

TILSCHOVO VÝROČÍ

V tomto sešitu *Právnicka* najdou čtenáři připomenutí 150. výročí narození *Emanuela Tilsche*: pozoruhodného civilisty a jednoho z někdejších redaktorů našeho časopisu. *Tilsch* působil v redakci *Právnicka* od roku 1907 do své smrti v srpnu 1912. Dopis, přetiskovaný mezi dokumenty reprodukovanými v tomto čísle v souvislosti s *Tilschovým* výročím, dokládá, že právnícké časopisy to ani tenkrát neměly jednoduché s obstaráváním textů k publikaci, i *Tilschovy* zahraniční aktivity. Hodí se doplnit, že oslovený *Václav Joachim*, tehdy sekretář Svazu českých měst, žádosti vyhověl a zprávu o prvním mezinárodním kongresu pro vědy správní pro náš časopis napsal (*Právník*, XLIX, s. 647 a násl.).

V našem časopisu se *Tilschovo* jméno poprvé objevilo sedmnáct let předtím, než se zapojil do redakční práce. *Právník* (XXIX, s. 534) zaznamenal *Tilschovu* promoci a jeho povýšení na doktora práv 23. prosince 1899. Už tři roky poté se *Emanuel Tilsch*, tehdy koncipient c. k. finanční prokuratury v Praze, představil obecnstvu na stránkách *Právnicka* jako autor pojednání *O účincích smlouvy zástavní, byla-li zastavena věc movitá bez svolení vlastníkova* (*Právník*, XXXII, s. 669–676). Již tento rozsahem nevelký text vypovídá mnohé o právníckých kvalitách svého původce, neomezujícího se jen na německé a latinské literární a právní prameny, jak se v té době se samozřejmostí očekávalo, ale zpracovávajícího v míře dosti rozsáhlé také francouzsky psané zdroje. Od uveřejnění tohoto příspěvku nezbývalo autorovi na další tvůrčí práci ani mecitma let.

Text o účincích zástavní smlouvy představoval dílčí přípravnou skicu pro *Tilschův* habilitační spis o ruční zástavě, recenzovaný v *Právníku* (XXXVII, s. 201 a násl.) obsáhle *Antonínem Randou*. Kniha rozsahem nevelká, ale hutná obsahově i způsobem zpracování, podala, jak Randa píše, „*neklamné svědectví o nevšedním nadání a důvtipu, o svědomité pílí a sečtělosti autora*“. Po čase následovaly ještě dvě *Tilschovy* monografie: první, zaměřená na problematiku vlivu procesního práva na právo hmotné, je dnes bezmála zapomenuta (poukazuje na ni však důvodová zpráva k § 1 občanského zákoníku), druhá, impozantní komparativní studie k základním otázkám dědického práva, je aktuálně znovu objevována. Co však nikdy nezapadlo, je *Tilschův* výklad obecné části občanského práva v učebnici dodnes čtené a citované, a to i v rozhodnutích našich vysokých tribunálů včetně soudu Ústavního. Již první vydání této učebnice přivítal v *Právníku* (XLIX, s. 337 a násl.) několikastránkovým zhodnocením *Jan Heller*, zařadiv se tak mezi četné autory nešetřící slovy chvály nad tímto zdařilým dílem, které, jak se ukázalo, si podrželo nadčasový význam.

Dne 13. března 1910 napsal *Tilsch* v předmluvě k prvnímu vydání své učebnice, že má v úmyslu postupem času „*zpracovati i zvláštní části práva občanského a podati tak celý systém*“. Realnost takového předsevzetí naznačovaly jak litografovaná skripta z jeho pera, pojednávající speciální kapitoly občanského práva, tak i věk autora plného „*snaživé a podnikavé síly vědecké*“, jak píše v recenzi *Heller*. *Tilschův* duševní svět však nevyplňovaly jen životní elán a radosti z úspěchů. To naznačuje jeho další autograf, který přetiskujeme. Pochybnosti, skepse a depresivní běsy tížící autora v kontemplacích se zlomkovitě odrážejí i v posmrtně vydaných *Aforismech a myšlenkách*. Poslední z nich zní: „*Smutno jest, býti hotov se svým myšlením.*“

Z ohlasů v dobovém tisku je dobře patrné, jak byla zainteresovaná veřejnost zaskočena zprávou o *Tilšově* sebevraždě. Nejbolestněji byla ovšem zasažena jeho rodina. Že *Tilšovou* ženou byla spisovatelka *Anna Marie* (1873–1957), je dostatečně známo. Méně se již ví o jejich dětech *Marii* (1896–1978) a *Emanuelovi* (1906–1990). *Marie Úlehlová-Tilšová* proslula jako propagátorka zdravé výživy; mimo to mezi její vědecky nejvýznamnější práce patří mimořádný etnografický spis *Výživa ve světle věků* (1944). *Emanuel Tilš* se uplatnil jako překladatel, zejména anglicky psané beletrie, a významně obohatil oblast českého uměleckého překladu.

Planě bychom filosofovali, pokud bychom se zamýšleli nad důvody vedoucími *Tilše* k rozhodnutí *sui caedere*. Snad lze ale se *Senekou* říci, že se *Tilš* 7. srpna 1912 odpoutal od všech bolestí a překročil hranici, přes kterou jeho utrpení už nepřešlo.

Poslední *Tilšovy* texty, které náš časopis uveřejnil, představují recenze na *Čelakovského* spis o účasti českých právníků a stavů na kodifikaci občanského práva v habsburské monarchii a na *Hodáčovy Úvahy k náhradě škody* (*Právník*, LI, 511 a násl. a 514 a násl.).

Právník již v minulých letech spojil připomínku významných osobností spojených s časopisem s uveřejněním dokumentů pocházejících z Masarykova ústavu a Archivu AV ČR, v. v. i. Tentokrát bylo využito více zdrojů, na něž je odkázáno na příslušných stránkách.

EMANUEL TILSCH A ČESKÁ CIVILISTIKA

Ondřej Horák*

Abstrakt: Článek se u příležitosti 150. výročí narození Emanuela Tilsche (1866–1912) zabývá nejen jeho životní a profesní dráhou, ale také významem pro současnou civilistiku. Tilschova bibliografie sice není nijak obsáhlá, přesto ho můžeme považovat za jednoho z nejpodnětějších autorů česko-rakouské právní vědy. Dodnes na něj odkazuje odborná literatura i judikatura a jeho názory zřejmě stály v pozadí či alespoň spoluovlivnily také řešení některých zásadních otázek nedávné rekodifikace (např. autonomie vůle a univerzální sukcese v dědickém právu). K podrobnějšímu rozboru témat, u nichž bylo, je či může být jeho dílo inspirativní, jsme vybrali problematiku zásad, věci v právním smyslu a vlastnictví práva, součásti a přislušenství věci, univerzální sukcese a pozůstalosti, spolužijících osob, a nabytí dědictví.

Klíčová slova: Emanuel Tilsch, občanské právo, civilistika, dědické právo

Non dispono, non propono, expono.

ÚVODEM

Odkaz každého učitele a vědce spoluutváří jeho pedagogicko-společenské působení a vědecké dílo. Přestože Emanuel Tilsch zemřel předčasně, byl v obou těchto provázaných oblastech úspěšný a dodnes se řadí k našim nevlivnějším právním vědcům. Dříve než se zamyslíme nad dobovým významem Tilsche a nad inspirativností jeho díla pro současnou civilistiku, připomeňme alespoň stručně jeho životní a profesní dráhu.¹

1. ŽIVOTOPISNÝ NÁSTIN

Emanuel (Antonín Josef) Tilsch se narodil v Opočně 8. dubna 1866 v rodině advokáta (otec však záhy zemřel, později i matka, poručníkem se mu stal jeho strýc dr. Josef Tilsch²). Pokračoval v rodinné tradici: na české právnické fakultě v Praze promoval v roce 1889, v letech 1890–1897 praktikoval u zemského soudu, finanční prokuratury a v advokacii, v letech 1898–1903 pak v Praze vykonával vlastní advokátní praxi. V roce 1895 si vzal Annu Marii, která se později proslavila jako spisovatelka (v roce 1896 se jim narodila dcera Anna Marie a v roce 1906 syn Emanuel).

* JUDr. Mgr. Ondřej Horák, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: onhorak@post.cz. Děkuji Kateřině Brožové, pravnučce Emanuela Tilsche, za poskytnutí materiálů z rodinného archivu. Některé z nich byly zpřístupněny v rámci digitálního archivu *Tilschova knihovna*, který založila a spravuje. Je dostupný z: www.ti-k.cz.

¹ Z pramenů: Archiv Univerzity Karlovy, fond Právnická fakulta UK, kart. č. 20, inv. č. 175 (Dr. Emanuel Tilsch). Soukromý archiv rodin Tilschů a Úlehů. V dalším výkladu se navazuje na: HORÁK, O. Emanuel Tilsch – učitel a vědec. In: E. Tilsch. *Občanské právo. Část všeobecná*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. IX–XXII (včetně literatury a Tilschovy bibliografie).

² JUDr. Josef Tilsch sedmdesátníkem. *Právník*. 1909, roč. 48, s. 735–736.

Na pražské právnické fakultě se v roce 1898 habilitoval, v roce 1903 byl jmenován mimořádným a v roce 1907 řádným profesorem rakouského soukromého práva. Zastával řadu akademických funkcí, děkanem se stal ve studijním roce 1909/10. Byl zvolen členem *České akademie pro vědy, slovesnost a umění* a *Institutu pro srovnávací právo* (*Institut de Droit Comparé*) v Bruselu, dále byl jmenován také členem komise pro reformu horního a občanského práva. Podílel se na redigování časopisu *Právník* (od roku 1907, po Karlu Hermannu-Otavském), krátce působil jako spolupracovník *Ottova slovníku naučného* (XXVI–XXVIII, 1907–1909, šifra „&“). V létě 1912 zvolil dobrovolný odchod ze života.

2. VĚDECKÁ OSOBNOST

„*Tilsche, ačkoliv příliš brzo zemřel, pokládám podnes za svého mistra a učitele*“, vzpomíná ve svých pamětech jeho nejbližší žák a pozdější nástupce Emil Svoboda. „*On to byl, jenž mi otevřel okno, abych s radostí a bez děsu nahlédl do širé krajiny vědního oboru. Tilsch byl učenec, kterému jsem se nikdy nedovedl přiblížit znalostí literatury ani důkladností předběžného studia – ale zároveň umělec slova, buditel zájmu a přímo lásky k věci, o které pojednával.*“³

Široký záběr a rozhled po literatuře Tilschovi ulehčovala znamenitá znalost cizích jazyků (kromě samozřejmě němčiny a latiny velmi dobře vládl francouzštinou, italštinou a angličtinou, pasivně pak polštinou, ruštinou a španělštinou). Současně také českou literaturu popularizoval v cizině⁴ a přispíval do zahraničních publikací.⁵ V podstatě všechny jeho práce vyšly nejen česky, ale také německy a některé i francouzsky.⁶

Tilsch byl originálním myslitelem, který si vybíral aktuální či netradiční témata (např. o vztazích hmotného a procesního práva, o vnitřní výhradě při uzavírání sňatku, o energiích jako předmětu ochrany či o příčinné souvislosti v soukromém právu). Přirozeně však inklinoval k syntéze a měl pro ni nadání. Tento rys se odráží jak v komparativně založené práci o principech dědického práva (1905), tak především ve zpracování obecné části občanského práva (1910), k nimž se ještě podrobněji vrátíme.

³ SVOBODA, E. *Bylo-nebylo*. [1939], s. 150 (strojopis paměti ve Svobodově fondu v Archivu AV ČR, kart. č. 1, inv. č. 17). Dále srov. SVOBODA, E. Emanuel Tilsch. In: *Památník spolku českých právníků Všehrd. 1868–1918*. Praha: nákl. vl., 1918, s. 104–106.

⁴ TILSCH, E. Przegląd nowszej literatury czeskiej prawa cywilnego (1888–1898). *Przegląd prawa i administracji*. 1899, roč. 24, s. 241–254; TILSCH, E. – ŽALUD, J. Literatur in tschechischer Sprache (1902–1905). In: *Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin*. 8. Bd., 2. Abt., 2. Teil. Berlin: J. Springer, 1908, s. 2344–2369, a TILSCH, E. Böhmische (tschechische) rechts und staatswissenschaftliche Literatur. A. Rechtswissenschaft. In: *Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin*. 9. Bd., 1. Abt. Berlin: J. Springer, 1912, s. 1035–1039.

⁵ TILSCH, E. Esquisse sur le régime des Livres fonciers en Autriche. *Revue de l'institut de droit comparé*. 1910, roč. 3, s. 404–411 (předmluva k překladu rakouského knihovního zákona, též zvl. otisk); TILSCH, E. Replies to the Questionnaire on divorce law: Austria. In: *International Law Association. Report of the twenty-sixth conference held at the Guildhall, London, Aug. 2–5, 1910*. London: Richard Flint & co., 1910, s. 267–276.

⁶ TILSCH, E. Die Entstehung und Entwicklung des österreichischen Zivilrechts. *Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis*. 1911, Bd. 29, Hf. 6, s. 483–501; TILSCH, E. Le Code civil général autrichien, son origine et son développement. *Revue de droit international et de législation comparée*. Březen 1911; šlo o zpracování výtahu z obecné části *Občanského práva rakouského* z roku 1910; obojí též zvl. otisk.

Vyznačoval se stručným, jasným a přehledným stylem (byl „konstruktivní duch ideálně jednoduchých linií“⁷). Jeho přístup se ilustrativně odráží také v radách, které předával svým posledním posluchačům z letního semestru 1912: „Není hlavní, materiálu spoustu sebrat, ale hlavní je, vybrat z něho podstatné a všechno ostatní odhodit, usekat – a to je mnohdy velikou obětí.“⁸

3. KOLEGOVÉ A ŽÁCI

Tilschova nečekaná smrt byla šokem, který se odrazil v počtu i charakteru nekrologů. Už zřejmě žádnému jinému z právních vědců nebylo věnováno tolik posmrtných vzpomínek: nejen z redakcí našich předních časopisů, ale také od žáků (Ibl, Svoboda) a kolegů, bez ohledu na vědeckou oblast (Hobza, Krčmář, Ott, Stieber).⁹

Tilsch byl v podstatě naším prvním moderním právním vědcem. Vyrůstal sice v ovzduší historicko-právní školy a plně ovládal její metody, vydal se však novými cestami. Stejně intenzivně jako o právní minulost se zajímal o hospodářské, sociální či filosofické aspekty práva (mezi jeho oblíbené autory patřili Kant, Mill, Lichtenberg, Erdmann či Avenarius).¹⁰ Smysl právní vědy viděl v propojení „zákona a života“; právo je podle něj to, co „jest pro přítomnost sociálně užitečno“. Svoboda vzpomínal, že „*duch života a budoucnosti vanul z Tilschova díla i celé jeho bytosti*“.¹¹

Tilsch také významně ovlivnil další vývoj domácí právní vědy. Navazuje na něj nejen sociologizující směr na pražské právnické fakultě (kromě Svobody, jehož nedlouho před svou smrtí dovedl k habilitaci, také Krčmář, který svůj historizující přístup opustil zřejmě i pod vlivem kritických připomínek staršího kolegy¹²), za rozvoj mu však vděčí také brněnská normativní škola: nejenže se k němu, jako svému učiteli, hlásili někteří brněnští normativisté (zvl. Sedláček), ale nebýt Tilsche, tak by zřejmě byla výrazně zbrzděna také Weyrova akademická dráha (kvůli netradičním názorům, zvl. popírání dualismu

⁷ STIEBER, M. Dr. Emanuel Tilsch. *Almanach České akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění*. 1912, roč. 23, s. 190.

⁸ IBL, V. Rys k vědeckému profilu profesora Tilsche. *Právník*. 1912, roč. 51, s. 721–722.

⁹ Prof. Dr. Emanuel Tilsch. *Právník*. 1912, roč. 51, s. 621–623; Rozloučení se zesnulým prof. Dr. Emanuele Tilschem. *Právník*. 1912, roč. 51, s. 686–687 (Krčmářův proslov na Tilschově pohřbu); BOUBELA, J. † J.U. Dr. Emanuel Tilsch. *Zprávy Právnické Jednoty Moravské v Brně*. 1912, roč. 21, č. 6, s. 249–250; HOBZA, A. Profesor Emanuel Tilsch. *Národní listy*. 10. 8. 1912, č. 219, s. 1; OTT, E. Emanuel Tilsch †. Ein Nachruf. *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*. 1912, roč. 6, s. 37–41; KRČMÁŘ, J. O vědeckém působení profesora Dra. Emanuela Tilsche. *Sborník věd právních a státních*. 1913, roč. 13, s. 10–20; STIEBER, M. Dr. Emanuel Tilsch. *Almanach České akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění*. 1912, roč. 23, s. 189–205; SVOBODA, E. Za prof. Drem Emanuele Tilschem. *Přehled*. 1911–12, roč. 10, s. 797–799.

¹⁰ Srov. ČÁDA, Fr. st. Doslov. In: E. Tilsch. *Aforismy a myšlenky*. Z rukopisné pozůstalosti vydala Právnická Jednota v Praze. Praha: Právnická Jednota, 1916, s. 75. Tilschovo filosofické založení oceňoval např. také František Weyr. WEYR, F. *Paměti. [Díl] 1., Za Rakouska (1879–1918)*. Brno: Atlantis, 1999, s. 186.

¹¹ SVOBODA, E. Za prof. Drem Emanuele Tilschem. *Přehled*. 1911–12, roč. 10, s. 799.

¹² Srov. Tilschovu recenzi Krčmářovy práce *Základy Bartolovy a Baldovy teorie mezinárodního práva soukromého*. (TILSCH, E. *Sborník věd právních a státních*. 1911, roč. 11, s. 418–433), dále srov. VANĚČEK, V. Semper magistra! In: *JUDr. Jan Krčmář. Soubor článků o jeho osobnosti a díle, vydaný u příležitosti 60. narozenin*. Praha: V. Linhart, 1937, s. 92. Ke vztahu Krčmáře a Tilsche blíže: KUKLÍK, J. *Profesor Jan Krčmář. Pozapomenutá osobnost pražské civilistiky*. Praha: Univerzita Karlova v Praze; Pražské sdružení Jednoty českých právníků, 2008, s. 35 a 82, a zvl. VELEK, L. *Prof. JUDr. Jan Krčmář (1877–1950). Příspěvek k životopisu I.*, passim (jedná se o předmluvu k prvnímu dílu paměti, která je finalizována k tisku).

veřejného a soukromého práva, s ním nechtěli při habilitační zkoušce členové komise diskutovat, ale Tilsch jako referent situaci zachránil).¹³ Přístupnost novým myšlenkám i pochopení pro normativní školu v jistém smyslu pak „zdědil“ Emil Svoboda.¹⁴

4. LITERÁRNÍ DÍLO

Tilschův odborný záběr byl poměrně široký, zabýval se přitom nejen hmotným, ale i procesním právem. Nejprve se zaměřil na zástavní právo, přičemž svoji první monografii a současně habilitační spis *Zástava ruční dle rakouského práva občanského* (1897) zpracoval ještě pod vlivem tehdy dominujícího historicko-právního přístupu.¹⁵ Později se věnoval vztahům hmotného a procesního práva a zejména vlivu civilního soudního řádu (1895) na Všeobecný občanský zákoník (ABGB): k tématu přednášel,¹⁶ rozvedl ho v několika studiích publikovaných v domácích i cizojazyčných časopisech¹⁷ a završil je i monograficky.¹⁸

Jako další knihu vydal *Dědické právo rakouské se stanoviska srovnávací právní vědy* (1905, reprint 2014).¹⁹ Zůstává dosud nezodpovězenou otázkou, proč se rozhodl právě pro oblast dědického práva: v advokátní praxi se s ním zřejmě často nesetkával a knize nepředcházely ani žádné přípravné studie,²⁰ přičemž publikované články by spíše nasvědčovaly volbě tématu z obligacího práva.²¹ Asi přitom spolupůsobilo více okolností:

¹³ Srov. KUBEŠ, V. *Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu. Díl I.* Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 126 a 240, a WEYR, F. *Paměti I*, s. 284–286.

¹⁴ Srov. SVOBODA, E. Weyrova teorie práva; Několik myšlenek o čisté nauce právní; Čtvrtá podmínka. In: *Výbor prací z práva občanského a z právní filosofie*, s. 35–40, 40–46 a 46–50.

¹⁵ Srov. Randův posudek (RANDA, A. *Právník*. 1898, roč. 37, s. 201–209). Jako svoji prvotinu publikoval Tilsch v době koncipiérství na finanční prokuratuře článek: O účincích smlouvy zástavní, byla-li zastavena věc movitá bez svolení vlastníka. Studie k §. 456. ob. z. obč. *Právník*. 1893, roč. 32, s. 669–676.

¹⁶ Srov. Tilschovu přednášku *O významu nového soudního řádu pro právo materiální* ze dne 16. prosince 1897 v rámci pravidelných zasedání pražské Právnícké jednoty, která vyvolala velkou odezvu (srov. Zprávy o schůzích Právnícké jednoty v Praze. *Právník*. 1897, roč. 36, s. 893–897) a diskuse k ní pak probíhala na dalších třech schůzích (srov. *Právník*. 1898, roč. 37, s. 167–171, 290–293, a 399–403). Na stejné téma přednesl také svoji habilitační přednášku.

¹⁷ Srov. zvl. TILSCH, E. O poměru mezi způsobností dle práva občanského a způsobností stran dle nových zákonů procesních. *Právník*. 1898, roč. 37, s. 565–575; TILSCH, E. O domáhání se plnění alternativního dle nových zákonů procesních. *Právník*. 1899, roč. 38, s. 1–6; TILSCH, E. O vplywie procedury cywilnej na formę i dowód rozporządzeń ostatniej woli. *Przegląd prawa i administracji*. 1899, roč. 24, s. 641–650; TILSCH, E. Betrachtungen über das Verhältniss der negativen Feststellungsklage zur Aufforderungsklage wegen Berühmung. Ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht. *Juristische Blätter*. 1899, roč. 28, č. 28 a 29, s. 329–331 a 343–345; TILSCH, E. Über den Einfluss der Civilprocessgesetze auf das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*. 1899, roč. 50, č. 38, č. 40–44, č. 50–52, 1900, roč. 51, č. 13, č. 22, č. 26, č. 27, č. 29–31 (též zvl. otisk: Wien 1900).

¹⁸ TILSCH, E. *Der Einfluss der Civilprocessgesetze auf das materielle Recht und die in vorwiegend materiellrechtlichen Gesetzen enthaltenen processualen Bestimmungen*. 2., umgearb. und vernwhr. Aufl. Wien: Manz, 1901. Tato publikace se také stála podkladem pro jmenování mimořádným profesorem.

¹⁹ Srov. Stupeckého recenzi (STUPECKÝ, J. *Sborník věd právních a státních*. 1907, roč. 7, s. 360–362).

²⁰ V podstatě současně s monografií vydal její úvodní část o principech dědického práva ve fakultním časopise: TILSCH, E. Úvod do práva dědického. *Sborník věd právních a státních*. 1905, roč. 5, s. 261–278.

²¹ TILSCH, E. Über Verschulden des Beschädigten bei Unzurechnungsfähigkeit desselben. Eine Studie zum Eisenbahnpflichtgesetz. *Juristische Blätter*. 1900, roč. 29, č. 28 a 29, s. 337–340 a 349–351 (též zvl. otisk: Wien 1900, přetištěno: *Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen*, 1901); TILSCH, E. O problémech ručení za škodu nezaviněnou. In: *Publikace prvního vědeckého sjezdu českých právníků konaného*

dědické problematice se v té době u nás nikdo vědecky nevěnoval,²² v rakouské literatuře byly dobře zpracovány materiálie (Ofner, Pfaff-Hofmann) a mohl také ve zvýšené míře uplatnit komparativní přístup. Publikace zůstala pouze u první části, splnila však svoji kvalifikační roli, protože byl na jejím základě jmenován řádným profesorem.

V následujících letech už Tilsch publikoval jen minimálně a v rámci přednášek se připravoval na zpracování celého systému občanského práva.²³ Bohužel však stačil vydat pouze *Občanské právo: část všeobecná* (1910, 2. vyd. 1913, 3. vyd. 1925; reprint 2012).²⁴ Nebylo to sice první české zpracování obecné části (srov. Stupecký, 1907, autorizované přednášky, tištěné jako rukopis) a zřejmě ani nejosobitější (srov. Sedláček, 1931), ale nepochybně dodnes uchvátí svou jednoduchostí a přemýšlivostí.²⁵

Tilschova kniha byla jako jedna z mála učebnic vyhledávána studenty i po autorově smrti a byla také citována v judikatuře jak meziválečné (už i soudy I. stolice), tak i soudobé (Nejvyššího i Ústavního soudu²⁶). Akademie mu za ni v roce 1911 udělila Hlávkovu cenu.

Tilsch se snažil o propojení teorie a praxe, o výklad sloužící aktuálním potřebám. Projevuje se to jak ve využití konkrétních příkladů, tak v celkovém pojetí a přístupu k látce, kdy nezatěžoval text obsáhlými historickými exkurzy či literárními polemikami. K probíraným otázkám připojuje odkazy na literaturu, nepřímou odrážející jeho odborné znalosti i jazykovou vybavenost. Neomezuje se přitom pouze na civilistiku, ale zmiňuje také publikace z oblasti veřejného práva (Miříčka, Pražák, Weyr etc.).

Připravil ještě druhé vydání (1913), což byla jeho úplně poslední práce. Uvažoval také o upraveném německém vydání, které mělo být založené na zcela nové koncepci. K tomu se již bohužel nedostal. Třetí aktualizované vydání vyšlo až v roce 1925 péčí Emila Svobody, který se přitom důsledně držel původní koncepce.²⁷

Pokud bychom chtěli vyzdvihnout zpracování některých otázek, mohou to být pasáže o významu jednotlivce, veřejnosti, soudce či právní vědy (s. 55 a násl.); přehledně a s nadhledem jsou také načrtnuty dějiny kodifikace (s. 12 a násl.) a vývoj rakouské civilistiky (s. 35 a násl.), v jejichž rámci zaujme výklad o zdrojích či o překladatelích občanského zákoníku.²⁸ Tato témata představil také v cizojazyčných publikacích.²⁹

v Praze ve dnech 21., 22. a 23. května 1904. A, Práce před sjezdem došlé. Sekce I., Z oboru práva občanského a obchodního. Otázka 1. Práce 1. Praha: Komitét sjezdu, 1904, s. 3–19; a TILSCH, E. O příčinném spojení v právu soukromém. In: Pocta podaná českou fakultou právnickou panu Dr. Ant. rytíři Randovi k sedmdesátým narozeninám dne 8. července 1904. Praha: Bursík & Kohout, 1904, s. 277–298.

²² Krčmář sice psal své první články z oblasti dědického práva (srov. zvl. KRČMÁŘ, J. Povinný díl a darování. *Právník*. 1901, roč. 40, s. 822–828 a 853–860), později se však zaměřil na mezinárodní právo soukromé.

²³ Skripta-litografie (Praha: Všeherd): TILSCH, E. *Právo obligační, část zvláštní* 1905, 1907 a 1909; TILSCH, E. *Právo zástavní* 1905, 1908 a 1911; TILSCH, E. *O fideikommissch* 1905, 1908 a 1911; TILSCH, E. *Právo dědické* 1906, 1908 a 1911; TILSCH, E. *Právo knihovní* 1907, 1908 a 1911; TILSCH, E. *Právo rodinné* 1908 a 1911; TILSCH, E. *Část všeobecná* 1909; TILSCH, E. *Služebnosti* 1911.

²⁴ Srov. zvl. recenzi Svobodovu (SVOBODA, E. *Přehled*. 1909–10, roč. 8, s. 561–562) a Krčmářovu (KRČMÁŘ, J. *Sborník věd právních a státních*. 1911, roč. 11, s. 156–160).

²⁵ Snad žádná jiná domácí civilistická práce nebyla současníky tak vysoce ceněna: „*Svým duchem krásné*“ (Svoboda), „*výtečné*“ (Mayr-Harting), „*velice závažné*“ (Heller), „*mistrovské dílo*“ (Weyr), „*výborná kniha*“ (Krčmář), „*nedostižitelná učebnice*“ (Kubeš), „*jeho nejskvělejší práce*“ (Stieber), jak se uvádělo nejen v nekrolozích, ale i v dobových recenzích či pozdějších hodnoceních.

²⁶ Většinou u problematiky retroaktivity (sp. zn. Pl. ÚS 21/96 a řada dalších), dále např. u právního výkladu (sp. zn. Pl. ÚS 10/06-1), soudcem zpravodajem byl u obou těchto rozhodnutí P. Holländer.

²⁷ Doplnky či úpravy jsou vyznačeny v hranatých závorkách (mimo těch samozřejmých aktualizací u vývoje občanského práva s. 31–34, srov. zejména kapitolu o právním jednání s. 158 an.).

5. TILSCH A SOUČASNÁ CIVILISTIKA

Tilschova bibliografie sice není nijak obsáhlá, přesto ho můžeme považovat za jednoho z nejpodněnějších autorů z éry česko-rakouské civilistiky. Odvolávají se na něj nejen autoři meziválečné, ale zejména také nedávné rekodifikace soukromého práva: v důvodové zprávě je zmiňován stejně často jako Krčmář či Sedláček a jeho názory zřejmě stály v pozadí či alespoň spoluovlivnily řešení některých zásadních otázek (např. autonomie vůle a univerzální sukcese v dědickém právu).³⁰

Tilsch nepochybně inspiroval v „éře kodifikační“, ale má co říct také v „éře aplikační“. Je to dáno nejen návazností nového občanského zákoníku na neschválený vládní návrh z roku 1937 (u věcných práv je shoda přibližně 43 %, u dědického práva až 78 %³¹), ale především charakterem Tilschova literárního díla. Nebudeme však Tilsche chápat jako solitéra, ale naopak se pokusíme jeho názory představit v kontextu prací jeho učitelů (Randa), kolegů (Krčmář) a žáků (Svoboda, Sedláček). K podrobnějšímu rozboru jsme vybrali šest příkladů, u nichž bylo, je či může být jeho dílo přínosné:

1) *Zásady*: Tilsch kladl důraz na zásady a zobecnění. Odráží se to ve stylu zpracování obecné části občanského práva (např. ve zdůrazňování principu poctivosti v rámci zdrojů *ABGB* či ocenění § 7 *ABGB* o vyplňování mezer v zákoně)³² a je to zvláště patrné z jeho monografie o dědickém právu:³³ nejenže na úvod historicko-komparativně pojednává o principech dědického práva, které jsou obdobně traktovány v podstatě celou pozdější právně-historickou i civilistickou literaturou, ale uvedené principy promítá do vlastního výkladu platného práva (např. ve vztahu zákonné a testamentární dědické posloupnosti, s. 67 a násl.) a uvažuje o významu zásad také u jednotlivých speciálních otázek (např. u problematiky reprezentace, s. 88 a násl. a zvl. 96 a násl.³⁴).

²⁸ Zařazení pasáže o překladech a překladatelích můžeme vnímat jako ocenění práce prof. Stupeckého (srov. STUPECKÝ, J. *Příspěvky k českých překladech pořizovaných v souvislosti s kodifikací rakouského práva civilního*. Praha: Bursík a Kohout, 1904). Tilsch Stupeckému věnoval také posmrtnou vzpomínku (TILSCH, E. Prof. Josef Stupecký. *Právník*. 1907, roč. 46, seš. 20, s. 729–735; přednáška v Právnícké jednotě v Praze ze dne 24. října 1907).

²⁹ Srov. TILSCH, E. Die Entstehung und Entwicklung des österreichischen Zivilrechts. *Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis*. 1911, Bd. 29, Hf. 6, s. 483–501 (také francouzsky: Le Code civil général autrichien, son origine et son développement. *Revue de droit international et de législation comparée*. Březen 1911; obojí též zvl. otisk); TILSCH, E. Všeobecný zákoník občanský a zvyklosti průběhem století. *Právník*. 1911, roč. 50, seš. 12, s. 453–465 (přednáška v Právnícké jednotě v Praze ze dne 18. května 1911; též zvl. otisk: Praha 1911; přetištěno: *Sborník článků vztahujících se k stému výročí Všeobecného zákoníku občanského*. Praha: Právník, 1911), a TILSCH, E. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und die Gewohnheiten im Wandel des Jahrhunderts. In: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*. Teil 2. Wien: Manz, 1911, s. 37–51.

³⁰ Srov. ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 59, 73, 230, 600, 640, 667, 684 aj. Dále mj. ELIÁŠ, K. Základní pojetí návrhu úpravy dědického práva pro nový občanský zákoník. *Ad Notam*. 2003, roč. 9, č. 5, s. 97–104, zvl. s. 98–100.

³¹ Srov. DADUOVÁ, M. *Meziválečná rekodifikace jako inspirační zdroj nového dědického práva*. Diplomová práce. Olomouc, 2015, a MIKLAS, J. *Meziválečná rekodifikace jako inspirační zdroj úpravy věcných práv v novém občanském zákoníku*. Diplomová práce. Olomouc, 2015.

³² TILSCH, E. *Občanské právo. Část všeobecná*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 22, 25 a 54 an.

³³ TILSCH, E. *Dědické právo rakouské se stanoviska srovnávací právní vědy*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, passim.

³⁴ Reprezentací je myšleno nástupnictví potomků na místo nedědícího bližšího příbuzného. Jedná se jednak o otázku určení osob, jednak o výpočet podílů. Rozlišuje se formální a materiální reprezentace (u materiální

2) *Věc v právním smyslu a vlastnictví práva*: Zdánlivě akademická diskuse o pojetí věci v právním smyslu a o vlastnictví práva má ve skutečnosti zásadní význam, což nepřímou vyplývá z publikační činnosti tvůrců o. z. i reakcí kritiků.³⁵ Měla by se odrážet nejen v úpravě řady institutů (např. držby, ochrany domnělého vlastnického práva, nabývání vlastnictví, promlčení a vydržení³⁶), ale bude mít velký význam také pro jejich interpretaci (např. u věcně-právní ochrany detentora podle § 1044 a speciálně nájemce podle § 2011 a 2012,³⁷ u nabytí od neoprávněného podle § 1109 a násl.³⁸ či u nabývání odkazu podle § 1620 a 1624³⁹). Širšímu pojetí věci v právním smyslu (tedy včetně věcí nehmotných) např. lépe odpovídá konsenzuální zásada nabývání vlastnictví a v rámci dědického práva pak tzv. vindikační („věcný“) odkaz, což je model francouzského *Code civil*.⁴⁰

Problematika vlastnictví práva (a speciálně pohledávky) patřila k tradičně sporným otázkám naší právní vědy a zůstává jí i po přijetí nové kodifikace.⁴¹ *ABGB* upravoval širší pojetí věci (§ 285 a 292) a hmotné i nehmotné věci výslovně prohlašoval za předmět vlastnictví (§ 353 a 355). Česko-rakouská civilistika devatenáctého století (Unger, Randa a další) se však klonila pod vlivem dobové německé právní vědy (tzv. pandektistiky) k zúžení „pravého“ vlastnictví pouze na hmotné věci. Tyto tendence se odrazily také při rekonstrukci občanského práva v meziválečné éře: věc v právním smyslu neměla být původně definována a její vymezení se mělo přenechat právní vědě; superrevizní komise

odvozuje potomek své právo od toho, koho nahrazuje, takže v případě dědické nezpůsobilosti syna by nedědili ani vnuci). Už při přípravě rakouské kodifikace došlo *aequitatis causa* k prolomení (původně výchozí) materiální reprezentace u potomků dědičky nezpůsobilého (§ 541 *ABGB*) a vyděděného (§ 779–780 *ABGB*) potomka (potomci dědí, příp. mají nárok alespoň na povinný díl), naopak u vzdání se dědického práva (§ 551 *ABGB*) zůstala materiální reprezentace zachována (potomci jsou vyloučeni z dědění i povinného dílu). Řešení otázky reprezentace má význam *de lege lata* (při výkladu stávajících ustanovení či řešení neupravených případů) i *de lege ferenda*. Naše novější úpravy preferují spíše materiální reprezentaci: podle *OZ/64* ve znění novely z roku 1991 (§ 469a odst. 2), na jejíž protiučinnost nedávno upozornil (*obiter dictum*) Ústavní soud (sp. zn. I. ÚS 295/10), se účinky vydědění vztahovaly i na potomky vyděděného potomka, pokud to zůstavitel v listině o vydědění výslovně stanovil; podle nové *OZ* v případě, že přežije vyděděný potomek zůstavitele, nedědí ani jeho potomci, pokud zůstavitel neprojevil jinou vůli (§ 1646 odst. 3), což se však rozchází s *ABGB* ve znění třetí dílí novely, vládní návrhem z roku 1937 (§ 589–590) i *ABGB* ve znění *ErbRÄG 2015* (§ 729 odst. 3), podle nichž tyto potomci automaticky dědí a v případě opomenutí mají nárok alespoň na povinný díl.

³⁵ Srov. zvl. ELIÁŠ, K. Pojetí věci v právním smyslu v návrhu občanského zákoníku. (Srovnávací studie.) In: *Pocita Martě Knappové k 80. narozeninám*. Praha: ASPI, 2005, s. 59–74; ELIÁŠ, K. Vlastnické právo. Paradigmata českého pojetí pod zkušebním kamenem kontinentální právní kultury. *Právní rozhledy*. 2005, roč. 13, č. 22, s. 807–812, a ELIÁŠ, K. Věc jako pojem soukromého práva. *Právní rozhledy*. 2007, roč. 15, č. 4, s. 119–126. Odlišně např. STUNA, S. – ŠVESTKA, J. K pojmu věc v právním smyslu v návrhu nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19, č. 10, s. 366–373.

³⁶ Blíže: HORÁK, O. – DOSTALÍK, P. Věc v právním smyslu v novém občanském zákoníku z právněhistorické perspektivy. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 1, s. 14–21.

³⁷ Např. zda a za jakých podmínek se může detentor (např. vypůjčitel či nájemce) bránit petitorní žalobou na vydání věci nebo negatorní žalobou (jak tomu dříve bylo podle § 126 odst. 2 *OZ 1964*).

³⁸ Např. zda je možné nabýt užívacích či jiných práv (např. pohledávky) podle ustanovení o nabytí od neoprávněného. Srov. DOBROVOLNÁ, E. Nabytí vlastnického práva od neoprávněného ve srovnání s rakouským právem. *Právní rozhledy*. 2013, roč. 20, č. 10, s. 348–354.

³⁹ Práv. kterým okamžikem se nabývá vlastnictví odkazu věci nezapsané ve veřejných rejstřících, zda jejím předáním (analogicky k *ABGB*), přijetím či bez dalšího již splatností odkazu, respektive u jednotlivých věcí již smrtí zůstavitele.

⁴⁰ Srov. KEGEL, G. Erbfolge und Vermächtnis: Heres ex re certa und Vindikationslegat. In: *Liber Amicorum. Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern. In honour of his 80th birthday*. The Hague – London – Boston: Kluwer Law International, 1998, s. 339–364.

⁴¹ Srov. mj. také důvodovou zprávu k § 979 a 1011 (ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník*, s. 427 a 437–438).

sice do návrhu z roku 1931 legální definici věci vrátila (§ 229) v širokém pojetí *ABGB*, ve vlastnictví však mohly být pouze věci hmotné (§ 278); konečně ve vládním návrhu z roku 1937 se pod vlivem nových členů komise (Swobody a Sedláčka) upustilo i od tohoto omezení,⁴² většina institutů však zůstala poplatná užší koncepci vlastnictví (např. pojetí ovladatelných přírodních sil).

Náznaky tohoto přístupu, respektive návratu k redaktorům *ABGB*, je možné vidět již u Tilsche, který uvádí, že „*s pohledávkou jako částí jmění operuje se v mnoha ohledech jako s věcí*“ a uvádí příklady, ve svých pracích však zůstával ještě pod Randovým vlivem, který důsledně obhajoval působnost věcných práv pouze na věci hmotné.⁴³

Z konkrétních problémů řešených Tilschem můžeme zmínit pojetí energií jako předmětu právních vztahů.⁴⁴ Dospěl k tomu, že energie se mají posuzovat obdobně jako věci hmotné, což bylo také výslovně upraveno ve vládním návrhu 1937 (§ 82) a jeho prostřednictvím i v novém o. z. (§ 497). Charakter ovladatelných přírodních sil však více odpovídá věci nehmotné a jejich podřazení hmotným věcem naopak užší koncepci vlastnictví. Jisté rozpaky nad tímto řešením jsou patrné také u některých současných autorů.⁴⁵

3) *Součást a příslušenství věci*: Dalším tradičně sporným tématem (nejen české) právní vědy je právní význam příslušenství a s tím provázané odlišení součásti věci od jejího příslušenství.⁴⁶ Na počátku domácí diskuse stojí Tilschovo stručné, ale vlivné konstatování, že „*příslušenství sleduje zásadně osudy hlavní věci*“.⁴⁷ V komentáři Rouček-Sedláček se naopak zdůrazňuje: „*Chybným bylo by tvrzení, že příslušenství sdílí osudy věci hlavní, neboť – jak poznáme – jest tomu tak jen v několika směrech*“.⁴⁸ Konečně Krčmář s nadčasovou platností shrnuje: „*Zdali nějaký kus je částí věci nemovité a zdali tedy ve všech směrech sdílí osudy věci hlavní či je příslušenstvím a osudy sdílí jen v určitých směrech, nebude ... vždy snadno rozhodnouti*“.⁴⁹ Celá situace je navíc ztížena tím, že *ABGB* nerozlišoval důsledně mezi příslušenstvím a součástí věci (§ 294 a násl.), jak to činí pozdější občanské zákoníky (to však nemusí být vnímáno jako nedostatek, ale spíše jako výraz důvěry v právní vědu a zejména právní praxi i přiznání limitů zákonodárce).

⁴² Srov. *Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona, kterým se vydává občanský zákoník Praha: Národní shromáždění ČSR, 1937*. Dostupné z: <http://www.senat.cz/informace/z_historie/tisky/4vo/tisky/T0425_18.htm>.

⁴³ Srov. TILSCH, E. *Občanské právo*, s. 98 a 96.

⁴⁴ TILSCH, E. Síly přírodní čili energie co předmět právní ochrany. In: *Publikace prvního vědeckého sjezdu českých právníků konaného v Praze ve dnech 21., 22. a 23. května 1904*. B, Výsledky rokování sjezdu. Sekce I. Otázka 2. Praha: Komitét sjezdu, 1904, s. 3–8; TILSCH, E. *Občanské právo*, s. 143.

⁴⁵ Srov. TĚGL, P. Komentář k § 497. In: F. Melzer – P. Těgl (ed.). *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III – § 419–654*. Praha: Leges, 2014, s. 247 an. Dokonce je zvažováno, zda přírodní síly netvoří vedle věci v právním smyslu samostatný předmět právních vztahů obdobně jako zvířata (§ 494), což však je (z hlediska systematického i teleologického výkladu) nedůvodné.

⁴⁶ Srov. zvl. ELIÁŠ, K. Součást věci a příslušenství věci. *Ad Notam*. 2007, roč. 13, č. 4, s. 103–109, a SPÁČIL, J. Sporné otázky institutu „příslušenství věci“. *Právní rozhledy*. 2010, roč. 18, č. 2, s. 39–48.

⁴⁷ Srov. TILSCH, E. *Občanské právo*, s. 150. U výkladu zákona však říká, že „*dosah ustanovení §§ 294–297 o příslušenství a kvalitě jeho jako věci nemovité dlužno systematickým výkladem značně rektifikovati*“. *Ibidem*, s. 68–69.

⁴⁸ ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. II*. Praha: V. Linhart, 1935, s. 34. Dále upozorníme, že se v návaznosti na text § 294 OZO rozlišovalo příslušenství přirozené („*vedlejší věci, bez nichž nelze hlavní věci užívat*“) a umělé („*které zákon anebo vlastník určil k trvalému užívání věci hlavní*“). *Ibidem*, s. 32 an.

⁴⁹ KRČMÁŘ, J. *Právo občanské. I. Výklady úvodní a část všeobecná*. 4. dopl. vyd. Praha: SVPS, 1946, s. 185.

Tilschem uváděné konstatování musíme vnímat spíše než jako pravidlo jako určitý směr uvažování: je přitom nutné vyjasnit, co znamená „příslušenství“ (věci vlastníka, které slouží věci hlavní; nebo úzeji věci potřebné k jejímu řádnému užívání; nebo pouze věci, které nemají samostatné hospodářské určení) a co znamená „sleduje osud“ (zda v majetkovém právu, závazkovém právu, nebo pouze u závazků z právních jednání). Zatímco v meziválečných osnovách výslovná úprava sdílení příslušenství osudu věci hlavní chyběla,⁵⁰ o. z. stanovil, že „se právní jednání a práva a povinnosti týkající se hlavní věci týkají i jejího příslušenství“ (§ 510 odst. 2), přičemž současně dal praxi do rukou možnost uvážení v tom, že „jsou-li pochybnosti, zda je něco příslušenstvím věci, posoudí se případ podle zvyklostí“ (§ 511). Je možné očekávat, že pojem příslušenství bude (ve srovnání s dosavadním přístupem) vykládán restriktivně a bude vztahován pouze na tzv. kvalifikované příslušenství (meziválečnou terminologií by se týkal pouze tzv. přirozeného a zákonného příslušenství). Většina dříve uváděných příkladů příslušenství by pod něj nově nespádala (např. inventář či vybavení by osud věcí hlavní bez dalšího nesdílely). Řešení problematiky příslušenství má aktuálně velký význam především v daňovém právu (u inkasa daně z nabytí nemovitých věcí) a rakouská či meziválečná zkušenost by mohly být cennou inspirací.

4) *Univerzální sukcese a pozůstalost*: Univerzální sukcese, k níž se tvůrci nové kodifikace výslovně přihlásili, znamená nastoupení do právního postavení zůstavitele, do všech jeho práv a povinností, které nezanikly smrtí (respektive nebyly vázány výlučně na osobu zůstavitele). Smyslem je zajištění právní i ekonomické kontinuity a právní jistoty.⁵¹

Ve srovnání s římským právem, kde hrála zásada univerzální sukcese významnou roli (odrážela se mj. v širším pojetí právního nástupnictví, ve výlučnosti dědického titulu a v akrescenci), se v ABGB a moderních zákonících její dosah oslabil. Přesto však stále patří k ústředním dědicko-právním zásadám a její možné důsledky nám mohou osvětlit také Tilschovy práce. Především jde o řešení problému, co všechno máme počítat do pozůstalosti, zejména zda a jak máme zohlednit plnění ze smluv ve prospěch třetích osob a konkrétně pojistná plnění, což je dodnes otázka „velice sporná a při tom prakticky důležitá“.⁵²

Důsledně chápaná zásada univerzální sukcese by mohla (měla) vést k tomu, že se většina případů nabývání majetkových práv a povinností jinak než děděním (tj. na základě tzv. zvláštních režimů právního nástupnictví pro případ smrti) bude posuzovat jako darování pro případ smrti, respektive jako odkaz, a proto se zohlední

⁵⁰ Srov. ABGB § 1047 a 1061 a návrh OZ 1937 § 891 a 907. V důvodové zprávě k návrhu OZ 1937 se v tomto směru uvádí: „V závěrečné redakci byl text ještě zestručněn a vedle zmínky o příslušenství dáno bylo jen ustanovení, že se věci mají převést tak, jak to odpovídá smlouvě. Zpravidla ovšem bude odpovídati smlouvě to, co § 1047 obč. zák. vyslovuje jako zásadu, že se totiž věci mají převést podle stavu, v jakém byly, když byla smlouva sjednána.“ *Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník*. Praha: Národní shromáždění ČSR, 1937. Dostupné z: <http://www.senat.cz/informace/z_historie/tisky/4vo/tisky/T0425_31.htm>.

⁵¹ Blíže srov. TILSCH, E. *Dědické právo rakouské*, s. 29 an.; nověji: CEPL, V. Oslabování univerzální sukcese. *Acta Universitatis Carolinae: Iuridica*. 1976, roč. 22, č. 3, s. 229–248; CEPL, V. Vývoj kategorií univerzální a singulární sukces v socialistickém právu. In: *Vznik a vývoj socialistického práva*. 2. část. Praha: Univerzita Karlova, 1976, s. 103–112.

⁵² TILSCH, E. *Dědické právo rakouské*, s. 56.

také při projednávání pozůstalosti (zejména při stanovení falcidiánské kvarty podle § 1598, dále pak při započtení na povinný díl a dědický podíl podle § 1658 a násl.).

Šlo by zejména o nároky z pojištění (životního pojištění, penzijního připojištění, respektive doplňkového penzijního spoření), které by měly charakter „zákonného“ odkazu⁵³ (např. pojistné plnění pro manžela či děti podle § 2831) nebo „smluvního“, příp. „kodicilového“ odkazu (např. pojistné plnění pro obmyšleného podle § 2829⁵⁴); obdobně by se posuzovalo také plnění ze svěřenského fondu, ať již vznikl pořízením pro případ smrti nebo smlouvou.⁵⁵ Tento přístup by přispěl k vyváženosti vztahu zůstavitele, dědiců i věřitelů a omezil obcházení jejich ochrany.

Dalším důsledkem univerzální sukcese je přechod majetkových práv a povinností nejen ze soukromoprávních, ale i veřejnoprávních poměrů, pokud nemají výlučně osobní charakter (např. přeplatků či nedoplatků daní a poplatků, pravidelně např. místního poplatku za komunální odpad).⁵⁶

De lege ferenda by důsledné provedení zásady univerzální sukcese mohlo vést k tomu, že by se v majetkových i nemajetkových vztazích preferovaly osoby kvalifikované vůlí zůstavitele namísto příbuzenství: zvl. u postmortální ochrany osobnosti (§ 82 odst. 2) by kromě osob blízkých (§ 22), které mohou mít o zůstavitele minimální zájem, mělo náležet žalobní právo (a tím i „morální žalobní povinnost“) především dědici zemřelého.

5) *Spolužijící osoby*: V rámci zákonného dědického práva bylo v novém o. z. zachováno dědění tzv. spolužijících osob (v o. z. 1950 zakotvené pod vlivem sovětského práva), což bylo v důvodové zprávě podpořeno i odkazem na Tilsche.⁵⁷ Zahnutí této kategorie dědiců je zřetelným trendem ve vývoji současného evropského dědického práva (kromě českého a slovenského práva k tomu došlo v různé podobě také v anglickém, chorvatském, slovinském, ruském a od roku 2017 také v rakouském právu, která se snaží zohlednit narůstající množství neformalizovaných vztahů).⁵⁸

6) *Nabytí dědictví*: V o. z. vzniká dědické právo smrtí zůstavitele (§ 1479) a jako dosud se dědictví nabyvá již smrtí zůstavitele s možností je odmítnout (§ 1485). V tomto ohledu se o. z. vědomě odchýlil od rakouského modelu tzv. ležící pozůstalosti, podle něhož se

⁵³ Z meziválečné judikatury můžeme upozornit na řešení u zákonného odkazu manžela (srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu R I 939/25, podle kterého „do základny pro vyměření povinného dílu jest započísti i zákonný přední odkaz manželův dle §u 758 obč. zák.“; dostupné z: <<http://kraken.slv.cz/Rc5569/1925>>).

⁵⁴ V německé i rakouské literatuře byla tato problematika dlouho sporná, nejnověji se však autoři kloní k tomu, že plnění ze životního pojištění sice nepatří do pozůstalosti, ale má se zohledňovat při výpočtu povinného dílu (v Německu to bylo řečeno rozsudkem Spolkového soudního dvora z 28. dubna 2010 – IV ZR 73/08, v Rakousku srov. SCHAUER, M. Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall. In: *Erbrecht und Vermögensnachfolge*. Wien: Springer, 2010, s. 675–679).

⁵⁵ Právní charakter svěřenského fondu je sporný a názory se v komentářích o. z. rozcházejí také v otázce, zda je majetek svěřenského fondu *mortis causa* součástí pozůstalosti a projednává se v dědickém řízení (Pihera) či nikoli (Šešina). Blíže srov. HORN, K. Praktické aspekty svěřenského fondu ve světle návrhu urgentní novely občanského zákoníku. *Ad Notam*. 2015, roč. 21, č. 1, s. 9–14 (který se kloní k názoru, že majetek fondu je součástí pozůstalosti; ibidem, s. 12).

⁵⁶ Tilsch uvádí řadu jiných, zčásti již obsoletních případů, které však jsou z hlediska principu důležité. Srov. TILSCH, E. *Dědické právo rakouské*, s. 48 an.

⁵⁷ Srov. ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník*, s. 667; TILSCH, E. *Dědické právo rakouské*, s. 72 an.

⁵⁸ Blíže: HOLÍKOVÁ, L. Spolužijící osoba jako dědic. *Ad Notam*. 2016, roč. 22, č. 1, s. 3–7.

dědictví nabývá na základě dědické přihlášky a odevzdání soudem. V důvodové zprávě se jako jeden z argumentů uvádí, že „*dědictví se častěji přijímá, než odmítá*“,⁵⁹ což bylo inspirováno motivy švýcarského zákonodárce, jak je zprostředkoval právě Tilsch.⁶⁰

V o. z. se může zdát sporné, zda dědicové nabývají dědictví již smrtí zůstavitele a rozhodnutí soudu má pouze deklaratorní účinky (což zřejmě bude dosud převažující mínění),⁶¹ nebo (jak někteří autoři přesvědčivě oponují) smrtí zůstavitele nabývá dědictví společenství dědiců a konkrétní dědic až rozhodnutím soudu (s konstitutivními účinky k jeho právní moci, přičemž deklaratorní účinky ke dni vzniku dědického práva by mělo pouze v případě jediného dědice).⁶² Toto druhé pojetí se odráží v řešení řady praktických problémů (zvl. odpovědnosti za škodu spojenou např. s provozem zděděného podniku⁶³ nebo nahodilé zkázy věci, která byla dědici přidělena zůstavitelem podle § 1694⁶⁴) a svými účinky se blíží rakouské tradici, což znamená opětovnou aktuálnost Tilsche a tradiční české právní vědy.⁶⁵

ZÁVĚREM

Ve výčtu možných inspirací bychom mohli jistě pokračovat, Tilschův odkaz však není přímo zjiřitelný ze současných civilistických publikací a zřejmě ani nespočívá v návrzích konkrétních řešení. Tilsch také neměl možnost bezprostředně působit na generace právníků jako řada jeho kolegů. Přesto ho mnozí dodnes považují „za svého mistra a učitele“.

⁵⁹ ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník*, s. 684.

⁶⁰ TILSCH, E. *Dědické právo rakouské*, s. 35, pozn. 6.

⁶¹ Srov. mj. KLEIN, Š. Okamžik přechodu vlastnického práva k pozůstalosti v NOZ. *Ad Notam*. 2013, roč. 19, č. 3, s. 5–6, a týž. Ještě jednou k tématu přechodu vlastnického práva k pozůstalosti. *Ad Notam*. 2014, roč. 20, č. 6, s. 22–24.

⁶² SPÁČIL, J. – ŠEŠINA, M. Nabývání dědictví a vlastnické žaloby dědiců v novém občanském zákoníku. *Právní rozhledy*. 2015, roč. 23, č. 2, s. 39–44.

⁶³ SPÁČIL, J. – ŠEŠINA, M. Nabývání dedictví, zvl. s. 41.

⁶⁴ Blíže: HORÁK, O. Nabývání majetku zůstavitele a nahodilá zkáza věci. *Ad Notam*. 2015, roč. 21, č. 6, s. 6.

⁶⁵ Srov. ROUČEK, F. Komentář k § 550. In: F. Rouček – J. Sedláček a kol. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl III*. Praha: V. Linhart, 1936, s. 64 an.

FRANCISCO DE VITORIA A ŠPANIELSKA CONQUISTA NOVÉHO SVETA

Peter Vyšný*

Abstrakt: Španielska *conquista* (dobytie) Nového sveta (amerického kontinentu) sa v Španielsku v 16. až 17. storočí stala predmetom seriózných akademických skúmaní, analýz, diskusií a polemík, ktorých protagonisti sa všeobecne označujú ako teológovia – juristi. Štúdiá sa zameriava na analýzu *conquisty*, ktorú uskutočnil jeden z najpoprednejších teológov – juristov, Francisco de Vitoria. V texte sa systematicky približuje, vysvetľuje a rozoberá Vitoriovo komplexné myslenie spojené s *conquistou*, spočívajúce na rozlíšení a rozbere siedmich nelegitímnych a ôsmich legitímnych titulov (dôvodov) *conquisty* (*justos títulos*). V texte sa tiež poukazuje na určité, vo väčšej alebo menšej miere inovatívne prvky Vitoriovho myslenia spojeného s *conquistou*, ktorými boli koncept suverenity ľudu, právo každého člena medzinárodného spoločenstva komunikovať s ostatnými členmi (*ius communicationis*), koncept medzinárodného práva (*ius inter gentes*) a koncept medzinárodného spoločenstva (*totus orbis*).

Kľúčové slová: *conquista*, Vitoria, *justos títulos*, suverenita ľudu, *ius communicationis*, *ius inter gentes*, *totus orbis*

ÚVOD

Španielsky výraz *conquista*, t. j. *dobytie*, je *terminus technicus* označujúci proces objavovania (prieskumu), vojenského podmaňovania a osídľovania Nového sveta, konkrétne karibských ostrovov a území v severnej, strednej a južnej Amerike, Španielmi. Proces sa začal prvou transatlantickou výpravou Krištofa Kolumba (3. 8. 1492 – 15. 3. 1493), ktorá sa s istým zjednodušením považuje za „objavenie Ameriky“, a pokračoval v nasledujúcich rokoch 15. storočia, ako aj v 16. storočí, pričom jeho výsledkom bolo relatívne efektívne ovládnutie prevažnej časti amerického kontinentu, dobovo nazývaného *Indie* (*Indias*), Kastílskou, respektíve Španielskou Korunou a podriadenie miliónov jeho pôvodných obyvateľov – *Indiánov* (*indios*) jej zvrchovanej vládnej moci, dobovo označovanej pojmom *dominium*.

So španielskou *conquistou* a kolonizáciou Indií bola na jednej strane spojená potreba riešiť zložité praktické problémy, administratívne, ekonomické či misiologické (významným zdrojom legitimity španielskeho *dominia* nad Indiami bola povinnosť plošne christianizovať Indiánov, ktorej realizáciou pápež Alexander VI. v roku 1493 podmienil platnosť donácie Indií Španielsku, ktorú uskutočnil z pozície „pána celého sveta“). Na druhej strane, *conquista* a kolonizácia boli aj predmetom seriózných teoretických reflexií, analýz, diskusií a polemík, majúcich nielen akademický význam, ale aj nezanedbateľný vplyv na španielsku reálnu koloniálnu politiku a legislatívnu aktivitu zameranú na Indie a Indiánov. Tieto reflexie, analýzy, diskusie a polemiky boli významnou súčasťou politicko-juristicko-teologicko-filozofického diskurzu Španielska 16. a sčasti ešte aj 17. storočia, ktorého centrom bola univerzita v meste Salamanca, respektíve určitá svojrázna

* Doc. JUDr. Peter Vyšný, PhD., Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave. E-mail: petervysny@hotmail.com.

intelektuálna škola (*Escuela de Salamanca*),¹ ktorá sa pri nej sformovala. Akademickí protagonisti tohto diskurzu sa všeobecne označujú ako *teológovia-juristi*.

Myslenie španielskych teológov-juristov spojené s *conquistou* Nového sveta bolo značne komplexné a interdisciplinárne – integrovalo juristické, teologické i filozofické teórie, tézy či poznatky. Možno mu priznať istú originalitu, hoci jeho ideové východiská vo veľkej miere neboli originálne – teológovia – juristi nadväzovali, sčasti, pravda, tvorivo, na skoršie – stredoveké (respektíve anticko-stredoveké) myslenie, a to hlavne na sv. Tomáša Akvinského a vedu kánonického práva.²

Centrálным problémom myslenia teológov-juristov boli legitimita a konzekvencie *conquisty*. Teológovia-juristi sa usilovali identifikovať, respektíve sformulovať tzv. *spravodlivé dôvody (justos títulos) conquisty*, t. j. juristické, teologické a filozofické skutočnosti, tézy či teórie ospravedlňujúce *conquistu*, skúmali možnosť legitimizovať *conquistu* jej vyhlásením za *bellum iustum*, zaoberali sa právami a povinnosťami, ktoré mali Španieli voči Indiánom, a naopak, a skúmali aj ďalšie otázky. Myslenie teológov-juristov malo takpovediac „vedľajší produkt“, ktorým boli určité celistvé teórie štátu, práva (osobitne ľudskej slobody a ľudských práv) a medzinárodných vzťahov a práva, predstavujúce dôležitý príspevok Španielska k budovaniu intelektuálnej základne európskeho kontinentálneho právneho systému, z neho vychádzajúceho latinskoamerického právneho systému, ako aj globálneho medzinárodného práva.

Táto štúdia sa zameriava na myslenie jedného z najpoprednejších teológov-juristov, dominikána Francisca de Vitoriu (1483/1486–1546).³ Cieľom štúdie je systematicky (nie však vyčerpávajúco): 1) priblížiť a rozobrať Vitoriovo myslenie spojené s *conquistou* (respektíve s jej legitimitou), 2) poukázať na určité, z dobového hľadiska vo väčšej alebo menšej miere inovatívne prvky tohto myslenia a 3) celkovo toto myslenie zhodnotiť. Základným prostriedkom na dosiahnutie cieľa štúdie je rozbor príslušných textov Francisca de Vitoriu.

1. PREHLÁD A ROZBOR VITORIOVHO MYSLENIA SPOJENÉHO S CONQUISTOU

Francisco de Vitoria predniesol okolo roku 1539 dve *Relectiones*⁴ *de Indis*⁵ (= *Relectiones* o Indiánoch) – prvá sa nazýva *Relectio prior de Indis recenter inventis* (= Prvá *relectio*

¹ MELQUIÁDES, A. *La teología española en el siglo XVI*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1976, s. 371 an.

² MULDOON, J. Medieval Canon Law and the Conquest of the Americas. *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*. 2000, n. 37, s. 9–22.

³ Bibliografia týkajúca sa Vitoriovoho diela je rozsiahla. Z najnovších prác o Vitoriovom myslení spojenom s *conquistou* možno odporučiť syntézu THUMFART, J. *Die Begründung der globalpolitischen Philosophie. Francisco de Vitorias Vorlesung über die Entdeckung Amerikas im ideengeschichtlichen Kontext*. Berlin: Kulturverlag Kadmos, 2012.

⁴ *Relectio* bola univerzitnou prednáškou, v ktorej prednášajúci ucelene zhrnul svoje predchádzajúce priebežné (čiastkové) prednášky o určitej téme.

⁵ Text Vitoriových *Relectiones de Indis* je dostupný v preklade do angličtiny napr. v diele: VITORIA, F. de. *De Indis et de ivre Belli Relectiones*. Edícia Classics of International Law, volume 7. Washington, D.C.: The Carnegie Institute, 1917. V tejto štúdii využívam edíciu *Relectiones de Indis* v španielčine, obsiahnutú v diele: VITORIA, F. de. *Relectiones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*. Segunda edición. México: Editorial Porrúa, 1985. (Uvedené dielo obsahuje aj edíciu Vitoriovej politicko-filozofickej *relectio* cca z roku 1528, ktorá sa nazýva *De potestate civili*.)

o nedávno objavených Indiánoch), druhá *De Indis relectio posterior, sive de iure belli hispanorum in barbaros* (= Druhá *relectio* o Indiánoch, alebo o práve Španielov viesť vojnu proti barbarom) –, v ktorých o. i. jasne sformuloval sériu tvrdení založených na prirodzenom a Božom práve, ktoré sa týkali práv a povinností Španielska vo vzťahu k Indiám a Indiánom, ale aj práv a povinností „barbarov“ (= Indiánov) vo vzťahu k Španielom. Prvá *relectio* sa mala aplikovať za normálnych podmienok, t. j. v čase, keď by medzi Indiánmi a Španielmi panovali pokojné, mierové vzťahy, druhá zase za mimoriadnych podmienok, t. j. v čase, keď by medzi nimi vypukla vojna.⁶

Problematikou legitimacy *conquisty*, respektíve *justos títulos* sa Vitoria zaoberal vo svojej prvej *relectio*, v ktorej rozlíšil a rozobral nelegitímne (alebo nespravodlivé) a legitímne (alebo spravodlivé) tituly (dôvody, príčiny) španielskej *conquisty* Indií. Nelegitímnymi titulmi Vitoria rozumel tie, ktoré podľa jeho názoru *conquistu* neospravedlňovali, hoci v dobovom politickom diskurze sa na jej ospravedlnenie vo väčšom či menšom rozsahu využívali.

Ako uvidíme ďalej, Vitoriovo rozdelenie titulov *conquisty* na nelegitímne a legitímne je výrazom istej ambivalentnosti jeho pohľadu na tieto (jednotlivé) tituly – *conquista*, t. j. španielska materiálna (vojenská) a kultúrna (christianizačná a „civilizačná“) intervencia v Indiách, končiaca okupáciou a anexiou indiánskych území, sa podľa Vitoriu zväčša môže uskutočniť z dôvodov, ktoré za určitých okolností sú nelegitímne, za iných okolností sú však legitímne. Medzi nelegitímnymi a legitímnymi titulmi *conquisty* je teda dialektický vzťah, ktorý dokladá určitú vnútornú rozpornosť Vitoriovoho myslenia o *conquiste*, k čomu sa ešte vrátíme.

1.1 Nelegitímne tituly *conquisty*

Pozrime sa najskôr na jednotlivé tituly *conquisty*, ktoré Vitoria spracoval v druhej časti svojej prvej *relectio* a ktoré považoval za *nelegitímne*.

Prvým *nelegitímnym titulom conquisty* bola podľa Vitoriu téza, že cisár, ktorým vo Vitoriových časoch bol konkrétne rímsko-nemecký cisár Karol V., v Španielsku vládnuce ako kráľ Karol I., je *pánom/vládcom/vlastníkom (dominus) celého sveta*,⁷ čiže aj indiánskych krajín. Vitoria pri tomto titule najskôr uviedol, že *dominium* vo význame vládnej moci sa môže zakladať na Božom, prirodzenom, ako aj na ľudskom pozitívnom práve, a ďalej ukázal, že žiadne z týchto práv *dominium* nikdy nezverilo, a ani vo Vitoriovej súčasnosti nezveruje, jedinej osobe – cisárovi, ktorý by ho vykonával nad celým svetom. Božie právo neumožňuje cisárovi „svetovládu“, keďže Kristus svoju svetskú moc nad svetom nechcel počas svojho pozemského pobytu vykonávať („*Moje kráľovstvo nie je z tohto sveta*“), a ani túto moc nikomu nedelegoval. Prirodzené právo zase cisárovi „svetovládu“ neumožňuje preto, že moc (vládu) pozná iba v podobe moci rodičov (respektíve otcov) nad deťmi a manžela nad manželkou. Takúto „svetovládu“ nemožno napokon založiť ani na ľudskom práve, keďže v dejinách nikdy nenastala situácia, že by sa všetky národy sveta zišli a zvolili si spoločného vládcu.

⁶ BROWN SCOTT, J. *The Catholic Conception of International Law*. Washington: Georgetown University Press, 1934; reprint Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2008, s. 1.

⁷ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos*. Relección primera. In: F. de Vitoria. *Relecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*. Segunda edición. México: Editorial Porrúa, 1985, s. 38.

Špeciálne v súvislosti s okupáciou barbarských (= indiánskych) krajín cisárom Vitoria (hypoteticky) uviedol, že ak by aj cisár bol pánom celého sveta, mohol by byť iba vládcom s jurisdikciou (t. j. najvyšším správnym a súdnym orgánom), nie však vládcom, ktorému by patrilo *dominium* vo význame neobmedzeného vlastníckeho práva k ovládanému územiu, z čoho podľa Vitoriu vyplýva, že cisár na základe svojho úradu nemá právo okupovať indiánske krajiny, ustanoviť im nových vládcov namiesto ich pôvodných či zdaniť ich obyvateľov (Indiánov) a pod.⁸

Stredoveký koncept impéria, t. j. podriadenosti kresťanských krajín Európy či dokonca „celého sveta“ najvyššej vláde jediného (sekulárneho) panovníka – cisára, považovaného za nástupcu „svetovládnych“ rímskych cisárov a za nadradeného vládcom jednotlivých krajín, sa v praxi vždy uplatňoval len obmedzenom rozsahu, čo platí nielen o období stredoveku, ale aj o v čase *conquisty* (za vlády Karola V.; 1516–1556) vzniknutej, španielsko-habsburskej „*ríše, nad ktorou Slnko nezapadá*“. V dobovom zmýšľaní sa však koncept impéria tešil značnej prestíži; popredný stredoveký právny učenec Bartolus de Saxoferato dokonca jeho odmietanie považoval za odmietanie Božej vôle a herézu (dôvodil, že Boh akceptuje cisárovu svetovládu, keďže Evanjelium podľa Lukáša nespochybnilo legitimitu cisárovho príkazu, aby bol sčítaný všetok ľud sveta,⁹ čím *de facto* akceptovalo, že cisár je „vládcom sveta“ a môže taký príkaz vydať).¹⁰ Nie je preto prekvapením, že koncept impéria sa uplatnil aj v začiatkoch španielskej *conquisty* Nového sveta ako silný zdroj jej legitimity. Napríklad Hernán Cortés, pod ktorého vedením v rokoch 1519 až 1521 (úspešne) prebehla vojenská *conquista* ríše Aztékov (išlo približne o územie stredného a sčasti aj južného Mexika), tvrdil, že podriadenie indiánskych krajín vláde cisára Karola V. je (územným) rozšírením impéria, už existujúceho v značnej časti Európy, o Nový svet, pričom toto rozšírenie je legitímne, keďže impérium je vraj jediným legitímnym spôsobom globálneho usporiadania medzinárodných vzťahov, čo Cortés aj v snahe „zapáčiť sa“ cisárovi a ospravedlniť sa za to, že *conquistu* Aztéckej ríše začal realizovať bez jeho súhlasu, vyhlasoval za evidentnú, nespochybniteľnú skutočnosť, potvrdenú reálnym dejinným vývojom, zavŕšeným Karolovou „*ríšou, na ktorou Slnko nezapadá*“.¹¹ Miguel de Ulzurrun, dvorný právnik Karola V., zase podporil úsilie španielsko-habsburskej ríše o hegemoniu v Európe a v Novom svete novou koncepciou *ius gentium*. Ulzurrun toto právo vymedzil ako *ius inter gentes*, t. j. ako právo platiace medzi celými národmi, v ich vzájomných vzťahoch. Urobil tak v roku 1525, teda ešte pred Vitoriom, ktorý neskôr tiež, ale inak ako Ulzurrun, vymedzil *ius gentium* ako *ius inter gentes* (pozri ďalej). Ulzurrun chápal *ius inter gentes* ako právo, respektíve ako akýsi globálny medzinárodnoprávny poriadok, daný „zhora“, t. j. cisárom ako jedinou nadštátnou mocenskou autoritou, limitujúcou samostatnosť a samosprávu štátov, ktoré sú jej legitímne podriadené, čo

⁸ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 38–42.

⁹ Porovnaj: „V tých dňoch vyšiel rozkaz od cisára Augusta spísať celý svet.“ Lk (2, 1–2). *Písmo Sväté. Nový zákon*. Bratislava: Spolok sv. Vojtecha, 1970, s. 150.

¹⁰ GÓMEZ ROBLEDÓ, A. Introducción. In: F. de Vitoria. *Relecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*. Segunda edición. México: Editorial Porrúa, 1985, s. IV.

¹¹ THUMFART, J. Das *ius gentium* als Form der *translatio imperii*. Francisco de Vitorias Legitimation des spanischen Kolonialismus im Kontext der Arbeiten Miguel de Ulzurruns, Hernán Cortés' und Bartolomé de las Casas'. In: I. Pernice et al. (eds). *Europa jenseits seiner Grenzen – Politologische, historische und juristische Perspektiven*. Baden Baden: Nomos, 2009, s. 21–22.

Ulzurrun koncentrovane vyjadril tézou *ius gentium et ius imperatoris sunt idem auctoritate* (= *ius gentium* a cisárske právo majú rovnakú autoritu).¹² V neposlednom rade možno spomenúť aj dominikána Bartolomé de Las Casasa, ktorý dlhodobo, veľmi ostro a verejne, kritizoval násilný spôsob nastoľovania španielskeho panstva v Novom svete a jeho negatívne efekty na život Indiánov a usiloval sa chrániť Indiánov pred tvrdým zaobchádzaním zo strany španielskych osadníkov a celkovo zlepšiť ich postavenie a pod., čo mu však nebránilo akceptovať *dominium* cisára nad Indiami, a tak aj jeho pozíciu vládcu „celého sveta“. Na druhej strane, Las Casas, na rozdiel od napr. Cortésa, zdôrazňoval, že cisárova vláda nad Indiami by nemala nahradiť (podľa jeho názoru) legitímnu vládu indiánskych vládcov, ale by s ňou mala koexistovať, a to tak, že indiánske krajiny by sa (rovnako ako ostatné, t. j. európske krajiny tvoriace španielsko-habsburské impérium) spravovali prevažne samostatne, pričom cisár by do ich vnútorných záležitostí zasahoval iba obmedzene, respektíve iba vtedy, keď by to súviselo s jeho špecifickým poslaním, ktorého riadnym plnením pápež Alexander VI. v roku 1493 podmienil svoju donáciu Indii Katolíckym kráľom (kráľovským manželom Izabele Kastílskej a Ferdinandovi Aragónskemu) a ich nástupcom na tróne, t. j. španielskym kráľom. Toto poslanie, ktoré v Las Casasovom chápaní podmieňovalo a súčasne legitimizovalo cisárovo *dominium* nad Indiami, spočívalo v cisárovej povinnosti zabezpečiť christianizáciu Indiánov a ich „scivilizovanie“, t. j. ich adaptáciu na hodnoty, normy a životný štýl západnej/kresťanskej civilizácie, ako aj vytvoriť im priaznivé životné podmienky.¹³ V kontexte uvedených názorov sa Vitoriovo kategorické tvrdenie, že „*imperator non est dominus totius orbis*“¹⁴ (= cisár nie je pánom celého sveta) môže javiť ako unikátne, Vitoria však, ako uvidíme ďalej, neodmietol cisárovo *dominium* nad Indiami, ale iba možnosť jeho originárneho vzniku, ktorá vyplývala z konceptu cisárovej „svetovlády“. Povedané inak, Vitoria odmietol tézu, že cisár bol vládcom Nového sveta *ab initio* a že *conquista* bola prostriedkom, ktorý mu umožnil začať fakticky vykonávať jeho už *pred conquistou* existujúce právo vládnuť Novému svetu, neodmietol však možnosť, že za určitých okolností (pozri ďalej výklad o legitímnych tituloch *conquisty*) mohlo predtým neexistujúce cisárovo *dominium* nad Novým svetom vzniknúť.

Druhým nelegitímnym titulom conquisty bola podľa Vitoriu téza, že pápež ako pán celého sveta, majúci nad ním nielen spirituálnu, ale aj temporálnu (sekulárnu) moc, mohol španielskych kráľov ustanoviť za vládcov barbarov (Indiánov) a ich krajín.¹⁵

K tomuto titulu je najskôr potrebné uviesť, že Vitoria sa ním dotýka reálnej historickej udalosti, ktorou bola spomenutá donácia Indii Španielskej Koruny pápežom Alexandrom VI. (1493), ktorej platnosť bola podmienená systematickou christianizáciou a „scivilizovaním“ Indiánov Španielmi.¹⁶ Pápež túto donáciu uskutočnil z pozície „pána celého sveta“ (*dominus totius mundi/orbis*), ktorú mu prepožičiavala dobovo značne uznávaná *teória pontifikálnej teokracie*. Túto teóriu možno vo všeobecnej rovine vymedziť ako „...doktrínu o vláde Boha nad svetom prostredníctvom jeho najvyššieho pozemského

¹² Ibidem, s. 16–18.

¹³ Ibidem, s. 22–26.

¹⁴ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 39.

¹⁵ Ibidem, s. 42.

¹⁶ DOUGNAC RODRÍGUEZ, A. *Manual de historia del derecho indiano*. Segunda edición. México etc.: McGraw-Hill, 1998, s. 13–16.

reprezentanta a vikára – pápeža. Podľa tejto doktríny je rímsky pontifex tým, kto má podľa Božieho práva v záujme lepšieho naplnenia cieľov vykúpenia úplnú vládnu moc nad celým svetom. Ako pán veriacich aj neveriacich má najvyššiu zvrchovanosť, delegovanú Kristom, na základe ktorej môže vykonávať spravodlivosť, zasahovať do vecí spirituálnych aj temporálnych, menovať aj zosadzovať kráľov a kniežatá či reorganizovať impériá, ak to vyžaduje dobro duší a duchovný cieľ Cirkvi.¹⁷

Teória pontifikálnej teokracie nepopierala potrebu existencie, ani oprávnenia svetskej moci, považovala ju však za podriadenú duchovnej moci. Táto teória vlastne vychádzala z predstavy o takmer úplnej absorpcii prirodzeného nadprirodzeným ako predpokladu rigidne unitárneho charakteru vlády nad svetom, na čele ktorej stojí pápež s univerzálnou mocou, vzťahujúcou sa na všetkých ľudí a na všetky záležitosti, spirituálne aj temporálne.¹⁸

Podľa teórie pontifikálnej teokracie bol Kristus, vzhľadom na svoju (aj) ľudskú prirodzenosť, *de iure* temporálnym kráľom. Do jeho rúk sa skoncentrovala všetka moc, ktorá existovala na svete, čo v Evanjeliu podľa Matúša (Mt 28, 18) sám *expressis verbis* vyjadril takto: *Daná mi je všetka moc na nebi i na Zemi*. Svoju univerzálnu moc Kristus v celom rozsahu zveril svojmu pozemskému vikárovi, aby ju vykonával v jeho mene na Zemi. Kristus však nechcel, aby pápež fakticky realizoval svoju temporálnu moc, aj keď mu patrí *de iure*; aby sa naplnila Kristova vôľa, pápež zveruje výkon temporálnej moci kráľom a cisárom, ktorí sú v dôsledku toho vikármi a delegátmi pápeža, pričom pápež môže zväčšiť alebo zmenšiť rozsah, v ktorom títo budú vykonávať ním zverenú moc. Na druhej strane sa však vyskytujú situácie, keď je nutné, aby pápež svoju temporálnu moc vykonával osobne. Ide povedzme o situáciu, keď svetský vládca vykonáva svoju moc nespravodlivo, alebo keď je výkon temporálnej moci pápežom potrebný z dôvodov náboženskej povahy.¹⁹

Súčasnou teóriou pontifikálnej teokracie bolo aj presvedčenie, že svetskí vládcovia sú povinní vykonávať svoju temporálnu moc tak, aby ich poddaní žili ako riadni kresťania a mohli dosiahnuť spásu, teda podľa Božích a kresťanských (cirkevných) noriem, v poslušnosti voči Bohu a Cirkvi/pápežovi a pod. Ak vládcovia svoju moc týmto spôsobom nevykonávali, pápež im ju mohol odňať, respektíve preniesť na iných vládcov, ktorí by ju týmto spôsobom vykonávali. Od tohto presvedčenia bol už iba malý krok k spochybneniu legitimity vlády nekresťanských vládcov v zámorí: pápež týmto vládcov ich temporálnu moc nedelegoval a títo vládcovia z hľadiska kresťanov neumožňovali svojim poddaným dosiahnuť spásu, ku ktorej Kristus pozval každého človeka, respektíve boli prekážkou ich konverzie na kresťanstvo. Kresťanskú/španielsku expanziu (*conquistu*) bolo potom možné interpretovať ako akciu zameranú na podriadenie neveriacich Indiánov kresťanským vládcov, ktorí z poverenia pápeža zabezpečia ich evanjelizáciu a tým aj spásu.²⁰

Okrem práve uvedenej teórie *neobmedzenej* pontifikálnej teokracie existovala aj *teória obmedzenej alebo umiernenej pontifikálnej teokracie*, ktorá sa však v praxi španielskej

¹⁷ CASTAÑEDA DELGADO, P. *La teocracia pontifical en las controversias sobre el Nuevo Mundo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, s. 15.

¹⁸ *Ibidem*, s. 15.

¹⁹ *Ibidem*, s. 15–16.

²⁰ HERA, A. de la. *El dominio español en Indias*. In: I. Sánchez Bella – A. de la Hera – C. Díaz Rementería. *Historia del derecho indiano*. Madrid: MAPFRE, 1992, s. 112.

zámorskej expanzie výraznejšie neuplatnila. Umiernená teória pontifikálnej teokracie tvrdila, že moc pápežov (spirituálna aj temporálna) sa vzťahuje iba na kresťanské krajiny, teda nie aj na krajiny nekresťanov (v našom prípade Indiánov). Cirkev, ktorú založil Kristus, je jediná a nedeliteľná, pričom tak ako jednota duše a tela vytvára človeka, tak jednota duchovnej a svetskej moci vytvára Kristovo kráľovstvo, ktorým je Cirkev. Viditeľnou hlavou tohto kráľovstva sú sv. Peter a nasledujúci pápeži, nositelia univerzálnej (úplnej) moci. Kristus však nechcel, aby sa jeho pozemský vikár (= pápež) rozptyľoval výkonom svetskej moci, a preto zariadil, aby svetské veci spravovali svetskí vládcovia, a to aj vo vlastnom mene, teda nie výlučne ako predstavitelia pápeža, hoci títo vládcovia vo všeobecnosti zostávajú podriadení pápežovi ako najvyššej autorite. Súčasťou uminenej teórie pontifikálnej teokracie bolo rozdeľovanie sveta na sektor kresťanských štátov podriadených pápežovi a nekresťanský sektor, tvorený nezávislými krajinami. Svoju temporálnu moc mohol pápež vykonávať iba v kresťanskom sektore.²¹

Vitoria odmietol teóriu pontifikálnej teokracie, a tak aj právomoc pápeža poskytnúť španielskemu kráľovi *dominium* nad Indiami na účel christianizácie ich pohanských obyvateľov. Tvrdil, že pápež nemá nad nekresťanskými (indiánskymi) krajinami temporálnu (sekulárnu) moc, tým viac, že aj v kresťanských krajinách túto moc môže vykonávať iba v obmedzenom rozsahu, respektíve spravidla iba v bezprostrednej súvislosti s výkonom svojej spirituálnej moci, t. j. s dosahovaním náboženských (pre Cirkev potrebných/prospešných) cieľov. Pápež teda podľa Vitoriu nie je svetským vládcom celého sveta, a preto nemôže nekresťanom (Indiánom) ustanovovať (svetských) vládcov (španielskeho kráľa). Kresťania (Španieli) potom nemôžu viesť spravodlivú vojnu (*conquistu*) proti nekresťanom (Indiánom) a legitímne okupovať ich územia pod zámienkou, že nekresťania odmietajú uznať temporálnu moc pápeža nad ich územia, keďže takáto moc neexistuje.²²

Za *treť nelegitímny titul conquisty* Vitoria považoval tzv. *ius inventionis*, t. j. právo objaviteľa na to, čo objavil, respektíve prvotnú okupáciu, t. j. princíp *res nullius cedit occupanti*.

Vitoria sa o tomto titule domnieval, že je nelegitímny, lebo Indie, ako tvrdil, neboli *res (terra) nullius*, respektíve Indiáni boli, podľa Vitoriovho názoru, skutočnými (legitímnymi) *domini* svojich území a majetkov, preto Španieli nemohli nadobudnúť indiánske územia a majetky prvotnou okupáciou. Pozrime sa na jeho odmietnutie prvotnej okupácie podrobnejšie.

Aplikácia princípu prvotnej okupácie v priebehu *conquisty* bola možná, ak dobýjané americké územia boli *terra nullius*. Tvrdiť o Indiách, že sú *terra nullius*, sa však dobovo javilo ako problematické, keďže takmer celé ostrovné i kontinentálne Indie boli v čase príchodu Španielov osídlené a indiánske kultúry mali určité systémy vlády, ktorými účinne ovládali a spravovali svoje životné priestory a ktoré vo viacerých prípadoch (napr. u Aztékov, Mayov a Inkov) mali charakter skutočnej štátnej moci. Preto sa ukázalo potrebné preskúmať, či Indiáni sú alebo nie sú *domini* území, na ktorých žili. Výsledok, ku ktorému sa pri tom dospelo, nebol jednoznačný – objavili sa názory, ktoré existenciu *dominia* Indiánov k ich územia obhajovali, ale aj také, ktoré ju popierali.

²¹ CASTAÑEDA DELGADO, P. *La teocracia pontifical en las controversias sobre el Nuevo Mundo*, s. 16.

²² VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 42–47.

Tézu, že Indie sú *terra nullius*, vo všeobecnosti podporovala spomenutá teória pontifikálnej teokracie: ak má pápež najvyššiu duchovnú i svetskú moc nad svetom, má aj najvyššiu všeobecnú moc nad územiami nekresťanov (ktorí preto majú svoje územia iba v držbe) a môže tak nimi disponovať v prospech kresťanských vládcov,²³ t. j. v našom prípade v prospech španielskych kráľov.

Neexistenciu *dominia* Indiánov k územiám, na ktorých žili, bolo ďalej možné založiť na názoroch viacerých stredovekých teológov, najmä Aegidia Romana, Alonsu de Cartagena a kardinála Hostiensia, na právny status nekresťanov. Spoločným menovateľom týchto názorov bolo presvedčenie, že neveriaci (t. j. v našom prípade Indiáni) nemali, respektíve stratili *dominium* k územiám, na ktorých žili, a to kvôli ťažkým (smrteľným) hriechom, ktoré dlhodobo a vo veľkom rozsahu páchali. V stredovekom kánonickom práve totiž existoval názor, neskôr odmietnutý Kostnickým koncilom (5. 11. 1414 – 22. 4. 1418), že *nullus est dominus civilis, quam est in peccato mortali* (= nikto nie je vlastníkom podľa práva, ak je v stave smrteľného hriechu) –, pričom tieto hriechy sa cháпали ako závažné porušenia všeludského, t. j. „rozumných“ a „civilizovaných“ ľudí celého sveta zaväzujúceho, prirodzeného práva.²⁴

Naproti tomu Vitoria po preskúmaní otázky, či Indiáni sú/nie sú *domini* svojich území dospel k jednoznačnému záveru, že „...pred príchodom Španielov [Indiáni] boli skutočnými pánmi vo verejnoprávnom i súkromnoprávnom zmysle“,²⁵ t. j. boli skutočnými vládcami svojich území a vlastníkami svojich majetkov.

Vitoria svoj záver založil na spochybnení a odmietnutí tvrdení, ktoré, ak by sa ukázali ako opodstatnené, mohli by v dobovom chápaní dokazovať, že Indiáni nie sú *domini*. Konkrétne išlo o tri tvrdenia, a to – že „barbari“ (t. j. Indiáni) sú 1) hriešnici, 2) neverci a 3) šialenci (blázni) alebo idioti²⁶ (t. j. duševne chorí alebo mentálne zaostalí).

Vitoria najskôr odmietol tézu, že osoby nachádzajúce sa v stave smrteľného hriechu nemôžu byť subjektmi *dominia*, keďže biblická tradícia i cirkevná história poznajú mnoho veľmi hriešnych až vyslovene zlých ľudí, ktorým však Boh dal, respektíve neodňal vládcovské posty, majetky či právomoc platne uskutočňovať náboženské úkony a pod.²⁷

Tézu, že neverectvo zbavuje *dominia*, Vitoria odmietol²⁸ o. i. odkázaním na sv. Tomáša Akvinského, ktorý tvrdil, že *dominium* môže byť inštitúciou prirodzeného (= všeludského), ako aj ľudského pozitívneho práva (v tej ktorej krajine), pričom samotné neverectvo ani jedno z týchto práv, nezakladajúcich sa na kresťanskej viere, ale na ľudskom rozume, nederoguje.²⁹

Konečne, Indiáni podľa Vitoriu nie sú tzv. *insensati*, t. j. iracionálne bytosti, ktorým nepatrí *dominium* (respektíve ktorých možno legitímne zbaviť *domina*), a nie sú ani šialencami alebo idiotmi, hoci ak by aj šialencami alebo idiotmi boli, nebolo by ich preto

²³ DÍAZ REMENTERÍA, C. La constitución de la sociedad política. In: I. Sánchez Bella – A. de la Hera – C. Díaz Rementería. *Historia del derecho indiano*. Madrid: MAPFRE, 1992, s. 168–169.

²⁴ GREWE, W. G. *The epochs of international law*. Berlin – New York: De Gruyter, 2000, s. 53.

²⁵ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 36.

²⁶ Ibidem, s. 28.

²⁷ Ibidem, s. 28–30.

²⁸ Ibidem, s. 30–33.

²⁹ Porovnaj *Sancti Thomae Aquinatis Summa Theologiae*, II–II, q. 10, a. 10co. [2016-01-31]. Dostupné z: <<http://summa.op.cz/sth.php?&A=10>>.

možné zbaviť *dominia* (iba obmedziť v dispozícii s jeho predmetom). Vitoria ďalej poukazuje na to, že spôsob života Indiánov sa vyznačuje istou „civilizovanosťou“, racionálnym poriadkom (*ordo*) a organizovanosťou, že Indiáni nežijú ako zvieratá v prírode, ale v sídlach a mestách, ktoré si plánovite budujú, že Indiáni majú svojich vládcov a komplexné politické systémy, rozvinuté právne poriadky a pod., čo podľa neho dostatočne dokladá, že Indiáni sú „rozumnými ľuďmi“, a tak aj destinatármi *dominia* a iných prirodzených práv patriacich všetkým „rozumným ľuďom“ sveta (kresťanom aj nekresťanom). Na druhej strane, Vitoria pripúšťal, že racionalita Indiánov nie je úplná.³⁰

Štvrtým nelegitímnym titulom conquisty je podľa Vitoriu *odmietanie kresťanskej viery (resp. konkrétne rímskeho katolicizmu) neveriacimi (Indiánmi), a to aj po tom, ako boli o tejto viere poučení a vyzvaní, aby ju prijali*.³¹

Podľa Vitoriu Indiáni boli ľudia, ktorí nepoznali Krista, no ani ho objektívne nemohli spoznať (kým ich s ním neoboznámili kolonizátori), preto tým, že neverili v Krista, nepáchali hriech pohanstva. Vitoria tiež tvrdil, že Indiáni neboli povinní uveriť v Krista hneď po tom, ako sa im o ňom po prvýkrát kázalo, o to viac, ak kázanie nebolo dostatočne zrozumiteľné a presvedčivé, neuvádzalo dôkazy o pravdivosti (pravosti) katolíckej viery a pod. Avšak aj v prípade, že sa Indiánom kresťanstvo hlásalo riadne (čo sa však v Indiách, ako právom konštatuje Vitoria, dialo len v obmedzenom rozsahu), a oni ho napriek tomu neprijali, čím sa dostali do stavu smrteľného hriechu, nebolo to podľa Vitoriovoho názoru dostatočným dôvodom na vedenie vojny proti nim a na zhabanie ich majetkov, pretože viera sa má prijímať úplne dobrovoľne a úprimne.³²

Piaty nelegitímny titul conquisty videl Vitoria v názore, že *kresťania (Španieli) by mali Indiánov použitím vojenskej sily potrestať za ich veľmi hriešny spôsob života, odporujúci prirodzenému právu, a napraviť ich (zabrániť im v ďalšom páchaní ťažkých hriechov)*. Vitoria tento titul odmietol s tvrdením, že kresťanskí vládcovia nemôžu, a to ani na základe poverenia pápežom, Indiánov násilne odvracať od páchania hriechov proti prirodzenému právu, ani ich za ne trestať. Súdiť a trestať nekresťanov za ich hriechy proti prirodzenému právu pritom podľa Vitoriu nemôže ani samotný pápež.³³ (Takú právomoc má vlastne iba Boh, lebo nekresťania nehrešia proti pápežovi alebo kresťanským vládcom, ale „iba“ proti Bohu.)

Šiestym nelegitímnym titulom conquisty je podľa Vitoriu *dobrovoľné podriadenie sa Indiánov španielskej moci*.³⁴

Jedným zo spôsobov, ktorým Kastílska (Španielska) Koruna mohla nadobudnúť (nové) územie, bolo podľa kastílskeho zákonníka *Las Siete Partidas* dobrovoľné podriadenie sa obyvateľov cudzieho územia vláde kastílskeho (španielskeho) kráľa.³⁵

Vitoria hovorí, že tento titul je v prípade *conquisty* Nového sveta nepoužiteľný, keďže v Novom svete neboli vytvorené faktické podmienky na slobodné (dobrovoľné) rozhod-

³⁰ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 33–36.

³¹ *Ibidem*, s. 48.

³² *Ibidem*, s. 48–54.

³³ *Ibidem*, s. 54–57.

³⁴ *Ibidem*, s. 57.

³⁵ *Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio*, cotejadas con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo II. Partida Segunda y Tercera. Partida Segunda, título I, ley IX, s. 10. Madrid: Imprenta Real, 1807. [2015-04-30]. Dostupné z: <<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T2.pdf>>.

nutie Indiánov prijať španielsku vládu; hoci niektoré indiánske spoločenstvá, respektíve ich vládcovia sa podriadili vláde španielskeho kráľa, nešlo podľa Vitoriu o ich skutočne slobodné rozhodnutie, ale skôr o výsledok nevedomosti Indiánov (Indiáni dostatočne nerozumeli požiadavke Španielov, aby sa podriadili vláde španielskeho kráľa a dôsledkom tohto podriadenia) a tiež strachu, ktorý Indiáni mali z hrozieb a nátlaku Španielov. Nie je bez zaujímavosti, že Vitoria odmietol titul, ktorým sa práve zaoberáme, aj argumentom, v ktorom sa sprítomňuje určitá teória suverenity ľudu – Vitoria uvádza, že Indiáni si nemôžu bez adekvátneho dôvodu (ktorý sa v čase *conquisty* nevyskytol) vybrať nového vládcu, keďže majú vlastných legitímnych vládcov, takže ak by si odrazu ako vládcu dobrovoľne vybrali španielskeho kráľa, zásadne by sa previnili voči svojim vládcom; na druhej strane, ak by o podriadení samostatne rozhodli indiánski vládcovia, previnili by sa voči svojmu ľudu, ktorý by s podriadením mal vopred prejavíť súhlas.³⁶

K Vitoriovmu tvrdeniu, že v priebehu *conquisty* neexistovali podmienky umožňujúce Indiánom, respektíve ich vládcom dobrovoľne si zvoliť španielsku vládu, a že ak si ju aj niektoré indiánske spoločenstvá, respektíve ich vládcovia zvolili, nespravili tak skutočne dobrovoľne a so znalosťou veci, mexický internacionalista A. Gómez Robledo trefne poznamenal, že Vitoria ním akoby anticipoval okolnosti vylučujúce platnosť medzinárodných zmlúv, konkrétne omyl, podvod, hrozbu silou a použitie sily, ktoré boli oddávna známe civilnému právu, avšak riadnou súčasťou medzinárodného práva sa stali až v roku 1969 prijatím *Viedenského dohovoru o zmluvnom práve*.³⁷

Osobitnú poznámku si zasluhuje Vitoriova teória suverenity ľudu, ktorá bola určitým základom jeho uceleného chápania štátu (alebo, v dobovej terminológii, *republiky*), ktoré Vitoria predstavil o. i. vo svojej *relectio De potestate civili* (= O civilnej [tu rozumej svetskej/štátnej] moci; cca. 1528). Vitoriova teória suverenity ľudu, respektíve štátu nie je po obsahovej stránke originálna, respektíve nadväzuje na skoršie politicko-teoretické myslenie,³⁸ avšak aj napriek tomu ju, podľa môjho názoru, možno do istej miery považovať za inovatívnu, a to najmä vzhľadom na jej univerzálny charakter, t. j. možnosť aplikovať ju nielen v európskom, ale aj v indiánskom prostredí. Z Vitoriovej aplikácie nižšie načrtnutej teórie suverenity ľudu, respektíve podstaty štátu (aj) na indiánske prostredie, možno totiž odvodiť, že Vitoria pripisoval štátom Starého i Nového sveta rovnakú podstatu a ich obyvateľom a vládcom rovnaké základné práva a povinnosti, čím tiež (implicitne) poukázal na rovnosť týchto štátov v ich vzájomných vzťahoch.

Súhrnne možno konštatovať, že Vitoria v *De potestate civili* založil existenciu a riadne fungovanie (akéhokoľvek) štátu na akejsi spoločenskej zmluve, ktorú ľud uzavrel s orgánom (vládcom), prípadne s určitou sústavou vrcholných orgánov (ak formou vlády nie je monarchia), a to na účel zriadenia a výkonu určitej vládnej moci v štáte. Ľud bol pritom pre Vitoriu natrvalo zdrojom a nositeľom všetkej moci v štáte, preto spoločenská zmluva nespočívala podľa Vitoriu v tom, že by ľud odovzdal príslušnému vládnemu orgánu/orgánom moc ako takú, ale v tom, že ľud tomuto orgánu/týmto orgánom iba

³⁶ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 57.

³⁷ GÓMEZ ROBLEDO, A. Introducción. In: F. de Vitoria. *Relecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*, s. LXI. Pozri tiež Vyhlášku ministra zahraničných vecí zo 4. septembra 1987 č. 15/1988 Zb. o Viedenskom dohovore o zmluvnom práve, časť V, odd. 2.

³⁸ K tomu pozri napr. VALENZUELA-VERMEHREN, L. The Origin and Nature of the State in Francisco de Vitoria's Moral Philosophy. *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía*. 2013, Vol. 62, Núm. 151, s. 81–103.

zveril faktický každodenný výkon *svojej* moci (t. j. výkon štátnej správy).³⁹ Z toho vyplýva, že Vitoria, aj napriek tomu, že žil v období rozvíjajúceho sa absolutizmu, odmietol pre absolutistické monarchie charakteristický *princíp suverenity monarchu*, konkretizovaný v princípoch ako *princeps maior populo* (= vládca „je viac“ ako ľud, t. j. vládca je mocensky nadradený ľudu, čiže akoby „nad ním stojaci“, a tak aj od neho, t. j. na jeho vôli nezávislý) či *princeps legibus solutus* (= vládca je vyňatý spod pôsobnosti zákonov, vrátane tých, ktoré ako najvyšší zákonodarca sám vydal). Vitoriova spoločenská zmluva tak nie je zmluvou o podriadení sa ľudu zvrchovanej (výlučnej) moci vládcu. Na druhej strane, táto zmluva nie je ani zmluvou o mocenskom podriadení sa vládcu ľudu: vládca je síce ustanovovaný ľuďom a vykonáva jeho vôľu, čiže je reprezentantom ľudu, čo však neznamená, že by bol ľud mocensky nadradený vládcovi; ľud a vládca totiž u Vitoriu vystupujú ako dve na rovnakej úrovni stojace a takpovediac dopĺňajúce sa strany spoločenskej zmluvy, z ktorej pre obe strany vyplýva povinnosť vzájomne sa rešpektovať a spolupracovať pri správe štátu.⁴⁰ Vzhľadom na práve uvedené by Vitoria mohol dobrovoľné podriadenie sa určitého indiánskeho ľudu vláde španielskeho kráľa, t. j. cudzej vláde, považovať za legitímne iba vtedy, ak by išlo o skutočnú vôľu tohto ľudu, zhodnú s vôľou jeho vládcu, ibaže by určité vládcovo správanie dávalo ľudu právo nerešpektovať jeho vôľu a vládu (pozri ďalej).

Za *siedmy nelegitímny titul conquisty* Vitoria považoval tézu, že *Indie sú zvláštnym Božím darom*. Podľa tejto tézy mal Boh vydať Indiánov – kvôli ohavnostiam, ktoré páchali (napr. prinášanie ľudských obetí bohom, rituálny kanibalizmus, promiskuita, sodomia) – do rúk Španielov, rovnako ako kedysi vydal Kanaánčanov – z toho istého dôvodu – do rúk Izraelitov, dobýjajúcich a obsadzujúcich Kanaán po odchode z Egypta. Vitoria odmietol tento titul, pretože mal povahu proroctva, ktoré však v rozpore s biblickou tradíciou nebolo podporené nejakým Božím zázrakom.⁴¹

1.2 Legitímne tituly *conquisty*

V tretej časti prvej *relectio* spracoval Vitoria legitímne tituly *conquisty*, o ktorých J. Brown Scott súhrnne uvádza, že spočívali na myšlienke, že vzťahy medzi kresťanskými, ale aj kresťanskými a nekresťanskými krajinami, teda aj medzi Španielskom a indiánskymi krajinami, zahŕňajú určité vzájomné práva a povinnosti, pričom *conquista* mohla byť podľa Vitoriu legitímna len v prípadoch, v ktorých Indiáni tieto práva vo vzťahu k Španielom porušili alebo im ich upreli,⁴² respektíve v prípadoch, v ktorých Indiáni Španielom spôsobili určitú ujmu či škodu (*iniuria*) a odmietli ju napraviť či nahradiť, čo Vitoria vo svojej *De Indis relectio posterior, sive de iure belli hispanorum in barbaros* považoval za (jediný) legitímny dôvod vedenia spravodlivej vojny.⁴³ Vo Vitoriovom chápaní teda určité

³⁹ Bližšie pozri VITORIA, F. de. De la potestad civil. In: F. de Vitoria. *Relecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*. Segunda edición. México: Editorial Porrúa, 1985, s. 1 an.

⁴⁰ GÓMEZ ROBLEDO, A. Introducción. In: F. de Vitoria. *Relecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*, s. XXXVI–XLIV.

⁴¹ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 57–58.

⁴² BROWN SCOTT, J. *The Catholic Conception of International Law*, s. 16.

⁴³ VITORIA, F. de. De los indios o del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros. Relección segunda. In: F. de Vitoria. *Relecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*. Segunda edición. México: Editorial Porrúa, 1985, s. 81–82.

druhy protiprávneho správania sa Indiánov, vážne a nespravodlivo ohrozujúce alebo poškodzujúce Španielov, a súčasne nechota Indiánov zdržať sa pre budúcnosť týchto druhov správania sa a odčiniť ich už vzniknuté nepriaznivé následky, pre Španielov zakladali *ius ad bellum*, ktorého realizácia, t. j. *conquista* (vojenské akcie), mala potom charakter spravodlivej vojny (*bellum iustum*). Zostáva dodať, že spomenuté vzájomné práva a povinnosti Španielov a Indiánov, alebo, povedané širšie, všetkých národov sveta, tvorených „rozumnými“ a „civilizovanými“ ľuďmi, boli podstatou *ius gentium* a boli považované – v teoretickej rovine – za celosvetovo (alebo aspoň vo väčšej časti sveta) prirodzene dané a platné, keďže ich základom bolo teoreticky všeludské prirodzené právo.

Prvým legitímnym titulom conquisty bola podľa Vitoriu *prirodzená spolupatričnosť (partnerstvo, solidarita) všetkých ľudí a spoločnosť sveta a ich právo navzájom komunikovať (ius naturalis societatis et communicationis)*.⁴⁴

Vitoria pri tomto titule hovorí, že Španieli majú právo cestovať na i cez územia Indiánov, ako aj zotrvať na nich, čo im Indiáni nemôžu zakázať, pokiaľ im Španieli nejakým konkrétnym spôsobom neškodia. Vitoria videl základ tohto práva Španielov vo viacerých skutočnostiach, napr. vo všeludskom zákaze bez spravodlivého dôvodu zle zaobchádzať s cudzincami, pocestnými či hosťami, alebo v nutnosti uskutočňovať obchod medzi krajinami, keďže je prirodzené obstarávať si v zahraničí obchodom (výmenou) zdroje či výrobky nedostupné vo vlastnej krajine.

Ak by Indiáni odmietali prirodzenú komunikáciu so Španielmi, ktorá by mala povahu obchodu, poskytnutia pohostinstva, umožnenia tranzitu a pod. a nespôsobovala by Indiánom žiadne ujmy či škody, znamenalo by to podľa Vitoriu, že Indiáni Španielom svojvoľne odňali práva, ktoré im patria podľa *ius gentium*, proti čomu by sa Španieli mohli brániť silou (viesť spravodlivú vojnu), to však až po tom, ako by zlyhalo ich úsilie vyriešiť situáciu pokojnou cestou, t. j. presvedčaním Indiánov, aby Španielom priznali ich práva. Vitoria tiež zdôraznil, že vojna, ktorú by Španieli eventuálne viedli proti Indiánom, sa musí viesť spôsobom a v rozsahu primeranom závažnosti ujmy, ktorú Indiáni spôsobili Španielom.⁴⁵

Z hľadiska dejín medzinárodných vzťahov a dejín koncepcie medzinárodného práva si osobitnú pozornosť zasluhuje Vitoriovo vymedzenie a chápanie *ius gentium*,⁴⁶ ktoré pripája k titulu, ktorým sa práve zaoberáme. Skôr ako sa pozrieme na toto vymedzenie a chápanie, bude užitočné poznamenať, že vo Vitoriovej dobe, rovnako ako v skorších časoch, sa na *ius gentium* nazeralo ako na právo, ktoré existovalo, ale nemalo charakter samostatného, respektíve jasne ohraničeného právneho systému.⁴⁷ Pojem tohto práva, navyše, nebol systematickou reflexiou historickej reality medzinárodných vzťahov, ktoré boli vzťahmi nielen medzi celými národmi, respektíve štátmi, ale (keďže model štátu s vnútornou i vonkajšou suverenitou sa ešte nepresadil) aj medzi rôznymi vnútroštátnymi subjektmi (mestá, feudálne panstvá a i.), a ktoré sa ani neriadili jednotnými

⁴⁴ Ibidem, s. 60.

⁴⁵ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 60–65.

⁴⁶ K tomu bližšie pozri napr. COVELL, Ch. *The Law of Nations in Political Thought. A Critical Survey from Vitoria to Hegel*. Gordonsville: Palgrave MacMillan, 2009, s. 27 an.

⁴⁷ LESAFFER, R. *European Legal History. A cultural and political perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 317.

(univerzálnymi) právnymi pravidlami. Pojem *ius gentium* bol tak skôr len teoretickým konštruktom, vychádzajúcim o. i. z myslenia sv. Tomáša Akvinského. Sv. Tomáš *ius gentium* tematizoval ako určité závery (*conclusiones*) o tom, ako sa ľudia majú správať, ktoré ľudia odvodili z primárnych pravidiel prirodzeného práva a ktoré majú v podstate všeobecnú, t. j. všeludskú platnosť, respektíve nie sú charakteristické pre právo iba niektorého štátu. Povedané inak, Tomášovo *ius gentium* je ľuďmi uskutočnenou, racionálnou konkretizáciou primárnych prirodzeno-právných pravidiel vo vzťahu k správaniu sa ľudí v určitých všeludských, respektíve celosvetovo (napriec politickými, kultúrnymi, náboženskými či etnickými hranicami) sa vyskytujúcich situáciách spoločenského života. Z toho tiež vyplýva, že *ius gentium* je právom na pomedzí prirodzeného a ľudského práva, respektíve je súčasťou oboch týchto práv.⁴⁸ Na toto chápanie *ius gentium* nadviazal aj Vitoria.

Vitoria o *ius gentium* hovorí, že „...je prirodzeným právom alebo vychádza z prirodzeného práva...“,⁴⁹ čím *ius gentium* dáva do úzkej súvislosti s prirodzeným právom (*ius naturale*), ale v úplnom rozsahu ho s ním nestotožňuje. Prirodzené právo a *ius gentium* sa totiž obsahovo prelínali, ale dobovo formálne rozlišovali: kým za predmet prirodzeného práva bolo považované prirodzene (biologicky, ako aj psychologicky) dané, avšak ľudským rozumom usmernené správanie sa v najzákladnejších životných situáciách spoločných celému ľudstvu (napr. rodenie a výchova detí), za predmet *ius gentium* boli považované racionálne, a tak aj prirodzene správne vzorce správania sa v špecifických medziľudských reláciách (napr. majetku sa týkajúcich) a životných situáciách (napr. vo vojne).⁵⁰

Vitoria, rovnako ako iní teológovia-juristi, priznával prirodzenému právu centrálnu pozíciu medzi systémami práva. Ľudská podstata je univerzálna, a preto aj prirodzené právo je univerzálne (všeludské, celosvetové). Toto právo tak predstavuje bázu umožňujúcu regulovať vzťahy medzi ľuďmi, ktorí patria k odlišným svetovým kultúram, náboženstvám, politickým a právnym systémom a pod. Hoci prirodzené právo pôsobí globálne, teda aj mimo kresťanskej časti sveta, nie je podľa Vitoriu úplne sekularizované, a preto platí to, čo hlásali stredovekí teológovia – že ľudská prirodzenosť (podstata), ktorej jadrom je racionalita, je dielom kresťanského Boha, v dôsledku čoho iba kresťania, t. j. konkrétne Cirkev môže hlbšie a presnejšie spoznať obsah prirodzeného práva, respektíve autoritatívne sformulovať jeho normy.⁵¹

Vitoriovo vyššie citované vymedzenie *ius gentium* možno chápať tak, že Vitoria vlastne hovorí o dvoch *ius gentium* – prvé *ius gentium* je totožné s prirodzeným právom, druhé *ius gentium* je zase ľudským právom a vyjadruje *consensus maioris partis totius orbis*, t. j. je výsledkom zjednotenia sa (dohody) (väčšej časti) ľudstva na obsahu tohto práva, pričom platí, že ľudské *ius gentium* musí byť v súlade s prirodzeným *ius gentium*, respektíve s prirodzeným právom vôbec.⁵² Z toho tiež vyplýva, že *ius gentium* pôsobí rovnako

⁴⁸ Porovnaj *Sancti Thomae Aquinatis Summa Theologiae*, I–II, q. 95, a. 4co. [2016-01-31]. Dostupné z: <<http://summa.op.cz/sth.php?&A=10>>.

⁴⁹ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 60.

⁵⁰ SCATTOLLA, M. Models in the History of Natural Law. *Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*. 2001, Bd. XXVIII, s. 129–133.

⁵¹ LESAFFER, R. *European Legal History. A cultural and political perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 318.

⁵² LESAFFER, R. *European Legal History*, s. 318.

ako prirodzené právo na celom svete (alebo aspoň v jeho značnej časti obývanej „rozumnými“ a „civilizovanými“ ľuďmi), a teda zaväzuje ako kresťanov, tak aj príslušníkov rôznych nekresťanských kultúr. Preto Vitoria, ktorý Indiánov (s istými výhradami) považoval za „rozumných“ a „civilizovaných“ ľudí, mohol tvrdiť, že porušenie *ius gentium* Indiánmi Španielom poskytlo spravodlivý dôvod na vedenie vojny proti nim. Spolu s A. Pagdenom môžeme dodať, že Vitoria videl legitimitu vojenského zákroku vládcu jednej krajiny proti obyvateľom inej krajiny sveta, ktorí porušili *ius gentium*, v našom prípade legitimitu vojenského zákroku španielskeho kráľa proti Indiánom, v tom, že zakročujúci vládca nekoná vo svojom mene, ale v mene celého ľudstva dotknutého porušením *ius gentium*, ktoré vládcovi na účel tohto zákroku prepožičiava pozíciu nadštátnej autority s právomocou použiť vojenskú silu proti tým, čo porušili *ius gentium*.⁵³

Vitoriovo vymedzenie *ius gentium* ako celosvetovo, alebo aspoň v značnej časti sveta, pôsobiaceho práva súvisí aj s jeho významnou inováciou rímskej – Gaiovej definície *ius gentium*. Antický právnik Gaius vymedzil *ius gentium* takto: „Všetky národy, ktoré sa spravujú zákonom a obyčajou, žijú sčasti podľa svojho vlastného práva, sčasti podľa práva spoločného všetkým ľuďom. Lebo čo si každý národ pre seba ako právo ustanovil, to je jeho vlastné právo a nazýva sa *ius civile* (civilné/občianske právo)... čo prirodzený rozum ustanovil pre vzťahy medzi všetkými ľuďmi (pre všetkých ľudí), na to všetci [všetci ľudia, respektíve všetky národy] rovnako dbajú, a to sa nazýva *ius gentium* (právom medzi národmi).“⁵⁴ Vitoria Gaiovu definíciu *ius gentium* zmenil tak, že formuláciu „to, čo prirodzený rozum stanovil pre vzťahy medzi všetkými ľuďmi (... *inter omnes homines*)“ nahradil formuláciou „to, čo prirodzený rozum stanovil pre vzťahy medzi všetkými národmi (... *inter omnes gentes*)“.⁵⁵ Ako vidieť, Vitoria chápal *ius gentium* ako právo regulujúce vzťahy medzi celými národmi (respektíve štátmi), čím sa priblížil k základnému chápaniu moderného medzinárodného práva. Na druhej strane sa možno domnievať, že Vitoriov dôraz na nevyhnutnosť (obsahového) súladu medzi prirodzeným právom a ľudským *ius gentium*, t. j. *ius inter gentes*, neodkazuje priamo, alebo neodkazuje len, na prax uzatvárania medzinárodných zmlúv ako na reálny spôsob vzniku *ius inter gentes*, o to viac, že ten takýto súlad zaručovať nemusel, ale skôr na akúsi *hypotetickú* dohodu ľudí/národov sveta o obsahu *ius inter gentes*, ktorá by sa dala prirovnať k predstavám o (hypotetickom) uzavretí akejsi spoločenskej zmluvy. Táto dohoda by nebola skutočnosťou, ktorá by obsah *ius inter gentes* konštituovala (tak ako medzinárodná zmluva), keďže ten je odvodený z objektívne existujúceho prirodzeného práva, ale vyjadrením vzájomného súhlasu ľudí/národov sveta s už existujúcim (s už predtým ľuďmi/národmi sveta z prirodzeného práva odvodeným) obsahom *ius inter gentes*, čo by korešpondovalo aj s Vitoriovou požiadavkou všeobecného súhlasu („rozumných“) ľudí s normami prirodzeného

⁵³ PAGDEN, A. Human Rights, Natural Rights, and Europe's Imperial Legacy. *Political Theory*. 2003, Vol. 31, No. 2, s. 174–175.

⁵⁴ „*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile... quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*“ Gai. D 1, 1, 9. Cit. podľa *Iustiniani Digesta*. [2015-05-31]. Dostupné z: <<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-01.htm#1>>.

⁵⁵ VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 60.

práva ako dôkazom ich objektívnej existencie.⁵⁶ Pritom prirodzené právo, respektíve jeho racionálne (ľuďmi uskutočnené) konkretizácie, teda aj *ius gentium*, respektíve *ius inter gentes*, vo Vitoriovom chápaní nie sú úplne nemenné, t. j. pravidlá prirodzeného práva (a tak aj ich deriváty) je možné do určitej miery meniť, dopĺňať, ba aj uberať,⁵⁷ preto sa obsah *ius inter gentes* môže časom vyvíjať, respektíve rozširovať, v súvislosti s čím sa (v pomyselnej rovine) opakovane obnovuje vzájomný súhlas ľudí/národov sveta s rozvíjajúcim sa obsahom *ius inter gentes*.

V pomyselnej rovine teda ľudia/národy sveta vyjadrujú svoj vzájomný súhlas s obsahom *ius inter gentes*, ako aj s jeho postupnými zmenami, k čomu pristupuje dôležitý moment – vzájomným súhlasom, t. j. dohodou sa podľa prirodzeno-právneho princípu *pacta sunt servanda* stáva obsah dohody, t. j. *ius inter gentes* pre ľudí/národy záväzným. V tejto súvislosti je vhodné citovať Vitoriov ďalší pohľad na *ius gentium*: „...*ius gentium má nielen silu [záväznosť] vyplývajúcu z dohody a dohovoru ľudí, ale aj silu skutočného zákona. Totiž svet ako celok (totus orbis), ktorý je istým spôsobom jedinou republikou [spoločenstvom všetkých ľudí/štátov sveta, medzinárodným spoločenstvom], má právomoc vydávať spravodlivé a pre všetkých vhodné (potrebné, užitočné) zákony, ktorými sú zákony ius gentium. Z toho vyplýva, že tí, čo porušujú zákony ius gentium, či už mierové alebo vojnové, páchajú, ak ide o závažné porušenia, povedzme nedotknuteľnosti vyslancov, smrteľný hriech. A žiadny národ [štát] nemôže tvrdiť, že sa naň ius gentium nevzťahuje, lebo toto právo je ustanovené autoritou celého sveta.*“⁵⁸ Na základe uvedeného možno konštatovať, že Vitoria nielen priblížil *ius gentium* ku koncepcii moderného medzinárodného práva, ale mu aj prepožičal kogentný charakter. K modernému medzinárodnému právu sa Vitoria priblížil aj: dvojakosťou subjektov svojho *ius inter gentes*, ktorými boli nielen národy (respektíve štáty), ale aj jednotlivci;⁵⁹ tým, že medzi národmi i medzi jednotlivcami (čiže aj medzi Španielskom a indiánskymi krajinami, respektíve medzi Španielmi a Indiánmi) panovala v jeho chápaní právna rovnosť;⁶⁰ svojou koncepciou medzinárodného spoločenstva (*totus orbis*), ktoré nebolo stoickou *civitas maxima* (amorfným kozmopolitizmom, abstraktným celosvetovým štátom), ale realistickejšou formou koexistencie samostatných a samosprávnych národov (štátov) sveta, európskych, ako aj mimo-európskych, respektíve nekresťanských (čiže aj indiánskych), záväzne sa spravujúcich v ich vzájomných vzťahoch osobitným, nimi (v súlade s prirodzeným právom) rozvíjaným a globálne pôsobiacim právom.⁶¹ Zostáva dodať, že ak je Vitoriovo *ius gentium*, respektíve *ius inter gentes*, tvorené rozvíjaním a dopĺňaním prirodzeného práva rovnoprávnymi subjektmi medzinárodného spoločenstva, ide o medzinárodnoprávny poriadok pochádzajúci „zdola“, od ľudí, ktorí sú (podľa Vitoriu) zdrojom moci, vrátane moci tvoríť právo,

⁵⁶ ŠEJVL, M. Koncepcie prirodzeného práva u Francisca de Vitoria. In: J. Černá a kol. *Španělsko a Nový svět v době vlády Habsburků*. Plzeň: Západočeská univerzita v Plzni – Epoque, 2011, s. 51–52.

⁵⁷ ŠEJVL, M. Koncepcie prirodzeného práva u Francisca de Vitoria, s. 52–54.

⁵⁸ VITORIA, F. de. De la potestad civil. In: F. de Vitoria. *Relecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*. Segunda edición. México: Editorial Porrúa, 1985, s. 19.

⁵⁹ GÓMEZ ROBLEDO, A. *Fundadores del derecho internacional*. Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, s. 15.

⁶⁰ GÓMEZ ROBLEDO, A. *Fundadores del derecho internacional*. Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio, s. 16.

⁶¹ GÓMEZ ROBLEDO, A. Introducción. In: F. de Vitoria. *Relecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*, s. XLIV–XLVIII. Bližšie pozri napr. WAGNER, A. Francisco de Vitoria and Alberico Gentili on the Legal Character of the Global Commonwealth. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2011, Vol. 31, issue 3, s. 565–582.

ktorú prostredníctvom svojich reprezentantov – vládcov vykonávajú nielen vo vnútri svojich štátoch, ale aj na medzinárodnej úrovni. Vitoriov medzinárodnoprávny poriadok teda nie je poriadkom oktrojovaným „zhora“ nadštátnou autoritou, či už cisárom, alebo pápežom, obsahovo totožným s vôľou iba tejto autority.

Druhým legitímnym titulom conquisty je podľa Vitoriu *šírenie kresťanskej (katolíckej) viery v nekresťanských (indiánskych) krajinách*.⁶²

Šírenie kresťanstva v nekresťanských krajinách sa od čias apoštolov chápalo ako mimoriadne významné poslanie kresťanov. Na území Indii toto poslanie malo plniť výlučne Španielsko, a to na základe výslovného poverenia pápežom, ktorý, ako tvrdil Vitoria, mal právomoc zveriť takúto úlohu Španielsku, keďže pápež v súvislosti s realizáciou duchovných cieľov disponuje svetskou mocou. Viest' vojnu proti Indiánom a okupovať ich územia by však podľa Vitoriu bolo dovolené, len ak by Indiáni bránili slobodnému hlásaniu Evanjelia na ich územiach; ak by tomu nebránili, nebolo by dovolené viesť proti nim vojnu a okupovať ich územia, a to bez ohľadu na to, či by kresťanskú vieru (postupne) prijali, alebo nie.⁶³

Za tretí legitímny titul conquisty Vitoria považoval *ochranu Indiánov, ktorí už konvertovali na kresťanstvo*. Vitoria pri tomto titule hovorí, že ak by v nejakej indiánskej spoločnosti časť jej príslušníkov prijala kresťanstvo, avšak elity tejto spoločnosti usilovali by sa vrátiť ich k ich pôvodnej viere zavražďovaním či násilím, mohli by si Španieli podrobiť túto spoločnosť spravodlivou vojnou, ktorá by sa v tomto prípade chápala ako pomoc súvercom (kresťanom).⁶⁴

Štvrtým legitímnym titulom conquisty je podľa Vitoriu *právo ustanoviť konvertitom kresťanského vládcu*. Vitoria pri tomto titule uvádza, že ak určitá väčšia časť Indiánov prijme a riadne vyznáva kresťanstvo, pápež im môže ustanoviť nových – kresťanských vládcov, a to osobitne vtedy, ak ich pôvodní pohanskí vládcovia odmietajú kresťanstvo, potláčajú ho u svojich poddaných a pod.⁶⁵

Piatym legitímnym titulom conquisty sú podľa Vitoriu *smrť alebo závažné ujmy spôsobené nevinným ľuďom tyranským správaním sa indiánskych vládcov či aplikáciou nehumánnych indiánskych zákonov*. Vitoria videl v určitých prvkoch spôsobu života Indiánov, napr. v ľudských obetiach ako súčasť kultu a v kultovej antropofágii, tyranské a nehumánne zaobchádzanie s nevinnými ľuďmi, ktoré je potrebné potrestať. Tvrdil preto, že Španieli mohli aj bez schválenia pápežom zakázať ľudské obete, keďže mali právo brániť nevinných pred nespravodlivou smrťou, ako aj iné (z ich pohľadu) zlé obyčaje Indiánov, a to bez ohľadu na to, či Indiáni chceli/nechceli poslúchať svojich tyranských vládcov alebo boli/neboli uzrovaní so svojimi nehumánnymi zákonmi. Na účel odstránenia zlých prvkov indiánskeho spôsobu života, respektíve účinnej ochrany nevinných Indiánov, mohli Španieli viesť proti Indiánom spravodlivú vojnu, zosadiť ich vládcov, okupovať ich územia a pod.⁶⁶

Šiestym legitímnym titulom conquisty by podľa Vitoriu mohlo byť *skutočne slobodné (dobrovoľné) rozhodnutie Indiánov mať španielsku vládu*. Vitoria pri tomto titule tvrdil,

⁶² VITORIA, F. de. *De los indios recientemente descubiertos. Relección primera*, s. 65.

⁶³ *Ibidem*, s. 65–68.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 68.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 68–69.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 69.

že každý ľud má právo slobodne si ustanoviť svojho vládcu, takže aj Indiáni (indiánske elity spolu s radovými Indiánmi) sa môžu slobodne rozhodnúť, že sa podriadia vláde španielskeho kráľa (také rozhodnutie Indiánov by podľa Vitoriu mohli motivovať výhody ako humánne zaobchádzanie či efektívny výkon správy, ktoré by im údajne priniesla španielska vláda). Rozhodnutie Indiánov podriaďiť sa španielskej vláde by podľa Vitoriu bolo platné, ak by s ním súhlasila väčšia časť Indiánov, t. j. nemuseli s ním súhlasiť všetci Indiáni.⁶⁷

Za siedmy legitímny titul conquisty Vitoria považoval právo Španielov vojensky pomôcť ich indiánskym spojencom na ich žiadosť, ak spojenci viedli spravodlivú vojnu proti iným Indiánom.⁶⁸

Konečne, ôsmym (posledným) legitímnym titulom *conquisty* bolo podľa Vitoriu právo „civilizovaných“ ľudí (Španielov) kolonizovať územia obývané „zaostalými“ spoločnosťami (Indiánmi) a prevziať starostlivosť o ich príslušníkov.⁶⁹

V súvislosti s ôsmym titulom je potrebné zdôrazniť, že Vitoria považoval jeho legitimitu za diskutabilnú, hoci pripúšťal, že mentálna a kultúrna úroveň Indiánov je nižšia ako Španielov a že španielska vláda by mohla byť pre Indiánov prospešná, t. j. Španieli by si mohli legitímne podriaďiť Indiánov s cieľom všeobecne zlepšiť ich život, priviesť ich ku kresťanstvu a tak aj k spásu a pod. V tomto prípade by podľa Vitoriu *conquista* bola aktom milosrdnej lásky (*caritas*), užitočnou pomocou „barbarom“, Vitoriom považovaných za blížnych kresťanov.⁷⁰

Možnosť podriaďiť si Indiánov na uvedené účely súvisí s Vitoriovým chápaním Indiánov ako „detí“, ktoré sa objavuje v prednáškach, ktoré v rokoch 1533 až 1534 predniesol v Salamanke. Vitoria v nich uvádza, že Indiáni žili pred *conquistou* viac-menej organizovane (politicky) a civilizovane, ako aj v pomernom súlade s prirodzeným právom, ktorého normy odhalili svojim rozumom, nemohli však dosiahnuť (posmrtnú) spásu (t. j. to, na čo ich Boh stvoril, najhlbší zmysel svojej existencie), pretože na dosiahnutie spásy je nutná kresťanská viera, a tú Indiáni nemôžu získať sami, ale k nej musia byť privedení tými, čo si ju už osvojili, čiže v našom prípade španielskymi kolonizátormi. Indiáni sa potom podobajú deťom, ktorí od svojich kresťanských rodičov dostávajú kresťanskú výchovu, pričom tak ako kresťanské deti zostávajú až do završenia svojej výchovy v moci a starostlivosti svojich rodičov, respektíve otcov (*patria potestas*), tak by aj Indiáni mali až do završenia svojej konverzie na katolicizmus zostať v moci a starostlivosti kolonizátorov, respektíve konkrétne Španielskej Koruny, ktorá by vo vzťahu k nim boli ich akýmsi verejným poručníkom, respektíve opatrovníkom.⁷¹

Vitoriov posledný legitímny titul *conquisty* evidentne korešponduje s jednou zo stratégií, ktorými Koruna v priebehu 16. storočia legitimizovala svoje panstvo v Indiách. Touto stratégiou bolo vykresľovanie Indiánov ako fyzicky, mentálne a kultúrne nedostatočne rozvinutých ľudí, ktorí sú po hmotnej, ako aj duchovnej stránke odkázaní na intenzívnu starostlivosť, pomoc a ochranu Koruny. Postoj Koruny k Indiánom mal preto

⁶⁷ Ibidem, s. 69–70.

⁶⁸ Ibidem, s. 70.

⁶⁹ Ibidem, s. 70.

⁷⁰ Ibidem, s. 70–71.

⁷¹ ŠEJVL, M. Koncepcie prirodzeného práva u Francisca de Vitoria, s. 53.

paternalistický charakter, čoho príčinou boli nielen poslanie Koruny christianizovať a „scivilizovať“ Indiánov, ktorého riadnym plnením bola (aspoň teoreticky) podmienená legitimita jej vlády nad Indiami, a snaha Koruny získať nad Indiánmi efektívnu priamu kontrolu, o ktorú musela zápasiť s kolonistami i Cirkvou, ale aj dobové teoretické nazerania na Indiánov, vrátane spomenutého Vitoriovho prirovnania Indiánov k deťom. Tieto nazerania totiž Indiánov zväčša prezentovali ako „nedokonalých“ ľudí, ktorí sa „rovnocennými“ a rovnoprávnymi so španielskymi kolonizátormi môžu stať až potom, ako si osvoja ich hodnoty, normy, náboženstvo a životný štýl, kolonizátormi automaticky považované za zásadne „lepšie“ a správnejšie ako ich indiánske náprotivky, čo sa z pohľadu Koruny mohlo Indiánom podariť iba vtedy, ak budú pod jej určitou správou, a tak aj pod jej určitou mocou. Tomu zodpovedal aj špecifický právny status Indiánov, postupne presadený Korunou, ktorý Indiánom prepožičiaval pozíciu viac-menej slobodných poddaných Koruny, ktorí však boli – ako osoby na to *údajne* odkázané – pod jej určitým poručníctvom, respektíve opatrovníctvom, v dôsledku čoho boli Indiáni na jednej strane relatívne nesvojprávnymi, avšak na druhej strane osobitne chránení (pozitívne diskriminovaní) celým radom hmotnoprávných, ako aj procesných privilegií.⁷²

2. DISKUSIA

Ako som spomenul v Úvode a ako sme mali možnosť vidieť v predchádzajúcom výklade, vo Vitoriovom vymedzení a rozbere nelegitímnych a legitímnych titulov *conquisty* sú prítomné určité vnútorné rozpory, ktoré možno zhrnúť takto:

- Vitoria odmieta materiálnu intervenciu Španielov v Indiách, t. j. rozšírenie suverenity pápeža alebo cisára (= španielskeho kráľa) na Indie, ktoré nepovažuje za *terra nullius*, respektíve odmieta použitie španielskej vojenskej sily na okupáciu Indii, avšak iba za určitých okolností (prvý, druhý a tretí nelegitímny titul), a súčasne takúto intervenciu za iných okolností pripúšťa (druhý, tretí, štvrtý a siedmy legitímny titul).
- Vitoria odmieta kultúrnu intervenciu Španielov v Indiách, t. j. zasahovanie do spôsobu života, kultu, správy a pod. Indiánov, avšak iba za určitých okolností (štvrtý, piaty, šiesty a siedmy nelegitímny titul), a súčasne takúto intervenciu za iných okolností pripúšťa (piaty, šiesty a ôsmy legitímny titul).

Je možné tieto rozpory vysvetliť? A.-E. Pérez Luño sa domnieva, že áno. Tvrdí, že Vitoria v skutočnosti vymedzil iba jeden legitímny titul *conquisty*, a to – porušenie *ius communicationis* Indiánmi (= prvý legitímny titul *conquisty*), pričom ostatné legitímne tituly sú len kazuistickými konkretizáciami (variantmi) tohto všeobecného titulu. Povedané inak, Vitoria podľa Péreza Luña pripúšťal legitimitu *conquisty* iba v prípadoch, v ktorých Indiáni (z Vitoriovho pohľadu) svojvoľne (bezdôvodne) a závažne bránili prirodzenej slobodnej nenásilnej komunikácii medzi nimi a Španielmi. Pritom Vitoria pod komunikáciou rozumel nielen pre komunikujúcich obojstranne výhodné obchodovanie či

⁷² Bližšie pozri napr.: CUNILL, C. El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI. *Cuadernos Intercambio*. 2011, Vol. 8, núm. 9, s. 229–248. DOUGNAC RODRÍGUEZ, A. *Manual de historia del derecho indiano*, s. 228–229. LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN, P. J. Condición jurídica del indígena americano en Hispanoamérica durante los siglos XVI y XVII. *Fuego y Raya*. 2012, No. 4, s. 123–149.

výmene znalostí a pod., ale aj povinnosť komunikujúcich strán vzájomne si pomáhať (odtiaľ právo Španielov vojensky zakročiť na účel ochrany nevinných Indiánov určených na obetovanie bohom či zosadenia indiánskych pohanských vládcov brániacich ich už konvertovaným poddaným vyznávať ich nové – kresťanské náboženstvo a pod.). Pérez Luño v tejto povinnosti dokonca vidí predobraz recentného názoru, že ľudské práva a ich ochrana, respektíve porušovanie nie sú výlučne vnútornou záležitosťou štátov, ale aj záležitosťou (respektíve zodpovednosťou) medzinárodného spoločenstva (ľudstva ako celku), ktoré má právo diplomaticky, ale prípadne aj vojensky zakročiť proti štátu výrazne porušujúcemu ľudské práva svojich občanov. Vitoriovým konceptom *ius communicationis* by napokon v jeho optike bolo možné ospravedlniť aj španielsku intervenciu uskutočnenú na účel (nenásilného) „kultúrneho pozdvihnutia“ Indiánov. Táto intervencia by sa totiž dala chápať ako normálna forma komunikácie medzi „vyspelejšou“ – španielskou civilizáciou a „zaostalejšími“ – indiánskymi kultúrami, ktorú Indiáni ako súčasť spoločenstva prirodzene komunikujúcich spoločností sveta by nemali odmietajúť, o to viac, že by im (z Vitoriovoho pohľadu) mohla nesporne priniesť hmotný i nehmotný prospech.⁷³

Vitoria svoj koncept *ius communicationis* založil na nasledujúcich predpokladoch: a) prirodzené právo a *ius gentium* dovoľujú všetko, čo nie je zakázané; b) existuje princíp reciprocity, podľa ktorého sa vyžaduje nebrániť iným v tom, v čom nechceme, aby iní bránili nám; c) pokojná a slobodná komunikácia medzi členmi svetového spoločenstva je nevyhnutná pre jeho existenciu, preto každý pokus narušiť alebo zakázať komunikáciu je ilegálny; d) existuje právo, či dokonca povinnosť, šíriť (nie však násilím!) vlastnú kultúru, čo predovšetkým platí o šírení katolicizmu ako z Vitoriovoho hľadiska jediného pravého/pravdivého náboženstva. Na druhej strane, Vitoria pripustil, že pôsobenie *ius communicationis* podlieha, respektíve musí podliehať určitým obmedzeniam: a) komunikácia sa nemôže realizovať spôsobom, ktorým by niekomu nespravodlivo vznikla ujma; b) súčasťou komunikácie nesmie byť neprimerané zasahovanie do záležitostí druhých; c) komunikácia má mať mierový charakter, t. j. nemôže ísť o vojenskú akciu, okrem prípadu, ak by vojenská akcia jednej strany bola dôsledkom predchádzajúceho násilného narušenia mierovej komunikácie druhou stranou.⁷⁴

Vitoriov koncept *ius communicationis* možno ďalej považovať za *condicio sine qua non* realizácie *ius gentium*, respektíve *ius inter gentes* – bez možnosti komunikovať nemôžu vzniknúť (právne) vzťahy medzi národmi/štátmi sveta či medzi jednotlivcami z rôznych krajín, a tak sa ani nemôžu uplatniť práva a povinnosti vyplývajúce z *ius gentium*, respektíve z *ius inter gentes* ako akéhosi *celosvetového práva*, zaväzujúceho všetky subjekty medzinárodného spoločenstva. (Ak bola pre Vitoriu možnosť komunikácie zásadným predpokladom rozvoja a pôsobenia práva v spoločnosti, možno, mimochodom, skonštatovať, že Vitoria v druhej štvrtine 16. storočia nevdopak odhalil, hoci len na triviálnej úrovni, fundamentálny význam komunikácie pre existenciu a fungovanie akejkoľvek spoločnosti a práva, ktorý v roku 1981 komplexne vysvetlil J. Habermas vo svojej *teórii komunikatívneho konania*.)

⁷³ PÉREZ LUÑO, A.-E. *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1992, s. 89–91.

⁷⁴ PÉREZ LUÑO, A.-E. *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, s. 91.

Na prvý pohľad sa môže zdať, že Vitoriov koncept realizácie univerzálnych práv, vyplývajúcich z globálneho *ius gentium* prostredníctvom interkultúrnej komunikácie, a ich porušenia či upierania ako dôvodu na zjednanie nápravy spravodlivou vojnou, je len akousi „neškodnou“ akademickou teóriou či modelom ideálneho medzinárodnoprávneho poriadku.

V skutočnosti však túto teóriu treba považovať za sofistikovaný výsledok Vitoriovho úsilia *systematicky a komplexne* legitimizovať španielsku *conquistu* Nového sveta a implicitne dokonca aj cisárovu „svetovládu“ (hoci ju Vitoria *expressis verbis* odmietol), ako možno vidieť o. i. zo založenia legitimacy *conquisty*, vedúcej k rozšíreniu cisárovej vlády zo Starého aj na Nový svet, na predchádzajúcom porušení či upretí takých práv Španielov Indiánmi, ktorých existencia, respektíve celosvetová uplatniteľnosť je len *hypotézou* či (v konkrétne-historickej rovine) *účelovým konštruktom*, konvenujúcim dobovým imperiálnym ambíciám Španielska.⁷⁵

ZÁVER

Vitoria odmietol možnosť, že by *dominium* Španielska nad Indiami a Indiánmi mohlo vzniknúť originárne (negácia tézy, že cisár je pánom „celého sveta“, čiže aj indiánskych krajín, teórie pontifikálnej teokracie, ako aj *ius inventionis*), alebo ako trest uložený Španielmi Indiánom za odmietanie kresťanskej viery či za hriešny spôsob života, alebo z vôle Indiánov (dobrovoľné podriadenie sa Indiánov španielskej vláde), a odmietol aj tézu, že Indie sú Božím darom. Legitimitu *conquisty* videl Vitoria v nerešpektovaní prirodzeného práva Španielov komunikovať s Indiánmi, ktoré chápal veľmi široko. Komunikácia tak nezahŕňala len právo pobytu, prechodu či obchodovania v Indiách, ale aj: pre Indiánov údajne potrebné šírenie kresťanskej viery a civilizácie; výmenu pohanských vládcov za pre Indiánov údajne „lepších“ či vhodnejších, kresťanských vládcov; vojenskú pomoc nevinne trpiacim a usmrcovaným Indiánom, perzekvovaným indiánskym konvertitom či indiánskym spojencom; a napokon aj presvedčovanie Indiánov o výhodách španielskej vlády, ktoré ich malo priviesť k tomu, aby si túto vládu úplne slobodne zvolili. Vitoriov koncept *ius communicationis* bol založený na predpoklade, že komunikácia Španielov a Indiánov je komunikáciou *inter pares*, ktorý však Vitoria relativizoval ôsmym legitímnym titulom *conquisty*, spočívajúcim na domnienke či skôr predsudku, že Španieli sú intelektuálne, ako aj kultúrne nadradení Indiánom (Vitoria nepopieral racionalitu Indiánov, avšak pripúšťal, že ich racionalita nie je úplná), z čoho mala pre Španielov vyplývať akási morálna povinnosť Indiánov „scivilizovať“ na svoj obraz. Hoci netreba zabúdať, že Vitoria považoval legitimitu tohto titulu za diskutabilnú, jeho myslenie spojené s *conquistou* bolo ako celok (z dnešného hľadiska) výrazne etnocentrické, respektíve europocentrické, t. j. Vitoria na *conquistu* nazeral výlučne cez prizmu dobových európskych, respektíve kresťanských koncepcií, neberúc do úvahy indiánske nazerania na tento pre Indiánov fatálny proces (tie sa, pravda, začali systematickejšie skúmať až v priebehu 20. storočia), respektíve Vitoria automaticky predpokladal globálnu platnosť svojich teórií.

⁷⁵ K tomu bližšie pozri THUMFART, J. *Das ius gentium als Form der translatio imperii...*, s. 27 an.

Vitoriovo myslenie spojené s *conquistou* obsahuje viaceré vo väčšej alebo menšej miere inovatívne prvky. Na prvom mieste možno spomenúť suverenitu ľudu, respektíve prirodzené právo každého ľudu slobodne si ustanoviť svoju vládu, pri ktorom vidím Vitoriovu inováciu v rozšírení tohto práva na Indiánov, čím Vitoria prepožičal európskym a indiánskym štátom rovnaký charakter, čo mu ďalej umožnilo postulovať ich vzájomnú právnu rovnosť. Ďalším inovatívnym prvkom je *ius communicationis* ako základ interpersonálnej, internacionálnej a interkultúrnej komunikácie a globálne pôsobiaceho *ius gentium*, ktorého dvojaké vymedzenie – ako prirodzeného práva a ako s ním obsahovo harmonizovaného *ius inter gentes* – je tiež do určitej miery inovatívne, keďže *ius inter gentes* nie je právo prirodzene dané, ale právo, ktoré ľudia/národy z prirodzeného práva vytvorili, pomyselne sa dohodnúc na jeho rešpektovaní, respektíve záväznosti. Inovatívnym je aj Vitoriovo chápanie medzinárodného spoločenstva (*totus orbis*), ktorého subjekty – národy (štáty) i jednotlivci – sú si navzájom právne rovné, nie sú podriadení nejakej nadnárodnej autorite (cisárovi, pápežovi) a sú viazané nimi vytváraným *ius inter gentes*, majúcim kogentný charakter.

CESARE BECCARIA A PROBLÉM TORTURY – HISTORICKÉ A SOUDOBÉ ASPEKTY

Tomáš Bojar*

Abstrakt: Článek nabízí podrobnou analýzu argumentů proti mučení podezřelých pachatelů, jak je ve svém traktátu *O zločinech a trestech* (1764) vznesl italský osvícenec Cesare Beccaria. Toto dílo se bezprostředně po svém vydání těšilo velkému vlivu jak na soudobou intelektuální elitu, tak i na konkrétní zákonodárce v řadě evropských zemí. Pasáž, v níž Beccaria z rozličných důvodů odmítá do té doby stále ještě rozšířenou praxi tortury, přitom patří v rámci jeho díla k těm nejcitovanějším. Text nejdříve stručně rekapituluje vývoj problematiky mučení ve známých dějinách. Ve stěžejní části pak analyzuje jednotlivé argumenty, které Beccaria proti tzv. předběžné i následné tortuře ve svém díle uvádí. Nepřípustnost tortury je tu takto nejprve dána do souvislosti s principem presumpce neviny – občan, na kterého se zatím hledí jako na nevinného, nemůže být podle Beccarii vystaven fyzickému utrpení. Mučení je však v Traktátu především představeno jako nespolehlivý instrument, který spíše než o skutkové pravdě vypovídá o fyzické síle podezřelého a zakládá neodůvodněnou nerovnost mezi podezřelými. Pozornost je kromě toho věnována i hodnotově-sociologickému argumentu, podle něž je mučení třeba odmítnout proto, že dává občanům nebezpečnou zprávu o žádoucích hodnotách. V závěrečném oddílu se pak text s odkazem na relevantní sekundární literaturu i judikaturu ESLP zabývá otázkou, zda by měl být zákaz mučení skutečně absolutní (taková byla Beccariova představa), a to včetně všech jeho konsekvencí pro trestní proces, nebo zda se je naopak možné k tortuře ve výjimečných případech uchýlit.

Klíčová slova: Beccaria, tortura, trestní právo, nepřípustnost mučení

ÚVODEM

Před nedávnem uplynulo 250 let od vydání jednoho z přelomových textů v dějinách trestněprávní teorie, traktátu *O zločinech a trestech* (dále jen *Traktát*) italského osvícence Cesare Beccarii. Jde o dílo, které v následujících desetiletích bezprostředně ovlivnilo zákonodárce i ústavodárce v Evropě i nově vzniklých Spojených státech¹ a které podstatným způsobem napomohlo změnit pohled euroamerické civilizace na trestní právo. Beccaria měl společně s dalšími mysliteli, jako byli Voltaire, Montesquieu či Bentham, významný podíl na tom, že se v širším společenském a politickém diskursu a následně i v konkrétní legislativní praxi většiny států západního světa postupně začaly prosazovat principy legality, proporcionality, humanity, moderace trestu apod. Jednou z dosud nejcitovanějších pasáží *Traktátu* je přitom ta, v níž se Beccaria vyslovuje proti mučení podezřelých. A je tomu tak z dobrého důvodu – argumenty vznesené proti tortuře patří mezi nejpřesvědčivější a nejpropracovanější, jež celé dílo nabízí. Už jen proto stojí za to si je připomenout a analyzovat, zvláště když dnes tato otázka v souvislosti s narůstající hrozbou mezinárodního terorismu opět získává na naléhavosti.

Cílem tohoto textu je nejprve stručně nastínit historický kontext, do něž Beccaria se svými myšlenkami vstoupil, a posléze pak s odkazy na primární i sekundární literaturu

* Mgr. Tomáš Bojar, Fakulta humanitních studií Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: tomas@cinemaarsenal.cz.

¹ K tomu srov. např. TINKOVÁ, Daniela. *Hřích, zločin, šílenství v čase odkouzlování světa*. Praha: Argo, 2004, s. 70 an.; PHILLIPSON, Coleman. *Three Criminal Law Reformers, Beccaria, Bentham, Romilly*. London – Toronto: J. M. Dent & Sons, 1923, s. 93 an.

podrobněji rozebrat Beccariovu konkrétní argumentaci ve věci mučení podezřelých. V posledním oddílu se pak zastavíme u otázky, zda by zákaz mučení měl být skutečně absolutní, nebo zda je jej ve výjimečných situacích na místě porušit, a alespoň stručně nastíníme, jak se k tomuto problému staví různé proudy dnešní právní teorie. Opomenuto nebude ani stanovisko Evropského soudu pro lidská práva v této věci, konkrétně jeho rozhodnutí o stížnosti č. 22978/05 ve sporu *Gäfgen proti Německu*.

Nutno přitom zdůraznit, že zabývat se po celou dobu budeme toliko problematikou mučení v rámci vyšetřování, nikoliv problematikou mučení již odsouzeného zločince v rámci výkonu trestu, jež bylo v Beccariově době rovněž zcela běžnou praktikou. Pokud jde o samotný pojem mučení (tortury), Beccaria necítí potřebu jej explicitně definovat – předpokládá zřejmě, že je jeho obsah zcela jasný. Z kontextu díla lze nicméně dovodit, že jde o formu promyšleného, krutého zacházení s podezřelým ze strany představitelů veřejné moci, jehož cílem je získat od něj doznání (tortura předběžná) nebo další informace ohledně spáchaného zločinu či jeho možných spolupachatelů (tortura následná), a to prostřednictvím silné bolesti, která je mu za tímto účelem úmyslně způsobována (třeba napínáním na skřípec, bičováním či mnoha jinými způsoby). Beccaria se nikde výslovně nezmiňuje o možném psychickém utrpení, které je dnes již také pod pojem mučení v řadě případů podřazováno, a zdá se tedy, že se zaměřuje jen na tělesný rozměr věci. Vždy důsledně uvažuje o „svalech a žilách“ mučeného jedince, nikdy však o jeho „nervech“ či dokonce „duši“. Z hlediska současné diskuse o přípustnosti tortury je toto však irelevantní – argumenty, které Beccaria vyslovuje proti mučení tělesnému, lze bezpochyby analogicky vztáhnout i na mučení v jeho psychické formě.²

² Například Mezinárodní Úmluva proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestu (tzv. „UNCAT“), kterou ratifikovala rozhodující většina států současného světa, pochopitelně s psychickou formou mučení výslovně operuje. Samotný pojem mučení vymezuje o něco precizněji a šířeji, než jak byl výše načrtnut (podřazuje pod něj takto mj. i mučení jakožto formu trestu pro již odsouzeného pachatele), v zásadě ale míří totožným směrem. Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen *Úmluva*) naproti tomu ve svém stroze formulovaném článku 3 psychickou formu mučení explicitně nezmiňuje. Názor, že psychickou formu mučení je třeba postavit naruvením fyzické, se přitom v evropské soudní praxi zatím zcela důsledně neprosadil. V této souvislosti lze připomenout rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 18. ledna 1978 ve sporu *Irsko proti Spojenému království*, stížnost č. 5310/71 a separátní vótum soudce O'Donougha. Ten se tehdy ve shodě s názorem Evropské komise pro lidská práva postavil proti většinovému přesvědčení a výslovně trval na tom, že utrpení způsobované v duševní sféře si v ničem nezadá s těmi nejhoršími tělesnými útrapami, a že by proto mělo být podřazeno přímo pod pojem mučení, a nikoliv jen nelidského či ponižujícího zacházení, jak v tomto případě judikoval Evropský soud. Rozličné techniky zaměřené primárně na psychiku vyslýchaného jedince (spánková deprivace, kápeň přes hlavu, stání při zdi ve „stresové pozici“, vystavení souvislému, hlučnému hvizdu atd.) nebyly majoritou soudců uznány za natolik kruté a intenzivní, aby je bylo možné subsumovat pod pojem mučení. Vzhledem k tomu, že judikatura ESLP v duchu doktríny Úmluvy jakožto „živoucího nástroje“ pružně reaguje na změny společenských podmínek, a že v ní je možné vysledovat setrvalý trend zvyšování standardů ochrany individuálních práv, není rozhodně vyloučeno, že jednání, která byla ve sporu *Irsko proti Spojenému království* označena pouze za „nelidské zacházení“, budou v budoucnu při posuzování obdobného případu již výslovně kvalifikována jako „mučení“. Platí to tím spíše, že Evropský soud se ve své judikatuře často dovolává Mezinárodní úmluvy proti mučení, která pro něj představuje naprosto plnohodnotný pramen práva, a v potaz v této věci bere například i stanovisko zvláštních komisí OSN. Koneckonců i ve sporu *Gäfgen v. Německo*, jemuž se budeme podrobněji věnovat níže, hovoří Evropský soud *expressis verbis* o duševním utrpení („*mental suffering*“), které nám pak v případě, že dosáhne určité kvalifikované míry, umožňuje hovořit o psychické formě tortury („*psychological torture*“). V případě Gäfgenově sice jednání německých orgánů této intenzity nedosáhlo, a šlo tudíž z jejich strany pouze o „nelidské zacházení“, důležité však je, že se s možností „plnohodnotné“ psychické tortury v rozsudku výslovně operuje.

1. HISTORICKÝ KONTEXT

Mučení podezřelých bylo před vydáním *Traktátu* po několik století poměrně rozšířenou praktikou, nad níž se většina společnosti příliš nepozastavovala – proto je také Beccaria nazýval „*ukrutenstvím, které zvyklostí jest posvěceno v převelike části národů*“.³ Praxe, která ještě v Beccariově době v řadě evropských států přežívala, byla pochopitelně výsledkem dlouhodobějšího historického vývoje. Jak ukazuje například právní historik a filosof Jeremy Wisnewski, s mučením podezřelých se ve zvýšené míře začínáme setkávat ve vrcholném středověku.⁴ Ve starém Římě bylo povoleno užívat ve vyšetřování tortury toliko k opatření podpůrných důkazů, a to výhradně v trestních, nikoliv civilních kauzách. Mučení přitom mohli být podrobeni výhradně otroci, svobodní občané nikoliv. Až později se tato praxe rozšířila i na propuštěné otroky a obyvatele podmaněných provincií, kteří neměli status plnoprávných římských občanů. Raně středověké trestní právo pak stálo na převážně germánských základech a spíše než inkviziční zásada se v něm uplatňovala zásada akuzací. Záleželo tu tedy na konkrétních poškozených, zda proti delikventovi vnesou žalobu. Veřejná moc v tom sama iniciativu nepřebírala a „materiální pravdu“ o spáchaném deliktu nezjišťovala. Tortury tudíž nebylo třeba.

Od 13. století se ale v Evropě postupně začala prosazovat vyšetřovací (inkviziční) zásada. Soudce již neměl jen posuzovat to, co mu strany sporu předkládají, ale měl se snažit sám aktivně přesvědčit o individuální vině či nevině. Doznání obžalovaného (coby pomyslná světská analogie vyznání hříchů) bylo přitom v novém trestním systému považováno za korunu důkazů. Veřejná moc o něj proto začala sama aktivně usilovat a často jej i vynucovat silou, jakkoliv se soudci snažili vytvářet dojem, že k němu došlo „spontánně“. V raném novověku tak již bylo možné vyšetřovací proceduru mnohdy označit za jakousi zvláštní formu souboje mezi vyslychajícím a vyslychaným. Ve svém díle *Dohlížet a trestat* to pregnantně zformuloval Michel Foucault: „*Utrpení, konfrontace a pravda jsou v praxi mučení svázány jedno s druhým: spolu zpracovávají tělo postiženého. Hledání pravdy při ‚výslechu‘ je dozajista způsobem, jak dosáhnout nejsilnějšího důkazu mezi všemi – doznání viníka; je to však také bitva, v níž vítězství jednoho protivníka nad druhým rituálně ‚produkuje‘ pravdu. Mučení, jež mělo vést k doznání, obsahovalo něco z vyšetřování, avšak i něco ze souboje.*“⁵ Pokud obžalovaný tělesnou bolest vydržel a nepřišel s doznáním, vyšetřující soudce se nakonec musel obvinění vzdát. To ovšem v praxi nebylo příliš časté.

V průběhu let v trestním procesu přece jen vykristlizovaly relativně přesné normy, stanovující kdo, kdy, kým a jak může být tortuře podroben. Díky nim již celý proces mučení nebyl zcela živelný. Tehdejší zákoníky takto například stanovovaly, že s mučením je možno začít až tehdy, má-li soudce ve prospěch viny podezřelého alespoň jeden polo-důkaz, že soudce musí být výkonu tortury po celou dobu přítomen a musí dohlížet na jeho korektnost, že doznání obžalovaného musí být znovu zopakováno před soudem, a to až po uplynutí čtyřiaadvaceti hodin apod.⁶ Třeba *Constitutio Criminalis Carolina* Karla V. z roku 1532 nebo ještě i *Theresiana* Marie Terezie z roku 1767 pak dokonce ve svých

³ BECCARIA, Cesare. *O zločinech a trestech*. Praha: Bursík a Kohout, 1893, s. 28.

⁴ Srov. WISNEWSKI, Jeremy. *Understanding Torture*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2010, s. 18 an.

⁵ FOUCAULT, Michel. *Dohlížet a trestat*. Praha: Dauphin, 2000, s. 75.

⁶ Podrobněji viz WISNEWSKI, Jeremy, op. cit., s. 22 an.

grafických přílohách ukazovaly, jak konkrétně mají být jednotlivé mučicí nástroje používány. Velkou pozornost této otázce věnovala jak církev (Svatá inkvizice byla reálně – navzdory mnoha dnešním předsudkům – spoutána celou řadou konkrétních procedurálních norem), tak i soudobá právní teorie. O efektivním postupu mučení, který nezatíží podezřelého více, než to bude nutné, takto ve svých spisech v 16. století hovořili například flanderský právník Damhouder, marseillský jurista Hippolytus a mnozí další.

Navzdory tomu však v právních dějinách evidujeme celou řadu případů zneužití tortury. Hovořit v této souvislosti jen o ojedinělých excesech by patrně bylo smířlivé – o tom, kde leží skutková pravda, v předosvěcenské justici leckdy nerozhodovalo nestranné vyšetřování, nýbrž cosi na způsob fyzické výzvy, v níž ob stojí jen ti nejsilnější a nejodolnější. Případů, kdy bylo mučení užito proti zcela nevinným podezřelým k vynucení jejich falešného doznání, je v dějinách hrdelní justice zaznamenána celá řada. V roce 1761 – pouhé tři roky před vydáním *Traktátu* – například vzbudil v celé Evropě velké rozhořčení proces s hugenotem Jeanem Calasem ve francouzském Toulouse. Calas byl tehdy i přes absenci věrohodných důkazů odsouzen za smyšlenou, nábožensky motivovanou vraždu vlastního syna k trestu smrti. Ze strany soudobých veřejných intelektuálů (zejména Voltaira) byla terčem kritiky kromě jiného i skutečnost, že vyšetřující soudce neváhal v průběhu procesu podrobit starého a již nemocného Calase velmi krutému mučení.

Že tortura je sama o sobě zcela zavrženíhodnou praktikou se však v desetiletích a staletích předcházejících Beccariovu vystoupení odvažovali naplno vyslovit jen někteří. Čestnou výjimkou byli v novověké historii například právníci a teologové Johannes Grevius Clivensis, Friedrich von Spee či Nicolas Guedeville. Zřetelné výhrady vůči tortuře bylo možné najít i v díle Boccacciově, Cervantesově či u Bodina a Baylea. A pak také u Michela de la Montaigne, který ve svém *Eseji o svědomí* zpochybnil představu, že by mučení mohlo vést ke spolehlivému poznání pravdy o skutkovém ději. Spíše než o tom, co se v minulosti skutečně odehrálo, vypovídá podle něj tortura o fyzické síle podezřelého a jeho schopnosti snášet bolest. Jak uvidíme dále, jeden ze základních Beccariových argumentů proti mučení je prakticky totožný, pouze o něco detailněji propracovaný.

Kritické hlasy tohoto druhu však nadlouho zůstaly spíše ojedinělé a na převládající praxi ve většině států neměly větší vliv. Výjimkou bylo jen Švédsko a Prusko, kde byla tortura zrušena již před vydáním *Traktátu*, a pak také Anglie, kde byla již po více staletí vykonávána jen v ojedinělých případech. Ve většině evropských států se ale situace začala měnit až s vydáním Beccariova stěžejního díla. Třebaže některé v něm vyslovené argumenty nejsou zcela originální, jde patrně o první skutečně ucelené kritické uchopení problematiky tortury ve známých dějinách. Jednotlivé důvody proti tortuře tu jsou vysloveny velmi pregnančně a elegantně. Často jsou navíc vtěleny do jednoduchých, úderných a snadno zapamatovatelných hesel. Nepřekvapuje proto, že se z Beccariova díla nedlouho po jeho vydání stala událost evropského formátu – citovat z něj patřilo po jednu dobu k dobrému tónu jak v pařížských salónech, tak i na dvorech tehdejších „osvěcovaných“ monarchů. Po čase se pak principy *Traktátu* prosadily také v konkrétních trestněprávních kodexech evropských států, jakož i v prvních ústavách.⁷ Patrně proto

⁷ Zhruba od poloviny 19. století můžeme v řadě evropských států pozorovat snahu o úplný zákaz tortury. Skutková podstata zločinu mučení se pak od této doby také začíná objevovat v jejich trestních zákonicích. Srov. EVANS, Malcolm D. – MORGAN, Rod. *Preventing Torture*. Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 12.

může Daniel P. Mannix ve své práci *The History of Torture* výslovně tvrdit, že pokud bychom měli zásluhu na postupném omezování tortury připsat pouze jedinému člověku, musel by to být Cesare Beccaria.⁸

2. BECCARIOVA ARGUMENTACE PROTI TORTUŘE

Z dikce *Traktátu* lze jasně vyčíst, že tortura představuje v očích jeho autora jednoznačné a nezpochybnitelné zlo. Možná proto nemá Beccaria potřebu detailněji rozvádět konkrétní příklady z dějin, kdy byl zcela nevinný člověk donucen mučiteli k falešnému doznání.⁹ Důvody proti tortuře jsou u něj obecnější, neodvislé od konkrétních případů z minulosti.

Svůj výklad o mučení začíná tím, že přehledně rozčleňuje tři základní důvody, pro které bylo v jeho době vykonáváno. První důvod přitom odpovídá výše zmiňovanému pojmu „tortury předběžné“, zbylé dva pak pojmu „tortury následné“. V prvním případě jde jednoduše o to vymoci z podezřelého doznání ke zločinu. K tomu ještě Beccaria dodává, že podezřelý mohl být mučen i tehdy, když upadl do rozporů.¹⁰ V tom ale – přísně vzato – nelze spatřovat samostatný důvod k mučení, pořád se zde totiž jedná pouze o specifickou formu vynucování doznání. Za druhé sloužilo mučení k odhalení možných kompliců. Za třetí pak mohl být podezřelý mučen proto, aby rozkryl ještě i jiné zločiny, z nichž prozatím obžalován nebyl, ale které možná spáchal rovněž.

2.1 Obecné důvody proti tortuře

Mučení podezřelých Beccaria odmítá mj. na podkladě principu presumpce nevinny, který je v *Traktátu* formulován v jednoznačných intencích společenskosmluvní teorie: „*Nikdo nemůže se nazývat v i n n ý m před rozsudkem soudcovým, aniž společnost může jemu odníti veřejnou ochranu, dokud není rozhodnuto, zdali porušil úmluvu, na základě které jemu ochrana byla poskytnuta.*“¹¹ Jelikož jen soudce může rozhodovat o vině a trestu, je třeba až do chvíle, kdy vyneseme případný odsuzující rozsudek, hledět na obžalovaného jako na nevinného. A zde vyvstává kruciólní otázka: jak můžeme někoho, kdo je – alespoň prozatím – nevinný, podrobovat útrapám, jež jsou s mučením spojeny? Lze to snad nějak ospravedlnit? Podle Beccarii nikoliv. Pokud se vinu podaří později prokázat, bude pachatel přece adekvátně potrestán a utrpení, které by mu způsobilo eventuální mučení, by bylo již navíc. A jestliže se podezřelého usvědčit nepodaří a on bude označen za nevinného, bude to znamenat, že byl postižen člověk, který si to ničím nezasloužil.

⁸ Viz MANNIX, Daniel P. *The History of Torture*. Stroud: Sutton Publishing, 2003, s. 136.

⁹ „*Jest zbytečno objasňovati tuto věc, uváděním bezpočetných příkladů těch nevinných, kteří se doznali býti vinnými, jsouce bolestně mučeni; není národa, není věku, který by neuváděl příkladů svých vlastních.*“ BECCARIA, Cesare, op. cit., s. 33.

¹⁰ Beccaria v této souvislosti správně upozorňuje, že pokud si obžalovaný začne protiřečit, nejde o nic obzvláště odsouzenihodného. Ve stresu a „rozčilenosti myslí“, které mu vznesená žaloba způsobila, je to naopak pochopitelné. Dotyčný se prostě chce zachránit „před hrozícím nebezpečím“ a v danou chvíli proto neváhá učinit téměř cokoliv. Koneckonců i současné evropské trestní právo toto reflektuje – na rozdíl od svědků, kteří za křivé svědectví postihováni být mohou, nesmí být obžalovaný za svou vlastní nepravdivou výpověď (včetně eventuálních rozporů) nijak trestán.

¹¹ BECCARIA, Cesare, op. cit., s. 30.

Na této obecné úrovni jde o argumentaci jen obtížně napadnutelnou a Beccaria se ji na dalších řádcích *Traktátu* ještě snaží dále posílit. Nejprve si vypomáhá jednoduchým empirickým pozorováním a pravděpodobnostní úvahou: „*Je-li pravda, že daleko větší jest počet lidí, kteří buď ze strachu, anebo ze ctnosti, dbají zákonů, nežli počet těch, kteří je porušují, tu nebezpečí – trápení nevinného – musí se tím výše ceniti, čím větší jest pravděpodobnost, že člověk, za daných podmínek, spíše váží si zákonů, nežli jimi opovrhuje.*“¹² Veškeré dostupné dnešní statistiky toto potvrzují: počet těch, kteří jsou dbalí zákonů, převyšuje počet delikventů, ať odhalených nebo neodhalených, naprosto zásadně. A pravděpodobnost, že mučení podrobíte nevinného člověka, je potom velmi značná, dovozuje Beccaria. Otázkou však je, zda se tu nejedná o argument příliš povšechný: podobně by pak bylo například možné tvrdit, že není vhodné brát podezřelé pachatele do vazby, jelikož pravděpodobnost, že způsobíme újmu nevinnému občanovi, je vzhledem k nízkému podílu skutečných delikventů v rámci celé populace příliš vysoká. Nikdo přesto nezpochybňuje, že ve kvalifikovaných případech, kdy je podezření skutečně podložené, je vzetí do vazby správným a potřebným opatřením. Nebezpečí, že podezřelý bude nevinný, neboť statisticky vzato je většina populace nevinná, se tu z celkem pochopitelných důvodů v potaz nebere. Stejně tak by bylo možné odkázat na výše zmiňovanou zásadu presumpce nevinny a pozastavit se nad tím, že podezřelý, u něž jeho vina prozatím nebyla soudně prokázána, sice nemůže být mučen, ale do vazby vzat být může. To je rozpor, se kterým se na čistě logické úrovni lze jen obtížně vyrovnat. Vznesené Beccariovy argumenty proto není možné pokládat za zcela validní, jakkoliv jistě mohly na soudobé čtenáře mocně zapůsobit.

Zásadnější důvod proti mučení je tudíž třeba hledat ještě jinde. Obdobně jako Montaigne, zpochybňuje i Beccaria názor, že by tortura byla spolehlivým nástrojem ke zjištění pravdy o minulých skutcích. Podle něj je tomu dokonce naopak: tortura představuje nástroj krajně nespolehlivý a v tom je také nutné spatřovat důležitý důvod pro její odmítnutí. Prostřednictvím mučení lze sice bezpochyby správně „usvědčit“ skutečné viníky, jenže co je to platné, když zároveň může do neštěstí uvrhnout i zcela nevinné podezřelé. Na reálné vině či nevině tu totiž doopravdy nezáleží, rozhodující je schopnost či neschopnost snášet bolest. Beccariův výklad v této věci je vcelku prostý: pokud by byla bolest prubířským kamenem pravdy, jak se domnívají zastánci tortury, pak by „*pravda byla umístěna ve svalech a žilách nešťastníkůvých*“.¹³ A je-li pravda skutečně umístěna „ve svalech a žilách“, pak největší naději na zproštění viny mají ti nejsilnější a nejodolnější.

To se skutečnou spravedlností pochopitelně nemá nic společného, a Beccaria proto také neváhá srovnávat mučení s dřívější praxí Božích soudů. Tvrdí, že rozdíl, který mezi nimi lidé spatřují, je pouze zdánlivý. V případě ordálů nebyl výsledek naprosto v moci obžalovaného, vše záviselo na nepředvídatelné konstelaci přírodních sil, jež byla vydávána za výraz Boží prozřetelnosti. V případě mučení to ale podle něj není o mnoho jiné, alespoň pokud ponecháme stranou několik málo jedinců, kteří dovedou snášet i tu největší bolest. Rozhodující většina populace však takovouto schopností neoplyvá a v daný okamžik u ní převáží touha zbavit se fyzické trýzně. Raději se proto k tvrzenému zločinu

¹² *Ibidem*, s. 31.

¹³ *Ibidem*, s. 31.

dozná. Beccaria to formuluje následovně: „*Jest právě tak málo volno říci pravdu uprostřed mučení a strachu, jako bylo tenkrát nemožno zameziti bezelstně účinky ohně a vody vřící. Každý čin naší vůle jest vždy přiměřeným síle dojmů smyslných, která jest jejich zřídlem; a citlivost každého člověka jest omezena. Tudíž účinek bolesti může vzrůstati až k tomu stupni, že zaujme-li celou bytost, nenechává jiné svobody mučenému, nežli zvoliti cestu nejkratší pro přítomný okamžik, aby se osvobodil od trestu. Tenkrát odpověď viníková jest tak neodvratitelnou, jako účinky ohně nebo vody. Tenkrát nevinný, který jest citlivým, nazýváti sebe bude vinným, když se domnívá, že tím zastavil mučení.*“¹⁴

Torturu tedy podle Beccarii rozhodně není možné chápat jako nestranné, nepředpojaté hledání pravdy o minulém skutkovém ději. Právě naopak: jejím základním účelem je stvrdit presumovanou vinu skrze fyzicky vynucené doznání. Beccaria pak tento přístup otevřeně ironizuje, když formuluje pomyslný soudní rozsudek, vycházející toliko z konkrétní tělesné výbavy mučeného: „*Ze dvou lidí, kteří jsou stejně vinnými anebo stejně nevinnými, ochablý a bázlivý bude odsouzen na základě tohoto dokonalého rozumování: Já, soudce, musil jsem vás shledati vinnými takového zločinu; ty, statný, dovedl jsi odporovati bolesti, a proto tě osvobozuji; ty slabý, ty jsi neodolal, a proto tě odsuzuju. Cítím, že doznání vyruvané uprostřed muk nemělo by žádné moci, avšak já vás budu mučiti znovu, jestliže nestvrdíte to, co jste doznali.*“¹⁵

Je-li ze strany soudců uplatňován takovýto princip, logicky to pak také zakládá nerovnost mezi vinnými a nevinnými. Ten, kdo se skutečně deliktu dopustil, se tu totiž ocitá v neoprávněné výhodě vůči nevinnému. Nevinný se buď nepravdivě dozná a bude nespravedlivě potrestán, anebo bolesti odolá a nedozná se, ale stejně utrpí mučení, které si nezasluhoval. Zato skutečný viník nemá až tolik co ztratit, naopak může v podstatě jen získat: pokud mučení neodolá, dopadne na něj trest, který je spravedlivý, neboť se provinil (samo mučení za spravedlivé ani přesto pochopitelně pokládat nelze). Ovšem pokud odolá a nedozná se, „vymění větší trest za menší“ a spravedlnosti unikne. Tato neoprávněná nerovnost, v rámci moderního liberálního paradigmatu jen těžko přípustná, je tedy dle Beccarii dalším obecným důvodem, pro který je třeba torturu zavrhnout.

Beccaria nadto poměrně originálně upozorňuje na skutečnost, že podezřelý, který už způsobované bolesti nemůže dále vzdorovat, se pod vlivem vykonávané tortury paradoxně stává svým vlastním žalobcem. Člověk již v této situaci není schopen myslet na své skutečné zájmy, protože jediné, co si v danou chvíli přeje, je, aby zakoušená bolest konečně ustala: „*Zákon, který přikazuje mučení, jest zákonem, který praví: Lidé, vzdorujte bolesti; a jestliže příroda stvořila ve vás nevyhnutelnou sebelásku, jestliže vám dala nezadatelné právo k vaší obraně, já ve vás vzbuzuju cit úplně opačný, to jest hrdinnou zášť proti vám samým, a poroučím vám, abyste sebe sami obviňovali, řeknouce pravdu, když žily vám budu trhati a kosti lámati.*“¹⁶ Něco takového opět odporuje modernímu liberálnímu paradigmatu, podle něž má každý jedinec důsledně a zodpovědně hájit své zájmy a práva a myslet na vlastní blaho. Institut tortury ale nevyhnutelně vede k pravému opaku, a také proto nemá mít v moderní liberální společnosti místo.

¹⁴ Ibidem, s. 32.

¹⁵ Ibidem, s. 32.

¹⁶ Ibidem, s. 31.

Zde se je třeba na okamžik zastavit. Z širšího textu *Traktátu* lze totiž vyčíst, že proti tortuře a jiným krutým trestněprávním praktikám – byť by byly sebeúčinnější – existuje ještě jeden obecnější důvod, který je třeba za všech okolností zohledňovat. V Beccariově díle se bezprostředně dotýká krutých trestů jako takových, ale *per analogiam* jej lze vztáhnout i na problém tortury. Základní úvaha je tu přitom jednoduchá: společnost, v níž se krutý výkon veřejné moci stane dennodenně přítomnou praxí, této krutosti postupně uvyká a ztrácí vůči ní jakoukoliv citlivost. V důsledku pak reálně hrozí, že se takovéto mravy přenesou i do mimotrestní oblasti, že podstatným způsobem promluví do běžných vztahů mezi lidmi a následně pak i do způsobu, jakým na ně opětně reaguje veřejná moc. Společnost, jak před Beccariou viděl již jím obdivovaný Montesquieu, se pak snadno může ocitnout v bludném kruhu násilí: „*Poddaní, kteří jsou stále děšeni a kteří byli učiněni krutějšími, museli být vedeni s ještě větší krutostí.*“¹⁷ Způsob, jakým stát uplatňuje svou moc, totiž může významně ovlivňovat celkové klima ve společnosti. Řečeno jazykem moderních společenských věd, trestní aparát vždy směrem k veřejnosti „komunikuje“ určitou zprávu o žádoucích hodnotách. V první řadě samozřejmě tím, jaké skutky trestá – společnost se takto závazně dozvídá, které hodnoty (soudobá trestněprávní teorie hovoří o tzv. „objektu“ zločinu) jsou považovány za chráněné a nesmějí proto být jakkoliv narušovány. Záleží ale pochopitelně i na tom, jakým konkrétním postupem tuto ochranu veřejného zájmu trestní aparát realizuje. Pokud je v tom nemístně krutý, společnost pak může podle Beccarii snadno nabýt dojmu, že násilí mezi lidmi je něčím běžným, ba že je dokonce přirozenou součástí života. Beccaria, jehož trestní psychologie byla v řadě ohledů inspirována anglosaským empirismem, tu staví na předpokladu, že každodenní impresse „zvířeckosti“ plíživě promění lidské vědomí a zanechá v něm nesmazatelné stopy. Lidská mysl je totiž podle něj „*jako tekutina: stojí vždy v rovnováze s předměty ji obklopujícími*“.¹⁸ I z tohoto důvodu je podle Beccarii třeba torturu odmítnout – v civilizované společnosti „jemných mravů“ pro ni jednoduše nemůže být prostor.

Obdobný hodnotově-sociologický argument je v diskusi právních vědců a filosofů koneckonců často používán i dnes. Opakovaně zaznívá například v současných Spojených státech z úst tamních kritiků zostřování trestní represe. Ti upozorňují, že přehnaně tvrdé zacházení s podezřelými i se samotnými zločinci se zpravidla májí účinkem, a že v konečném důsledku vede jen k upevnění všeobecné „kultury násilí“. Někteří kritici trestu smrti a tortury, například americký právní filosof Jeffrey H. Reiman, pak také jako nejzákladnější důvod pro jejich odmítnutí uvádějí, že sama jejich existence, byť by se v potírání kriminality ukázaly jako sebeúčinnější, dává společnosti jasný vzkaz o tom, že základní hodnoty humanity v ní nemají své nezpochybnitelné místo. Reiman nepopírá, že mučení podezřelého pachatele nebo uložení trestu smrti mohou být za velmi specifické situace na místě. Principiální důvody pro jejich odmítnutí však spatřuje v tom, že je tím zároveň občanům podávána důležitá zpráva o tom, co je v civilizované společnosti přípustné a co už nikoliv. A význam této zprávy podle něj nakonec převáží nad vším ostatním: „*Tím, že zařadíme popravu stejně jako torturu do kategorie činů, které si nesmíme vůči našim bližním dovolit, i když si to třeba v daném případě zasluhují, dáváme světu najevo, že podrobit bližního moci jiných a vystavit ho situaci, kdy ví, že někdo jiný*

¹⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, s. 121.

¹⁸ BECCARIA, Cesare, op. cit., s. 41.

*již rozhodl o jeho odchodu ze světa, je příliš ohavné, než aby to civilizovaný člověk činil druhému.*¹⁹ To je zcela v souladu s pozicí, kterou o dvě století dříve v této věci zastával Beccaria.

Ještě jeden dílčí argument proti mučení pak Beccaria vyslovuje v té části *Traktátu*, která se zabývá problematikou sugestivních otázek. Pozastavuje se tu nad určitou disproporcí v některých tehdy platných trestních předpisech: návodné otázky, které mohou obžalovanému uškodit, jsou v nich zapovězeny, kdežto tortura, která mu může uškodit ještě mnohem podstatněji, zakázána není. Pokud chce zákonodárce skutečně šetřit práv obžalovaného a starat se o to, aby nebyl znevýhodňován, pak by měl být v tomto důsledný a s okamžitou platností torturu zrušit. Lidé si však zvykli uvažovat v zavedených kategoriích a možné souvislosti zcela přehlížejí. Beccaria se proto elegantně táže a hned si i odpovídá: *„Jest s u g e s t i v n ě j š í otázky nad bolest? První důvod se zjišťuje při tortuře, poněvadž bolest vnukne silnému zatvrzelou zamlklost, aby si změnil trest větší za menší; a slabému vnukne přiznání, aby se vysvobodil z mučení nynějšího, které jest působivějším v přítomnosti nežli bolest v budoucnosti. Druhý důvod jest zřejmě tentýž, protože jestliže otázka zvláštní proti právu přírody přinutí obviněného k doznání, tím snáze přinutí jej bolest: avšak lidé více se řídí růzností jmen, nežli růzností věcí.*“²⁰ V tomto je třeba dát Beccariovi za pravdu: mají-li být trestní zákoníky logicky i hodnotově konsistentní, neměly by na jedné straně zakazovat sugestivní otázky a na straně druhé dovolovat torturu.

2.2 Důvody proti „následné tortuře“

Je-li cílem mučení vyzaření možných spolupachatelů, Beccariův argument proti němu je prostý: případní komplicové by měli být odhaleni během standardní trestní procedury s pomocí běžných důkazních prostředků. Pokud se toto nepodařilo, je otázkou, zda předpokládání spolupachatelé skutečně existují. Zkušenost navíc velí nebrat slova obviněného příliš vážně: co když se chce někomu zlovolně mstít nebo prostě jen zatahnout do svého neštěstí ještě i jiné, dost možná nevinné subjekty? A hlavně, ať už je jeho konkrétní motivace jakákoliv, je třeba se podle Beccarii ptát: *„Jako by člověk, který sám sebe obviňuje, nemohl zároveň obviňovati jiných?“*²¹ Je-li člověk tvor nadaný sebeláskou a je-li schopen přiznat vlastní vinu, jen aby se vyhnul nesnesitelné bolesti, proč by neměl být schopen přiznat i domnělou vinu jiných? Jistotu, že dotyčný usvědčuje skutečné spolupachatele, proto rozhodně mít nemůžeme. I v tomto světle se tedy tortura ukazuje jako nanejvýš problematický instrument.

Tortury bylo v některých případech užíváno i proto, aby se obžalovaný doznal ještě k dalším zločinům, jež měl spáchat. Soudce sice o nich v danou chvíli nic konkrétního netuší, ale nemůže vyloučit, že byly spáchány (vzato důsledně, vyloučit nelze nic). V této věci nemusí existovat byť jen náznak důkazu, přesto je ale možné dotyčného podrobit další útrapám. Že jde v tomto případě o poněkud zvrácenou logiku, vystihl Beccaria velmi

¹⁹ REIMAN, Jeffrey H. Why the Death Penalty Should Be Abolished in America. In: Louis P. Pojman – Jeffrey H. Reiman. *The Death Penalty: For and Against*. Oxford: Roman & Littlefield Publishers, 1998, s. 116 (volný překlad autora).

²⁰ BECCARIA, Cesare, op. cit., s. 27.

²¹ Ibidem, s. 34.

pregnantně. V pasáži, v níž ironizuje promluvu soudce vůči obžalovanému, se ukazuje, jak schopným byl rétorem a v jak účinné zkratce dokázal vystihnout slabiny systému, který kritizoval: „*Jsi vinný z jednoho zločinu, tudíž jest možno, že jsi vinným ze sta jiných zločinů: tato pochybnost mne tíží, já chci ji zjistiti svým kritériem pravdy; zákon tebe mučí, poněvadž jsi vinným, poněvadž můžeš býti vinným, poněvadž chci, abys byl vinným.*“²² Beccaria tuto praxi kritizuje zcela správně: kdybychom předpokládali, že ten, kdo se dopustil jednoho zločinu, patrně spáchal i zločiny jiné, mohli bychom ve vyšetřování pokračovat prakticky donekonečna a obžalovaný by se ocitl ve stavu těžko snesitelné subjektivní nejistoty. Viděno optikou standardů současného právního státu, připadá nám takováto možnost zhora absurdní, v Beccariově době tomu však pohříchu bylo jinak.

2.3 Kritika argumentů ve prospěch tortury

Vedle základních výhrad proti mučení, jak byly nastíněny v předcházejících dvou oddílech, se Beccaria v *Traktátu* vyrovnává ještě i se dvěma argumenty, které často zaznívaly z úst zastánců tortury. Za prvé se tu obrací proti rozšířené představě, že výpověď vynucenou mučením může obviněný vždy později účinně korigovat u soudu, a že pokud ji zde nepotvrdí, není k ní možné přihlížet. Podle mnohých přitom právě toto pravidlo představovalo dostatečnou pojistku proti zneužití institutu tortury. Tak jednoduché to však v praxi dle Beccarii nebylo. Obžalovaný, který vzal před tribunálem svou původní, vynucenou výpověď zpět, byl totiž častokrát mučení jednoduše podroben znovu. V některých zemích bylo dovoleno to zopakovat celkem třikrát (odolat třem mučícím procedurám v řadě rozhodně nebylo snadné), jinde to bylo dokonce ponecháno na volném uvážení soudců, což Beccaria coby přesvědčený odpůrce soudcovské diskrece považoval za zvlášť nebezpečné. Každopádně správně poukazoval na skutečnost, že domnělá pojistka v podobě potvrzení výpovědi před soudem je svou povahou spíše jen formální, a že tak v reálném právním životě bohužel nemá větší dopad.

Za druhé se pak Beccaria v *Traktátu* důrazně vyslovuje proti rozšířené, teologicky ukotvené představě, že by bolest, která je jednotlivci v rámci mučení způsobena, mohla napomoci očistit jej od hříchu. Člověk, který se pod vlivem mučení doznal, nezůstává podle této teorie dále ve lži a je na nejlepší cestě učinit pokání. Pokud toho není schopen sám od sebe, pak nezbyvá než mu k tomu dopomoci silou. Zhruba takto podle Beccarii argumentovali někteří paternalističtí zastánci tortury, ovšem on jejich zdůvodnění odmítl. Především proto, že v praxi není mučený člověk v řadě případů nucen k pravdomluvnosti, nýbrž k jejímu pravému opaku (falešné doznání není nic jiného než lež). A dále samozřejmě i proto, že celá argumentace je podle něj založena na nesprávném, anachronickém směřování dvou různých rovin lidské existence: „*Jiným směšným důvodem mučidel jest očista od nečestnosti; to jest člověk dle zákona prohlášený za nečestného, má stvrditi své svědectví tím, že rozlámány bývají jeho kosti. Tento zlořád neměl by býti trpěn v osmnáctém století. Věř se, že bolest, která jest pouhým pocitem, očisťuje od nečestnosti, která jest pojmem čistě mravním. Jest snad bolest tavidlem?*“²³ Beccaria se domnívá,

²² Ibidem, s. 33.

²³ Ibidem, s. 34.

že nikoliv – záležitosti tělesné a záležitosti mravní by podle něj měly zůstat přísně odděleny. Z toho, že někdo vytrpěl bolest, nelze automaticky usuzovat na to, že by jeho duše prošla obrodou. Beccaria toto považuje za neblahý relikt náboženského myšlení, které by se v trestněprávní sféře vůbec nemělo uplatňovat. Kající doznání hříchů může mít svůj význam v konkrétní náboženské praxi, pokud je ale vyžadována jeho světská obdoba v trestním procesu, jde již podle Beccarii o jednoznačné zneužití „nejjistějších pravd zjevení“. Ke slovu se tu tedy dostává důsledný sekularismus, pro Beccariu velmi typický: náboženství musí být vykázáno do patřičných mezí, veřejné záležitosti se musí z jeho moci vymanit.²⁴

Důraz na pozemský rozměr existence má konečně ještě jeden dopad. Pojem „nečestnosti“, se kterým Beccaria ve svých úvahách operuje, má u něj zřetelně veřejný rozměr. Nejde mu zde tedy primárně o niternou pravdivost či pravdomluvnost ve smyslu individuální ctnosti, nýbrž o veřejnou čest, jejímž jediným kritériem je podle něj veřejné mínění. Je to myšlenka v duchu tradic Macchiavelliho *Vladaře*, na první pohled možná přízemní, zároveň ale realistická: čest a uznání, kterým se člověk ve společnosti těší a na kterých mu v jádru i nejvíce záleží, se odvíjejí od mínění druhých. A pokud je někdo podroben mučení, na cti mu to v jejich očích pochopitelně nepřidá – spíše to na něj jen vrhne podezřelé světlo: „Právě mučení samo způsobuje skutkovou nečestnost tomu, kdo jest jeho obětí. Tudíž touto methodou snímá se nečestnost tím, že vrhá se někdo v nečestnost.“²⁵ Pro člověka, který byl mučen, bude obtížné znovu si vydobýt úctu druhých. I v případě, že mu vina nebude prokázána, pořád mu zůstane skvrna, kterou nebude snadné smýt. Zhruba takto lze pochopit Beccariův argument, který ovšem v celkovém kontextu *Traktátu* nepatří mezi ty nejzásadnější. Navíc se zdá, že se tu Beccaria (možná i záměrně) dopouští určitého pojmového zmatení. Pro zastánce mučení neměl onen veřejný pojem „čestnosti“ valného významu, šlo jim (alespoň co do jejich oficiálních proklamací) o onu vnitřní „čestnost“, tj. o to, zda obžalovaný dále setrvá či nesetrvá ve hříchu lži. Beccaria jim sice právem vytýká jejich násilnou metodu, která k vytouženému výsledku v rozhodné většině případů nevede, ale vedle toho nesprávně směšuje dva různé pojmy „čestnosti“ a podsouvá svým odpůrcům názory, které reálně nezastávali.

3. ABSOLUTNÍ NEPŘÍPUSTNOST TORTURY

Za zmínku stojí konečně i fakt, že tortura je v *Traktátu* vydávána za nepřijatelnou praktiku za všech myslitelných okolností. Na rozdíl od trestu smrti, z jehož zákazu připouštěl výjimku mj. s ohledem na národní bezpečnost, byl tedy Beccaria v odmítnutí tortury zcela principiální.²⁶ V *Traktátu* není jediná zmínka o možných situacích, za nichž

²⁴ „Učení neklamně nás ubezpečuje, že skvrny, jichž dopustila se slabost lidská a které nezasluhují věčný hněv velké Bytosti, mají býti očistěny ohněm od nás nepochopitelným; nečestnost pak je skvrna občanská; a jako bolest a oheň snímají skvrny duševní a netělesné, proč by bolest muk nesňala skvrnu občanskou, za kterou se považuje nečestnost? Věřím, že doznání se viníka, jehož při některých soudech se vyžaduje jako podstatné části k odsouzení, má původ ne nepodobný, poněvadž před tajemnou soudnou stolicí kající doznání hříchu jest podstatnou částí svátosti. Hle, jak lidé zneužívají nejjistějších pravd zjevení.“ BECCARIA, Cesare, op. cit., s. 34 an.

²⁵ Ibidem, s. 34.

²⁶ Například Voltaire v této věci zastává mnohem opatrnější pozici. Ve svém *Komentáři k Traktátu* přichází s návrhem, který by měl předejít alespoň těm největším hrůzám a omezit mučení výhradně na tzv. „následnou

by mučení snad mohlo být ospravedlnitelné, což vzhledem ke zřetelně utilitaristickému ladění mnoha ostatních pasáží textu poněkud překvapuje. V této konkrétní věci má Beccaria blíže k pozici kantovské, respektive deontologické. Individuální práva jsou zde pro něj posvátná a o jejich omezení ve jménu společensky užitečných cílů odmítá být jen uvažovat. S obdobně nekompromisním přístupem se přitom často setkáváme i v dnes vedené diskusi, a to jak ze strany lidskoprávních aktivistů a organizací (absolutní nepřipustnost tortury dodnes hájí například organizace Amnesty International), tak i ze strany mnohých právních filosofů a teoretiků. Ovšem s principiálním odmítnutím mučení se opakovaně setkáváme i v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva, která má pro právní život zcela zásadní význam. V následujícím oddílu se je proto třeba u obojího zastavit.

3.1 Absolutní nepřipustnost tortury jako předmět teoretické diskuse

Principiální odmítnutí tortury, jak se s ním setkáváme u Beccarii i řady jiných myslitelů, musí již po léta čelit řadě námitek. Podle utilitaristů, kteří takovýto přístup napadají nejčastěji, mohou tu a tam nastat situace, kdy je správné rozhodnout se pro menší zlo v podobě mučení, protože jen tak je možné zabránit hrozícímu zlu většímu. To samozřejmě neznamená, že by utilitaristé považovali mučení *prima facie* za správné, naopak. Stejně jako představitelé deontologického proudu morální filosofie i oni uznávají, že mučení je samo o sobě hodné odsouzení, na rozdíl od nich jsou ale ochotni uvažovat o výjimkách, za kterých může být opodstatněné. V sekundární literatuře – například v textech Williama Twininga, Johna T. Parryho²⁷ a mnohých dalších – je v této souvislosti často zmiňována modelová situace, kdy atentátník na utajeném místě nastražil špinavou bombu, jež má teprve vybuchnout, a v mezidobí se dostal do rukou policie (hovoří se zpravidla o tzv. „scénáři tikající bomby“).²⁸ V takové chvíli je potom podle mnohých správné a spravedlivé podrobit ho mučení, na základě kterého vyzradí, kde se bomba nachází. Zájem na ochraně jeho základních individuálních práv totiž musí ustoupit zájmu na ochraně života a bezpečnosti (řádově mnohem většího počtu) jiných lidí.²⁹

torturu“, a to pouze ve zvlášť závažných případech: „*Vyhraďte aspoň tuto krutost zločincům usvědčeným, kteří zavraždili otce rodiny anebo otce vlasti, vyhledejte jejich spolupachatele, avšak aby mladá osoba, spáchavši nějaké zločiny, které po sobě nezanechávají žádných následků, snášela tutéž torturu jako otcovrah, není to neužitečné barbarství?*“ VOLTAIRE. *Komentář k traktátu o Zločinech a trestech*, cit. podle BECCARIA, Cesare, op. cit., s. 35 an.

²⁷ TWINNING, William – PASKINS, Barrie. *Torture and philosophy. Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes*. 1978, Vol. 52, s. 143–168; PARRY, John. T. *Understanding Torture: Law, Violence, and Political Identity*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2010.

²⁸ Kritici často namítají, že jde o situaci zcela hypotetickou, která v reálném běhu dějin sotva kdy nastane. Jak ale ukazuje například Alex Bellemey, není to tak docela pravda: k totožné situaci došlo například během alžírské krize v roce 1957, kdy francouzské bezpečnostní složky zadržely člena komunistického odbojového hnutí přímo ve chvíli, kdy bombu nastražoval a přitom jej podezíraly, že už stejně postupoval ještě i na jiném, jim neznámém místě. Reálně tak po určitou dobu stály před výše popsaným rozhodnutím, tj. zda podezřelého v zájmu ochrany nevinných životů podrobit mučení či nikoliv. Srov. BELLAMY, Alex J. *No Pain, No Gain? Torture and Ethics in the War on Terror. International Affairs*. 2006, Vol. 82, iss. 1, s. 121–148.

²⁹ K této spleťté problematice viz např. WISNEWSKI, Jeremy, op. cit., s. 93 an.; ALLHOFF, Fritz. *Terrorism, Ticking Time-Bombs and Torture*. Chicago: University of Chicago Press, 2012; LUBAN, David. *Liberalism, Torture and the Ticking Bomb. Virginia Law Review*. 2005, Vol. 91, s. 1425–1461 aj. Obecně tu jde o klasické morální dilema, kdy na miskách vah leží na jedné straně individuální práva a na straně druhé národní bezpečnost (podobně

Je to jednoduchá, veskrze utilitární kalkulace: jeden člověk, nadto pravděpodobně – být ne jistě – zločinec, musí podstoupit útrapy, aby mnoho ostatních mohlo přežít (někdy v této souvislosti bývá dokonce zmiňována i zcela hypotetická situace, kdy mučení jednotlivce je jediným způsobem, jak odvrátit jadernou válku a z ní plynoucí zkázu celé planety). Takovýto postup přitom bývá morálně ospravedlňován rozličnými způsoby: někdy na základě analogie s právem na nutnou obranu (jde *de facto* o formu nutné obrany společnosti), jindy pro změnu na základě analogie s právem spravedlivé války. V obou případech jde o totéž: jednání, které by samo o sobě bylo nutné odmítnout, je třeba posuzovat jinak, jde-li o adekvátní, proporcionální reakci na neoprávněný zásah do našich práv.³⁰ Všichni ti, co mučení ve výjimečných případech s tímto zdůvodněním připouštějí, přitom jedním dechem dodávají, že musí i nadále v trestních normách zůstat zapovězenou praktikou – tyto normy pouze nemají být v některých ojedinělých případech aplikovány a mučitel nemá být trestně stíhán (tako v této otázce v minulosti judikoval například izraelský Nejvyšší soud, podle jehož svérázné právní konstrukce může konkrétní vyšetřovatel najít záchranu pod „křídly krajní nouze“³¹).

Uvažování tohoto druhu je i dnes nicméně terčem ostré kritiky, a to jak ze strany některých morálních a právních filosofů (např. Jean Maria Arrigo a Vittorio Bufacchi), tak i ze strany řady nevládních lidskoprávních organizací. Například Amnesty International (AI) ve svých dokumentech³² tvrdí, že tortuře v jakékoliv formě je třeba říct důsledné ne, a to za všech myslitelných okolností. S člověkem, říká se tu v kantovském duchu, nikdy není možné jednat jako s pouhým prostředkem.³³ Ovšem právě to se dle AI v případě tortury děje. Ve skutečně humánní společnosti proto nemůže mít mučení své místo, stejně jako je v ní nemůže mít třeba otroctví nebo genocida, jimž je tu tortura fakticky postavena narovně (lze si povšimnout, že jde o velmi podobný druh hodnotově-sociologického argumentu jako u Beccarii). V materiálech AI se dále hovoří o tom, že jakmile učiníme ze zákazu tortury první výjimku, ocitneme se na šikmé ploše a budeme pak náchylní „oprávněné výjimky“ dále rozšiřovat (opět jde o argument, který by Beccariovi coby známému odpůrci soudcovské diskrece a zastánci až formalistického dodržování pravidel patrně konvenoval).³⁴

dilema se řeší například v otázce, zda sestřelit či nesestřelit letadlo unesené teroristy, a zabít tak v zájmu bezpečnosti většího celku nevinné pasažéry).

³⁰ K tomuto ospravedlnění srov. zejména: SHUE, Henry. *Torture. Philosophy and Public Affairs*. 1978, Vol. 7, No. 2, s. 124–143.

³¹ K rozhodnutí Nejvyššího soudu státu Izrael ze dne 6. 9. 1999 ve věci *Komise proti mučení v Izraeli a další proti Generální bezpečnostní službě* srov. zejména HERCZEG, Jiří. Zákaz mučení a jeho relativizace. *Trestněprávní revue*. 2006, č. 7, s. 208 an.

³² Dostupné jsou například zde: <http://www.apt.ch/content/files_res/tickingbombscenario.pdf>.

³³ Není bez zajímavosti, že zcela shodně ve věci mučení ve svém separátním stanovisku k případu *Tibi proti Ekvádoru* uvažuje například i soudce Meziamerického soudu pro lidská práva Cancado Trindade. Ten se v něm rovněž přímo dovolává kantovského pojetí osoby jakožto „účelu o sobě“ a mučení odmítá mj. i na základě toho, že tento princip zcela flagrantním způsobem porušuje. Tortura degraduje jednotlivce na pouhý prostředek k dosažení konkrétních trestněprocesních cílů, a zcela tak popírá jeho lidskou důstojnost. Srov. Meziamerický soud pro lidská práva: Rozsudek ze dne 7. 9. 2004, *Tibi proti Ekvádoru*, ser. C, č. 114. Separátní vótum soudce Candade Trandadeho, odst. 24.

³⁴ Totožnou argumentaci, tj. že od povolení tortury v extrémních případech vede přímá cesta k jejímu postupnému rozšíření, lze nalézt například i zde: SIMONCINI, Marta. Risk Regulation Approach to EU Policy against Terrorism in the Light of the ECJ/CFI Jurisprudence. *German Law Journal*. 2009, Vol. 10, No. 69, s. 1526–1549; obdobně – jen z druhé strany – se na věc dívá také právní a morální filosof Yuval Ginbar. Ten si klade otázku,

Právní teoretici Jean Maria Arrigo a Vittorio Bufacchi se pak v jednom ze svých časopiseckých článků³⁵ snaží o komplexní argumentaci proti nastíněnému „scénáři tikající bomby“. Za pozornost stojí především dvě jejich námitky. Ony údajné výjimečné důvody, které mohou mučení ospravedlnit, podle nich vždy stojí na několika zcela konkrétních předpokladech, které je třeba případ od případu pečlivě empiricky prověřovat. Není totiž vůbec předem jisté, zda mučení bude provedeno správně, zda mučený potřebnou informací v tak krátké době vyradí (mučení zpravidla zafunguje až tehdy, je-li vykonáváno po delší čas), a zda se tudíž podaří zachránit ony životy, které jsou údajně v sázce. Jinými slovy: situace je zpravidla natolik nejistá a ovlivňuje ji tolik různých proměnných, že se na úspěch mučení vůbec není možné realisticky spolehnout. Pokud je přitom celý argument ve prospěch mučení založen utilitárně (použitý negativní prostředek je ve výjimečném případě ospravedlněn dosaženým pozitivním účelem), není možné tyto praktické okolnosti přehlížet.

Má-li mučení pomoci odvrátit hrozící škody na životech, musíme se podle nich také ptát, zda tyto škody skutečně převáží nad ostatními škodami, jež mučení způsobuje. A to nejen konkrétnímu mučenému jedinci a jeho lidské důstojnosti, nýbrž i celé společnosti, jejíž právní vědomí bude podle Arriga a Bufacchiho v důsledku provedené tortury zásadně oslabeno, a jejíž občané ztratí základní důvěru v existující instituce (opět zde v určité formě slyšíme ozvuky Beccariova hodnotově-sociologického argumentu). Takováto eroze důvěry v právní stát a spravedlnost pak má pro společnost dle Arriga a Bufacchiho ještě závažnější důsledky než sebeničivější útok.³⁶ To je ovšem předpoklad nanejvýš sporný, který navíc není možné nijak přesně ověřit. Detailnější teoretický rozbor této otázky však již dalece překračuje omezené možnosti tohoto textu.

3.2 Absolutní nepřípustnost tortury v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva a otázka přípustnosti důkazů získaných prostřednictvím mučení

Namísto toho je třeba alespoň krátce věnovat pozornost relevantní judikatuře. Zatímco právní filosofové vedou diskusi, která je bezpochyby cenná, ale na život konkrétních občanů bezprostřední vliv nemá, soudci mají v tomto ohledu o mnoho větší zodpovědnost. Zvláštní úloha přitom náleží zejména Evropskému soudu pro lidská práva coby hlavnímu „strážci“ práv garantovaných Úmluvou – to zejména díky doktríně „interpretací závaznosti“ jeho rozsudků pro rozhodovací činnost vnitrostátních soudů.

zda existují nějaké přesné hranice v tom, co je ochotna společnost vykonat pro to, aby terorista tikající bombu odstranil. Kam až je mu možné ustupovat, jaké všechny hodnoty je možné ve jménu bezpečnosti obětovat? I tady se totiž podle Ginbara pohybujeme na potenciálně šikmé ploše a v konečném důsledku tu nehrozí nic menšího než morální zotročení celé společnosti. Srov. GINBAR, Yuval. *Why Not Torture Terrorists?* Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 45 an.

³⁵ ARRIGO Jean Maria – BUFACCHI, Vittorio. Torture, Terrorism and the State: a Refutation of the Ticking-Bomb Argument. *Journal of Applied Philosophy*. 2006, Vol. 23, No. 3, s. 355 an.

³⁶ Tuto věc patrně není možné dost dobře rozřešit, aniž bychom učinili „prvotní rozhodnutí“ o důležitých hodnotách. Například v bouřlivé diskusi, která v Německu následovala po Gäfgenově případu, takto opakovaně zaznívala otázka, co v hodnotové hierarchii stojí výš: zda lidská důstojnost (názor trestněprávního teoretika a filosofa Wolfganaga Schilda) či sama lidská existence jakožto nezbytný předpoklad důstojnosti (názor politologa Petera Nitschkeho). K tomuto srov. podrobněji MATĚJČKOVÁ, Tereza. Mučit nebo nemučit? *Česká pozice*. Dostupné z: <http://ceskapozice.lidovky.cz/mucit-nebo-nemucit-0n5-/recenze.aspx?c=A111228_093415_pozice_50404>.

Evropský soud se otázkou, zda je právo jednotlivce nebýt mučen či podroben nelidskému nebo ponižujícímu zacházení či trestu, jak je zakotveno ve článku 3 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv, právem absolutním nebo zda je za určitých mimořádných okolností přípustné je omezit, v minulosti již opakovaně zabýval. Ať již šlo o případ, kdy byla ohrožena národní bezpečnost v důsledku teroristických akcí (Rozsudek ESLP ze dne 28. 7. 1999, *Selmouni proti Francii*, stížnost č. 25803/94), nebo o případ, kdy byl v sázce život nevinné lidské bytosti, nadto dítěte (Rozsudek ESLP ze dne 1. června 2010, *Gäfgen proti Německu*, stížnost č. 22978/05), Evropský soud vždy došel k závěru, že zákaz mučení nebo jiného nelidského či ponižujícího zacházení je zákazem absolutním, jehož porušení nemůže být ospravedlněno za žádných myslitelných okolností. Neexistuje tedy situace, za níž by tato norma mohla být derogována či suspendována – zákaz mučení představuje podle mínění Evropského soudu fundamentální princip právního státu, který nemůže být jakkoliv vyvažován jinými právními principy či zájmy, byť by byly sebedůležitější (například zájmem pozůstalých na potrestání viníka nebo koneckonců i obecným zájmem veřejnosti na stíhání pachatelů trestných činů).³⁷

Jak vidno, Evropský soud tedy v této otázce zaujal stejně principiální postoj jako Beccaria a jasně konstatoval, že mučení nebo jiné ponižující či nelidské zacházení není v civilizovaném právním státě – hodným toho jména – přípustné. Zároveň ale musel soud řešit některé spletité otázky, jež lombardský myslitel nemohl ve své době dost dobře předjímat. Především jde o otázku, zda mohou být důkazy získané prostřednictvím tortury za určitých výjimečných okolností v trestním řízení připuštěny, nebo zda je nutné je bez dalšího odmítat. Takové by s největší pravděpodobností koneckonců bylo i stanovisko Beccariovo – patrně už jen proto, že by ze zásady odmítal nechat posuzování přípustnosti takto získaných důkazů na soudcově volném uvážení. V současné juristické diskusi se na toto však názory dosti různí.

Zvláštní význam má v dané problematice zejména judikát v již zmiňovaném případě *Gäfgen proti Německu*. Není zde prostor podrobněji líčit skutkový stav této kontroverzní trestněprávní kauzy se všemi jeho spleťmi,³⁸ proto jen stručně: na podzim 2002 unesl sedmadvacetiletý student práv Magnus Gäfgen jedenáctiletého syna zámožného německého bankéře. Uškrtil jej, tělo ukryl v přírodě a na chlapcově rodině požadoval milionové výkupné. Od okamžiku, kdy peníze převzal, ho již německá policie sledovala a při pokusu opustit zemi pak i zatkla. Vyšetřovatelé se přitom v danou chvíli domnívali, že chlapec je stále naživu, ale během výslechu nebyli od Gäfgena schopni získat žádné uspokojivé informace o místě jeho úkrytu.³⁹ S ubíhajícím časem se proto rozhodli použít drastičtější metodu a přistoupili k pohružce užití fyzického násilí (Evropský soud ve shodě s dřívější judikaturou toto jejich jednání později kvalifikoval jako „nelidské zacházení“ spadající pod článek 3 Úmluvy). Gäfgen se tomuto nátlaku rychle podvolil, přiznal se vyšetřovatelům, že chlapce zavraždil a také je zavedl na místo, kde ukryl jeho tělo.

³⁷ Srov. Rozsudek ESLP ze dne 1. června 2010, *Gäfgen proti Německu*, stížnost č. 22978/05, odst. 175 a 176.

³⁸ Velmi plastický a detailní popis této kauzy nabízí například již citovaný článek Jiřího Herczega. Srov. HERCZEG, Jiří, op. cit., s. 207 an.

³⁹ Soud tuto skutečnost vzal v potaz a výslovně stanovil, že vyšetřovatelé v danou chvíli jednali v zájmu záchrany života nevinného dítěte, a tedy i v zájmu ochrany dalšího fundamentálního práva garantovaného Úmluvou, konkrétně práva na život. Ani toto však soudce nepřinutilo učinit ze zákazu tortury výjimku. Srov. Rozsudek ESLP ze dne 1. června 2010, *Gäfgen proti Německu*, stížnost č. 22978/05, odst. 175.

Právě tady ale vznikla jedna ze složitých otázek,⁴⁰ již se musel soud zabývat. Použit doznání učiněné pod pohrůžkou mučení coby důkaz bylo samozřejmě ve shodě s článkem 3 Úmluvy i vnitrostátním trestním právem nepřípustné. Sporné ale bylo, jak pohlížet na všechny jiné – přímé i nepřímé – důkazy, které se vyšetřovatelům podařilo v souvislosti s tímto doznáním získat. Zda na ně hledět jako na „plody otráveného stromu“ („*fruits of the poisonous tree*“) a z řízení je zcela vyloučit, anebo uplatnit diferencovaný přístup a hypoteticky zkoumat, zda jde o důkazy, k nimž by se za předvídatelného běhu mohli vyšetřovatelé dostat i jinak, a v řízení je pak připustit (a celý tento postup proto pokládat za konformní s článkem 6 Úmluvy, zaručujícím právo na spravedlivý proces). K takovému zkoumání se ale soudci nakonec uchýlit nemuseli, neboť situaci jim paradoxně ulehčil sám Gäfgen. Ten totiž – jsa jasně poučen o svém právu nevyprávět i o tom, že jeho dřívější doznání proti němu nemůže být použito – učinil hned na začátku soudního projednání věci doznání nové. Zdůraznil, že tak činí zcela svobodně, s vědomím vlastní viny a s vůlí převzít za své jednání, jehož nyní hluboce lituje, plnou zodpovědnost. Právě to přitom sehrálo v rozhodování velkého senátu ESLP klíčovou roli: soudci přišli s konstrukcí, že toto doznání rozrušilo kauzální řetězec vedoucí od Gäfgenova původního vynuceného doznání směrem k výroku o jeho vině.⁴¹ Tímto doznáním byl obnoven *status quo ante*, tj. právní stav před porušením článku 3,⁴² a pokud tedy německé soudy při projednávání případu pracovali se všemi relevantními důkazy s výjimkou prvotního Gäfgenova doznání, bylo to z hlediska standardů spravedlivého procesu podle ESLP v pořádku – tím spíš, že důkazy opatřené v souvislosti s porušením článku 3 neměly v daném případě žádný vliv na Gäfgenovo odsouzení a uložení trestu.⁴³

Tato úvaha se ihned také stala předmětem kritiky ze strany několika disentujících soudců. Soudce Rozakis a s ním i soudci Tulkensová, Jebens, Ziemeleová, Bianku a Powerová, kteří se k jeho nesouhlasnému stanovisku připojili, takto například uvedli, že trestní řízení podle nich od momentu zadržení až do momentu vynesení rozsudku tvoří jeden „organický, vzájemně propojený celek“, který nemůže být účelově parcelován na jednotlivé fáze.⁴⁴ Takovéto počínání označili za formalistické a potenciálně i velmi rizikové. Zjednodušeně řečeno, pokud je proces hned v samém začátku „kontaminován“ porušením článku 3 Úmluvy, nemůže to podle nich zůstat bez vlivu na jeho celek, lhostejno k jakým pomyslným přerušením kauzálního řetězce později v jeho průběhu dojde. Většina soudců však takto neuvažovala a na základě odvážné právní konstrukce poprvé

⁴⁰ Soud se samozřejmě na podkladě Gäfgenovy stížnosti věnoval i řadě jiných sporných otázek. Mezi jinými například posuzoval, zda je možné stěžovateli nadále přiznávat „status oběti“, nebo zda tohoto statutu pozbýl, neboť vnitrostátní orgány již dokázaly odhalit a adekvátně potrestat konkrétní představitele veřejné moci, kteří zneužili svou pravomoc, a stěžovatele odškodnit. Velký senát nakonec v této věci dospěl k závěru, že Gäfgen o „status oběti“ nepřišel, neboť dotýčným policejním vyšetřovatelům byl uložen jen zcela neadekvátní peněžitý trest a jeden z nich byl později dokonce povýšen. Soud tento postup označil z hlediska generální prevence za nedostatečný a jasně stanovil, že se tím dává neblahý vzkaz možným dalším představitelům veřejné moci, kteří by v budoucnu mohli uvažovat o tom, zda se uchýlit či neuchýlit k mučení podezřelého či jinému nelidskému nebo ponižujícímu zacházení.

⁴¹ Srov. Rozsudek ESLP ze dne 1. června 2010, *Gäfgen proti Německu*, stížnost č. 22978/05, odst. 180.

⁴² Srov. Rozsudek ESLP ze dne 1. června 2010, *Gäfgen proti Německu*, stížnost č. 22978/05, odst. 182.

⁴³ Podrobněji k tomu např. ZÁHORA, Josef. Limity zásahov do základních práv a slobod při odhalování a vyšetřování terorizmu. *Trestněprávní revue*. 2011, č. 7, s. 201.

⁴⁴ Srov. Rozsudek ESLP ze dne 1. června 2010, *Gäfgen proti Německu*, stížnost č. 22978/05, přiložené částečně nesouhlasné stanovisko soudců Rozakis, Tulkensová, Jebense, Ziemeleová, Bianku a Powerové, odst. 5 a 6.

připustila, aby v trestním řízení byly použity důkazy získané v souvislosti s provedeným mučením, byť pouze za předpokladu, že neměly žádný vliv na jeho konečný výsledek. Podle mínění disentujících soudců však tímto rozhodnutím otevřeli pomyslnou Pandořinu skříňku – v otázce, zda použití důkazů získaných v rozporu s článkem 3 Úmluvy znamená bez dalšího i skutečnost, že šlo o nespravedlivý proces, tak podle nich již napříště nepanuje právní jistota. Právo vyjádřené ve článku 3 Úmluvy by v jejich očích mělo být právem skutečně absolutním, a to včetně všech jeho myslitelných procesních konsekvencí. Jen pokud bude toto dodržováno zcela neochvějně, „*nebudou představitelé státní moci, kteří jsou v pokušení použít nelidský postup, nechání na pochybách o marnosti tohoto zakázaného jednání. Zbavilo by je to jakékoliv potenciální motivace či pobídky k tomu, aby s podezřelými zacházeli způsobem, který je neslučitelný s článkem 3.*“⁴⁵ Jestliže se soudci ESLP ve svém většinovém stanovisku z principu, podle něž porušení článku 3 bez dalšího znamená i porušení článku 6, rozhodli na základě „intelektuálního konstruktů“ přerušení kauzálního řetězce připustit výjimku, vydali se tím podle minoritního stanoviska na tenký led a dali představitelům veřejné moci států vázaných Úmluvou potenciálně velmi nebezpečný vzkaz. Konečně pak disentující soudci neopomněli vypíchnout ani jistou logickou nekonzistentnost daného rozhodnutí: „*Soud dovodil, že důkazy získané prostřednictvím nelidského zacházení s obviněným mohou být v procesu připuštěny, a že tento proces přesto může být vnímán jako ‚spravedlivý‘, alespoň potud, pokud tyto důkazy nemají žádný vliv na jeho výsledek. Pokud nemohou mít vliv, jeden žasne, proč byly připuštěny.*“⁴⁶

Lze předpokládat, že tato otázka ještě v budoucnu přijde v rozhodovací činnosti evropských soudů na přetřes a že možné důsledky pro právní jistotu v ní i nadále budou představovat významný argument. Celou věc lze uzavřít konstatováním, že Cesare Beccaria by byl s velkou pravděpodobností s citovaným minoritním stanoviskem spokojen. Přesně totiž odpovídá jeho principiálnímu stanovisku ve vztahu k tortuře, stejně jako jeho nechtu k přehnaně „tvorivému“ výkladu jednoznačně formulovaných právních norem.

ZÁVĚREM

Beccariovo rozhodné vystoupení proti tortuře, od něž nás dnes dělí již čtvrt tisíciletí, si je dobré stále připomínat jako ve své době odvážné a nesamozřejmé gesto, které významným způsobem napomohlo změnit přístup západní společnosti k mučení. Argumenty, které jsou v této záležitosti vznášeny dnes, jsou pochopitelně přece jen preciznější a strukturovanější, přesto v mnohém na základní sdělení *Traktátu* navazují. Současná západní společnost, která čelí hrozbě mezinárodního terorismu, se musí vyrovnávat s některými složitými morálními i právními dilematy, jež Beccaria ve své době nemohl předjímat. Jeho principiální odmítnutí tortury s poukazem na její nelidskost,

⁴⁵ Rozsudek ESLP ze dne 1. června 2010, *Gäfgen proti Německu*, stížnost č. 22978/05, přiložené částečně nesouhlasné stanovisko soudců Rozakise, Tulkensově, Jebense, Ziemeleové, Biankua a Powerové, odst. 10 (volný překlad autora).

⁴⁶ Rozsudek ESLP ze dne 1. června 2010, *Gäfgen proti Německu*, stížnost č. 22978/05, přiložené částečně nesouhlasné stanovisko soudců Rozakise, Tulkensově, Jebense, Ziemeleové, Biankua a Powerové, odst. 8 (volný překlad autora).

nespolehlivost, neslučitelnost s principem presumpce nevinny a konečně i na její neblahý vliv na převládající hodnotové klima ve společnosti však v sobě obsahuje podněty, které mají nezpochybnitelnou relevanci i v současné diskusi.

Obzvláště hodnotově-sociologický argument, podle něž mučení (stejně jako třeba výkon trestu smrti) přispívá ve společnosti k šíření nebezpečné „kultury násilí“, zaznívá v širší společenské debatě (ale i odborné literatuře) i dnes. Stejně tak má své opodstatnění i Beccariův důraz na individuální práva podezřelého, jež odmítá obětovat domnělým, společensky užitečným cílům. V současné západní společnosti, která je tváří v tvář bezpečnostním hrozbám i rozličným hrůzostrašným trestným činům stále častěji ochotna uvažovat o omezování základních práv svých občanů, je takovýto hlas – přinejmenším jako korektiv ukvapených opatření motivovaných strachem – velmi potřebný. Vedle Kanta, Locka či Montesquieua tak současní zastánci neporušitelnosti individuálních práv nacházejí významnou oporu i v Beccariovi.

DISKUSE

POMĚŘOVÁNÍ JAKO KLÍČOVÝ ARGUMENT PŘEZKUMU ÚSTAVNOSTI V ĚŘE PROPORCIONALITY A NĚKTERÉ PROJEVY JEHO KRITIKY

Pavel Ondřejek*

Abstrakt: Poměřování základních práv a svobod je všudypřítomné v současném ústavním právu, zároveň však platí, že dosud popsané koncepce poměřování různých autorů se podstatně liší. Článek zmiňuje několik pojetí poměřování, např. jako nástroje optimalizace, principiální argumentace, dosažení efektivity právní regulace, nebo jako metody stanovení deontologických limitů pro omezení základních práv. Tyto modely (poměřování jako optimalizace, principiální poměřování, duální model poměřování) však nevyvracejí některé zásadní argumenty proti technice poměřování, zejména námitku nesouměřitelnosti, nutnosti přiznání diskrece zákonodárci a ztráty specifického charakteru základních práv. Naproti tomu, článek argumentuje ve prospěch takového pojetí poměřování, které maximálně reflektuje skutkový stav daného případu, anebo, v případě abstraktní kontroly ústavnosti, důsledků konkrétní právní regulace, a přihlíží přitom k roli zákonodárci a soudu v demokratickém právním státě.

Klíčová slova: poměřování, základní práva, princip proporcionality, nesouměřitelnost, ústavní přezkum, diskrece zákonodárci, úloha soudů

ÚVOD

Spojení „éra proporcionality“ v názvu článku může působit nepatřičně. Nejedná se však o ojedinělou charakteristiku. Již koncem 80. let minulého století hovořil americký autor A. Aleinikoff v souvislosti s aplikací lidských práv v americkém ústavním právu o éře vyvažování (*age of balancing*).¹ Současná americká autorka V. Jacksonová použila podobné spojení (*age of proportionality*) jako argument ve prospěch reflexe tohoto principu i v USA, kde je až na výjimky aplikace principu proporcionality stále odmítána.²

* JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: ondřejek@prf.cuni.cz. Příspěvek byl zpracován v rámci projektu UNCE Výzkumné centrum pro lidská práva Univerzity Karlovy, č. 204006/2012. Za cenné připomínky k článku děkuji J. Brozovi, veškeré chyby jdou na vrub autora.

¹ ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*. 1987, roč. 96, č. 2, s. 1005. Nutno však poznamenat, že prof. Aleinikoff vnímal techniku vyvažování (*balancing*) kriticky, neboť podle jeho názoru příliš rozšiřuje pravomoc soudů.

² JACKSON, Vicki. Constitutional Law in the Age of Proportionality. *Yale Law Journal*. 2014–15, roč. 124, s. 3094–3196. Onou výjimkou jsou odlišná stanoviska soudce Nejvyššího soudu USA Stephena Breyera (z těch nejvýznamnějších zmiňme disent v případě *District of Columbia v. Dick Anthony Heller*, 554 U.S. 570 (2008) ze dne 26. června 2008, který se týkal ústavnosti zákonů omezujičích držení střelných zbraní. Zatímco těsná většina soudců (patřících ke konzervativnímu křídlu) považovala dotčený předpis za zásah do ústavně zaručeného práva lidu držet a nosit zbraně (chráněného Druhým dodatkem k ústavě), soudce Breyer poukazoval ve svém stanovisku na to, že většina ve svém rozhodnutí zcela opomíjí kolidující veřejný zájem, kterým je veřejná bezpečnost. K řešení této kolize navrhol použít princip proporcionality a tento svůj argument následně rozpracoval v knize: BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, s. 164 an.).

O současnosti jako o éře proporcionality referuje také emeritní předseda izraelského Nejvyššího soudu A. Barak.³ Kanadští editoři nedávno vydaného sborníku poznamenávají hned v úvodu, že o lidských právech v současnosti nelze hovořit bez poukazu na princip proporcionality.⁴

Praxe řady významných soudů, jejichž judikatura je často citována v různých státech (např. Evropského soudu pro lidská práva nebo německého Spolkového ústavního soudu), uvedený závěr potvrzují. V této souvislosti lze uvažovat o úloze doktríny a právní (zejména soudní) praxe posilující orientaci na určité dimenze práva, o nichž se tvrdí, že jsou buď univerzální anebo přinejmenším společné velké většině států.⁵ Pokud se z této diskuse o náznacích globalizovaného práva zaměříme na princip proporcionality, nelze si nevšimnout jeho pronikání (migrace) do různých států, čímž naznačujeme trend vnímání univerzálních či globálních základů metodologie interpretace základních práv. Takto vytvářený ideál globalizovaného práva představuje na straně jedné přání tímto směrem smýšlejících autorů, na straně druhé ale vyvolává i protichůdné tendence k odmítání „cizích“ koncepcí a namísto toho orientaci na vnitrostátní právo a jeho tradice.

Rostoucí zájem o vyvažování a proporcionalitu v ústavním právu však rovněž odráží skutečnost, že výklad základních práv, podávaný zejména vrcholnými soudními instancemi, se stále rozšiřuje. S tím souvisí problém, jak efektivně extenzivně interpretovaná základní práva chránit.⁶ Praktická argumentace základními právy totiž vylučuje na straně jedné jejich extenzivní interpretaci a zároveň na straně druhé jejich absolutní přednost před jakýmkoliv veřejným zájmem. Při úsilí o nalezení adekvátních ústavních limitů základních práv se teorie i praxe v řadě států obrací k doktríně vzniklé v poválečném německém ústavním právu.⁷ Nejinak tomu je i v České republice. O významu principu proporcionality v České republice nejlépe svědčí rostoucí výskyt používání této metodologie Ústavním soudem.⁸ Od 90. let se stává předmětem zájmu tuzemské právní vědy⁹

³ „Tak jako v současnosti žijeme v éře právu, žijeme rovněž v éře proporcionality.“ BARAK, Aharon. Proportionality and Principled Balancing. *Law & Ethics of Human Rights*. 2010, roč. 4, č. 1, s. 14.

⁴ HUSCROFT, Grant – MILLER, Bradley – WEBBER, Grégoire. Introduction. In: Grant Huscroft – Bradley Miller – Grégoire Webber (eds). *Proportionality and Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 1.

⁵ N. Walker tyto tendence popisuje ve své nejnovější knize: WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 18.

⁶ Uvedenou otázku si pokládá již v devadesátých letech minulého století N. Bobbio s tím, že v tomto případě nejde o otázku filosofickou, nýbrž politickou (BOBBIO, Norberto. *The Age of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1996, s. 10). V souvislosti s interpretací Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod štrasburským soudem o ní uvažuje rovněž bývalý předseda tohoto soudu R. Ryssdal – RYSSDAL, Rolv. The Coming of Age of the European Convention on Human Rights. *European Human Rights Law Review*. 1996, č. 1, s. 23.

⁷ K vývoji principu proporcionality v Německu, jakož i k analýze kolizí právních principů srov. HOLLÄNDER, Pavel. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky. *Právník*. 2016, č. 3, s. 266 an.

⁸ Podle internetové databáze rozhodnutí Ústavního soudu (<<http://nalus.usoud.cz>>) se výraz „proporcionalita“ (v různých tvarech) objevil v textu rozhodnutí mezi lety 1993 a 1999 celkem 25krát, mezi lety 2000 a 2009 celkem 526krát a od roku 2010 do konce roku 2015 celkem 798krát. Nutno však dodat, že uvedené počty jsou spíše orientační, protože v některých rozhodnutích se odkazuje namísto proporcionality na zásadu přiměřenosti (např. rozhodnutí sp. zn. I. ÚS 431/04). V jiných případech je výraz proporcionalita použit v jiném významu než jako technika posuzování ústavnosti limitů základních práv, např. v souvislosti s proporcionalitou uložených sankcí (např. v rozhodnutí sp. zn. Pl. ÚS 24/14) nebo proporcionality volebního systému (sp. zn. Pl. ÚS 14/14). I při zohlednění těchto odchylek se však domnívám, že trend zvyšujícího se výskytu principu proporcionality v judikatuře českého Ústavního soudu je patrný.

a v posledních letech se již stává standardní látkou v učebnicích kurzů ústavního práva vyučovaných na právnických fakultách.¹⁰

Poměřování základních práv a veřejných zájmů je standardně pojímáno jako složka principu proporcionality a bývá popisováno jako alternativní metoda aplikace práva vedle subsumpce.¹¹ Při poměřování hledíme na aplikovaná pravidla jako na právní principy, při jejichž aplikaci můžeme uvažovat o míře jejich naplnění v konkrétním případě, nikoliv, jako je tomu u právních norem, o podřazení nebo nepodřazení skutkového stavu pod tuto právní normu. Právě kontradiktorní charakter právních principů (a analogicky základních práv a veřejných zájmů) se stává základem pro aplikaci této metody.¹²

Pozoruhodným faktem při bližším zkoumání aplikace testu proporcionality, a to jak průřezově jednotlivými právními systémy, tak i v rámci českého právního řádu, je jistá neujasněnost struktury a jednotlivých kroků tohoto testu. Výše zmínění kanadští autoři dokonce s jistou mírou skepse hovoří o posunu od rozdílného porozumění testu proporcionality až ke škále různých principů proporcionality, které se souběžně aplikují.¹³ Tento stav je považován nejen mezi kritiky aplikace principu proporcionality za nežádoucí, neboť neshoda na samotné struktuře a rozsahu použití tohoto testu snižuje právní jistotu adresátů práva.¹⁴

⁹ První studie se zaměřovala na praxi německého Spolkového ústavního soudu: BRÖSTL, Alexander. O činnosti Ústavního soudu Spolkové republiky Německo (Teória právných princípov a prax). *Justičná Revue*. 1992, roč. 44, č. 8–9, s. 67–71. Další texty se již věnují také praxi českého Ústavního soudu. Základními příspěvky byla díla: HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, zejm. s. 148–173 a KOSAŘ, David. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*. 2008, č. 1, s. 3–19. Přirozeně na tomto místě nelze uvést všechny odborné texty, které se v České republice poměřování základních práv věnují, minimálně v posledním roce se však pozornost tuzemské právní vědy k tomuto principu obrací. Lze zmínit např. příspěvky: ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*. 2015, č. 4, s. 21–29; BROZ, Jan. Přezkum obecně závazných vyhlášek a princip proporcionality. *Právník*. 2015, č. 10, s. 821–842; ANTOŠ, Marek. Judikatura Ústavního soudu k sociálním právům: „nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, neúčinnější či nejmoudřejší“? *Jurisprudence*. 2014, č. 6, s. 3–14; VYHNÁNEK, Ladislav. Proporcionalně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, č. 3, s. 203–221. Kromě kvalifikační práce publikované následně jako monografie autorem tohoto článku se komplexní zpracování problematiky poměřování objevuje v disertační práci L. Vyhánka: VYHNÁNEK, Ladislav. *Komparativní analýza konfliktu mezi veřejným zájmem a ústavně zaručeným subjektivním právem v judikatuře nejvyšších a ústavních soudů*. Disertační práce. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2014 (text práce dostupný z: <http://is.muni.cz/th/108040/pravf_d/>). Nový impuls k debatám o tomto principu přináší diskusní řada vycházející od listopadu loňského roku na stránkách tohoto časopisu.

¹⁰ Např. WINTR, Jan. *Principy českého ústavního práva*. 3. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 133 an.; KOSAŘ, David – ANTOŠ, Marek – KÜHN, Zdeněk – VYHNÁNEK, Ladislav. *Ústavní právo. Casebook*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 362 an.; PAVLÍČEK, Václav a kol. *Ústavní právo a státověda. Díl II. Ústavní právo České republiky*. 2. vyd. Praha: Leges, 2015, s. 518; FILIP, Jan. *Výbrané kapitoly ke studiu ústavního práva*. 2. vyd. Brno: Václav Klemm, 2011, s. 72.

¹¹ Srov. např. RÖHL, Klaus – RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre*. 3. vyd. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008, s. 656.

¹² HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 21. Hlubší analýzu poměřování pak P. Holländer představil v příspěvku: HOLLÄNDER, Pavel. Putování po stezkách principu proporcionality..., s. 274.

¹³ HUSCROFT, Grant – MILLER, Bradley – WEBBER, Grégoire. Introduction..., s. 3.

¹⁴ Typickým příkladem je rozhodnutí českého Ústavního soudu o kauzi pro distributory pohonných hmot (sp. zn. Pl. ÚS 44/13 ze dne 13. 5. 2014) a krátký komentář M. Kopy k použité metodologii v tomto rozhodnutí, publikovaný na webu Jiné právo (dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.cz/2015/03/kdyz-ustavni-soud-vari.html>>). Jako příklad rozkolísané praxe je tento rozsudek zmiňován rovněž Z. Červínkem – ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu..., s. 21. Souhlasím však s připomínkou recenzenta tohoto textu, že prakticky jakýkoliv způsob argumentace v právu předpokládá určitý hodnotový soud, takže úplné odstranění nejistoty při aplikaci práva je nemožné.

Účelem tohoto příspěvku bude zaměřit se na závěrečný krok testu proporcionality, který bývá považován za jeho jádro.¹⁵ Jedná se o tu fázi rozhodování, kdy prozkoumané argumenty vhodnosti a potřeby omezení základního práva nevedou k závěru o protíústavnosti a je nutno pokračovat k ještě podrobnějšímu hodnocení limitů základních práv. Důvodem, proč se zaměřím právě na třetí složku principu proporcionality, je právě tato kombinace zásadního významu této argumentační techniky v rámci ústavního přezkumu s nejednotností přístupů a řadou kritických hodnocení.

V právní vědě lze předně vysledovat spor o to, zda je princip proporcionality třeba vnímat jako univerzální a globálně aplikovaný, anebo zda vychází z různých, třeba i zahraničních zdrojů, jeho zakotvení má však specifický charakter v každém právním systému.¹⁶ Jedním z nejvýznamnějších zastánců univerzálního a globálního pojetí principu proporcionality je současný německý profesor Robert Alexy, který představil svou tezi o principu proporcionality jako nezbytné součásti aplikace základních práv.¹⁷ Od prvního vydání anglického překladu Alexyho *Teorie základních práv* v roce 2002 se metoda poměrování dostává do popředí zájmu doktríny, která vytvořila do současnosti celou řadu pojetí poměrování. Spolu s tím se objevuje velké množství kritiků aplikace této metody.

Za klíčovou považuji i v současné době teorii R. Alexyho, nejen kvůli tomu, že je velmi propracovaná, nýbrž i z toho důvodu, že svou koncepci stále propracovává a usiluje tím o vypořádání se s odmítavým postojem k používání principu proporcionality. Podstatou mé argumentace v tomto článku bude, že zdaleka ne všechny argumenty proti poměrování jsou R. Alexym vyvráceny, částečně kvůli omezením, které na svou teorii sám klade, částečně však kvůli nedostatečnému reflektování určitých otázek, zejména role soudů při přezkumu ústavnosti zákonů přijatých v demokratickém procesu. Podle mého názoru nelze vnímat odděleně strukturální otázky poměrování od otázky legitimacy soudního přezkumu.

1. VARIANTY POMĚŘOVÁNÍ

Při popisu poměrování jakožto závěrečné složky testu proporcionality je nutné vrátit se k výše zmíněné polemice o globálním či lokálním charakteru tohoto testu. Autoři

¹⁵ BOMHOFF, Jacco. *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 1. BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. ... Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 7. MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 134.

¹⁶ Detailněji se tomuto problému věnuje BOMHOFF, Jacco. *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*. *Hastings Journal of International and Comparative Law Review*. 2008, roč. 31, s. 555–586.

¹⁷ Původně ve své habilitační práci *Teorie základních práv* (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986) omezoval R. Alexy analýzu principu proporcionality důsledně na německé ústavní právo. V novějších pracích je tato teorie aplikována na základní práva obecně: ALEXY, Robert. *Grundrechtsnorm und Grundrecht. Rechtslehre*. 2000, Beiheft 13, s. 102. ALEXY, Robert. *Menschenrechte ohne Metaphysik? Deutsche Zeitschrift für Philosophie*. 2004, roč. 52, č. 1, s. 15–24. Podle mnohých současných komentářů Alexyho díla má jeho teorie základních práv a principu proporcionality univerzální platnost – viz MENÉNDEZ, Agustín José – ERIKSEN, Erik Oddvar. Introduction. In: Agustín José Menéndez – Erik Oddvar Eriksen (eds). *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006, s. 4. MÖLLER, Kai. *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*. *International Journal of Constitutional Law*. 2007, č. 3, s. 457. ZUCCA, Lorenzo. *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. xiv.

zastávající globální pojetí zaměřují svou pozornost buď na strukturální analýzu základních práv, což je příklad díla R. Alexyho¹⁸ či izraelského autora A. Baraka,¹⁹ nebo na společný základ ústavních řádů jednotlivých států (D. Beatty²⁰ pojednává o univerzálním principu vlády práva a K. Möller²¹ o globálním modelu základních práv). Naproti tomu se vyskytují názory, že tvrzené univerzální pojetí přezkumu ústavnosti přehlíží významné rozdíly, které se vyvinuly v jednotlivých státech (J. Bomhoff²²) nebo v právních kulturách (I. Porat a M. Cohen-Eliya²³).

Uvedené koncepce naznačují, že jednotná teorie poměrování, a tedy i testu proporcionality, se dosud nevyvinula. Vyjdeme-li z jiné zásadní součásti Alexyho teorie – konkrétně z duálního charakteru práva (tj. charakteru reálného a ideálního),²⁴ existuje shoda na tom, že v reálné rovině se složky a struktura principu proporcionality mezi jednotlivými státy liší, spor se však vede o existenci jednotného testu v rovině ideální. Této otázce bych se chtěl zde věnovat. V prvé řadě se pokusím nastínit základní kritéria, kterými se různé teorie poměrování liší.

Porovnáme-li různé způsoby řešení kolizí základních práv, základním kritériem dělení teorií poměrování je odpověď na otázku, zda existují argumenty či důvody, které poměrování vylučují. Pokud ano, tyto teorie obvykle vedou k jednoduchému závěru (např. o absolutní povaze určitých základních práv anebo o nutnosti zužování rozsahu jednotlivých základních práv, aby byla možná subsumpce pod pouze jedno z nich). Proti tomu stojí přístupy důsledně poměřující všechny argumenty. Z jiného úhlu pohledu bychom mohli zkoumat, zda tyto teorie umožňují nějakým způsobem kvantifikovat předložené argumenty, anebo žádný takovýto mechanismus neexistuje.²⁵ Poměrování rovněž může mít rozdílné výsledky s ohledem na východiska preferování individuálních práv a svobod, anebo pokud na společnost pohlížíme jako na organický celek, v němž práva jednotlivců a celospolečenské zájmy jsou projevem jednotného souboru hodnot, na nichž je společnost vystavěna. Poslední z kritérií, které zmíním, se dotýká právní kultury. Základní myšlenky vycházejí z díla jihoafrického autora E. Mureinika, který psal krátce po přijetí prvního lidskoprávního katalogu tamější ústavy o „kultuře justifikace“ a „kultuře autority“, přičemž první jmenovanou spojoval s přechodem k demokracii.²⁶ Kultura justifikace podle tohoto autora důsledně vyžaduje po veřejné moci ospravedlnění

¹⁸ ALEXY, Robert. Grundrechtsnorm und Grundrecht..., s. 101–115.

¹⁹ BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*

²⁰ BEATTY, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, zejm. s. 159–188. Obdobný argument jako důvod rozšíření principu proporcionality popisuje i B. Schlink, jinak k aplikaci tohoto principu značně kritický. Viz SCHLINK, Bernhard. Proportionality. In: Michel Rosenfeld – András Sajó (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 736.

²¹ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²² BOMHOFF, Jacco. Balancing, the Global and the Local..., s. 555–586. BOMHOFF, Jacco. *Balancing Constitutional Rights...*

²³ PORAT, Iddo – COHEN-ELIYA, Moshe. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

²⁴ ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*. 2010, roč. 23, č. 2, s. 167 an. (slovenský překlad prof. A. Bröstla: ALEXY, Robert. Dvojaká povaha práva. *Právní obzor*. 2012, roč. 95, č. 1, s. 3 an.).

²⁵ Srov. obdobnou dichotomii formálního a rétorického poměrování u K. Möllera – viz MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 139–140.

²⁶ MUREINIK, Etienne. „A Bridge to Where?“ Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*. 1994, roč. 10, s. 31–48.

každého postupu, kultura autority jako její protipól legitimizuje postup veřejné moci samotným faktem existence pravomoci. Izraelští autoři I. Porat a M. Cohen Eliya²⁷ tuto myšlenku rozvíjejí, když popisují rozdílnost právní kultury Německa a Spojených států amerických. Americká právní kultura je podle jejich soudu daleko méně zaměřena na justifikaci aktů veřejné moci než kultura německá. Požadavky na ospravedlnění veřejno-právních aktů se pak projevují ve způsobech odůvodňování soudních rozhodnutí.²⁸

Pluralitu přístupů k poměrování základních práv se po stručném nastínění různých variant pokusím popsat na vybraných modelech. Při jejich volbě jsem vycházel jednak z reprezentativnosti dané teorie z hlediska ohlasů v odborné literatuře a dále z rozdílnosti východisek jednotlivých modelů, tak aby se nejednalo pouze o alternativy jediného přístupu. Alespoň zčásti deontologický přístup k řešení kolizí základních práv představuje tzv. duální model poměrování I. Porata. Teorie R. Alexyho je jednou z těch, které umožňují poměrování kvantifikovat v podobě tzv. vážící formule. A. Barak se od výše uvedených autorů odlišuje v tom, že na poměrování pohlíží prizmatem efektivity práva a teorie mezního užítku, když hovoří o principiálním poměrování.

2. POMĚŘOVÁNÍ JAKO PŘÍKAZ K OPTIMALIZACI

Teorii R. Alexyho není nutné na tomto místě detailně popisovat, neboť nedávno byla představena na stránkách tohoto časopisu v překladu J. Broze.²⁹ Uvedu proto pouze její základ. Tím je pravidlo poměrování: „*Čím větší je míra nenaplnění či omezení jednoho principu, tím větší musí být důležitost naplnění principu druhého*“,³⁰ které je pro praktickou argumentaci rozvedeno do podoby tzv. vážící formule, upravující zhodnocení konkrétní váhy principu či základního práva ve vztahu ke kolidujícímu principu nebo základnímu právu na základě kritérií, které R. Alexy stále podrobněji rozpracovává.³¹ Zaměřím-li se ještě na pojem optimalizace, etymologicky, jakož i z popisu teorie R. Alexym, plyne, že cílem aplikace vážící formule je nalezení takového řešení kolize základních práv, které je jediné a ideální.

Z několika důvodů lze vnímat Alexyho teorii poměrování jako nejpropracovanější. Již v předchozích krocích testu proporcionality, tj. při aplikaci testů vhodnosti a potřeby, vychází R. Alexy z Paretova optima, pojícího se v tomto případě k otázce vedlejších nákladů právní regulace omezující základní práva.³² V testu poměrování, který se použije jako poslední složka principu proporcionality, hraje velkou roli úvaha o abstraktní váze základních práv, při níž lze zohlednit např. vyšší abstraktní váhu lidské důstojnosti, než jaká je abstraktní váha ostatních kolidujících principů.³³ Na rozdíl od Poratovy koncepce

²⁷ PORAT, Iddo – COHEN-ELIYA, Moshe. *Proportionality and Constitutional Culture...*, s. 44 an.

²⁸ Srov. KÜHN, Zdeněk. Základní modely soudcovské argumentace. *Právník*. 2001, roč. 140, č. 4, s. 342–368. Zrod a aplikace principu proporcionality ve státech kontinentální právní kultury je důkazem jisté proměny způsobu soudního rozhodování od modelů založených na formalismu a subsumpci a diskurzivní argumentaci, v níž hrají větší roli než dříve právní principy (srov. *Ibidem*, s. 359 an.).

²⁹ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, č. 10, s. 867–878.

³⁰ *Ibidem*, s. 870.

³¹ Vážící formule byla poprvé představena v článku ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, č. 4, s. 444 an. V nejnovější verzi viz ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 871.

³² ALEXY, Robert. Balancing, Subsumption, and Rationality. *Ratio Juris*. 2003, č. 2, s. 135–136.

však abstraktní váha základního práva, pokud je toto právo aplikováno jako právní princip, nemůže představovat absolutní překážku aplikace kolidujícího práva nebo veřejného zájmu. Toto uvádí R. Alexy na příkladu inspirovaném rozhodnutím Spolkového ústavního soudu o protiústavnosti ustanovení Zákona o letecké bezpečnosti (*Luftsicherheitsgesetz*) umožňující sestřelit civilní letadlo, které by mohlo být použito jako zbraň. Při zohlednění různých okolností případu, by však lidská důstojnost podle R. Alexyho měla sehrát roli natolik významnou roli, že zásah do ní by mohl být přiměřený pouze ve zcela výjimečných případech.³⁴

Reálně tedy určitá základní práva s vysokou abstraktní vahou mohou dle R. Alexyho působit nikoliv jako zcela vylučující důvody, nýbrž jako téměř vylučující důvody, tj. důvody, které vylučují přiměřený zásah s výjimkou mimořádných událostí, kdy je třeba individuální právo obětovat, abychom předešli tragickým následkům. Takovýto příklad poměřování ve výjimečných situacích je však raritní a obdobně jako pro aplikaci jiných pravidel je možné i zde narážet na limity legality.³⁵

3. PRINCIPIÁLNÍ POMĚŘOVÁNÍ

A. Barak chápe poměřování jako test vzájemného vztahu na straně jedné užítka získaného zákonem omezujícím základní právo a na straně druhé újmu způsobené omezením tohoto práva.³⁶ Ve své teorii reaguje na práci R. Alexyho a formuluje kritérium poměřování v podobě *relativního společenského významu* (*relative social importance*) příslušného práva či veřejného zájmu.³⁷ Poměřování se u A. Baraka provádí zásadně na nižší úrovni abstrakce, neboť se váže k mezním užítkům a újmám. Nepoměřují se tedy v abstraktní rovině určitá základní práva proti kolidujícím právům nebo veřejným zájmům. Meznímu užítku a újmám se tento autor věnuje proto, že před přijetím příslušného opatření omezujícího základní právo již obvykle určitá úroveň základních práv a naplňování veřejných zájmů existuje. Podle A. Baraka je třeba postihnout pouze nastalou změnu.

Při takovémto způsobu argumentace zní klíčová otázka, jak tento mezní společenský užitek a újmu zjistit. A. Barak k tomu uvádí, že je nelze změřit empirickými vědeckými metodami, nýbrž se posoudí na základě argumentace a svou roli v ní bude hrát i společenský kontext, tradice, politický systém a další podobná kritéria.³⁸ Klíčové v teorii poměřování A. Baraka je rozlišování tří rovin, na nichž se poměřování může odehrávat. Teorie R. Alexyho představuje podle A. Baraka poměřování v abstraktní rovině, neboť zohledňuje ve své vážící formuli mimo jiné abstraktní váhu základních práv a veřejných

³³ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 870–871.

³⁴ Ibidem, s. 877. Skutečnost, že se R. Alexy tento výjimečný stav pokusil kvantifikovat, však bude níže podrobena kritice.

³⁵ Srov. polemiku D. Dyzenhouse a O. Grosse o extralegální a legální úpravě mimořádných stavů: DYZENHAUS, David. The compulsion of legality. In: Viktor Ramraj (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 33–59. GROSS, Oren. Extra-legality and the ethic of political responsibility. In: Viktor Ramraj (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 60–93.

³⁶ BARAK, Aharon. Proportionality and Principled Balancing..., s. 7.

³⁷ Ibidem.

³⁸ BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 349.

zájmů. Kromě toho se poměrování může odehrávat na úrovni individuálního případu při posuzování relativního společenského významu a mezních užitků v konkrétní věci.³⁹ Oproti poměrování na nejvyšší abstraktní rovině preferuje A. Barak poměrování při zohledňování i jiných aspektů než pouhé abstraktní váhy základních práv, avšak zároveň menšího počtu, než při zohledňování veškerých aspektů individuálního případu. Tuto teorii nazývá principiální poměrování (*principled balancing*). Místo abstraktní závažnosti základního práva staví do popředí typizované případy, které mohou v rámci aplikace jednoho základního práva nastat: na příkladu ochrany osobnosti ukazuje, že může nastat rozdílná situace v závislosti na tom, zda je osoba, která se ochrany domáhá, osobou veřejně známou anebo nikoliv. Jak sám autor této teorie tvrdí, její význam spočívá především ve zpřesnění abstraktního poměrování, při němž lze snížit širokou diskreci, což učiní poměrování transparentnější, strukturovanější a předvídatelnější.⁴⁰

Pojetí principiálního poměrování však není zcela nové. K podobným závěrům dospěl americký autor M. Nimmer již na konci 60. let minulého století, když na případu *New York Times Co. v. Sullivan*,⁴¹ který se týkal kolize svobody projevu a práva na ochranu osobnosti, rozlišoval *ad hoc* a definiční poměrování. Závěr Nejvyššího soudu USA v této kauze zněl, že svoboda projevu chrání i hanlivé projevy proti veřejně činné osobě, s výjimkou případů, kdy jsou tyto projevy učiněny „s vědomím, že jsou nepravdivé, anebo bez jakéhokoliv úsilí o zjištění, zda jsou tyto projevy pravdivé, anebo nikoliv“.⁴² Poměrování, které Nejvyšší soud zvolil, nebylo podle M. Nimmera čistě *ad hoc* poměrování, neboť v takovém případě by musel dokazovat mimo jiné obtížně prokazatelné skutečnosti týkající se reálné míry zásahu do osobní cti anebo o jak významný projev z hlediska žalovaného, či dokonce celé společnosti, se jedná.⁴³

Jako hypotetický příklad principiálního poměrování uvádí A. Barak ústavní přezkum opatření spočívajícího v zákazu prodeje určitého zboží z důvodu ochrany veřejného zdraví. Jádrem poměrování zde nebude spočívat v porovnávání významu svobody podnikání a ochrany veřejného zdraví, nýbrž v porovnání mezní společenské újmy dané zákazem prodeje a mezního společenského užitku v důsledku tohoto zákazu.⁴⁴ Případ, který uvádí sám autor teorie principiálního poměrování, však vybízí k dalším otázkám: zejména jakým způsobem poměřovat společenskou újmu podnikatelů (kterou lze posoudit jako ekonomickou kategorii) s užitekem pro veřejné zdraví, když hodnotu zdraví lze jen obtížně poměřit s ekonomickým ziskem a ztrátou. Příklad se tedy rovněž dotýká utilitaristických a deontologických východisek poměrování. Zdá se totiž, že primárně ekonomické kategorie, jakými jsou mezní užitek (A. Barak) či Paretoovo optimum (R. Alexy), nedokáží všechny případy limitů základních práv a jejich poměrování vystihnout.⁴⁵

³⁹ BARAK, Aharon. *Proportionality and Principled Balancing...*, s. 11.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 14.

⁴¹ Rozhodnutí amerického Nejvyššího soudu ze dne 9. března 1964 ve věci *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964).

⁴² V podrobnostech viz NIMMLER, Melville B. *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*. *California Law Review*. 1968, roč. 56, č. 4, s. 942 an.

⁴³ *Ibidem*, s. 943.

⁴⁴ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 352.

⁴⁵ Kromě výše zmíněných hodnocení užitku života či zdraví se tato koncepce jeví problematická při zkoumání limitů absolutních (tj. nederogovatelných) práv.

4. DUÁLNÍ MODEL POMĚŘOVÁNÍ

Přistupujeme-li k poměřování z deontologických východisek, vnímáme obvykle určité překážky poměřování, tedy argumenty, které nelze nijak oslabit nebo vyvrátit. Je sice možné namítnout, že i ve výše uvedených modelech lze při argumentaci vážící formulí či mezním společenským užtkem uvažovat v kategoriích absolutní převahy práva nad kolidujícím zájmem, ekonomický či matematický základ těchto teorií však činí tyto úvahy celkem obtížné.

Jedním z řešení je relativní koncepce základních práv, na níž upozorňuje ve vztahu k lidské důstojnosti R. Alexy. Relativní koncepce zachází se základními právy jako s principy způsobilými poměřování, nikoliv jako s normami (pravidly) s absolutní předností.⁴⁶ S jinou koncepcí přichází izraelský autor I. Porat, který se pokouší deontologické překážky včlenit do své teorie nazvané duální model poměřování.⁴⁷ Ten vychází ze dvou následujících bodů. Prvním je teorie tzv. vylučujících důvodů (*exclusionary reasons*) J. Raze.⁴⁸ Při praktické argumentaci podle Raze pravidelně zvažujeme a poměřujeme různé názory a argumenty. Tyto důvody, které nazývá důvody prvního řádu (*first-order reasons*), však mohou být za určitých okolností vyloučeny z možnosti poměřování, a to na základě jiných důvodů, které nazývá důvody druhého řádu (*second-order reasons*) nebo též vylučující důvody. Jako jeden z příkladů, kdy je poměřování argumentů vyloučeno, uvádí situaci člověka, který dal určitý slib, a nyní by jeho porušení bylo pro něj ekonomicky výhodnější.⁴⁹ Ekonomicky výhodnější jednání ale tato osoba nezvolí a poměřovat různé možnosti svého chování nebude, poměřování v takové situaci ustoupí důvodu druhého řádu, kterým je daný slib.⁵⁰

Druhým zdrojem Poratovy teorie je odlišování dvou případů diskriminace, které popisuje americký autor M. Kelman. Prvním je přímá diskriminace na základě vyloučených kritérií (např. rasy); druhým je diskriminace, která nastává z důvodu ekonomické neefektivity a z níž plyne nárok na určitá opatření, která však musí být přiměřená.⁵¹ Pokud zaměstnavatel nezaměstná osobu se zdravotním postižením z důvodu, že to pro něj znamená nepřiměřeně vysoké náklady, např. nutnost stavby nového výtahu ve výškové budově, nejedná se o typově stejný případ diskriminace jako odmítnutí uchazeče o práci z důvodu rasy. Zdravotně postižený má tak právo na přijetí přiměřeného opatření, nikoliv právo na to, aby s ním bylo zacházeno stejně jako s osobou bez zdravotního postižení.⁵² Naproti tomu všechny osoby mají nárok na stejné zacházení bez ohledu na svou rasu.

⁴⁶ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 875.

⁴⁷ PORAT, Iddo. The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law. *Cardozo Law Review*. 2006, roč. 27, č. 3, s. 1393–1448, a rozpracování tohoto modelu v PORAT, Iddo. Mapping the American Debate over Balancing. In: Grant Huscroft – Bradley Miller – Grégoire Webber (eds). *Proportionality and Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 397–416.

⁴⁸ RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 35 an.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 39.

⁵⁰ Jak připomíná I. Porat, Razova teorie je deskriptivní, tj. nezohledňuje argumenty, co je správné, co by mělo být, pouze ukazuje, jak lidé v určitých situacích jednají. PORAT, Iddo. The Dual Model of Balancing..., s. 1405.

⁵¹ KELMAN, Mark. Market Discrimination and Groups. *Stanford Law Review*. 2000–2001, roč. 53, s. 834 an.

⁵² Srov. také § 3 odst. 2 a 3 zákona č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), v platném znění.

Obě tyto teorie vedly I. Porata k definování duálního modelu poměřování, tedy popisu dvou odlišných případů právní argumentace v případě kolizí základních práv. V prvním je rozhodování založeno na posouzení ekonomické efektivity rozumných opatření (Kelman) a poměřování argumentů prvního řádu (Raz), ve druhém případě je poměřování vyloučeno, a to na základě vylučujícího důvodu, kterým je základní právo. Jak I. Porat ukazuje, konkrétní základní právo může v určitých situacích sloužit jako vylučující důvod, v jiných situacích pouze jako jeden z legitimních zájmů, který je způsobilý poměřování.⁵³

Závěr, který z této teorie plyne, je, že poměřování není univerzálním modelem. V určitých případech základní práva převáží nad kolidujícími zájmy nikoliv proto, že provedeme poměřování, nýbrž proto, že se k těmto právům chováme jako k důvodům vylučujícím jejich poměřování s veřejnými zájmy. V ostatních případech, pokud poměřování provádíme, působí základní práva jako jedny ze zájmů, což je důsledek, které bývá kritizován pro degradaci zvláštního významu základních práv v moderním státě.⁵⁴ Dalším problematickým bodem je skutečnost, že samotné jádro celé teorie, tedy odlišení, kdy právo působí jako zájem a kdy jako vylučující důvod, není z Poratovy teorie zřejmé.

5. KRITIKA POMĚŘOVÁNÍ

Po nastínění rozdílných modelů poměřování se nabízí otázka, zda je možné provést určitou syntézu těchto rozdílných přístupů. Předtím, než se této otázce budu věnovat, je však podle mého názoru účelné zmínit názory oponentů techniky poměřování, neboť jejich námitky poukážou na slabé stránky jednotlivých teorií.

Řadu kritických názorů na poměřování shrnuje v jedné z dosud nejrozsáhlejších monografií věnovaných principu proporcionality A. Barak. Klasifikuje přitom kritiku založenou na podstatě argumentačního postupu poměřování, kritiku věnovanou důsledkům aplikace principu proporcionality a konečně námitku založenou na zpochybnění legitimacy soudního přezkumu zákonů. Základní dva argumenty proti podstatě techniky poměřování, které spolu do určité míry souvisí, spočívají v iracionalitě celého procesu poměřování a nesouměřitelnosti hodnot, které se snažíme poměřovat. Ke kritice důsledků aplikace principu proporcionality řadí rozšiřování soudní diskrece porušující dělbu moci a snížení ochrany základních práv.⁵⁵

Druhou stránkou kritických poznámek k technice poměřování je identifikace limitů použitelnosti této metody. V české literatuře se tomuto tématu nejpodrobněji věnuje L. Vyhnaněk, který rozlišuje limity vnitřní a vnější.⁵⁶ Vnitřní omezení jsou imanentně spjata s technikou poměřování a týkají se zpochybnění racionality a objektivity poměřování, tedy podobných argumentů, které zmiňoval A. Barak. Vnější limity jsou pak dány povahou určité skupiny základních práv, kde by užití testu proporcionality vedlo k nežádoucím důsledkům. Na jedné straně to jsou práva, u nichž by test proporcionality

⁵³ PORAT, Iddo. *The Dual Model of Balancing...*, s. 1423.

⁵⁴ Tento důsledek techniky poměřování kritizuje J. Habermas, S. Tsakyrakis, G. Webber a jiní – viz níže.

⁵⁵ BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 481–492.

⁵⁶ VYHNÁNEK, Ladislav. *Komparativní analýza konfliktu mezi veřejným zájmem a ústavně zaručeným subjektivním právem...*, s. 38.

byl příliš přísný, zejména sociální práva, na druhé straně by test proporcionality představoval nepřípustné omezení absolutních práv.⁵⁷

Nyní se pokusím blíže popsat konkrétní argumenty proti poměřování a popsat, nakolik jsou validní. Na prvním místě je to celkové hodnocení poměřování, které je podle kritiků ve své podstatě iracionální, představující vesměs rétorický argument, jehož použití nelze verifikovat, a v krajním případě tak může maskovat libovůli soudního rozhodnutí. Podle J. Habermase jsou právní principy všeobecně závazné, nikoliv pouze závazné z důvodu preference v konkrétní věci, z toho důvodu mají vyšší argumentační sílu než hodnoty. Hodnoty mohou být v určitých případech poměřovány, avšak vzhledem k tomu, že neexistuje racionální standard tohoto poměřování, děje se tak buď zcela arbitrárně,⁵⁸ nebo přinejmenším se značnou mírou subjektivního hodnocení.⁵⁹

Proti tezi o iracionalitě lze však namítnout, že ve srovnání s dalšími metodami řešení obtížných případů aplikace práva není míra objektivity při poměřování podstatně nižší. Jak správně připomíná L. Vyhnánek, argumentace v ústavním právu je jen zřídkakdy založena na triviální subsumpci, což neznamená, že by v každém případě byla iracionální, subjektivistická a tudíž nelegitimní.⁶⁰ Samotný proces aplikace práva totiž až na výjimečné případy vyžaduje hodnocení faktických otázek, ale i interpretaci práva, přičemž spíše než jednostranný logický proces představuje slovy P. Holländera „*kaskádu vzájemných korelací, přičemž obě korelující strany fungují podobně jako zoom – umožňují zaostření při vymezení relevantní oblasti skutkových zjištění (světa faktů) na jedné straně a skutkové podstaty relevantní normy (světa normativity) na straně druhé*“.⁶¹ Rovněž M. Pavčnik popisuje s odkazy na bohatou německou literaturu proces aplikace práva jako hodnotící syntézu, v níž je skutkový stav hodnocený normativními východisky, a dále jsou tato normativní východiska s ohledem na zjištěný skutkový stav upřesňována.⁶² M. Jestaedt jde v kritice jednoduchého popisu metody subsumpce ještě dále, když jej označuje za výsledek naivního zákonného pozitivismu, který byl již dávno překonán.⁶³ Výše nastíněné pohledy na překonání jednoduchého modelu subsumpce by samozřejmě vyžadovaly podrobnější rozpracování, to by však otevřelo celou řadu dalších otázek týkajících se interpretace práva.

Další kritika poměřování spočívající v tezi o nesouměřitelnosti a neredukovatelnosti hodnot je rovněž bohatě diskutována.⁶⁴ Tato kritika se staví proti pojetím poměřování,

⁵⁷ Ibidem, s. 38–39.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2001, s. 259. Podobné názory v české literatuře vyjádřil J. Tryzna: TRYZNA, Jan. *Právní principy a právní argumentace: K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010, s. 306.

⁵⁹ SCHLINK, Bernhard. *Proportionality...*, s. 725.

⁶⁰ VYHNÁNEK, Ladislav. *Komparativní analýza konfliktu mezi veřejným zájmem a ústavně zaručeným subjektivním právem...*, s. 42.

⁶¹ HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 280. Obdobně HOLLÄNDER, Pavel. *Putování po stezkách principu proporcionality...*, s. 273–274. Srov. též VYHNÁNEK, Ladislav. *Komparativní analýza konfliktu mezi veřejným zájmem a ústavně zaručeným subjektivním právem...*, s. 158.

⁶² PAVČNIK, Marijan. *Auf dem Weg zum Maß des Rechts. Ausgewählte Schriften zur Rechtstheorie*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2011, s. 267.

⁶³ JESTAEDT, Michael. *The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses*. In: Matthias Klatt. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 170.

⁶⁴ V české literatuře např. HOLLÄNDER, Pavel. *Asymetrie základních práv a svobod a základních povinností*.

kteřá jsou založena na maximalizaci (respektive optimalizaci), tedy maximální aplikaci všech kolidujících základních práv a principů. Její podstatou je tvrzení, že pokud se pokoušíme poměřovat práva nebo veřejné zájmy s odkazem na význam nebo míru zásahu, toto srovnání není racionální, protože mezi právy a veřejnými zájmy neexistuje společné měřítko, na základě kterého bychom mohli racionálně rozhodnout. Tento argument použil například americký soudce Nejvyššího soudu A. Scalia v odlišném stanovisku k rozhodnutí *Bendix Autolite*, když přirovnal poměrování k rozhodování, „*zda je určitá čára delší více, než je určitý kámen těžší*“.⁶⁵

Z množství protiargumentů proti tezi o nesouměřitelnosti jako důvodu odmítnutí techniky poměrování zvolím dva.⁶⁶ První nastiňuje ve svém díle kanadský autor B. Chapman,⁶⁷ když popisuje fiktivní případ chovatelské soutěže, v níž máme zvolit vítěze v situaci, kdy spolu soutěží různá plemena. Řešení podle tohoto autora nespočívá v hledání společného jmenovatele (hypotetického „ideálního psa“, který ostatně reálně neexistuje), nýbrž v posouzení, nakolik se každý ze soutěžících blíží ideálu svého plemene.⁶⁸ Přeneseno do sféry ústavněprávní argumentace je Chapmanovo řešení blízké Alexyho vážící formulaci hodnotící jednak míru omezení a proti tomu naplnění jednotlivých práv a veřejných zájmů. V pozadí Chapmanovy úvahy je však rovněž předpoklad, že všechny ideální obrazy jednotlivých plemen jsou stejně významné.⁶⁹ Tento argument neodpovídá teorii poměrování R. Alexyho, podle něhož je třeba zvažovat abstraktní váhu každého základního práva a veřejného zájmu.

Jiné řešení nedávno představil V. A. da Silva, když upozornil, že teze o nesouměřitelnosti hodnot (*incommensurability*) neznamená jejich vzájemnou neporovnatelnost (*incomparability*).⁷⁰ I když nemusí existovat společné měřítko, které bychom mohli použít na řešení kolize práv a veřejných zájmů, je možné výsledný stav omezení základního práva ve prospěch jiného práva či veřejného zájmu podle určitého kritéria zhodnotit.⁷¹ Podle da Silvy je třeba postupovat tak, že hodnotíme míru naplnění či nenaplnění základních práv a kolidujících veřejných zájmů v konkrétním případě.⁷² Ani v případě, kdy se zdánlivě nesouměřitelná práva a zájmy snažíme porovnat tím, že na ně aplikujeme jedno

In: Ivo Pospíšil – Eliška Wagnerová (eds). *Vladimír Klokočka. Liber Amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2009, s. 51–57.

⁶⁵ 486 U.S. 888 (1988) *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.* ze dne 17. června 1988 – odlišné stanovisko soudce A. Scaliy.

⁶⁶ Kromě níže uvedených argumentů se s tezí o nesouměřitelnosti práv a veřejných zájmů vyrovnávali i R. Alexy a A. Barak. Oba přitom setrvali na svých koncepcích poměrování (jejichž stručná východiska byla nastíněna výše), neboť podle nich tezi o nesouměřitelnosti vyvracejí.

⁶⁷ V podrobnostech jsem tuto tezi představil na jiném místě: ONDŘEJEK, Pavel. Hodnotový pluralismus jako východisko poměrování základních práv a veřejných zájmů. In: Peter Blaho – Adriana Švecová (eds). *Hodnotový systém práva a jeho reflexia v právnej teórii a praxi. I. díl*. Trnava: Právnická fakulta Trnavské univerzity, 2013, s. 230–231.

⁶⁸ CHAPMAN, Bruce. Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument. *University of Pennsylvania Law Review*. 1998, roč. 146, č. 5, s. 1492.

⁶⁹ Za upozornění na tuto skutečnost děkuji J. Brozovi.

⁷⁰ DA SILVA, Virgilio Alfonso. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2011, roč. 31, č. 2, s. 273–301.

⁷¹ *Ibidem*, s. 301. Jako triviální příklad uvádí idiom v anglickém jazyce o srovnávání jablek s pomerančí (v českém jazyce se používá idiomatické spojení „srovnávání jablek s hruškami“), neboť i jablka a pomeranče lze porovnat například z hlediska obsahu vitamínů.

⁷² *Ibidem*, s. 291. Nepůjde tedy o abstraktní srovnání základních práv a veřejných zájmů.

kritérium (např. relativní společenský význam jako A. Barak nebo míru naplnění či nena-
plnění v konkrétním případě jako V. A. da Silva), nemusí být problém nesouměřitelnosti
překonán. Toto jediné kritérium totiž často závisí na úvahách, které jsou jen obtížně
porovnatelné (viz výše uvedený příklad ochrany zdraví a svobody podnikání).⁷³ Netvr-
dím tedy, že obecná teze o nesouměřitelnosti základních práv a veřejných zájmů je
výše uvedenými teoriemi vyvrácena. V další části se však pokusím nastínit svůj pohled
na poměřování jako na rámec, v němž probíhá právní argumentace v konkrétní věci.
Zde je podle mého názoru možné racionálně argumentovat o významu konkrétního
základního práva či kolidujícího veřejného zájmu.

Kritikové poměřování, kteří zpochybňují využívání této techniky soudy, se do značné
míry opírají o obecnou kritiku soudní moci ve chvíli, kdy soudy přezkoumávají akty moci
zákonodárné. Podle jejich názorů je poměřování hodnot a principů úloha zákonodárce,
jíž by soud neměl nahrazovat.⁷⁴ Variantami této kritiky je příliš široká diskrece soudů,
popřípadě nedostatečný podklad, který pro rozhodnutí soudů poskytl zákonodárce,
v důsledku čehož je pro soudy obtížné řešit složité morální otázky na základě vágního
argumentačního rámce, případně se objevuje obava z ovlivňování soudců zejména
ze strany veřejného mínění.⁷⁵ Kromě této kritiky lze poukázat na dnes již klasický text
L. L. Fullera o formách a limitech soudního rozhodování, podle něhož soudy nejsou
vhodným orgánem k řešení tzv. polycentrických otázek, které zahrnují vyvažování zájmů,
neboť na rozdíl od orgánů tvořících právo rozhodovací činnost vyžaduje obvykle jiný
druh vstupních informací jako podkladů pro rozhodnutí.⁷⁶

Z dalších argumentů se často objevuje teze o ohrožení specifické povahy lidských práv.
J. Habermas se obává, že uvažováním o lidských právech jako o skupině společenských
hodnot potenciálně přiznáváme, že řada jiných zájmů může nad lidskými právy převa-
žít.⁷⁷ Obzvláště problematický je pak zásah do esenciálního jádra základního práva, který
může být v důsledku aplikace principu proporcionality ústavně konformní.⁷⁸ Určitou
variací na výše zmíněný argument J. Habermase týkající se nebezpečí ztráty specifické
povahy lidských práv představuje kritika španělského autora J. J. Moresa, který namísto
poměřování navrhuje metodu specifikace (spočívající v omezení rozsahu jednoho
základního práva či veřejného zájmu ve prospěch druhého). Podle tohoto autora vytvá-
ří specifikace oproti poměřování principiální řešení, která lze aplikovat v obdobných
případech.⁷⁹ Dále lze zmínit argumenty S. Tsakyrakise, podle něhož by bylo skutečným
„útokem na lidská práva“, pokud by ústavněprávní rozhodování bylo založeno pouze na

⁷³ ENDICOTT, Timothy. Proportionality and Incommensurability. In: Grant Huscroft – Bradley Miller – Grégoire Webber (eds). *Proportionality and Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 318. V české odborné literatuře na tento problém upozornil nedávno T. Sobek ve svém příspěvku věnovaném utilitaristické filozofii H. Sidgwicka: SOBEK, Tomáš. Sidgwickův problém. *Právník*, 2015, č. 11, s. 993–994.

⁷⁴ Shrnutí kritiky z těchto pozic přináší A. Barak – viz BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 487–492.

⁷⁵ URBINA, Francisco. A Critique of Proportionality. *The American Journal of Jurisprudence*, 2012, roč. 57, s. 69–70.

⁷⁶ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, 1978–79, roč. 92, s. 394.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms...*, s. 258.

⁷⁸ LA TORRE, Massimo. Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights. In: Agustín José Menéndez – Erik Oddvar ERIKSEN (eds). *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006, s. 59 an.

⁷⁹ MORESO, José Juan. Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism. *Ratio Juris*, 2012, č. 1, s. 41.

principu proporcionality, neboť namísto morálních kategorií, co je dobré a co je špatné, bychom v oblasti lidských práv argumentovali pouhou přijatelností, čímž bychom omezili morální debatu o lidských právech.⁸⁰ Právě skutečnost, že princip proporcionality má pouze formální charakter, upírá podle tohoto kritika základním právům jejich morální základ.⁸¹

U všech výše uvedených argumentů proti použití techniky poměrování je třeba rozlišovat, zda směřují proti podstatě poměrování anebo proti jejímu nesprávnému použití. Jak uvádí V. A. da Silva, skutečnost, že poměrování je náročná technika, neznamená, že je zcela nemožné.⁸² Níže se tedy pokusím kritické ohlasy i rozdíly v pojetí poměrování zhodnotit.

6. HODNOCENÍ TECHNIKY POMĚŘOVÁNÍ

Pojetí poměrování vykazuje značnou variabilitu; jeho různé projevy lze vysledovat od starodávných obrazů vážení (spojovaných zejména se spravedlností),⁸³ až k moderním ekonomickým a matematickým modelům. I. Porat ukazuje, že poměrování je běžné při rozhodovacích procesech nejen v právu. Podle něj pro to existují dva důvody. Zaprvé je to možnost redukovat jakékoliv rozhodování týkající se určitého jednání na posouzení argumentů pro a proti. Zadruhé pak, jediná alternativa v případě vyloučení poměrování je absolutní přednost jednoho argumentů před druhým.⁸⁴ Ani poměrování však nemusí být za všech okolností jediný možný způsob uvažování; v určitých rozhodnutích je zvažování možností a argumentů vyloučeno (srov. výše uvedený argument J. Raze o předem učiněném slibu).

I. Berlin obhajuje tezi o pluralitě idejí a hodnot,⁸⁵ s níž se ztotožňuji, neboť pluralistický pohled na řešení konfliktu zájmů a hodnot odpovídá pojetí moderních států, které nejsou navázány na konkrétní ideologii.⁸⁶ Existence filosofického problému neredukovatelnosti základních hodnot však nevylučuje požadavek, aby v praktické právní

⁸⁰ TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*. 2009, roč. 7, č. 3, s. 491.

⁸¹ Ibidem, s. 475. Srov. i rozvinutí debaty na toto téma – KHOSLA, Madhav. Proportionality. An Assault on Human Rights?: A Reply. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, roč. 8, č. 2, s. 298–306. TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality. An Assault on Human Rights?: A Rejoinder to Madhav Khosla. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, roč. 8, č. 2, s. 307–310.

⁸² DA SILVA, Virgilio Alfonso. Comparing the Incommensurable..., s. 301.

⁸³ CURTIS, Dennis – RESNIK, Judith. Images of Justice. *Yale Law Journal*. 1987, roč. 96, s. 1727 an.

⁸⁴ PORAT, Iddo. The Dual Model of Balancing..., s. 1394–1395.

⁸⁵ BERLIN, Isaiah. *Čtyři eseje o svobodě*. Praha: Prostor, 1999, s. 64–65.

⁸⁶ Viz podrobněji HOLLÄNDER, Pavel. Asymetrie základních práv a svobod a základních povinností. In: Ivo Pospíšil – Eliška Wagnerová (eds). *Vladimír Klokočka. Liber Amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2009, s. 53 an. anebo SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 55 an. Je zřejmé, kam I. Berlin touto argumentací míří. Úsilí o redukci hodnotového systému je běžné pro teorie poskytující definitivní odpověď na jakoukoliv otázku. V době vzniku jeho slavného eseje o dvou pojmech svobody již existovaly v západním světě trpké zkušenosti s totalitními ideologiemi, které takovéto odpovědi poskytovaly. Hodnotový pluralismus žádné představy o ideálním životě člověka nepředkládá, vychází z respektu k autonomii jednotlivce a jednotlivé hodnoty považuje za nesouměřitelné, respektive neredukovatelné na jednu jedinou hodnotu, kterou byl např. pro utilitaristy užitek. Viz též: ONDŘEJEK, Pavel. Hodnotový pluralismus jako východisko poměrování základních práv a veřejných zájmů..., s. 229.

argumentaci při sporech o právo bylo podáno konečné rozhodnutí. Z toho důvodu je důležité propracovat metodologii poměřování práv a veřejných zájmů. Jako velmi problematický však vnímám jakýkoliv pokus precizovat argumentační proces do podoby matematických rovnic – tak jak to činí R. Alexy ve své vážící formulí, a to i v nejnovější propracované verzi.⁸⁷ První a vcelku odůvodněná kritika formulovaná M. Jestaedtem spočívá v tom, že vážící formule v podobě rovnice vytváří nesprávný obraz jednoduchého, plně programovatelného řešení obtížných případů, tedy jakýsi falešný ideál racionálního kognitivismu, logiky a přesnosti v právní argumentaci.⁸⁸ Kromě toho přináší vážící formule opětovně problém souměřitelnosti jednotlivých hodnocených prvků. Připomeňme, že R. Alexy hodnotí tři základní kritéria: intenzitu zásahu do základního práva, abstraktní váhu základního práva a spolehlivost empirických a normativních zjištění týkající se intenzity zásahu a abstraktní váhy.⁸⁹ Pokud je vážící formule vyjádřena jako součin těchto hodnot, logicky z toho plyne, že pro zhodnocení celkového výsledku, musejí být tato kritéria souměřitelná mezi sebou. Uvedený problém je možné vysvětlit na příkladu: přidržme se jednoduché škály navrhované R. Alexym a odhlédneme nyní od problému, jak určit, že zásahy do základního práva či jeho abstraktní váha jsou vysoké, střední nebo nízké. V takové situaci by závažný zásah do základního práva (A), které má jen nízkou abstraktní váhu, byl plně porovnatelný s nízkým zásahem do základního práva (B), které má však vysokou abstraktní váhu.⁹⁰ Jiný příklad důsledné aplikace vážící formule by mohl znít následovně: střední zásah do základního práva s nízkou abstraktní vahou, který bychom hodnotili z hlediska spolehlivosti empirických a normativních zjištění jako jistý, by se rovnal nízkému zásahu do základního práva s vysokou abstraktní vahou, který bychom opět z hlediska spolehlivosti empirických a normativních zjištění hodnotili jako pravděpodobný.⁹¹ Podle mého názoru však takového závěry v abstraktní rovině není možné vůbec vytvářet. Důvodem je právě naprostá nesouměřitelnost jednotlivých kritérií, které sledujeme. Není možné mírou intenzity zásahu vyvažovat abstraktní hodnotu určitého práva anebo dokonce míru spolehlivosti našich zjištění týkajících se zásahu či abstraktní váhy určitého práva.

Na výše uvedeném příkladu se ukazuje i další problém související se zavedením škály, která může být triadická, nebo i vícečlenná. Avšak i pokud použijeme triadickou stupnici, sám R. Alexy uvádí, že v právu může být přiřazování konkrétní váhy v podobě nízkého, středního či vysokého zásahu do práv v některých případech problematické, ne-li zcela nemožné. Proto je toto škálování v právní argumentaci možné pouze v hrubých rysech.⁹²

⁸⁷ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 871. K rozdílu mezi poměřováním a subsumpcí dále R. Alexy uvádí: „Subsumpční formule představuje schéma fungující podle pravidel logiky, vážící formule představuje schéma fungující podle pravidel aritmetiky. Skutečnými argumenty v rámci vážící formule nejsou čísla, nýbrž úsudky o míře zásahu, abstraktní váze a stupni spolehlivosti zjištění. Subsumpční i vážící formule jsou tak na stejné úrovni, základem obou je usuzování. V případě subsumpční formule vzniká finální úsudek přímo podle pravidel logiky, u vážící formule nepřímo nebo analogicky interpretací argumentů skrze čísla.“ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption..., s. 448.

⁸⁸ JESTAEDT, Michael. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses..., s. 163.

⁸⁹ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 870.

⁹⁰ Podle vážící formule jsou hodnotám nízký, střední a vysoký přiřazovány hodnoty 2^0 , 2^1 , 2^2 – tj. 1, 2, 4.

⁹¹ V případě hodnocení zjištění navrhuje R. Alexy přiřazovat hodnoty 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} – tj. 1, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$. Aplikací vážící formule dospějeme k závěru: $2^1 \times 2^0 \times 2^0 = 2^0 \times 2^2 \times 2^{-1}$.

⁹² ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption..., s. 443.

Problémem triadické škály je tedy nedostatečná podrobnost a reflexe konkrétního případu. Příkladem může být nemožnost rozlišování vysokého a extrémního zásahu do práv (jako je tomu v případech tragických katastrof – srov. výše uvedený německý příklad zákona o ochraně vzdušného prostoru).⁹³

S problematikou hodnocení jednotlivých argumentů v rámci poměrování souvisí již zmíněný problém jejich objektivizace. Jak lze racionálně ověřit, jaký zásah je třeba posoudit jako mírný, střední anebo dosahující intenzity závažného zásahu? Má být tímto kritériem většinový názor, a pokud ano, jak jej zjistit? S ohledem na zásadní význam takového hodnocení pro výsledek poměrování, není kritika o subjektivním hodnocení poměrování pouze přesunuta z roviny posouzení kolidujících práv o stupeň níže na úroveň hodnocení zásahu či abstraktního významu jednotlivých práv? Problém takového hodnocení nastává při aplikaci modelů, jako je např. výše popsaná vážící formule, na obtížnější, nikoliv pouze typově jednoduché, případy. Takovéto případy však bývají v ústavním právu spíše typické vzhledem k relativně vágní formulaci jeho normativních textů.

Třetím problémem aplikace vážící formule je koncepce abstraktní váhy základního práva. Na prvním místě je třeba souhlasit s kritikou G. Webbera,⁹⁴ že sám R. Alexy při popisu vážící formule explicitně neuvádí, jak hodnotit abstraktní váhu základního práva, kritérium „celkového významu z hlediska ústavy“⁹⁵ totiž naplňuje nároky na právní jistotu pouze minimálně. Kromě toho se ztotožňuji s kritikou A. Baraka, podle něhož v řadě případů není účelné posuzovat abstraktní váhu základního práva, nýbrž jeho význam v konkrétním případě. Na případu Titanic ukazuje R. Alexy *prima facie* rovnocennost ochrany soukromí a svobody projevu (v této kauze šlo o kritický výrok satirického časopisu na adresu člena armády, který je zdravotně postižený).⁹⁶ Skutkové okolnosti případu pak autor promítá do hodnocení intenzity zásahu do kolidujících práv: skutečnost, že voják, do jehož osobnostního základního práva bylo zasaženo, není veřejně známou osobou, vede k závěru o závažné míře zásahu.⁹⁷ Pokud by karikovaná osoba byla veřejně známou, např. politik, je pravděpodobné, že by byl tento zásah hodnocen mírněji s ohledem na nutnost těchto osob satiru strpět. Je však otázkou, zda v daném případě nejde spíše o hodnocení zásahu do práv v typových případech (politik, jiná veřejně známá osobnost versus osoba, která nemá přístup k médiím).

Posuzování konkrétního případu nikoliv abstraktní váhy základního práva však čelí námitce,⁹⁸ že je použitelné pouze v situacích, kdy stížnost směřuje proti konkrétnímu rozhodnutí, nikoliv však při abstraktní kontrole ústavnosti, která se žádného konkrétního skutkového stavu netýká. I zde však podle mého názoru existuje potřeba zkoumat míru omezení základního práva příslušnou právní úpravou, nikoliv uvažovat abstraktně

⁹³ WEBBER, Grégoire. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 94.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption..., s. 442.

⁹⁶ Ibidem, s. 437 an.

⁹⁷ V této souvislosti lze zmínit námitku C. B. Pulida, že míra zásahu do základního práva není objektivní, nýbrž je na prvním místě dána tím, jak závažně zásah do svého práva hodnotí sám poškozený – v podrobnostech viz PULIDO, Carlos Bernal. On Alexy's Weighing Formula. In: Agustín José Menéndez – Erik Oddvar Eriksen (eds). *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006, s. 106.

⁹⁸ Kterou učinil J. Broz a za tuto připomínku děkuji.

o kolizích práv a jejich limitů. Problematické však je, že obecná právní úprava dopadá na větší okruh situací. I ty je však možné určitým způsobem blíže specifikovat. Jako konkrétní příklad z českého práva uvedu zákon č. 52/2009 Sb., který novelizoval trestní řád a zavedl značné zpřísnění sankcí za zveřejnění osobních údajů obviněných osob v probíhajícím trestním řízení.⁹⁹ Omezení svobody projevu podle tohoto zákona směřovalo zejména proti médiím informujícím o dosud neukončených trestních kauzách. Při úvahách o proporcionalitě výše uvedené úpravy je tedy třeba hodnotit kontext svobody projevu médií při referování o politicky významných skutečnostech. Jako disproportční můžeme hodnotit mimo jiné takovou právní úpravu, která bude příliš široká, a některé případy, na něž se bude vztahovat, budou nadměrně zasahovat do základních práv.¹⁰⁰

Proti koncepci poměřování v univerzální podobě optimalizace či maximalizace práv lze vznést dále zásadní argument, který podle mne není vyvrácen žádnou z výše uvedených modelů poměřování. Argumentace principem proporcionality je u R. Alexyho založena na Paretově optimu při zodpovídání otázek vhodnosti a potřeby (tedy v prvních dvou složkách tohoto principu) a rovněž závěrečné poměřování ponechává pouze velmi omezený prostor pro diskreci zákonodárce ohledně stanovení prostředků k dosažení cílů. Roli legislativní diskrece při poměřování vnímá R. Alexy pouze v otázce rovnosti (patu) při poměřování.¹⁰¹ M. Borowski, který Alexyho teorii rozvíjí, dospívá k logicky správnému, avšak podle mého názoru poněkud paradoxnímu závěru, že legislativní diskrece je ve své podstatě dána tím, jakou zavedeme pro hodnocení poměřování škálu. Čím podrobnější bude, tím méně bude pravděpodobné, že dojde k rovnosti při poměřování, a tím méně bude zbývat diskrece pro zákonodárce.¹⁰²

Obdobně je diskrece zákonodárce nedostatečně zohledněna v teoriích A. Baraka a I. Porata. V tomto pojetí poměřování se proces aplikace práva stává vlastně procesem nalézání a poznávání práva,¹⁰³ objeováním ideální úpravy a přezkoumáváním, zda stejnou optimální úpravu zvolil i zákonodárce. Nabízí se paralela s tvorbou práva, která se až od 18. století stala aktivním procesem změn společenských poměrů (*law-making*) a přestala být pouhým nalézáním starého osvědčeného práva (*law-finding*).¹⁰⁴

Z uvedeného závěru neplatí, že poměřování nemůže mít za žádných okolností podobu optimalizace. Půjde však pouze o ty případy, kdy je zásah do základního práva ústavně natolik problematický, že může být ospravedlněn pouze skutečností, že neexistuje jiná úprava, která by potenciálně omezovala základní právo méně a přitom dosahovala srovnatelných účinků. Legislativní diskrece se v takovém případě vytrácí.

⁹⁹ Pod vlivem médií, jichž se tato novela převážně týkala, se pro ni vžil označení „náhubkový zákon“.

¹⁰⁰ Podrobněji srov. BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 334 an.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights...*, s. 408. Není bez zajímavosti, že v závěrečné kapitole *Teorie základních práv* se R. Alexy kloní při řešení těchto situací k aplikaci zásady *in dubio pro libertate* (srov. *Ibidem*, s. 384). C. B. Pulido chápe novější Alexyho názor vyjádřený v *Dodatku k Teorii základních práv* jako posílení demokratického principu v jeho teorii – viz PULIDO, Carlos Bernal. *On Alexy's Weighing Formula...*, s. 104.

¹⁰² BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Rechtsprinzipien*. 2. vyd. Baden-Baden: Nomos, 2007, s. 125.

¹⁰³ JESTAEDT, Michael. *The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses...*, s. 170.

¹⁰⁴ THORNHILL, Chris. *Public Law and the Emergence of the Political*. In: Cormac Mac Amhlaigh – Claudio Michelon – Neil Walker (eds). *After Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 30. Obdobně i KYSELA, Jan. In: Aleš Gerloch – Jan Kysela – Zdeněk Kühn – Jan Wintr – Jan Tryzna – Pavel Maršálek – Karel Beran. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 25.

Takto přísný test poměrování však podle mého názoru není v žádném případě možné aplikovat univerzálně. V praxi jsou ústavní soudy konfrontovány s přezkumem případů, které se dotýkají celé řady základních práv. Přes tvrzenou univerzalitu lidských práv však zároveň platí, že při tvorbě práva lze pravidelně volit z několika možností, z nichž žádná není protiústavní (typicky např. nastavení limitů vlastnického práva v podobě daní a poplatků, míry naplňování sociálních práv apod.). Podstatné omezování legislativní diskrece, které plyne z aplikace poměrování v podobě optimalizace soudy, vnímám jako problematické z hlediska koncepce dělby moci. Protiargument, který by bylo možné vznést, by se mohl opřít o analýzu diskrece v dodatku *Teorie základních práv* R. Alexyho.¹⁰⁵ Podle tohoto autora může mít zákonodárce diskreci, avšak pouze pokud jde o stanovení cílů (např. míry zdanění), nikoliv prostředků (ty musejí být s ohledem na zvolené cíle v přísném vztahu nezbytnosti a přiměřenosti). Odhlédneme-li od kritiky, že *ex post* je prakticky vždy možné nalézt úpravu, která by směřovala ke stejnému cíli a omezovala základní právo méně,¹⁰⁶ legislativní diskrece podle mého názoru musí zahrnovat i volbu prostředků právní regulace. Ta konec konců může odpovídat specifickému politickému řešení, které z různých důvodů nemusí být optimální ve smyslu ekonomické efektivity. Konstruovat základní právo jednotlivce na optimální právní regulaci, k čemuž přísný test poměrování nutně směřuje, patří podle mého názoru spíše do sféry utopie. Ostatně i český Ústavní soud odlišnou míru legislativní diskrece zohledňuje vytvářením různých podob testu proporcionality anebo vytvořením metodologie jiné (test racionality).¹⁰⁷ Zahrnutí kritéria intenzity (přísnosti) přezkumu do testu proporcionality je alternativou tohoto přístupu. K podobnému závěru dospívá ve své reflexi judikatury českého Ústavního soudu i Z. Červínek, podle něhož je namístě, aby český Ústavní soud precizoval své standardy přezkumu ústavnosti a vydal se cestou jejich sjednocení.¹⁰⁸ Rozšíření přezkumu ústavnosti obecně závazných vyhlášek o test proporcionality namísto v současnosti používaného testu nerozumnosti navrhuje v článku nedávno publikovaném v tomto časopisu J. Broz.¹⁰⁹

Z výše uvedeného hodnocení techniky poměrování se nabízí následující otázka: Pokud poměrování nelze vyjádřit jako matematickou formuli, nejedná se vesměs ani o nástroj optimalizace právní regulace anebo naplnění nejvyšší míry efektivity práva, jak tedy tuto argumentační techniku aplikovat a je to vůbec možné? Podle mého názoru žádný z kritických argumentů proti této metodě neznamená, že bychom poměrování základních práv a veřejných zájmů měli opustit jako iracionální a subjektivní argumentaci. Klíčová je podle mého názoru orientace poměrování na konkrétní případ, nikoliv na úvahy o abstraktní kolizi či souměřitelnosti jednotlivých práv. Za významný považuji

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights...*, s. 394 an.

¹⁰⁶ SADURSKI, Wojciech. *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008, s. 268–269.

¹⁰⁷ K judikatuře Ústavního soudu obecně srov. HOLLÄNDER, Pavel. Putování po stezkách principu proporcionality..., s. 263 an., anebo ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti...; k testu racionality srov. podrobné studie: ANTOŠ, Marek. Judikatura Ústavního soudu k sociálním právům...; VYHNÁNEK, Ladislav. Proporcionalně či jinak?...; WINTR, Jan. První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkum zákonné úpravy sociálních práv. *Jurisprudence*. 2008, č. 5, s. 31–39.

¹⁰⁸ ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti..., s. 22.

¹⁰⁹ BROZ, Jan. Přezkum obecně závazných vyhlášek a princip proporcionality..., s. 841–842. I zde autor uvažuje o přísnosti přezkumu při aplikaci testu proporcionality.

fakt, že obdobně jako řešení jiných obtížných případů aplikace práva nemůže být popsáno matematickým vzorcem,¹¹⁰ stejně je tomu tak u techniky poměřování. Můžeme tedy pouze hovořit o tom, jaké argumenty jsou pro poměřování základních práv a veřejných zájmů pravidelně významné. Ty, které se objevují se ve výše uvedené propracované verzi vázící formule R. Alexyho, jsou jednoznačně použitelné, stejně jako argumenty objevující se v koncepci Barakově, anebo Poratovy deontologické limity, pokud jsou ústavní teorií v konkrétním státě uznávány (v kontextu české ústavy lze uvažovat například o esenciálním jádru základních práv¹¹¹ anebo o určitých základních právech tvořících součást materiálního jádra ústavy).¹¹² Vzhledem k tomu, že se proti každé z výše uvedených koncepcí objevují kritiky, zaměřuji se v těchto koncepcích více na jednotlivé argumenty a jejich použitelnost při argumentaci poměřováním.

ZÁVĚR

Východiskem zde nastíněných úvah o poměřování je zejména neuspokojivý stav, kdy se na straně jedné zdá, že poměřování je všudypřítomné v ústavním právu řady právních řádů, na straně druhé však neexistuje ani přibližná shoda na tom, jakým způsobem poměřování základních práv, případně základních práv a veřejných zájmů, provádět. Pokud souhlasíme s tezí, že poměřování představuje klíčový argument v rámci testu proporcionality, poté musíme rovněž souhlasit s již uvedeným tvrzením, že nežijeme v éře proporcionality, nýbrž s trochou nadsázky v éře proporcionalit vnímaných odlišně jednotlivými autory odborných studií anebo rozhodujícími orgány.¹¹³ Můžeme se tak setkat například s koncepcemi poměřování popisovanými matematickou rovnicí, s modely, které počítají s možností argumentů, které poměřování pro daný případ vyloučí, s poměřováním v podobě optimalizace, tj. maximalizace obou kolidujících práv či veřejných zájmů apod.

Ve svém příspěvku jsem se pokusil podpořit argumenty proti pojetí poměřování, které by usilovalo o kvantifikování jednotlivých použitých argumentů. Jakákoliv kvantifikace naráží na problém nesouměřitelnosti, která se projevuje především v tom, že nelze podle mého názoru stanovit apriorní mechanismus, jak jednotlivé argumenty (např. míru zásahu do základního práva nebo veřejného zájmu a jejich abstraktní závažnost) poměřovat mezi sebou. Rovněž jsem se vyjádřil proti koncepci poměřování jakožto optimalizaci

¹¹⁰ Zajímavá debata ohledně využitelnosti matematických metod při dokazování v právu se odehrála v 60. a 70. letech minulého století v USA. Přes určité snahy o zdůraznění předností statistické analýzy se teorie i praxe k jejich využití v soudním procesu postavila spíše rezervovaně: srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu státu Kalifornie ve věci *People v. Collins* 438 P2d 33 (1968), rušící předchozí odsuzující rozsudek založený na matematicky vypočtené vysoké pravděpodobnosti spáchání přepadení obžalovaným. L. Tribe případ komentoval v tom smyslu, že „výhody matematických metod v soudním procesu jsou v mnohých případech přeceňovány“. – TRIBE, Laurence. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*. 1971, roč. 84, č. 6, s. 1329.

¹¹¹ K významu koncepce esenciálního jádra základních práv v českém ústavním právu srov. zejm. TOMOSZEK, Maxim. Esenciální obsah základních práv jako součást podstatných náležitostí demokratického právního státu. *Jurisprudence*. 2015, č. 2, s. 3–15.

¹¹² V podrobnostech srov. PREUSS, Ondřej. *Klauzule věčnosti. Je možné odstranit liberální demokracii?* Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 46.

¹¹³ HUSCROFT, Grant – MILLER, Bradley – WEBBER, Grégoire. Introduction..., s. 3.

(např. v podobě vážící formule R. Alexyho) aplikované na všechny případy, neboť ta podle mého názoru nedostatečně zohledňuje specifikum určitých práv a nutnost diskrece zákonodárce nejen při stanovení cílů, nýbrž i při stanovení prostředků k jejich dosažení.

Za správné naopak považuji takové pojetí poměřování, které hodnotí neuzavřený počet argumentů, ovšem vždy vzhledem k okolnostem daného případu, případně, v rámci abstraktní kontroly ústavnosti, s ohledem na důsledky konkrétní právní regulace. Poměřování tedy v mém pojetí představuje rámec právní argumentace.¹¹⁴ Uvažujeme při něm o řešení konkrétního případu či důsledcích normativní úpravy omezující základní právo, a to v kontextu spravedlnosti, efektivity práva a souvisejících právních principů a hodnot, ale v neposlední řadě také s ohledem na postavení a role soudů a zákonodárce.

Nejistotu ohledně argumentů použitelných v rámci poměřování snižuje jednak právní doktrína, která teoreticky zkoumá, jaké typické argumenty pro poměřování základních práv a veřejných zájmů mají hrát roli, a na straně druhé existující judikatura, vytvářející mozaiku případů, z nichž mohou soudy posoudit, nakolik se aktuální případ těm minulým podobá, anebo se od nich liší. Explicitně formulované argumenty, které v rozhodnutí interpret použil, jsou základem přezkoumatelnosti rozhodnutí. Zároveň umožňují právní vědě komentovat hodnocení dílčích argumentů soudem, případně odlišit skutkově jiný případ v budoucnu. Přestože ani v tomto případě nesnižujeme nejistotu adresátů ohledně výsledku poměřování soudem na nulu, bezpochyby můžeme takový přístup soudu kritizovat méně, než kdyby při svém rozhodování bez dalšího zdůvodnění pouze deklaroval, že určité omezení základního práva je přiměřené anebo nepřiměřené.¹¹⁵

¹¹⁴ Obdobně se k poměřování staví např. C. Bernal Pulido, který odmítá chápat poměřování jako algoritmus. Viz PULIDO, Carlos Bernal. *On Alexy's Weighing Formula...*, s. 109.

¹¹⁵ Srov. např. náleží Pl. ÚS 47/04 z 8. 3. 2005, týkající se zrušení ustanovení zákona o veřejných dražbách, v němž Ústavní soud mimo jiné uvádí „zrušení staré a přijetí nové právní úpravy je nutně spjato se zásahem do principů rovnosti a ochrany důvěry občana v právo. Tento zásah je oprávněn tehdy, jde-li o ochranu jiného veřejného zájmu či základního práva a svobody. Posuzování tohoto konfliktu se musí řídit hlediskem *proporcionality*“. Následně soud konstatuje rozdílný právní režim věřitelů a dlužníků v závislosti na okolnosti, kdy vznikla pohledávka. Zdůvodnění protiústavnosti takovéto úpravy je vymezeno následovně: „*Taková diferenciacie není racionálně zdůvodnitelná a odporuje principu rovnosti a principu proporcionality.*“ Jakékoliv rozvedení argumentu týkajícího se porušení principu proporcionality však v rozhodnutí chybí.

RECENZE

**Preuss Ondřej. Klausule věčnosti. Je možné odstranit liberální demokracii?
Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, 271 s.**

Ondřeje Preusse měli dosud možnost znát především studenti pražské právnické fakulty, klienti jeho advokátní praxe, čtenáři blogů na www.ihned.cz a příznivci pétanque, jehož je prvotřídním hráčem. Jako autor odborných článků se zatím prezentoval kratší řádkou textů, prozrazujících nicméně vzdělání a důvtip (psal o memech jako období genů, losu jako alternativě voleb, přímé volbě hlavy státu, politické stávce nebo modelech státních služby). Mezi nimi se postupně začaly objevovat ty, jež souvisely s tématem disertační práce, jejíž upravená verze byla publikována v knižní podobě (lid, podstatné náležitosti demokratického právního státu a klauzule nezměnitelnosti).

V krátké době jde už o druhou knihu věnovanou tematice klauzulí věčnosti či nezměnitelnosti ústav, materiálního jádra (ohniska) ústavy, potažmo její základní struktury, respektive identity,¹ tedy tematice klasické, u nás však až donedávna reflektované spíše nahodile v několika kratších pojednáních či v rámci obecněji zaměřených textů. Citlivost tématu je u nás dobře vysvětlitelná judikaturou Ústavního soudu (nejen kauza Melčák, ale i nálezk výkladu tzv. euronovely Ústavy a některé nálezy „evropské“), zatímco obdobná, rovněž v nejméně dvě knihy (autory *B. Balog* a *M. Lapčáková Breichová*) ústící pozornost slovenská je motivována spíše nespokojeností s počínáním tamní Národní rady. Česká ústava klauzuli věčnosti v čl. 9 odst. 2 obsahuje: jde tedy o to, co z této skutečnosti plyne. Ta slovenská ji neobsahuje, což však četným slovenským autorům příliš nebrání ve formulování limitů jejich změn imanentních.

Recenzovaná monografie je knížkou pěknou, promyšlenou a psanou hezkým jazykem vzdělaného pisatele. Platí to zejména tehdy, osvobodí-li se autor od citací autorů jiných a popřává své klávesnici volnost. Práce s citacemi je totiž sice zdařilá a knize rozhodně intelektuálními stimuly pomáhající, přece jen se mi však občas zdálo, že někdy navázání textů založených na reprodukci s vlastními výklady autorovými maličko v plynulosti drhne. Výjimečně jde dokonce jakoby jen o seřazení úvah, jejichž vzájemná souvislost nemusí být na první pohled úplně zřejmá (kapitola 6.4). Obávám se nicméně, že totéž platí o psaní mém. Spíše formálního rázu je rovněž výtka ke značnému množství překlepů, jakkoliv chápu, že už je autor po tolikerém přečtení nevidí. Pomoci by mu v tom snad mohli recenzenti a určitě redaktor knihy, měla-li nějakého.

O. Preuss bohatě užívá zdrojů tuzemských, slovenských, amerických, izraelských, britských, francouzských i německých, a to nejen z oboru, jehož se svým psaním přímo dotýká: najdeme zde i *S. Žižka*, *Haidtovu* „Morálku lidské mysli“ nebo několik textů publicistických. Právě tyto přesahy považuji za zvláště přínosné, slouží k ujasňování si toho, kdo je člověk, jací jsou lidé, jakou roli v jejich životě sehrává právo, tedy co vůbec můžeme od práva očekávat, nakolik jsou naše představy etnocentrické či podmíněné sociálním statutem apod. Jak už bylo shora naznačeno, četné citace nemají funkci ornamentální, ale slouží k posouvání výkladu dále.

Knihy je rozčleněna na úvod, sedm kapitol a závěr. V úvodu jsou formulována dílčí témata následující analýzy: co je demokratický právní stát, jež autor ztotožňuje s liberální demokracií, a jeho podstatné náležitosti; co by jej mohlo ohrozit; kdo jej chrání; nakolik je změna jeho

¹ MOLEK, P. *Materiální ohnisko ústavy: věčný limit evropské integrace?* Brno: Masarykova univerzita, 2014.

podstatných náležitostí opravdu nepřipustná. Připomenuto je, že cca 80 ústav na světě má nějakou klauzuli věčnosti. Po anglosaském vzoru *O. Preuss* již v úvodu knihy exponuje svůj závěr ve větě: „*Klauzule věčnosti věčnost nezajistí, spíše může pomoci ochránit konkrétní hodnoty, než se přežít.*“ Je to postoj vcelku realistický, jakkoliv je třeba upřesňovat, co znamená „přežít“, respektive jak se pozná: poměrování klauzulí věčnosti vývojem společenských nálad je možné při jejich neurčitosti, jež je sice typická, nikoliv však bezvýjimečně. U konkrétnějších klauzulí je to složitější, ale i tady si praxe pomůže, jak na portugalském příkladu ukazuje ve své knize *P. Molek*.

První kapitola je nadepsána „*Demokratický právní stát a jeho podstatné náležitosti*“. Zkoumá se zde míra kontradikce mezi demokracií a právním státem, kdy autor odmítá nutnost vybrat si jen jedno z dober. Představuje řadu pojetí demokracie, se zvláštní zálibou v *R. Dahlovi*, i právního státu, a to se zřetelem na jejich prolínání. „Podstatné náležitosti“ chápe ve vztahu ke každému demokratickému právnímu státu, nikoliv specificky k ČR.

Kapitola druhá je věnována „hrozbám“, jimiž jsou především tyranie většiny, tyranie menšiny a vnější zásah. V souvislosti s prvním typem ohrožení se *O. Preuss* zabývá různými kategoriemi lidu. Naráží na zásadní problém (ne)způsobilosti lidu jednat jinak než prostřednictvím reprezentantů či zástupců, jimiž ovšem mohou být i občané-voliči. Vztah lidu a práva vede autora k učení o moci ustavující jako moci faktické a mimoprávní, jež se tím odlišuje od právem regulované moci (kompetence) měnit ústavu. Mimoprávní povahu má i *Weyrova* koncepce sebeomezení vůči změnitelnosti ustanovení prohlašujících jiná ustanovení za nezměnitelná – při změnitelnosti ustanovení „ochranného“ by celá koncepce postrádala smysl (takto se ovšem s nadměru svazujícími klauzulemi vypořádali v Portugalsku). Přitakáme-li nicméně myšlenku odvozené ustavující moci (moci revizní), nezní úplně nepravděpodobně úvaha o jejím omezení původním rozhodnutím o podobě ústavy. Jde ovšem o předmět kritiky jdoucí až k *T. Jeffersonovi* (vláda mrtvých apod.). Po zmínce o masách se autor přesouvá k elitám, respektive k jejich různým pojetím. Je zřejmé, že je vůči elitám obezřetný, proto je také obezřetný vůči představě záchrany demokratického právního státu soudci. Ohrožením může být i mezinárodní společenství, pokud by tlačilo na dodržování pravidel rozporných s fundamentálními ústavními hodnotami.

Ve třetí kapitole se *O. Preuss* zabývá v zásadě týmiž entitami, tentokrát však v roli těch, jež mohou podstatné náležitosti demokratického právního státu chránit. V případě lidu typicky pomocí práva na odpor. Trochu překvapivě do pojmu „*populus*“ zahrnuje i běžné politické instituce. Ideu ústavního soudnictví po vzoru *J. Blahože* přesvědčivě odvíjí od *E. Coka* (ústava obecněji jako vyšší právo). Mezinárodní společenství je připomínáno v souvislosti s *ius cogens* (ve Švýcarsku jako výslovný limit ústavních změn) a teoriemi mezinárodněprávního a nadnárodního konstitucionalismu. Společně jim je odmítnutí vestfálské suverenity, měla-li by být titulem k útlaku vlastního obyvatelstva.

Kapitola čtvrtá nabízí příklady soudní kontroly ústavnosti ústavních změn. Autor ji váže na otázku po nadřazenosti soudu ústavodárci, což je ovšem přesné jen ve vztahu k ústavodárci derivativnímu, respektive ústavnímu zákonodárci. Soudy přece netvrdí, že bourají představy ústavodárce, nýbrž naopak: chrání je před změnou prohlašovanou za nepřipustnou. Liší se přitom v tom, jak určitou oporu pro své počínání v ústavě nacházejí. První klauzule věčnosti se nejspíše objevila v helvétské ústavě z roku 1798, nejstarší dosud existující najdeme v norské ústavě z roku 1814. V USA probíhala debata jak o implicitních limitech ústavních změn, tak o přezkumu procesu přijímání ústavních dodatků. Nejvyšší soud byl v prvním ohledu vždy inertní, z debaty druhé se už před 2. světovou válkou vyvázal odkazem na doktrínu politické otázky. Dále jsou probírány Francie a Rumunsko, jimž je společný akcent na maximální legitimitu ústavní změny provedené referendem. Velkou pozornost autor věnuje Indii,

jejíž ústava klauzuli věčnosti neobsahuje, judikatura nejvyššího soudu se však v období poněkud autoritativní vlády *I. Gándhiové* zaštitila konceptem základní struktury ústavy, z níž plyne přijatelnost pouze dílčích změn ústavy, jež jejich pomocí nesmí být přeměněna v ústavu jinou (nahrazení ústavy). Hezká je část o Turecku, která názorně ukazuje, jak soud dokáže „vyklouznout“ i ze zdánlivě jasných omezení své kompetence, o něž se opakovaně pokouší parlament. Švédsko je zařazeno jako příklad toho, že ochranu základních práv před legislativním zásahem lze poměrně efektivně zajistit i bez ústavního soudu, setkají-li se institucionální předpoklady s kulturními.

V páté kapitole se *O. Preuss* soustřeďuje na ochranu podstatných náležitostí před vnitrostátním zásahem. Formuluje dva hlavní argumenty pro omezení (odvozeného) ústavodárce: kompetenční (formální) a materiální, jež má spočívat na odlišení ustavující a ustavené moci. Zdá se mi ovšem, že takto koncipované materiální omezení je rovněž kompetenční. Stěžejní pozornost je věnována judikatuře českého Ústavního soudu, jež podle autorova soudu nedostatečně odlišuje kompetenční a substantivní argumenty. Rámováno je to snahou dobrat se nějakého systému v užívaných pojmech (materiální ohnisko), k nimž jsou zde přiřazeny nadpozitivní (suprapozitivní) principy. Teprve jejich prostřednictvím sem vstupuje přirozené právo – podle *V. Klokočky* jsou totiž ústavou instalovány, existují však nezávisle na ní. To se může v zásadě týkat lidských práv, držíme-li se liberálního kánonu. Klauzule věčnosti naproti tomu mohou pojednávat o čemkoliv, třeba mohou fixovat hlavní město. Materiální ohnisko zase vyzdvihuje charakteristické rysy jakékoli ústavy, americké i stalinské.

Šestá kapitola se věnuje vnějším ohrožením. Diskutován je tu zejména vztah k Evropské unii, probírá se však obecněji i přezkum mezinárodních smluv Ústavním soudem. Samostatné zamýšlení patří suverenitě, přičemž autorovi se zjevně zamlouvá jak myšlenka suverenity ústavy, tak i suverenity lidu; suverenita státu je pro něj druhotná.

Poslední kapitola se vypořádává s nepřipustností změny podstatných náležitostí demokratického právního státu. V pozadí je po mém soudu autorem ne zcela vyjasněný vztah přirozeného práva a učení o rozdílu mezi ustavující a ustavenou mocí. Souvislost je tu dána při mýtickém chápání ustavující moci hypotetického lidu, nikoliv ovšem třeba v konstrukci obdobné USA. Tady problém stojí poměrně jednoduše: co je dovoleno bohu, nemá být dovoleno volu. Dopady jsou zřejmé v legalitě i legitimitě: zrušit přirozenoprávní postuláty nelze platně nejspíše nijak, zásadně změnit, potažmo nahradit vůli moci ustavující může opět moc ustavující, přičemž se můžeme přít o to, je-li jí lid revoluční, lid hlasující v referendu, ústavodárné shromáždění, parlament jednající apokryfními akty suverenity atd. Myslím, že *O. Preuss* trochu křivdí zastáncům přirozeného práva, když je považuje za „odpůrce nekvalifikovaného davu“, jemuž nepřisluší „rozhodovat o vznešených otázkách“, protože historicky se přirozené právo uplatňovalo právě ve prospěch onoho davu, jeho inkluze do společnosti a povznesení k občanství. Často také připomíná *Sobkovu* kritiku *Radbruchovy* formule, někdy však pod jejím vlivem dochází k závěrům sporným, třeba když zpochybňuje vliv pádu Výmarské republiky na německý Základní zákon.

Knížka je zakončena přehledným závěrem připomínajícím její hlavní teze a pojmy.

Není asi sporu o tom, že *Preussově* knize poněkud uškodila dříve vydaná a po mém soudu mimořádně vydařená knížka *P. Molka*, neb ji připravila o punc výjimečnosti. Nedá se však říci, že kdo četl jednu, marnil by čas čtením druhé. Ač mezi nimi nedochází k zásadním konfliktům – ba naopak – najdeme tu obdobně vlídné naladění vůči změnám, pracuje se s trochu odlišnou literaturou, různě pojaté jsou komparativní pasáže, jiné jsou důrazy: u *P. Molka* na materiální ohnisko a jeho vztah k prohlubující se evropské integraci, u *O. Preusse* na podstatné náležitosti demokratického státu, jež v českém případě s materiálním ohniskem víceméně splývají, jinde tomu však může být jinak. *P. Molek* kombinuje ústavní právo, ústavní teorii

a státovědu, *O. Preuss* přidává více komponentů politologických, někdy i psychologických. Obě knihy čtenáři umožňují konfrontovat se se spoustou podstatných a často subtilních otázek skrytých za jevištěm, na němž se odehrávají běžná ústavněprávní představení.

Pravil-li kdysi *Leibniz* něco v tom smyslu, že pokoře knížit by prospělo, kdyby se domnívala, že lid právo na odpor má, zatímco pro pokoru lidu by bylo užitečné chovat se v souladu s přesvědčením o opaku, dalo by se krédo *O. Preusse* vyjádřit tak, že ústavodárcům svědčí pocit o omezenosti vlastní moci, z čehož by ovšem nemělo vyplynout přesvědčení ústavních soudců, že je na nich, aby rákoskou ztrestali každou ruku hlasující pro změnu onen pocit omezenosti jen trochu nerespektující. Prosvítá tu naladění socialisty francouzského stylu ve prospěch lidu, který je nakonec lepší než často sobecké elity. Současně z toho ovšem vyplývá závazek učinit v zájmu zachování liberální demokracie z lidu lepšího lid dobrý.

Jan Kysela*

**Ovečková, Olga. Premlčanie v obchodnom práve.
Bratislava: Wolters Kluwer, 2015, 302 s.**

Na pultoch kníhkupectiev sa objavila monografia s názvom *Premlčanie v obchodnom práve* od renomovanej odborníčky na oblasť obchodného práva, profesorky *Olgy Ovečkovej*. Monografia je prvým monotematickým a komplexným spracovaním problematiky premlčania v obchodnom práve v súčasnej slovenskej právnickej spisbe.

Pertinentnosť témy premlčania v obchodnoprávných vzťahoch je daná trvalosťou imperatívov, ktorých naplnenie zákonodarca zavedením inštitútu premlčania sleduje, a to tak požiadavky včasného uplatnenia práv zo strany veriteľov, ako aj požiadavky nastolenia právnej istoty v prospech dlžníkov v prípade nenaplnenia prvej požiadavky. Aktuálnosť témy posilňuje množstvo otázok, ktoré vyvstávajú pri konfrontácii – vo svojej podstate jednoduchého – inštitútu premlčania s členitosťou a rôznorodosťou obchodnoprávných vzťahov, ako aj v dôsledku neštandardnej dĺžky súdnych konaní v obchodnoprávných veciach na Slovensku.

Pre postup autorky pri prezentácii jednotlivých častí je charakteristická jednotnosť postupu, následnosti úvah, kde po vymedzení vecnej podstaty danej problematiky alebo otázky, a prípadne jej teoreticko-právneho rozmeru, komplexne oboznamuje: (i) s doktrínalnými názormi, (ii) s výstupmi judikatúry slovenských súdov ako aj judikatúry českých súdov, ktorá – aj napriek prijatiu a nadobudnutiu účinnosti nového Občianskeho zákonníka – ostáva cenným zdrojom porovnania a inšpirácie, a (iii) s normatívnymi zásahmi slovenského zákonodarcu, českého zákonodarcu v podobe nového Občianskeho zákonníka, ako aj s medzinárodnými kodifikáciami súkromnoprávných vzťahov (Dohovor o premlčaní pri medzinárodnej kúpe tovaru, Princípy európskeho zmluvného práva – PECL, Zásady medzinárodných obchodných zmlúv – UNIDROIT); vzťahujúcimi sa k danej problematike alebo otázke a trpezlivo argumentačne konštruuje svoje vlastné stanovisko. Výstupy jednotlivých aktérov tvorby pozitívneho práva (zákonodarcu, súdov, právnej doktríny) v otázke premlčania sú predmetom kritického rozboru, vrátane poukázania na zlyhania, zjavnú nesprávnosť úsudku alebo nedôslednosť zákonodarcu či nesprávnosť právneho názoru vysloveného súdom.

Monografia je členená do dvanástich kapitol.

* Doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze a Kancelár Senátu. E-mail: kyselaj@prf.cuni.cz.

V prvej kapitole autorka najskôr predstavuje kategorizáciu fenoménu času v pozitívnom práve a spôsoby, akými čas v pozitívnom práve pôsobí. Výklad pokračuje prezentáciou škály spôsobov počítania času vyplývajúcich z rôznych právnych noriem a zhrnutím stavu judikatúry vzťahujúcej sa k takým spôsobom počítania času, ktoré nie sú celkom určité (napr. lehota bez zbytočného odkladu alebo lehota primeraná). Napokon autorka pripomína jednotlivé slovenské právne normy obsahujúce právnu úpravu otázky premlčania (Občiansky zákonník, Obchodný zákonník, Zákonník práce, zákon zmenkový a šekový), ako aj úpravu tejto otázky v novom českom Občianskom zákonníku, a poukazuje na terminologický aparát používaný týmito rôznymi právnymi úpravami.

V druhej kapitole sú predmetom rozboru rôzne právne inštitúty, ktoré s časom spájajú dôsledok vzniku alebo zániku práva (vydržanie, uplynutie doby, preklúzia) a ich rozdiely oproti inštitútu premlčania.

Tretia kapitola je venovaná historickému vývoju inštitútu premlčania v časovej perspektíve od rímskeho práva až po v súčasnosti platné právne normy (zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník, zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník).

V štvrtej kapitole autorka pripomína účel, ktorý má premlčanie plniť v relevantných spoločenských vzťahoch. Autorka stručne oboznamuje čitateľa s jednotlivými prvkami, ktoré tvoria právnu úpravu premlčania v rôznych slovenských právnych predpisoch a venuje sa otázke vzájomného vzťahu týchto jednotlivých právnych úprav premlčania, vrátane vysoko problematickej novelizácie zákona č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa zákonom č. 102/2014 Z. z.

V piatej kapitole je analyzovaná samotná podstata inštitútu premlčania a otázky spojené so vznesením námietky premlčania, najmä otázka úlohy súdu vo vzťahu k premlčaniu, vrátane jeho úlohy v spotrebiteľských sporoch po nadobudnutí účinnosti vyššie spomínanej problematickej novelizácie zákona o ochrane spotrebiteľa zákonom č. 102/2014 Z. z., ktorá vyvolala početné teoreticko-právne otázky a právno-aplikačné problémy. Následne sa autorka venuje otázkam miesta námietky premlčania v procesnom postupe súdu, v myšlienkovom pochode súdu, v odôvodnení rozhodnutia súdu, a to v rôznych štádiách súdneho konania, ako aj otázkam miery dispozičného oprávnenia účastníka konania vo vzťahu k námietke premlčania, ktorá mu svedčí, a premlčateľnosti, respektíve nepremľateľnosti, samotného práva vzniesť námietku premlčania. Nadväzuje schematické zhrnutie pojmových znakov premlčania a v nadväznosti na ne aj ozrejenie spôsobu uchopenia inštitútu premlčania v novom českom Občianskom zákonníku a v medzinárodných kodifikáciách súkromnoprávných vzťahov.

V šiestej kapitole autorka vymedzuje okruhy práv, ktoré podliehajú premlčaniu a identifikuje účinky premlčania pri rôznych typoch práv podliehajúcich premlčaniu (právo na plnenie, právo uskutočniť právny úkon).

V siedmej kapitole autorka vstupuje do problematiky aplikovateľnosti právnej úpravy premlčania v Občianskom zákonníku na niektoré výseky obchodnoprávných vzťahov (práva zo zmluvy, náhrada škody, vydanie bezdôvodného obohatenia, zabezpečenie záväzkov zo zmluvy, ...), ktorá vyvolávala intenzívnu diskusiu vyúsťujúcu často do radikálne odlišných stanovísk.

V ôsmej kapitole sa autorka venuje otázke artikulácie námietky premlčania a inštitútu dobrých mravov podľa Občianskeho zákonníka, respektíve poctivého obchodného styku podľa Obchodného zákonníka. Po pripomenutí funkcií, ktoré tieto dva inštitúty plnia, autorka prezentuje stanoviská zaujaté k tejto otázke v odbornej literatúre a v judikatúre slovenských a českých súdov, aby sa podujala predstaviť vlastný ucelený režim posudzovania prípadného stretu medzi námietkou premlčania a ochranou dobrých mravov.

Deviata kapitola pojednáva o dĺžke premlčacej doby zvolenej zákonodarcom v rôznych normatívnych úpravách a následne otvára zaujímavú otázku možnosti účastníkov zmluvných

vztahov disponovať s dĺžkou premlčacej doby, a to z pohľadu slovenskej právnej úpravy, medzinárodných kodifikácií súkromnoprávných vzťahov a nového českého Občianskeho zákonníka.

Desiata kapitola nadväzuje výkladom stavu pozitívneho práva v otázke určenia začiatku plynutia premlčacej doby; popri všeobecnom pravidle sa detailne venuje osobitným pravidlám určenia začiatku plynutia premlčacej doby pre uplatnenie niektorých osobitných nárokov z obchodnoprávných vzťahov (plnenie záväzku, práva z porušenia záväzku v jeho rôznych podobách, právo na vydanie veci).

V jedenástej kapitole autorka rozoberá problematiku spočívania a pretrhnutia premlčacej doby. Vo vzťahu k spočívaniu premlčacej lehoty autorka analyzuje rôzne úkony v súdnom konaní alebo v rozhodcovskom konaní, ktoré sú spôsobilé privodiť účinok spočívania premlčacej doby, ako aj rôzne rozhodnutia súdu spôsobilé privodiť účinok skončenia spočívania premlčacej doby, a zaoberá sa aj osobitnými situáciami spočívania premlčacej doby v prípade solidárnych záväzkov a v prípade uplatnenia nároku treťou osobou. Vo vzťahu k pretrhnutiu premlčacej doby autorka pripomína jednotlivé formy uznania záväzku, ktoré sú spôsobilé privodiť účinok pretrhnutia premlčacej doby, a nastoľuje otázku, či pretrhnutie premlčacej doby na uplatnenie záväzku v dôsledku uznania tohto záväzku dlžníkom má za následok aj pretrhnutie premlčacej lehoty na uplatnenie zabezpečenia tohto záväzku.

Napokon, dvanásť kapitola je venovaná všeobecnému obmedzeniu dĺžky premlčacej doby podľa § 408 Obchodného zákonníka, jeho chápaniu a praktickým otázkam, ktoré vyvstávajú v súvislosti s jeho aplikáciou na záväzok zabezpečený záložným právom.

Publikácia je vďaka komplexnosti okruhu riešených otázok, vďaka ucelenosti danej objasňovaním teoreticko-právnych aj aplikačno-právnych aspektov riešených otázok a prezentovaním rôznych prameňov, ktoré prispeli k tvorbe súčasného stavu pozitívneho práva v oblasti premlčania v obchodnoprávných vzťahoch, a vďaka trpezlivému pedagogickému prístupu pri formulácii vlastných stanovísk, cennou pomôckou pre právnych teoretikov a užitočným návodom pre právnych praktikov.

Lukáš Lapšanský*

**Mosný Peter – Laclavíková Miriam – Siskovič Štefan.
Metodológia vedeckej práce (pre potreby právnického štúdia).
Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2015, 185 s.**

Práve vydaný učebný text smeruje k naplneniu dvojitej výzvy: pre študenta ako napísať kvalitnú záverečnú prácu z odboru právo a jemu príbuzných disciplín a pre pedagóga ako sa konečne vysporiadať s dlhoročným poklesom úrovne koncipovania záverečných prác a podvihnúť jej neraz podpriemernú úroveň a veľmi triviálny stupeň kritického (respektíve logického) uvažovania. Veď akademickej obci na Slovensku je dostatočne známy doterajší nedostatok pozornosti odbornej, respektíve povinnej literatúry v danej oblasti, ktorý, za tie roky, študentom zdeformoval chápanie významu záverečných prác. Z nevlou musím konštatovať, že pri už zmienenej nivelizácii a dehonestácii písomnej záverečnej práce (nie tak dávno na Slovensku ešte sústredenej na konci štúdia len do podoby diplomovej práce, v súčasnosti

* Mgr. Lukáš Lapšanský, PhD., Ústav štátu a práva SAV. E-mail: lapsansky@hotmail.com.

bakalárskej aj diplomovej práce a prípadne aj dizertačnej práce) sme totiž v situácii, keď na väčšine právnických fakúlt dlhodobo chýba kedysi povinný predmet diplomového seminára alebo jeho obdoby a keď študenti často ignorujú osobné konzultácie, ako aj dobre mienené rady školiteľa. Autori učebnice *Metodológia vedeckej práce* (využitej najmä pre výučbu povinného predmetu na Právnickej fakulte TU v Trnave s totožným názvom), s podtitulom naplnenia potrieb právnického štúdia, úvodom apelujú na primárnu cieľovú skupinu čitateľov – študentov právnických fakúlt, prahnúcich po skutočnom poznaní stojacom na priblížení sa objektívnej pravde, a tým tematizujú hlavný cieľ vydanej učebnice. Učebný text má preto zreteľnú ambíciu nanovo obhájiť opodstatnenosť záverečnej práce v akademickom štúdiu a iste si, verím, nájde svojich percipientov.

Po obsahovej stránke sprostredkúva teoretické základy vedeckej práce, metodológie aj praktickej metodiky predovšetkým pre študijné potreby akademickej právnickej obce, no tiež i širokej laickej verejnosti. Objasňuje základné pravidlá racionálne postupu v právnom (ale aj všeobecne spoločenskovednom) myslení, uvažovaní a písomnej prezentácii. A hoci paradoxne spoločenskovedné disciplíny spolu s právnom vedou v zmysle ich zaradenia medzi idiografické vedy predkladajú relativistické úsudky, tvrdenia, súdy či vedecké poznatky, ktoré sa zároveň tak isto relativisticky vysvetľujú (explanujú) ale aj predvídajú (predikujú), predsa však stoja na racionálnom uvažovaní, ku ktorým sa každý vedec (aj študent) musí dopracovať po metodologicky a metodicky odôvodnenej a teda snáď tej správnej ceste. Anotovaná publikácia sa opiera o stáročiami verifikovanú skutočnosť, že len na stabilnej, správne pochopenej a systematickým skúmaním získanej teoretickej sume vedomostí možno budovať kvalitné vzdelanie a úspešnú prax. Zdôrazňuje pritom dobre známu skutočnosť, že právo sa síce snaží o istú generalizáciu a preskripciu správania sa spoločnosti aj jednotlivca (pri odhaľovaní ich kauzality bytia a behaviorality), ktorá má svoje východisko v právnej norme (a to nielen zákonnej), nakoniec však nevyhnutne verifikuje a (po)odhaľuje len jej/jeho individuálne motívy, zámery a ciele, a tieto v súdnej či prípadne inej právnej praxi aj všeobecne logicky a hodnotovo neutrálne vyhodnocuje, pričom prirodzene vychádza z postmoderného chápania interpretácie tak použitých právnych noriem ako aj subsumovania každého ľudského správania sa (právom dovoleného aj zakázaného) pod ne (v tzv. subsumpčnom sylogizme). O uvedený cieľ sa právna veda aj prax vždy usilovala a usiluje, a o to isté sa musí študent práva zaujímať už pri tvorbe vlastnej záverečnej práce, nech už je tematické zameranie jeho práce akékoľvek. Učebný text podporuje schopnosť vedecky, pre potreby všestrannej právnej praxe, ergo právne aj právnicko mysliet a hlavne písať, čím sa otvárajú aplikačné možnosti uvedeného učebného textu i mimo akademického štúdia.

Text je rozdelený na tri nosné kapitoly: I. Základy vedeckej propedeutiky, II. Základy právnického myslenia a III. Konkretizácia zásad tvorby záverečných prác (s dôrazom na dodržanie zásad podľa zaužívanej praxe na Právnickej fakulte TU v Trnave, respektíve Smernice rektora Trnavskej univerzity). Upozorňujem, že III. kapitola nie je autormi numerovaná, a javí sa ako príloha k prvým dvom metodologickým statiam. Záver tvorí základný terminologický slovník a na odľahčenie niekoľko citátov z pedagogickej praxe uvedených autorov pri školiteľstve záverečných prác.

K všeobecnej charakteristike ešte možno uviesť, že osobitou a jedinečnou robí učebnicu najmä jej konkrétny, populárno-vedecký rozmer, koncipovaný ako priamy edukatívny návod pri písaní záverečných prác. Jedným z príkladov je na stranách 85–93 výklad štruktúry argumentu na základe argumentačného stromu, využitého pri explanácii jedného z rozhodnutí Najvyššieho súdu I. Československej republiky. Ak sa autori prípadne pre budúcnosť rozhodnú pre 2. vydanie a širší ponor do témy, možno sa dočkáme aj kvalitnej učebnice metodologickeho úvodu do právnej vedy (pozri príkladne *Melzer, Holländer*).

Vyslovujem však jedno negatívum a tým je malý formát učebného textu (odporúčam aspoň B-formát a širšie riadkovanie), čím sa textácia prehustuje a predložený obsah po formálnej stránke už nespĺňa kritéria učebného textu alebo drobnej a nenáročnej príručky, čím sa znižuje samotný pôžitok a komfort z čítania a dehonestuie i snaha autorov. Vhodnejším sa mi tiež zdá prehľadnejšie a výraznejšie členenie jednotlivých podkapitol, oddeliť teoretické východisko od názorného príkladu. Je to však už častý úkaz v práci našich vydavateľstiev.

Autori v prvej kapitole približujú pojem vedy a to všeobecne i konkrétne pre právnu vedu, jej vývoj, klasifikáciu a systematiku. Do popredia ďalej stavajú samotnú vedeckú prácu, zdôrazňujú jej kritériá a základné pojmy. Osobitná pozornosť je venovaná vedeckým metódam: dedukcii a aristotelovskému subsumpčnému sylogizmu, indukcii s jej názornou ilustráciou na konkrétnych súdnych rozhodnutiach, abdukcii ilustrovanej na vyfabulovanej trestnej kauze, analýze (faktickej i právnej), komparácii a syntéze, nevyhnutnej najmä pre záver záverečnej práce. V súvislosti s metódou analýzy autori upriamujú pozornosť študenta na to, aby analýza bola prvou voľbou spomedzi metód, ktoré použije, lebo ujasnením si predmetu skúmania a toho, čo pod tento predmet skúmania subsumuje, je kľúčové pre neho i záverečnú prácu. Prvú kapitolu uzatvárajú náčrtom o osobitostiach vedeckého výskumu v spoločenských a právnych vedách (pozitivistická a naturalistická paradigma, *emic and etic approach*).

Druhá kapitola pojednáva o základoch právneho myslenia, ktoré si študenti majú osvojiť už od prvých ročníkov štúdia. Koncepcia samotnej kapitoly je totiž postavená na jeho troch základných pilieroch (deskribovaných v následných podkapitolách). Prvým je formálna logika a z nej vychádzajúca aj odchyľujúca sa logika právna. Druhým sa stala argumentácia, s dôrazom na argumentačný proces v práve, jeho príznačnú významovú otvorenosť a typické právne argumenty (v krátkosti predstavené na záver 3. podkapitoly). A tretím je hermeneutika so zameraním sa na právnu interpretáciu. Tu autori podávajú názorné ukážky prístupov k výkladu právneho textu a poukazujú na možnosti a limity právneho jazyka (predovšetkým jeho interpretačnú otvorenosť), základnú interpretáciu prostredníctvom gramatiky a problematiku sémantických nejasností a medzier v právnom texte. Podstatné interpretačné pravidlá následne deklarovali na praktických ukážkach z odborov občianskeho a trestného práva, s ktorými sú študenti v priebehu štúdia najčastejšie konfrontovaní, a ktoré tvoria kardinálne právne odvetvia nášho právneho poriadku. Odpovede na položené otázky prinášajú predstavením právnych argumentov *a simili, a fortiori, a contrario* a *ad absurdum* i s doložením príkladných normatívnych textov.

Autori ďalej v III. kapitole (hoci v učebnom texte priamo neoznačenej) skonkretizovali zásady tvorby záverečných prác na právnických fakultách a definovali požiadavky na jednotlivé druhy záverečných prác (od bakalárskej po dizertačnú prácu). Opísali odporúčaný postup, predstavili formálne náležitosti a poskytli viaceré príklady vhodných formulácií jednotlivých častí záverečnej práce. Neopomenuli ani problematiku citovania a odkazovania prameňov, literatúry a judikatúry na konkrétnych príkladoch vhodného a nevhodného postupu pri citovaní. Študentovi tak ponúkli praktický návod, ako proces tvorby a obhajoby záverečnej práce doviesť do zdarného konca pred skúšobnou komisiou.

Záverom možno povedať, že predmetná učebnica metodológie vedeckej práce, ktorá, ako zdôrazňujeme, je prvotinou v slovenskom akademickom právnickom prostredí, je predstavená v dostatočne logicky konštruovanej obsahovej štruktúre, ktorá iste privedie čitateľov (potenciálnych či reálnych študentov práva, ale nielen ich) od všeobecnej teórie ku konkrétnym praktickým záverom. Má preto iste nielen teoretizujúci univerzálny charakter, ale aj významný praktický potenciál skutočne jednoducho a účelne napísanej príručky. Napokon aj poznámky pod čiarou majú explanačný a edukatívny charakter a odrážajú kvalitnú a rutinne zvládnutú editorskú prácu autorského kolektívu profesionálnych vedcov a pedagógov

Trnavskej právnickej fakulty s početnou domácou a zahraničnou literatúrou a prameňmi. Záverečná kapitola uľahčuje orientáciu v pojmovom aparáte, ako aj prácu so súvisiacim interným predpisom na Právnickej fakulte TU v Trnave o koncipovaní záverečných prác.

Ešte jedna poznámka na záver. V texte publikácie cítiť vplyv západoeurópskej filozofie, ktorá je predstavená ako prameň vedy, z pohľadu všeobecných, metafyzických otázok, ktoré si v minulosti kládla a dodnes kladie a odpovedí na ne. Týmto širším, všeobecným, kritickým, racionálne logickým a tradicionalistickým prístupom v európskej vede si študenti väčšmi uvedomia, aké dôležité je na začiatku práce položiť si dobrú (výskumnú) otázku a hľadať v záverečnej práci na ne a predovšetkým argumenty na tieto odpovede, čo opätovne prispieva k prvotnému predpokladu a cieľu každej záverečnej písomnej práce (ale aj vedeckého výskumu ako takého) logickosti a verifikovateľnosti (respektíve falzifikovateľnosti) každej tvrdenej skutočnosti. Istý filozofický prístup môže miestami zvyšovať náročnosť textu, avšak ak aj študent (čitateľ) nadobudne dojem „predimenzovanosti“ textu, po jeho prečítaní mu iste aj vďaka zvýrazneným textom neunikne hlavná myšlienka danej (pod)kapitoly.

K vyššie uvedenej anotácii o najnovšom učebnom počíne Katedry dejín práva na Právnickej fakulte TU v Trnave napokon dodávam vreľé želanie, aby predmetná publikácia sa stala prínosnou pre hlavné cieľové skupiny – študentov a vyučujúcich na právnických fakultách na Slovensku, ako aj pre všetkých záujemcov o vzdelávanie ako také a jeho efektívnu edukáciu. Uvedená snaha autorov o optimalizáciu teoretických vedomostí v maximálnej možnej miere v praktickom uplatnení vo vysokoškolskom štúdiu či samotnej právnej praxi sa vždy vysoko cení a iste sa stane eventuálnym modelom jedného z adekvátnych postupov pri koncipovaní nielen záverečných, ale aj akýchkoľvek právnických diel, či samotnej každodennej juristickej praxe, ktorá sa dnes neraz už koncentruje na strohý, formalizovaný, písomný administratívny proces a štýl.

Adriana Švecová*

* Doc. JUDr. PhDr. Adriana Švecová, PhD., Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave. E-mail: adriana.svecova@truni.sk.

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Zpráva z konference „Zákon o obchodních korporacích: (stále) nové výzvy“

V pátek 4. prosince 2015 se na půdě Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze uskutečnil již čtvrtý ročník vědecké konference studentů doktorského studia, kterou uspořádala místní katedra obchodního práva. Letošní ročník konference nesl název *Zákon o obchodních korporacích: (stále) nové výzvy*. Jak ze samotného názvu vyplývá, zaměřili se jednotliví účastníci konference na téma obchodních korporací, které i vzhledem k nedávné rekodifikaci soukromého práva poskytuje široký prostor pro nejrůznější právní úvahy.

Konferenci zahájila vedoucí katedry obchodního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze *prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.*, která přivítala přítomné účastníky a ocenila jejich aktivitu a zájem o oblast obchodního práva.

Po úvodním vystoupení přišla na řadu již jednotlivá vystoupení, která byla řazena do pěti tematických bloků. Závěr každého z nich patřil diskuzi, do níž se aktivně zapojili nejen přednášející, ale i někteří z mnoha přítomných hostů.

První blok byl věnován povinnostem členů volených orgánů obchodních korporací. Jako první se svého slova ujal *Ing. Mgr. Radek Ruban* z Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, který přednesl svůj příspěvek na téma *Kompenzace informačního deficitu ve sporech proti členům orgánů obchodních korporací*. Nejprve se zamyslel nad tím, zda se přenos důkazního břemene podle ustanovení § 52 odst. 2 z. o. k. vztahuje i na členy nejvyššího orgánu, přičemž dospěl k závěru, že ve většině případů tomu tak není, neboť společník obchodní korporace péčí řádného hospodáře povinován není. Dovodil však, že tuto povinnost má společník obchodní korporace, rozhodne-li se podat tzv. společnickou žalobu. V druhé polovině příspěvku autor ozřejmil, na které skutečnosti se přenos důkazního břemene v soudních řízeních vztahuje. Člen voleného orgánu, jehož jednání je v řízení před soudem posuzováno, je povinen prokázat, že jednal s péčí řádného hospodáře, naopak na žalobci i nadále bude, aby prokázal vznik škody a kauzální nexus. Takové rozčlenění je však do jisté míry spíše věcí teorie, neboť zmíněné skutečnosti mohou splývat i v jeden okamžik. Za příznivější řešení by autor považoval legislativní ztvárnění vysvětlovací povinnosti, která by určeným osobám uložila vnést do řízení skutečnosti pro řešení sporu nezbytné (např. povinnost vydat příslušné listiny).

Druhým v pořadí byl *JUDr. Marko Deák* z Policejního sboru Slovenské republiky, jehož tématem byl *Stret záujmov pri konaní člena štatutárneho orgánu kapitálovej obchodnej spoločnosti*. Posluchači měli možnost poslechnout si teoretické zamyšlení nad otázkou, zda může mít kapitálová společnost svoji vůli a kdo tuto vůli vytváří, přičemž autor neopomněl rozebrat právní úpravu střetu zájmu člena statutárního orgánu kapitálové obchodní společnosti ve slovenské, ale i české právní úpravě. Ve svém vystoupení přitom dospěl mimo jiné k závěru, že v tzv. jednočlenné kapitálové společnosti splývá zájem společníka a jediného člena statutárního orgánu se zájmem této společnosti.

První blok uzavřel *JUDr. Michael Zvara* z Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze se svým příspěvkem na téma *Ručení statutárních orgánů kapitálových společností za dluhy společnosti vůči věřitelům*. Hned na úvod konstatoval, že ustanovení § 68 z. o. k. vyžaduje po věřiteli obchodní korporace, jenž se domáhá, aby bylo členovi statutárního orgánu soudem konstituováno ručení za dluhy společnosti, prokázat, že člen nebo bývalý člen statutárního

orgánu věděl, že je obchodní korporace v hrozícím úpadku. Přednášející s odkazem na německou doktrínu uzavřel, že není možné, aby člen statutárního orgánu postupoval s péčí řádného hospodáře a zároveň nevěděl, že je obchodní korporace v hrozícím úpadku. Hned poté nastínil příkladmo několik činností, z nichž je možné dovozovat, že člen statutárního orgánu své povinnosti řádně neplní. Patří mezi ně kupříkladu neukládání účetní závěrky do sbírky listin či nevyhotovení zprávy o vztazích. Na konci svého vystoupení se *JUDr. Zvára* zaměřil také na procesní otázky § 68 z. o. k. Za problematické v této souvislosti označil oprávnění soudu uložit insolvenčnímu navrhovateli (věřiteli) povinnost uhradit zálohu na náklady insolvenčního řízení (až do výše 50.000,- Kč). Taková povinnost může být dle přednášejícího při mnohosti věřitelů s malými pohledávkami prakticky nesplnitelná. *De lege ferenda* tak navrhl, aby tato záloha mohla být ukládána i statutárnímu orgánu dlužníka či osobě jej ovládající.

Druhý blok konference byl věnován vícero tématům, přičemž v úvodu vystoupil *JUDr. Jaromír Koziak, Ph.D.* z Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, který zvolil téma *Smlouva o výkonu funkce a limity smluvní svobody*. V úvodu se přednášející zaměřil na výklad práva v obecné rovině, když s trochou nadsázky poukázal na skutečnost, že v právní teorii a praxi existují tzv. magická zaklínadla výkladu právních norem. Mezi taková obecná zaklínadla patří poukazy na eurokonformní výklad či odkazy na právní teorii. Při výkladu míry dispozitivnosti právní úpravy smlouvy o výkonu funkce vyšel autor z limitů stanovených v ustanovení § 1 odst. 2 o. z., kterými jsou dobré mravy, veřejný pořádek a právo týkající se postavení osob. Zatímco dobré mravy chrání zájem jednotlivce, v případě veřejného pořádku je chráněn zájem společnosti na klidovém stavu. Vystupující se dále zabýval otázkou, zda je možné, aby obchodní korporace dobrovolně neuzavíraly smlouvy o výkonu funkce, a otázkou právního režimu těchto smluv. Dovodil, že není v současné době již potřebné podřizovat smlouvy o výkonu funkce režimu zákoníku práce, neboť řadu pracovněprávních „bonusů“ lze ve smlouvách o výkonu funkce sjednat i bez celkového podřízení jejich režimu pracovnímu právu.

Se smlouvami o výkonu funkce je nerozlučně spjata i otázka odměňování členů orgánů, jež byla předmětem zájmu *Mgr. Bc. Kláry Hurychové* z Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze a jejího příspěvku s názvem *Vracení poskytnutých odměn členů orgánů obchodních korporací: clawbacks v zahraničí a v tuzemsku*. Přednášející v úvodu svého vystoupení charakterizovala zkoumaný institut jako oprávnění obchodní korporace vyplývající ze zákona či smluvního vztahu s členem orgánu či manažerem požadovat vrácení jemu vyplacené (nenárokové, variabilní) odměny. Následně představila vybrané podoby tohoto institutu v zahraničí (zejména v USA) a na úrovni mezinárodních organizací. Upozornila, že v návaznosti na unijní úpravu je zakotvení *clawbacks* do smluvních vztahů s manažery obligatorní pro finanční instituce, investiční společnosti a fondy. Pro ostatní kótované společnosti je jejich implementace zpravidla pouze doporučována. Přednášející se následně zabývala tuzemskou právní úpravou. Jednak upozornila, že stávající pravidla pracovního práva prakticky neumožňují zakotvení pravidel pro vrácení nenárokové odměny do pracovních smluv s manažery, kteří nejsou členy orgánů obchodní korporace, jelikož pracovní právo zakazuje ukládat zaměstnanci jakékoli peněžité postihy. Ve vztahu k členům orgánů obchodních korporací jednak příkladmo vypočetla možné modifikace smluvně zakotvené povinnosti vracet vyplacenou odměnu, jednak se věnovala zákonné úpravě § 62 z. o. k. upravující speciální *clawback* v rámci insolvenčního řízení a upozornila na některé problémy, které toto ustanovení vyvolává. Jmenovala zde například nešťastné vázání dvouleté lhůty určující rozsah povinnosti vydat prospěch na právní moc rozhodnutí o úpadku, když ta může být dotčenými osobami účelově oddalována. V závěru svého vystoupení ještě odlišila *clawback* v ustanovení § 62 z. o. k.

od úpravy tzv. malusu dle § 61 odst. 2 z. o. k., kde rozhodnutí o neposkytnutí odměny předchází její výplatě.

Druhý blok následně zakončil *Mgr. Konstantin V. Lavrushin* z Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, který vystoupil s tématem *Korporátní maska a její stržení (obecná východiska)*. Na úvod představil základní myšlenku doktríny *Piercing the Corporate Veil* (tzv. propíchnutí firemního závoje), již je prolomení majetkové samostatnosti obchodní korporace (kterou vysvětlil na známém rozhodnutí *Salomon v. Salomon*). Podle přednášejícího jde o výjimečný postup, který může být uplatněn pouze v odůvodněných případech, přičemž důkazní břemeno je zásadně na straně osoby dovolávající se propíchnutí firemního závoje. Diskuze k přednesenému příspěvku se následně zaměřila na otázku, zda nové soukromé právo nabízí podklad pro rozvoj doktríny propíchnutí firemního závoje. Podle většinového názoru není legislativní zakotvení nezbytné, neboť podstatou celé doktríny je právě i její soudní, a nikoli legislativní povaha.

Prostřední blok byl věnován dvěma příspěvkům z oblasti kapitálových obchodních společností. První svůj příspěvek přednesl *Mgr. Petr Tomášek* z Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, jehož tématem se staly *Koncernové pokyny do oblasti obchodního vedení kapitálové společnosti*. Zkraje svého vystoupení vymezil přednášející klíčový pojem obchodního vedení, pod kterým teorie i soudní judikatura spatřují rozhodování o podnikatelské činnosti obchodní korporace, tedy řešení otázek výrobních, obchodních, finančních či personálních. Přednášející přitom dovedl, že k udělení pokynů je oprávněn nejen statutární orgán řídicí osoby, nýbrž je možné, aby ten svoji působnost částečně delegoval na jiné osoby. Stejně tak není vyloučeno, aby pokyny udělila i osoba fyzická, je-li zároveň v postavení osoby řídicí. Rubem téže mince pak je řešení otázky, komu může být pokyn týkající se obchodního vedení udělen. Není pochyb o možnosti udělení pokynu statutárnímu orgánu osoby řízené, naopak dle názoru přednášejícího není možné, aby pokyny byly napřímo udělovány složkám, na něž statutární orgán osoby řízené osoby obchodní vedení delegoval. Promítnutí pokynu ve vnitřní hierarchii obchodní společnosti musí zůstat plně v působnosti statutárního orgánu řízené osoby, neboť právě jeho členové jsou povinni jednat s péčí řádného hospodáře. Na závěr se *Mgr. Tomášek* zabýval tím, zda jsou koncernové pokyny pro řízenou osobu závazné či nikoliv.

Jako druhá vystoupila *Kateřina Chovancová* z Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, jejímž tématem se stal *Protest při rozhodování per rollam*. Nejprve se přednášející zabývala povahou valné hromady, kdy není jasné, zda jde o orgán trvalý nebo zřizovaný *ad hoc*. V návaznosti na to je terminologicky správné hovořit buď o rozhodování mimo zasedání, nebo o rozhodování mimo valnou hromadu. Těžištěm příspěvku pak byla otázka, zda i při rozhodování *per rollam* vyžaduje zákon pro úspěšné dovolání se neplatnosti rozhodnutí valné hromady podání protestu nebo nikoliv. Přednášející blíže odůvodnila, že právní úprava umožňuje přijmout oba možné závěry, přičemž v případě kladné odpovědi vyplývá na povrch celá řada otázek, jež zákon výslovně neřeší. Není kupříkladu jasné, kdy přesně by měl být protest při rozhodování valné hromady *per rollam* podán, nejspíše by tomu mělo být až po přijetí příslušného rozhodnutí, jakákoli přesnější lhůta však chybí. Nejasnosti přitom panují i o formě protestu.

Odpolední část a zároveň čtvrtý blok svým příspěvkem otevřel *JUDr. Petr Vybíral, Ph.D.*, absolvent Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze s tématem *Dispozice s obchodním závodem a podílem s mezinárodním prvkem podle zákona o obchodních korporacích, občanského zákoníku a zákona o mezinárodním právu soukromém*. Ve svém příspěvku z oblasti mezinárodního práva soukromého se přednášející věnoval analýze smluvních dispozic s obchodním závodem a podílem, a to zejména jejich převodu a zastavení ve vztazích

s mezinárodním prvkem. Zvláště poukázal na některé důsledky nové právní úpravy závodu a podílu při těchto dispozicích, a to ve světle nového vymezení věci v právním smyslu a změny právní úpravy určení věcného statutu.

S dalším příspěvkem v rámci tohoto bloku vystoupil *Mgr. Josef Szmuda*, absolvent Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze. Zaměřil se na téma *Účast zaměstnanců na volbě členů dozorčí rady v akciové společnosti: (stále) nedořešené otázky*. V úvodu vymezil jádro jím zkoumaného problému, a to otázku, zda úprava zákona o obchodních korporacích umožňuje tzv. kodeterminaci či nikoli, tedy zda jsou relevantní ustanovení zmíněného zákona kogentní či dispozitivní. Tato otázka dosud nebyla doktrínou jednoznačně zodpovězena. Po zachování přípustnosti volby některých členů dozorčí rady zaměstnanci přitom volá nemalá část praxe. Ustanovení § 421 odst. 2 písm. f) z. o. k. následně podrobil testu charakteru hypotézy a vypořádal se s otázkou, zda jde o úpravu statusovou či nikoli. I přesto, že historickým výkladem (dle důvodové zprávy k zákonu o obchodních korporacích) lze dojít k tomu, že záměrem zákonodárce nebylo kodeterminaci zakázat, přednášející teleologickým výkladem dospěl k závěru, že úprava nepřipouští s ohledem na svůj kogentní charakter odchýlení. Odchýlení se od zákona by dle něj představovala nepřipustný zásah do práva akcionářů coby reziduálních vlastníků společnosti na řízení a kontrolu společnosti. Uzavřel proto, že *de lege lata* nepovažuje volbu některých členů dozorčí rady zaměstnanci za přípustnou. Poukázal také na praxi, která se v důsledku nejednotného výkladu zákona vyvinula, kdy jsou ti členové dozorčí rady, kteří byli zvoleni zaměstnanci, ve funkci následně potvrzeni valnou hromadou, čímž je v souladu se zákonem vyjádřena vůle akcionářů ohledně vzniku funkce těchto osob. V závěru se dotkl také připravované novely zákona o obchodních korporacích, když snahu zákonodárce navrátit do zákonné úpravy explicitní *pouvoir* pro kodeterminaci obecně ocenil.

Závěrečný pátý blok konference tematicky věnovaný akciím zahájil *Mgr. Ing. Jan Šovar* z Fakulty mezinárodních vztahů Vysoké školy ekonomické s tématem *Zaknihované a imobilizované akcie*. Předně uvedl, že současnou úpravu zaknihovaných nebo imobilizovaných akcií považuje za nevhodnou. Její legislativní vyjádření totiž odráží pouze stávající systém dvoustupňové evidence zaknihovaných cenných papírů a nezohledňuje jiné modely. Připustil sice, že zákonodárce byl při formulaci pravidel obsažených (především) v občanském zákoníku veden správným úmyslem rozlišit cenný papír a zaknihovaný cenný papír, avšak aby byla Česká republika konkurenceschopná a atraktivní pro zahraniční investory, musí se dle něj držet zavedených pravidel pro transakce s tzv. dematerializovanými akciemi, tedy s akciemi zaknihovanými a imobilizovanými. Vyzdvihl ustanovení § 83 odst. 3 zákona o mezinárodním právu soukromém, které dle něj v české právní úpravě zřejmě nejlépe charakterizuje variabilitu přístupů k tomu, co lze považovat za dematerializovaný cenný papír. Následně se věnoval možnostem případné novelizace občanského zákoníku a zákona o obchodních korporacích (zejména § 275 odst. 3 z. o. k.) tak, aby byla právní úprava dostatečně flexibilní a „obecná“ a konvenovala jakýmkoli modelům vedení evidencí dematerializovaných cenných papírů. Ustanovení zákona by dle vystupujícího měla vyhovovat nejen systému pro vedení evidence dematerializovaných cenných papírů, který je nyní v českém právu zaveden (tzv. dvoustupňová evidence) nebo který bude v budoucnu v České republice zvolen, ať již z důvodu aproximačních závazků vůči EU, nebo z důvodu ryze národního, ale i zahraničním systémům nepřímé držby. Například po přijetí novely zákona o podnikání na kapitálovém trhu, kterou nyní projednává sněmovna (sněmovní tisk 571), bude možné, aby celá emise akcií vydaných podle tuzemského práva byla umístěna v zahraničním centrálním depozitáři cenných papírů a akcie byly nepřímo drženy v zahraniční evidenci, čemuž úprava v zákonu o obchodních korporacích nyní brání. Ta by měla vycházet ve svém prazákladu ze systému nepřímé držby cenných

papírů jako soustavy spolupůsobících subjektů [majitel akcie – prostředník (prostředníci) – centrální depozitář cenných papírů] a objektů nepřímé držby.

Na popsany přednes navázal *Mgr. et Mgr. Luboš Mazanec* z Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze se svým příspěvkem věnovaným *Upsání akcií na základě veřejné nabídky*. Vydání nových akcií cestou veřejné nabídky je jedním z možných způsobů, jak si akciová společnost může opatřit nové zdroje pro svůj další rozvoj, je-li doprovázeno zvýšením základního kapitálu, anebo případně alespoň upravit vlastnickou strukturu. Přednášející se zaměřil na některá úskalí a problematická místa právní úpravy veřejné nabídky akcií. V první řadě vymezil vztah úpravy obsažené v zákoně o obchodních korporacích a úpravy v zákoně o podnikání na kapitálovém trhu, která vycházející z tzv. prospektové směrnice upravuje veřejnou nabídku investičních cenných papírů. Z úpravy zákona o obchodních korporacích se následně zaměřil na úpravu § 480 a násl. Upozornil především na rozpor mezi § 480 odst. 2 z. o. k., který připouští elektronické upisování, a § 481 odst. 1 z. o. k., který upravuje listinu upisovatelů. V této souvislosti vyjádřil pochyby nad proveditelností elektronického upisování v případě, kdy by upisovateli měly být zahraniční subjekty (které nedisponují elektronickým podpisem dle tuzemské právní úpravy), které nebudou schopny splnit požadavky zákona na podpis listiny upisovatelů. Institut listiny upisovatelů tak označil za archaický prvek nevyhovující stávající praxi na kapitálovém trhu. V rámci diskuze pak uzavřel, že v důsledku řady úskalí k upisování akcií na základě veřejné nabídky v tuzemské praxi téměř nedochází.

Pátý blok i celou odbornou část konference zakončil svým příspěvkem na téma *Nabývání vlastních akcií v rámci podnikatelského seskupení* *Mgr. Zdeněk Houdek* z Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně. Otázky spojené s právním uspořádáním a strukturou vzájemných vlastnických vazeb uvnitř skupiny společností jsou jednou z tradičních oblastí zájmu práva podnikatelských seskupení. Přednášející vysvětlil, že ať je již tento jev v právní teorii nazýván jako zdvojená majetková účast či křížové vlastnictví, vždy jde o případy, kdy existují dva subjekty propojené tak, že každému z nich přináší určitý podíl na druhém. V případě vzájemné majetkové účasti mezi mateřskou a dceřinými společnostmi se prolíná právní úprava podnikatelských seskupení s problematikou nabývání vlastních akcií akciovou společností. Nabývání akcií mateřské společnosti společností dceřinou je totiž de facto srovnatelné s nabýváním vlastních akcií mateřskou společností. Zákon o obchodních korporacích na tuto skutečnost (v návaznosti na unijní úpravu) reaguje na několika místech (viz především § 318 odst. 1). Přednášející se u této úpravy blíže zastavil, když nejprve vyjádřil pochybnost o tom, zda je vyloučení ustanovení § 304 z. o. k. z aplikace § 318 odst. 1 z. o. k. na místě. Ustanovení § 304 z. o. k. směřující na tzv. intervenční nákupy by dle něj nemělo být vyloučeno. Na druhou stranu uvedl, že v zákoně postrádá pravidla pro poskytování finanční asistence mezi mateřskou a dceřinou společností. V závěru svého přednesu se dotkl také úpravy tzv. autorizačního usnesení valné hromady, konkrétně § 301 odst. 2 písm. b) z. o. k. Upozornil na dvojí možný výklad tohoto ustanovení. Dle prvního představuje povinnost v uvedené lhůtě vlastní akcie zcizit. Podle druhého výkladu stanoví dobu platnosti usnesení valné hromady, která nesmí být delší než pět let. Jinými slovy stanoví dobu, po kterou představenstvo smí využít oprávnění k nabývání vlastních akcií dané valnou hromadou. Přednášející se eurokonformním výkladem přiklonil k druhému uvedenému výkladu.

Po skončení zajímavé diskuze k posledním příspěvkům moderátoři odbornou část vědecké konference uzavřeli. Po obdobném programu ještě následoval diskuzní blok studentů doktorského studia k možnostem užší vědecké spolupráce studentů a kateder napříč českými a slovenskými univerzitami.

I letošní ročník konference lze hodnotit velmi pozitivně. Konference přilákala několik desítek posluchačů z řad akademické obce (včetně studentů magisterského studia) i praxe, z nichž se mnozí aktivně zapojili do diskuze. Organizátoři tímto ještě jednou děkují všem přednášejícím, ale též dalším účastníkům za jejich participaci na této velmi úspěšné konferenci, která přinesla řadu inspirativních závěrů a cenných informací.

Vydání vybraných příspěvků z konference je zamýšleno na jaro/léto 2016 v odborných periodících. Konání již pátého ročníku doktorandské konference je plánováno na podzim 2016.

Klára Hurychová* – Petr Tomášek**

* Mgr. Bc. Klára Hurychová, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: Kulhankova.Kl@seznam.cz.
** Mgr. Petr Tomášek, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: petantomasek@seznam.cz.

PŘEHLED ČLÁNKŮ EMANUELA TILSCHE V ČASOPISE PRÁVNÍK

TILSCH, Emanuel. O účincích smlouvy zástavní, byla-li zastavena věc movitá bez svolení vlastníka. Studie k §. 456. ob. z. obč. *Právník*. 1893, roč. 32, s. 669–676.

TILSCH, Emanuel. O poměru mezi působností osob dle práva občanského a působností stran dle nových zákonů processních. *Právník*. 1898, roč. 37, s. 565–575.

TILSCH, Emanuel. O domáhání se plnění alternativního dle nových zákonů processních. *Právník*. 1899, roč. 38, s. 1–7.

TILSCH, Emanuel. O řízení ve věcech manželských. Historicko-kritická studie. *Právník*. 1900, roč. 39, s. 261–281.

TILSCH, Emanuel. Všeobecný zákonník občanský a zvyklosti průběhem století. *Právník*. 1911, roč. 50, s. 453–465.

TILSCH, Emanuel. Průvodní moc francouzských listin před rakouským soudem. Dobré zdání. *Právník*. 1911, roč. 50, s. 685–695.

TILSCH, Emanuel. Reservatio mentalis při smlouvě manželské. K rozsudku římskému. *Právník*. 1911, roč. 50, s. 854–860.

TILSCH, Emanuel. Ještě několik slov o mentální rezervaci při smlouvě manželské. *Právník*. 1911, roč. 50, s. 946–947.

č. p. f. 156.
List Mat. f. pag 90

Křestný list.



Leša Jáně Tisicího osmistého šedesátého šestého dne 8 Dubna 1866 narodil se na Opočně č. 245 v kraji královéhradeckém v Čechách

Emanuel Antonín Josef Tilsch
manželský syn pana Emanuela Tilsche, doktora veš-
kerých práv a přivečného advokáta zemské na Opočně,
a jeho pani manželky Marie dceru pana Antonína
Ungara krajinského raoy v Praze; a byl u přítomnosti
kmoťá p. Josefa Tilsche, obchodníka a pani Adelhaidy
Ungarovy dne 14 Dubna 1866 od podepsaného de-
klaru katolického pokřestěn.

Jomu na svědectví vlastnoručně podpis
a pečel farního chrámu Páně opočenského.

Farní úřad na Opočně dne 15 Lán' 1866



Josef Proštapil
farář.

Vilectvíj pane scheta'ri!

Sedim ted' na Zbraslavi a vzpomínám
na Brusel. Na Vevevoren, majra a pauze ve-
jarnou, tramwayové stopy, šampanské a lod'.
Také tu je všim "Právník" a tu si vzpomínám
že byl jstě tak lesklý a přídělní mne malý
receptů pro Genrich Právníka (1-2 stě), a než
by to reklamováno bylo uvedeno, totiž to pro
Genrich Právníka. A protože by vez bylo vsta

Z aktuálního, prosím byste se tak laskav,
 pokud možno poslal rukopis - nejlépe
 přímo do tiskárny dne Seigra v tünich -
 asi do 8 září 1910.

Bohuže Vám předem je velkou
 omluvu, jsem se neúčastnil představení a
 restem uctívám

Váš oddaný

Emanuel Tilsch

Na Zbraslavi, dne 26 srpna 1910
 (villa Fetterwe)

Z majetku Karla Eliáše

V neděli odpoledne 4/8 1912

Testament opakovaný ^{na depřívání} ^{z nové}
 opět při úplné jasné vědomí!

Pojistka na 15.000 K patří dceřince, která jako
 děvečí nic potřebyje.

Pojistka na 5000 K patří dceřinci.

Umělecká předměty a ostatní movitá, také knihy
 ač. otázky dceři, vědím z oněch jsem jí
 ostatní jí za živobytí daroval (jako šelky,
 oblečení, obrazy, vozny ač.), jí patří i ostatní mé
 jmění i sporné knihy a losy a jest vše
 univerzální dědičkou. Kdyby byl formou
 pozůstalosti děti, je všem formou do-
 plati. Mám v ni plnou naprosto důvěru,
 že i o ostatním jměním ve prospěch děti
 bude hospodářit. Navrhují jí také za
 movitých formou a formou spolupřevážně,
 za níž navrhují buď děvečí dceři ač
 dceři dceři Ferdinanda Tilsche, aby proti tomuto
 testamentu a tomuto nřmení majetkových po-
 měrů nic nenamítal, nřbrž navzá-
 je. Protože mám v dceři plnou důvěru,
 nechci jí více vřad, také v její - zřovně provedení

Emanuel Tilsch
 (a nemám)

Podotýkám, že nikdy jsem neměl vyžáti a si beč žádnou po-
 hlavu nemám, také paralyz, které se nemí zřod impertině, nemám
 79/100 spravedlivě

Moji draze! Odpovídej mi, všude všem,
 co kdy proti mně udělal. Hlavní chyba mé
 povahy je to, že nepřišli a to je živá
 třebe. Já odpíral jsem - ach křivě, křivě,
 kabe nejvíce lživě, zachováj přeci mé Cílinec
 vzpomínku, mým přátelům, mým ani jak, mne
 do bylo lito, když jsem řekl, že jsem rád
 sám a pokoj. Mav, mým drahy, by tomu
 ještě všem rozuměti a co s tím dělat?
 Jási glabě, ty máš pravom vůle a smel
 tu svou přelivš. Také a ostatní. Co se děje.

Když to přečtete, vidím, že každý člověk
 se bude mně proti mně vykládat a ohod-
 nosti tomu budou dělat se navzájem
 avšak, pravda je, že vždy jsem se
 mně rozuměti. Můj nepřítel nepřítel
 protože prohrál na celé čáře.

Emanuel Tilsch and Czech Civil Law Jurisprudence

Ondřej Horák

Abstract: *The paper, on the occasion of the 150th birth anniversary of Emanuel Tilsch (1866–1912), deals with his life, work and importance for Czech civil law jurisprudence. The bibliography of Tilsch is not rich, and yet he is one of the most influential authors of Czech-Austrian jurisprudence. Even today he is still referred to in literature and jurisprudence, and his views were apparently behind the recent recodification or contributed to the solution of some fundamental questions (e.g. autonomy of will and universal succession in the inheritance law). We chose to revisit the topics which are or could be still inspirational, that is the questions of principles, things in the legal sense and ownership of law, component and accessory of things, universal succession and inheritance, cohabiting persons, and acquisition of inheritance.*

Key words: *Emanuel Tilsch, civil law, jurisprudence, inheritance law*

Francisco de Vitoria and the Spanish Conquest of the New World

Peter Vyšný

Abstract: *The Spanish conquest of the New World (the Americas) became the subject of serious academic study, analysis, debates and polemics in the 16th to 17th century, their protagonists are generally referred to as theologians – jurists. The paper focuses on the analysis of conquest, conducted by one of the foremost theologians – jurists, Francisco de Vitoria. The text systematically presents, explains and discusses Vitoria's complex thinking related to the conquest, which rests on the distinction between seven illegitimate and eight legitimate titles of the conquest (justos títulos). The paper also points to Vitoria's more or less innovative concepts of popular sovereignty, the right of each member of the international community to interact with its other members or ius communicationis, the international law or ius inter gentes and the international community or totus orbis.*

Key words: *conquest, Vitoria, justos títulos, popular sovereignty, ius communicationis, ius inter gentes, totus orbis*

Cesare Beccaria and the Problem of Torture

Tomáš Bojar

Abstract: *The article offers a detailed analysis of the different arguments against torture of suspects as they were raised by the Italian Enlightenment philosopher Cesare Beccaria in his treatise *On crimes and punishments* (1764). The treatise had a massive influence on the contemporary intellectual elite, as well as on concrete legislators in various European countries. The passage, in which Beccaria opposes torture, belongs among the most quoted ones within the entire treatise. The article first briefly recapitulates the evolution of torture in the known history. The main part of the text is then focused on the analysis of Beccaria's different arguments against torture. The unacceptability of torture is first closely related to the presumption of innocence – a person who is yet to be considered innocent cannot according to Beccaria be justly caused any physical harm. Most importantly, torture is then presented as an unreliable instrument that doesn't give an accurate account of factual truth, but merely an account of the suspect's physical strength. Torture is subject to critique also because it creates unjustifiable inequality between citizens. Finally, the practice of torture is considered dangerous also because it gives citizens an inappropriate message about the desirable values. In its final section the article then deals with the question, whether the prohibition of torture with all its procedural consequences should be absolute (such was Beccaria's view), or whether there may occur exceptional cases when it is appropriate – it refers both to relevant texts of legal and moral philosophy and the judicature of the European Court of Human Rights.*

Key words: *Beccaria, torture, criminal law, unacceptability of torture*

Balancing as Key Argument of Constitutional Review in the Era of Proportionality and Some Implications of Its Critique

Pavel Ondřejek

Abstract: Balancing fundamental rights and freedoms is ubiquitous in the contemporary constitutional law but at the same time, no single conception of balancing has been so far described. In this article I tried to outline several conceptions that describe balancing e.g. as a tool for optimization, principled reasoning, means to promote efficiency of law or as a method of imposing deontological constraints on limits of fundamental rights. These conceptions (balancing as optimization, principled balancing, dual model of balancing) however fail to address some of the key arguments against the use of balancing technique, namely the incommensurability objection, necessity of allowing for legislative discretion and the loss of a specific character of fundamental rights. Instead, it is argued that the proper model of balancing should reflect as much as possible facts of the case or, in case of constitutional review of legislation, consequences of the reviewed legal regulation, and it should reflect the role of the legislator and the court in a democracy.

Key words: balancing, fundamental rights, principle of proportionality, incommensurability, constitutional review, legislative discretion, role of courts



XXIV. Karlovarské právnické dny

Zveme Vás na XXIV. Konferenci Karlovarské právnické dny
16.–18. června 2016

Kongresový sál hotelu Thermal, Karlovy Vary

Ve dnech 16.–18. 6. 2016 se v Karlových Varech uskuteční již XXIV. ročník odborné právnické konference Karlovarské právnické dny, kde již tradičně se svými příspěvky vystoupí řada předních právníků jak z oblasti právní teorie, tak i právní praxe, vrcholní představitelé justice a státní správy, a to z ČR, SR, Rakouska, Německa a dokonce z Lucemburku.

První den konference zahájí blok týkající se závazkového práva. Odpolední blok prvního dne se pak ponese v duchu občanského práva procesního. Následovat bude jistě živá diskuze o procesních otázkách a jejich dopadu do teorie i praxe.

V pátek se můžete těšit nejprve na trestněprávní blok, kde vystoupí vrchní státní zástupkyně JUDr. Bradáčová a předseda NS prof. Šámal. Trestní právo bude zastoupeno i v dalším pátečním bloku, kde vystoupí např. předseda NSS JUDr. Baxa. Letošní ročník konference navštíví i Marc Jaeger, předseda Tribunálu Soudního dvora EU, který vystoupí s příspěvkem na téma „Problematika nalézání práva Soudním dvorem EU“. Páteční program pak uzavře ministr spravedlnosti JUDr. Pelikán, který poreferuje o aktuálním výhledu legislativy v ČR.

I sobotní program nabídne zajímavé příspěvky z různých oblastí práva. Na řadu přijde blok věnovaný korporátnímu právu. Konferenci zakončí referáty z oblasti insolvenčního práva, konkrétně na téma insolvenčních věřitelů.

Účast na konferenci Základní poplatek za účast na třídní konferenci a slavnostní recepci činí 9.200,- Kč + DPH.

Konference je simultánně tlumočena ČJ/NJ.

Počet účastníků je OMEZEN na zhruba 150 osob.

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