svojmu obsahu, norme jej právnosť. Možnosť existencie právnej normy na viacerých miestach zároveň zdanlivo znižuje význam otázky jej situovania. Skutočným problémom sa stáva, ktoré z jej umiestnení dodáva norme právnosť, čiže robí ju právnou normou.

Umiestnenie normy do individuálnej ľudskej mysle vedie k osobnému normatívnemu systému,⁴⁹ ktorý má každý človek, ale tento nie je právnym. Takáto individualizácia právnych noriem, ba i právnych systémov by asi bola vyvažovaná len spoločenským kontextom a obdobnými výsledkami socializácie príslušníkov spoločnosti. Právo by sa stalo prvkom *forum internum* každého a stratilo by okrem iného svoju heteronómnosť. Dôsledok naznačenej hypotetickej situácie opísal M. Škop: „*Pokiaľ by si adresát sám tvoril predpis, obecnosť a záväznosť regulácie by bola iluzórna.*“⁵⁰

Text sa stáva nosičom normy až vtedy, keď k nemu ľudia ako k jej nosiču prístupujú. Títo k nemu prístupujú ako k nosiču právnych noriem preto, lebo má vonkajšiu formu niektorého z prameňov práva vo formálnom zmysle. Uznatie za právo neprebíha na úrovni jednotlivkej normy, ale na úrovniach prameňov práva vo formálnom zmysle a právneho poriadku (systému).

Koncepcia umiestňujúca právnú normu do ľudskej mysli zahŕňa vnútorné napätie. Jej subjektívny rozmer znamená, že právom je to, čo človek, či ľudia pokladajú za právo. Ak je právna prax výrazom toho, čo ľudia pokladajú za právo, tak títo právne normy hľadajú v prameňoch práva vo formálnom zmysle. Štandardná právna argumentácia sa odvoláva na pravidlo konania – právnú normu obsiahnutú v určitom ustanovení právneho predpisu alebo tvoriacu *ratio decidendi* súdneho rozhodnutia. Vychádza z názoru, že právna norma je v texte prameňa práva obsiahnutá. Teórie umiestňujúce právnú normu do ľudskej mysle upozorňujú, že samotná existencia a zvlášť všeobecná záväznosť práva majú jeden zo svojich významných koreňov v presvedčení a postoji ľudí, v tom, že vytvorili a zachovávajú právo, že sú presvedčení o jeho záväznosti pre seba i pre iných.

„*Právo má pôvod v normatívnom postoji, a to vtedy, ak je normativita fixovaná inštitucionalizáciou, ktorá až definuje tú oblasť, v ktorej možno očakávaní oprieť o – takpovediac – predpokladané (dôvodne predpokladané) očakávaní očakávaní „tretích“, resp. čo je ďalší stupeň inštitucionalizácie, tretej strany.*“⁵¹ Petříčkovu spojenie normatívneho postoja, čiže niečoho koniec koncov individuálneho a subjektívneho s inštitucionalizáciou ako formou objektivizácie odhaľuje významnú časť spojenia postojov mnohých individuí s objektivizáciou práva, ktorá znamená skoro bezvýnimčne jeho písomné zachytenie a stabilizáciu.

⁴⁹ PATTARO, E. *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Dordrecht – Netherlands, Springer, 2005, s. 127.

⁵⁰ ŠKOP, M. *Hľadání příběhu. Narativní obrat v právu*. Brno: Masarykova Univerzita, 2012, s. 81.

⁵¹ PETŘÍČEK, M. *Majestát zákona. Raymond Chandler a pozdní dekonstrukce*. Praha: Herrmann & synové, 2000, s. 159.

Nie náhodou sa téza o právnej norme v ľudskej mysli objavuje častejšie vo (väčšinou kvalitných) prácach o výklade práva nadväzujúcich vlastne na tézu H.-G. Gadamera: „... *výklad zákona v právnom zmysle je úkonom vytvárajúcim právo.*“⁵² Veď ak je interpretácia práva tvorivým procesom, čo nesporne je, tak čo je výsledkom či produktom tejto tvorby ak nie právna norma vyvodená z textu formálneho prameňa práva? Tvorivým však je i poznávanie a porozumenie. Komentáre k zákonom a zvlášť ku kódexom patria v právnickej obci k ceneným vedeckým dielam a ich autorom prinášajú úctu a všeobecné uznanie. Prítom ide o diela, ktorých zmyslom je poznanie a porozumenie textu zákona, čiže výklad časti práva ako systému právnych noriem a ich vzťahov. Tento výklad sa však neviaže na určitý existujúci skutkový stav.

Ak má pravdu H.-G. Gadamer, že „... *zmysel textu, všeobecne vzaté, ďaleko presahuje to, čo mal na mysli jeho tvorca*“⁵³ a hlavne „*zmysel nejakého textu sa týka toho, čo chce povedať*“⁵⁴ tak text má svoj zmysel a obsah, ktorý sa rôzne správne poznáva a dotvára či pretvára v kontexte interpretáciou. Obsahom a azda i zmyslom textu prameňa práva sú potom právne normy, ktorých poznanie a rekonštrukcia predstavujú onú rekonštrukciu myšlienky obsiahnutej v zákone.

Norma je právnou len na základe svojho situovania v ľudskej mysli iba vtedy, keď zdrojom jej platnosti a tým i záväznosti nie je jej zachytenie ako obsahu, či významu nejakého textu, ale bezprostredne spoločenské presvedčenie o právnej záväznosti určitého pravidla konania. Uvedenej charakteristike vyhovujú len normy obyčajového práva. Právna norma sa teda nachádza v niektorom z prameňov práva vo formálnom zmysle, čo iba u noriem obyčajového práva znamená koniec koncov mysle mnohých ľudí.

Ostatné pramene práva vo formálnom zmysle majú podobu textu, čo okrem iného znamená, že tu výklad práva predstavuje zároveň výklad tohto textu i v ňom obsiahnutej právnej normy. Aj právna obyčaj je v zásade zachytená v písomnej čiže v textovej podobe a teda i jej výklad znamená ono spojenie výkladov textu a v ňom obsiahnutej normy, ale na rozdiel od ostatných prameňov práva vo formálnom zmysle tu zachytenie v texte nemá konštitutívny, ale „len“ informačný a stabilizujúci význam. Mohla by teda existovať i bez písomného zachytenia.

* * *

Koncepcie umiestňujúce právnu normu do ľudskej mysle a chápuce ju ako výsledok výkladu práva, či textu formálneho prameňa práva si zaslúžia pozornosť. Väčšinou sú obsiahnuté v intelektuálne príťažlivých právno-teoretických dielach a ich prípadná správnosť by mala viesť ku prepracovaniu významných častí štandardnej teórie práva. I keď by neboli správne, čo je názor autora týchto riadkov, obohatili právne myslenie.

Tento príspevok vznikol v rámci projektu VEGA „Nové v právnom myslení. (Reakcia právneho myslenia na nové v spoločnosti, iných vedných oblastiach a prírode)“ č. 2/0073/14

JUDr. Eduard Bárány, DrSc.

Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied

⁵² GADAMER, H. G. *Pravda a metoda. II.* Praha: Triáda, 2011, s. 334.

⁵³ GADAMER, H. G. *Pravda a metoda. I. Nárys filozofické hermeneutiky.* Praha: Triáda, 2010, s. 322.

⁵⁴ GADAMER, H. G. *Pravda a metoda II.* Praha: Triáda, 2011, s. 25–6.

Romana Rogalewiczová

PRÁVO RODIČE NA URČENÍ MÍSTA BYDLIŠTĚ DÍTĚTE

Abstrakt: Článek se zabývá problematikou určení místa bydliště dítěte v aktuální právní úpravě. Uporozorňuje na pojetí práva určit místo bydliště podle dřívější právní úpravy a především zdůrazňuje možné problémy a otázky, které se v souvislosti s novou právní úpravou mohou vyskytnout. Vedle důvodů, které mohou ke změně místa bydliště dítěte vést, a následků, které taková změna může přinést jak pro dítě, tak pro rodiče, do jehož péče dítě nebylo svěřeno, se článek zaměřuje na otázky, kterými se soud v řízení o významné záležitosti dítěte bude muset zabývat. Stejně jako část je zaměřena na problém, jak by měl soud ve věci rozhodovat, jak by měl být správně formulován návrh a zda bude řízení o významné záležitosti dítěte vhodným řešením pro všechny situace. Poukázáno je rovněž na problematiku vykonatelnost soudního rozhodnutí o významné záležitosti dítěte. Autorka nastiňuje podobnost řízení o navrácení dítěte v případech mezinárodních únosů dětí a řízení o určení místa bydliště dítěte v případech, že došlo ke změně místa bydliště dítěte bez souhlasu druhého rodiče. Rovněž je představeno řešení této problematiky podle německého a rakouského práva. V závěru autorka doporučuje možná a vhodná řešení pro předcházení konfliktním situacím.

Klíčová slova: místo bydliště, obvyklé bydliště, rodičovská odpovědnost, rodiče, děti, soudní řízení, významná záležitost dítěte

ÚVOD

S účinností zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále jen OZ) přibylo do výčtu práv a povinností, které jsou součástí rodičovské odpovědnosti, právo a současně povinnost rodičů určit místo bydliště dítěte. Ačkoliv není pochyb o tom, že toto právo vždy bylo součástí rodičovské odpovědnosti, výslovně je zákon o rodině v této souvislosti dříve neuváděl.¹ Judikaturou ale byla otázka určení místa bydliště dítěte řazena mezi otázky patřící k podstatným věcem při výkonu rodičovské odpovědnosti.² Tato skutečnost se promítla i v nové právní úpravě (v ustanovení § 877 odst. 2 OZ), kdy určení místa bydliště je považováno za významnou záležitost dítěte. Samotné ustanovení však nabízí řadu sporných otázek týkajících se jeho výkladu a praktické realizace výkonu práva na určení místa bydliště dítěte. Ve svém příspěvku bych ráda alespoň některé z těchto otázek otevřela a zamyslela se nad jejich možným řešením.

Doposud nepatřily spory rodičů o to, kde bude místo bydliště dítěte, ve smyslu § 49 zákona č. 94/1963 Sb., zákona o rodině (dále jen ZoR), mezi soudy nejfrekventovaněji řešené otázky. Pokud došlo k podání návrhu podle § 49 ZoR, obvykle to bylo v souvislosti s prevencí proti mezinárodnímu únosu dítěte. Rodič, který dítě neměl v péči, s přestěhováním dítěte do zahraničí nesouhlasil a druhý rodič se snažil touto cestou získat rozhodnutí soudu nahrazující jeho souhlas. Je samozřejmě možné, že rodiče nebudou možnost zahájit řízení podle § 877 OZ hojně využívat, a tak předložená otázka zůstane pouze v akademické rovině. Nelze však vyloučit ani variantu, že výslovná úprava v OZ

¹ Podle důvodové zprávy bylo právo určit místo bydliště dítěte součástí péče o dítě; blíže viz Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, k § 855–859. ASPI [databáze]. Verze 13+ pro Windows. Wolters Kluwer ČR, 2013 [cit. 2014-10-20].

² K tomu např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 30. 11. 1967, sp. zn. 5 Cz 119/67.

dá rodičům prostor a nabídne nový prostředek, jak si za pomoci justičního aparátu vzájemně, a bohužel i svému dítěti, komplikovat život.

1. MÍSTO BYDLIŠTĚ

Ustanovení § 858 OZ výslovně uvádí mezi právy a povinnostmi rodičů náležejícími do rodičovské odpovědnosti „určení místa bydliště dítěte“. Které místo je považováno za bydliště člověka, uvádí § 80 OZ, zde ale nenajdeme jednoznačnou odpověď na otázku, co přesně je pojmem bydliště myšleno: „Člověk má bydliště v místě, kde se zdržuje s úmyslem žít tam s výhradou změny okolností trvale.“³ Podle § 858 OZ doplněného o ustanovení § 80 OZ tedy má každý rodič právo a povinnost určit místo, kde bude jeho dítě trvale žít. Jak úzce ale v této souvislosti vykládat pojem místo? Jedná se o konkrétní byt nebo dům? Nebo je pojmem místo myšlena obec? Nebo může být výklad ještě širší a vztahovat se na kraj nebo dokonce celý stát? Důvodová zpráva k OZ pouze doplňuje, že bydliště má být chápáno ve smyslu faktickém a nikoliv administrativním a že tudíž není vyloučeno, aby osoba měla bydliště i na více místech.⁴

Určení místa bydliště dítěte je ze zákona významnou záležitostí dítěte a rodiče se tedy mají dohodnout. V návaznosti na výše položenou otázku ale není jasné, v čem konkrétně by měla shoda rodičů spočívat, zejména v situacích, kdy dítě žije pouze s jedním z rodičů.⁵ Pokud se rodič, který má dítě v péči, rozhodne přestěhovat v rámci jednoho města do jiného domu,⁶ musí s takovou změnou souhlasit i druhý rodič? A co se stane, pokud souhlasit nebude? Doslovným výkladem zákona dojdeme k závěru, že souhlas obou rodičů je zapotřebí k jakékoliv změně místa bydliště dítěte, tedy i kdyby došlo ke stěhování v rámci jednoho domu do vedlejšího bytu na stejném poschodí.

Vzhledem k tomu, že v české právní úpravě podrobnější výklad nenajdeme, bude potřeba hledat pomoc v judikatuře. Nabízí se judikatura Soudního dvora Evropské unie. V kontextu evropského práva je pojem bydliště řešen především v souvislosti s určením, ve které zemi osoba má nebo měla obvyklé bydliště. Nicméně klíčové rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci A (sp. zn. C-523/07) ze dne 2. 4. 2009 lze zobecnit i pro určení místa v konkrétní zemi. Dle tohoto rozhodnutí „*obvyklé bydliště odpovídá místu, které vykazuje určitou integraci dítěte v rámci sociálního a rodinného prostředí. Za tímto účelem musí být přihlédnuto zejména k trvání, pravidelnosti, podmínkám a důvodům pobytu na území členského státu a přestěhování rodiny do tohoto státu, ke státní příslušnosti dítěte, k místu a podmínkám školní docházky, k jazykovým znalostem, jakož i k rodinným a sociálním vazbám dítěte v uvedeném státě. Vnitrostátnímu soudu přísluší určit místo obvyklého bydliště dítěte s přihlédnutím ke všem konkrétním skutkovým okolnos-*

³ § 80 odst. 1 věta první před středníkem OZ.

⁴ K tomu blíže Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, k § 80. ASPI [databáze]. Verze 13+ pro Windows. Wolters Kluwer ČR, 2013 [cit. 2014-10-20].

⁵ Vycházím z předpokladu, že pokud rodiče žijí spolu, jsou schopni se dohodnout na tom, kde budou společně žít a kde tedy budou žít i jejich děti. Samozřejmě mohou nastat i situace, kdy ani ve fungující rodině se nedaří najít společné řešení otázky, kde bude rodina žít. Problematika umístění rodinné domácnosti ve smyslu § 743 OZ ale není předmětem tohoto příspěvku.

⁶ Např. v souvislosti se změnou životní a ekonomické situace se rozhodne přestěhovat do většího nebo menšího bytu.

tem v každém jednotlivém případě.“⁷ Z toho tedy vyplývá, že bydlištěm dítěte je místo, kde je dítě integrováno v sociálním a rodinném prostředí, jsou zde vytvořeny podmínky pro trvalé bydlení a existuje pádný důvod pro výběr právě tohoto místa. Dítě by zde mělo vykonávat školní docházku a mělo by mít v tomto místě vytvořené rodinné a sociální vazby. Vždy je však třeba přihlížet ke konkrétním okolnostem případu (pokud se dítě má s rodičem z určitého důvodu stěhovat do nového místa bydliště, nelze očekávat, že již předem tam bude mít vytvořené rodinné a sociální vazby a bude tam integrováno. Mělo by se však dát očekávat, že bude mít v daném místě podmínky, aby si takové vazby vytvořilo, nebo aby stávající vazby zejména k rodině nebyly podstatně narušeny nebo dokonce přerušeny).

2. ZMĚNA MÍSTA BYDLIŠTĚ

2.1 Možné důvody pro změnu místa bydliště

V souvislosti se změnami místa bydliště není od věci se zamyslet nad důvody, které k nim mohou vést:

- *objektivní nutnost*: Pokud dojde k uplynutí doby, na kterou byla sjednána nájemní smlouva, k vypovězení nájemní smlouvy ze strany pronajímatele, nebo byt či dům se stane neobyvatelným, musí ke změně místa bydliště dojít.
- *ekonomické důvody*: Náklady na bydlení jsou příliš vysoké; buď došlo k jejich zvýšení, nebo se náklady na bydlení nezměnily, ale změnila se ekonomická situace rodiče, který má dítě v péči, a je nutné hledat levnější variantu. V takové situaci, pokud druhý rodič se změnou místa bydliště nesouhlasí, může být alternativou, že se bude na nákladech na bydlení podílet, tzn. bude přispívat na pokrytí těchto nákladů. Stejně tak může být důvodem pro změnu bydliště i zlepšení ekonomické situace rodiče, který má dítě v péči. V takovém případě je třeba zohlednit především zájem dítěte a možné zlepšení podmínek dítěte, kdy v novém, pravděpodobně větším bytě může mít dítě vlastní pokoj apod.
- *pracovní důvody*: Rodič, který má dítě v péči, získal zajímavou pracovní nabídku v jiném městě, nebo nemůže sehnat práci v dané oblasti, proto se rozhodne přestěhovat do místa s nižší nezaměstnaností nebo většími pracovními příležitostmi, nebo je nucen změnit bydliště z důvodu změn ve svém stávajícím zaměstnání.
- *osobní důvody*: Rodič, který má dítě v péči, založil novou rodinu a je potřeba pořídit větší byt nebo dům, nebo se stěhuje k novému partnerovi, případně následuje nového partnera, který musí změnit bydliště z některého z ostatních uvedených důvodů.
- *rodinné důvody*: Rodič, který má dítě v péči a který pochází z jiného místa, než kde rodina společně žila, a nemá k tomuto místu žádné vazby, nemá zde žádné přátele, žádné zázemí, se po rozchodu rozhodne vrátit se do místa svého původu, nebo jej k tomuto návratu přimějí okolnosti (např. péče o nemocné rodiče apod.).

⁷ Rozsudek Soudního dvora (třetího senátu) ze dne 2. 4. 2009 (žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Korkein hallinto-oikeus – Finsko) (Věc C-523/07) [online]. Dostupné z: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74468&pageIndex=0&doclang=CS&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=32540>>, [2014-06-29].

- *bez důvodu*: Nejčastěji je v pozadí zdánlivě bezdůvodné změny bydliště snaha „odstříhnout se“ (a především dítě) od druhého rodiče, snaha co nejvíce zkomplikovat vzájemné kontakty, vymazat druhého rodiče ze života dítěte. Takováto změna je pak samozřejmě naschválem, ačkoliv může být maskována za kterýkoliv z výše uvedených důvodů pro změnu bydliště.

2.2 Dopady změny bydliště na dítě a na rodiče

Se změnou bydliště pochopitelně souvisí následky pro dítě samotné, ale často dochází i k následkům pro rodiče, do jehož péče dítě svěřeno nebylo. Vždy samozřejmě záleží na tom, za jakých okolností došlo ke změně bydliště a o jak velkou (ve smyslu samotného místa) změnu šlo.

Pro dítě obvykle změna bydliště, zejména pokud se nejedná pouze o stěhování v rámci menšího města nebo obce, znamená změnu školy, lékaře, v případech, kdy se jedná o stěhování nad rámec dojezdové vzdálenosti, nemá dítě nadále možnost navštěvovat zájmové kroužky, nebo minimálně musí vyhledat kroužky stejného zaměření v novém prostředí, stejně tak se výrazně omezí kontakt s kamarády, dítě je donuceno navazovat nové kontakty, vytvořit si nové sociální vazby, integrovat se v novém prostředí, může dojít i k odloučení od rodinných příslušníků, na které bylo dítě zvyklé, a ztížení kontaktu a styku s druhým rodičem může být pro dítě rovněž velmi těžké. Samozřejmě významnou roli hraje věk dítěte a především citlivost dítěte na změny a způsob, jakým změny zpracovává.

Změna místa bydliště dítěte se projeví i u rodiče, s nímž dítě nežije v rodinné domácnosti. V této souvislosti je vždy potřeba posuzovat, do jaké míry změna bydliště dítěte zkomplikuje možnost výkonu rodičovské odpovědnosti tímto rodičem. Jaký bude mít tato změna dopad na možnou realizaci styku s dítětem, zda dojde ke změnám oproti původnímu stavu (nikoliv stavu, který byl určen rozsudkem, ale faktickému stavu, jak se dítě s rodičem skutečně stýkalo) a jak velkým zásahem do života druhého rodiče tyto změny budou (např. je-li v možnostech rodiče si každý druhý víkend jezdit vyzvedávat dítě do 200 km vzdáleného města, když doposud probíhal styk ve stejném městě, kde rodič bydlí).

3. ROZHODOVÁNÍ SOUDU O VÝZNAMNÉ ZÁLEŽITOSTI DÍTĚTE

Pokud rodič, který nemá dítě ve své péči, se změnou místa bydliště dítěte nesouhlasí, nebo vůbec nedostal možnost se na rozhodování podílet, se rozhodne věc řešit postupem podle § 877 odst. 1 OZ, rozhoduje o významné záležitosti dítěte soud. S výjimkou situací, kdy došlo ke změně místa bydliště bez vědomí jednoho z rodičů, je předpokladem pro podání návrhu k soudu skutečnost, že se rodiče pokusili o dohodu, že otázku místa bydliště dítěte společně řešili a ke společnému řešení nedospěli. Skutečnost, že mezi rodiči probíhala diskuse o významné záležitosti dítěte, je potřeba před soudem dokázat.⁸ Tato povinnost dokazovat proběhnuvší komunikaci mezi rodiči ovšem výslovně nevyplývá ze zákona samotného, ale je na ni upozorněno pouze v důvodové zprávě.

⁸ NOVOTNÝ, P. – IVIČIČOVÁ, J. – SYRŮČKOVÁ, I. – VONDRÁČKOVÁ, P. *Nový občanský zákoník. Rodinné právo*. Praha: GRADA Publishing, 2014, s. 155. K tomu také Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanskému zákoníku, k § 877. ASPI [databáze]. Verze 13+ pro Windows. Wolters Kluwer ČR, 2013 [cit. 2014-10-20].

O čem bude soud podle § 877 odst. 1 OZ rozhodovat, by mělo být zřejmé z petitu samotného návrhu rodiče. Jak by ale měl petit znít, aby nedošlo k zásahu do práva třetí osoby (v tomto případě rodiče, jemuž bylo dítě svěřeno do péče), a především tak, aby rozhodnutí bylo vykonatelné, je velmi složitá otázka.

Z pohledu procesního práva bude řízení vedeno podle zákona č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních (dále jen ZZŘS), konkrétně podle ustanovení § 466 písm. j). Toto řízení je možné zahájit pouze na návrh zákonného zástupce dítěte. Soud je tedy v těchto řízeních vázán návrhem rodiče a v souladu s ustanovením § 26 ZZŘS nemůže přisoudit něco jiného, než navrhopatel požadoval. Dále je nutno poznamenat, že i když se změnou místa bydliště nesouhlasí ani samotné dítě, není oprávněno zahájit řízení podle § 877 odst. 1 OZ. Může se pouze dovolat pomoci u rodiče, do jehož péče nebylo svěřeno a který může hájit jeho názor a zájem cestou tohoto soudního řízení.

Při svém rozhodování by soud měl především vyhodnotit, jaké řešení nejlépe odpovídá zájmům dítěte, a je-li to s přihlédnutím k věku a rozumovému vývoji dítěte možné, pak by měl přihlédnout k názoru dítěte. Tyto dvě skutečnosti, tj. zohlednění názoru dítěte a zjištění, co je pro dítě nejlepší, by pak měly zajistit, že bude rozhodnuto v zájmu blaha dítěte.

3.1 Řízení zahájené před změnou místa bydliště dítěte

Před samotnou změnou místa bydliště se mohou na soud obrátit oba dva rodiče. Rodič, který má dítě v péči a chce se stěhovat, může žádat, aby soud určil jako místo bydliště dítěte novou destinaci. Rodič, který dítě do péče svěřeno nemá a který se stěhováním nesouhlasí, by měl požadovat, aby soud rozhodl, že místo bydliště dítěte se nemá měnit. Při samotném posuzování změny místa bydliště by měl soud přihlédnout především k zájmům dítěte. Dítě se totiž rozhodnutí rodiče, s nímž žije v rodinné domácnosti, většinou nemůže bránit.⁹ Vedle toho by však soud měl vždy zohlednit také okolnosti, za kterých ke změně místa bydliště dochází, a zkoumat důvody, ze kterých ke změně dochází. Také je ale nutné přihlédnout k situaci rodiče, který má dítě ve své péči. Za jednu z nejpodstatnějších okolností pro rozhodnutí považuji i to, kam se místo bydliště dítěte mění a jak tato změna ovlivní výkon rodičovské odpovědnosti a dosavadní vztah mezi dítětem a rodičem, kterému dítě nebylo svěřeno do péče. Jinak by totiž mohlo být soudní řízení využíváno pouze k šikanování rodiče, který dítě v péči má, a ke snaze o trvalý dohled nad jeho soukromým životem.

Dle ustanovení § 877 odst. 1 OZ má soud rozhodovat o významné záležitosti dítěte. Předmětem jeho rozhodnutí by tedy mělo být určení, jak bude významná záležitost dítěte řešena. Může ale v tomto případě soud rozhodnout v podobě uložení zákazu (změnit místo bydliště dítěte), nebo povinnosti strpět (změnu místa bydliště dítěte) rodičům? Z hlediska výkonu rozhodnutí i praktického využití do budoucna (pokud soud určí konkrétní místo bydliště dítěte a po nějaké době se rodič s dítětem bude chtít opět stěhovat, bude nutné zahájit nové soudní řízení a rozhodnutí změnit) by taková formulace výroku byla jistě praktická. Nedomnívám se však, že při rozhodování o významné záležitosti dítěte může soud ukládat povinnosti rodičům.¹⁰

⁹ KRÁLÍČKOVÁ, Z. *Lidskoprávní dimenze českého rodinného práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 72–73.

3.2 Řízení zahájené po změně místa bydliště dítěte

Výrazně složitější je situace, pokud se jeden z rodičů (zpravidla to bude ten, který se změnou místa bydliště nesouhlasí) na soud obrátí až tehdy, kdy už ke změně bydliště dítěte fakticky došlo. I v tomto případě má soud určit místo bydliště dítěte. Nabízí se pak tři možnosti rozhodnutí:

1. Soud určí, že místem bydliště dítěte je stávající nové místo bydliště (to je však možné pouze v případě, že by rodič, který má dítě v péči, podal vzájemný návrh k původnímu návrhu rodiče, který se změnou místa bydliště nesouhlasí. Jinak soud takovéto rozhodnutí učiní zamítnutím návrhu rodiče).
2. Soud shledá, že ke změně místa bydliště nemělo dojít a určí, že místem bydliště dítěte zůstává původní místo bydliště. To bude zpravidla znamenat schválení návrhu rodiče, který se změnou místa bydliště dítěte nesouhlasil. Zde nastávají dvě problematické a obtížně řešitelné situace: jak postupovat, pokud již není možné se fakticky do původního bydliště vrátit (byt nebo dům byl prodán, nájem ukončen atd.)? Jako řešení bych v tomto případě viděla, že soud určí jako místo bydliště dítěte například pouze obec, nikoliv konkrétní adresu, na které by mělo být bydliště dítěte. A jak dosáhnout toho, aby se dítě do původního místa bydliště vrátilo? Protože jen těžko si lze představit, že se dítě do původního bydliště vrátí samo, bez rodiče, kterému bylo svěřeno do péče. A na druhou stranu soud nemůže rozhodovat o místě bydliště tohoto rodiče, ani mu nařídít, aby se vrátil společně s dítětem. Zejména v situaci, kdy rodič, který má dítě v péči, se již v novém bydlišti usadil, má zde zázemí, zaměstnání, dítě chodí do školy atd. Při rozhodování musí být také vždy individuálně posouzeno, jak se bude dítě vyrovnávat s další změnou, byť by tato změna znamenala návrat do původního domova.
3. Soud jako místo bydliště dítěte určí bydliště rodiče, který podal návrh, tedy rodiče, do jehož péče dítě nebylo svěřeno. Opět za předpokladu, že by to rodič navrhl. Tím by ale fakticky došlo k rozhodnutí o změně péče o dítě.

3.3 Nové řízení o úpravu poměrů dítěte

Podle mého názoru je změna místa bydliště bez souhlasu jednoho z rodičů tak zásadním zásahem do poměrů dítěte, že je důvodem pro podání návrhu na změnu úpravy práv a povinností vyplývajících z rodičovské odpovědnosti¹¹ (jinými slovy péče a výživy). Došlo-li tedy již k přestěhování, není na místě řešit takovou situaci postupem podle § 877 odst. 1 OZ, ale je vhodnější podat návrh podle ustanovení § 909 OZ. V tom případě by se jednalo o řízení podle § 466 písm. b) ZZŘS. Takové jednání je možné zahájit i bez návrhu rodičů. Bohužel ne vždy má rodič podmínky, možnosti a zájem o to, aby dítě bylo svěřeno do jeho péče. Mohou nastat i situace, kdy změna místa bydliště dítěte sice významně zkomplikuje jejich vzájemný vztah, ale rodič si je vědom, že dítěti nemůže nabídnout takové zázemí, aby mělo smysl uvažovat o zahájení řízení o změně úpravy

¹⁰ Zde vycházím především z formulace výroků o jiných významných záležitostech dítěte. Např. rozhoduje-li soud o tom, kterou školu má dítě navštěvovat, určí ve svém rozhodnutí konkrétní instituci, kam má být dítě zapsáno, neukládá rodičům ani povinnost strpět, že tam bude zapsáno, ani zákaz zapsat dítě jinam.

¹¹ NOVOTNÝ, P. – IVIČÍČOVÁ, J. – SYRŮČKOVÁ, I. – VONDRÁČKOVÁ, P. *Nový občanský zákoník. Rodinné právo*. Praha: GRADA Publishing, 2014, s. 168.

poměrů k dítěti. Nebo rodič sice chce mít své dítě nablízku, ale nemá zájem se o ně celodenně starat.

Domnívám se, že v souvislosti se změnou místa bydliště dítěte by mělo řízení o změně výkonu práv a povinností vyplývajících z rodičovské odpovědnosti proběhnout ve většině případů. Změna bydliště má totiž praktické dopady v této oblasti. Zejména pokud se změní okolnosti, za kterých se rodič s dítětem může nadále stýkat. Mohou se mu v této souvislosti změnit náklady na realizaci styku s dítětem. Nebo není možné realizovat styk v rozsahu dle původního rozhodnutí nebo dohody. V této souvislosti by pak také měla být upravena vyživovací povinnost rodiče k dítěti, v níž by měly být právě náklady na realizaci styku zohledněny.

K zahájení nového řízení o úpravu poměrů dítěte již může dát podnět i samotné dítě, respektive na základě upozornění dítěte nebo orgánu sociálně-právní ochrany dětí, na který se dítě obrátí, může soud podle OZ¹² i ZZŘS¹³ řízení zahájit i z úřední povinnosti. Je však otázkou, zda soud rozhodne o změně výchovných poměrů a svěří dítě do péče druhého rodiče a tím ho vrátí do místa původního bydliště, pokud tento rodič sám nevyvíjí žádnou iniciativu.

3.4 Vykonatelnost rozhodnutí

Problematickou se jeví také vykonatelnost rozhodnutí určujícího místo bydliště dítěte. ZZŘS neobsahuje speciální úpravu týkající se výkonu rozhodnutí o významných záležitostech dítěte, na kterých se rodiče nemohou dohodnout. Z tohoto důvodu je nutné využít analogicky ustanovení zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu (dále jen OSŘ). Aby bylo rozhodnutí vykonatelné, měl by soud ve výroku nejenom určit, kde má být místo bydliště dítěte. Současně by měl rodiči, v jehož péči se dítě nachází, uložit i povinnost zajistit, aby v tomto místě dítě skutečně bydliště mělo. V případě nesplnění takové povinnosti by přicházel v úvahu výkon rozhodnutí podle § 351 OSŘ. Rodiči by tedy bylo možno uložit pokutu až do výše 100.000,- Kč a to i opakovaně. Zde však narážíme na tradiční problém výkonu rozhodnutí formou ukládání pokut v souvislosti s rozhodnutím týkajícím se nezletilých dětí. V těchto situacích se uložená pokuta nevyhnutelně dotkne i životní situace dítěte, protože finanční postih rodiče, do jehož péče bylo svěřeno, musí mít nutně dopad na životní úroveň dítěte, které s ním žije v rodinné domácnosti. Nabízí se tak otázka efektivity využití tohoto způsobu výkonu rozhodnutí v praxi.

3.5 Paralela s mezinárodními únosy dětí

Změna místa bydliště dítěte může proběhnout buď v rámci republiky, nebo i přes hranice. Ve druhém případě, pokud k takové změně dojde bez vědomí nebo bez souhlasu druhého rodiče, se jedná o protiprávní přemístění dítěte ve smyslu haagské Úmluvy o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí¹⁴ (dále jen haagská Úmluva), tedy o mezinárodní únos dítěte.

¹² § 909 OZ.

¹³ § 475 odst. 1 ZZŘS.

¹⁴ Úmluva o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí přijatá dne 25. 10. 1980 Haagskou konferencí mezinárodního práva soukromého.

Paradoxně tak může dojít k situaci, kdy se dítě s rodičem, do jehož péče bylo svěřeno, přestěhuje např. do města vzdáleného 20 km od místa původního bydliště, které se ale nachází za hranicemi. Takové přemístění je považováno za mezinárodní únos dítěte a zahraniční soud by měl, za splnění podmínek předpokládaných haagskou Úmluvou, rozhodnout o navrácení dítěte do místa obvyklého bydliště, tedy do České republiky. Pokud se však přestěhuje rodič s dítětem na druhý konec republiky do místa vzdáleného 300 km, o žádný únos se nejedná. Český soud sice může na návrh druhého rodiče rozhodovat o významné záležitosti dítěte a tím určit místo bydliště dítěte, nemůže ale nařídít jeho návrat do místa původního bydliště v rámci republiky. Přitom okolnosti jsou v obou případech stejné – dítě bylo vytrženo ze svého přirozeného prostředí a je nuceno se sžívat s novými životními podmínkami. V prvním případě sice dítě žije za hranicemi, ale v relativní blízkosti svého původního domova. Ve druhém případě se dítě nachází ve stejné zemi, ale v pro ně naprosto neznámém a cizím prostředí. Nejedná se tedy jen o skutečnost, že bylo porušeno právo rodiče podílet se na rozhodování o tom, kde bude mít dítě bydliště, ale došlo i k zásadnímu zásahu do života dítěte, které je nuceno se vyrovnávat se změnami a integrovat se v novém prostředí.¹⁵

Možnou variantou soudního řešení významné záležitosti dítěte týkající se místa bydliště dítěte by tak bylo zavedení analogického řízení o navrácení dítěte v případě vnitrostátního „únosu“. Podle mého názoru současná právní úprava rozhodnutí o tom, že se dítě má navrátit do původního místa bydliště, neumožňuje. Z dikce OZ vyplývá, že soud má rozhodnout o otázce, která je pro dítě významná, v tomto případě tedy o tom, kde má dítě mít bydliště. Pokud ale došlo ke změně místa bydliště, nemůže soud nařídít, aby se dítě do původního místa bydliště navrátilo. V této souvislosti by tedy byla nutná změna zákona, a to jak OZ, tak související procesní úpravy, tedy ZZŘS.

4. VARIANTA VÝLUČNÉHO PRÁVA A POVINNOSTI PEČUJÍCÍHO RODIČE URČOVAT MÍSTO BYDLIŠTĚ DÍTĚTE

Objevil se i názor, že spolu s rozhodnutím o tom, komu bude dítě svěřeno do péče, soud současně i určuje, kdo má právo určovat místo bydliště dítěte. Jinými slovy, že dítě má sledovat místo bydliště rodiče, kterému bylo svěřeno do péče.

S tímto názorem jsem schopna se ztotožnit jen velmi omezeně. Je nepopiratelným faktem, že v rozhodnutí o úpravu poměrů dítěte soud vlastně potvrzuje již existující *status quo* místa bydliště dítěte. Typické je to zejména v situacích, kdy jeden z rodičů i s dítětem opustí rodinnou domácnost. S takovým postupem druhý rodič ne vždy souhlasí a fakticky tak dojde ke změně místa bydliště dítěte, aniž by druhý rodič měl možnost se na rozhodnutí o novém bydlišti podílet. Místo řízení o významné záležitosti dítěte ale rodiče zahajují řízení o úpravě poměrů dítěte. Rozhodnutím o svěřením dítěte do péče jednoho z rodičů tak soud buď rozhodne o navrácení dítěte do místa jeho původního bydliště, nebo většinou tímto rozhodnutím fakticky schválí nové místo bydliště dítěte.

Dítě by podle mého názoru mělo následovat místo bydliště rodiče, s nímž sdílí rodinnou domácnost, pouze v případech, kdy se taková změna nijak nedotkne zájmů dítěte

¹⁵ LANG, P. – SEDLÁK, P. Malicherný (ne)spor. In: R. Šínová a kolektiv. *Řízení ve věcech rodinněprávních v České republice, Slovenské republice a Německu a jejich aktuální problémy*. Praha: Leges, 2010, s. 279.

a nezasáhne do výkonu rodičovské odpovědnosti druhého rodiče. Konkrétně se jedná o situaci, kdy se mění místo bydliště v rámci jedné obce. Dítě tedy nemusí měnit školu, může nadále navštěvovat stejné zájmové kroužky, stýkat se se svými kamarády apod. Za samozřejmost považuji skutečnost, že nové bydlení je vyhovující a vhodné pro dítě, tzn. nezhorší se životní podmínky dítěte. Nutným předpokladem je, že druhý rodič se bude moci beze změny stýkat s dítětem stejně jako doposud ve stejném rozsahu a s vynaložením stejných nákladů. Za těchto okolností se domnívám, že není důvod, proč by rodič, do jehož péče bylo dítě svěřeno, nemohl sám rozhodnout o změně místa bydliště dítěte, a dítě by tak mělo sdílet jeho místo bydliště. Samozřejmě i v tomto případě je potřeba zajistit, aby změna byla v zájmu dítěte a nedošlo k ohrožení blaha dítěte.

Ve zcela obecné rovině však s názorem, že dítě sdílí místo bydliště rodiče, do jehož péče bylo svěřeno, nemohu souhlasit. Vzhledem k tomu, že právo a povinnost určit místo bydliště dítěte je podle § 858 OZ součástí rodičovské odpovědnosti, náleží, stejně jako rodičovská odpovědnost sama, oběma rodičům.¹⁶ Zbavit rodiče tohoto práva a povinnosti, omezit toto právo a povinnost nebo pozastavit jejich výkon je možné pouze ze zákonem stanovených důvodů na základě rozhodnutí soudu. Pokud by tedy soud při rozhodnutí o svěření dítěte do péče jednoho z rodičů současně určil, že tento rodič má výlučné právo a povinnost určovat místo bydliště dítěte, nebo že místo bydliště dítěte se mění spolu s místem bydliště jednoho rodiče, je tím druhý rodič z rozhodování o místě bydliště dítěte předem vyloučen. Rozhodnutí o omezení výkonu rodičovské odpovědnosti pouze v otázce určování místa bydliště dítěte, pokud se rodič na výkonu rodičovské odpovědnosti řádně podílí, není ve většině případů podle mého názoru ze zákona možné. Ustanovení § 870 OZ umožňuje omezení rodičovské odpovědnosti pouze tehdy, pokud ji rodič řádně nevykonává a současně je to v zájmu dítěte. Teoreticky by tedy takové omezení přicházelo v úvahu v těch případech, pokud by rodič svoje právo podílet se na rozhodování o místě bydliště dítěte zneužíval k šikanování rodiče, který má dítě v péči, a nikoliv k hájení zájmů dítěte a snaze o řádné plnění svých rodičovských povinností.

5. ŘEŠENÍ V ZAHRANIČÍ

V otázce určování místa bydliště dítěte je velmi zajímavá úprava v německém občanském zákoníku (Bürgerliches Gesetzbuch, dále jen BGB). Tato úprava souvisí s odlišným pojetím rodičovské odpovědnosti, respektive v německém rodinném právu rodičovské péče. Výchozí úpravou BGB je společná péče rodičů o dítě i po jejich rozvodu či rozchodu. Rodiče tak společně vykonávají i právo na určení místa pobytu dítěte (*Aufenthaltsbestimmungsrecht*, § 1631 odst. 1 BGB), dojde-li však ke sporu a rodiče se na místě pobytu dítěte nemohou dohodnout, soud na základě návrhu jednoho z nich rozhodne, na kterého z rodičů bude přeneseno právo určit místo pobytu dítěte (§ 1628 BGB). Německé soudy tedy nerozhodují o tom, kde bude dítě žít, místo rodičů, ale rozhodnou, který z rodičů bude mít v této otázce rozhodující a konečné slovo.¹⁷ Pokud dojde k přenesení výlučné rodičovské péče pouze na jednoho z rodičů, tento rodič je jediným, kdo

¹⁶ HOLUB, M. – NOVÁ, H. – PTÁČEK, L. – SLADKÁ HYKLOVÁ, J. *Zákon o rodině s komentářem, judikaturou a předpisy souvisejícími*. 9. vydání. Praha: Leges, 2011, s. 199.

¹⁷ SCHWAB, D. *Familienrecht*. 20. Auflage. München: C. H. Beck, 2012, s. 313–314.

může rozhodovat o místě pobytu dítěte. Nemusí tedy druhého rodiče vůbec do rozhodování zapojovat. A to se týká nejen stěhování v rámci Německa, ale i případného přestěhování do zahraničí.

Naproti tomu obdobně české úpravě řeší problematiku rakouský občanský zákoník (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, dále jen ABGB). Ten rozlišuje prosté a kvalifikované určení místa pobytu (*schlichte Aufenthaltsbestimmung* a *qualifizierte Aufenthaltsbestimmung*, § 162 ABGB¹⁸). Zabývá se tedy touto otázkou daleko hlouběji než náš OZ. Prostým určením místa pobytu je myšleno běžné rozhodování související s každodenní péčí o dítě, tzn. určení, kam dítě pojedete na výlet, kdy se má vrátit domů, kde stráví dovolenou apod., a vykonává je rodič, který má dítě svěřeno do péče, případně druhý rodič, když realizuje své právo na styk s dítětem. Pod kvalifikované určení místa pobytu je pak zahrnováno rozhodování o změně místa bydliště dítěte.¹⁹ Primárně toto právo náleží rodiči, který má dítě svěřeno do péče, nicméně k platnosti takového rozhodnutí je nutné informovat druhého rodiče, který by měl s tímto zásadním krokem týkajícím se společného dítěte souhlasit. Pokud se rodič k informaci nijak nevyjádří, je možné místo bydliště změnit, ale pouze v rámci Rakouska. Pokud se stěhováním rodič nesouhlasí, je na soudu, aby rozhodl, kde bude místo bydliště dítěte. Současně však ABGB výslovně upravuje, že při případném rozhodování soudu o významné otázce týkající se dítěte, pokud se rodiče neshodnou, musí soud zohlednit také práva rodiče, který má dítě v péči. Především pak právo na volnost pohybu a svobodnou volbu povolání. Pro účely přestěhování do zahraničí je podle ABGB vždy zapotřebí buď výslovný souhlas druhého rodiče, nebo schválení soudu nahrazující tento souhlas.²⁰

6. MOŽNÉ ŘEŠENÍ

Možným řešením, respektive prevencí svévolného rozhodnutí o změně místa bydliště dítěte samozřejmě je, aby spolu rodiče komunikovali. Aby veškeré změny, plánované i vynucené, vzájemně konzultovali a společně se zabývali otázkou, jaké řešení je ve vztahu k dítěti pro oba dva rodiče přijatelné a současně v nejlepším zájmu společného dítěte. Prakticky by pak nedocházelo k situacím, kdy by jeden z rodičů byl z rozhodování o místě bydliště dítěte zcela vyloučen. Samozřejmě se nelze úplně vyhnout situacím, kdy rodiče společně řešení nenajdou.

Pro tyto případy se rodičům nabízí pomoc v podobně mediačního řízení. Za pomoci zkušeného mediátora mohou dojít ke společnému kompromisu, který bude přijatelný jak pro oba rodiče, tak bude současně nejlepším řešením v zájmu dítěte. Nemusí se samozřejmě podařit najít řešení hned na prvním sezení, ale už samotná účast na mediaci rodičům mnohdy otevře nové obzory, umožní jim dívat se na věc jinými očima a přiměje je k tomu, aby se nad svým postojem ještě jednou zamysleli. Účast na mediačním nebo

¹⁸ § 162 ABGB [online]. Dostupné z: <http://www.jusline.at/162_ABGB.html>, [cit. 2014-05-11].

¹⁹ FUCIK, R. – MIKLAU, Ch. Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und Rückstellung nach dem HKÜ. In: P. Barth – A. Deixler-Hübner – G. Jelinek. *Handbuch des neuen Kindschaft- und Namensrecht*. Wien: Linde Verlag, 2013, s. 167–168.

²⁰ FUCIK, R. – MIKLAU, Ch. Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und Rückstellung nach dem HKÜ. In: P. Barth – A. Deixler-Hübner – G. Jelinek. *Handbuch des neuen Kindschaft- und Namensrecht*. Wien: Linde Verlag, 2013, s. 169.

jiném smířícím mimosoudním jednání může účastníkům řízení podle ustanovení § 474 odst. 1 ZZŘS nařídít i soud, který má rodiče vést ke smírnému řešení (přestože se na něj v těchto případech rodiče obrací, aby ve věci rozhodl v situaci, kdy oni sami nebyli schopni se dohodnout).²¹

Stejně tak se jako možné řešení nabízí i rodinná konference, kdy nejvhodnější řešení vzniklé situace za pomoci vzájemné diskuse hledají nejen rodiče, ale mohou se na něm podílet všechny osoby, kterých se takové rozhodnutí dotýká. Tedy v první řadě dítě (samozřejmě je-li to vzhledem k jeho věku a rozumové úrovni vhodné a účelné), dále pak vzdálenější příbuzní, noví partneři rodičů apod.²²

Do rozhodování by v každém případě mělo být úměrně svému věku a rozumovým schopnostem zapojeno i samotné dítě a rodiče by k jeho názoru měli také přihlídnout. Tuto povinnost ostatně rodičům ukládá v ustanovení § 876 i OZ. V případě, že dojde k situaci, kdy bude rozhodovat soud, s největší pravděpodobností, a u dětí starších 12 let zcela jistě, bude názor dítěte zjišťovat a měl by jej také zohlednit.

ZÁVĚR

Nejlepším řešením sporů o určení místa bydliště dítěte by samozřejmě bylo, kdyby rodiče byli schopni se v těchto otázkách domluvit a vždy se jim podařilo najít kompromis přijatelný pro oba a vyhovující zájmům dítěte. Nebo pokud nejsou schopni společné řešení najít sami, využili pomoci odborníků a věc řešili cestou mediace nebo rodinné konference. Tak tomu ale v mnoha situacích nebude.

Spory o určení místa bydliště dítěte nepatří mezi kauzy, které by českými soudy byly řešeny příliš často. Pokud se tak již stane, je velmi problematické, jak formulovat návrh a jak by následně měl znít výrok rozhodnutí soudu, aby takové rozhodnutí bylo efektivně vykonatelné. Je-li návrh podán s předstihem a ke změně místa bydliště ještě nedošlo, nejedná se o tak velký problém. Rodič, který se změnou bydliště dítěte nesouhlasí, může navrhnout, aby soud určil jako místo bydliště dítěte stávající místo bydliště. Rodič, který chce spolu s dítětem místo bydliště změnit, naopak bude navrhopvat, aby soud jako místo bydliště dítěte určil místo, kam se chce stěhovat. V obou případech soud buď návrhu vyhoví, nebo návrh zamítne a tím je jednoznačně rozhodnuto, zda se místo bydliště dítěte smí nebo nesmí změnit. Při takovém rozhodování vždy musí být zohledněny okolnosti – z jakého důvodu má ke změně bydliště dojít, je-li takový krok nevyhnutelný, nebo má-li rodič, který se i s dítětem chce přestěhovat, možnost řešit situaci i jiným, pro dítě a druhého rodiče přijatelnějším způsobem, a soud musí zjistit, zda změna místa bydliště nebude v rozporu s nejlepším zájmem dítěte a neohrozí blaho dítěte.

Pokud však již ke změně místa bydliště došlo, až soudní praxe bude muset ukázat, co vlastně má být výsledkem soudního rozhodnutí. Soud podle mého názoru nemůže nutit rodiče, který má dítě v péči, aby se i s dítětem do původního bydliště vrátil. Soud může shledat, že změna bydliště nebyla v nejlepším zájmu dítěte, a určí jako místo bydliště

²¹ WESTPHALOVÁ, L. In: L. Holá – L. Westphalová – A. Kováčová – O. Spáčil. *Rodinná mediace v České republice*. Praha: Leges, 2014, s. 207.

²² PAVLÍKOVÁ, G. *Rodinné konference v českých podmínkách* [29. 5. 2013], [online]. Dostupné z: <<http://www.cijedite.cz/?nav=aktuality/ostatni/312-mgr.-pavlikova-rodinne-k.html>>, [cit. 2014-06-22].

původní místo bydliště, nebo úplně jiné místo v souladu s návrhem rodiče. Pokud ale k návratu není současně zavázán i rodič, který má dítě v péči, jak se může vrátit dítě bez tohoto rodiče? Nabízí se zde možná paralela se způsobem, jak jsou řešena návratová řízení v případech mezinárodních únosů dětí: je-li v takovém případě nařízen návrat dítěte, rodič, který má dítě v péči, se může vrátit s ním. Pokud je to nezbytně nutné, druhý rodič se nějakým způsobem bude podílet na jeho zaopatření po návratu, nebo poskytne součinnost, aby návrat do původního místa bydliště byl vůbec možný. Druhou možností je, že se vrátí pouze dítě, ale do péče druhého rodiče. Za takových okolností by ale neprodleně mělo následovat řízení o nové úpravě výchovných poměrů dítěte. V případech svévolné změny bydliště dítěte by podle mého názoru celá věc měla být cestou tohoto řízení řešena rovnou. Ve všech situacích je na místě přihlídnout k důvodům, z jakých ke změně bydliště došlo, a také k tomu, z jakého důvodu rodič návrh k soudu podal. Zda bylo změněno bydliště dítěte, aniž by dostal možnost se na rozhodování o této otázce podílet a tato změna zásadním způsobem zasáhla do výkonu jeho rodičovské odpovědnosti nebo do realizace styku s dítětem. Nebo neměl zájem se na rozhodování podílet, o dítě se nezajímal a až když ke změně bydliště došlo, hodlá věc řešit soudně. V tom případě ale takový rodič zanedbal svou povinnost určit místo bydliště dítěte a i k tomu by měl soud při svém rozhodování přihlídnout. Nebo jeho názor rodičem, který má dítě v péči, prostě nebyl zohledněn.

Dodatečně se může jako složitý problém ukázat i samotný výrok rozhodnutí. Pokud soud ve svém rozhodnutí určí místo bydliště dítěte, zejména pokud bude toto místo vyjádřeno v podobě konkrétní adresy, a rodič, který má dítě v péči, bude chtít za nějakou dobu opět změnit bydliště, bude nutné zahájit nové soudní řízení. Bude zde totiž existovat pravomocné a vykonatelné rozhodnutí, kterým se místo bydliště dítěte určuje. A i když s další změnou bude souhlasit i druhý rodič, dříve vydané rozhodnutí soudu je závazné.

V každém případě bude velmi problematický výkon rozhodnutí určujícího místo bydliště dítěte. V úvahu přichází prakticky pouze výkon rozhodnutí formou ukládání pokut a tento způsob je v souvislosti s rozhodnutími týkajícími se nezletilých dětí vždy dvousečnou zbraní.

Nezbývá než doufat, že rodiče nebudou řízení podle § 877 odst. 1 OZ v souvislosti s určením místa bydliště dítěte využívat příliš často jako nástroj ve svých žabomyších válkách. A pokud skutečně dojde k situaci, kdy změna místa bydliště dítěte má být využita jako způsob, jak dítě „odstříhnout“ od rodiče, do jehož péče nebylo svěřeno, považuji za vhodnější zahájit řízení o změnu úpravy poměrů dítěte. V souvislosti se změnou prostředí nepochybně dochází k výrazné změně poměrů a je na místě opakovaně posoudit, který z rodičů nabízí dítěti lepší výchovné podmínky ve smyslu ustanovení § 907 odst. 2 a 3 OZ.

Článek vychází z příspěvku prezentovaného na konferenci Olomoucké právnícké dny pořádané ve dnech 15. a 16. 5. 2014 v Olomouci Právníkou fakultou Univerzity Palackého v Olomouci.

JUDr. Ing. Romana Rogalewiczová

Právníká fakulta Univerzity Palackého v Olomouci
Úřad pro mezinárodněprávní ochranu dětí

Tomáš Bruner

O MOŽNOSTECH PRÁVNÍ OCHRANY PŘED KYBERNETICKÝM ÚTOKEM ZE ZAHRANIČÍ PODLE MEZINÁRODNÍHO PRÁVA VEŘEJNÉHO

Abstrakt: Příspěvek řeší výzkumnou otázku, jak má stát využít mezinárodní práva veřejného, když chce čelit kybernetickým útokům ze zahraničí. Jako modelový příklad používá DDoS útoky uskutečněné v minulosti na cíle v České republice. Nejdříve se zabývá kvalifikací kybernetického útoku jako mezinárodně protiprávního chování. Zkoumá možný objektivní prvek (porušení práva) takového chování a ověřuje, za jakých podmínek představuje kybernetický útok použití síly zakázané Chartou OSN a kdy je narušením suverenity státu. Následně se zaměřuje na subjektivní prvek protiprávního chování, tzn. na přičitatelnost kybernetického útoku státu. Ve třetí části se zabývá častými situacemi, kdy není zcela prokazatelně přítomen subjektivní prvek (přičitatelnost) kybernetického útoku jako mezinárodně protiprávního chování. V této souvislosti uvažuje o odpovědnosti státu za útoky pocházející z jeho území a o dalších možných alternativách.

Klíčová slova: mezinárodní právo veřejné, kybernetický útok, mezinárodně protiprávní chování, použití síly, narušení suverenity, přičitatelnost, DDoS

ÚVODEM

V posledních letech vzrostl počet kybernetických útoků natolik, že podnítl diskuse o kybernetické válce.¹ Útoky přitom zasahují i cíle v České republice. Příkladem může být rozsáhlý útok typu DDoS z února a března 2013, který mj. vyřadil z provozu platební terminály českých bank, nebo obdobný DDoS útok z října téhož roku směřovaný proti serveru Rádía Svobodná Evropa. Následující příspěvek se zabývá otázkou, jakých norem mezinárodního práva veřejného využít pro ochranu před kybernetickými útoky a co brání efektivní aplikaci těchto norem. Po praktické stránce tedy příspěvek zkoumá, jakého práva se může dovolat napadený stát, nebo stát, pod jehož jurisdikci spadá cíl útoku.

Po stručném vymezení terminologie příspěvek nejprve zdůvodňuje, proč danou problematiku řeší právě na úrovni mezinárodního práva veřejného. Následně klasifikuje kybernetický útok jako mezinárodně protiprávní chování. Zaměřuje se na problémy, které tento postup přináší, a jejich možná řešení. Jako prototyp kybernetického útoku příspěvek používá útok typu DDoS, ačkoli odkazuje i na jiné druhy kybernetických útoků.²

¹ Záměrně necháváme stranou diskusi, nakolik je pojem *kybernetická válka* adekvátní a použitelný, nebo nako-lik tato „válka“ naplňuje kritéria definice ozbrojeného konfliktu, kterou poskytl Mezinárodní trestní tribunál pro bývalou Jugoslávii v případě Tadić. Blíže např. FARWELL, James P. – ROHOZINSKI, Rafal. The New Reality of Cyber War. *Survival: Global Politics and Strategy*. 2012, roč. 54, č. 4. Dostupné z: <<http://www.tandfonline.com/loi/tsur20>>, [2014-03-22]. STONE, John. Cyberwar will take place! *Journal of Strategic Studies*. 2013, roč. 36, č. 1. Dostupné z: <<http://www.tandfonline.com/loi/fjss20>>, [2014-03-22].

² Tam, kde lze zobecnit závěry úvah ohledně DDoS i pro jiné útoky, příspěvek hovoří o kybernetických útocích obecně.

1. K TERMINOLOGII A ZAMĚŘENÍ PŘÍSPĚVKU NA MEZINÁRODNÍ PRÁVO VEŘEJNÉ

Klíčový pojem tohoto příspěvku, kybernetický útok, nemá definici právní, ani univerzálně přijímanou definici obecnou. Americké Oddělení obrany (*Department of Defense*) kybernetický útok popisuje prostřednictvím jeho cílů jako operaci uživající počítačové sítě za účelem přerušování, upření, zhoršení kvality, potlačení nebo zničení informací v počítačích nebo počítačových sítích, nebo zničení samotných počítačů či počítačových sítí.³ Označení takovýchto „bezpečnostních incidentů“ za útoky pak může být vnímáno jako nepřesné, neboť mezinárodní právo veřejné spojuje útok s ozbrojeným konfliktem.⁴ Přesto se termín kybernetický útok obvykle používá pro napadení informačních systémů, případně pro jejich zneužití za výše uvedeným účelem. Vlastní cíl útoku může ležet mimo informační systém, avšak zasažením systému dojde minimálně k ovlivnění cíle. Kybernetické útoky využívají provázanost informačních systémů, které tvoří síť telekomunikací, v níž spolu jednotlivé počítače a další součásti výpočetní techniky kooperují, směňují data a umožňují spojení mezi jejich uživateli. Tato síť technických zařízení a telekomunikací, včetně probíhající interakce, komunikace a její obsahové složky, bývá označována jako kybernetický prostor.⁵

Mezi kybernetické útoky patří útok typu *Distributed Denial of Service* (DDoS). Ten má vyřadit napadený informační systém z provozu nebo snížit jeho výkonnost. Útok spočívá v záměrném přetížení napadeného informačního systému, konkrétně jeho části – serveru, pomocí opakujících se požadavků.⁶ Pachatel se napojuje na velké množství různých počítačů, které se slangově označují jako „*botnet*“ nebo „*zombie*“, a těm poté bez vědomí jejich skutečných uživatelů přikáže, aby zahltily cílový server požadavky. „*Systém napadený DDoS útokem se projevuje zejména neobvyklým zpomalením služby, nedostupností částí nebo celých webových stránek, extrémním nárůstem spamu apod.*“⁷

V únoru a březnu 2013 směřovaly takovéto DDoS útoky na servery českých bank, ale také na zpravodajské webové portály. Útok zaznamenaly například Česká spořitelna, Fio Banka, ČSOB, Raiffeisen Bank, ale také Burza cenných papírů v Praze.⁸ V listopadu poté zasáhl čtyřdenní útok server Rádía Svobodná Evropa. Ačkoli nepřerušil vysílání, výrazně zpomalil nahrávání nových zpráv, fotek a videí na webové stránky rádia. Osmdesát procent útočících „*zombie*“ počítačů pocházelo z území Číny a zbylé množství z Ruska.⁹

³ The Joint Chiefs of Staff, joint pub. No. 3–13, Joint Doctrine for Information. Operations 1–9 (Oct. 9, 1998). Dostupné z: <http://www.dtic.il/dotrine/jel/new-pubs/p3_13.pdf>, [2014-03-22].

⁴ HARAŠTA, Jakub. Právní aspekty kybernetické bezpečnosti ČR – Hrozby a nástroje. *Revue pro právo a technologii*. 2013, roč. 4, č. 8, s. 76.

⁵ SCHAAP, Maroj Arie J. Cyber Warfare operations: Development and use under International Law. *Air Force Law Review*. 2009, roč. 69, s. 125–126.

⁶ VOLEVECKÝ, Petr. Kybernetické hrozby a jejich trestněprávní kvalifikace. *Trestní právo*. 2011, roč. 15, č. 1, s. 12–13.

⁷ *Ibidem*, s. 13.

⁸ Kybernetické útoky dnes pokračovaly. Terčem byly servery českých bank. In: *Technet. Idnes.cz* [online]. 6. 3. 2013. Dostupné z: <http://technet.idnes.cz/vypadek-serveru-bank-0r8-/sw_internet.aspx?c=A130306_094423_sw_internet_jw>, [2014-03-22]. Weby českých bank ochromil DDoS útok. NBÚ žádá od postižených data. *Lupa.cz* [online]. 6. 3. 2013. Dostupné z: <<http://www.lupa.cz/clanky/web-ceske-sporitelny-neni-dostupny-vcetne-online-sluzeb-servis24/>>, [2014-03-22].

⁹ Rádío Svobodná Evropa se stalo terčem hackerů. *Deník* [online]. 18. 11. 2013. Dostupné z: <http://www.denik.cz/z_domova/radio-svobodna-evropa-se-stalo-tercem-utoku-hackeru-20131118.html>, [2014-03-22].

Většina kybernetických útoků přesahuje hranice státu. DDoS útok je trestným činem podle českého práva, konkrétně dle § 230 z. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník,¹⁰ ačkoli lze takovéto podražení do určité míry problematizovat.¹¹ Nicméně pachatel se s největší pravděpodobností nachází v zahraničí. K řešení situace¹² tak bude třeba součinnosti cizího státu.¹³ U řady kybernetických útoků se navíc spekuluje o tom, zdali nejsou nařízené či podporované přímo cizími státy. Právě z tohoto důvodu je nutné zabývat se mezinárodněprávní úpravou.

Jedinou mezinárodní smlouvou, která částečně upravuje kybernetické útoky, je Úmluva Rady Evropy č. 185 o kybernetické kriminalitě ze dne 23. listopadu 2001 (dále jako „Budapeštská úmluva“). Článek 5 této smlouvy popisuje opatření proti zásahům do počítačových systémů a stanoví povinnost států takovýmto zásahům zabránit, tedy zajistit, „aby podle vnitrostátního práva bylo trestným činem jednání spočívající v úmyslném závažném protiprávním narušení fungování počítačového systému vložním, přenesením, poškozením, vymazáním, zhoršením kvality, změnou nebo potlačením počítačových dat“. Budapeštská úmluva ovšem vyžaduje implementaci a není přímo aplikovatelná. V daném případě DDoS útoků pocházelo největší množství útočících počítačů z území Ruska a Číny – tyto státy k Budapeštské úmluvě nepřistoupily, tudíž nelze tohoto smluvního dokumentu využít.¹⁴ Příspěvek se proto zabývá mezinárodním právem na jeho nejobecnější úrovni.

Charakter mezinárodního práva veřejného předurčuje klíčovou, téměř výhradní roli státům. Soukromí aktéři – v konkrétním případě DDoS útoku na ČR poškozené banky a rozhlasová stanice – postrádají dostatečnou mezinárodněprávní subjektivitu, aby se

US-funded Radio Free Europe hit by cyberattack. *The Huffington Post* [online]. 19. 11. 2013. Dostupné z: <http://www.huffingtonpost.com/huff-wires/20131119/eu-czech-radio-free-europe/?utm_hp_ref=travel&ir=travel>, [2014-03-22].

¹⁰ Blíže např. GRIVNA, Tomáš. § 230 Neoprávněný přístup k počítačovému systému a nosiči informací. In: Šámal a kol. *Trestní zákoník II: Zvláštní část (§ 140–421)*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2311.

¹¹ Volenecký (Kybernetické hrozby a jejich trestněprávní kvalifikace, s. 16–17) zdůrazňuje, že kvalifikace DDoS útoku jako trestného činu je v českém právu problematická. Pachatel totiž nezískává přístup k napadenému počítačovému systému nebo nosiči informací v ČR podle § 230, odst. 1 TZ. Jednotlivé „zombie“ počítače, k nimž získal přístup, se nacházejí v zahraničí (v rozebíraném případě DDoS v Rusku a Číně). Zároveň je sporné, nakolik pachatel, „data uložená v počítačovém systému nebo na nosiči informací neoprávněně vymaže nebo jinak zničí, poškodí, změnit, potlačí, sníží jejich kvalitu nebo je učiní neupotřebitelnými“ (§ 230, odst. 2, písm. b) TZ). Pachatel pouze zpomalil nahrávání dat na server – k jejich úplnému potlačení nedošlo. Jednání by tedy bylo nutné posuzovat jako pokus a vycházet z argumentace, že škodní následek nastal v ČR dle § 4, odst. 2 TZ. Intenzivnější DDoS útoky by bylo dle skutkových okolností a následků možné kvalifikovat také jako poškození cizí věci, teroristický útok (možnost zásahu informačního systému je zde výslovně uvedena) nebo sabotáž. Dále k tématu vnitrostátní právní úpravy např. VOLEVECKÝ, Petr. *Kybernetické trestné činy v trestním zákoníku. Trestní právo*. 2010, roč. 14, č. 7–8, s. 26–38.

¹² Autor práce záměrně neuvádí „k odhalení pachatele“, které je mnohdy fakticky nemožné.

¹³ K možnostem bezvýhradně aplikovat personální jurisdikci poškozeného státu pomocí doktríny tzv. *effects principle* blíže např. SHACKELFORD, Scott J. From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law. *Berkeley Journal of International Law*. 2009, roč. 27, č. 1, s. 212–216. Přesto by však bylo nutné zajistit součinnost státu, na jehož území se pachatel nachází. Někteří autoři rozvíjejí i možnost mezinárodněprávní odpovědnosti fyzických osob za nepřátelské akty proti cizím státům. Např. GARCIA MORA, Manuel R. *International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons Against Foreign States*. The Hague, 1962.

¹⁴ Pokud by ovšem v budoucnu měl vzniknout mezinárodněprávní režim upravující kybernetický prostor, bude mít tato dohoda zajisté význam. V obdobné souvislosti lze vzpomenout i některé dokumenty EU, které harmonizují právní úpravu kyberprostoru a faktické postupy států, blíže VOLEVECKÝ, Petr. *Kybernetická trestná činnost v mezinárodních dokumentech a v dokumentech ES/EU. Trestní právo*. 2009, roč. 14, č. 7–8.

mohly domáhat nápravy. Role státu je zde tudíž zásadní, a to jak ve funkci zajišťovatele bezpečnosti a ochránce práv soukromých subjektů ve své jurisdikci (např. formou diplomatické ochrany), tak ve funkci toho, kdo případně odpovídá ostatním státům za porušení práva, jak bude uvedeno dále.¹⁵

Pachateli kybernetických útoků jsou v mnoha případech nestátní aktéři. O jejich činnosti stát, v jehož jurisdikci se nacházejí, nemusí vědět, protože je prakticky nemožné kontrolovat tisíce počítačů tvořících jeho kybernetickou infrastrukturu. Přesto je aktivita a součinnost tohoto státu s napadeným státem klíčová a tento příspěvek se zaměřuje právě na to, jak ji právně zajistit. Také z tohoto důvodu se příspěvek zabývá problematikou z veřejnoprávního pohledu.

2. KYBERNETICKÝ ÚTOK JAKO MEZINÁRODNĚ PROTIPRÁVNÍ CHOVÁNÍ – POUŽITÍ SÍLY A NARUŠENÍ SUVERENITY

Pokud by byl kybernetický útok kvalifikovaný jako mezinárodně protiprávní chování, měl by poškozený stát (stát, v jehož jurisdikci se nacházejí cíle útoku) právo dovolávat se toho, aby kybernetický útok okamžitě přestal. Zároveň by mohl požadovat restituci, kompenzaci nebo případnou satisfakci. K tomu, aby mohl být kybernetický útok označen za mezinárodně protiprávní chování, je nutné splnit následující podmínky.¹⁶ Zaprvé, musí dojít k porušení mezinárodního práva,¹⁷ které představuje objektivní prvek mezinárodně protiprávního chování. Zadruhé, porušení musí být podle mezinárodního práva přičitatelné danému státu, což představuje prvek subjektivní. Jsou-li tyto podmínky naplněny, zakládá mezinárodně protiprávní chování odpovědnost státu, který se ho dopustil.

Následující podkapitola 2.1 řeší objektivní prvek. Zkoumá, kdy kybernetický útok porušuje mezinárodní právo. Jako normy mezinárodního práva, které mohou být kybernetickým útokem porušeny, identifikuje zákaz použití síly a povinnost neinterventovat ve věcech (nenarušovat suverenitu) cizího státu. Podkapitola 2.2 se pak zabývá subjektivním prvkem – přičitatelností daného chování státu.

2.1 Objektivní prvek (identifikace normy porušené útokem)

2.1.1 Porušená norma: zákaz použití síly

Zákaz použití síly je zakotven v obyčejovém právu stejně jako v čl. 2, odst. 4 Charty OSN. Doposud nejvýznamnější výstup doktríny v této oblasti, Tallinnský manuál o aplikovatelnosti mezinárodního práva na kybernetické válčení,¹⁸ ve svém pravidlu 10 s odkazem na citovaný článek Charty OSN a případ Mezinárodního soudního dvora

¹⁵ Blíže např. LEWIS, James, A. Sovereignty and the Role of Government in Cyberspace. *Brown Journal of World Affairs*. 2010, roč. 16, č. 2, s. 55–65.

¹⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. The UN, 2001. Dostupné z: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>, [2014-03-22].

¹⁷ „Breach of an international obligation of a State“.

¹⁸ CCDCOE, SCHMITT, Michael N. (ed.). *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. New York: Cambridge University Press, 2013. *Warfare* lze přeložit také jako vedení boje.

Nikaragua¹⁹ stanoví: „*Kybernetická operace, která zakládá hrozbu silou nebo použití síly proti územní celistvosti nebo politické nezávislosti státu, nebo která je jiným způsobem neslučitelná s cíli Spojených národů, je protiprávní.*“²⁰ V následujícím jedenáctém pravidle Tallinnský manuál definuje, kdy je kybernetický útok použitím síly: „*Kybernetická operace představuje použití síly, když jsou její rozsah a účinky srovnatelné s nekybernetickou operací dosahující úrovně použití síly.*“

Manuál sice určitý software, například počítačové viry, vnímá jako zbraň, čímž dává základ pro aplikaci článku 51 Charty OSN o obraně proti ozbrojenému útoku, ovšem samotnou otázku použití síly řeší nejasnou analogií s konvenčním (*non-cyber*) použitím síly. Pro stanovení, zdali je určité jednání v kyberprostoru použitím síly, je nutné posoudit rozsah takového jednání a jeho důsledky („*scale and effects*“). Tudíž jednání, které má zničit nebo poškodit objekt nebo zabít člověka, je podle Tallinnského manuálu bezesporu použitím síly.

Většina výstupů doktríny se víceméně doplňuje se závěry Tallinnského manuálu. Řada autorů²¹ při klasifikaci kybernetického útoku jako použití síly používá tzv. Schmittova kritéria,²² podle nichž lze některé útoky klasifikovat jako použití síly, jiné tohoto prahu nedosahují a jsou potom spíše ekonomickým a politickým donucením. Schmitt jako tato kritéria určil závažnost (*severity*), bezprostřednost (*immediacy*), přímost (*directness*), míru narušení či agresivitu (*invasiveness*) a měřitelnost následků (*measurability*) kybernetického útoku. Samotná kritéria ale v tomto případě mohou být předmětem výkladu a rozdílného vnímání. Hranice mezi útokem, který představuje použití síly, a útokem, který tato kritéria nenaplnuje, není zcela jasná.

Tomuto závěru odpovídá i dosavadní faktické vnímání proběhlých kybernetických útoků mezinárodním společenstvím. V květnu 2007 čelilo Estonsko velmi intenzivním DDoS útokům, kteréablokovaly servery tamní vlády, bank i řady dalších institucí. Pravděpodobně se jednalo o odplatu ruských hackerů za to, že Estonsko odstranilo sochu sovětského vojáka z centra Tallinnu. Některé zdroje uvádějí, že útoky probíhaly na popud ruské vlády. Ministr obrany Estonska přirovnal takto masivní DDoS útok k vojenské blokáde přístavu.²³ Mezinárodní společenství ale nekvalifikovalo tento kybernetický útok jako použití síly a neuplatnil se společný článek 5 Smlouvy Severoatlantické aliance o kolektivní sebeobraně.

Podobně nebyl jako použití síly vnímán útok na iránský jaderný program virem Stuxnet. Tento kód odhalený v říjnu 2010 se šířil po Internetu a napadal vybrané přístroje Siemens. V iránském jaderném zařízení Natanz virus postupně manipuloval s ovládáním centrifug na obohacování uranu. Takovouto sabotáží některé centrifugy zničil a způsobil

¹⁹ Rozsudek Mezinárodního soudního dvora ze dne 27. června 1986. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Dostupné z: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>, [2014-03-22].

²⁰ Překlady citovaných ustanovení z anglického originálu provedl autor práce.

²¹ GRIVNA, Tomáš – POLČÁK, Radim (eds). *Kyberkriminalita a právo*. Praha: Auditorium, 2008, s. 57–61. REMUS, Titiriga. Cyber-attacks and International law of armed conflicts; a „*ius ad bellum*“ perspective. *Journal of International Commercial Law and Technology*. 2013, roč. 8, č. 3, s. 179–189.

²² SCHMITT, Michael N. Computer Network Attack: The Normative Software. In: *Yearbook of International Humanitarian Law*. Vol. 4. Haag: TMC Asser Press, 2001, s. 53–85.

²³ Digital Fears Emerge After Data Siege in Estonia. *The New York Times* [online]. 29. 5. 2007. Dostupné z: <http://www.nytimes.com/2007/05/29/technology/29estonia.html?pagewanted=all&_r=0>, [2014-03-22].

tak hmotnou škodu. Ačkoli se původ viru nepodařilo dohledat, existují dohady, že za jeho vypuštěním stojí USA s Izraelem, které tak chtěly ukázat, že existují vysoce sofistikované nástroje na omezení iránského jaderného programu.²⁴ Jako použití síly nebyla označena ani domnělá odvěta za Stuxnet – útok na počítačovou síť ropné společnosti Saudi Aramco. Při něm virus nakazil na 30 000 počítačů a snížil cenu akcií společnosti. Ačkoli samotná korporace disponuje značným kapitálem, trvalo přes týden, než se vyrovnala s následky.²⁵

Přestože se v posledních dvou jmenovaných případech nejedná o DDoS útoky, lze dosažené závěry na DDoS útoky aplikovat argumentem *a maiori ad minus*. Nebyly-li jako použití síly kvalifikovány útoky, které prokazatelně způsobily škodu, neměly by tak být kvalifikovány ani útoky, u nichž škoda není jasně prokazatelná.

Nemožnost označit kybernetický útok jako použití síly kritizuje řada autorů. Jensen²⁶ podotýká, že rozvoj mezinárodního práva musí ještě pokročit, aby byl kybernetický útok rozeznáván jako použití síly a *ozbrojený* útok, který zakládá právo na sebeobranu. Obecně volá po tom, aby státy získaly právo na sebeobranu proti kybernetickému útoku nehledě na to, jestli je takovýto útok použitím síly nebo nikoli. Dokud státy nezískají právo na okamžitou kybernetickou sebeobranu, včetně předstíženého kybernetického úderu, tak budou tyto útoky vážně destabilizující silou. K totožnému závěru dospívá DeLuca.²⁷

Podobně Hoisington²⁸ poznamenává, že se kybernetické útoky odehrávají do jisté míry v právním vakuu. Výklad samotného čl. 2, odst. 4 Charty OSN, která byla napsaná před vznikem Internetu, je nejasný. Tvrdí, že státy by měly rozšířit výklad daného ustanovení Charty, nebo přijmout nové (právní) prostředky, jak čelit těmto hrozbám.

Waxman²⁹ dále poznamenává, že výklad Charty, včetně výkladu čl. 2, odst. 4, vždy podléhal mocenským vlivům, což se obzvláště intenzivně projevovalo za studené války. Podle něj kybernetický prostor zůstane velmi nejistým právním terénem a výklad právních norem, které na něj lze aplikovat, se tak jako za studené války může podrobit potřebám velmocí. Bude záležet na tom, jaké stanovisko k útokům v tomto prostředí zaujmou Spojené státy americké a další hegemonické státy a jak na toto stanovisko zareaguje zbytek mezinárodního společenství.³⁰ K velmi podobné úvaze vede názor, že by kyber-

²⁴ COLLINS, Sean – McCOMBIE, Stephen. Stuxnet: the emergence of a new cyber weapon and its implications. *Journal of Policing, Intelligence and Counter Terrorism*. 2012, roč. 7, č. 1. Dostupné z: <<http://www.tandfonline.com/loi/rpic20>>, [2014-03-22]. FARWELL, James P. – ROHOZINSKI, Rafal. Stuxnet and the Future of Cyber War. *Survival: Global Politics and Strategy*. 2011, roč. 53, č. 1. Dostupný z: <<http://dx.doi.org/10.1080/00396338.2011.555586>>, [2014-03-22].

²⁵ BRONK, Christopher – TIKK-RINGAS, Eneken. The Cyber Attack on Saudi Aramco. *Survival. Global Politics and Strategy*. 2013, roč. 55, č. 2, s. 81–96.

²⁶ JENSEN, Eric Talbot. Computer Attacks on National Infrastructure: A Use of Force Invoking the Right of Self-Defense. *Stanford Journal of International Law*. 2002, roč. 28, s. 207–240.

²⁷ DELUCA, Christopher D. The Need for International Laws of War to Include Cyber Attacks Involving State and Non-State Actors. *Pace International Law Review Online Companion*. 2013, roč. 3, č. 9, 2013, s. 315.

²⁸ HOISINGTON, Mathew. Cyberwarfare and the Use of Force Giving Rise to the Right of Self-defense. *Boston College International and Comparative Law Review*. 2009, roč. 32, č. 2, s. 439–454.

²⁹ WAXMAN, Mathew C. Cyber-Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4). *The Yale Journal of International Law*. 2011, roč. 36, č. 2, s. 458.

³⁰ V akademickém prostředí probíhá debata o tzv. dvojsečném státním zájmu. Státy na jednu stranu potřebují kybernetický prostor bezpečný a kontrolovaný, na druhou stranu jim vyhovuje jeho svobodný charakter, protože zde mohou podnikat těžko odhalitelné výpady proti rivalům.

netické útoky mohly být za hrozbu označeny Radou bezpečnosti OSN podle čl. 39 Charty OSN. Rada bezpečnosti může označit za hrozbu cokoli, a tudíž záleží na jejich (stálých) členech – opět více či méně hegemonických státech.³¹

McGavran³² se opírá o článek 36 prvního Dodatkového protokolu k Ženevským úmluvám a stanoví povinnost smluvních stran zvážit, jestli nově vyvinuté druhy zbraní nejsou za určitých okolností zakázány Protokolem nebo jinou normou mezinárodního práva. Dle názoru autora tohoto příspěvku se jedná o vyjádření Martensovy klauzule, které je ovšem normou *ius in bello* (případně normou odzbrojení), nikoli *ius ad bellum*. Jistá vodítka však nabízí – zejména pokud by kybernetický útok způsoboval nadměrné utrpení nebo měl (pravděpodobněji) nediskriminační charakter, mohl by být zakázán, a to jak *in bello*, tak jako prostředek zahájení války. Obecně lze poznamenat, že samotný Tallinský manuál je restriktivní, co se týče aplikace *ius ad bellum* na kybernetický prostor, zatímco ohledně *ius in bello* dochází k řadě hmatatelných závěrů.³³ Pokud by tedy kybernetický útok probíhal za ozbrojeného konfliktu, bude podléhat normám humanitárního práva (*ius in bello*).³⁴

Co se ovšem týče normy *ius contra bellum*, kybernetický útok lze jako použití síly podle čl. 2, odst. 4 Charty OSN kvalifikovat jen v malém množství případů,³⁵ kdy výsledek daného jednání odpovídá výsledku použití konvenční síly (ačkoli ani samotné konvenční použití síly a jeho výsledek nejsou jasně definovány). K takovéto kvalifikaci navíc prakticky ještě nikdy nedošlo.

2.1.2 Porušená norma: Povinnost neinterventovat ve věcech cizího státu

V případě, že nelze kybernetický útok označit jako použití síly a zasáhnout proti němu v sebeobraně, je možné jej vnímat jako porušení suverenity a intervenci ve věcech cizího státu.³⁶ Pokud by DDoS útok, tak jako doposud ve všech případech, nebyl dostatečně

³¹ GRĚVNA, T. – POLČÁK, R. (eds). *Kyberkriminalita a právo*, s. 60.

³² MCGAVRAN, Wolfgang. Intended Consequences: Regulating Cyber Attacks. *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*. 2009, s. 259–272. Dostupné z: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=12+Tul.+J.+Tech.+%26+Intell.+Prop.+259&srctype=smi&srcid=3B15&key=0f2fef5a9d4661701cc02d5b5bc5be35>>, op. cit., s. 269, [2014-03-22].

³³ I doktrína souhlasí, že *ius in bello* lze lépe aplikovat na kybernetické útoky: „Rozdíly mezi konvenčním a kybernetickým válečnictvím spočívají v intenzitě, nikoli v druhovém určení. Takže režim mezinárodního humanitárního práva, který upravuje konvenční válečnictví, může být efektivně aplikován na kybernetické útoky.“ GERVAIS, Michael. Cyber Attacks and the Laws of War. *Berkeley Journal of International Law*. 2012, roč. 30, č. 2, s. 579.

³⁴ Kybernetické útoky přitom při vojenských operacích v rámci tzv. informační války probíhají poměrně často. Příkladem jsou útoky z území Ruska na cíle v Gruzii v roce 2008 nebo operace Orchard. V jejím průběhu v září 2007 Izrael kybernetickým útokem úspěšně vyřadil syrskou protiletectvou obranu a následně letectvy zaútočil na domnělé syrské jaderné zařízení. Izraelský software v tomto případě pronikl do počítačů syrských obránců a zaznamenal hodnoty, které pak ve smyčce pouštěl během útoku. Ačkoli izraelské letectvo překročilo hranice a blížilo se k cíli, monitory syrským obráncům ukazovaly údaje z okamžiků, kdy byla obloha nad jejich hlavami prázdná.

³⁵ Podobně např. HATHAWAY, Oona A. et al. The Law of Cyber-Attack. *California Law Review*. 2012, roč. 100, č. 4. 2012, s. 817.

³⁶ Mezi zastánce tohoto názoru patří BUCHAN, Russel. Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions? *Journal of Conflict & Security Law*. 2012, roč. 17, č. 2, s. 212. Srov. také výstup setkání Cyber Security and International Law. London: Chatham House [online]. 29. 5. 2012. Dostupné z: <<http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/290512summary.pdf>>, [2014-03-22]. S obdobnými závěry přichází také Tallinský manuál.

závažný, bezprostřední, přímý a agresivní jako konvenční použití síly, měl by být označen jako protiprávní intervence ve věcech cizího státu a narušení cizí státní suverenity. Zásada neinterventovat ve věcech cizího státu vyvstává jako důsledek rovnosti a nezávislosti *suverénních* států a tvoří jeden ze základních principů mezinárodního práva.³⁷ Její narušení přitom může mít i podobu chování, které má poškodit či ovlivnit vnitřní uspořádání cizího státu, omezit výkon jeho práv nebo mu způsobit podobné potíže.³⁸ Pokud nebude kybernetický útok zastaven, případně nedojde ke kompenzaci či satisfakci poškozeného státu, může se tento stát uchýlit k proporcionálním protiopatřením.

Aplikace této normy se ovšem neobejde bez (byť nevyslovené) definice státní suverenity v kyberprostoru. Suverenita bývá obvykle určena neexistencí vyšší autority, přičemž vnitřní suverenita znamená výlučnost autority suveréna na jeho území a vnější suverenita jeho nezávislost a možnost vstupovat do závazků s jinými státy. Tento koncept však prošel, a jak někteří autoři argumentují, stále prochází vývojem a výklad pojmu není přijímán jednotně.³⁹ Obecně přijímaný pohled vymezuje hranice suverenity právě prostřednictvím teritoria státu. Takovýto přístup bývá označován za vestfálské vnímání suverenity⁴⁰ a jeho původ spojován např. s právní zásadou *cuius regio, eius religio*.⁴¹

V praxi je tak dovozováno, že pokud má stát výlučnou pravomoc nad fyzickým umístěním počítačů a součástí výpočetní techniky, měl by se těšit také suverenitě v té části kybernetického prostoru, kterou tyto počítače vytvářejí. Jedná se o „teritorializaci“ kyberprostoru, nebo o zásadu teritoriality v kyberprostoru. Pokud pak DDoS útok zasáhne tu část kyberprostoru, kterou utváří výpočetní technika daného státu, omezuje výlučnou autoritu tohoto státu a představuje porušení jeho suverenity.

Hardware, který vytváří kybernetickou infrastrukturu, jejíž činnost je DDoS útokem zasažena nebo ze které útok pochází, se ale často může nacházet na území více států. Uplatňovat protiopatření proti všem těmto státům přitom nemusí být efektivní. Navíc, jak uvádí Tallinnský manuál,⁴² expertní skupina autorů se neshodla, jestli umístění malware, který nezpůsobuje fyzickou škodu, znamená porušení suverenity. Malware, který ovládá „zombie“ počítače při DDoS útoku a nutí je zahltit cílový server oběti, fyzickou škodu bez dalšího působit nemusí.

Lze shrnout, že DDoS útok by tak sice z pohledu mezinárodního práva měl být kvalifikován spíše jako porušení suverenity a práva neinterventovat ve věcech cizího státu, nežli jako použití síly. Vždy je však nutné vzít v úvahu konkrétní rozsah a následky útoku. Ovšem i takovéto určení objektivního prvku kybernetického útoku jako mezinárodně protiprávního chování může být problematické a zpochybnované, zejména tvrzením, že části kybernetického prostoru nelze „teritorializovat“ – přiřknout jednotlivým státům podle hardwaru, který se nachází v jejich jurisdikci.

³⁷ JOYER, Christopher C. *International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance*. London: Rowman and Littlefield, 2005, s. 54.

³⁸ Např. VATTEL, Emmerich. *The Law of Nations*. Kniha II, kapitola I, § 18. [online]. 29. 5. 2012. Dostupné z: <http://www.constitution.org/vattel/vattel_02.htm>, [2014-03-22].

³⁹ Blíže např. GLANVILLE, Luke. The Myth of „Traditional“ Sovereignty. *International Studies Quarterly*. 2013, roč. 57, s. 79–90. KRASNER, Stephen D. (ed.). *Problematic Sovereignty*. New York: Columbia University Press, 2001.

⁴⁰ Podrobněji ibidem.

⁴¹ „Čí kraj, toho náboženství“, zásada, v jejíž rozšíření vyústila třicetiletá válka a vestfálský mír. Výlučné právo suveréna rozhodovat o záležitostech (konkrétně náboženství) na jeho území.

⁴² S. 26.

Abyste poškozený stát mohl dovolávat odpovědnosti cizího státu za porušení zákazu použití síly nebo narušení státní suverenity kybernetickým útokem, musí být tento útok přiřítatelný státu. Jinými slovy musí být naplněn subjektivní prvek mezinárodně protiprávního chování, o němž pojednává následující podkapitola.

2.2 Subjektivní prvek (přiřítatelnost útoku)

Následující podkapitola zkoumá, za jakých podmínek je kybernetický útok přiřítatelný státu. U DDoS útoku lze technickou analýzou zjistit tzv. IP adresu⁴³ „zombie“ počítačů, které zahlcují server, v některých případech je možné dopátrat i IP adresu počítače samotného pachatele. Tyto počítače se, jak již bylo uvedeno, obvykle nacházejí v zahraničí.

Tallinský manuál, který zásadu přiřítatelnosti aplikuje na kybernetický prostor, v pravidlu 6 uvádí, že stát nese mezinárodní právní odpovědnost za kybernetickou operaci jemu přiřítatelnou, která zakládá porušení mezinárodních závazků. Hned v následujícím pravidle 7 poté Manuál upřesňuje, že pouhý fakt, že byla kybernetická operace spuštěna nebo jinak pocházela z vládní kybernetické struktury, je nedostatečným důkazem pro přiřítatelnost operace danému státu, ale je indikátorem, že je dotčený stát spojený s operací. Samotný fakt, že DDoS útoky pocházejí z (IP adres počítačů na) území určitého státu, například Ruska nebo Číny, tedy nestačí, aby za ně tyto státy odpovídaly jako za mezinárodně protiprávní chování. Státy za ně nebudou podle manuálu přímo zodpovědné dokonce ani v případě, že by útoky pocházely přímo z vládních počítačů (například ve vojenském zařízení). Manuál tvrdí, že tento fakt značí pouhé spojení státu s útokem, pachatel totiž může využít státní počítače jako „zombie“, aniž by o tom jejich uživatelé věděli.

Tallinský manuál dále vychází z pravidla efektivní kontroly, vysloveného v případě *MSD Nikaragua*. Kybernetický útok je přiřítatelný státu, pokud měl stát nad útočníky tzv. *efektivní* kontrolu.⁴⁴ Úspěch dokazování takovéto skutečnosti bude pravděpodobně v mnoha případech pochybný, neboť se, jak bylo uvedeno výše, podaří dopátrat např. pouze IP adresy počítačů. Označení kybernetického útoku jako mezinárodně protiprávního chování, které je přímo přiřítatelné cizímu státu, tak bude v mnoha případech nemyslitelné.

3. ALTERNATIVNÍ MOŽNOSTI

Problém přiřítatelnosti vnímá jako zásadní překážku v kvalifikaci mezinárodně protiprávního chování také Healey.⁴⁵ Ten navrhuje ustoupit od přílišné fixace na přiřítatelnost. Jako alternativu předestírá spektrum deseti stupňů odpovědnosti státu za kybernetické útoky a zároveň navrhuje následný postup poškozeného státu:

⁴³ Jedinečný číselný kód každého počítače. Technický popis je zde uvedený v maximálně zjednodušené podobě.

⁴⁴ Mezinárodní trestní tribunál pro bývalou Jugoslávii využíval širší termín obecná kontrola, manuál ale zastává využití testu efektivní kontroly.

⁴⁵ HEALEY, Jason. The Spectrum of National Responsibility for Cyber Attacks. *Brown Journal of World Affairs*. 2011, roč. 18, č. 1, s. 57–71.

1. Útok je státem, ze kterého pochází, zakázaný. Tento stát tedy dostojí své vnitrostátní povinnosti a (na případnou výzvu poškozeného státu) asistuje při vyšetření a zastavení útoku.
2. Útok je státem, ze kterého pochází, zakázaný, ale vnitrostátní právní úprava nebo postup daného státu není zcela adekvátní.
3. Útok je státem, ze kterého pochází, zcela ignorovaný. Stát je za něj tedy *nedbalostně* odpovědný.
4. Útok je státem, ze kterého pochází, povzbuzovaný (např. v tisku, v prohlášeních, náznaky).⁴⁶
5. Útok je státem, ze kterého pochází, formovaný. Útok sice řídí třetí osoby, ale stát jim poskytuje podporu či zázemí.⁴⁷
6. Útok je státem, ze kterého pochází, koordinovaný.
7. Útok je státem, ze kterého pochází, přímo přikázaný. Ačkoli ho nevykonávají přímo státní orgány.⁴⁸
8. Útok je státem, ze kterého pochází, přikázaný a částečně také vykonaný (např. armádou). Částečně znamená, že je útok vykonaný za účasti státních složek, nebo bez vědomí nejvyššího velení.
9. Útok je státem, ze kterého pochází, přikázaný a vykonaný.
10. Útok je státem, ze kterého pochází, integrovaný. To znamená uznání a schválení.

Healey takto jednotlivé útoky kategorizuje a tvrdí, že čím vyšší kategorie útoku, tím jasnější je přičitatelnost a tím více se uplatní přímá odpovědnost státu a případné právo na sebeobranu. Čím nižší je kategorie, tím více se uplatní jakási nedbalostní odpovědnost, nebo bude v ideálním případě cizí stát spolupracovat v kategorii 1 či 2. Healey navrhuje neřešit jednotlivé útoky, ale spíše se orientovat na politická jednání se státem, ze kterého pocházejí. Kombinací odstrašení a motivace by se poté cizí stát měl přesunout do kategorie 1, útok náležitě vyšetřit a zamezit jeho pokračování či opakování.

Toto spektrum má ale řadu nevýhod. Zaprvé jsou hranice mezi kategoriemi neostré. Zadruhé je spektrum orientované spíše na politické rozhodování než na právní kvalifikaci. Dokazování, jestli útok spadá do té či oné kategorie, by se často muselo odehrávat na bázi dohadů, domněnek a indicií. Státy, z jejichž území útoky pocházejí, mohou tvrdit, že s nimi nemají nic společného, a argumentovat, že fakticky nemohou zajistit několik tisíc útočících „*zombie*“ počítačů, které se na jejich území nacházejí. Zároveň přednesou, že přístup k těmto počítačům získal počítač s IP adresou nacházející se ve třetím státě. Slíbí situaci řešit, navzdory tomu budou ale útoky pokračovat. Není jasné, nakolik detailně musí státy, z jejichž území útoky pocházejí, podložit své závěry. Zároveň mohou úspěšně maskovat, že útok koordinovaly nebo nařídily.

Navzdory tomu Healeyho návrh naznačuje určité možnosti, jak se vypořádat s nemožností přičitatelnosti, a to na teritoriální bázi. Podle jeho předpokladu je kybernetický útok nutné řešit se státem, z jehož území pochází. Healey už ovšem neprozrazuje, jakých

⁴⁶ Tzn. porušení povinnosti neuznat výsledky protiprávního chování. Povinnost vyslovena např. v případě MSD Teherán, jak bude uvedeno dále.

⁴⁷ Odpovědnost státu by tedy bylo nejspíše možné uplatnit při testu obecné kontroly, což platí pro body 5 a 6.

⁴⁸ Zde už je přičitatelnost jednoznačná, i podle testu efektivní kontroly.

právních norem se dovolat, aby tento stát začal jednat. Na následujících řádcích se příspěvek pokouší tyto normy obyčejového práva popsané v judikatuře a v doktríně identifikovat a rozšířit tak odpovědnost státu za hranice přímé přičitatelnosti, respektive specifikovat, jak státu přičíst nečinnost.⁴⁹

V případě Korfský průliv⁵⁰ Mezinárodní soudní dvůr dovedl, že stát musí varovat ostatní státy, pokud na jeho území vyvstává pro tyto státy hrozba. Pokud by tedy stát věděl, že na jeho území aktuálně dochází k průnikům do informačních systémů, které mohou být zneužity proti dalším státům, má povinnost tyto další státy varovat. MSD tak dovozuje odpovědnost za nečinnost, která se vztahuje i na stát, jemuž není dané chování přímo přičitatelné. Značný problém by ale v případě DDoS útoků představovalo opět prokazování. Dokázat, že stát *a priori* věděl o kybernetickém útoku, je téměř stejně obtížné jako přičíst samotný útok tomuto státu na bázi efektivní kontroly.

Další možností je využít závěry MSD v poradním stanovisku Namibia,⁵¹ z nichž vychází Shaw⁵²: „*Právě fyzická kontrola nad určitým územím, a nikoli suverenita nebo legitimita důvodu, určuje státní odpovědnost za činy ovlivňující jiné státy.*“ Lze tedy dovést, že faktický výkon státní moci nad určitým teritoriem, tzn. i nad hardwarem počítačů, znamená odpovědnost státu za případné protiprávní chování, které se odehraje na tomto území a ovlivní další státy. Pojmy *odpovědnost a protiprávní* musí být však v tomto případě do jisté míry vykládány ve světle Návrhu článků o odpovědnosti států za mezinárodně protiprávní chování,⁵³ kdy by pro aktivaci mezinárodní odpovědnosti musel být přítomen také subjektivní prvek protiprávního chování. Tento postup by tak znamenal návrat kruhem k problému přičitatelnosti na bázi testu efektivní kontroly nebo k podmínkám *přičitatelnosti nečinnosti* a ke klasifikaci DDoS útoků jako mezinárodně protiprávního chování.

Další možnosti nabízí analogická aplikace závěrů MSD v případě Teherán.⁵⁴ Soudní dvůr se v tomto rozsudku mimo jiné podrobněji zabýval právě odpovědností státu za neaktivitu. Stát sice není odpovědný za určité činy jednotlivců, ale bude odpovědný v případě, že neučinil všechny nezbytné kroky, aby těmto činům zabránil. Právě takováto norma by se mohla stát východiskem pro donucení státu, aby zamezil kybernetickým útokům pocházejícím z jeho území. Mezinárodní soudní dvůr dále popsal povinnost státu neschválit výsledek porušení těchto norem. V ideálním případě by tak pro stát poté, co se dozví o DDoS útoku z jeho území, vyvstala povinnost veřejně tento útok odsoudit (např. nepodporovat tak hackery v médiích) a vyvinout snahu k jeho zastavení. Pokud aplikujeme takovýto výklad na zmíněný DDoS útok na Rádio Svobodná Evropa v ČR, otevrou se následující možnosti. Zaprvé vyrozumět Rusko a Čínu, že z jejich území pro-

⁴⁹ Návrh článků o odpovědnosti státu za mezinárodně protiprávní chování také operuje s odpovědností za nečinnost (*omission*).

⁵⁰ Rozsudek Mezinárodního soudního dvora ze dne 9. května 1949. The Corfu Channel Case (United Kingdom v. People's Republic of Albania). Dostupné z: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>>, [2014-03-22].

⁵¹ Poradní stanovisko Mezinárodního soudního dvora z 21. června 1971. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970). Dostupné z: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>>, [2014-03-22].

⁵² SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6. vydání. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 790.

⁵³ Byť tento Návrh pochází z doby pozdější.

⁵⁴ Rozsudek Mezinárodního soudního dvora z 24. června 1980. *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*. Dostupné z: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>>, [2014-03-22].

bíhá kybernetický útok. Zadržuje je vyzvat, aby tento útok veřejně odsoudily a podnikly kroky k jeho zastavení. Rusko a Čína by v ideálním případě útok vyšetřily a pomohly při odhalení viníka, nebo doložily, že se tento viník nachází na území jiného státu, proti kterému by byla uplatnitelná stejná práva. Odmítají-li soustavně státy, z jejichž území útok pochází, zcela spolupracovat i poté, co se o kybernetickém útoku dozvědí (např. upozorněním poškozeného státu), lze je podle tohoto výkladu obvinít z porušení mezinárodního práva nečinností a podle závažnosti útoku přistoupit k proporcionalním protiopatřením.

Takováto aplikace závěrů MSD v případě Teherán přináší také sporné body. Zprvce není skutkově jasné, co vše musí stát učinit, aby útokům ze svého území zamezil nebo je vyšetřil, a kde jeho faktické možnosti končí v situaci, kdy očekávané opatření ani nelze zavést, např. kvůli obrovskému množství počítačů na území státu. Zadržuje, z právního hlediska došlo v případě Teherán k porušení tzv. *self-contained* režimu. Tento režim byl mezinárodním společenstvím široce uznáván, včetně ustáleného výkladu příslušných norem. DDoS útok nemusí představovat obdobně závažné porušení normy vnímané a vykládané natolik koherentně jako normy porušené v případě Teherán. Jinými slovy by bylo nutné široké přijetí výkladu, že DDoS útoky představují porušení státní suverenity, kterou lze v kyberprostoru vnímat stejně jako v prostoru fyzickém. V opačném případě nebude po právní stránce jasné, jakému porušení (porušení čeho) by vlastně měl odpovědný stát zabránit.

Zcela odlišnou variantu představuje vnímání DDoS útoků jako chování doposud nezakázaného (či lépe řečeno neupraveného) mezinárodním právem. Podle rozhodnutí v případě slévárny v Trailu⁵⁵ stát nemůže dopustit, aby na jeho teritoriu docházelo k jednání, které působí škodu jinému státu. DDoS útok by tak obrazně řečeno mohl odpovídat kouři z komína slévárny. V tomto případě by ovšem na rozdíl od případů předešlých bylo nutné prokázat, že vzniká faktická škoda.⁵⁶ Právě ta je v případě DDoS útoku často obtížně stanovitelná.

Pravidlo 5 Tallinnského manuálu rovněž vychází ze zásady teritoriality v kyberprostoru: „*Stát vědomě⁵⁷ nedovolí, aby byla kybernetická infrastruktura na jeho území nebo pod jeho výlučnou kontrolou použita k činům, které nepřátelsky nebo protiprávně ovlivňují jiné státy.*“ Jelikož se ale jedná pouze o výstup doktríny, bylo by nutné argumentaci opřít taktéž o výše uvedené judikáty a jejich aplikovatelnost zdůvodnit v konkrétním případě.⁵⁸ Tallinnský manuál (pravidlo 5, odstavec 5) zjevně vychází z předpokladu, že kybernetický útok porušuje suverenitu poškozeného státu. Proto stačí samotný negativní, škodlivý („*detrimental*“) efekt, aniž by musela být způsobena fyzická škoda a není nutné nahlížet na kybernetický útok jako na chování nezakázané mezinárodním právem, kde by bylo vyčíslení škody třeba.

⁵⁵ Trail Smelter Case (United States v. Canada). Dostupné online z: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf>, [2014-03-22].

⁵⁶ Sov. např. případ Chorzowski továrny. Rozsudek Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti ze dne 13. září 1928. The factory at Chorzów (Germany v. Poland). Dostupné z: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.htm>, [2014-03-22].

⁵⁷ Stát o útoku musí vědět. Expertní skupina autorů Tallinnského manuálu se neshodla, zdali postačuje, aby stát o útoku měl a mohl vědět (Pravidlo 5, odst. 11).

⁵⁸ Samotný Tallinnský manuál v tomto bodě odkazuje na případ MSD Korfský průliv.

Zároveň Tallinnský manuál připouští, že se expertní skupina autorů neshodla, zdali pravidlo č. 5 platí i pro stát, z jehož území kybernetický útok nepochází, ovšem je skrz toto území (počítače na tomto území) veden. Stát, prostřednictvím jehož infrastruktury je útok veden, by ale logicky měl mít povinnost prokázat, že tento útok pochází právě z jiného státu.

Po skutkové stránce zde komplikuje situaci charakter kybernetického prostoru. Globální DDoS útok může zneužít „zombie“ počítače na území desítek států, zároveň nemusí být jasné, kdy útok pochází přímo z dané infrastruktury a kdy je jen touto infrastrukturou směřován či veden. Stejně obtížně bude stát dopátrávat na svém území samotného pachatele. V neposlední řadě se stát, z jehož území útoky pocházejí, může uchýlit k účelovým tvrzením, slibovat či předstírat spolupráci, ačkoli fakticky neudělá nic. Vezmeme-li v úvahu dynamický charakter kybernetického prostoru, kde mohou proběhnout tisíce operací za vteřinu, nemusí být uplatňování práva výše uvedeným způsobem vůči státu (nebo vůči množství států), z jehož území útok pochází, efektivním řešením situace.

Jak bylo uvedeno výše, Jensen⁵⁹ vyžaduje, aby v případě kybernetického útoku vzniklo právo na protiútok okamžitě, a to navzdory nedostatku přičitatelnosti, neznámému záměru pachatele a nezranitelnosti neutrálních států. V současné době je kybernetický protiútok literaturou vnímán spíše jako krajní možnost,⁶⁰ při jejíž aktivaci by opět bylo nutné obezřetně zkoumat, jaká norma mezinárodního práva zakládá jeho legitimitu. Pokud by mezinárodní společenství uznalo právo poškozených států na okamžitý protiútok⁶¹ bez ohledu na přičitatelnost nebo neutralitu, učinilo by tak krok ke zvláštní úpravě kybernetického prostoru. Shackelford⁶² v tomto směru navrhuje pohlížet na kybernetický prostor jako na společné dědictví lidstva a mezinárodní prostor, podobně jako je tomu u Antarktidy, hlubokomořského dna nebo vnějšího vesmíru. Přijetím práva na protiútok by v tomto prostoru mohl každý potírat kybernetické piráty stejně jako dříve piráty mořské coby *hostes humani generis*. Státy by ovšem musely na takovou volbu nejprve přistoupit, nehledě na skutečnost, že režimy mezinárodních prostor fungují také v některých ohledech problematičtěji.

ZÁVĚREM

Při vymezení zásad pro bezpečný kybernetický prostor odkazuje Harašta⁶³ na současná pravidla NATO: „*teritorialitu, odpovědnost, spolupráci, sebeobranu, ochranu dat, řádnou péči, včasnou výstrahu, přístup k informacím, kriminalizaci a jasný mandát.*“ Teritorialita přitom zaujímá první místo. Fungování těchto pravidel koncentruje Harašta v následujících větách: „*Pokud byl z informačních sítí státu veden útok na stát jiný, existuje nejenom odpovědnost, ale zároveň i povinnost asistovat poškozenému při napra-*

⁵⁹ JENSEN, E. T. Computer Attacks on National Infrastructure, s. 240.

⁶⁰ HARAŠTA, J. Právní aspekty kybernetické bezpečnosti ČR – Hrozby a nástroje, s. 81.

⁶¹ Otázkou zůstává, nakolik by toto opatření bylo žádoucí a zůstalo bez nežádoucích důsledků. Mohlo by např. zahájit sérii uměle vyprovokovaných protiútoků apod.

⁶² SHACKELFORD, Scott J. From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law. *Berkeley Journal of International Law*. 2009, roč. 27, č. 1, s. 212–216.

⁶³ HARAŠTA, J. Právní aspekty kybernetické bezpečnosti ČR – Hrozby a nástroje, s. 81.

*ovování a odhalování škod.*⁶⁴ Jeho závěry, především důraz na teritorialitu, poté ilustrují trend rozdělit kybernetický prostor podle státního území a takto na něj také aplikovat právo.

Tento příspěvek svou analýzou dokládá, že DDoS a obdobné útoky lze ve většině případů kvalifikovat jako porušení suverenity, která je definovatelná právě na teritoriální bázi. Přímoú odpovědnost cizího státu za kybernetický útok podmiňuje přičitatelnost tohoto útoku státu na základě testu efektivní kontroly. Prokázat efektivní kontrolu státu nad kybernetickým útokem může být přitom technicky velmi komplikované. Stát, z jehož území útok pochází, však může být viněn za nečinnost. Judikatura a doktrína popisují povinnost státu varovat ostatní státy před nebezpečím z jeho území, nedopustit, aby jeho území bylo zneužito k protiprávním aktivitám a případně nahradit škodu, která vzniká činností na jeho území ostatním státům i jednáním nezakázaným mezinárodním právem. Těchto norem se může poškozený stát dovolávat vůči státu, z jehož území útok pochází. Z těchto norem je pak také možné dovodit citovanou odpovědnost a povinnost asistovat poškozenému státu při odhalování a napravování škod. V případě, že útok či útoky neustanou, může poškozený stát následně uplatnit proporcionální protipatření.

Otázkou – a to skutkovou, nikoli právní – ovšem je, zdali tento postup představuje efektivní řešení i za situace, kdy např. DDoS útok prochází územím desítek států a nelze odhalit jeho původce. Pro takovéto situace se může zdát lepším řešením vytvoření zvláštních pravidel pro kybernetický prostor, například práva na okamžitý kybernetický protiútok,⁶⁵ případně mezinárodněprávního režimu pro kybernetický prostor.

Na obecné úrovni probíhá v současné době debata mezi „exceptionalisty“ a „neexceptionalisty“.⁶⁶ Podle prvých si výjimečný charakter kybernetického prostoru vytváří svá vlastní pravidla. Ti druzí tvrdí opak – současná pravidla reálného světa jsou plně aplikovatelná na kybernetický prostor. Na straně jedné tak Mezinárodní strategie USA pro kybernetický prostor ubezpečuje, že tento prostor plně ovládají letité zásady mezinárodního práva, jejichž fungování může být jen drobně obměněno. Na straně druhé řada teoretiků takovýto názor napadá.⁶⁷ V jiné konkrétní verzi tohoto sporu americký soudce Frank Easterbrook tvrdil, že „*psát o právu kyberprostoru je, jakoby se psalo o právu koňském, s tím, že ‚koňské právo‘ samozřejmě neexistuje (...). Technologie by měla prostě přijmout právo, které jsme pro ni vymysleli.*“⁶⁸ Jeho odpůrce Lawrence Lessig⁶⁹ se poté přiklonil k opačnému názoru, že speciální charakter kybernetického prostoru, jeho architektura, mění možnosti aplikace práva.⁷⁰

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Podobného efektu by bylo možné dosáhnout i změnou výkladu – např. rozšířením výkladu zákazu použití síly v kyberprostoru, čímž by častěji docházelo k založení práva na sebeobranu.

⁶⁶ HOROWITZ, Steven J. *As Boundaries Fade: The Social Contract In Cyberspace*. Temple University Libraries, 2006. Dostupné z: <<http://digital.library.temple.edu/cdm/ref/collection/p15037coll12/id/1617>>, [2014-03-22].

⁶⁷ SCHMITT, Michael N. *International Law in Cyberspace: The Koch Speech and Tallinn Manual Juxtaposed*. *Harvard International Law Journal*. 2012, roč. 54. Dostupný z: <http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/12/HILJ-Online_54_Schmitt.pdf>, [2014-03-22].

⁶⁸ MATEJKA, Ján. *Internet jako objekt práva*. Praha: CZ.NIC, 2013, s. 26–27.

⁶⁹ LESSIG, Lawrence. *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*. *Harvard Law Review*. 1999. Dostupné z: <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/LNC_Q_D2.PDF>, [2014-03-22].

⁷⁰ Zjednodušeně řečeno – právo reguluje Internet, ale Internet také reguluje právo (jeho aplikovatelnost).

Výsledkem „neexceptionalistického“ přístupu je zaprvé klasifikace DDoS útoku jako porušení suverenity, zadruhé stanovení pravidel přičitatelnosti, a zatřetí určení možnosti poškozeného státu požadovat řešení po státu, z jehož území útok pochází. Jak výše naznačuje Harašta, zásada teritoriality v kyberprostoru hraje v „neexceptionalistickém“ přístupu klíčovou roli. Díky ní může stát využívat ochrany mezinárodního práva i před DDoS útoky.

Musíme však vzít v úvahu také argument „exceptionalistů“. Samotnou zásadu teritoriality může narušit další rozvoj technologie a rostoucí globalizace kybernetického prostoru smazávající hranice území. DDoS útok může být směřován prostřednictvím počítačů na území desítek států, přičemž nebude zjistitelné, odkud skutečně pochází. Efektivita uplatňování mezinárodního práva vůči všem státům, z jejichž území by takový útok pocházel, bude pravděpodobně poměrně nízká. Charakter kyberprostoru tedy může podstatným způsobem ovlivnit působení práva, jak tvrdí Lessig. Právě na frekvenci takovýchto případů závisí „exceptionalistická“ potřeba přijetí nových norem mezinárodního práva pro kybernetický prostor.

Původní verze tohoto příspěvku vznikla v rámci studentské vědecké odborné činnosti na Právnické fakultě.

Mgr. Tomáš Bruner

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze
Fakulta sociálních věd Univerzity Karlovy v Praze

DISKUSE

Marko Deák

PREJAV VÔLE KAPITÁLOVEJ OBCHODNEJ SPOLOČNOSTI VO VYBRANÝCH ZAHRANIČNÝCH PRÁVNÝCH ÚPRAVÁCH

Abstrakt: Predkladaný príspevok rozoberá právnu úpravu konania právnických osôb vo vybraných zahraničných právnych poriadkoch. Príspevok skúma teoretické pozadie pojmu právnická osoba a spôsoby, ktorými ako subjekt práva prejavuje vlastnú vôľu v právnych vzťahoch. Predmetom záujmu sú predovšetkým kapitálové obchodné spoločnosti. Príspevok je systematicky členený do troch častí. V prvej časti sa autor venuje východiskovým tézám, ktoré v nasledujúcich častiach príspevku rozvíja. V tejto časti autor prezentuje východiskový teoretický problém ponímania kapitálových obchodných spoločností (zmluva/subjekt práva). Detailne analyzuje charakter prejavu vôle zakladateľov, ktorým sa kapitálová obchodná spoločnosť zakladá a taktiež skúma povahu vzťahov, ktoré sa týmto prejavom vôle zakladajú. V druhej časti autor zameriava svoju pozornosť na riešenie otázky, či obchodná spoločnosť disponuje vlastnou vôľou. Autor na položenú otázku hľadá odpoveď v závislosti na forme obchodnej spoločnosti. V stručnosti uvádza postoj veľkých teórií právnických osôb k položenej otázke a predostiera teoretický rozmer problematiky pričítania následkov konania fyzických osôb právnickým osobám. Tretia časť príspevku je vnútorne členená na päť subkapitol, v ktorých autor rozoberá právne úpravy konania kapitálových obchodných spoločností vo vybraných krajinách. Autor ako prvú rozoberá právnu úpravu Nemecka (konceptia organschaftliche Vertretung). Nasleduje anglická úprava (konceptia mandate theory). V závere autor zameriava pozornosť na úpravu vo Francúzsku, ktorá je následne doplnená úpravou Švajčiarska a Holandska. Posledná šturtá časť predstavuje záver príspevku.

Kľúčové slová: právnické osoby, prejav vôle, obchodné spoločnosti, komparácia spôsobov prejavovania vôle

ÚVOD

Kapitálové obchodné spoločnosti¹ v súčasnosti zohrávajú kľúčovú úlohu v právnych či ekonomických vzťahoch, stávajú sa súčasťou nášho každodenného života. Obchodné spoločnosti vlastnia supermarkety, v ktorých si nakupujeme potraviny, dodávajú nám vodu, plyn, elektrinu a pohonné hmoty, na ktorých sme závislí, obchodné spoločnosti vydávajú noviny, ktoré čítavame a poskytujú internetové pripojenie.² Predkladaný príspevok predstavuje teoretické zamyslenie sa nad podstatou kapitálovej obchodnej spoločnosti ako právnickej osoby s dôrazom na otázku, či takáto entita disponuje vlastnou vôľou a akým spôsobom ju pri vstupovaní do právnych vzťahov prejavuje.

¹ Mám na mysli obchodné spoločnosti, pre ktoré je typická majetková účasť spoločníkov na podnikaní spoločnosti, ktorej zodpovedá povinnosť spoločníkov vložiť do spoločnosti majetkový vklad, ktorých súhrn vytvára vstupný či základný kapitál spoločnosti, pričom spoločníci za záväzky spoločnosti neručia vôbec, respektíve ručia len v obmedzenom rozsahu.

² DEREK, F. – MAYSON, S. W. – RYAN, CH. L. *Company law*. 27th. Edition. New York: Oxford University Press, 2010, s. 3.

1. VÝCHODISKÁ

Všeobecne platí, že jedným z konštrukčných prvkov definície obchodnej spoločnosti ako korporácie³ je jej samostatná právna osobnosť, ktorou sa (okrem iného) odlišuje od civilných spoločností. Obchodná spoločnosť prepožičiava novú (právnú) telesnosť (teda subjektivitu) tým, ktorí toto združenie vytvorili.⁴ Uvádza sa, že hlavnou myšlienkou, fundamentálnym atribútom korporátnej osobnosti (*the big idea*) je samostatná právna subjektivita obchodnej spoločnosti,⁵ z ktorej plynú všetky ostatné dôsledky spojené s tým, že spoločnosť je subjektom práva odlišným od jej členov či zakladateľov.⁶

Súčasnne ale platí, že *kapitálová obchodná spoločnosť ako subjekt práva síce vytvára samostatný funkčný celok, je však vnútorne štruktúrovaná a vo svojej podstate predstavuje reťazec či sled zmluvných vzťahov*. Kapitálová obchodná spoločnosť ako subjekt práva teda v sebe obsahuje subjekty práva vzájomne prepojené právnymi vzťahmi,⁷ z čoho plynú viaceré koncepčné nejasnosti. Nemožno totiž ignorovať skutočnosť, že právnické osoby v svojej právnej podstate súbor právnych vzťahov skrývajú. *Právnické osoby predstavujú právnú konštrukciu, vykazujúcu v rámci právnych vzťahov, v ktorých sú jedným zo základných prvkov, tendenciu k samostatnosti, ktorú u ostatných prvkov právnych vzťahov nenachádzame*. Toto zauzlenie väzby právnických osôb na právne vzťahy (kedy právne vzťahy slúžia na jednej strane ako predpoklad a inštrument vzniku a fungovania právnických osôb, pričom na druhej strane právnické osoby sú ako prvok štruktúry právneho vzťahu štruktúrne-systémovým predpokladom a nástrojom vzniku a realizácie právnych vzťahov) sa prejavuje v tom, že u právnických osôb je zvýraznený inštitucionálny aspekt pred aspektom funkcionálnym. Rozhodujúcim cieľom právnických osôb v systéme právnej regulácie je konstituovanie jedného z prvkov právneho vzťahu – subjektu práva. Súčasnne ale platí, že imanentnou súčasťou prevládajúceho inštitucionálneho aspektu je i aspekt funkcionálny, ktorý vyjadruje skutočnosť, že právnické osoby sú súborom potencií a reálnych vzťahov, ktoré smerujú k inštitucionalizácii právnických osôb, ale taktiež k realizácii funkcií právnických osôb v systéme práva.⁸

Zdôrazňovanie zmluvného základu korporácie je síce opodstatnené, nedokáže však účinne korporáciu odlišiť od iných foriem združovania. *Ako najvýraznejší nedostatok zmluvného ponímania korporácií sa uvádza skutočnosť, že zmluva ako taká nedokáže bez legislatívnej intervencie vytvoriť samostatný subjekt práva*. Taktiež sa uvádza, že

³ *Corpus* vo význame stelesnenie.

⁴ PELIKÁNOVÁ, I. – ČERNÁ, S. *Obchodní právo. II. díl. Společnosti obchodního práva a družstva*. Praha: ASPI, 2006, s. 548, s. 19.

⁵ DEREK, F. – MAYSON, S. W. – RYAN, CH. L. *Company law*. 27th. Edition. New York: Oxford University Press, 2010, s. 3. Bohumil Havel pri definícii obchodnej spoločnosti taktiež zdôrazňuje jej subjektivitu, keď uvádza, že korporácia je neuzatvorená a adaptabilná komplexita, ktorej cieľmi sú na báze vlastnej právnej subjektivity (a) znižovanie nákladov podnikania, (b) využitie výhod synergie a špecializácie, (c) a tým docielenie vyššieho (lepšieho) prínosu (úžitku). HAVEL, B. *Obchodní korporace ve světle proměn. Variace na neuzavřené téma správy obchodních korporací*. Praha: Auditorium, 2010, s. 51.

⁶ Predovšetkým ide o spôsobilosť na práva a povinnosti a spôsobilosť vlastným konaním práva či povinnosti zakladať, meniť alebo rušiť. DAVIES, P. L. *Gower and Davies' principles of modern company law*. 8th. Edition. London: Sweet & Maxwell, 2010, s. 33.

⁷ Obdobne PELIKÁNOVÁ, I. *Úvod do srovnávacího práva obchodního*. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 163.

⁸ HURDÍK, J. *Právnické osoby a jejich typologie*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 6, 10.

zmluvný základ obchodnej spoločnosti koncepcne nedokáže úspešne objasniť niektoré druhy obchodných spoločností (akciová spoločnosť s verejne obchodovateľnými účastníckymi cennými papiermi na strane jednej a jednoosobová spoločnosť na strane druhej). Súčasne platí, že obsahovo sa medzi spoločníkmi spoločnosti s verejne obchodovateľnými účastníckymi cennými papiermi vytvárajú zmluvné vzťahy veľmi vzdialené tradičnému ponímaniu zmluvných vzťahov.⁹ Preto niektorí autori zdôrazňujú, že korporácie predstavujú nexus zmlúv s určitým prvkom organizácie.¹⁰

Naznačená dvojaká povaha kapitálovej obchodnej spoločnosti (nexus obligácií či subjekt práva) plynie zo špecifického charakteru prejavu vôle, ktorým sa súkromnoprávna právnická osoba zakladá a z povahy právnych vzťahov, ktoré tento úkon zakladá. Ak je základným impulzom vzniku súkromnoprávnej právnickej osoby prejav vôle zakladateľa, ide o právny úkon. *Právne úkony však smerujú k vzniku (zмене či zániku) právneho vzťahu.* Podľa prevažujúcich záverov teórie jedným z pojmových znakov právneho úkonu je skutočnosť, že príslušný prejav vôle musí byť zameraný na vyvolanie určitých právnych následkov, pričom tieto následky môžu byť zamerané na vznik, zmenu alebo zánik určitého práva alebo povinnosti, respektíve môžu byť zamerané na vznik, zmenu alebo zánik právneho vzťahu.¹¹ Špecifikum tohto prejavu vôle spočíva v tom, že na jednej strane na jeho základe dochádza k vzniku právneho vzťahu (respektíve súboru právnych vzťahov) – čo vymedzeniu právneho úkonu zodpovedá, avšak súčasne na druhej strane uvedený prejav vôle predstavuje podklad pre vznik obchodnej spoločnosti ako právnickej osoby (je tak skutočnosťou spôsobujúcou založenie kreujúceho sa subjektu práva ako prvku právneho vzťahu) – čo sa vymedzeniu právneho úkonu vymyká.

Právny vzťah, ktorý uvedený úkon založí, bude mať odlišnú podobu v závislosti na type zakladanej právnickej osoby. Pri vzniku *právnickej osoby korporatívneho typu zakladanej jednou osobou* sa na prvý pohľad jedná o vzťah, vznikajúci medzi zakladateľom a jeho dieťaťom – právnickou osobou – na strane jednej a medzi ostatnými bližšie neurčenými subjektami na strane druhej. Tento vonkajší vzťah je absolútnej povahy – pôsobí *erga omnes*, pretože vytvára komplexný právny status nového subjektu a vymedzuje ho voči tretím osobám. Vedľa tohto vzťahu vzniká i ďalší vzťah medzi zakladateľom a ním zakladanou právnickou osobou. Jeho základom je právne sebakonštituovanie časti separovaných záujmov zakladateľa v nový subjekt týchto záujmov – vznikajúcu právnickú osobu.

⁹ FOSTER, N. H. D. Company law theory in comparative perspective: England and France. *The American journal of comparative law*. Vol. 48, No. 4 (Autumn, 200), s. 586.

¹⁰ KRAAKMAN, R. – AMOUR, J. – DAVIES, P. – ENRIGUES, L. – HANSMANN, H. – HERTIG, G. – HOPT, K. – KANDA, H. – ROCK, E. *The Anatomy of Corporate Law*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 6.

¹¹ VOJČÍK, P. *Občianske právo hmotné I*. 4. vydanie. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2012, s. 49. Právny úkon je v občianskom práve prejav vôle smerujúci za okolností, za ktorých bol uskutočnený, k právnomu účinku – následku v podobe vzniku, zmeny či zániku občianskoprávneho vzťahu, ktorý normy občianskeho práva s týmto prejavom vôle ako právom uznaným (aprobovaným) aktom spájajú. ŠVESTKA, J. – SPÁČIL, J. – ŠKÁROVÁ, M. – HULMÁK, M. a kol. *Občiansky zákoník I. § 1–459*. Komentár. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 299, 300. Právne úkony plnia v súkromnom práve funkciu právneho dôvodu pre vznik, zmenu alebo zánik právneho vzťahu. FEKETE, I. *Občiansky zákoník*. Veľký komentár. I. Diel § 1 – § 459. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 231. Právny konaním sa rozumie také správanie osoby, subjektu práva, ktoré je schopné – podľa ustanovení objektívneho práva – vyvolať právne následky. Právne konanie vyvoláva právne následky, teda vznik, zmenu alebo zánik práv a/alebo povinností. ZUKLÍNOVÁ, M. In: J. Dvořák – J. Švestka – M. Zuklínová a kol. *Občianske právo hmotné. Svazek I. Díl první: Obecná část*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 156.

Tieto dva typy právnych vzťahov sú právne technickým základom vzniku a existencie jednoosobovej právnickej osoby. Naproti tomu odlišným procesom pri svojom vzniku prechádzajú *právnické osoby zakladané viacerými zakladateľmi*. Tu je primárnym výrazom separácie a integrácie záujmov, špecifikovaných v zhodne prejavenej vôli zakladateľov, vzťah pútajúci zakladateľov navzájom, teda koncert vôlí zakladateľov, ktorý pôsobí v prvotnej fáze len *inter partes*. *Na rozdiel od jedného zakladateľa tu popri prvku separácie záujmov, resp. častí právnych statusov zakladateľov, pôsobí tiež prvok ich integrácie*. Ich výsledok je však zásadne zhodný u oboch spôsobov vzniku právnických osôb: *spôčívajú v prenesení časti právneho statusu zakladateľa na nový subjekt in statu nascendi*. *Uvedená separácia, prípadne tiež integrácia častí právnych statusov zakladateľov však vyžaduje, aby bola konštituovaná v právnickú osobu, teda aby došlo k ich inštitucionalizácii*. Tu však už ide o krok právotvorný, teda akt verejného práva, konštituujujúci nový subjekt právnych vzťahov, ku ktorému je príslušný len orgán verejnej moci.¹² Dovŕšenie tohto procesu je demonštráciou vnútorne vysoko integrovaného právneho vzťahu, ktorý bol inštitucionalizovaný ako nový subjekt právnych vzťahov. *Z obsahu právneho vzťahu sa rodí subjekt vzťahov, ktorý je na jednej strane svojou podstatou súborom právnych vzťahov, avšak súčasne sám aktívne do právnych vzťahov vstupuje ako ich subjekt*. Tento proces separácie, integrácie a inštitucionalizácie možno názorne ilustrovať na polpriamke, na začiatku ktorej je fyzická osoba. Na tejto polpriamke postupne, a to podľa miery separácie, integrácie a inštitucionalizácie právne relevantných záujmov tejto východiskovej osoby nachádzame stále intenzívnejšie a dôslednejšie separované, integrované a inštitucionalizované právne významné záujmy tejto osoby. Zatiaľ čo relatívne nízku mieru integrácie, separácie a inštitucionalizácie bude mať súbor spoločných záväzkových vzťahov, vyššiu mieru integrácie budeme nachádzať u rôznych foriem spoluvlastníctva či manželstva. Zlomový bod na tejto polpriamke predstavuje inštitút združenia bez právnej subjektivity (civilná spoločnosť), ktorá predstavuje moment inštitucionalizácie separovaných, prípadne integrovaných záujmov do podoby novo vzniknutej osoby v právnom zmysle (právnickej osoby). Následná sekvencia obsadenosti tejto pomyslenej polpriamky je variabilná. *Jednotlivé útvary umiestnené na priamke sa navzájom odlišujú mierou autonomizácie týchto útvarov od ich tvorcov, čo je výsledkom odlišnej miery separácie, integrácie a inštitucionalizácie právnych statusov osôb podieľajúcich sa na procese zakladania týchto útvarov*. Na samotnom konci pomyslenej polpriamky sa možno stretnúť s právnickými osobami nadačného typu, ktoré sú charakterizované relatívne vysokým stupňom oddelenia právneho statusu zakladateľov tejto právnickej osoby od statusu novo koncipovanej právnickej osoby. Toto oddelenie ide pri nadáciách dokonca tak ďaleko, že zakladateľ nadácie po jej založení v zásade stráca vplyv na vývoj jej ďalšieho chovania, pretože vznikom nadácie dochádza k úplnému oddeleniu vôle zakladateľa od vôle založenej právnickej osoby.¹³

¹² HURDÍK, J. *Právnické osoby a jejich typologie*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 37, 38.

¹³ *Ibidem*, s. 38, 39.

2. MÁ (MÔŽE MAŤ) KAPITÁLOVÁ OBCHODNÁ SPOLOČNOŠŤ AKO PRÁVNICKÁ OSOBA VLASTNÚ VÔLU?

*Subjektom práva je subjekt právnej normy.*¹⁴ O subjekte právnej normy možno hovoriť z dvoch uhlov pohľadu¹⁵ – jednak z pohľadu subjektu, ktorý právnou normou kreuje (subjekt právotvorný respektíve normotvorný), a jednak z pohľadu subjektu práva, ktorému je právnou normou určená, ktorého správanie reguluje (subjekt práva realizujúce). Druhú uvedenú skupinu subjektov práva (subjektu, ktorým je právo určené) možno vnútorné kategorizovať na *adresátov* (subjektu, ktorým sú príkazy, zákazy respektíve dovoľenia dané právnou normou adresované) a *recipientov* právnych noriem (teda skutočný príjemca príkazu, zákazu či dovoľenia daného právnou normou).¹⁶ Adresátov si právo vytvára samo. Naproti tomu *recipientom práva t.j. tým, ku koho vôli a vedomiu sa právnou normou obracia je človek*, a nemôže ním byť nikto iný než človek. Právo upravuje vzťahy medzi ľuďmi a pôsobí na ich vedomé a vôľové chovanie. Podľa práva a proti právu sa môžu správať len ľudia. Ak sa zrúti stavba alebo ak niekoho poraní zviera, môže to byť právne relevantné, ale nemôže to byť správanie podľa práva ani proti právu. Právo sa nemôže v svojej norme obrátiť na stavbu a prikázať jej, aby sa nezrútila, môže len adresovať ľuďom povinnosť, aby urobili opatrenia, ktoré zabránia jej zrúteniu.¹⁷ Právnu subjektivitu pritom právo prepožičiava nielen človeku jednotlivcovi, ktorého nazýva fyzickou osobou, ale niekedy personifikuje i združenia ľudí, organizácie ľudí, a popr. i účelovo vymedzený majetok, a tým finguje právnou osobnosť subjektov od človeka jednotlivca odlišných, ktoré nazýva osobami právnickými. Právnické osoby sa z právneho hľadiska stávajú adresátmi právnych noriem, právnou normou adresuje príkazy, zákazy a dovoľenia právnickej osobe. Zo sociologického hľadiska však *recipientom právnej normy zostáva naďalej osoba fyzická – ľudia, ktorí sú oprávnení menom právnickej osoby konať, teda tí, ktorých chovanie sa právnickej osobe pričíta.*¹⁸

Nato, aby adresát právnej normy mohol v medziach objektívneho práva vytvárať právne vzťahy vlastným právnym konaním (prejavom vôle) a aby tak mohol nadobúdať práva a povinnosti musí okrem právnej subjektivity disponovať i ďalšou vlastnosťou a síce *spôsobilosťou na právne úkony* (teda schopnosťou vlastnými prejavmi vôle nadobúdať práva a povinnosti v medziach právnych noriem objektívneho práva).¹⁹ Už od čias Aristotela sa *vôľa pokladá za snahu riadenú rozumom.*²⁰ Vôľa predstavuje psychický vzťah konajúceho človeka k zamýšľanému (chcenému) následku.²¹ Z toho potom vyplýva, že

¹⁴ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 70.

¹⁵ Ide o delenie subjektov práva z hľadiska objektívneho práva. GERLOCH, A. *Teorie práva*. Dobrá Voda u Pelhřimova: Aleš Čeněk. 2. vydání, 2001, s. 108 an.

¹⁶ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 70.

¹⁷ *Ibidem*, s. 70, 71. John Armour uvádza, že i kreovanie koncepcie subjektivity právnickej osoby anglickými súdmi bolo zložité, nakoľko hinduistický kláštor je trochu viac než len kopa kameňov, súčasne je však zložité pripustiť možnosť, aby abstrakcia ako finančný fond mohol byť žalobcom či žalovaným. BURROWS, A. (ed.). *English private law. Oxford principles of english law*. 2nd Edition. New York: Oxford University Press Inc., 2007, s. 156.

¹⁸ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 71.

¹⁹ *Ibidem*, s. 70, 71.

²⁰ HERETIK, A. *Forenzná psychológia pre psychológov, právnikov, lekárov a iné pomáhajúce profesie*. 2. vydanie. Bratislava: SPN – Mladé letá s.r.o., 2004, s. 112.

²¹ KNAPPOVÁ, M. – ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. a kol. *Občanské právo hmotné*. I. svazek. 4. vydání. Praha: ASPI,

vôľu môže mať len človek, nakoľko len on je vybavený rozumom. Je to práve vôľa a rozum, ktoré ako antropologické rysy umožňujú človeku seba samého poznať a určiť tak vlastný záujem.²² Ak sme vybavili obchodnú spoločnosť čoby právnickú osobu spôsobilosťou na právne úkony, možno z toho vyvodiť záver, že obchodná spoločnosť disponuje spôsobilosťou kreovať vlastnú vôľu. Je tomu ale skutočne tak?

Odpoveď na uvedenú otázku komplikuje fakt, že kapitálová obchodná spoločnosť zastáva dvojité postavenie súboru obligácií a samostatného subjektu práva. Na jednej strane základom každej obchodnej spoločnosti je v svojej podstate zmluva, pretože jej podkladom je prejav vôle zakladateľov (či spoločníkov). Obchodná spoločnosť je tak vyjadrením chcenia (vôle) človeka, ktoré istým spôsobom finalizuje. Na druhej strane je však obchodná spoločnosť (v nejakej miere) vybavená atribútmi právnej subjektivity. Spoločníci pri rozhodovaní reprezentujú spoločnosť v jej korporátnom význame (*association aspect*) a súčasne, vzhľadom nato, že spoločnosť je samostatný subjekt práva, ich rozhodnutie nemôže byť ničím iným než rozhodnutím spoločnosti ako subjektu práva (ide o dve stránky mince, ale tej istej mince).²³ Spoločníci totiž zakladajú spoločnosť za účelom uspokojenia ich vlastných záujmov, hoci tieto záujmy zverujú novo vznikajúce- mu subjektu, nič to ale nemení na tom, že spoločnosť zostáva nástrojom uspokojenia záujmov spoločníkov. Tomu zodpovedá i právo spoločníkov počas existencie spoločnosti obsah jej záujmovej sféry zmeniť ako aj právo spôsobiť zánik spoločnosti v prípade, že spoločníci záujem na uskutočňovaní cieľa, pre ktorý spoločnosť zakladali, stratia. Spoločníci teda majú právo, aby spoločnosť svojou činnosťou uspokojovala záujmy, ktoré jej určili. *Niežeby spoločnosť vlastnou vôľou nedisponovala, ale je to vôľa, ktorej obsah je determinovaný práve spoločníkmi.*²⁴ V závislosti na konkrétnom druhu spoločnosti možno uvažovať o prevahe obligačných (či osobnostných) prvkov v spoločnosti alebo naopak, možno uvažovať o prevahe korporátnych (či inštitucionálnych) prvkov v spoločnosti (typicky u kapitálových spoločností). Ak dvaja spoločníci spolu založia obchodnú spoločnosť, aby tak združili svoje doterajšie podnikateľské aktivity, bude takáto spoločnosť ich spoločnou predĺženou rukou: bude robiť to, čo by ináč títo spoločníci robili sami, a teda naplňovať ich spoločné záujmy. Tvorba vôle tejto spoločnosti bude väčšinou neformálna, vôľa spoločnosti bude vznikať konsenzuálne, obyčajne mimo nejaké formalizované orgány, akými je valné zhromaždenie. Ak si vezmeme opačný extrém akciovkej spoločnosti kótovanej na svetových burzách, sotva budeme tvrdiť, že takáto spoločnosť slúži k uspokojovaniu zárobkových spoločných záujmov jej akcionárov, pretože nič také ako spoločné záujmy akcionárov tu jednoducho neexistuje (jediným priesečníkom záujmov akcionárov je záujem na zhodnotení investície v podobe dividend alebo záujem na zvýšení kurzu akcií).²⁵ *Orgány kapitálových spoločností* prestávajú byť prostriedkom

2006, s. 137. DULAK, A. In: J. Lazar. a kol. *Občianske právo hmotné*. I. zväzok. 1. vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 119.

²² BYDLINSKI, F. Die „Person“ im Recht. In: S. Kalss – Ch. Nowotny – M. Schauer (eds). *Festschrift Peter Doralt zum 65. Geburtstag*. Wien, 2004, s. 82 an. Citované podľa: BERAN, K. *Pojem osoby v právu*. Praha: Leges, 2012, s. 109.

²³ DEREK, F. – MAYSON, S. W. – RYAN, Ch. L. *Company law*. 27th. Edition. New York: Oxford University Press, 2010, s. 379.

²⁴ PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 87, 88.

²⁵ PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 94, 95.

výkonu týchto kolektívnych práv a *stávajú sa skutočným zdrojom novej vôle celkom odlišnej od vôle každého zo zúčastnených jednotlivcov.*²⁶ Je zrejme, že dôvodom popísaného rozdielu vo vzťahu spoločníka a spoločnosti je odlišná miera nezávislosti vôle spoločnosti na vôli spoločníkov. Čím menej spoločník individuálne ovplyvňuje výslednú vôľu spoločnosti, tým viac sa voči nemu spoločnosť emancipuje a subjektívizuje. Vytvára sa tak škála, kde na jednej strane stojí spoločnosť – inštitúcia, majúca nezávislú vôľu i voči svojim spoločníkom, čo ju stavia i voči nim do pozície skutočného subjektu práv a povinností, pričom na druhej strane tejto škály stojí spoločnosť – zmluva, poslušný, slepý nástroj realizácie záujmov spoločníkov, neschopný vzoprieť sa ich vôli, čo ju stavia voči spoločníkom vo väčšej miere do pozície objektu práv než subjektu povinností. Ešte vyhrotenejším prípadom tohto extrému je potom jednočlenná spoločnosť, kedy zámery spoločníka nie sú korigované ani odlišnými záujmami iného spoločníka, a kde len pozitívne právo svojimi náhradnými mechanizmami bráni spoločnosť pred plným otroctvom.²⁷

Naproti tomu sa možno stretnúť s názormi, podľa ktorých obchodná spoločnosť z povahy veci vôľou disponovať nemôže. Dôsledkom skutočnosti, že spoločnosť je samostatný subjekt, je okrem iného i to, že za ňu *musí rozhodnutia realizovať a za ňu musí konať fyzická osoba* – môžu to byť orgány spoločnosti (*board of directors* alebo *members in general meeting*) alebo úradníci, zamestnanci či zástupcovia.²⁸ Samotné konanie v prípade právnickej osoby vždy realizuje človek. Len človek má totiž vlastnú, nie prenesenú vôľu. *Ak u korporácie absentuje vlastná vôľa, musíme ju fingovať, pričítať.* Korporácia je maska, ktorá má vôľu len preto, že jej pričítame vôľu ľudskú, a ktorá sa dopúšťa len toho konania, ktoré vykonávajú jej správcovia, teda ľudia.²⁹

Veľké teórie právnických osôb pristupovali k otázke vôle právnickej osoby odlišne. Najstaršia ucelená *teória fikcie právnických osôb*, ktorá je pripisovaná Friedrichovi Carl von Savignymu (a jeho nasledovníkom Puchtovi a Ungerovi), sa vyhýba sporu o tom, či subjektom práva môže byť i iná entita než človek vytvorením konštrukcie osoby a teda uzatvára, že k dvom skutkovým podstatám, ktoré boli od seba odlišné (osoba skutočná – človek a osoba fingovaná) má byť pristupované rovnako.³⁰ Sám Savigny uvádza, že subjekt práva nadobúda majetkové práva bez toho, aby ich zo svojej podstaty nadobudnúť mohol.³¹ Pre vyriešenie tohto sporu sa Savigny uspokojil s tým, že v prípade spôsobilosti na právne úkony právnických osôb sa ustanoví umelý stav (inštitút) zastúpenia. Savigny rieši problém zastúpenia pomocou ďalšej fikcie, pretože konanie zástupcov je považované za fingované konanie právnickej osoby, *vôľa právnickej osoby totiž spočíva na zastúpenej vôli jednotlivých ľudí, ktorá je jej pričítaná ako jej vlastná na základe fikcie.*³²

²⁶ Obdobne napr. FREY, CH. *Die Vertretung verselbständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil VI. Frankreich. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, s. 363.

²⁷ PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 95, 96.

²⁸ DAVIES, P. L. *Gower and Davies' principles of modern company law*. 8th. Edition. London: Sweet & Maxwell, 2010, s. 151.

²⁹ HAVEL, B. *Obchodní korporace ve světle proměn. Variace na neuzavřené téma správy obchodních korporací*. Praha: Auditorium, 2010, s. 65, 67.

³⁰ FRINTA, O. *Právnícké osoby*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008, s. 59 an.

³¹ SAVIGNY, F. C. *System der heutigen Römischen Rechts* (sv. II). Berlin, 1840. Citované podľa: BERAN, K. *Pojem osoby v právu*. Praha: Leges, 2012, s. 67.

³² DIESELHORST, M. Zur Theorie der juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny. In: *Quaderni Fiorentini* 11/12, 1982/83, s. 329, 330. Citované podľa: BERAN, K. *Pojem osoby v právu*. Praha: Leges, 2012, 224 s., s. 67, 68.

Na prelome 19. a 20. storočia, v dobe zakoreneného kapitalizmu a vlády silných bankových domov a veľkých priemyselných komplexov sa vytvárajú viaceré *teórie reality*, ktoré majú spoločné, že právnickú osobu akceptujú ako realitu. Pre organickú teóriu (ako jeden z prúdov teórie reality) je *dominantná štruktúra organizovanej skupiny*, ktorej predobraz predstavuje štát a ktorej základnými rysmi sú *spoločná podstata*, spoločná existencia *vybavená vlastnou vôľou a štruktúra tvorená orgánmi, ktorých prostredníctvom je vyjadrovaná právna vôľa skupiny*.³³ Konceptne teória vychádza z toho, že jediným prirodzeným subjektom práva je človek, právnická osoba je zákonodarcom len uznávaná (nie však vytváraná).³⁴ *Podľa tzv. organickej teórie základným znakom subjektu práva je slobodná vôľa. Tou podľa organickej teórie nedisponuje len človek, ale aj sociálne organizmy existujúce v spoločnosti*. Ani človek podľa tejto teórie nie je homogénnym celkom, ale je skutočným organizmom – vnútorne usporiadaným zoskupením buniek, vzájomne prepojených väzbami a vzťahmi. Sociálny organizmus ako štát alebo korporácia je na tom obdobne, miesto telesných orgánov zastávajú sociálne orgány a namiesto buniek vystupujú ako elementárne prvky ľudia. *Vôľa, ktorú tento organizmus vytvára, je rovnako odlišná od vôle jednotlivcov, z ktorých sa skladá, presne tak ako je odlišná vôľa človeka od vôle neurónov, z ktorých je vytvorený jeho mozog*. Svojim ideovým základom v človeku a jeho biologických podmienkach sa organická teória paradoxne podobala fikčným teóriám.³⁵ Jej hlavný prínos ale spočíva vo vymedzení rozdielov medzi spoločnosťou ako korporáciou (teda právnickou osobou s právnou subjektivitou) a civilnou spoločnosťou bez právnej subjektivity – korporácia je reálnou zväzovou osobou, teda organizmom ktorý má svoju samostatnú, skutočnú existenciu, svoje orgány a svoju vôľu a táto zväzová vôľa je celkom odpútaná od vôle jednotlivcov, zatiaľ čo v spoločnosti občianskeho práva sa nevytvára zväzová vôľa, ale vytvára sa spoločná vôľa.³⁶

Ak chápeme vôľu ako schopnosť vedomého smerovania k určitému cieľu, k naplneniu určitých záujmov, možno vo vzťahu k otázke, či subjekt práva má vlastnú vôľu uvažovať v teoretickej rovine o troch alternatívach. *V prvom prípade* je subjekt práva nadaný vlastnou *slobodnou vôľou*, neutváranou zo žiadnych iných vôlí. Tento prípad sa môže týkať len ľudských bytostí. *V druhom prípade* je vôľa subjektu vytváraná *z vôle iných osôb*, vplyvom rozličných mechanizmov však táto vôľa nie je vôľou žiadnej z týchto osôb a nie je ani ich súčtom. Medzi takéto mechanizmy patrí princíp väčšinového rozhodovania s meniacou sa väčšinou (kapitálové obchodné spoločnosti s rozdrobenou štruktúrou spoločníkov), princíp konsenzuálneho rozhodovania (tradične v malých obchodných spoločnostiach) alebo mechanizmus štruktúrovaného formovania vôle v subjektoch s viacerými orgánmi a deľbou moci medzi ne. *V treťom prípade* je vôľa subjektu celkom *nahradená náhradnou vôľou*, t. j. vôľou nejakého iného subjektu, ktorý potom svoju vôľu štiepi medzi seba samého a tento opatrovaný subjekt.³⁷

Schopnosť prejavíť svoju subjektivitu (v zmysle spôsobilosti na právne úkony) sa navonok prejavuje schopnosťou právne konať. *Schopnosť konať vyžaduje entitu, ktorá*

³³ HURDÍK, J. *Právnické osoby a jejich typologie*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 22.

³⁴ PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 34.

³⁵ PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 35.

³⁶ BERAN, K. *Pojem osoby v právu*. Praha: Leges, 2012, s. 76, 77.

³⁷ PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 71.

je vybavená vôľou a schopnosťou svoje konanie ovládať a prejaviť ho navonok v súlade s vlastnou vôľou. Žiadna iná entita než človek nie je od prírody nadaná schopnosťou takto konať. Aby teda bol určitý substrát schopný konať, musí pre neho právna norma túto schopnosť zaistiť – to koncepcne možno urobiť len tak, že budú stanovené podmienky, za ktorých sa bude na konanie určitého človeka nazeráť tak, že právne následky tohto konania stíhajú tento substrát. To legislatívne technicky možno urobiť dvoma spôsobmi: buď sa bude na konanie človeka nazeráť ako by išlo o priame konanie tohto substrátu (fikcia – pretože konanie človeka môže byť len konaním človeka a nemôže byť bez fikcie konaním iného substrátu) alebo ho budeme považovať za zástupcu, ktorý koná sám, ale následky tohto konania sa pričítajú substrátu (zastúpenie).³⁸

3. ZAHRANIČNÉ KONCEPČNÉ RIEŠENIA

3.1 Nemecký koncept organschaftliche Vertretung (Organtheorie)

Nemecký občiansky zákonník (Bürgerliches Gesetzbuch, ďalej len BGB) v jeho všeobecnej časti obsiahnutej v prvej knihe obsahuje úpravu osôb, vrátane všeobecnej úpravy právnických osôb (*juristische Personen*). V jej rámci výslovne upravuje spolky (*Vereine*), nadácie (*Stiftungen*) a právnické osoby verejného práva (*juristische Personen des öffentlichen Rechts*). Hoci BGB obsahuje len všeobecnú úpravu spolkov a nadácií, dovodzuje sa jej subsidiárna aplikovateľnosť na všetky právnické osoby (vrátane kapitálových obchodných spoločností), čo jej dodáva charakter všeobecnej úpravy právnických osôb.³⁹ Podľa ustanovenia § 26 ods. 1 BGB musí mať každý spolk (Verein) predstavenstvo (*Vorstand*), ktorému právna úprava výslovne priznáva postavenie zákonného zástupcu.⁴⁰ Uvádza sa, že BGB teda neprijal konštrukciu štatutárneho orgánu tak ako ju poznáme zo slovenskej (či dosluhujúcej českej) právnej úpravy, ale konštruje konanie predstavenstva ako zákonné zastúpenie.⁴¹ Podstatou tejto koncepcie konania právnickej osoby je (tak ako je to koniec koncov i pre zastúpenie ako také) *pričítanie následkov konania orgánov právnickej osoby samotnej právnickej osobe*. Vychádza sa z toho, že podnikatelia, ktorí nie sú fyzickými osobami, majú spôsobilosť na právne konanie len prostredníctvom ich orgánov (*handlungsfähig mittels ihrer Organe*). Teória zastúpenia orgánmi právnickej osoby sa vytvorila v 19. storočí, pričom je založená na hypotéze, že právnická osoba nekoná vo vonkajšom svete prirodzene jej orgánmi ako ľudská bytosť, ale pri konaní orgánov právnickej osoby dochádza k právnemu pričítaniu následkov konania orgánov právnickej osoby samotnej právnickej osobe. Pojmový rozdiel medzi prípadom bežného zmluvného zastúpenia a zastúpením orgánmi spočíva v tom, že zatiaľ čo zmluvný agent

³⁸ FRINTA, O. *Právnické osoby*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008, s. 76, 111.

³⁹ PELIKÁNOVÁ, I. *Úvod do srovnávacího práva obchodného*. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 140.

⁴⁰ Ustanovenie § 26 ods. 1 BGB: *Der Verein muss einen Vorstand haben. Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters*.

⁴¹ PELIKÁNOVÁ, I. *Úvod do srovnávacího práva obchodného*. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 141. V nemeckej literatúre sa však možno stretnúť s ponímaním konceptu *organschaftliche Vertretung* ako samostatného druhu zastúpenia stojaceho na pomedzí zmluvného a zákonného zastúpenia. Uvádza sa, že zastúpenie orgánmi je zákonnému zastúpeniu príbuzné, avšak jedná sa o samostatný druh zastúpenia. FREY, Ch. *Die Vertretung selbstständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil VI. Frankreich. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, s. 42.

môže svoje zastupiteľské oprávnenie preniesť na tretiu osobu (ak mu to dovoľuje plnomocenstvo), tak člen orgánu toto urobiť nemôže nakoľko *zastúpenie orgánmi náleží len orgánu právnickej osoby*. Konateľské oprávnenie orgánu teda v žiadnom prípade nemožno delegovať na inú osobu a to ani pri generálnom splnomocnení.⁴² Právne teoreticky nemecká doktrína vychádza z toho, že niečo, čo reálne neexistuje, nemôže ani konať a preto právnická osoba potrebuje hlavu, ruky a nohy nato, aby sa mohla zúčastniť právneho života. Právnická osoba potrebuje jej *orgány, konanie ktorých je jej pričítané*.⁴³ Vzhľadom na skutočnosť, že právnická osoba je povahou myšlienkový útvar, uvádza sa, že nie je spôsobilá sama právne relevantne konať. Pre konanie jej menom a za ňu potrebuje orgány, ktoré za ňu a s účinkami pre ňu môžu právne relevantne konať. Tieto orgány predstavujú fyzické osoby. V každom prípade má právnická osoba orgán, ktorý je príslušný na riadenie a to ako do vnútra, tak i navonok pri právnych konaniach, kedy koná ako zákonný zástupca; taktiež sa ale vytvárajú kontrolné orgány, ktoré na vedenie právnickej osoby dozerajú.⁴⁴ Orgánmi sa pritom rozumejú funkčné jednotky právnickej osoby, ktoré v zmysle zákona respektíve zakladateľských dokumentov právnickej osoby vykonávajú činnosť, sú nadané určitými kompetenciami a ktorých konanie je nesprostredkovane pričítané právnickej osobe. Tradične (a to zvlášť vo vzťahu ku kapitálovým obchodným spoločnostiam) sa rozlišuje medzi orgánom, ktorý vytvára vôľu právnickej osoby (*Willensbildungsorgan*), riadiacim orgánom (*Leitungs* či *Geschäftsführungsorgan*) a kontrolným orgánom (*Aufsichtsorgan*). Spravidla pritom postavenie organického zástupcu zastávajú osoby, ktoré sú členmi riadiaceho orgánu.⁴⁵ Na rozdiel od zmluvného zastúpenia, ktoré subjekty práva môžu taktiež využiť pre multiplikáciu vlastného konania, je organické zastúpenie otázkou nutnosti (*notwendige Vertretung*), pretože právnická osoba ako taká sama nemôže konať a potrebuje pre účasť na právnom styku sprostredkujúce fyzické osoby, ktorých konanie, vedomie a vôľa je právnickej osobe priamo pričítaná.⁴⁶ *Zastúpenie právnickej osoby jej orgánmi je ponímané ako vlastné konanie právnickej osoby*.⁴⁷ Tým sa podstatným spôsobom odlišuje napr. od anglického práva, ktoré vychádza z toho, že osoby povolané na zastupovanie spoločnosti sú zmluvnými zástupcami, teda ich konanie je právnickej osobe pričítané ako konanie cudzích osôb na rozdiel od nemeckého ponímania, podľa ktorého je konanie orgánov samotným konaním právnickej osoby.⁴⁸ Podstata teórie zastúpenia orgánmi spoločnosti (*Organtheorie*)

⁴² SCHMIDT, K. *Handelsrecht*. 5. Auflage. München: Carl Heymanns Verlag, 1999, s. 454 an. Tento záver však nie je prijímaný jednotne. Viď napr. FREY, Ch. *Die Vertretung selbstständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil VI. Frankreich. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, s. 44.

⁴³ KLUNZINGER, E. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 15., überarbeitete und erweiterte Auflage. München: Verlag Franz Vahlen München, 2011, s. 37.

⁴⁴ BÄHR, P. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 11., durchgesehene und komplett überarbeitete Auflage. München: Verlag Franz Vahlen München, 2008, s. 46.

⁴⁵ FREY, Ch. *Die Vertretung selbstständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil VI. Frankreich. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, s. 42, 43.

⁴⁶ FELLMETH, S. P. *Die Vertretung selbstständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil I. Deutschland, Italien und Spanien. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, s. 27 an.

⁴⁷ Právnická osoba sa rozhoduje a koná sama nesprostredkovane jej orgánmi. In: Ch. FREY. *Die Vertretung selbstständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil VI. Frankreich. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, s. 44.

⁴⁸ DREIBUS, A. *Die Vertretung selbstständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil IV. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 47.

spočíva v tom, že kapitálová obchodná spoločnosť obligatórne vytvára orgány, ktorým sú v dôsledku zákona originárne udelené právomoci, pričom spoločníci na valnom zhromaždení nemôžu pri výkone zákonných právomocí ostatné orgány obmedziť či ovplyvniť. Uvedená skutočnosť sa prejavuje v nezávislosti predstavenstva akciovej spoločnosti ako riadiaceho a zastupujúceho (či konajúceho) orgánu, ktorá je príznačnou pre teóriu orgánov spoločnosti (*Organtheorie*).⁴⁹

3.2 Právna úprava v Anglicku: koncept zmluvného zastúpenia právnickej osoby?

Právna úprava v Anglicku rozoznáva 2 základné druhy organizácií pre uskutočnenie podnikateľských zámerov – 1) *partnerships* (jednotne upravené v Partnership Act 1890, koncepčne založené na zastúpení, nakoľko každý z partnerov vystupuje ako zástupca ostatných partnerov, táto forma je využívaná hlavne pre malé podnikanie s vysokou mierou dôvery medzi spoločníkmi) a 2) *companies*⁵⁰ (jednotne upravené v Companies Act 2006, vytvárajúce zložitú organizačnú štruktúru, pričom súčasne vytvárajú novú entitu s plnou právnou osobnosťou⁵¹ a sú tak z povahy veci predurčené na realizáciu väčších podnikateľských zámerov). Obdobne ako nemecké právo, i anglické právo vychádza z premisy, že *organizačné útvary s vlastnou právnou osobnosťou nemôžu samostatne právne konať. Nato potrebujú fyzické osoby, ktoré konajú ako zástupcovia právnických osôb*.⁵²

I anglickému právu je známa *konceptia pričítania (attribution)*. Vychádza sa z toho, že obchodná spoločnosť (ako samostatný subjekt práva) môže konať len tak, že sa jej pričíta konanie jednotlivca (fyzickej osoby), ktorý je nejakým spôsobom k spoločnosti pridružený (*associated with the company*). V rozhodnutí *Lennard's Carrying Company v Asiatic Petroleum Ltd.* súd pričítal omeškanie riaditeľa samotnej spoločnosti, nakoľko riaditeľ riadil myseľ a vôľu spoločnosti (*directing mind and will*) a v podstate bol alter ego spoločnosti. Podľa rozhodnutia je korporácia abstrakcia, ktorá nemá vlastnú myseľ ani vlastné telo, v dôsledku čoho za jej aktivitami a riadením musí stáť nejaká osoba, ktorú možno nazvať zástupcom; táto osoba riadi konanie a vôľu korporácie, vlastné ego a centrum osobnosti korporácie.⁵³ Predpoklady pričítania vedomia a konania fyzickej

⁴⁹ Ibidem, s. 63, 64, 65.

⁵⁰ Termín *company* sa hovorovo používa pre oba druhy organizačných zoskupení, avšak v užšom ponímaní je potrebné pod termínom spoločnosť chápať len spoločnosti ako samostatné subjekty práva. DAVIES, P. L. *Gower and Davies' principles of modern company law*. 8th. Edition. London: Sweet & Maxwell, 2010, s. 4. Bližšie ku kategorizácii *companies* na *companies limited by guarantee* and *companies limited by shares* alebo na *private and public companies* napr. Davies, P. L. Ibidem, s. 8, 13. Anglická *private company* sa prirovnáva k nemeckej spoločnosti s ručením obmedzeným, zatiaľ čo *public company* sa prirovnáva k akciovej spoločnosti. DREIBUS, A. *Die Vertretung verselbständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil IV. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 30.

⁵¹ Obchodná spoločnosť bola americkým sudcom Marshallom vymedzená ako umelá bytosť, neviditeľná, nehmotná a existujúca len v úvahách práva, pričom má právo vlastníť, je nesmrteľná a perpetuálna a vychádza z vlastných zakladateľských dokumentov. Anglické súdy došli k obdobným záverom v prelomovom rozhodnutí *Salomon v. A. Salomon Ltd.* (1897). HAVEL, B. *Obchodní korporace ve světle proměn. Variace na neuzavřené téma správy obchodních korporací*. Praha: Auditorium, 2010, s. 48.

⁵² DREIBUS, A. *Die Vertretung verselbständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil IV. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 46.

⁵³ Simon Mortimore in Mortimore, S. (ed.). *Company directors. Duties, Liabilities and Remedies*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 32.

osoby obchodnej spoločnosti sú predurčené kombináciou alokácie authority spoločnosti samotnou obchodnou spoločnosťou a zásadou zodpovednosti. Východiskovým bodom sú *zakladateľské dokumenty spoločnosti (company's constitution)*, ktoré výslovne alebo mlčky stanovujú predpoklady, za ktorých má byť konanie fyzickej osoby pridruženej k spoločnosti považované za konanie spoločnosti (*as the acts of the company*). Východiskové nastavenie podmienok pričítania je doplnené o všeobecnú úpravu zastúpenia. Takáto koncepcia predpokladá, že právnická osoba (a teda i obchodná spoločnosť) koná cez fyzickú osobu s tým, že čo do dôsledku je stav mysle fyzickej osoby obrazne ponímaný ako obraz mysle obchodnej spoločnosti, pretože ona fyzická osoba je v čase konania fyzickej osoby obchodnou spoločnosťou.⁵⁴

V anglickom práve je pojem orgánu neznámy. Hoci možno vo všeobecnosti ako orgány anglickej obchodnej spoločnosti označiť *general meeting* (ako zhromaždenie spoločníkov) a *board of directors* (ako správnu radu či iný riadiaci orgán), nemožno o nich hovoriť ako o orgánoch, ktorým sú vo vzťahu k obchodnej spoločnosti originárne zákonom zverené právomoci. *Právne poriadky angloamerickej právnej kultúry totiž nasledujú rímskoprávnú teóriu mandátu, podľa ktorej sú členovia správnej rady (board of directors) ponímaní ako splnomocnenci spoločníkov.*⁵⁵ Zakladateľské dokumenty (*memorandum a articles*) zakladajú obligančný právny vzťah medzi spoločníkmi navzájom a medzi spoločníkmi a spoločnosťou. Rozdelenie kompetencií medzi zhromaždenie spoločníkov a správnu radu nastáva v dôsledku prejavu vôle spoločníkov prostredníctvom stanov spoločnosti (*articles*), správnej rade totiž originárne nepripadajú žiadne právomoci, nakoľko je podriadená spoločníkom.⁵⁶ V literatúre sa uvádza, že Companies Act 2006 síce obsahuje viaceré ustanovenia vo vzťahu k pôsobnosti správnej rady a jej členov, čo členovia správnej rady skutočne robia samotný zákon nestanoví. Vždy sa ale akceptovalo, že základné funkcie správnej rady spočívali v riadení, spravovaní a vedení záležitostí spoločnosti (*direction, conduct, management or superintendence*), pričom tieto funkcie majú interný a externý aspekt.⁵⁷

Anglické právo vychádza z teórie mandátu (*mandate theory*), podľa ktorej osoby povolané na zastupovanie spoločnosti sú zmluvnými zástupcami, v dôsledku čoho ich konanie je právnickej osobe pričítané ako konanie cudzích osôb na rozdiel od nemeckého ponímania, podľa ktorého je konanie orgánov samotným konaním právnickej osoby.⁵⁸ Teória mandátu vychádzala z rímskoprávného ponímania obchodnej spoločnosti ako zmluvy. Spoločníci ako strany tejto zmluvy vytvárajú valné zhromaždenie spoločnosti ako vrcholný orgán kreujúci vôľu spoločnosti, ktorému je riadiaci orgán bezprostredne podriadený. Členovia riadiaceho orgánu sú zástupcami členov valného zhromaždenia,

⁵⁴ ARMOUR, J. In: A. Burrows (ed.). *English private law. Oxford principles of english law*. 2nd Edition. New York: Oxford University Press Inc., 2007, s. 177 an.

⁵⁵ DREIBUS, A. *Die Vertretung selbstständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil IV. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 64.

⁵⁶ DREIBUS, A. *Die Vertretung selbstständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil IV. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 65.

⁵⁷ Adam Goodison in Mortimore, S. (ed.). *Company directors. Duties, Liabilities and Remedies*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 89.

⁵⁸ DREIBUS, A. *Die Vertretung selbstständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil IV. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 47.

z čoho sa dovodzuje, že podkladová zmluva zakladajúca zastúpenie (príkaz) zaväzuje riadiaci orgán ako vo vzťahu k ostatným orgánom spoločnosti či spoločníkom, tak i vo vzťahu k tretím osobám. Interné obmedzenia plynúce z príkazu prenikajú v celom rozsahu aj do vonkajších vzťahov. Riadiaci orgán tak môže spoločnosť zaviazat len v rozsahu jeho právomoci k obchodnému vedeniu či riadeniu spoločnosti. Takémuto ponímaniu je rozlišovanie vnútornej a vonkajšej pôsobnosti riadiaceho orgánu cudzie.⁵⁹ Naproti tomu pri *teórii orgánov* zmluvný základ spoločnosti ustupuje jeho inštitucionálnemu elementu. Oprávnenia zhromaždenia spoločníkov sú značne obmedzené, riadiaci orgán nestojí pod ním, ale obrazne povedané vedľa neho, pričom zhromaždeniu spoločníkov náleží len nepriamy vplyv na výkon pôsobnosti riadiaceho orgánu. V dôsledku tohto ponímania záujmy spoločníkov ustupujú do úzadia, nakoľko predstavujú len interné obmedzenia vnútorného rozdelenia kompetencií orgánov spoločnosti.⁶⁰

Niektorí autori zdôrazňujú skutočnosť, že v anglickom práve je zastupiteľská moc správnej rady odvodená od spoločníkov obchodnej spoločnosti. Uvádza sa, že právomoc riaditeľov (*directors' authority*) pochádza od spoločníkov, pričom sa vytvára procesom delegácie zo stanov (*articles*) spoločnosti a nie je teda pevne daná zákonom.⁶¹ Companies Act z roku 2006 neobsahuje žiadne všeobecné ustanovenie o rozsahu oprávnení správnej rady. Samotný zákon správnej rade nezveruje žiadne rozhodovacie právomoci, stanoví len, že každá *private company* musí mať aspoň jedného riaditeľa a každá *public company* musí mať aspoň dvoch riaditeľov, ani v jednom prípade však nestanoví rozsah oprávnení riaditeľov. Zo skutočnosti, že pre určenie distribúcie moci medzi *board* a *shareholder body* sú kľúčové zakladateľské dokumenty spoločnosti, možno dovodiť, že podľa anglického práva je originárnym zdrojom právomocí v spoločnosti zhromaždenie spoločníkov, ktoré môže kvalifikovaným rozhodnutím rozsah udelených právomocí *boardu* zmenou zakladateľských dokumentov alterovať.⁶² *Tým sa podstatne odlišuje koncepcia anglického práva napr. od nemeckého práva, podľa ktorého delegáciu právomocí medzi orgánmi spoločnosti nemožno rozhodnutím spoločníkov meniť.*⁶³ V anglickom obchodnom práve tak nemožno hovoriť o všeobecných pravidlách rozdelenia právomocí či kompetencií v spoločnosti, nakoľko konkrétne rozdelenie je vyjadrené v zakladateľských dokumentoch spoločnosti. V teórii zostáva naďalej spornou otázka, či úlohou stanov (*articles*) spoločnosti nie je udeliť oprávnenie pre *board* (*confer authority*), nakoľko na vzťah medzi spoločnosťou a členmi *boardu* časť literatúry nazerá ako na vzťah zastúpenia (*principal – agent*).⁶⁴

⁵⁹ GRIGAT, R. *Die Vertretung verselbständigter Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil V. Belgien und Luxemburg. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, s. 60.

⁶⁰ GRIGAT, R. *Die Vertretung verselbständigter Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil V. Belgien und Luxemburg. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, s. 61.

⁶¹ DAVIES, P. L. *Gower and Davies' principles of modern company law*. 8th. Edition. London: Sweet & Maxwell, 2010, s. 366.

⁶² KERSHAW, D. *Company Law in Context. Text and Materials*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 181. Obdobne i DREIBUS, A. *Die Vertretung verselbständigter Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil IV. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 100.

⁶³ KERSHAW, D. *Company law in context. Text and materials*. New York: Oxford University Press, 2009, s. 207.

⁶⁴ DAVIES, P. L. *Gower and Davies' principles of modern company law*. 8th. Edition. London: Sweet & Maxwell, 2010, s. 368 an.

3.3 Právna úprava vo Francúzsku

Francúzsky občiansky zákonník (Code Civil, ďalej len CC) všeobecnú právnu úpravu právnických osôb v rámci práva osôb celkom opomína. Jadro úpravy právnických osôb možno nájsť v rámci ustanovení o spoločenskej zmluve (teda v úprave záväzkového práva).⁶⁵ *Koncepcne francúzske právo (obdobne ako nemecké) vychádza z premisy, že subjekt práva odlišný od fyzickej osoby nemôže niečo vedieť a chcieť a teda takýto subjekt práva nemôže bez fyzickej osoby vo vlastnom mene urobiť právny úkon. Nato potrebuje fyzickú osobu, ktorej konania, znalosti a rozhodnutia budú tomuto subjektu práva pričítané.* I francúzske právo tak využíva obdobný mechanizmus ako je nemecké *organschaftliche Vertretung*.⁶⁶

Francúzske právo korporácie tradične klasifikuje na: 1) spoločnosti (*sociétés*) a 2) spolky (*associations*), pričom rozlišovacím kritériom je predmet činnosti, kde podnikateľské zámery sú vyhradené pre spoločnosti. Spoločnosti možno ešte vnútorne klasifikovať na civilné spoločnosti (*sociétés civiles*) a obchodné spoločnosti (*sociétés commerciales*). Právna úprava obchodných spoločností je koncentrovaná do samostatných zákonov vrátane Obchodného zákonníka, pričom subsidiárne platí i všeobecná úprava práva spoločností v CC.⁶⁷ Vo všeobecnosti sa na obchodné spoločnosti (predovšetkým v staršej francúzskej náuke) nazeralo ako na zmluvný vzťah medzi spoločníkmi. V súčasnosti sa zdôrazňuje skutočnosť, že kapitálová obchodná spoločnosť povinne vytvára organizačnú štruktúru a predstavuje samostatnú inštitúciu, v dôsledku čoho u spoločnosti možno hovoriť jednak o zmluvných, jednak o inštitucionálnych elementoch. Tejto zmene zodpovedá i posun v oblasti chápania zastúpenia kapitálových obchodných spoločností. Pôvodne prijímaná teória mandátu (*mandate theory*), podľa ktorej obchodná spoločnosť navonok koná cez zmluvných zástupcov (*mandataires*), je v súčasnosti nahradzovaná teóriou zastúpenia orgánmi spoločnosti (*Organtheorie*), podľa ktorej orgány spoločnosti disponujú fixne stanovenými oprávneniami.⁶⁸

Historicky právna úprava zastúpenia obchodných spoločností vychádzala z toho, že spoločnosť sama vzniká na podklade dohody medzi spoločníkmi a členmi riadiacich orgánov (*conception contractuelle*). Už vtedy sa však zdôrazňoval inštitucionálny element zakladajúcej zmluvy (*société*). Uvádza sa, že uvedená zmluva je viac než len kontraktom, že ide o inštitúciu, ktorá presahuje fyzické osoby a smeruje k cieľu, ktorému musí byť vôľa jednotlivých fyzických osôb podriadená.⁶⁹ Právne vzťahy medzi spoločníkmi, osobami povolanými na riadenie spoločnosti a tretími osobami sa riadili úpravou zastúpenia. Spoločníci museli s osobami, ktorým zverili riadenie spoločnosti (a s ním spojené zastúpenie) uzatvoriť príkaznú zmluvu (*Auftragsvertrag*). Inštitucionálne spoločnosť fungovala na podklade reťaze príkazných zmlúv, ktorej pôvod pochádzal z vôle

⁶⁵ PELIKÁNOVÁ, I. *Úvod do srovnávacího práva obchodného*. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 126.

⁶⁶ FREY, Ch. *Die Vertretung verselbständigter Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil VI. Frankreich. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, s. 34, 47.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 94, 98, 103. Francúzske právo prináša širšiu paletu foriem obchodných spoločností než nemecké právo. Predmetom ďalšieho záujmu bude predovšetkým spoločnosť s ručením obmedzeným (*société à responsabilité limitée S.A.R.L.*) a akciová spoločnosť (*société anonyme S.A.*).

⁶⁸ *Ibidem*, s. 346, 347.

⁶⁹ Citované podľa: FOSTER, N. H. D. *Company law theory in comparative perspective: England and France*. *The American journal of comparative law*. Vol. 48, No. 4 (Autumn, 2000), s. 589.

spoločníkov, ktorá bola pretavená do zakladateľských dokumentov spoločnosti, prostredníctvom ktorých spoločníci stanovili úlohy a oprávnenia orgánov spoločnosti.⁷⁰ Zastupiteľskú moc člen orgánu nadobúdal udelením príkazu zo strany spoločníkov. Na rozdiel od nemeckého práva, francúzske právo vychádza z princípu kauzality (zastupiteľského oprávnenia a jeho zakladajúcej skutočnosti), v dôsledku čoho bola zastupiteľská moc od podkladovej zmluvy (respektíve samotného príkazu) neoddeliteľná. Rozsah zastupiteľskej moci mohol byť ovplyvnený spoločníkmi a to v tej rovine, že spoločníci stanovovali obsah konkrétneho príkazu pre členov riadiacich orgánov úpravou zakladateľských dokumentov, čo ako podklad predurčovalo rozsah ich zastupiteľského oprávnenia.⁷¹ V prvej polovici 20. storočia prebiehala diskusia o správnosti teórie mandátu, pričom sa uvažovalo nad tým, či podkladom pre zastupiteľské oprávnenie bol zákon alebo príkaz (prípadne splnomocnenie) spoločníkov a do akej miery mohli spoločníci jeho rozsah ovplyvniť. Postupne sa od reformy práva obchodných spoločností v roku 1966 koncepcia príkazu známa zo všeobecného súkromného práva opúšťa, pričom sa argumentovalo tým, že zákonodarca pri jednotlivých druhoch obchodných spoločností sám vytvára rozdelenie kompetencií medzi orgány spoločnosti. Právna úprava postupne vybavuje orgány zastúpenia neobmedzeným zastupiteľským oprávnením a na rozdiel od všeobecného ponímania príkazu v súkromnom práve sa pri zastúpení začína rozlišovať vnútorný a vonkajší vzťah.⁷²

V priebehu dvadsiaty rokov minulého storočia sa popri zmluvnom charaktere kapitálovej obchodnej spoločnosti začína zdôrazňovať jej inštitucionálny rozmer, čo sa prejavuje v tom, že otázky správy a riadenia spoločnosti sa do značnej miery osamostatnili od predstáv spoločníkov a dostali podobu vopred zákonom predpísaného algoritmu rozdelenia kompetencií vnútri obchodnej spoločnosti. Orgány spoločnosti sa stali nevyhnutnými nato, aby umožnili žitie a fungovanie ináč na konanie nespôsobilej spoločnosti. *Vôľa a konanie orgánov spoločnosti mohli byť spoločnosti nesprostredkované pričítané a to bez toho, aby došlo k uzatvoreniu zmluvného vzťahu medzi spoločníkmi a členmi orgánov, čo v dôsledku znamenalo, že ani zastupiteľské oprávnenie orgánov sa už nemohlo odvíjať od príkazu, ale jeho rozsah bol pevne vymedzený v právnych predpisoch.*⁷³

Uvedená koncepčná premena do istej miery súvisí aj s ústupom teórie fikcie právnickej osoby a s postupným presadzovaním sa variantov teórie reality. Z teórie mandátu vychádzajúci koncept zmluvného zastúpenia spoločnosti koncepčne skôr zodpovedá teórii fikcie právnických osôb a naopak, teória zastúpenia orgánmi spoločnosti je integrálnou súčasťou teórie reality.⁷⁴ *Teória fikcie*, zjednodušene povedané, vychádza z toho, že právnická osoba nie je spôsobilá na právne konanie, je to fiktívny objekt pričítania práv a povinností, ktorý umožňuje za ním stojacim členom realizáciu individuálnych majetkových záujmov. Nato, aby títo členovia nemuseli konať samostatne pri nadobúdaní práv a povinností, poverujú fyzickú osobu formou príkazu na zakladanie právnych

⁷⁰ FREY, Ch. *Die Vertretung verselbständiger Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil VI. Frankreich. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, s. 348 an.

⁷¹ *Ibidem*, s. 352.

⁷² *Ibidem*, s. 354, 355.

⁷³ *Ibidem*, s. 357, 358.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 365.

vztahov. Členovia právnickej osoby tak splnomocňujú fyzickú osobu na podklade tradičného súkromnoprávneho príkazu nato, aby konala na účet a v záujme principála (príkazcu), pričom ale konanie fyzickej osoby je zapojením právnickej osoby do tohto konania pričítané nesprostredkovane právnickej osobe samotnej a má teda len nepriame účinky na členov právnickej osoby. Voči tomu obhajcovia teórie reality namietajú, že ak príkaz na zastupovanie udeľujú spoločníci alebo členovia, podľa pravidiel zastúpenia nemôžu účinky konania agenta byť pričítané právnickej osobe, ale musia byť pričítané samotným spoločníkom. Na druhej strane téza, že príkazcom (a teda i splnomocniteľom) je samotná právnická osoba, naráža na esenciálnu hypotézu teórie fikcie, podľa ktorej právnická osoba nie je spôsobilá samostatne konať a teda uvedený príkaz z povahy veci udeliť nemôže. Otázkou teda zostáva, kto vyjadruje počiatočnú vôľu pri adresovaní príkazu.⁷⁵ Naproti tomu *teória reality*, ktorej koncepcia zastúpenia orgánmi je jedným z jej integrálnych súčastí, zdôrazňuje, že korporátna štruktúra právnickej osoby a z nej plynúce rozdelenie kompetencií medzi jednotlivé orgány, je centrálnym elementom právnej subjektivity právnickej osoby.⁷⁶

*V súčasnosti francúzske právo pre prípad konania kapitálovej obchodnej spoločnosti využíva obdobný mechanizmus ako je nemecké organschaftliche Vertretung.*⁷⁷ Francúzske právo pri právnických osobách rozoznáva rozhodovací orgán (*organes délibérants*), riadiaci orgán vykonávajúci vedenie a zastupovanie právnickej osoby (*organes exécutifs*) a kontrolný orgán (*organes de contrôle*). V súvislosti so zastupovaním sa niekedy hovorí o orgánoch zastúpenia (*organes de représentation*). Pravidelne sa členovia riadiacich orgánov nazývajú *dirigeants*, pričom sa uvádza, že tieto osoby sú vybavené zastupovateľským oprávnením, v dôsledku čoho sa nazývajú aj *représentants*.⁷⁸ Obdobne ako v nemeckom (ale i v českom či slovenskom) práve sa rozlišuje vnútorná (*rappports entre associés*) a vonkajšia (*pouvoirs les plus étendus*) pôsobnosť orgánu zastúpenia.⁷⁹ V literatúre sa výslovne nehovorí o organickom zastúpení (*représentation organique*), literatúra sa skôr prikláňa k zastúpeniu právnickej osoby jej orgánmi (*représentation par leurs organes*). *Koncepcné rozdiely medzi zmluvným zastúpením a zastúpením orgánmi právnickej osoby sú v dôsledku vzájomnej funkčnej zhody medzi týmito koncepciami potlačené do úzadia.* Zastúpenie orgánmi je funkčne vybudované na pravidlách platiacich pre zastúpenie vo všeobecnosti. Určité odchýlky možno vypožorovať napr. v tom zmysle, že pri zastúpení orgánmi chýba tradičný dualizmus vôle agenta a principála (nakoľko právnická osoba bez orgánu vlastne vôľu nedokáže vyjadriť). V prípade právnickej osoby dochádza k tomu, že orgán právnickej osoby svoju vôľu obrazne povedané právnickej osobe prepožičiava.⁸⁰ Zatiaľ čo podľa nemeckého práva členovia orgánu môžu tretiu osobu splnomocniť na konanie menom právnickej osoby (a teda založiť zmluvné zastúpenie), francúzske právo síce dosahuje zhodné výsledky, avšak orgán zastúpenia skôr deleguje či prenáša svoje zastupiteľské oprávnenie na tretiu osobu (*délégation de pouvoirs*) než zakladá zmluvné

⁷⁵ Ibidem, s. 366.

⁷⁶ Ibidem, s. 367.

⁷⁷ Ibidem, s. 34, 47.

⁷⁸ Ibidem, s. 50, 51.

⁷⁹ Ibidem, s. 287, 288.

⁸⁰ Ibidem, s. 53.

zastúpenie.⁸¹ Zastupiteľská moc orgánu zastúpenia (či riadiaceho orgánu) býva označovaná ako *pouvoir légal de représentation*, čo vyjadruje skutočnosť, že jej rozsah je pevne stanovený zákonom, čo v dôsledku predovšetkým znamená, že zakladateľské dokumenty alebo rozhodnutie orgánu spoločnosti jej rozsah nemôže obmedziť (čo ale platí len vo vzťahu k tretím osobám).⁸²

Okrem orgánov zastúpenia francúzska právna úprava umožňuje zastupiteľským oprávnením vybaviť aj iné fyzické osoby než členov orgánu zastúpenia. Vyžaduje si to rozsah právnej subjektivity obchodných spoločností a plynie to aj z organizačnej nutnosti pri vybavovaní bežných záležitostí obchodnej spoločnosti. Na rozdiel od nemeckého práva, francúzske právo nepozná inštitúty obchodných plných mocí (vrátane prokúry), ale umožňuje vybaviť nečlenov orgánu zastúpenia zastupiteľským oprávnením a to cestou zmluvného zastúpenia (splnomocnením respektíve udelením príkazu, *délégation de pouvoirs*). Splnomocnenie môže byť pritom súčasťou pracovnej zmluvy, pričom sa pripúšťa i splnomocnenie konkrétneho člena orgánu zastúpenia prípadne tretej osoby.⁸³

3.4 Právna úprava vo Švajčiarsku

Švajčiarsky občiansky zákonník (Zivilgesetzbuch, ďalej len ZGB) zjednotil občiansko-právne a obchodnoprávne predpisy, avšak nezjednotil úpravu právnických osôb, nakoľko všeobecné ustanovenia o právnických osobách obsahuje prvá časť zákonníka o osobách a špecifiká úpravy obchodných spoločností obsahuje piata časť o záväzkovom práve.⁸⁴ Všeobecná úprava právnických osôb je teda obsiahnutá v prvej knihe ZGB venovanej právu osôb. Konceptia právnických osôb ZGB sa prikláňa k teórii reality právnických osôb, pričom právna úprava priznáva právnickým osobám široký rozsah právnej subjektivity, nakoľko právnické osoby môžu nadobúdať všetky práva a záväzky, pokiaľ nie sú neoddeliteľne späté s fyzicky existujúcou ľudskou osobnosťou.⁸⁵ Ustanovenie čl. 55 ZGB⁸⁶ stanoví, že riadiace orgány právnickej osoby vyjadrujú jej vôľu. Z toho by bolo možné dovodiť, že švajčiarske právo nevychádza z koncepcie zastúpenia orgánmi právnickej osoby, ale skôr sa prikláňa ku koncepcii priameho konania právnických osôb jej orgánmi. V literatúre sa uvádza, že *i švajčiarske právo vychádza z obdobnej koncepcie než je nemecké organschaftliche Vertretung*.⁸⁷ Uvedená skutočnosť korešponduje s prevažujúcou teóriou reality právnických osôb. Dovodzuje sa, že právnické osoby majú podľa švajčiarskeho práva spôsobilosť k právnym i protiprávnym konaniam, pričom vo vonkajšom svete konajú priamo (nie prostredníctvom zástupcov).⁸⁸

Kapitálové obchodné spoločnosti sú vo švajčiarskom práve nadané plnou právnou subjektivitou. Povinne vytvárajú minimálne dva orgány, pričom orgánom sa rozumejú

⁸¹ Ibidem, s. 54.

⁸² Ibidem, s. 304.

⁸³ Ibidem, s. 450, 453, 454.

⁸⁴ KNAPP, V. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 152.

⁸⁵ PELIKÁNOVÁ, I. *Úvod do srovnávacího práva obchodního*. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 152.

⁸⁶ Ustanovenie čl. 55 ods. 1 ZGB: *The governing bodies express the will of the legal entity*.

⁸⁷ GEORG SEIKEL. In: H. Groot – S. F. Hansen – G. Seikel. *Die Vertretung verselbständigter Rechtsträger in europäischen Ländern*. Teil III. Dänemark, Niederlande und Schweiz. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, s. 138.

⁸⁸ PELIKÁNOVÁ, I. *Úvod do srovnávacího práva obchodního*. Praha: C. H. Beck, 2000, s. 153.

fyzické osoby, ktoré pre právnickú osobu vykonávajú správu obchodnej spoločnosti a disponujú zastupiteľským oprávnením.⁸⁹ Švajčiarska úprava práva obchodných spoločností rozoznáva viaceré právne skutočnosti, ktoré zakladajú ich zastúpenie. V prvom rade je to zákonom povolaný orgán zastúpenia, ďalej sa môže spoločnosť nechať zastúpiť aj na základe občianskoprávneho zmluvného zastúpenia a v neposlednom rade má k dispozícii i obchodné plnomocenstvá.⁹⁰ Právna úprava filozoficky vychádza z toho, že právnická osoba sa ako umelý útvar môže zúčastniť na právnom živote len tým, že za ňu konajú fyzické osoby. Ako pojmový rozdiel medzi koncepciou zastúpenia orgánmi spoločnosti a zmluvným zastúpením sa uvádza skutočnosť, že zatiaľ čo právnická osoba sama nie je spôsobilá na právne konanie, princípál v prípade zmluvného zastúpenia je naďalej spôsobilý osobne uskutočniť konanie, na ktoré splnomocnil agenta, čo ale právnická osoba v dôsledku nedostatku spôsobilosti na právne konanie sama nemôže. Časť literatúry sa prikláňa k tomu, že zastúpenie orgánmi spoločnosti má povahu zákonného zastúpenia, časť literatúry naopak zdôrazňuje príbuzenstvo so zmluvným zastúpením. *Pri zastúpení orgánmi spoločnosti sa na konanie orgánu hľadí ako na konanie samotnej spoločnosti.* Na rozdiel od prevažujúcich názorov v nemeckej a rakúskej úprave, švajčiarska úprava pripúšťa možnosť vybaviť člena orgánu zastúpenia spoločnosti v prípade, že sám nemôže využiť zastupiteľské oprávnenie plynúce z členstva v orgáne zastúpenia spoločnosti, zmluvným zastupiteľským oprávnením.⁹¹ Vo vzťahu k rozsahu zastupiteľského oprávnenia sa uvádza, že je rubom rozsahu obchodného vedenia či riadenia spoločnosti. Švajčiarske právo totiž obdobne ako nemecké právo prísne rozlišuje obchodné vedenie spoločnosti, ktorému priznáva len interné účinky na jednej strane a zastupiteľské oprávnenie, ktoré sa prejavuje v externých vzťahoch. *Rozsah zastupiteľského oprávnenia je vymedzený rámcom, v ktorom môže byť spoločnosť zaviazaná.* Súčasne platí, že orgán zastúpenia je povolaný na zastupovanie spoločnosti a rozsah jeho zastupiteľského oprávnenia nezahŕňa oblasti, ktoré sú osobne spojené s postavením spoločníka (hovorí sa o tzv. základných obchodoch – *Grundlagegeschäfte*). Tieto úkony nespádajú do rámca obchodného vedenia a preto nie sú ani pokryté zastupiteľským oprávnením.⁹² Rozsah zastupiteľského oprávnenia však môže byť na rozdiel od nemeckého práva obmedzený vnútorným rozhodnutím spoločnosti a to aj s účinkami navonok. Obmedzenie rozsahu zastupiteľského oprávnenia možno nechať zapísať do obchodného registra, čím nadobúda účinky aj voči tretím osobám. Obmedzenie voči tretím osobám nadobúda účinky v prípade, že o ňom vedeli.⁹³

3.5 Právna úprava v Holandsku

V Holandsku došlo k reintegrácii občianskeho práva a obchodného práva (kodifikovaného v holandskom obchodnom zákonníku *Wetboek van Koophandel*, ďalej len *WvK*) do jedného občianskeho zákonníka. Všeobecná úprava právnických osôb je obsiahnutá

⁸⁹ GEORG SEIKEL. In: H. Groot – S. F. Hansen – G. Seikel. *Die Vertretung verselbständigter Rechtsträger in europäischen Ländern.* Teil III. Dänemark, Niederlande und Schweiz. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, s. 126.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 137, 138.

⁹¹ *Ibidem*, s. 138.

⁹² *Ibidem*, s. 156, 165.

⁹³ *Ibidem*, s. 160.

v druhej knihe holandského občianskeho zákonníka (Burgerlijk Wetboek, ďalej len BW) nazvanej právnické osoby.⁹⁴ *Rozsah právnej subjektivity právnickej osoby* je do určitej miery obmedzený predmetom činnosti, nakoľko konanie právnickej osoby mimo svoj predmet činnosti môže byť v zmysle čl. 2.7 BW prehlásené za neplatné v prípade, ak o prekročení predmetu činnosti bola druhá zmluvná strana informovaná respektíve informovaná musela byť. Uvádza sa, že takáto úprava nepredstavuje prekročenie konaťského oprávnenia, pretože toto konanie je naďalej pričítateľné právnickej osobe, právna úprava len umožňuje spochybniť jeho platnosť, ak obsah konania prekročí predmet činnosti právnickej osoby. Takúto úpravu možno ponímať ako obmedzenie spôsobilosti na právne úkony.⁹⁵

Predstavenstvo (*bestuur* alebo *directie*, *board of directors*) je orgán, ktorý kapitálovú obchodnú spoločnosť zastupuje navonok.⁹⁶ Zastupiteľské oprávnenie náleží zo zákona každému členovi predstavenstva. V zákonom vymedzených prípadoch (napr. pri existencii kolízie záujmov) zastupiteľské oprávnenie náleží dozornej rade.⁹⁷ Právna úprava umožňuje, aby zakladateľské dokumenty zverili zastupiteľské oprávnenie aj iným osobám než členom predstavenstva. *Zastupiteľské oprávnenie predstavenstva pritom nemá základ v splnomocnení (nie je ponímané ako zmluvné zastúpenie), ale za jeho zdroj sa považujú zakladateľské dokumenty a samotný zákon.* V tom možno vidieť podobnosť s nemeckým konceptom zastúpenia orgánmi spoločnosti. *Literatúra hovorí o zákonom zastúpení spoločnosti orgánmi, ktoré sú nadané neobmedzeným a nepodmieneným zastupiteľským oprávnením.*⁹⁸ Vo vzťahu k rozsahu zastupiteľského oprávnenia predstavenstva sa uvádza, že nato, aby konanie predstavenstva spoločnosť zaväzovalo, nesmie toto konanie vybočovať z rámca predmetu činnosti spoločnosti a súčasne musí byť predstavenstvo respektíve jeho člen na konanie oprávnený (konanie nie je podmienené súhlasom iného orgánu spoločnosti, člen predstavenstva je oprávnený konať samostatne). Zakladateľské dokumenty obsahujú formálne vymedzenie predmetu činnosti spoločnosti, ktoré je však štandardne široko obsiahle.⁹⁹ Právne konania, ktoré z rámca predmetu činnosti vybočujú sú v zásade platnými konaniami, môžu byť však úspešne namietané, ak tretia osoba vedela prípadne musela vedieť, že úkon do rámca predmetu činnosti nespadá. Namietnuť prekročenie predmetu činnosti môže len samotná

⁹⁴ KNAPP, V. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy.* Praha: C. H. Beck, 1996, s. 143 an.

⁹⁵ PELIKÁNOVÁ, I. *Úvod do srovnávacího práva obchodního.* Praha: C. H. Beck, 2000, s. 161.

⁹⁶ Ustanovenie čl. 2.130 BW: Article 2:130 Power of representation

1. *The Board of Directors represents the Corporation as far as the law does not provide otherwise.*

2. *Each Director may also individually represent the Corporation. The articles of incorporation may, however, provide that only one or more of the Directors may represent, next and in addition to the Board of Directors, the Corporation. The articles of incorporation may provide furthermore that a Director only has the power to represent the Corporation in cooperation with one or more other persons.*

3. *The power of representation of the Board of Directors or of the Directors to whom such power is granted, either individually or jointly with others, is always unrestricted and unconditional, as far as the law does not provide otherwise. A legally permitted or required restriction or condition regarding the power of representation can only be invoked by the Corporation.*

4. *The articles of incorporation may also grant other persons than Directors the power to represent the Corporation.*

⁹⁷ HENDRIK DE GROET IN GROOT, H. – HANSEN, S. F – SEIKEL, G. *Die Vertretung verselbständigter Rechtsträger in europäischen Ländern.* Teil III. Dänemark, Niederlande und Schweiz. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, s. 53.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 61.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 54.

obchodná spoločnosť.¹⁰⁰ Predstavenstvo je nadané zastupiteľským monopolom, jeho zastupiteľské oprávnenie je v zásade neobmedzené a nepodmienené. Z tohto pravidla sú stanovené zákonné výnimky, v dôsledku ktorých sa pre účinnosť konania predstavenstva vyžaduje súhlas iného orgánu (nákup vlastných akcií spoločnosti bez súhlasu valného zhromaždenia). Týchto výnimiek sa môže dovoľávať len dotknutá spoločnosť.¹⁰¹ Ak je predstavenstvo zložené z viacerých členov, každý z členov je ex lege vybavený zastupiteľským oprávnením, zakladateľské dokumenty môžu pritom upraviť, že zastupiteľské oprávnenie náleží predstavenstvu ako celku alebo môžu upraviť, že náleží jednému respektíve viacerým jeho členom (pripúšťa sa i kombinácia člena predstavenstva a inej osoby napr. prokuristu). Týchto obmedzení sa spoločnosť môže dovoľávať len v prípade, že boli zverejnené. Interné obmedzenia zastupiteľského oprávnenia (tzv. kvalitatívne či kvantitatívne obmedzenia) sú možné, v zásade však nemajú účinky vo vzťahu k tretím osobám.¹⁰²

ZÁVER

*Právnická osoba nie je ničím iným, než výtvarom ľudského ducha.*¹⁰³ Plynie to z toho, že zatiaľ čo zmyslové formy, ktorými vnímame svet, sú nám vrodené a sú pre nás neprekročiteľné, formy, ktorými reflektuje svet právo, sú ľudským výtvarom (či už vedomým alebo nevedomým), prechádzajúcim modifikáciami v čase i priestore.¹⁰⁴ Na rozdiel od ľudí, ktorí ako živé tvory fyzicky existujú nezávisle na práve, a ktorých vznik, existencia i zánik sa riadi prírodnými zákonmi, u iných entít, na ktoré sa právo obracia, nemusí ísť o biologickú, ba ani o hmotnú formu existencie. Fakticky nie je možné, aby sa právo obracalo k niečomu, čo hmotne neexistuje, pretože ak to hmotne neexistuje, nemôže sa to ani akokoľvek chovať, či už s právom v súlade alebo v rozpore. Právna norma, ako abstraktné pravidlo, ktoré je výplodom ľudského ducha (mysle), má práve vďaka tomuto svojmu pôvodu oproti norme (zákonitosti) prírody jednu veľkú výhodu. Tou je možnosť opustiť relatívne úzke mantinely fyzického (hmotne existujúceho) sveta a vkročiť do vlastného sveta abstraktného, nehmatateľného, virtuálneho, čisto formálneho, determinovaného len normami všeobecnej výrokovkej logiky a ich súsledností. Práve v takom svete je možné, aby sa právo so svojimi pravidlami obrátilo k niečomu, čo hmotne, vo vonkajšom svete, neexistuje.¹⁰⁵ Právnická osoba ako taká zrejme v objektívnej realite, vo svete okolo nás neexistuje. Inštitút alebo konštrukcia právnickej osoby stojí a padá na jej uznaní v právnej norme, ktorá jej existenciu respektíve účinky pripustí.

*Právnická osoba, tak ako každý iný právny inštitút, je v skutočnosti súborom súvzťažných pravidiel.*¹⁰⁶ Podobu a obsah právnej konštrukcie právnických osôb v zásadnej miere určujú ich doktrinálne zdroje a ich právny základ.¹⁰⁷ Na základe vyššie uvedenej analýzy

¹⁰⁰ Ibidem, s. 56.

¹⁰¹ Ibidem, s. 57.

¹⁰² Ibidem, s. 58.

¹⁰³ FRINTA, O. *Právnické osoby*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008, s. 7.

¹⁰⁴ PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 18.

¹⁰⁵ FRINTA, O. *Právnické osoby*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2008, s. 67.

¹⁰⁶ PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 41.

¹⁰⁷ HURDÍK, J. *Právnické osoby a jejich typologie*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 6.

sa domnievam, že kapitálové obchodné spoločnosti potrebujú pre ich aktívnu účasť v právnych vzťahoch zastúpenie, ktoré im umožňuje prejavovať vôľu, ktorá je im určitým algoritmom pričítaná. Nemajú totiž potrebný psychický substrát, ktorý by im samotným umožňoval vôľu vytvoriť a prejaviť ju navonok. Pre právnickú osobu, ako subjekt vytvorený ľuďmi (fyzickými osobami), je mimo iné charakteristické, že svoju vôľu nevytvára sama o sebe, ale len prostredníctvom fyzických osôb, a to tých, ktoré sú k tomu podľa práva povolane.¹⁰⁸ Uvedené sprostredkovanie vôle (a jej prípadného prejavu) sa v právnych poriadkoch realizuje buď cestou zastúpenia (zákonného, zmluvného či iného napr. zastúpenia orgánmi) alebo fikciou pričítania následkov konania fyzických osôb priamo právnickej osobe.

Aj v prípadoch, kedy právna úprava právnickým osobám priznáva spôsobilosť na právne úkony (hoci právnické osoby psychickú vôľu nemajú), pri konaní právnickej osoby ide o prejav vôle fyzickej osoby.¹⁰⁹ *Všetka činnost právnickéj osoby sa môže prejavovať len prostredníctvom fyzických osôb*, ktoré sú buď jej orgánmi, alebo ktoré z iného právneho dôvodu za ňu konajú. Skutočnosť, že fyzické osoby konajú menom právnickej osoby je právne významná v tom smere, že právne následky ich konaní, realizovaných v rámci zákona, zmlúv a stanov za právnickú osobu, postihujú právnickú osobu samotnú.¹¹⁰

JUDr. Marko Deák

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

¹⁰⁸ Rozhodnutie Najvyššieho súdu Českej republiky zo dňa 07. 03. 2002, sp. zn.: 21 Cdo 530/2001.

¹⁰⁹ DULAK, A. In: J. Lazar a kol. *Občianske právo hmotné*. I. zväzok. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 120.

¹¹⁰ Rozhodnutie uverejnené pod R 210/50 Sbírkou rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu. Citované podľa: ELIÁŠ, K. a kol. *Obchodní zákonník. Praktické poznámkové vydání s výběrem z judikatury od roku 1900*. 4. vydání. Praha: Linde, 2004, s. 83.

RECENZE

**Pauknerová Monika – Rozehnalová Naděžda – Zavadilová Marta a kol.
Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář.
Praha: Wolters Kluwer, 2013, LXXIII + 853 s.**

1. Přijetí nového zákona o mezinárodním právu soukromém (zákon č. 91/2012 Sb.) vyvolalo potřebu jeho odborného výkladu. Ne vždy poznáme skutečný význam a dosah zákonných ustanovení jen z jejich slov. Nejednou je musíme odhalovat „složitými operacemi myšlenkovými“.¹ Proto se slova zákona interpretují: „Účelem výkladu je zjistiti pravý smysl právních pravidel.“²

K prvotnímu seznámení se zákonným textem slouží komentáře. Logicky po nich vznikla i po publikaci zákona o mezinárodním právu soukromém poptávka a jednotlivá nakladatelství se jí snaží uspokojit. V důsledku toho jsou dnes dostupné komentáře tři: z produkce nakladatelství C. H. Beck,³ Leges⁴ a Wolters Kluwer. Poslední v tomto výčtu je rozsahem nejobsáhlejší.⁵ Stejně jako v ostatních případech, je i recenzovaný komentář výsledkem práce autorského kolektivu.

2. Na recenzovaném komentáři se podílel *autorský kolektiv* patnácti spoluautorů. Jde o sedm učitelů právnických fakult v Praze, Brně a Plzni – profesorky *Monika Pauknerová*, *Naděžda Rozehnalová* a profesor *Květoslav Růžička*, docent *Josef Kotásek*, dále pak *Magdalena Pfeiffer*, *Bohumil Poláček* a *Jiří Valdhan*s. Významnou složku kolektivu představuje trojice soudců: *Jiří Grygar*, *Miroslava Jirmanová* a *Petr Šuk*. Dalšími autory jsou *Marta Zavadilová* a *Pavla Beloňová* z Ministerstva spravedlnosti, *Markéta Nováková* z Úřadu pro mezinárodněprávní ochranu dětí, advokát *Jan Brodec* (vyučující na Právnické fakultě Univerzity Karlovy) a notářský kandidát *Jiří Grygar*. Soudě z předmluvy *M. Pauknerové* a jejího údaje, že autorský kolektiv sestavila (s. LIV), to byla právě ona, kdo vystupoval jako iniciátorka projektu. Různorodost autorského kolektivu složeného z akademiků různých vědeckých hodností a z právníků praktikujících v různých oborech může představovat pro dílo jako celek nejrůznější pozitiva. Pauknerová v předmluvě také zdůraznila, že jejím úmyslem při sestavování kolektivu bylo „*propojení teorie s praxí*“ s důrazem na jejich „*součinnost a spolupráci*“ (s. LIV). Leč takové řešení s sebou přináší i možná rizika, z nichž hrozba narušení uceleného rázu díla představuje nebezpečí nejzřejmější. Tomu se autoři snažili čelit. Kromě toho, že určitý počet ustanovení byl společně komentován dvěma či třemi spoluautory (jde o necelou pětinu textů), především tím přístupem, že autorský nebo spoluautorský text komentářů jednotlivých ustanovení posuzovali zpravidla další členové tohoto kolektivu (externě se na recenzování podílela rovněž předsedkyně mezinárodní komise prezidia Notářské komory ČR *Šárka Tlášková*); ti jsou také jako recenzenti jmenovitě uvedeni spolu s autory jednotlivých pasáží díla v přehledu na s. XV. a násl. Publikaci jako celek recenzovala *Lucie Dolanská Bányaiová*.

¹ KRČMÁŘ, Jan. *Právo občanské I. Výklady úvodní a část všeobecná*. 4. vydání. Praha: Sborník věd právních a státních, 1946, s. 64.

² *Ibidem*, s. 65.

³ BŘÍZA, Petr – BŘICHÁČEK, Tomáš – FIŠEROVÁ, Zuzana a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014.

⁴ DOBIÁŠ, Petr a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Leges, 2014.

⁵ Komentář nakladatelství C. H. Beck má 768 stran, komentář nakladatelství Leges 528 stran; recenzovaný komentář má 928 stran velkého formátu.

3. Komentář vykazuje *standardní strukturu*: obsahuje seznam autorů (s. XIII–XIV), údaje, kdo komentář k jednotlivým paragrafům zpracoval a kdo recenzoval (s. XV. a násl.), další obvyklé doplňky komentářové literatury (seznam zkratk, přehled citovaných právních předpisů a seznam literatury) a předmluvu. Obohacením díla je všeobecný úvod (s. LIII–LXXII), který staví teoretická východiska oboru i díla. Této úvodní části budeme ještě věnovat pozornost.

Hlavní náplní publikace je ovšem rozsáhlý komentářový text zahrnující celkem 820 stran.

Komentář doplňují tři přílohy: Přehled hlavních mnohostranných mezinárodních smluv, jimiž je Česká republika vázána, ať již jde o smlouvy z oblasti mezinárodního práva soukromého a procesního, nebo vybrané smlouvy souvisící (s. 821 a násl.), Přehled dvoustranných mezinárodních smluv o právní pomoci, konzulárních úmluv a souvisících prohlášení a sdělení (s. 828 a násl.) a Seznam právních předpisů Evropské unie z oblasti mezinárodního práva soukromého a procesního a vybrané předpisy souvisící (s. 842).

Knihu uzavírá stručný věcný rejstřík (s. 849–853). Kdo tento ukazatel zpracoval, se v knize neuvádí, patrně tedy jde o výsledek redakční práce samotného nakladatelství. Dočká-li se dílo dalšího vydání, což mu vzhledem k jeho kvalitě recenzent přeje, stálo by za to rejstříku věnovat větší pozornost a péči; stručný výčet rejstříkových hesel na necelých pěti stranách má podle mého názoru dosti daleko k vstřícnému čtenářovu pomocníkovi.

4. Než se zaměříme na vlastní komentářový text, věnujme se *úvodní studii*, která mu předchází. Je nazvána jako *Všeobecný úvod – teoretická východiska*. V jeho rámci se přetiskuje obecná část důvodové zprávy vládního návrhu z. m. p. s. Poté následuje sevrené pojednání o podstatě a hlavních rysech mezinárodního práva soukromého na 10 stranách. *Monika Pauknerová* jako jeho výlučná autorka tu věnuje pozornost pojmovému vymezení mezinárodního práva soukromého a jeho postavení v systému českého práva, podává k tématu úsporný historický přehled, rovněž tak výklad o pramenech mezinárodního práva soukromého i povaze jeho norem a analyzuje pojetí, působnost a strukturu zákona. Výklad je hutný, přehledně strukturovaný; nezapře didaktické schopnosti a odbornou kvalitu autorky, která se věnuje mezinárodnímu právu soukromému přes tři desetiletí.⁶ Její text může dobře posloužit jako vhodná pomůcka k základnímu seznámení s podstatou oboru nebo k zopakování a osvěžení podstatných pojmů a údajů v jejich souvislostech. Nedopatřením je u tohoto textu uveden dvakrát též seznam literatury (s. LXI a LXXIII).⁷

5. Pozornost si zaslouží *struktura a rozsah* komentářových textů. Ty jsou strukturovány jednotně a promyšleně. Paragrafy zákona jsou vykládány jednotlivě. Za jejich textem následuje příslušná část důvodové zprávy k vládnímu návrhu zákona, poté následují přehledy souvisících ustanovení, souvisících právních předpisů a výběr z relevantní literatury. Po těchto rubrikách se uvádí přehled výkladu, za nímž následuje komentář rozdělený na dílčí celky nadpisy a římskými i arabskými číslicemi; významné pojmy, slovní spojení nebo zásadní sdělení uživatelé zdůrazňuje tučné písmo.

⁶ Na stránkách *Právnicka* poprvé již v r. 1982 (PAUKNEROVÁ, Monika. Některé problémy právní unifikace mezinárodní přepravy v úrovni RVHP. *Právnick*. 1982, CXXI, s. 246 an.).

⁷ Seznam použité literatury se v knize uvádí za jednotlivými komentovanými částmi zákona (vyjma části deváté zahrnující jediný § 125). Tak najdeme literaturu ke komentáři k části první na s. 52 an., k části druhé na s. 140, k části třetí na s. 214 an., k části čtvrté na s. 659 an., k části páté na s. 696, k části šesté na s. 758 an., k části sedmé na s. 812 an. a k části osmé na s. 817. To je patrně příčina, proč se mechanicky zařadil soupis literatury použité v úvodní studii na její počátek i za ni. Myslím, že v tomto i v některých dalších případech převážil technicismus nad obsahem – např. na konci části páté se v soupisu citované literatury uvádějí tři tituly a na konci části osmé titul jen jeden. Osobně jsem názoru, že účelnější by bylo uspořádat seznam použité literatury jako jednotný buď na počátku, nebo až v závěru celé publikace. Mj. by odpadlo opakované uvádění týchž knižních titulů.

Čtenář recenze si může vytvořit představu na konkrétním příkladu. Např. komentář k ustanovení § 87 z. m. p. s. obsahujícímu obecné kolizní normy týkající se smluv (s. 597–607), jehož autorkou je *Naděžda Rozehnalová*, se člení na šest větších celků označených: *I. Aplikace ustanovení § 87* (s. 597 a násl.), *II. Obecná úprava smluv* (s. 600 a násl.), *III. Spotřebitelské smlouvy* (s. 602 a násl.), *IV. Některé pojistné smlouvy* (s. 603 a násl.), *V. Spotřebitel a dočasné užívání ubytovacího zařízení* (s. 604 a násl.) a *VI. Evropská unijní úprava* (s. 605 a násl.). Výklad sub I. o aplikaci ustanovení § 87 nejprve uvádí, ve kterých případech je toto ustanovení použitelné, poté následuje poukaz na kolizní úpravu závazků v právu Evropské unie, dále výklad o mezinárodních smlouvách a hmotněprávních unifikacích (tzv. Vídeňská úmluva o mezinárodní koupi zboží, tzv. Newyorská úmluva o promlčení při mezinárodní koupi zboží, mezinárodní smlouvy týkající se mezinárodní přepravy). Partie II. o obecné úpravě smluv pojednává o volbě práva, její formě, o okamžiku volby, poté následuje výklad o konsenzu jako podmínce platnosti volby práva, náhradním hraničním určovateli a zpětném a dalším odkazu.

Po výkladu ustanovení zpravidla následuje výběr z judikatury (pokud je jako použitelná k dispozici); do něho jsou často v patřičných souvislostech zahrnuty i citace z rozhodnutí z nadnárodní jurisdikce, typicky z rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie (např. na s. 46, 228 a násl., 323 a násl., 384 a násl., 657 a násl., 747 a násl. a na četných dalších místech).

Komentáře jednotlivých ustanovení zákona se zaměřují na analýzu jejich účelu, obsahu a smyslu. Rozsah mají různý. Pravidelně zahrnují větší počet stran.

Např. komentář k § 25 o nutně použitelných ustanoveních zahraničního práva má sedm stran (s. 183 a násl.; autorkou je *M. Pauknerová*), komentář k § 56 o pravomocích ve věcech výživy, výchovy a péče o nezletilé čítá sedmáct stran (s. 369 a násl.; autorkami jsou *M. Zavadilová* a *M. Nováková*), výklad k § 80 o právu duševního vlastnictví patnáct stran (s. 524 a násl.; autorem je *B. Poláček*), komentářový text *N. Rozehnalové* k základnímu ustanovení o závazkových právech (§ 84) má šest stran, *J. Kotásek* komentuje § 100 o rozhodném právu v některých speciálních otázkách šekového práva na čtyřech stranách (s. 642 a násl.), *J. Valdhans* vykládá § 101 o mimosmluvních obligacích na deseti stranách (s. 647 a násl.) apod. To lze v recenzovaném díle považovat za standard. Odchytky od něj jsou řídké, např. výklad *M. Zavadilové* a *P. Belloňové* k § 110 o součinnosti Ministerstva spravedlnosti se soudem nepřesahuje jednu stranu (s. 695), *Kotáskův* výklad o rozhodném právu pro lhůty k šekovému postihu podle § 99 má na s. 641 tři řádky funkčně poukazující na obdobnou úpravu směnečného práva v § 94 a komentář tam uvedený. Bez komentáře zůstaly § 123 a 124 z. m. p. s., tj., intertemporální a derogační klauzule.⁸

6. Budeme-li věnovat pozornost *obsahu komentáře*, neunikne nám, že výkladové texty jsou pojaty multidisciplinárně, jak si to ostatně i sama povaha mezinárodního práva soukromého vynucuje. Právě proto, že v z. m. p. s. jde o úpravu soukromoprávních poměrů s mezinárodním prvkem a úpravu řízení o soukromoprávních věcech, v němž je obsažen mezinárodní prvek (*M. Pauknerová*, s. 3), zohledňuje komentář relevantní vazby komentovaných ustanovení zákona nejen na občanský zákoník, zákon o obchodních korporacích nebo občanský soudní řád, ale i na další prameny práva.

V drtivé většině jde o texty vysoké kvality. Recenzent oceňuje např. podrobný *Růžičkův* výklad k problematice rozhodčího řízení a výkonu rozhodčích nálezů komentující § 117–122 zákona (s. 761–811) provázaný na jedné straně s úpravou v zákoně o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů, občanském soudním řádu, ale rovněž např. v trestním zákoně, na straně druhé samozřejmě s nařízeními Evropského parlamentu a Rady č. 593/2008 a č. 864/2007

⁸ Poněkud překvapivě jsou však i u těchto paragrafů uvedeni autoři komentáře a v přehledu na s. XXX i recenzent.

o právu rozhodném pro smluvní a mimosmluvní závazkové vztahy (známými jako Řím I a Řím II) nebo s Newyorskou úmluvou⁹ aj.

Těžiště díla je ovšem ve výkladu problematiky nastolené obsahem jednotlivých ustanovení komentovaného zákona. Že jeho znění postavilo před komentátory nové výzvy a úkoly, je nabitelné. Jde např. o důsledky úpravy registrovaného partnerství pro mezinárodní právo soukromé a zejména o nutnost vypořádat se z pohledu § 67 našeho z. m. p. s. se zahraničními úpravami manželství osob téhož pohlaví (s. 438; autoři *M. Zavadilová* a *J. Grygar*), anebo o uchopení složitého institutu svěřenského fondu a právních útvarů jemu podobných reflektovaných v § 73 zákona (s. 474 a násl.; autoři *P. Šuk* a *B. Poláček*). Ale i některé staré pojmy, uchopované již předchozími úpravami, např. pojem veřejných knih, známý mj. z § 7 zákona č. 97/1963 Sb. si vyžádaly nové pohledy a nutnost vypořádat se např. s úpravou ústředního rejstříku objektů vypuštěných do kosmického prostoru nebo rejstříku zástav z hlediska § 71 nového z. m. p. s. Dílo se logicky věnuje i teoretickým otázkám, a to i těm, které u nás byly zatím diskutovány jen málo, pokud vůbec. Jde např. o problematiku prvotních otázek (*Erstfragen*), které se na s. 164 věnuje *N. Rozehnalová*, živě diskutovanou mj. v německé nauce.¹⁰

Multidisciplinarita mezinárodního práva soukromého jako právovědné disciplíny přináší recenzovanému dílu i přidanou hodnotu v tom, že se komentář nutně musí zabývat pojmy a instituty s přesahem i mimo tento obor, jako jsou např. veřejný pořádek (srov. např. texty na s. 39 a násl., 804 a násl.), obcházení zákona (s. 48 a násl.), veřejná listina (s. 93 a násl.) nebo odúmrtí (s. 513 a násl.).

7. Recenze nemůže pominout ani *kritické připomínky*. První výklady textu nového zákona nejsou v některých případech jednoduché, protože strohá slova zákona a abstraktní povaha právních pravidel mohou otvírat cesty k různým interpretacím, z nichž však správná může být jen jedna. Ani v tomto díle se autoři nemohli vyhnout pojednání sporných otázek, na jejichž zodpovězení jsou zatím rozdílné názory.

Příkladem může být názor zaujatý v komentáři k § 60 odst. 3 z. m. p. s., kde se stanoví, že rozhodovat o osvojení nezletilého přísluší výlučně českým soudům, pokud má nezletilý na území České republiky obvyklý pobyt. *M. Nováková* v komentáři na s. 418 a násl. dovozuje mj. i s odvoláním na shodný názor recenzentky, že již svěření dítěte do preadopční péče, respektive jeho přemístění do místa obvyklého pobytu budoucích osvojitelů, zakládá změnu místa obvyklého pobytu dítěte, současně ale korektně poukazuje na opačný názor *Z. Kučery*. Osobně bych se klonil spíše ke *Kučerovu* názoru, neboť účelem preadopční péče, alespoň podle českého práva, je přesvědčivě zjistit, zda se mezi osvojitelem a dítětem vytvořil takový vztah, jaký je smyslem a cílem osvojení (§ 829 odst. 2 o. z.). Proto je stav preadopční péče stavem nutně podmíněným¹¹ a dočasným. Z těchto důvodů mám za to, že pobyt dítěte v těchto případech nesplňuje kritéria obvyklého pobytu, jak je ostatně vymezuje i *M. Pfeiffer* na s. 221 a násl. komentáře. Nicméně to je jedna z názorových různic, které vyřeší čas, respektive doktrinární shoda na většinovém mínění a posléze judikatura.

⁹ Jde o Úmluvu o uznávání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. Ale také Úmluva o promlčení při mezinárodní koupě zboží, s níž komentář rovněž pracuje, se běžně označuje jako Newyorská. Ani jedna z nich není uvedena ani v přehledu citovaných právních předpisů, ani v seznamu zkratk (uvádí je až příloha č. 1 na s. 823 a 825). Navíc je mezinárodních smluv označovaných zkráceně jako Newyorská úmluva ještě několik dalších (např. o potlačování obchodu s lidmi, omamných látkách, potlačování financování terorismu aj.).

¹⁰ Např. BERNITT, Carmen Christina. *Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 15 an. nebo RAUSCHER, Thomas. *Internationales Privatrecht: Mit internationalem Verfahrensrecht*. 4. vydání. Heidelberg – München – Landsberg – Frechen – Hamburg: C. F. Müller, 2012, s. 120 an.

¹¹ Podmíněným je i proto, že pobyt dítěte u budoucích osvojitelů závisí i na tom, zda budou (respektive nebudou) uplatněna práva rodičů nebo i dalších osob stanovená v § 817 odst. 2 písm. c), 830 nebo 831 o. z.

Recenzent má také dílčí věcné výhrady k několika tvrzením komentáře, která nepovažuje za správná. Např. na s. 48 *Pauknerová* uvádí s odvoláním na kolektivní dílo zpracované pod vedením A. J. Bělohávků,¹² že „rozpor s dobrými mravy (...) soud zohlední jen na návrh“ a že se dovozuje, že „obcházení zákona je v občanském zákoníku kryto pomocí institutu veřejného pořádku“. Nemyslím, že je možné se s těmito názory ztotožnit. Podle § 588 o. z. „soud přihlídně i bez návrhu k neplatnosti právního jednání, které se zjevně přiči dobrým mravům (...)“. Rozpor s dobrými mravy tedy zakládá absolutní neplatnost.¹³ Pokud jde o obcházení zákona, občanský zákoník stanovil v § 547, že „právní jednání musí obsahem a účelem odpovídat dobrým mravům i zákonu“. Sleduje-li tedy soukromá vůle obcházení zákona, bude výsledkem právně relevantní jednání, které účelem nebude zákonu odpovídat, a tudíž bude kolidovat i s nařízením § 547 o. z. Podobných námitek dokumentujících „dětské nemoci“ prvního vydání a složitosti cest při hledání smyslu zákonných ustanovení však podle recenzentova mínění není příliš. Např. ve výčtu pořízení pro případ smrti na s. 508 chybí kodiciel (dovětek). Při dalším vydání, jehož se recenzované dílo nepochybně po čase dočká, se mnohé jistě vyjasní, upraví a argumentačně prohloubí.

8. Pro účely dalšího vydání bude vhodné věnovat větší pozornost některým *technikáliím*.

Již výše jsem poukázal na příliš lakonický rejstřík, zpracovaný podle mého názoru málo uspokojivě. Chybí v něm některá klíčová hesla (např. dobré mravy, *exequatur*, pobyt, obvyklý pobyt, trust, závěť a další, jimž se komentářový text věnuje) a i některá hesla v rejstříku zahrnutá nejsou co do odkazu na příslušné stránky vyčerpávající (srov. např. výhradu veřejného pořádku, o které se pojednává na více místech a nejen na s. 37). Patrně by bylo vhodnější neponechat zpracování rejstříku jen na redakci nakladatelství, ale do budoucna jím pověřit např. někoho ze studentů doktorského studijního programu v oboru mezinárodního práva soukromého.

Vhodné by bylo podrobit pro další vydání revizi i cizojazyčný slovník na s. XLIII a násl. a na jedné straně jej oprostít od termínů, jejichž překládání do češtiny je v odborném textu sotva účelné, na straně druhé jej vhodně doplnit. Myslím, že i velmi průměrný uživatel právnické literatury má jasno, co znamenají např. výrazy *ad hoc*, *cessio* nebo *ex lege*, méně však co znamená např. *exequatur* nebo *fideikomis*. Osobně bych nepřekládal obrat *mobilia ossibus inhaerent* slovy „movité věci lpí v kostech“, ale slovy, že tyto věci na kostech vězí (respektive se k nim pojí, jsou s nimi spjaty) smysl úsloví, tj. že právní poměr k movitým věcem podléhá zákonům, jimž podléhá vlastník, by však přesto stálo za to již ve slovníku blíže vysvětlit. To jsou jistě jen drobnosti.

9. Hodí se *závěrem* zdůraznit, že recenzentovy dílčí kritické poznámky rozhodně nemohou zastítn jeho celkový respekt k posuzovanému dílu. Generálně je, myslím, namístě hodnotit posuzovaný komentář jako zdařilý a hodný pozornosti i studia. Oboje jistě povede k odbornému diskursu na poli mezinárodního práva soukromého, třibení názorů a precizaci závěrů k disparátním otázkám významným pro teorii i praxi. I proto jde o publikaci významnou, ba nezbytnou pro každého, kdo se zabývá mezinárodním právem soukromým a jeho zákonnou úpravou u nás vědecky nebo při praktické aplikaci ustanovení zákona č. 91/2012 Sb.

prof. Dr. JUDr. Karel Eliáš
Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i.

¹² BĚLOHLÁVEK, Alexandr J. et al. *Nový občanský zákoník. Srovnání dosavadní a nové občanskoprávní úpravy včetně předpisů souvisejících*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 155.

¹³ Ze zákonné formulace v § 588 o. z. spojující absolutní neplatnost se *zjevným* rozparem s dobrými mravy nelze dovozovat, že zákoník kalkuluje také s „nezjevným“ rozparem s dobrými mravy zakládajícím relativní neplatnost. Adjektivum „zjevný“ má jiný význam; k tomu PULKRÁBEK, Zdeněk. „Zjevný“ v občanském zákoníku. *Právní rozhledy*. 2015, XXIII, s. 1 an. v zaslíbené a podrobné studii.

**Matějčičný Tomáš. Kolektivní správa autorských práv.
Praha: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2014, 121 s.**

V nové ediční řadě Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk nazvané „Pro praxi“ se koncem roku 2014 objevila zajímavá publikace s názvem *Kolektivní správa autorských práv* od autora *Tomáše Matějčičného*. Publikace není jen praktickou příručkou, jak ostatně naznačuje název edice, v níž také vyšla, ale místy i relativně důkladným komentářem většiny podstatných a aktuálních otázek právní úpravy kolektivní správy. Nezřídka tak zvažuje i samotnou podstatu autorskopravní ochrany a ochrany duševního vlastnictví vůbec; v naprosté většině svých pasáží však obsahuje především prakticky orientovaný popis a ideové základy platné právní úpravy. Publikace tak představuje obsáhlý a komentovaný výtah z celé řady materiálů, včetně tuzemské i zahraniční judikatury a doktríny, kterému dominuje přehledně sepsaný popis praktické činnosti kolektivního správce autorských práv k dílům hudebním.

Z publikace samotné je již na první pohled zřejmá osobní zkušenost autora, v době psaní publikace pracovníka Ochranného svazu autorského pro práva k dílům hudebním, o. s. (OSA), což autor opakovaně ve své publikaci uvádí. Autor se tedy tématu publikace dlouhodobě věnuje, což je na textu více než patrné. V roce 2011 vystudoval Právnickou fakultu Univerzity Karlovy v Praze a v roce 2014 úspěšně složil státní rigorózní zkoušku na tamním Ústavu práva autorského, práv průmyslových a práva soutěžního. V roce 2012 byl jmenován Ministerstvem školství mládeže a tělovýchovy členem Meziresortní pracovní skupiny pro autorská práva. Publikace tak nese viditelné „stopy“ praktického uchopení tématu, které rozhodně není na škodu výkladu.

Recenzovaná publikace, zatím jako jediná v České republice, komentuje aktuální právní úpravu kolektivní správy autorských práv, přičemž zároveň obsahuje důkladný přehled rozhodovací praxe, jejichž komentování lze považovat za mimořádně zdařilé. V celkovém uspořádání obsahu a systematice této publikace je patrná snaha autora o maximální přehlednost a informovanost případného čtenáře. V tomto ohledu je ke škodě této práce snad jen to, že zde chybí rozsáhlejší samostatný soupis související zahraniční i české judikatury. Za vhodnou součást publikace tohoto typu lze naopak považovat věcný rejstřík (s. 125) a bohužel poměrně stručný přehled české literatury (s. 123), jemuž by v budoucích vydáních jistě prospělo výraznější rozšíření.

Cílem recenzované publikace je, jak alespoň uvádí sám autor na s. 9, popsat činnost kolektivního správce autorských práv k dílům hudebním, tj. nejčtetnějších a pravděpodobně i nejtransparentnějších z činností vyvíjených kolektivními správci na území České republiky. V první řadě se tak publikace zaměřuje na některé základní mechanismy autorského práva, se kterými kolektivní správci pracují (viz část první). Druhá část se zabývá kolektivní správou autorských práv v obecné rovině, dále pak historií, povahou a jejími nástroji. Tato část je poměrně popisná, místy působí až příliš obecně (tj. vzhledem k většinové orientaci práce na správu audiovizuálních děl). Za zajímavou a oborově patrně také nejvýznamnější lze považovat třetí část, jež je orientována především na konkrétní výkon jednotlivých práv, která kolektivní správci spravují, jakož i na nejrůznější právní problémy, se kterými se kolektivní správci běžně potýkají. Autor se zde nevyhýbá ani sporným a méně jednoznačným otázkám, jako např. realizaci tzv. online práv, kde autor zaujímá kritické stanovisko ke komunikační teorii, která je základem pro posouzení územního rozsahu sdělování díla veřejnosti a s tím souvisejícího rozsahu vymezení příslušnosti. V tomto ohledu autor např. uvádí, že tato teorie je značně neefektivní v případě internetu, jelikož změna sídla subjektu provozujícího internetovou službu je oproti provozovatelům satelitního vysílání, na něž dopadá opačná emisní teorie, velmi snadnou záležitostí a nevyžaduje značné náklady. Při své argumentaci pak autor

obvykle vhodne pracuje jak s vnitrostátními předpisy, tak i předpisy práva EU a mezinárodního práva, jež vhodně prokládá související judikaturou.

Celkově lze konstatovat, že recenzovaná publikace je věnovaná obecným otázkám autorského práva s důrazem na konkrétní výkon kolektivní správy v rámci jednotlivých práv, zejména pak těch audiovizuálních. Publikaci i její celkové rozvržení a pojetí považují za velmi přínosné, přehledné a svým způsobem i ojedinělé na českém trhu, protože v obdobné, byť i tak nepřilíši veliké, šíři zatím nebylo nic v této oblasti v české odborné literatuře zpracováno. Publikace je navíc psána způsobem srozumitelným široké právní a laické veřejnosti. Nutno v tomto smyslu ocenit, že autor volí v řadě případů stručné a poměrně výstižné konstatování, které podstatu věci obvykle objasňuje daleko lépe, než komplikované a složité výklady. Ideálními adresáty tak budou především odborníci v právní a administrativní praxi.

JUDr. Ján Matejka, Ph.D.

Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i.

Peter Mosný a kolektív. Právohistorická realita sociálnej doktríny 20. storočia. Kraków: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2013, 287 s.

Sociálna doktrína ako určitý model koexistencie štátu a jeho obyvateľov, ktorá predstavuje i v minulosti predstavovala základnú ideovú orientáciu pre tvorbu sociálnej politiky, sa stala hlavnou témou predstavenej vedeckej monografie. Ide o komplexnú analýzu mnohých aspektov mimoriadne dôležitej problematiky sociálnej doktríny, ktorá istotne nie je len otázkou právnej histórie. Už predhovor k tomuto kolektívnemu monografickému dielu významných slovenských a českých právnych historikov, ktoré vzniklo na pôde právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave, naznačuje jeho vysokú erudovanosť a odbornú úroveň s objasnením jeho hlavných ideí i základných cieľov. Štát nemôže existovať len na teoreticko-právnej úrovni, ale nachádza sa v sústavnej priamej konfrontácii s jeho neopomenuteľnou zložkou – štátnym obyvateľstvom. Vychádzajúc zo základnej myšlienky, že nie obyvateľstvo slúži štátu, ale „štát existuje pre svojich obyvateľov“, autori predstavujú podstatu a základné východiská českej a slovenskej sociálnej doktríny v období predmníchovského Československa i Slovenskej republiky vojnového obdobia. Ideové modely sociálnej doktríny nie sú historicky zabudnutou problematikou, ale majú silný dosah na prítomnosť, keďže ich úlohou je nájsť optimálne spôsoby garancie základných ľudských práv a vytvárať podmienky na ochranu ústrednej hodnoty sociálnej doktríny – ľudskej dôstojnosti. Kapitoly pokrývajú odvetvia pracovného práva, práva sociálneho zabezpečenia s poukazom na právnú a sociálnu realitu v sledovaných obdobiach, venujú sa tiež osobitostiam sociálnej starostlivosti o minoritné zložky obyvateľstva v rámci problematiky tzv. chudobinskej starostlivosti. Niektoré kapitoly sú osobitne zamerané na nemecký model sociálneho zákonodarstva v čase Bismarckovej éry alebo tzv. Tretej ríše, na základe ktorého možno lepšie zhodnotiť fungovanie sociálnej doktríny na našom území. Súčasťou monografie je tiež právo-historická reflexia akcentujúca nevyhnutnosť prepojenia hodnoty slobody jednotlivca s hodnotou ľudskej dôstojnosti v akomkoľvek zavedenom modeli sociálnej doktríny.

Stotožňujeme sa so slovami autorského kolektívu, že koncept sociálnej doktríny, jej prínosov či nedostatkov, sa ľahšie sleduje a hodnotí *ex post*, čo zvyšuje aj objektivitu skúmania, a tým aj význam výsledkov predkladanej monografie. Tieto slová by mohol potvrdiť aj „poc-

tivý zákonodarca“, ktorý by mal práve v minulosti hľadať inšpiráciu z pozitívnych výsledkov určitého sociálneho systému, prípadne sa vyvarovať jeho negatívnym prvkom. Dielo nesleduje všetky aspekty sociálnej doktríny, keďže má obmedzený rozsah, zameriava sa však na vybrané a charakterizujúce prvky sociálnej doktríny v sledovanom období. Témy jednotlivých kapitol preto možno označiť za reprezentatívny výber z pomerne rozsiahlej problematiky, ktorej sa monografia venuje. Napriek tomu, že ide o kolektívne dielo spolu deviatich autorov, publikácia má veľmi systematické logické usporiadanie a vhodnú štruktúru, jednotlivé kapitoly na seba vecne a dá sa povedať, že i časovo nadväzujú, čím publikácia napĺňa všetky požiadavky kladené na monografické dielo.

Matéria monografie sa člení do deviatich kapitol, ktoré pojednávajú o vznikoch ideí rôznych sociálnych doktrín v 19. storočí, hlbšia analýza je však venovaná realizácií existujúcich modelov sociálnej doktríny v 20. storočí.

Sociálnou doktrínou ako „*konceptom riešenia vzťahov jednotlivca a spoločnosti v rovine jeho hmotného zabezpečenia*“ v období prvej Československej republiky sa zaoberá autor prvej kapitoly *prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc.* Kapitola s názvom *Sociální doktrína první Československé republiky a její odraz v právu* rozoberá širší ideový humanistický koncept sociálnej doktríny jej tvorcu *Tomáša Garriguea Masaryka*, ktorý predstavil už vo Washingtonskej deklarácii i jeho následné reálne uplatnenie v novovzniknutej republike. Tento koncept, ako autor uvádza, predstavoval sociálne ladené trhové hospodárstvo v demokratických podmienkach s rešpektovaním práv jednotlivcov i spoločenských vrstiev, ktorý mal zabezpečiť vyrovnanie spoločenskej nerovnosti. To všetko v zmysle idey, že starostlivosť o slabších nesmie byť otázkou dobrej vôle jednotlivcov, ale svojím zákonodarstvom sa má o ňu pričiniť aj štát. Autor sa venuje nielen ideálnej oficiálnej štátnej doktríne, ale komparuje ju s jej reálnym uplatnením v praxi, ktoré sťažovali viaceré spoločenské okolnosti – následky vojny, rozšírený socializmus, marxizmus, nedôsledné presadzovanie zákonov. Napriek ťažkostiam pri presadzovaní oficiálnej sociálnej doktríny však, podľa slov autora, bola v období prvej ČSR prijatá rada právnych predpisov, ktorá reálne zlepšila sociálne podmienky obyvateľstva (zákon o osemhodinovej pracovnej dobe, zákon o podpore nezamestnanosti, reforma baníckeho penzijného a sociálneho poistenia, všeobecná úprava dovolenky, zákon o poistení zamestnancov pre prípad choroby, invalidity a staroby a pod.), ktoré boli následne zmarené hospodárskou krízou v tridsiatych rokoch. Ako podnet pre súčasných osnovateľov sociálnej doktríny, autor v závere výrazne akcentuje dôležitosť sociálnej súdržnosti aj v súčasných podmienkach, ktorú tragicky pripomínajú dve svetové vojny.

Vedúci autorského kolektívu *prof. JUDr. Dr. h. c. Peter Mosný, CSc.* v II. kapitole s názvom *Východiská sociálnej doktríny Slovenskej republiky 1939–1945*, z časového hľadiska nadväzuje na predchádzajúcu kapitolu, z obsahového hľadiska pojednáva osobitne o formovaní sociálnej doktríny v slovenských podmienkach. Autor hneď v úvode naznačuje kontroverznosť prístupov odborných kruhov k hodnoteniu štátno-historických javov obdobia rokov 1939–1945 a argumentuje v prospech legitimacy a legality samostatného slovenského štátu i jeho ďalšej existencie, čo podporuje historickými faktami. V rámci slovenského štátu sa sociálna doktrína opierala o katolicizmus, ktorý bol tiež východiskom straníckej ideológie rozhodujúcich politických strán na čele s HSLS. V podkapitolách sú naznačené ideové platformy kresťansky orientovanej sociálnej doktríny slovenského štátu, ktoré podľa autora predstavujú: Nový zákon, encyklika *Rerum Novarum* (predstavujúca sociálny štát v protiklade s marxisticko-socialistickou sociálnou doktrínou), encyklika *Quadragesimo Anno*, Slovenský národný socializmus a Ústava Slovenskej republiky z roku 1939, ktoré priniesli do spoločenských pomerov na Slovensku, podľa autorových slov, úplne novú sociálnu dimenziu. Kapitolu možno nazvať tiež apológiou kresťanskej sociálnej doktríny slovenskej republiky v zmysle

jej jednoznačného odmietania ľavičiarsko-socialistických názorových koncepcií *K. Marxa* a *F. Engelsa*, zároveň tu autor vidí pozitívny prínos katolíckej sociálnej doktríny, ktorej cieľom bolo dosiahnutie triedneho zmieru. Význam autorom riešenej problematiky spočíva najmä v skutočnosti, že v odborných kruhoch je jej venovaná len zanedbateľná pozornosť, aj keď predstavuje hodnotný teoreticko-právny základ jedného z modelov sociálnej doktríny, ku ktorému sa nehlásil nijaký relevantný štátny útvar, protektorské Nemecko nevynímajúc. Autor preto odmieta stotožňovanie sociálnej doktríny i celkovej politiky slovenskej republiky s nacistickým Nemeckom.

Formovanie pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia na našom území začiatkom 20. storočia je témou III. kapitoly, ktorej autorkou je *doc. JUDr. Miriam Laclavíková, PhD.* Kapitola je zameraná na hodnotenie odvetví pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia ako mladších právnych odvetví s autorkiným odôvodnením potreby ich vzniku. V úvode naznačuje, že idey sociálnej doktríny majú svoj pôvod už v 19. storočí a následne rozoberá a hodnotí dôvody potreby zmeny právneho základu výkonu práce a sociálneho zákonodarstva, čo bolo zároveň spojené s potrebou celkového ekonomického pozdvihnutia agrárneho Uhorska. Rovnako ako autori predchádzajúcich kapitol poukazuje na nedostatky rýchleho prerodu spoločnosti, a to najmä vo vzťahu k slabším subjektom, ktoré sa stali výbornou úrodnou pôdou pre rozširovanie marxistických ideí. Významný príspevok kapitoly spočíva v dôslednej, priam až minucióznej analýze základných znakov a historického vývoja pracovno-právneho zákonodarstva a jeho prvkov (individuálnej a kolektívnej pracovnej zmluvy a pod.), a tiež vývoja ochranného zákonodarstva (obmedzenie výkonu práce u detí a mladistvých a žien z biologických dôvodov – napríklad po pôrode) najskôr do vzniku Československej republiky, následne autorka samostatne analyzuje obdobie rokov 1918–1939. V závere autorka poukazuje na problematický aspekt sociálneho zákonodarstva, ktorým je jeho časté dopĺňanie o normy „akéhosi momentálneho záujmu“, ktoré ani v minulosti a ani dnes neprispievajú k jeho kvalite. Akýkoľvek zásah či do pracovného práva alebo do práva sociálneho zabezpečenia, ako právnych odvetví významne sa ovplyvňujúcich, je v zmysle slov autorky, potrebné sledovať s ohľadom na zachovanie najvýznamnejšej hodnoty týchto odvetví – hodnoty ľudskej dôstojnosti.

IV. kapitola s názvom *Diskuze o provedení socializace v Československu v prvních letech jeho samostatné existence*, ktorej autorom je *prof. JUDr. Jan Kuklík, DrSc.* dotvára monografický charakter práce, keďže rovnako ako predchádzajúce kapitoly, vymedzuje základné predpoklady formovania jedného z nových modelov sociálnej doktrín po prvej svetovej vojne – socializácie – aj keď jej myšlienkové koncepcie vznikali už v predchádzajúcich obdobiach. Na rozdiel od predchádzajúcich autorov sa venuje vplyvu *Marxových* a *Engelsových* názorov na sociálne programy socialistických a sociálne demokratických strán. Socializácia, ktorá aj keď bola miernejšou predstavou oproti radikálnym revolučným úvahám, v spojení s ťažkou politickou i ekonomickou situáciou prvej ČSR, vzbudzovala dôvodné obavy z postupnej radikalizácie más. Zásahy do súkromného vlastníctva (napríklad v rámci pozemkovej reformy) sa podľa názoru autora však ukázali ako nevyhnutá podmienka. Aj napriek pôvodným radikálnym snahám niektorých socialistických predstáv, ktoré mali nastať po vytvorení prvej ČSR, sa nepodarilo zoštatniť veľkostatky či kľúčové priemyselné podniky štátu, čím vláda podľa autorových slov nakoniec presadila umiernenú formu socializácie, ktorá sa prejavila najmä v oblasti banského priemyslu. Autor následnú socializáciu v druhej polovici 20. storočia považuje len za realizovaný prejav ideí, ktoré v našich podmienkach vznikali podstatne skôr, čo v kapitole potvrdzuje množstvom historických faktov.

Autor V. kapitoly *doc. JUDr. Vladimír Kindl* približuje základné aspekty domovského práva, ako osobitného inštitútu sociálnej doktríny, ktorý zakladal právny pomer jednotlivca k určitej

obci (dnes trvalý pobyt) v kapitole s názvom *Sociální obsah domovského práva v českých zemích a v Československu*. V úvodnej časti sa venuje historickému vývoju a vzniku tohto inštitútu. Ako autor objasňuje, postupným vývojom na základe domovského práva vznikal jednotlivcovi nárok na pobyt a zaopatrenie pre prípad chudoby spravovaný zásadou subsidiarity (ako posledná pomoc). Význam kapitoly spočíva v podrobnom vymedzení podmienok realizácie domovského práva nielen vo vzťahu k oprávneným jednotlivcom, ale aj v pomere k marginalizovaným alebo handicapovaným zložkám obyvateľstva. Súhlasne s predchádzajúcimi kapitolami konštatuje, že to bola zlá sociálna a ekonomická situácia, ktoré doviedli vládnu garnitúru k presadeniu konceptu sociálneho štátu.

V nadväznosti na piatu kapitolu, sa autorka VI. kapitoly *doc. JUDr. PhDr. Adriana Švecová, PhD.* venuje oblasti tzv. chudobinskej starostlivosti najskôr v Uhorsku a následne na území Slovenska v rámci Československej republiky, a to v kapitole s názvom *Starostlivosť o sociálne slabé minority na Slovensku v období I. ČSR*. Svoju pozornosť zameriava predovšetkým na podstatný aspekt sociálnej doktríny – koncepciu chudobinskej starostlivosti a v jej rámci analyzuje právne postavenie menšinových skupín nenárodnostného charakteru, ktorá zahŕňala viaceré sociálne znevýhodnené skupiny (žobráci a tuláci, Rómovia, vojnoví invalidi – vdovy, deti a predkovia po padlých vojakoch, starostlivosť o deti, mládež, duševne a telesne hadicapovaných, starostlivosť o chudobné, osirelé deti a mládež, o zanedbanú mládež, starostlivosť o matky s deťmi), venuje sa zároveň subjektom, ktoré mali na starosti výkon chudobinskej starostlivosti na Slovensku (obce, politické orgány štátu) či trestnoprávnym opatreniam na potieranie kriminálneho spôsobu života týchto skupín. Uvedenú problematiku autorka detailne analyzuje, zároveň poukazuje na nedostatočnosť tejto právnej úpravy tak vo vzťahu k majoritnej spoločnosti ako aj vo vzťahu k minoritám, ktorá v sledovanom období vyžadovala mnohé reformy.

V nasledujúcej VII. kapitole s názvom *Sociálne zákonodarstvo v Bismarckovej ére*, ktorej autorom je *JUDr. Peter Výšný, PhD.*, sa čitateľ vracia k ideovým východiskám budovania európskej sociálnej doktríny, konkrétne k vzniku a fungovaniu Bismarckovho sociálneho modelu, ktorý reálne položil základy pokrokového verejnoprávnemu systému sociálneho zabezpečenia občanov v 80. rokoch 19. storočia. Autor poukazuje na najvýznamnejšie mechanizmy vytvorené v Nemeckej ríši, ktoré zefektívnilo spravovanie finančných prostriedkov sociálneho zabezpečenia, zredukovali príčiny i následky sociálnych rizík a pod. Zároveň hodnotí najvýznamnejšie poisťné zákony, ktoré celkovo modifikovali sociálnu politiku štátu (zákon o nemocenskom poistení robotníkov, zákon o úrazovom poistení a zákon o invalidnom a starobnom poistení), čím sa občanom začali poskytovať záruky a garancie pre prípad nečakaných životných udalostí.

Sociálno-právna pozícia zamestnancov v totalitnom štáte na príklade Nemeckej ríše po roku 1933 je témou VIII. kapitoly, ktorá časovo nadväzuje na kapitolu o sociálnom zákonodarstve v Bismarckovej ére a venuje sa konkrétne sociálnemu vývoju Nemecka v období tzv. Tretej ríše. Jej autor *JUDr. Ján Drgo, PhD.* hneď v úvode naznačuje kontroverznosť danej problematiky, a objasňuje, že aj keď toto obdobie prinieslo reálne pozitívne výsledky z pohľadu sociálneho zabezpečenia zamestnancov, uskutočnilo sa to za cenu slobody jednotlivca v zmysle národno-socialistických tendencií, ktoré v sociálnej politike pretláčali kolektívny aspekt. Cieľom nacistického hnutia bolo, slovami autora, vytvoriť model stabilnej, efektívnej a triedne bezkonfliktnej spoločnosti totalitného a korporatívneho typu („mystické národné spoločenstvo“), ktorý by celkom odstránil triedne rozpory. Kapitola je zameraná jednak na rozbor ideových východísk silného štátu, tiež na analýzu rozkladu nezávislých odborových hnutí a mzdovej pozície zamestnancov, ktoré viedlo k absolútnej strate vplyvu zamestnancov na mzdovú politiku podniku (výšku miezd tak ovplyvňoval výhradne štát a podnikatelia). Autor

v kapitole akcentuje tiež psychologický aspekt totalitného režimu, ktorý v zamestnancoch vytváral dojem sociálnej spokojnosti, aj keď reálne postupne strácali akýkoľvek vplyv na svoju pozíciu a ich mzdy iba mierne prevyšovali obdobie hospodárskej krízy. Z celej kapitoly badať autorovu snahu o čo najväčšiu objektivitu, čo ocení každý čitateľ.

Právno-filozofickú štúdiu k historickej problematike sociálnej doktríny predstavuje IX. kapitola s názvom *Dva prístupy k formovaniu sociálnej doktríny* s autorstvom JUDr. Bc. Štefana Siskoviča, ktorá objasňuje jednak vznik ideových zdrojov sociálnej doktríny, ktorá v praxi ovplyvňovala tvorbu sociálnej politiky orientovanej na svojich občanov, na druhej strane sa venuje vzťahu dvom prístupom – liberalizmu (vyznačujúceho sa negatívnou slobodou, reprezentovaný „trhom“) a sociálnou doktrínou (pozitívnou slobodou, ktorú reprezentuje „štát“) k formovaniu sociálnej doktríny. Autor tu netypicky na prvý pohľad takmer stotožňuje pojmy sociálna doktrína a sociálny štát, s tým, že sociálnu doktrínu označuje za historického i ideového predchodcu sociálneho štátu. Ústrednou témou kapitoly je hodnota ľudskej dôstojnosti, čím autor ideálne dotvára centrálny motív všetkých predchádzajúcich kapitol. Pri hodnotení vzťahu hodnoty ľudskej dôstojnosti s hodnotou slobody jednotlivca autor poukazuje na nevyhnutnosť prihliadať aj na konkrétnu historickú realitu – v autorovom prípade – v priestore Rakúsko-Uhorska a prvej ČSR a sociálnu doktrínu tak predstavuje nie ako výsledok súboja medzi štátom a trhom, ale naopak ako ich kultúrne podmienenú symbiózu. Významnou súčasťou kapitoly je tiež podľa nášho názoru akcentovanie autora na dôležitosť historického preskúmania určitej sociálnej doktríny, keďže použitie historických inštitútov v modernej dobe bez poukázania na ich dôsledky v konkrétnej realite daného obdobia by mohlo sklznúť do pomerne nepresnej analýzy.

Posudzovaná vedecká monografia, aj keď začína zanietným náročným odborným štýlom, je napísaná veľmi zrozumiteľným a kultivovaným jazykom určeným tak pre odborníkov, ako aj pre tých, ktorí monografiu prečítajú len z laického záujmu. Završením monografie je hutná rekapitulácia formovania a vzniku sociálnej doktríny, ktorá syntetizuje východiská a smerovanie sociálnej doktríny, s množnými závermi a konzekvenciami do súčasnosti. Metodologická skladba práce, previazanosť historickej teórie a praxe zvyšuje jej vedecký prínos, s možným ďalším nielen v teoretickým, ale aj prakticko-aplikačným efektom.

Autori sa vo svojich záveroch zhodujú v myšlienke, že to bol práve povojnový krízový stav, ktorý vytvoril vhodné predpoklady pre spoločenské, právne či ekonomické zmeny. Aj keď sa tu prejavuje určitá názorová rôznorodosť/nejednotnosť v riešení niektorých stránok analyzovanej problematiky, považujeme to za pozitívny prvok, ktorý umožňuje čitateľovi vytvoriť si vlastný obraz na niektoré historické skutočnosti. Autori prinášajú nové pohľady a postrehy na uvedenú problematiku, preto sú nesporným vedeckým prínosom pre odbornú i laickú čitateľskú verejnosť. Monografia predstavuje mimoriadne zaujímavé dielo zaoberajúce sa konkrétnym dopadom sociálneho systému na najslabšie vrstvy obyvateľstva. Problematika sociálnej doktríny nie je zabudnutou problematikou, ktorou sa už štát nemusí zaoberať. Práve naopak v mnohých smeroch môžu výsledky recenzovanej monografie inšpirovať odborníkov rôznych odvetví pri hľadaní optimálneho modelu sociálnej doktríny, ktorá by vytvorila rovnováhu vo vzťahu jednotlivca a štátu so zabezpečením rešpektovania hodnoty ľudskej dôstojnosti u znevýhodnených jednotlivcov. Publikácia plní viacero cieľov aktuálnosti pre viaceré právne odvetvia, a prináša tiež zaujímavé podnety *de lege ferenda* týkajúce sa slovenského i českého sociálneho systému.

Mgr. Eva Repková

Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

**Benda Josef. Restituce majetku bývalých šlechtických rodů po roce 1989.
2. vydání, Praha: Tuláček, 2013 816 s.**

Recenzovaná kniha je druhým vydáním autorovy disertační práce. Po předmluvě školitele následuje úvod do problematiky včetně historických souvislostí (s. 27–75), dále představení legislativního rámce (s. 76–234) a zejména pak osmi resp. deseti restitučních kauz (s. 235–693), konkrétně Des Fours-Walderode (větve dřínovské a smržovsko-hruborohozecké), Colloredo-Mannsfeld (větve opočenské a dobříšsko-zbirožské), Salm-Reifferscheidt, Trauttmansdorff-Weinsberg, Kinsky, Harach, Thun-Hohenstein a Schaumburg-Lippe. V rámci jednotlivých kauz je samostatná podkapitola věnována jejich mediálnímu obrazu (ten se však promítá i do vlastního představení sporných případů).

Bendově publikaci není možné upřít aktuálnost, široký záběr, čtivost či jasná stanoviska, recenzent však postrádá argumentaci, vyváženost, nestrannost. Charakter práce je převážně kompilativní s minimem vlastních (nových) zjištění, současně však obsahuje řadu hodnotících soudů, ovšem bez odpovídajícího zdůvodnění (jako příklad můžeme uvést rozhodnutí Okresního soudu pro Prahu 1 v kauze Thun-Hohenstein, které je bez dalšího hodnoceno jako „fatální pochybení“): přitom otázka, zda mohou být dekretem č. 12/1945 Sb. konfiskovány umělecké movité předměty již nežijícímu vlastníkovi (řešená samozřejmě již literaturou i judikaturou po roce 1945, srov. mj. kritický pohled na problematiku předmětu konfiskace u Knapp, V. *Osídlovací právo hmotné*. Praha: Orbis, 1949, s. 133 an.), resp. šířeji problematika právní povahy ležící pozůstalosti či příslušenství (viz i u sporů o mobiliář zámku v Dobříši) se řadí ke složitým a zajímavým otázkám z hlediska teorie (pojem osoby a věci v právní smyslu) i praxe (zvl. v občanském či finančním právu).

Široký záběr přinesl řadu zjednodušení: patrné je to zvláště u představení historických souvislostí v úvodní kapitole (s. 35nn.), zejména u meziválečné pozemkové reformy (nejvýznamnějšího právního, hospodářského i politického projektu první republiky, o kterém byly napsány desítky monografií, stovky studií), kdy autor vychází (mimo dobového *Slovníku veřejné práva československého*) pouze z *Atlasu moderních světových dějin* a učebnic právních dějin a ústavního práva (s. 36–37). Bohužel i výklad pozemkových reforem po roce 1945 a zvláště konfiskací na základě prezidentských dekretů vykazuje podobné nedostatky, kdy recenzent postrádá některé základní publikace či sbírky dokumentů (zvl. Jech, K. a kol. *Němci a Maďaři v dekretech prezidenta republiky*. Brno: Ústav pro soudobé dějiny AV ČR, 2003). Pokud by autor znal pozadí vzniku konfiskačního zákonodárství připraveného na komunistických ministerstvech a fakt, že prezident Beneš byl jedním z prvních a zásadních kritiků konfiskačních dekretů (což ovšem nic nemění na jejich legálnosti i legitimitě), pak by se práce možná vyvarovala černobílého vidění problematiky (a možná by měl autor i více porozumění pro častou mediální zkratku „majetek vzali komunisté“, což nemusí nutně znamenat zabavení po roce 1948). Pominuta byla také literatura o tzv. náhradových jednáních probíhajících po roce 1945 (k tomu zvl. práce prof. Kuklíka), přestože se jinak autor k mezinárodnímu rozměru probíraných otázek vyjadřuje.

Práce působí nevyváženě a tendenčně: obsáhle (i když na základě zjištění jiných) rozebírá nedostatky rozsudků příznivých k restituentům (např. Salm-Reifferscheidt), nedostatky jiných rozhodnutí zůstávají potlačeny či zcela pominuty. Mediální kritika rozhodnutí nepříznivých restituentům je „hysterická“ (s. 407nn.), případně „neobjektivní“ (srov. s. 112 u hodnocení názoru bývalého soudce ÚS Antonína Procházky, který se vyjadřoval ke kauze Colloredo-Mannsfeldů). Bylo by možná dobré zohlednit také příspěvky historiků, kteří nejsou bezprostředně v kauzách angažováni (např. prof. Županiče právě o Colloredo-Mannsfeldech).

Doporučení oponentů disertace (resp. prof. Malého) byla při vydání práce zohledněna minimálně, literatura vyšlá od prvního vydání (2010) nebyla zohledněna vůbec nebo jen formálně (zvl. Kuklíkova rozsáhlá monografie o znárodnění). Je také škoda, že si autor během

svých vícenásobných pražských studií nenašel cestu k tomuto našemu přednímu právnímu historikovi, který se věnuje zásahům do soukromého vlastnictví komplexně a objektivně.

V závěru dospívá autor k názoru, že v restitučním zákonodárství měla být stanovena „pevná hranice pro navrácení majetku 25. únorem 1948, s výjimkami pouze u obětí rasové perzekuce, bez prolamování zákonem č. 243/1992 Sb.“ (s. 699). Z uvedeného vyplývá, že detailním rozбором konkrétních rozhodnutí (asi nikdo jiný nepřečetl tolik restituční judikatury) autorovi unikají obecné souvislosti. Zákon č. 243/1992 Sb., který umožňoval československým státním občanům restituci majetku, o který přišli podle konfiskačních dekretů, byl pouze krokem v narovnání situace v nápravě majetkových křivd československých a cizích státních příslušníků: konfiskace sice postihly osoby německé a maďarské národnosti bez ohledu na státní příslušnost, v případě příslušníků spojeneckých či neutrálních států se však staly předmětem tzv. náhradových jednání, vedených např. se Švýcarskem (1945–1967) či Rakouskem (1956–1974, kde však zahrnoval pouze tzv. Starorakušany); poslední (dosud nedořešenou) skupinu představují státní příslušníci Lichtenštejnska. U německých státních příslušníků existovala naopak provázanost s československými reparacemi vůči Německu, takže náhrada měla být a částečně také byla poskytnuta SRN (*Lastenausgleichsgesetz* z roku 1952 či rakousko-německá smlouva z let 1961–1962).

Přes výše uvedené kritiky recenzovanou knihu čtenářům doporučujeme, i když bohužel také o ní platí, že málokdy na problematiku restitucí bývá nahlíženo „komplexně a nestranně“, jak autor uvádí v úvodu.

JUDr. Mgr. Ondřej Horák, Ph.D.
Právnická fakulta Palackého univerzity v Olomouci

Eduard Bárány

Where is the Law?

Abstract: *Legal theory increasingly accepts the idea that a legal norm is not contained in formal sources of law but in human mind. Legal norm is thus not the object or starting point of interpretation of law or of legal texts but its result. This article argues that locating legal norms in human mind is not compatible with the traditional definitions of law as a normative system with particular features; a general acceptance of this idea would require fundamental changes in legal theory. It presents arguments against this new concept, by way of suggesting that: 1. the functioning of law is based on traditional legal concepts, 2. Women and men believe in the binding force of many legal norms, which they didn't know, because this norms are contained in the formal sources of law. Legal norm is an idea and information and as such it can exist simultaneously in many places, but in order for it to become a legal norm it has to exist in some formal source of law.*

Key words: *legal norm, formal sources of law, human mind*

Romana Rogalewiczová

The Parental Right to Determine the Residence Place of His or Her Child

Abstract: *The article deals with the question of determining the place of residence of a child according to current legislation. It refers to the conception of the right to determine the place of residence according to formal legal regulations and then it highlights possible problems and questions that can occur in connection with the new legal regulation. The article discusses reasons leading to the change of a child's place of residence and consequences of such a change for the child and for the second parent (the one who doesn't live together with the child). Then, the article focuses on the questions the court needs to solve in the proceeding about matters significant for the child. The fundamental part of the article focuses on the following problems: How should the court make decisions, how should the petition be drawn up correctly and whether the proceedings about matters significant for the child are a suitable solution for these situations. The article also points out problems with feasibility of court decisions in such cases. The authoress mentions the parallel with cases of concerning the return of a child in of the events of international child abductions and court proceeding about the determination of child's residence in cases when the place of residence changed without second parent approval. At the end, the solution according to the German and the Austrian law is presented. Finally, the authoress recommends possible and suitable solutions for the prevention of conflict situations.*

Key words: *residence, habitual residence, parental responsibility, parents, children, court proceedings, significant matter of a child*

Tomáš Bruner

On the Possibility of Legal Protection Against Cyber Attacks from abroad under Public International Law

Abstract: *The article poses a research question how a state can use public international law when countering cyber-attacks from abroad. It uses, as a model example, DDoS attacks carried out in the past on targets in the Czech Republic. Firstly, it qualifies cyber-attack as internationally wrongful conduct. It explores possible objective element (infringement) of such conduct. It attempts to identify the conditions under which cyber-attack breaches national sovereignty or constitutes the unlawful use of force and as such violates the Charter of the United Nations. Then, the article focuses on the subjective element of unlawful conduct, i.e. the attribution of cyber-attack to a country. The third*

part deals with frequent situations when the subjective element (attribution, imputability) is not demonstrably present. In this context, the article considers the liability of states and other possible alternatives.

Key words: *public international law, cyber attack, internationally unlawful conduct, use of force, violation of sovereignty, imputability, DDoS*

Marko Deák

Expression of Will of Capital Business Companies in Selected Foreign Legal Systems

Abstract: *Submitted contribution deals with legal regulation related to expression of will of artificial legal persons in selected foreign legal systems. It analyzes theoretical background of the term 'artificial legal person' and modes in which it can express its own will in legal relations. The analysis focuses in particular on capital business companies and is divided into three parts. The first part is dedicated to essential arguments which are developed later on in the text. In this part the author presents a fundamental theoretical problem when it comes to understanding capital business companies (contract/legal person). The author analyzes in detail the nature of expression of company founders' will through which a capital business company is established. The author also examines the character of legal relations constituted by this expression of will. In the second part the author examines the theoretical question of whether an artificial legal person may dispose of its own will. This question is answered with regard to the type of company. The text briefly outlines the conclusions of big theories of artificial legal persons regarding this question and presents the theoretical problem of attributing consequences of individuals' legal acts to artificial legal persons. The third part of the article is divided into five subchapters in which the author examines legal regulation of acting of capital business companies in selected countries. First, the author comments on the current regulation in Germany (concept of 'organschaftliche Vertretung'), followed by an analysis of the regulation in Great Britain (mandate theory concept). The author further presents the regulation in France, Switzerland and the Netherlands. The final part summarizes the conclusions of the article.*

Key words: *artificial legal persons, expressing the will, business companies, comparison of modes of expressing the will*



XXIII. Karlovarské právnické dny

Zveme Vás na XXIII. Konferenci Karlovarské právnické dny
3.–4. června 2015

Kongresový sál hotelu Thermal, Karlovy Vary

Konferenci pořádá

Spolek Karlovarské právnické dny – Společnost českých, německých, slovenských a rakouských právníků

a

Česká advokátní komora – Deutscher Anwaltverein e.V. – Bundesrechtsanwaltskammer – Slovenská advokátská komora – Forschungsinstitut für mittel und osteuropäisches Wirtschaftsrecht e.V. Wien – Industrie und Handelskammer Oberfranken – Internationales Fachinstitut für Steuer und Wirtschaftsrecht e.V. – Verlag C.H.Beck oHG – Notářská komora Slovenskej republiky – Notářská komora ČR – Ústav štátu a práva SAV – Ústav státu a práva AV ČR – Nakladatelství Leges – Centrum právní komparatistiky PF UK,

Za přispění: Nakladatelství Wolters Kluwer ČR a.s. – ČEZ a.s. – Československá obchodní banka, a.s. – nakladatelství Sagit, a.s. – Kolektory Praha, a.s. – portál ePRÁVO.cz – OS OBCZAN.cz – Ministerstvo spravedlnosti – portál Jiné právo – Konkursní noviny, Právní rádce

Účast na konferenci

Základní poplatek za účast na *dvoudenní konferenci a slavnostní recepci* činí **8500 Kč + DPH**

Konference je simultánně tlumočena ČJ/NJ.

Prestižní ocenění společnosti Karlovarské právnické dny *Pocta judikátu*, *Prestižní cena* (nejlepší právnický časopis) a *Autorská cena* budou uděleny na slavnostní recepci dne 3. června 2015 v Karlových Varech konané v rámci Konference XXIII. Karlovarské právnické dny, a to na základě hodnocení odborné právní veřejnosti prostřednictvím anketního lístku.

Počet účastníků je OMEZEN na zhruba 150 osob.

PODMÍNKY ÚČASTI A REGISTRAČNÍ FORMULÁŘ NALEZNETE NA WWW.KJT.CZ



Functioning of Trust

International Conference

Prague, May 15–16, 2015



Building of Faculty of Law of Charles University, nám. Curieových 7, Praha 1,
Room No. 117, first floor

Program

May 15

I. 9.00 – 13.00

- K. Schmidt:** *Trust as a Legislative Challenge: Biopolar Relation vs. Quasi Corporate Status? – Two Basic Trust Models in Legal Practice and the Theory?*
- A. Popovici:** *Autonomous Patrimony and Legal Personality: Trust in Québec and Czech Law*
➤ *Coffee break 30 min*
- W. Swadling:** *Trusts and Ownership: A Common Law Perspective*
- M. Koci:** *Autonomous and Independent Ownership within the system of Czech Law*
➤ *Discussion*

II. 14.00 – 18.00

- L. Smith:** *The Duties of Trustees in Comparative Perspective*
- A. Menyhárd:** *The trustee and the position of creditors. Hungarian views towards the Czech concept*
- C. Malberti:** *Fiduciary arrangements in civil law countries: Framing the role and the duties of the trustee*
➤ *Coffee break 30 min*
- L. Josková:** *Position of a trustee – Capacity to be a trustee, right to nominate a trustee and trustee's duty of due managerial care*

May 16

III. 9.00 – 13.00

- R. Kulms:** *Trusts as Investment Vehicles*
- A. Braun:** *Functioning of the trust in Europaeum civil law systems*
- O. Breen:** *Supervision of charitable trusts*
➤ *Coffee break 30 min*
- V. Pihera:** *Trusts hard to tame. Money laundering, tax evasion and trusts*
➤ *Discussion*

IV. 13.00 – 14.30

- A. Dutta:** *The 1985 Hague Trust Convention Pros and Cons*
- L. Tichý:** *Recognition of foreign trust*
➤ *Discussion*
➤ *Close of the conference*

Free of charge (No conference fees)

Registration, information: Ludmila Nováčková, e-mail novackov@prf.cuni.cz