

STATI

Studie dekontextualizace v používání judikatury

Terezie Smejkalová* – Tereza Novotná**

Abstrakt: Tento článek se zabývá jedním z aspektů používání judikatury v českém právním systému. V soudních rozhodnutích se velmi často objevuje celá řada odkazů na dřívější soudní rozhodnutí. Občas se zdá, že jsou tyto odkazy v rozhodnutích používány zcela bez ohledu na to, zda jsou si vůbec skutkové základy rozhodovaného případu a citovaného rozhodnutí podobné, na což čas od času upozorňuje odborná literatura. Cílem tohoto článku je informovat o studii české citační praxe, která byla provedena za použití kombinace síťové analýzy a analýzy textu a která se na problematiku věcné podobnosti mezi citovanými rozhodnutími přímo zaměřuje. Na řetězích citací, které byly zkonstruovány za použití síťové analýzy, ukazuje, do jaké míry se při práci s judikaturou v českém prostředí posouvá podobnost skutkového základu. Zároveň také zkoumá vypovídací schopnost jednoho ze síťových ukazatelů – tzv. vstupního stupně – pro soudní citační prostředí.

Klíčová slova: judikatura, dekontextualizace, síťová analýza, citace soudních rozhodnutí, podobnost rozhodnutí, skutková podobnost

Úvod

V české právní teorii se občas objevují hlasy, které zpochybňují český způsob zacházení s judikaturou, přílišné spoléhání se na právní věty a nebrání ohledu na skutkovou podobnost případů jako podmínku pro použitelnost dřívějšího soudního rozhodnutí (respektive právního názoru obsaženého v takovém rozhodnutí) při zdůvodňování soudních rozhodnutí.¹ V těchto textech se objevují příklady takovýchto dekontextualizací, jsou však v zásadě anekdotického charakteru a závěry, které se v těchto textech objevují, jsou spíše intuitivní a chybí jim empirický základ, o který by bylo možné se opřít.

V českém prostředí zatím nebyla provedena žádná studie, která by pracovala s nezávisle generovaným, ale systematickým vzorkem, na kterém by se dalo diskutovat, jak vlastně

* JUDr. Bc. Terezie Smejkalová, Ph.D. Katedra právní teorie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: terezie.smejkalova@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9143-9160>. Tento článek vznikl v rámci projektu *Judikatura, nebo precedens: Podobnost citovaných rozhodnutí při citacích judikatury* (MUNI/A/0952/2019) financovaného Grantovou agenturou MU v rámci DO R. 2020_Kategorie A – Specifický výzkum – Studentské výzkumné projekty.

** Mgr. Tereza Novotná. Ústav práva a technologií, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: tereza.novotna@mail.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1426-4547>. Tento článek vznikl v rámci projektu *Judikatura, nebo precedens: Podobnost citovaných rozhodnutí při citacích judikatury* (MUNI/A/0952/2019) financovaného Grantovou agenturou MU v rámci DO R. 2020_Kategorie A – Specifický výzkum – Studentské výzkumné projekty.

1 Viz SMEJKALOVÁ, T. *Judikatura, nebo precedens? Právník*. 2019, roč. 158, č. 9, s. 852–864; SEHNÁLEK, D. *Je soudní rozhodnutí (české i unijní) obecně závazné a má povahu pramene práva?* In: KYSELOVSKÁ, T. – SEHNÁLEK, D. – ROZEHNALOVÁ, N. *In varietate concordia: soubor vědeckých statí k počtě prof. Vladimíra Týče*. Brno: Masarykova univerzita, 2019, s. 295–324; SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi. Jurisprudence*. 2012, č. 5, s. 3–8; POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 232; DAVID, L. *Co je precedent v rozhodnutích českých civilních soudů?* In: *Dny práva – 2008 – Days of law*. Brno: Tribun EU, 2008, s. 1240. Nejnověji se problematikou dekontextualizace v právu zabývá TVRDÍKOVÁ, L. *Důležitost kontextu při používání judikatury. Časopis pro právní vědu a praxi*. 2020, roč. 28, č. 4, s. 587–612.

taková návaznost v rámci citací soudních rozhodnutí vypadá a do jaké míry se při práci s judikaturou v českém prostředí posouvá podobnost skutkového základu.

Tento text si tedy klade za cíl tuto mezeru v poznání vyplnit, a to prostřednictvím studie provedené s využitím kombinace citační síťové analýzy a kvalitativní analýzy textů soudních rozhodnutí českých vrcholných soudních institucí. Nebude se však jednat o rozhodnutí vybraná autory subjektivně. Chceme využít materiálu zpracovaného v rámci nedávné studie citačního prostředí, který je volně dostupný a který je možné využívat právě k takovým případovým studiím, jako je ta naše. Proto budeme pracovat s datasetem citací rozhodnutí vrcholných soudů dostupným na GitHub,² v jehož rámci se dá pracovat s anotovanými citačními daty.³ Z tohoto datasetu pochází jak rozhodnutí, se kterými budeme pracovat, tak jejich síťové hodnoty, které budeme používat. Cílem této studie je tedy na omezeném vzorku 48 rozhodnutí seřazených do jedenácti citačních řetězců zjistit, jak vypadá práce soudů s dřívějšími rozhodnutími, zda dochází k dekontextualizaci a pokud ano, jak takové případy mohou vypadat.

Tato práce je tedy převážně exploračního charakteru. Nejprve shrne dosavadní stav poznání problematiky kontextu pro konstrukci významu v právu a zasadí naše zkoumání do teoretických souvislostí, a to především s ohledem na využití síťové analýzy citací v právu. Posléze v rámci metodologie podrobně vysvětlí design studie, včetně výběru rozhodnutí, se kterými budeme dále pracovat, a způsob jejich seřazení do jedenácti citačních řetězců. Na těchto citačních řetězcích ukážeme, do jaké míry se může lišit skutková podobnost rozhodnutí, na kterých soudy argumentačně staví.

Protože síťová analýza citací v právu staví mimo jiné i na četnosti citací, využijeme tohoto ukazatele a budeme zkoumat potenciální vztah mezi citovaností rozhodnutí (tedy jeho určitou prominencí mezi ostatními soudními rozhodnutími) a věcnou podobností mezi citovanými rozhodnutími. Klademe si tak otázku, zdali rozhodnutí, která jsou citována méně často, jsou soudci vybírána proto, že jsou rozhodovanému případu podobnější, a budeme sledovat, zdali se tato tendence v našich citačních řetězcích projeví, či nikoli.

Ač výsledky našeho zjišťování nebude možné zobecnit, použitý metodologický postup je možné využít a zopakovat i v jiných tematických oblastech. Umožňuje totiž oprostít se od subjektivního výběru rozhodnutí k analýze, který je vlastní tradičním právním odborným textům. V našem případě pak umožňuje otestovat skutkovou podobnost citovaných rozhodnutí na vybraném tematickém okruhu a podat zprávu o tom, jak skutkově podobná či nepodobná rozhodnutí se mohou nacházet v jednotlivých citačních řetězcích. Naším cílem je tímto přispět do probíhající odborné diskuse o povaze judikatury v českém právním prostředí.

1. Důležitost kontextu pro konstrukci významu v právu

Jen těžko by mohl někdo popřít důležitost kontextu pro konstrukci významu v právu. V nejobecnější rovině je to právě právo, jako specifická oblast života společnosti, které ovlivňuje význam slov a výrazů užitých v normativních textech nebo jiných formách právní komunikace. Právní komunikace (podobně jako jiné specializované formy komunikace)

² Viz HARAŠTA, J. – NOVOTNÁ, T. – ŠAVELKA, J. *Citation Data of Czech Apex Courts* : arXiv:2002.02224, 2020. Vlastní dataset citačních dat je dostupný na GitHub. Viz [czech-case-law-relevance/czech-court-citations-dataset](https://github.com/czech-case-law-relevance/czech-court-citations-dataset) [online] GitHub [cit. 2021-08-03] Dostupné z: <<https://github.com/czech-case-law-relevance/czech-court-citations-dataset>>.

³ HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*. Praha: Wolters Kluwer, 2021.

konstruuje svůj význam ve velice specifickém prostředí.⁴ V právu nestačí znát význam jednotlivých používaných slov, ale je třeba rozumět právu se všemi jeho systematickými a interpretačními specifiky.⁵ Je to tento – právu specifický, stejně jako obecný pragmatický⁶ – kontext, který má kapacitu ovlivnit význam jakékoli komunikace.⁷

A je to právě mj. respekt ke kontextu, který má kapacitu ovlivnit význam sdělení, který je třeba brát v potaz při práci s judikaturou. Vytržením nějakého konkrétního vyjádření soudu z kontextu jeho původního rozhodnutí a jeho použitím v nových kontextech se potenciálně můžeme dopustit dezinterpretace a znehodnotit celý argument, v jehož rámci je odkaz na takové rozhodnutí proveden. Proto se zdá být překvapivé, když nejen právní praxe, ale občas i právní teorie nereflektují kontext ve specifických případech argumentace judikaturou v soudním rozhodování.

Ač se teorie snaží odlišit pojem judikatury jako něčeho specifického kontinentálnímu, respektive konkrétně pak českému právnímu systému,⁸ pro její analýzu a poznání její role v právu a v dalším soudním rozhodování jsou používány koncepty pocházející z právních systémů, které uznávají doktrínu závazného precedentu, což může být potenciálně zavádějící.⁹

Kontext je v precedentním systému pro aplikaci precedentu dán (kromě jiného) především podobností skutkových případů, tedy hledáním analogie ve skutkové rovině mezi již dříve rozhodnutým případem a současným případem jako podmínkou aplikovatelnosti precedentu:¹⁰ *ratio decidendi* dřívějšího případu (precedentu) je možné aplikovat na nový případ pouze tehdy, pokud jsou relevantní skutkové okolnosti obou případů podobné. Podobnost je však považována za relativně tvárnou a manipulovatelnou vlastnost, protože záleží nejen na tom, jaké skutkové okolnosti dřívějšího případu vyhodnotí soud jako ty relevantní,¹¹ ale také na tom, do jak abstraktních či konkrétních kategorií je zařadí.¹² Důsledkem této flexibility je potom možnost odlišovat (*distinguish*) případy tam, kde se soudce chce vyhnout aplikaci konkrétního precedentu.¹³

⁴ Viz např. JACKSON, B. *Making Sense in Law: linguistic, psychological and semiotic perspectives*. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1995; HYMES, D. On Communicative Competence. In: PRIDE, J. B. – HOLMES, J. (eds). *Sociolinguistics*. Harmondsworth: Penguin, 1972, s. 269–293; TIERSMA, P. *Legal Language*. Chicago: University of Chicago Press, 1999; STEVENSON, D. To Whom is the Law Addressed. *Yale Law and Policy Review*. 2005, Vol. 21, Iss. 1, s. 105–167; SMEJKALOVÁ, T. – ŠTĚPÁNKOVÁ, M. Law for Elites. *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*. 2019, roč. 59, č. 1, s. 47–68. V českém prostředí viz také SMEJKALOVÁ, T. Srozumitelnost práva. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 5, s. 447–472.

⁵ Viz např. HUTTON, C. *Language, Meaning and the Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2008, s. 65, nebo CAO, D. *Translating Law*. Clevedon: Multilingual Matters, 2007, s. 17.

⁶ Pragmatika jako část lingvistiky staví na tom, že význam je vždy utvářen v konkrétním komunikačním kontextu, ať už se bude jednat o písemný nebo mluvený projev. Viz např. GRICE, P. *Studies in the Way of Words*. 4. vydání. Harvard: Harvard University Press, 1989, 1991.

⁷ Problematice kontextu se podrobněji věnuje jiný text, který rovněž vznikl v rámci tohoto projektu, a sice SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. Exploring the Relation between the Indegree Centrality and Authority Score of a Decision and the Reason for which it was Cited: A Case Study. *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2021, roč. 15, č. 2, s. 225–246, doi:10.5817/MUJLT2021-2-4.

⁸ Viz například základní právněteoretická učební pomůcka HARVÁNEK, J. a kol. *Právní teorie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 228.

⁹ Například rozlišování odůvodnění rozhodnutí na *ratio decidendi* a *obiter dictum* v teorii, označování některých částí odůvodnění rozhodnutí Ústavního soudu přímo soudem jako „*obiter dictum*“ apod.

¹⁰ DUXBURXY, N. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 2, nebo KOZEL, R. The Scope of Precedent. *Michigan Law Review*. 2014, Vol. 113, No. 2, s. 188.

¹¹ SCHAUER, F. Precedent. *Stanford Law Review*. 1987, Vol. 39, No. 3, s. 571–605, s. 577.

¹² SMEJKALOVÁ, T. *Judikatura, nebo precedens?*, s. 855.

¹³ Viz obecně SCHAUER, F. *Precedent* nebo KOZEL, R. *The Scope of Precedent*.

Výraz judikatura nemá v českém právním prostředí jednotný význam a různí autoři ji proto vymezují různým způsobem, přičemž skutková podobnost se v těchto vymezeních objevuje jen ojediněle: Bobek et al. hovoří o judikatuře, která „*věcně dopadá na předmět*“ dalšího soudního rozhodování,¹⁴ Hanuš staví na „*skutkové a právní připodobnitelnosti*“.¹⁵

Spíše než na skutkové podobnosti se autoři při vymezování konceptu judikatury spoléhají na obecnější principy právní jistoty¹⁶ (konkrétně pak předvídatelnosti soudního rozhodování¹⁷) nebo důraz na koherenci právního systému,¹⁸ čemuž odpovídá například i konstrukce ustanovení § 13 občanského zákoníku.¹⁹ Pokusů o vymezení toho, co judikatura vlastně je a jakou normativní roli hraje v českém právním systému, je v českém prostředí celá řada, od obecnějších studií, snažících se postihnout práci s judikaturou jako celkem,²⁰ po dílčí diskuse o charakteristických rysech judikatury.²¹ Některé z těchto textů pak otevírají problém dekontextualizace, především v kontextu tzv. právních vět²² a jednotlivých stanovisek vrcholných soudních institucí.²³

Pokud budeme dovozovat legitimitu soudcovského dotváření práva (případně dokonce i soudcovské normotvorby) právě od rozhodování konkrétního případu, pak bude zřejmé, že jakákoli dekontextualizace a zobecňování (v kontextu užívání tzv. právních vět některými autory nazývané přímo „*zobecňovací obsesí*“ nebo „*normativněvětným fetišismem*“²⁴) může představovat problém i mimo tyto konkrétní situace: tam, kde se soud bude dovolávat dřívějšího soudního rozhodnutí učiněného v případě, jehož skutkové okolnosti nejsou podobné řešenému případu, můžeme diskutovat o tom, zda nenarušuje legitimitu takového soudního rozhodování.²⁵

¹⁴ BOBEK, M. et al. (eds). *Judikatura a právní argumentace*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, s. 180.

¹⁵ HANUŠ, L. K míře závaznosti soudní judikatury. In: *Olomoucké debaty mladých právníků – Sborník příspěvků*. 2009, 2 (Suppl.), s. 21–36.

¹⁶ Viz SMEJKALOVÁ, T. *Judikatura, nebo precedens?*, s. 859.

¹⁷ Viz např. ŠIMÍČEK, V. Předvídatelnost soudního rozhodování. *Jurisprudence*. 2004, č. 5, s. 7–11, nebo KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 284.

¹⁸ Jednotlicí funkce judikatury nejvyšších soudů je zdůrazňována celou řadou textů zabývajících se povahou judikatury, ať už půjde o relativně starý Zoulikův text (ZOULIK, F. Teoretické problémy sjednocování judikatury. *Právník*. 1970, sv. 109, s. 652–653) nebo aktuálnější zminky Šimíčka (ŠIMÍČEK, V. Předvídatelnost soudního rozhodování. *Jurisprudence*. 2004, č. 5, s. 9) nebo Kühna, Bobka a Polčáka (viz KÜHN, Z. – BOBEK, M. – POLČÁK, R. (eds). *Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha: Auditorium, 2006, s. 51).

¹⁹ Toto ustanovení zní: „Každý, kdo se domáhá právní ochrany, může důvodně očekávat, že jeho právní případ bude rozhodnut obdobně jako jiný právní případ, který již byl rozhodnut a který se s jeho právním případem shoduje v podstatných znacích; byl-li právní případ rozhodnut jinak, má každý, kdo se domáhá právní ochrany, právo na přesvědčivé vysvětlení důvodu této odchylky.“

²⁰ Viz např. ŠÁMAL, P. – RAIMONDI, G. – LENAERTS, K. a kol. *Závaznost soudních rozhodnutí – vnitrostátní a mezinárodní náhledy*. Praha: Wolters Kluwer, 2018.

²¹ Viz například již citované publikace BOBEK, M. et al. (eds). *Judikatura a právní argumentace*, KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*, SMEJKALOVÁ, T. *Judikatura, nebo precedens?*, KRÁLÍK, L. *Tvorba a publikace judikatury*. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 320–332, nebo HANUŠ, L. *K míře závaznosti soudní judikatury*, s. 21–36.

²² Viz SMEJKALOVÁ, T. *Judikatura, nebo precedens?*, nebo SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi*, s. 3–8.

²³ Viz KÜHN, Z. Stanoviska nejvyšších soudů: specifikum středoevropské právní kultury nebo komunistické reziduum. *Jurisprudence*. 2005, roč. 14, č. 4, s. 9–10; SMEJKALOVÁ, T. The Nature of Unifying Opinions of Czech Supreme Courts. In: *The Role and Place of Law in a Society Based on Knowledge*. Targu-Jiu, Romania: Targu-Jiu, Romania, 2009, nebo nejnověji BARÁKOVÁ, M. Stanoviska nejvyšších soudů: efektivní prostředek sjednocování judikatury nebo přežitek socialistické justice? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2016, č. 2, s. 245–258.

²⁴ Viz POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*, s. 232, nebo DAVID, L. *Co je precedent v rozhodnutích českých civilních soudů?*

²⁵ Viz SMEJKALOVÁ, T. *Judikatura, nebo precedens?*, s. 864.

Zatím poslední příspěvek do této české diskuse pak představuje nedávno publikovaná monografie Citační analýza judikatury,²⁶ která nejen že za pomoci metod síťové analýzy ukazuje, jak vypadá práce českých soudů s dřívějšími soudními rozhodnutími, ale zároveň se pokouší pro analytické účely od slova judikatura oprostít. Tato studie na citačních datech mj. ukazuje, jak hluboká je tato konceptuální nejasnost ohledně judikatury a její role v českém právním prostředí.

Zcela jistě by se dalo zjednodušeně říci, že odkazování na dřívější soudní rozhodnutí je vlastně pouze velmi volnou aplikací analogie v kontextu principu předvídatelnosti soudního rozhodování a principu legitimního očekávání, případně variantou argumentu (v právu rozpoznanou) autoritou. Nicméně samotná existence pojmu „judikatury“, komplexní snahy o jeho vysvětlení a prokázaná praktická nejasnost jeho konceptualizace náš právní systém staví před trvající otázky.

V českém právním prostředí tedy není shoda na tom, zda je třeba judikaturu považovat za zcela speciální koncept, který není úplně možné srovnávat s precedentem (byť občas i za precedent skoro označovaný²⁷) jako něčím, jehož aplikovatelnost je na skutkové podobnosti postavena, nebo zda náš právní systém chybuje v chápání role soudnictví v rámci dělby moci a přehlíží nutnost tuto věcnou podobnost mezi případy zvažovat předtím, než bude aplikován právní názor vyslovený ve dřívějším soudním rozhodnutí.

Skutková podobnost případů se však zdá být zásadní, neboť v případě, kdy by byla vybrána například jen část rozhodnutí odtržená od svého původního kontextu, může docházet ke značnému rozdílu mezi významem této části v jejím původním kontextu a jejím významem v novém rozhodnutí. V důsledku toho by pak judikatura mohla jen sotva plnit svou sjednocující funkci.

2. Citační síťová analýza v právu

Síťová analýza představuje přístup, který se v právním výzkumu těší v posledních letech zvýšenému zájmu, jak dokládá celá řada zahraničních studií, a to jak v prostředí *common law*,²⁸ tak v prostředí kontinentálních jurisdikcí,²⁹ a to specificky v oblasti citační analýzy

²⁶ Viz HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*.

²⁷ Viz např. rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 19. 8. 2014, sp. zn. III. ÚS 879/14, které přímo hovoří o „precedenčních účincích“ svých rozhodnutí.

²⁸ FOWLER, J. H. et al. Network Analysis and the Law: Measuring the Legal Importance of Precedents at the U. S. Supreme Court. *Political Analysis*. 2007, č. 15, s. 324 an.; FOWLER, J. H. – JEON, J. The Authority of Supreme Court precedent. *Social Networks*. 2008, č. 30, s. 16–30; WHALEN, R. Legal Networks: The Promises and Challenges of Legal Network Analysis. *Michigan State Law Review*. 2016, s. 539 an.; HITT, M. Measuring Precedent in Judicial Hierarchy. *Law and Society Review*. 2016, Vol. 50, No. 1, s. 57 an.; ABRAMOWICZ, M. – TILLER, E. H. Citation to Legislative History: Empirical Evidence on Positive Political and Contextual Theories of Judicial Decision Making. *The Journal of Legal Studies*. 2009, Vol. 38, No. 2, s. 419 an.; NIBLETT, A. – YOON, A. H. Friendly Precedent. *William & Mary Law Review*. 2016, Vol. 57, s. 1789–1823.

²⁹ V evropském prostředí potom viz především DERLÉN, M. – LINDHOLM, J. Peek-A-Boo, It's Case Law System! Comparing the European Court of Justice and the United States Supreme Court from a Network Perspective. *German Law Journal*. 2017, č. 18, s. 647 an., nebo jiný text stejných autorů DERLÉN, M. – LINDHOLM, M. Goodbye van Gend en Loos, Hello Bosman? Using Network Analysis to Measure the Importance of Individual CJEU Judgments. *European Law Journal*. 2014, Vol. 20, No. 5, s. 667 an.; van KUPPEVELT, D. – van DIJCK, G. Answering Legal Research Questions About Dutch Case Law with Network Analysis and Visualization. In: *Legal Knowledge and Information Systems: JURIX 2017: The Thirtieth Annual Conference*. 2017, s. 95 an.; HAEGEN, M. Van der. Building a Legal Citation Network: The Influence of the Court of Cassation on the Lower Judiciary. *Utrecht Law Review*. 2017, Vol. 13, No. 2, s. 365 an.; PANAGIS, Y. et al.

soudních rozhodnutí. Tento přístup byl již využit i pro popis a zkoumání českého právního prostředí, konkrétně citací dřívějších soudních rozhodnutí vrcholnými českými soudními institucemi.³⁰

Tato kvantitativní metoda na pomezí statistiky a teorie grafů oproti jiným metodám umožňuje zobrazovat a kvantifikovat nejen určité společenské jevy a jejich vlastnosti, ale také vztahy mezi nimi.³¹ Proto je ovlivňována jak vlastním datovým vzorkem a jeho vlastnostmi, tak metodou, kterou byl vzorek vybrán. Jednotlivé zkoumané jevy a vztahy mezi nimi pak tvoří tzv. síť.

V citační analýze jsou těmito zkoumanými jevy dokumenty (v právu tedy nejčastěji soudní rozhodnutí, ale obdobně se dají analyzovat třeba i patentové přihlášky³²) a vztahy mezi nimi jsou vyjádřeny právě prostřednictvím citací. Naši síť (podobně jako síť, se kterými pracují výše zmiňované zahraniční studie) tak tvoří jednotlivá soudní rozhodnutí a vztahy mezi nimi představují citace dřívějších rozhodnutí, která tato rozhodnutí obsahují. Pro naše účely tedy jednotlivá soudní rozhodnutí představují tzv. uzly (neboli vrcholy) sítě, citace jako spojení mezi dvěma soudními rozhodnutími potom představují tzv. hrany (neboli spojení).³³

V rámci síťové analýzy je možné používat celou řadu nejrůznějších ukazatelů, které jsou konstruovány právě na základě vzájemných vztahů mezi uzly a jejich hranami. V naší studii budeme pracovat jen s některými základními. Jedním ze základních ukazatelů, kterými je možné popsat vrchol, je tzv. stupeň vrcholu, neboli počet hran, které jsou spojeny s daným vrcholem. V případě, že je síť tzv. orientovaná, tedy pokud rozlišujeme mezi tím, odkud a kam hrana vede,³⁴ což je i případ naší citační sítě, je možné rozlišovat mezi vstupním a výstupním stupněm vrcholu.

Výstupním stupněm uzlu rozumíme v naší síti celkový počet citací dřívějších rozhodnutí, které se v daném rozhodnutí – uzlu – nachází. Pokud tedy rozhodnutí odkazuje na 10 dřívějších rozhodnutí, jeho výstupní stupeň je 10.

Vstupním stupněm uzlu pak rozumíme celkový počet citací takového uzlu jinými rozhodnutími. Pokud je tedy rozhodnutí citováno 150 dalšími rozhodnutími, jeho vstupní stupeň je 150.

Toto jsou nejjednodušší síťové ukazatele, na jejichž základě je potom možné posuzovat tzv. (stupňovou) centralitu uzlu v síti, která svědčí o určité prominenci uzlu v síti.

Giving Every Case Its (Legal) Due. The Contribution of Citation Networks and Text Similarity Techniques to Legal Studies in European Union Law. In: *Legal Knowledge and Information Systems: JURIX 2017: The Thirtieth Annual Conference*. 2017, s. 59 an. V českém prostředí obdobná analýza proběhla nedávno. Viz HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*.

³⁰ Viz HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 137–224.

³¹ Viz např. NOOY, W. de – MRVAR, A. – BATAGELI, V. *Exploratory Social Network Analysis with Pajek: Revised and Expanded Edition for Updated Software*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 5 nebo blíže pak také WASSERMAN, S. – FAUST, K. *Social Network Analysis: Methods and Applications (Structural Analysis in the Social Sciences)*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

³² Viz HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 74–75.

³³ Hranou však může být jakýkoli libovolně definovaný vztah mezi uzly. V kontextu citační analýzy je hranou právě citace. Naše síť je pak tzv. orientovaná: vztahy mezi jednotlivými uzly mohou být pouze jednostranné. V praxi to znamená, že soudní rozhodnutí vždy může citovat jen rozhodnutí, která byla vydána v minulosti. Hrany tedy vždy vedou od jednoho rozhodnutí k druhému zpět v čase.

³⁴ Citace dřívějšího rozhodnutí vždy vede od rozhodnutí, v němž se citace nachází, k rozhodnutí, které je citováno. Vztah mezi takto spojenými rozhodnutími je tedy v tomto smyslu orientovaný od konkrétního rozhodnutí k jinému dřívějšímu konkrétnímu rozhodnutí. Orientovanost je vlastnost jakékoli sítě, která vzniká v čase odkazy k něčemu, co se stalo v minulosti, a kde není možné (nebo nedává smysl) sledovat reciprocitu vztahů mezi uzly.

Fowler a Jeon,³⁵ a v návaznosti na ně prakticky všechny studie využívající síťovou analýzu pro výzkum citací soudních rozhodnutí,³⁶ pracují s premisou, že tím, že soud cituje nějaké soudní rozhodnutí, vyjadřuje subjektivní hodnocení daného citovaného rozhodnutí jako relevantního pro rozhodnutí daného případu. Pokud tedy v linii tohoto uvažování bude nějaké rozhodnutí citováno často, pak to svědčí o jeho relevanci nejen pro ta jednotlivá rozhodnutí, ale pro celý právní systém.

Přestože tato premisa byla zformulována v kontextu *common law*, studie v kontinentálním právním prostředí ji velice často automaticky přebírají a tato praxe je kritizována.³⁷ Jádrem této kritiky je, že nelze automaticky předpokládat, že v jednotlivých právních systémech hraje citace dřívějšího soudního rozhodnutí ekvivalentní roli. Zatímco tedy není problém využívat síťovou analýzu jako explorativní metodu pro poznání toho, jaký charakter skutečně má v daném právním systému judikatura, je třeba mít stále na paměti specifika daného systému a interpretaci zjištění jim podřizovat.

I přesto je možné v českém právním systému říci, že rozhodnutí, které bude mít vysoký vstupní stupeň (tj. bude citováno velkým množstvím jiných rozhodnutí) zřejmě bude ve velice obecné rovině právní systém ovlivňovat více než rozhodnutí, které má nulový vstupní stupeň.³⁸ V síťových analýzách se pak zpravidla používají komplexnější vážené ukazatele využívající např. iterativních algoritmů,³⁹ které umožňují komplexnější hodnocení jednotlivých rozhodnutí. S těmito komplexními ukazateli v českém právním prostředí pracují Harašta, Smejkalová, Novotná a kol.⁴⁰ Pro účely naší studie nám však postačí pouze vstupní centralita jednotlivých rozhodnutí (tj. jejich vstupní stupeň), která nám bude operacionalizovat určitou prominenci rozhodnutí v síti. Narážíme tím nejen na to, jak často je dané rozhodnutí citováno jinými rozhodnutími, ale také na to, že taková „prominentní“ rozhodnutí budou v důsledku toho i známější, častěji citovaná v dalších soudních rozhodnutích a potenciálně přebíraná do odborné literatury a podobně. A v důsledku této exponovanosti pak budou opět více známá, a tedy i mít potenciál k tomu být více citována. Jak uvádí např. Gerhardt a jak zdůrazňují i v českém kontextu Harašta, Smejkalová, Novotná a kol., „pravděpodobnost, že bude rozhodnutí citováno, se zvyšuje s tím, jak je rozhodnutí exponované, tedy i tím, jak často je citováno“.⁴¹

V naší studii tyto jednoduché ukazatele budeme používat především ke konstrukci citačních řetězců. Následně kvalitativní zkoumání nám navíc pak umožní ověřit, do jaké míry je tedy jednoduchý ukazatel vstupního stupně schopen reflektovat potenciální věcnou podobnost mezi citovanými rozhodnutími.

³⁵ FOWLER, J. H. – JEON, J. *The Authority of Supreme Court precedent*, s. 17.

³⁶ Viz poznámky č. 29 a 30 výše.

³⁷ Viz SMEJKALOVÁ, T. Importance of judicial decisions as a perceived level of relevance. *Utrecht Law Review*. 2020, Vol. 16, No. 1, s. 39–56, nebo FRANKENREITER, J. Network Analysis and the Use of Precedent in the Case Law of the CJEU – A Reply to Derlén and Lindholm. *German Law Journal*. 2017, Vol. 18, No. 3, s. 687–694.

³⁸ To, jak rozumět těmto a dalším ukazatelům a do jaké míry je vůbec možné například nějakou obecnou „důležitost“ daného rozhodnutí operacionalizovat skrze centralitu takového rozhodnutí, je problematičtější otázka, na jejíž vysvětlení není v tomto textu prostor. Proto si dovolíme touto cestou pouze odkázat na text, který bude letos publikován a který se všemi těmito otázkami podrobně zabývá. Viz HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 141–163. Pro účely tohoto textu je možné tyto potenciální problémy nebrat v úvahu, protože síťovou analýzu v našem případě používáme čistě pro generaci náhodných citačních řetězců, jak je vysvětleno níže.

³⁹ Viz například algoritmus HITS. KLEINBERG, J. M. Authoritative sources in a hyperlinked environment. *Journal of the ACM (JACM)*. 1999, Vol. 46, No. 5, s. 604–632.

⁴⁰ HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 209 an.

⁴¹ *Ibidem*, s. 158. Dále odkazují na GERHARDT, M. J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 109.

Výzkum ale také ukazuje, že častěji citovaná rozhodnutí jsou taková, která se vztahují k obecnějším, principiálním otázkám, často procesního charakteru.⁴² Z těchto úvah pak na teoretické úrovni vyplývá, že rozhodnutí, která jsou citována méně, by měla být taková, která si soudce vybírá proto, že se skutečně hodí pro jeho argumentaci.⁴³ Tento předpoklad budeme v této studii ověřovat.

Ač je většina výše odkazovaných studií primárně kvantitativního charakteru, lze se ojediněle setkat i s takovými, které preferují kombinovaný přístup a vyzdvihují přínos citační sítové analýzy jako součásti širšího zkoumání. Olsen a Kücküksu⁴⁴ tak například nejprve využívají citační analýzu k tomu, aby identifikovali nejcitovanější rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva vztahující se ke článku 14 Evropské úmluvy o lidských právech a až pak pokračují klasickou analýzou vlastních textů takto identifikovaných rozhodnutí. Vzdáleně podobný přístup jsme pro účely této studie zvolili i my.

3. Metodologie

Přestože se zdá, že se česká praxe kloní k tomu, že „*dekontextualizace, tedy oprostění soudem dotvořené normy od faktů, nepůsobí žádné problémy*“,⁴⁵ objevují se v české odborné literatuře hlasy, které naopak upozorňují, že tomu tak nemusí být.⁴⁶ Tyto texty však obsahují pouze anekdotické důkazy toho, že soudy při aplikaci nějakého dřívějšího rozhodnutí ignorují otázku podobnosti skutkového základu případů, jsou tedy založeny na předchozí znalosti autorů těchto textů o konkrétních případech dekontextualizace.

Naším cílem je na nezávisle generovaném vzorku rozhodnutí popsat, zda a jak k této dekontextualizaci dochází: zda jsou si citovaná rozhodnutí vlastně podobná a do jaké míry se tedy v českém prostředí posouvá při práci s judikaturou podobnost skutkového základu. To znamená, že nás bude zajímat jak podobnost skutkového základu mezi rozhodnutími, která se citují, tak to, zda a jak se soudy na tuto skutkovou podobnost zaměřují a jak s ní pracují.

Vzorek, se kterým budeme pracovat, se skládá z 48 rozhodnutí seřazených do 11 citačních řetězců. Protože budeme pracovat se sítovou analýzou a hodnotami jednotlivých rozhodnutí v síti, bude nás také zároveň zajímat, zda hodnota vstupního stupně citovaných rozhodnutí (viz výše) může sloužit jako indikátor toho, zda bude citované rozhodnutí spíše podobnější nebo vzdálenější skutkovému základu rozhodnutí, které jej cituje.

⁴² Například Harašta, Smejkalová, Novotná a kol. v českém citačním prostředí identifikovali jako „nejprominentnější“ tematický cluster, který spojují tvrzení o roli Ústavního soudu v systému českého soudnictví. Viz HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 214–217.

⁴³ Tento předpoklad (především jeho druhá část) je však také závislý nejen na znalostech konkrétních soudců, ale i na vyhledávacích algoritmech, které používají systémy, v nichž soudce daná rozhodnutí vyhledává. Problematika faktorů potenciálně ovlivňujících volbu soudce citovat nějaké konkrétní rozhodnutí je podrobněji diskutována v kontextu tzv. optimální relevance jako vedoucího kognitivního mechanismu jakékoli lidské volby v SMEJKALOVÁ, T. *Importance of judicial decisions as a perceived level of relevance*, s. 39–56.

⁴⁴ OLSEN, H. P. – KÜCKÜKSU, A. Finding hidden patterns in ECtHR's case law: On how citation network analysis can improve our knowledge of ECtHR's Article 14 practice. *International Journal of Discrimination and the Law*. 2017, Vol. 17, No. 1, s. 4–22.

⁴⁵ BOBEK, M. et al. (eds). *Judikatura a právní argumentace*, s. 109, poznámka pod čarou č. 32.

⁴⁶ Viz DAVID, L. *Co je precedent v rozhodnutích českých civilních soudů?*, POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*, SMEJKALOVÁ, T. *Právní věta a ratio decidendi*, SMEJKALOVÁ, T. *Judikatura, nebo precedens?*, s. 852, nebo nejnověji TVRDIKOVÁ, L. *Důležitost kontextu při používání judikatury*.

3.1 S jakými soudními rozhodnutími pracujeme a odkud pocházejí?

Všechna rozhodnutí, se kterými pracujeme, pochází z *korpusu rozhodnutí vrcholných soudů* (*Czech Court Decision Corpus „CzCDC 1.0“*)⁴⁷ tak, jak byl vytvořen v rámci již skončeného projektu Exaktní hodnocení aplikační relevance judikatury,⁴⁸ a jehož citační data jsou popsána a publikována jako ucelený citační dataset na GitHub.⁴⁹ Tento korpus obsahuje:

- Rozhodnutí Ústavního soudu vydaná mezi 1. 1. 1993 a 30. 9. 2018 a jejich odhadovaná úplnost je cca 99,5 %.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu vydaná mezi 1. 1. 1993 a 30. 9. 2018 a jejich odhadovaná úplnost je cca 91 %.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu vydaná mezi 1. 1. 2003 a 30. 9. 2018 a jejich odhadovaná úplnost je cca 99,9 %.⁵⁰

Texty identifikovaných rozhodnutí pak pocházejí přímo z databází jednotlivých soudů⁵¹ tak, jak jsou dostupné online.

Citační řetězce jsme sestavili tak, že jsme nejprve identifikovali ta rozhodnutí, u kterých budou citační řetězce končit, tedy ke kterým budou citační řetězce směřovat. Ač by se mohlo zdát, že takto vlastně „začínáme od konce“, důvod tohoto výběru je prostý: jak podrobněji vysvětlujeme níže, v této studii se soustředíme na vstupní stupeň vybíraných rozhodnutí a mimo jiné zkoumáme vztah této hodnoty k tomu, zda jsou při citacích soudních rozhodnutí zohledňovány jejich skutkové základy. Potřebujeme tedy nejprve identifikovat rozhodnutí, která jsou citována jinými rozhodnutími, a od nich odvíjet další hledání těchto jiných rozhodnutí.

Rozhodnutí, ke kterým budou citační řetězce směřovat, jsme tedy vybrali tak, že jsme nejprve identifikovali všechna rozhodnutí z výše uvedeného *korpusu rozhodnutí vrcholných soudů*, která obsahují klíčové slovo „azyl“, a to včetně jeho různých gramatických podob. Toto klíčové slovo obsahuje celkem 12 702 soudních rozhodnutí nacházejících se v tomto korpusu.⁵² Mezi těmito rozhodnutími jsme nejprve vybrali 5 rozhodnutí, k nimž naše řetězce budou směřovat. Tato rozhodnutí jsme vybírali na základě jejich vstupních stupňů, a to tak, že jsme nejprve vybrali první tři, která mají nejvyšší vstupní stupeň.

⁴⁷ Viz HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 83–92. Vlastní data jsou pak volně dostupná zde: NOVOTNÁ, T. – HARAŠTA, J. *Czech Court Decisions Corpus (CzCDC 1.0)*, LINDAT/CLARIAH-CZ digital library at the Institute of Formal and Applied Linguistics (ÚFAL), Faculty of Mathematics and Physics, Charles University. 2019. Dostupný z: <<http://hdl.handle.net/11372/LRT-3052>>.

⁴⁸ Exaktní hodnocení aplikační relevance judikatury (GA17-20645S) je projekt financovaný Grantovou agenturou ČR, který probíhal v letech 2017–2020. Celá tato studie, včetně podrobného vysvětlení toho, jak byla data získána, jaká je jejich úplnost a jaké základní informace o českém citačním prostředí viz HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*.

⁴⁹ Viz HARAŠTA, J. – NOVOTNÁ, T. – ŠAVELKA, J. *Citation Data of Czech Apex Courts*. : arXiv:2002.02224, 2020. 7 s. ISSN 2331-8422. Vlastní dataset citačních dat je dostupný na GitHub: <<https://github.com/czech-case-law-relevance/czech-court-citations-dataset>>.

⁵⁰ Vznik a obsah tohoto korpusu je podrobně popsán v HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 81–133.

⁵¹ Viz NALUS (nalus.usoud.cz), Nejvyšší soud (nsoud.cz) a Nejvyšší správní soud (nssoud.cz).

⁵² Jsme si vědomi toho, že tento způsob potenciálně vyřadí taková související rozhodnutí, která vyhledávané slovo parafrázuji, pro účely našeho zkoumání je však možné s tímto omezením pracovat – cílem není úplnost, ale předpoklad tematické omezenosti.

O takových rozhodnutích víme, že jsou velice hojně citována, a je tedy velká pravděpodobnost, že kolem sebe mají kapacitu utvořit početnější síť, v rámci níž bude možné vytvořit citační řetězce. Zbývající dvě rozhodnutí byla vybrána na základě průměrného a mediánového vstupního stupně. Kolem těchto rozhodnutí je již síť výrazně menší. Tato rozhodnutí, jejich vstupní stupně a zkratkové označení, které pro ně budeme používat ve vlastní analýze, shrnuje tabulka 1.

Tabulka 1: Rozhodnutí první úrovně a jejich vstupní stupeň

Rozhodnutí	Vstupní stupeň	Pořadí vstupního stupně	Zkratka
1 Azs 13/2006-39	1991	Nejvyšší vstupní stupeň	Azyl 1
3 Azs 33/2004-98	589	Druhý nejvyšší vstupní stupeň	Azyl 2
2 Azs 92/2005-58	492	Třetí nejvyšší vstupní stupeň	Azyl 3
3 Azs 77/2004	9	Průměrný vstupní stupeň	Azyl průměr
3 As 84/2013	2	Mediánový vstupní stupeň	Azyl median

3.2 Jak jsou zkonstruovány citační řetězce?

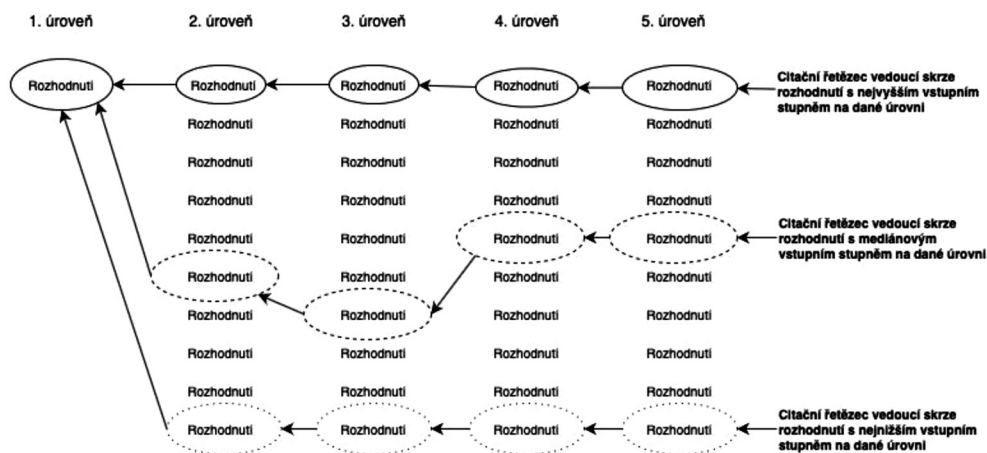
Ke každému z těchto pěti rozhodnutí (budeme o nich hovořit jako o rozhodnutích první úrovně) jsme na základě citací vygenerovali zvlášť z *korpusu rozhodnutí vrcholných soudů* čtyři další množiny rozhodnutí, které budou sloužit jako určité úrovně, kterými povedeme naše citační řetězce.

Nejprve jsme tedy získali množinu všech rozhodnutí, která citují dané rozhodnutí první úrovně. Této množině říkáme rozhodnutí druhé úrovně. Následně jsme identifikovali množinu rozhodnutí, která citují alespoň jedno rozhodnutí této druhé úrovně. Této množině říkáme rozhodnutí třetí úrovně. Takto jsme pokračovali dále, až bylo takových úrovní vytvořeno celkem pět.⁵³ Napříč těmito úrovněmi je tedy možné vést citační řetězce: rozhodnutí na 5. úrovni bude citovat nějaké rozhodnutí 4. úrovně, to bude citovat nějaké rozhodnutí 3. úrovně, to zase nějaké rozhodnutí 2. úrovně, které bude citovat jedno z rozhodnutí 1. úrovně.

V tomto bodě vstupuje do výběru konkrétních rozhodnutí, která budou tvořit jeden z oněch 11 citačních řetězců, jejich vstupní stupeň. Jak bylo uvedeno výše, vstupní stupeň rozhodnutí odpovídá tomu, kolik rozhodnutí jej cituje. Rozhodnutí s vyšším vstupním stupněm jsou tedy ta, která jsou více citována, a tedy se budou napříč judikaturou jevit (zjednodušeně řečeno) jako prominentnější, tedy potenciálně více viditelná. V linii Gerhardtova tvrzení výše je tedy pravděpodobné, že více citovaná rozhodnutí budou i v budoucnosti v důsledku toho citována častěji, což potenciálně otvírá možnost tomu, že budou citována bez toho, že by soud jakkoli ověřoval skutkovou podobnost mezi jeho případem a známým případem, pokud tam identifikuje jakoukoli jinou spojitost. V linii tohoto uvažování by tedy rozhodnutí v řetězci vytvořeném z rozhodnutí s vyšším vstupním stupněm měla pravděpodobně vykazovat vyšší skutkovou odlišnost.

⁵³ Tato rozhodnutí již vybíráme ze všech rozhodnutí, která máme k dispozici, nikoli pouze z korpusu, který nám vznikl na základě vyhledávání klíčového slova. Výběr klíčového slova „azyl“ by nám potenciálně mohl omezit naše citační řetězce pouze na judikaturu Nejvyššího správního soudu. Tomu jsme se chtěli vyhnout, proto jsme citační řetězce tvořili již ze všech rozhodnutí, nikoli jen z těch obsažených ve vytvořeném korpusu.

Při konstrukci citačních řetězců proto budeme zohledňovat jak vstupní stupeň rozhodnutí, která daný řetězec budou tvořit, tak reálnou citační vazbu mezi rozhodnutími v daném řetězci. Ke každému z prvních tří rozhodnutí první úrovně – tedy k rozhodnutím Azyl 1 (1 Azs 13/2006-39), Azyl 2 (3 Azs 33/2004-98) a Azyl 3 (2 Azs 92/2005-58) dle tabulky 1 výše – budeme vždy konstruovat tři citační řetězce: skrze rozhodnutí s nejvyšším vstupním stupněm na jednotlivých úrovních, skrze rozhodnutí s mediánovou hodnotou vstupního stupně a skrze rozhodnutí s nejnižší hodnotou vstupního stupně.⁵⁴ Kolem rozhodnutí první úrovně, která byla vybrána na základě svého průměrného a mediánového vstupního stupně – tedy rozhodnutí Azyl průměr (3 Azs 77/2004) a Azyl median (3 As 84/2013) dle Tabulky 1 výše – jsou sítě relativně malé, proto jsme k nim zkonstruovali vždy jen jeden řetězec, a to skrze rozhodnutí s mediánovým vstupním stupněm.



Obrázek 1: Konstrukce citačních řetězců dle vstupního stupně rozhodnutí

Způsob konstrukce citačních řetězců shrnuje Obrázek 1. Posloupnost citačního řetězce začíná vždy na 5. úrovni. Citační řetězec, který povede skrze rozhodnutí s nejvyššími – maximálními – vstupními stupni na jednotlivých úrovních, zkonstruujeme tak, že v množině tzv. 5. úrovně identifikujeme rozhodnutí, které má z celé této množiny nejvyšší vstupní stupeň. Pokračujeme tak, že v množině rozhodnutí 4. úrovně opět identifikujeme to rozhodnutí, které má nejvyšší vstupní stupeň. Tento proces opakujeme s dalšími úrovněmi tak, až se takto dostaneme k rozhodnutí 1. úrovně. Takto tedy získáme citační řetězec, ve kterém rozhodnutí 5. úrovně cituje rozhodnutí 4. úrovně, které cituje rozhodnutí 3. úrovně, které cituje rozhodnutí 2. úrovně, které cituje rozhodnutí 1. úrovně, a ve kterém všechna tato rozhodnutí mají v daných množinách (tedy na jednotlivých úrovních) vždy nejvyšší vstupní stupeň. Obdobně pak postupujeme v případech, kdy určujícím prvkem není nejvyšší vstupní stupeň, ale střední hodnota (medián) vstupního stupně nebo nejnižší (minimální) vstupní stupeň. Pokud střední nebo nejnižší hodnotu sdílí

⁵⁴ V případech, kdy střední a nejnižší hodnotu bude sdílet více rozhodnutí, vybereme z nich pro účely naší studie rozhodnutí náhodně.

více rozhodnutí, vybereme z něj náhodně. Rozhodnutí, která jsme takto identifikovali, a řetězce z nich vytvořené shrnuje tabulka 2.

Tabulka 2: Přehled jednotlivých citačních řetězců

Název řetězce	Úroveň 1		Úroveň 2		Úroveň 3		Úroveň 4		Úroveň 5	
	Vstupní stupeň		Vstupní stupeň		Vstupní stupeň		Vstupní stupeň		Vstupní stupeň	
Azyl 1	1 Azs 13/2006-39	max	3 Azs 89/2007-68	8 Azs 23/2008	5 Azs 74/2008-88	5 Azs 66/200-70				
			30	33	5	186				
	1991	median	3 Azs 35/06-104	7 Ans 15/2012-17	29 Cdo 5069/2015	33 Cdo 4050/2016				
			42	5	12	0				
		min	1 Azs 43/2009-66	3 Azs 29/2010-63	3 Azs 6/2011-96	4 Azs 3/2012-17				
			15	4	63	0				
Azyl 2	3 Azs 33/2004-98	max	1 As 9/2009-86	Pl. ÚS 17/10-2	I. ÚS 4019/13-1	I. ÚS 1565/14-1				
			5	44	20	79				
	589	median	8 Aps 8/2007-90	6 Afs 46/2014-39	2 Ads 126/2014-79	2 As 107/2017				
			10	12	3	0				
		min	6 Ads 113/2009-43	7 Afs 1/2007-64	5 Azs 248/2017-35	10 Azs 316/2017-35				
			11	130	2	0				
Azyl 3	2 Azs 92/2005-58	max	2 As 69/2008-148	IV. ÚS 2170/08-1	III. ÚS 1976/09-1	Pl. ÚS 29/11-1				
			23	52	18	1362				
	492	median	4 As 3/2008-78	1 Ans 7/2012-43	1 Afs 362/2016-36	7 Afs 68/2017-36				
			332	1	4	0				
		min	4 As 3/2008-78 ⁵⁵	2 As 97/2016	1 As 343/2017-45	28 Cdo 729/2018				
			332	3	1	0				
Azyl průměr	3 Azs 77/2004	median	5 Azs 6/2010-107	7 Azs 79/2009-84	3 Azs 56/2012	2 Azs 220/2014				
	9		60	131	3	0				
Azyl median	3 As 84/2013	median	5 Azs 209/2016	2 Azs 273/2016-43	2 Azs 331/2017-33	2 Azs 365/2017-26				
	2		2	3	4	1				

Tabulka 2 pro informaci obsahuje i hodnoty vstupních stupňů jednotlivých rozhodnutí. Tato hodnota je vždy přidána na řádek pod spisovou značku, případně číslo jednací, daného rozhodnutí. Vidíme tedy, že rozhodnutí 1 Azs 13/2006-39 na prvním řádku má vstupní stupeň 1991, což znamená, že jej citovalo 1991 dalších rozhodnutí. Rozhodnutí 3 As 84/2013 citovala jen 2 další rozhodnutí, proto má vstupní stupeň 2.

Tyto řetězce jsou pojmenovány podle svých prvoúrovňových rozhodnutí (Azyl 1, Azyl 2, Azyl 3, Azyl průměr a Azyl median) a informace o vstupním stupni průchodu (zkratka max pro nejvyšší vstupní stupeň, median pro střední hodnotu vstupního stupně a min pro nejnižší vstupní stupeň). Například řetězec Azyl 1 max (první řádek naší tabulky) tedy vypadá následovně: Rozhodnutí 5 Azs 66/2008-70 (tedy rozhodnutí páté úrovně) cituje rozhodnutí 5 Azs 74/2008-88 (čtvrtá úroveň), které cituje rozhodnutí 8 Azs 23/2008 (třetí úroveň), to zas cituje rozhodnutí 3 Azs 89/2007-68 (druhá úroveň), které cituje rozhodnutí první úrovně 1 Azs 13/2006-39.

⁵⁵ Jen pro zajímavost a pro doplnění provázanosti našich řetězců: Toto rozhodnutí je dalším rozhodnutím ve věci, po rozsudku čj. 4 As 3/2008-42, který byl zrušen Ústavním soudem v rozhodnutí sp. zn. IV. ÚS 2170/08-1 (rozhodnutí 3. úrovně citačního řetězce Azyl 3 max).

3.3 Proč by mělo záležet na vstupním stupni rozhodnutí v citačních řetězcích? (Vztah vstupního stupně rozhodnutí v řetězci a podobnosti mezi skutkovými základy citovaných rozhodnutí)

Rozhodnutí, které má vyšší vstupní stupeň, je pravděpodobně v celé síti „viditelnější“ a zafunguje tedy určitá varianta *mere exposure* efektu. Řetězce tedy konstruujeme na základě vstupního stupně proto, že stavíme na předpokladu, že u rozhodnutí s vyšším vstupním stupněm bude pravděpodobně docházet k většímu rozptylu mezi skutkovou podobností mezi citovaným rozhodnutím a rozhodnutím, které jej cituje. Tento předpoklad vychází jednak z již zmiňovaného Gerhardtova tvrzení, že pravděpodobnost, že bude rozhodnutí citováno, se zvyšuje s tím, jak často je citováno,⁵⁶ jednak z toho, že taková rozhodnutí mohou být i zohledňována v odborné literatuře nebo při výuce, což jim rovněž zvyšuje viditelnost. Z této úvahy pak vyplývá, že rozhodnutí s nižším vstupním stupněm v rámci námi definovaného průchodu by měla být citována rozhodnutími jim skutkově podobnějšími, protože jsou v síti méně prominentní, a tedy potenciálně i méně známá, a soudce si je vybírá proto, že se skutečně hodí pro jeho argumentaci.⁵⁷

Pro účely naší studie za „nízký“ považujeme vstupní stupeň menší a roven 10, za „vysoký“ pak vstupní stupeň větší nebo roven 50. Z Tabulky 2 výše tak také vyplývá, že 21 rozhodnutí má nízký vstupní stupeň, vysoký stupeň pak 12 rozhodnutí. Vidíme také, že rozptyl možných hodnot tvořících vysoký vstupní stupeň je opravdu velký – od 63 po 1991.

Vzhledem k tomu, že citační analýza českého prostředí práce se soudními rozhodnutími ukazuje, že v ní převažuje tendence odkazovat na více než jedno soudní rozhodnutí⁵⁸ a že soudy mají tendenci podepírat odkazy na judikaturu jednotlivé argumentační kroky, je třeba předpokládat, že citovaná rozhodnutí tvoří určitou skládačku a není vyloučeno, že naše výše uvedeným způsobem sestavené citační řetězce budou sledovat v daném rozhodnutí nějaké okrajové téma. Nicméně i zde je možné předpokládat, že budeme-li sledovat citační řetězec po maximálních vstupních stupních citovaných rozhodnutí, bude se jednat spíše o odkazy obecnějšího principiálního nebo procesního rázu, a u nižších hodnot vstupních stupňů by citovaná rozhodnutí měla být skutkově bližší. Cílem tohoto textu je tedy analyzovat výše uvedeným způsobem zkonstruované řetězce co do podobnosti skutkových okolností případů.

V návaznosti na výše uvedené je pak možné formulovat následující hypotetické tendence, jejichž projevy budeme v řetězcích ověřovat:

- 1) Rozhodnutí s nízkým vstupním stupněm budou skutkově podobná rozhodnutím, která je citují.

⁵⁶ GERHARDT, M. J. *The Power of Precedent*, s. 109.

⁵⁷ Tento předpoklad (především jeho druhá část) je však také závislý nejen na znalostech konkrétních soudců, ale i na vyhledávacích algoritmech, které používají systémy, v nichž soudce daná rozhodnutí vyhledává. Problematika faktorů potenciálně ovlivňujících volbu soudce citovat nějaké konkrétní rozhodnutí je podrobněji diskutována v kontextu tzv. optimální relevance jako vedoucího kognitivního mechanismu jakékoli lidské volby v SMEJKALOVÁ, T. *Importance of judicial decisions as a perceived level of relevance*, s. 39–56. Problematiku strategií, které využívají právní informační systémy při vyhledávání judikatury, pak podrobně analyzuje Harašta. Viz HARAŠTA, J. Srovnávací studie právních informačních systémů: rozdíly mezi systémy při využití různých vyhledávacích strategií. *Revue pro právo a technologie*. 2020, č. 22, s. 219–260.

⁵⁸ HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 165–169. Teoreticky pak také viz SMEJKALOVÁ, T. Odkazy na soudní rozhodnutí a symbolická hodnota informace. *Jurisprudence*. 2013, č. 8, s. 3–9.

- 2) Řetězce zkonstruované napříč rozhodnutími s minimálním vstupním stupněm na jednotlivých úrovních budou kompaktnější co do skutkové podobnosti než řetězce zkonstruované napříč rozhodnutími s nejvyšším vstupním stupněm na jednotlivých úrovních.

Zvolená metoda nám na jednu stranu umožní odhlédnout od potenciální subjektivity ve výběru rozhodnutí, se kterými pracujeme, na druhou stranu má ale určitá omezení. Sledování citačního průchodu dle vstupního stupně může při přítomnosti více citací v jednom rozhodnutí (což je, jak bylo uvedeno výše, běžná česká praxe) vést k tomu, že vytvoříme řetězec založený na různých tématech, protože, jak bylo řečeno výše, citace judikatury v českých soudních rozhodnutích často spíše připomínají skládačku: komplexita případu vede soud k tomu, že se u každé dílčí otázky bude nejspíše chtít opírat o cokoli, co prokáže kontinuitu a koherenci v jeho rozhodování. V praxi právě k tomuto slouží odkazy na dřívější soudní rozhodnutí.

Potvrdí-li se však i přes to tyto hypotetické tendence, pak budeme mít důkaz o tom, že se v rámci celé této citační skládačky vedle citací obecných a známých rozhodnutí soudy aktivně zajímají i o skutkovou podobnost rozhodnutí, která citují, a tedy že tuto věcnou podobnost vnímají jako relevantní při odůvodňování svého rozhodnutí.

Pokud se tyto tendence nepotvrdí, pak máme za to, že bude takovou skutečnost možné interpretovat v kontextu již jiných zjištění o české judikatuře jako další potvrzení určité náhodnosti a nesystematičnosti, se kterou české soudy k práci s judikaturou přistupují, o níž v náznacích hovoří dosavadní výzkum.⁵⁹

3.4 Jak budeme postupovat při analýze textů soudních rozhodnutí?

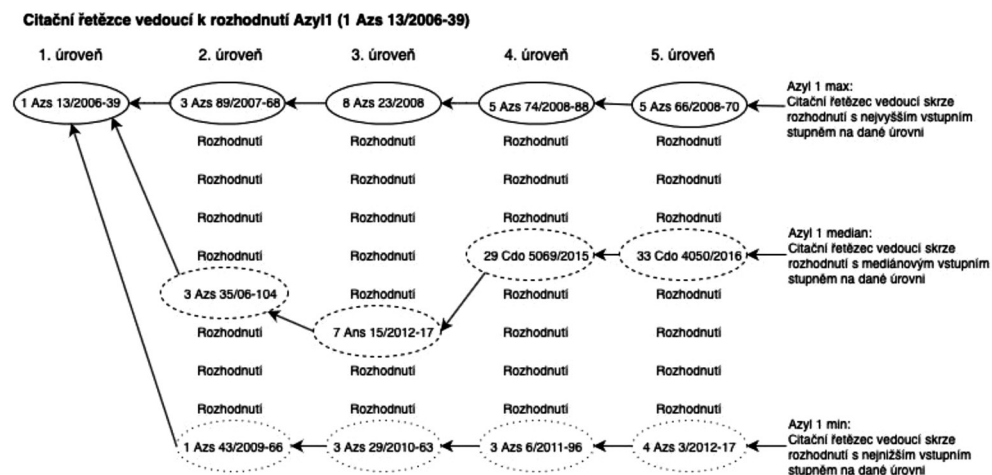
Pro účely zkoumání skutkové podobnosti je nejprve nutné analyzovat texty jednotlivých rozhodnutí a věnovat pozornost jednak informacím o jejich skutkovém základu, jednak kontextu, v němž se nachází citace dalšího rozhodnutí v řetězci:

- Pro účely sledování posunu ve skutkovém základu rozhodnutí je poté třeba sledovat podobnost především mezi rozhodnutím 5. úrovně a rozhodnutím 1. úrovně. Zároveň je třeba zohledňovat, zda v rámci citačního řetězce případně nedošlo k výslovnému odlišení citovaného rozhodnutí.
- V každém citačním řetězci pak budeme také sledovat, v jakém kontextu se citace dalšího rozhodnutí objevuje, z jakého důvodu ji soud používá a čeho se tím dovolává.

Aby bylo patrné, o jakém místě v citačním řetězci mluvíme, budeme při popisu jednotlivých citačních řetězců odkazovat na jednotlivá rozhodnutí nejen prostřednictvím jejich spisových značek nebo čísel jednacích, ale i prostřednictvím již zmiňovaných zkratk (Azyl 1, Azyl 2, Azyl 3, Azyl průměr, Azyl median) a místa, kde se v daném citačním řetězci nacházejí (1., 2., 3., 4. nebo 5. úroveň). Jednotlivé řetězce tak budou vždy popisovány a analyzovány jako cesty od rozhodnutí na 5. úrovni skrze 4., 3. a 2. úroveň až k rozhodnutí na 1. úrovni.

⁵⁹ HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 225–233.

Například tedy o rozhodnutí 7 Ans 15/2012-17 budeme hovořit jako o „Rozhodnutí Azyl 1 median 3“, protože se nachází na 3. úrovni v řetězci vedoucím k rozhodnutí Azyl 1 skrze rozhodnutí s mediánovým vstupním stupněm, o rozhodnutí 3 Azs 6/2011-96 pak jako „Azyl 1 min 4“, protože se nachází na 4. úrovni v řetězci vedoucím k rozhodnutí Azyl 1 skrze rozhodnutí s minimálním vstupním stupněm. Obrázek 2 pak názorně ukazuje místa těchto rozhodnutí v citačních řetězcích vedoucích k rozhodnutí „Azyl 1“, tedy rozhodnutí 1 Azs 13/2006/39.



Obrázek 2: Příklad konkrétního řetězce včetně rozhodnutí

4. Analýza a diskuse

Námi zvolená metoda výběru rozhodnutí, která budou zařazena do citačních řetězců, nám umožnila zkonstruovat i takové citační cesty, které by se při vlastním čtení rozhodnutí nemusely jevit jako intuitivní. Díky síťovému ukazateli vstupního stupně, kterým jsme se řídili při výběru rozhodnutí z jednotlivých úrovní, se nám do citačních řetězců dostala i rozhodnutí, na která soudy odkazují v textech rozhodnutí poněkud „okrajově“. Typicky je tato „okrajová citace“ reflektovaná v kroku ze druhé na první úroveň v řetězcích vedoucích k rozhodnutím Azyl 1, 2 a 3: Když se na první úrovni nachází rozhodnutí s vysokým vstupním stupněm, jako je tomu u těchto rozhodnutí, je pravděpodobné, že tato jeho charakteristika je následkem toho, že obsahuje nějakou obecnější úvahu především procesního charakteru.⁶⁰ Pokud tomu tak je, pak je zřejmé, že minimálně citační krok ze druhé na první úroveň umožní poměrně velký tematický skok.

Z našich citačních řetězců je tedy vidět, že určitá nezávislost výběru, se kterou jsme při jejich sestavování pracovali, vedla k tomu, že vedou skrze rozhodnutí, která se nemusí

⁶⁰ V rámci nizozemské studie nejcitovanějších rozhodnutí nizozemského Nejvyššího soudu bylo naznačeno, že je nepřekvapivé, že nejcitovanější rozhodnutí budou ta, která budou vyjasňovat procedurální otázky. Viz WINKELS, R. – RUYTER, J. de. *Survival of the Fittest: Network Analysis of Dutch Supreme Court Cases*. In: PALMIRANI, M. et al (eds). *AICOL Workshops 2011, LNAI 7639*, s. 106–115, Berlin – Heidelberg: Springer Verlag, 2012, s. 111.

nutně vztahovat k jádru řešené věci. Citační řetězce tak zahrnují i rozhodnutí, jejichž citace se objevují pouze v částech týkajících se posuzování přijatelnosti, respektive přípustnosti daného podání, přičemž přijatelnost/přípustnost nutně nemusí být důvod k odmítnutí daného podání, nebo rozhodnutí, se kterými soud vlastně reálně nepracuje a pouze je doplňuje do seznamu rozhodnutí, kterými prokazuje existenci ustálené judikatury, na kterou se odvolává. V těchto případech je tedy možné očekávat, že k dekontextualizaci – tedy k nepodobnosti mezi skutkovým stavem daného rozhodnutí a citovaného rozhodnutí – bude docházet. Zároveň také dochází k situacím, kdy se do citačních řetězců dostala rozhodnutí, která soud používá jako argumentační příklady opaku (například v řetězci Azyl 1 max rozhodnutí 5. úrovně výslovně odlišuje věcný základ svého rozhodování od věcného základu rozhodnutí 4. úrovně; podobně viz také odlišování rozhodnutí 4. úrovně v řetězci Azyl 2 max nebo Azyl median) nebo se objevuje v argumentaci soudu jen proto, že s nimi pracují účastníci řízení ve svých podáních.

Pokud bychom tedy měli porovnávat skutkovou podobnost mezi 5. a 1. úrovní v jednotlivých citačních řetězciích a vysledovat posun, ke kterému může dojít, vyplývá z našich citačních řetězců následující.

V řetězciích vedoucích k rozhodnutí Azyl 1 je možné vysledovat rámcovou podobnost pouze tehdy, kdy se rozhodnutí 5. úrovně vztahují k problematice azylu a mezinárodní ochrany. Citační řetězec Azyl 1 max sleduje skutkově velmi podobná témata a vzhledem ke specifčnosti (udělování mezinárodní ochrany osobám z Kazachstánu, které praktikují tzv. čistý islám) patří mezi věcně nejkoherentnější řetězce v naší studii. Rozhodnutí 1. úrovně, ke kterému celý citační řetězec směřuje, je však rozhodnutí Azyl 1 max 2 (3 Azs 89/2007-68), které je citováno v kontextu, kde se Nejvyšší správní soud vypořádává s tím, zda je kasační stížnost přijatelná. Přímou tvrdí, že toto rozhodnutí je „precedentní“ a vychází z informací, které má toto rozhodnutí v právní větě. Jádrem se soudu jeví interpretace pojmu „přesah vlastních zájmů stěžovatele“, který je použit v ustanovení § 104a soudního řádu správního. Nad rámec právní věty při práci s rozhodnutím 1. úrovně soud nejde. Relativní tematická soudržnost se tedy v tomto citačním řetězci udržuje až k rozhodnutí na první úrovni, kde však o skutkovém základu nevíme nic víc, než že stěžovatelka žádala o azyl s tím, že jí bylo vyhrožováno policejními orgány domovského státu.

Jasnou věcnou návaznost je možné sledovat i ve třetím řetězci (Azyl 1 min), který je propojen spíše přes právní otázku humanitárního azylu a toho, z jakých důvodů je možné jej poskytovat. Ač ale celý řetězec Azyl 1 min spojuje téma azylu, dochází nicméně k obměnám konkrétních situací, a tedy i skutkového základu. V právní rovině se argumentace soudu vine kolem toho, zda má správní orgán zkoumat při rozhodování o azylu i okolnosti ospravedlňující případné udělení doplňkové ochrany, a to i při opakované žádosti o azyl, ve které žadatel neuvádí nové důvody pro udělení azylu. Z právního obsahového hlediska je však zajímavé, že tento citační řetězec poměrně dobře ilustruje vývoj právního názoru Nejvyššího správního soudu v odpovědi na otázku, co se přesně rozumí „přesahem vlastních zájmů stěžovatele“.

Druhý řetězec (Azyl 1 median) vede i skrze rozhodnutí Nejvyššího soudu a mezi rozhodnutím 5. a 1. úrovně prakticky není jasná skutková návaznost. To však neznamená, že by mezi jednotlivými úrovněmi alespoň v náznaku nebyla.⁶¹

⁶¹ Většinu rozhodnutí v citačním řetězci Azyl 1 median spojuje právní otázka osvobození od soudních poplatků. V rozhodnutí 5. úrovně (33 Cdo 4050/2016) se nedozvídáme příliš mnoho o skutkovém stavu, jen že nižší soud nevyhověl

I v řetězcích vedoucích k rozhodnutí Azyl 2 je možné sledovat mezi rozhodnutími 5. úrovně a 1. úrovně věcné odlišnosti. Citační řetězec Azyl 2 max je co do rozptylu témat věcí, kolem kterých se rozhodnutí vinou, poměrně široký. Rozhodnutí 5. úrovně tohoto řetězce nemá s azylem nic společného: jedná se o rozhodnutí Ústavního soudu, v jehož základě byla tvrzení stěžovatelky, podle kterých měla utrpět ublížení na zdraví při porodu, při kterém jí byly prováděny úkony navzdory porodnímu plánu. Řetězec pak pokračuje skrze rozhodnutí o ústavněprávní ochraně stěžovatele, který byl napaden, když natáčel průběh demonstrace Dělnické strany (Azyl 2 max 4), zákonném snížení platu státních zástupců (Azyl 2 max 3), odvolání z funkce státního zástupce (Azyl 2 max 2) a končí u problematiky důvodů podání kasační stížnosti (Azyl 2).

Ani v řetězci Azyl 2 median rozhodnutí 5. úrovně nesouvisí s problematikou azylu, protože se týkalo problematiky uchovávání osobních údajů v tzv. negativním registru vedeném sdružením právnických osob pro účely posouzení platební schopnosti stěžovatelů. Poté se řetězec posouvá do roviny interpretace § 65 soudního řádu správního a k tomu, zda rozhodnutí o námitkách proti kontrolnímu zjištění není rozhodnutím ve smyslu tohoto ustanovení (rozhodnutí Azyl 2 median 4 a 3), a k ochraně před nezákonnými zásahy finančního ředitelství (Azyl 2 median 2). Určitou tematickou linku je však v těchto rozhodnutích možné spatřovat: posouzení či neposouzení určitých úkonů správních orgánů při správní kontrole jako správního rozhodnutí ve smyslu § 65 soudního řádu správního. Věcný základ se však liší: jednou jde o jednotlivé úkony při kontrole, jednou o protokol o výsledcích kontroly, jinde o rozhodnutí o námitkách proti protokolu.

Azylu se, striktně vzato, netýká ani rozhodnutí 5. úrovně v citačním řetězci Azyl 2 min. V něm se ale alespoň jednalo o problematiku povolení k pobytu na území České republiky, což je možné považovat za související téma. V citačním řetězci Azyl 2 min je možné sledovat určitou návaznost z rozhodnutí na rozhodnutí, přičemž například mezi rozhodnutími 5. a 4. úrovně (tedy mezi rozhodnutími 10 Azs 316/2017-35, které obsahuje citaci rozhodnutí 5 Azs 248/2017-35) je úzká skutková vazba, mezi ostatními rozhodnutími je však vazba spíše argumentačně-právní vztahující se k tématu přípustnosti kasační stížnosti.

V řetězcích vedoucích k rozhodnutí Azyl 3 vidíme zatím největší rozdíl mezi věcným základem tohoto rozhodnutí a rozhodnutí na 5. úrovních všech variant průchodu, kde se ani v řetězci Azyl 3 max, Azyl 3 median ani Azyl 3 min nejednalo o věc související s azylem. V řetězci Azyl 3 max se na 5. úrovni jednalo o rozhodnutí sp. zn. Pl. ÚS 29/11-1, což je rozhodnutí o kontrole norem, jehož následkem bylo zrušení ustanovení § 237 odst. 1 písm. c) občanského soudního řádu. V řetězci Azyl 3 median o spor mezi daňovými subjekty a správním orgánem, typicky Finančním ředitelstvím.⁶² V řetězci Azyl 3 min pak sice

žadatelé o osvobození od soudních poplatků. Rozhodnutí 29 Cdo 5069/2015, které v tomto řetězci následuje na 4. úrovni, je však soudem citováno jen proto, že se na něj odkazuje dovolatel a soud s ním nijak zvlášť nepracuje. Je tedy možné, že je to odborně a mediálně exponovanější rozhodnutí – jeho vstupní stupeň je 12.

Je však v tomto kontextu spravedlivé poznamenat, že právě v rozhodnutí 5. úrovně soud kárá dovolatele za to, že v dovolání tvrdí nesoulad s judikaturou, přičemž je podle Nejvyššího soudu nesoulad s judikaturou možné namítat jen tehdy, když jde o otázku, na níž byl založen výrok rozhodnutí. Rozhodnutí Azyl 1 (Azs 13/2006-39), ke kterému tento citační řetězec směřuje, se pohybuje na mnohem vyšší úrovni obecnosti, protože se obecně zabývá přijatelností kasační stížnosti.

⁶² V citačním řetězci Azyl 3 median je možné sledovat relativní obecnou věcnou podobnost mezi rozhodnutími 5., 4. a 3. úrovně, tedy mezi rozhodnutími Afs 68/2017-36, Afs 362/2016-36 a 1 Ans 7/2012-43. Všechna se dotýkají sporů mezi daňovými subjekty a správním orgánem, typicky Finančním ředitelstvím. V jednotlivostech se však liší. Rozhodnutí 3. úrovně

na jednu stranu můžeme sledovat určitou jasnou tematickou návaznost – soudy si vybírají citovaná rozhodnutí tak, aby se skutečně vztahovala k řešené otázce. Věcný základ bychom dokonce mezi některými rozhodnutími mohli vyhodnotit jako skutečně obdobný (především mezi rozhodnutími 4. a 5. úrovně citačního řetězce Azyl 3 min). Rozdíly mezi věcnými základy rozhodnutí na 5. a na 1. úrovni jsou však diametrálně odlišné: otázka opomenutí účastenství v řízení o povolení stavby vs. přezkum rozhodnutí o neudělení azylu.

V řetězcích Azyl průměr a Azyl medián již vidíme, že se všechna rozhodnutí v těchto řetězcích vztahují k problematice azylu, respektive povolení k pobytu na území České republiky, a tedy nedochází k tak extrémním právně-tematickým skokům, jako byly popsány výše.

V řetězci vedoucím k rozhodnutí Azyl průměr (rozhodnutí, které je citováno jen devíti jinými rozhodnutími, takže je není možné považovat za příliš prominentní v naší síti⁶³) se ve všech rozhodnutích soudy dotýkají principu *non-refoulement* a problematiky povinnosti státního orgánu zkoumat všechny formy mezinárodní ochrany, které by u konkrétního žadatele připadaly v úvahu. I zde však vidíme, že důvod, pro který je v tomto řetězci v rozhodnutí 2. úrovně citováno rozhodnutí Azyl průměr má procesní charakter: podle tohoto rozhodnutí se žadatel i zjevně nedůvodnou žádostí o udělení azylu může dovolat humanitárních důvodů, a v takovém případě správní orgán nemá zamítat takovou žádost pro zjevnou nedůvodnost, ale má vydat kladný výrok o udělení humanitárního azylu. Pokud bychom srovnávali pouze věcný základ rozhodnutí 5. a 1. úrovně řetězce Azyl průměr, je zajímavé, že v obou případech nalezneme poměrně konkrétní věcné podobnosti – ekonomické důvody, pro které se nevrátit do Vietnamu.

V řetězci Azyl median je (podobně jako u jiných rozhodnutí 1. úrovně) problematické zjistit detaily skutkového základu případu, pouze víme, že se původně jednalo o spor mezi fyzickou osobou a Policií ČR o správní vyhoštění kvůli neoprávněnému pobytu na území České republiky; v rozhodnutí 5. úrovně šlo o to, že Ministerstvo vnitra zrušilo povolení k trvalému pobytu na území ČR vietnamskému státnímu příslušníkovi, který na území ČR pobýval naposledy v roce 2005. Na obecné rovině je tedy možné mezi těmito dvěma případy sledovat určitou podobnost. Navíc je tento řetězec také poměrně úzce právně-tematicky semknutý: všechna jeho rozhodnutí se zabývají problematikou správního vyhoštění, respektive nepovolení pobytu na území ČR, přičemž dalším spojovacím tématem byla otázka naplnění podmínek toho, zda se jedná o rodinného příslušníka občana Evropské unie nebo osobu se vztahem obdobným rodinnému dle § 15a zákona o pobytu cizinců.

(1 Ans 7/2012-43) se týká toho, jestli bylo řádně zahájeno daňové řízení nebo jestli došlo ke konkludentnímu vyměření daně, přičemž námitky stěžovatele (žalobce) směřovaly i proti řádnému doručení výzev správního orgánu a předmětem správní žaloby byla tvrzená nečinnost správního orgánu. Právě kvůli úvahám o doručení je citováno rozhodnutím 4. úrovně (1 Afs 362/2016-36). Rozhodnutí 4. úrovně se týká problematiky prekluze daně a komplexní analýzy běhu souvisejících lhůt. V rozhodnutí 5. úrovně (7 Afs 68/2017-36) se citace rozhodnutí 4. úrovně (1 Afs 362/2016-36) objevuje jako argument na podporu odlišnosti dvou různých okamžiků vztahujících se k daňové kontrole: seznámení daňového subjektu s výsledkem kontrolního zjištění a seznámení daňového subjektu se zprávou o daňové kontrole. Rozhodnutí 2. úrovně (4 As 3/2008-78) bylo již citováno v obecnějším kontextu problematiky žalobních bodů. Vymezením žalobních bodů se zabývalo i rozhodnutí Azyl 3, které je rozhodnutím 2. úrovně citováno a které na ně obsahově navazuje.

⁶³ K rozhodnutí Azyl průměr na rozdíl od těch popsaných výše vede pouze jeden řetězec, a to skrze rozhodnutí, která mají na jednotlivých úrovních mediánový vstupní stupeň. Při konstrukci jednotlivých úrovní v tomto řetězci (a v řetězci vedoucím k rozhodnutí Azyl medián, viz dále) se vzhledem k jejich relativně nízké prominentnosti v síti (vstupní stupeň 9 a 2) ukázalo jako problém sestavit všech požadovaných 5 úrovní. Proto jsme vždy sestavili pouze jeden citační řetězec.

Výše jsme naznačili, že v návaznosti na vazbu mezi vstupním stupněm rozhodnutí a jeho „viditelností“ v rámci celé sítě by rozhodnutí s nižším vstupním stupněm v rámci námi definovaného průchodu měla být skutkově podobnější rozhodnutím, která je citují, protože jsou v síti méně prominentní, a tedy potenciálně i méně známá, a soudce si je vybírá proto, že se skutečně hodí pro argumentaci jádra jím rozhodovaného případu.

Výše jsme pojmenovali dvě hypotetické tendence: Podle té první by rozhodnutí s nízkým vstupním stupněm měla být skutkově podobná rozhodnutím, která je citují. Podle té druhé by citační řetězce zkonstruované napříč rozhodnutími s minimálním vstupním stupněm na jednotlivých úrovních měla být kompaktnější co do skutkové podobnosti než řetězce zkonstruované napříč rozhodnutími s nejvyšším vstupním stupněm na jednotlivých úrovních.

4.1 Jsou rozhodnutí s nízkým vstupním stupněm věcně podobná rozhodnutím, která je citují?

V námi zkoumané omezené množině rozhodnutí je skutečně možné pozorovat případy, kde je citováno rozhodnutí s nízkým vstupním stupněm (jak bylo uvedeno výše, pro naše účely za „nízký“ považujeme vstupní stupeň menší a roven 10), jehož věcný základ je možné považovat za podobný rozhodovanému případu. Stejně tak je možné pozorovat případy, kdy má citované rozhodnutí vysoký vstupní stupeň (pro naše účely větší nebo roven 50, přičemž však vstupní stupně rozhodnutí Azyl 1, 2 a 3 jdou do stovek až tisíců) a věcný základ případů je zcela nepodobný, což odpovídá hypotéze. Mimo to je však v naší množině jedenáct rozhodnutí, jejichž vstupní stupeň není podle takto definovaných intervalů ani vysoký, ani nízký, a stupeň jejich podobnosti věcnému základu rozhodnutí, která je citují, je různý.

Vysoký vstupní stupeň má 10 sledovaných rozhodnutí (ani zde nesledujeme rozhodnutí na 5. úrovních citačních řetězců, protože u těch buď v rámci této studie vůbec nezjišťujeme, proč byla citována, nebo nebyla citována ani jedním dalším rozhodnutím).⁶⁴ Rozptyl jejich vstupních stupňů je mezi 52 (rozhodnutí Azyl 3 max 3) a 1991 (Azyl 1).

Rozhodnutí s vysokým vstupním stupněm byla převážně citována v případech, kdy citující soud zajímala pouze obecná, často procesněprávní návaznost. Pouze rozhodnutí Azyl 1 (v kontextu řetězce Azyl 1 max), Azyl průměr 2 a Azyl průměr 3 byla alespoň vzdáleně podobná rozhodnutím, která je citovaly v právní rovině. Výjimku představují rozhodnutí Azyl 3 min 2 a Azyl průměr 2, která byla citována rozhodnutími, která byla věcně (tj. co do skutkové roviny) alespoň vzdáleně podobná.

Nízký vstupní stupeň má 17 sledovaných rozhodnutí (pro tyto účely nesledujeme rozhodnutí na 5. úrovních jednotlivých řetězců, protože u těch buď v rámci této studie vůbec nezjišťujeme, proč byla citována, nebo nebyla citována ani jedním dalším rozhodnutím).⁶⁵

⁶⁴ Konkrétně se jedná o rozhodnutí: Azyl 1 (1 Azs 13/2006-39), Azyl 1 min 4 (3 Azs 6/2011-96), Azyl 2 (3 Azs 33/2004-98), Azyl 2 min 3 (7 Afs 1/2007-64), Azyl 3 (2 Azs 92/2005-58), Azyl 3 max 3 (IV. ÚS 2170/08-1), Azyl 3 median 3 (Ans 7/2012-43), Azyl 3 min 2 (4 As 3/2008-78), Azyl průměr 2 (5 Azs 6/2010-107), Azyl průměr 3 (7 Azs 79/2009-84).

⁶⁵ Konkrétně se jedná o tato rozhodnutí: Azyl 1 max 4 (5 Azs 74/2008-88), Azyl 1 median 3 (7 Ans 15/2012-17), Azyl 1 min 3 (3 Azs 29/2010-63), Azyl 2 max 2 (1 As 9/2009-86), Azyl 2 median 2 (8 Aps 8/2007-90), Azyl 2 median 4 (2 Ads 126/2014-79), Azyl 2 min 4 (5 Azs 248/2017-35), Azyl 3 median 3 (1 Ans 7/2012-43), Azyl 3 median 4 (1 Afs 362/2016-36), Azyl 3 min 3 (2 As 97/2016), Azyl 3 min 4 (1 As 343/2017-45), Azyl průměr (3 Azs 77/2004), Azyl průměr 4 (3 Azs 56/2012), Azyl median (3 As 84/2013), Azyl median 2 (5 Azs 209/2016), Azyl median 3 (2 Azs 273/2016-43), a Azyl median 4 (2 Azs 331/2017-33).

Mezi těmito rozhodnutími byla vždy vysledovatelná právní návaznost, a to nejen čistě obecného nebo procesního typu. Mezi těmito rozhodnutími již je totiž možné pozorovat určité alespoň rámcové věcné podobnosti a návaznosti, byť v různých mírách (a občas ne zcela dokonale zjištěitelné, viz níže). Podrobněji lze věcnou podobnost pozorovat u citací rozhodnutí Azyl 1 min 3, Azyl 2 median 4, Azyl 2 min 4, Azyl 3 min 4 a Azyl median, Azyl median 2, Azyl median 3 a Azyl median 4. Vyjmenovaná rozhodnutí (z nichž žádné nemá vstupní stupeň vyšší než 5) byla citována v případech, kde bylo možné z rozhodnutí seznat alespoň rámcovou podobnost skutkového základu, která by byla „přesnější“ než jen třeba „jedná se o azylovou věc“.

Z výše uvedeného se tedy skutečně jeví, že rozhodnutí s opravdu nízkým vstupním stupněm jsou citována v případech, které jsou alespoň rámcově věcně podobné.

4.2 Jsou citační řetězce zkonstruované napříč rozhodnutími s minimálním vstupním stupněm na jednotlivých úrovních kompaktnější co do skutkové podobnosti než řetězce zkonstruované napříč rozhodnutími s nejvyšším vstupním stupněm na jednotlivých úrovních?

Pokud podobným způsobem porovnáme i celé řetězce, můžeme posoudit kompaktnost skutkové a právní podobnosti napříč těmito řetězci. Z námi analyzovaných rozhodnutí vyplývá, že řetězce sestavené z rozhodnutí s nejnižším vstupním stupněm na daných úrovních se jeví jako právně konzistentnější. Až na ony tematické skoky mezi 2. a 1. úrovní jsou řetězce Azyl 1 min, Azyl 2 min i Azyl 3 min propojené vždy skrze jedno právní téma. Podobně i řetězec Azyl median a Azyl průměr sledují podobné hmotněprávní otázky.

Právní propojenost ale ještě nutně neznamená i skutkovou podobnost. Z analýzy okolností jednotlivých případů citací rozhodnutí v našich řetězcích je patrné, že porovnávat skutečnou podobnost věcného základu daného rozhodnutí je bez přístupu do spisu vlastně poměrně náročný úkol. A stejně náročný úkol má před sebou i soudce, pokud měl výběr rozhodnutí k citaci podmiňovat podobností mezi věcným základem rozhodnutí. Přestože námi analyzované texty rozhodnutí často obsahovaly v úvodu svých odůvodnění určitě vymezení věci, a to i jako podnadpis, ne vždy se v nich skrývaly všechny věcné informace relevantní danému případu.

Tyto pasáže jsou velmi často velice obecné nebo informačně nedostatečné, soudy se spíše soustředí na rekapitulaci předchozího průběhu řízení. To je na jednu stranu pochopitelné, protože součástí soudního rozhodování je i posouzení procesní roviny, ve které mohlo třeba dojít např. k namítané neústavnosti, pokud se jedná o rozhodnutí Ústavního soudu. Na druhou stranu to vlastně reálně brání čerpání informací o věcném základu věci pouze z rozhodnutí samého. Soudy se sice mohou omezeně spolehnout na informace ve spisech předcházejících řízení, zbytek právní veřejnosti – mezi kterou patří i ty soudy, které se o citované rozhodnutí chtějí opřít ve svém odůvodnění – která by potenciálně mohla chtít nebo chce se soudními rozhodnutími pracovat, však k potřebným informacím nemá přístup. I soudy, které budou pracovat s judikaturou, budou maximálně pracovat s tím, co mají šanci zjistit z textu rozhodnutí samého. V tomto výzkumu jsme tedy pracovali pouze s informacemi, které o věcném základu poskytuje rozhodnutí samo.

V námi analyzovaných rozhodnutích je tak vidět, že soudy prakticky nevěnují pozornost věcnému základu případu a vyprávění jeho příběhu. Kontext, který si pro své rozhodování vykreslují, je poměrně obecný; jsou to velice abstraktní obrysy toho, co se vlastně stalo. Nedostatečné nebo velice abstraktní popisy věcného základu daného případu v soud-

ních rozhodnutích tak vedou k vytváření takového prostředí, ve kterém se na posouzení podobnosti věcného základu nebere ohled. Takové zacházení se soudními rozhodnutími je pak vnímáno jako norma. V takovém případě je vlastně posuzování podobností mezi jednotlivými případy poměrně obtížná záležitost a závěry, které nám umožňuje činit, jsou spíše rámcového charakteru, než aby nám umožnila jít do detailů srovnávaných případů. I přesto nám však informace dostupné z textů rozhodnutí umožní činit soudy o tom, zdali mezi citovanými rozhodnutími existuje nějaký právní vztah (procesněprávní nebo hmotněprávní) a v některých případech nám dovoluje dohlédnout až do skutkové roviny, byť ponechané často v náznacích.

Řetězce, kterým se daří sledovat poměrně semknuté hmotněprávní téma, jsou tvořeny rozhodnutími, která jsou si alespoň rámcově podobná. Ač tedy z analýzy jednotlivých řetězců tak, jak byly popsány výše, vidíme, že řetězce vedené skrze rozhodnutí s nízkým vstupním stupněm se jeví (často až na skoky k rozhodnutím 1. úrovně) hmotněprávně a rámcově věcně obdobnější, než co můžeme pozorovat u řetězců vedoucích třeba skrze rozhodnutí s nejvyššími vstupními stupni na jednotlivých úrovních, nemůžeme s jistotou tvrdit, že se bude jednat o pravidlo. Například hned řetězec Azyl 1 max je totiž jeden z věcně nejsemknutějších v celé námi zkoumané množině rozhodnutí, což jde přímo proti námi ověřované tendenci.

Určité vysvětlení tohoto jevu je možné hledat právě v konkrétních hodnotách vstupních stupňů rozhodnutí v jednotlivých řetězcích. To, že má nějaké rozhodnutí na dané úrovni nejvyšší vstupní stupeň, ještě neznamená, že to bude vstupní stupeň vysoký. V citačním řetězci Azyl 1 max tak například vidíme, že vysoký vstupní stupeň mají jen rozhodnutí 5. úrovně a 1. úrovně. Na druhou stranu i relativně věcně sepjatý řetězec Azyl průměr má na 2. a 3. úrovni rozhodnutí s vysokým vstupním stupněm. A jsou to právě ta rozhodnutí, které jsme zmínili výše jako ona jediná dvě rozhodnutí s vysokým vstupním stupněm, u kterých můžeme alespoň rámcově mluvit o skutkové podobnosti.

Soudní rozhodování se tedy, jak je vidět i v našich citačních řetězcích, soustředí především na určitou teoretickou argumentační koherenci, která však není odvozována od precedenční závaznosti, ale představuje skutečně spíše dohled nad jednotností interpretace, přičemž i v našich citačních řetězcích je možné narazit na skutečně komplexní a perspektivní interpretace, které by bylo možné považovat za tak široké, že jsou spíše aktivním dotvořením práva. Vytváří se tak takové prostředí psaní soudních rozhodnutí, které cíleně nevypráví příběhy, na nichž jednotlivé případy stojí, ale soustředí se pouze na právně-koherentní návaznost rozvíjení vybrané právní myšlenky.

Je však otázkou, jestli neposuzování věcné podobnosti ze soudních rozhodnutí dělá „judikaturu“ jako nějaký specifický kontinentální institut, či se jedná o argumentační doplněk soudního rozhodování autoritativního typu. Je také otázkou, do jaké míry je vůbec možné ve chvíli, kdy v kvantitativních analýzách soudních rozhodnutí rozpoznáváme různé tendence hraničící s náhodností, je považovat za nějaký normativní prvek daného právního systému, který se pohybuje mezi normotvorbou a doktrínou s poněkud specifickou úrovní autority, jak česká právní teorie neopírající se o tato kvantitativní zjištění tvrdí.⁶⁶

⁶⁶ Viz například BOBEK, M. et al. (eds). *Judikatura a právní argumentace*, KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*, s. 274 an., nebo SMEJKALOVÁ, T. K otázce normativity judikatury v České republice. In: *Dny práva – 2008 – Days of Law*, s. 1302–1311.

Praxe českých soudů často v obecnějších nebo procesních otázkách odkazovat na předchozí soudní rozhodnutí vede k tomu, že jsou automaticky citována rozhodnutí, která co do svého skutkového základu nemusí mít s rozhodovaným rozhodnutím věcně co do činění, což rámcově ukazuje i tato studie v případech citací rozhodnutí s vysokým vstupním stupněm. To pak skutečně odpovídá představě soudního rozhodnutí vrcholného českého soudu jako určité skládačky: soud se chce u jednotlivých dílčích kroků opírat o cokoli, co prokáže kontinuitu a koherenci v jeho úvahách.⁶⁷

V analyzovaných rozhodnutích jsme vždy naráželi na to, že citované rozhodnutí bylo jen jedním z více citovaných rozhodnutí, a to v několika různých situacích:

- Rozhodnutí bylo jedno z častěji uváděných, kterými soud podkládal existenci ustálené rozhodovací praxe;
- Rozhodnutí jako jediné podpíralo jedno z mnoha dílčích tvrzení soudu, ať už se jednalo o tvrzení obecnějšího typu (přípustnost, přijatelnost, vymezení pravomoci soudu) nebo část řešeného problému – typicky v situaci, kdy podání obsahovalo několik námitek, kterými se soud jednou po druhé zabýval;
- Rozhodnutí bylo použito jako příklad opačného závěru soudu.

To je přirozeně něco, co dokáže ovlivnit tematickou návaznost citovaného rozhodnutí. V situaci, kdy je rozhodnutí vybrané na základě svého vstupního stupně v řetězci jen jedním z mnoha v rozhodnutí citovaných, a v situaci, kdy je zvykem i procesní a obecná tvrzení (jako jsou specifika přípustnosti nebo přijatelnosti daného opravného prostředku) podpírat odkazy na judikaturu, mohou nám vzniknout citační řetězce, které budou sledovat pouze toto obecné nebo procesní téma a skutkově si budou velice vzdáleny.

To tedy odpovídá i situaci, kdy se jedná o rozhodnutí s vysokým vstupním stupněm a kdy daný citační řetězec vede i skrze rozhodnutí jiných soudů (Nejvyššího soudu nebo Ústavního soudu). „Podobnost“ napříč takovým řetězcem se tedy bude velmi pravděpodobně odehrávat především na právní úrovni, a s největší pravděpodobností bude mít procesní a nebo principiální charakter.⁶⁸ V našich řetězcích byla jednotlivá rozhodnutí citována z těchto důvodů v celkem 31 případech z 44.⁶⁹

Je však zajímavé dodat, že k dekontextualizovanému použití judikatury může dojít z mnohem banálnějšího důvodu. Soudce má – jako jakákoli jiná osoba – tendence pracovat s informacemi, ke kterým se relativně snadno dostane a které mu zároveň pomohou dosáhnout sledovaného cíle.⁷⁰ S dostupností elektronických databází judikatury to potom logicky vede k tomu, že soudce bude vyhledávat na základě klíčových slov a s největší pravděpodobností použije takové fráze a citace z nalezených rozhodnutí, které podpoří jeho závěry, a to bez ohledu na to, zda byly skutkové okolnosti citovaného rozhodnutí

⁶⁷ Viz SMEJKALOVÁ, T. A Matter of Coherence. In: ARASZKIEWICZ, M. – MYŠKA, M. – SMEJKALOVÁ, T. – ŠAVELKA, J. – ŠKOP, M. (eds). *Law and Literature. Argumentation 2012 Workshop Proceedings*. Brno: Masarykova univerzita, 2012, s. 31–44.

⁶⁸ Viz WINKELS, R. – RUYTER, J. de. *Survival of the Fittest: Network Analysis of Dutch Supreme Court Cases*, s. 111.

⁶⁹ Tato čísla odpovídají tomu, že relevantních citačních situací je v našich řetězcích celkem 44 (jak a zda jsou nějakými dalšími rozhodnutími citována rozhodnutí 5. úrovně jsme nezjišťovali), přičemž rozhodnutí Azyl 1, 2 a 3 jsou v řetězcích citována vždy třikrát (rozhodnutími 2. úrovně v průchodech skrze nejvyšší, mediánový a nejnižší vstupní stupeň).

⁷⁰ Komplexní vysvětlení této kognitivní tendence a jejího vlivu na soudní rozhodování viz SMEJKALOVÁ, T. *Importance of judicial decisions as a perceived level of relevance*, s. 39–56.

podobné jím rozhodovanému případu, nebo ne. I v angloamerickém precedentním prostředí se diskutuje o tom, že elektronická dostupnost soudních rozhodnutí postupně mění práci s precedenty, protože umožňuje vyhledávat slova namísto konceptů, což teoreticky může vést k citaci slov, nikoli k aplikaci precedentu.⁷¹ Na výzkum potvrzující nebo vyvracející toto tvrzení české právní prostředí však teprve čeká.

Závěr

Cílem této studie bylo analyzovat skutkovou podobnost mezi soudními rozhodnutími v citačních řetězcích generovaných na základě jejich vstupního stupně – síťového ukazatele, který reflektuje, jak často jsou taková rozhodnutí citována jinými soudními rozhodnutími. Kromě vlastní explorační analýzy jsme ověřovali jednak předpoklad, že rozhodnutí v řetězci vytvořeném z rozhodnutí s nižším vstupním stupněm budou pravděpodobně vykazovat nižší skutkovou odlišnost než rozhodnutí v řetězci s vyšším vstupním stupněm, jednak předpoklad, že rozhodnutí s nízkým vstupním stupněm budou skutkově podobná rozhodnutím, které je citují. Byť to neplatí pro všechny námi zkoumané situace – máme za to, že ve zkoumaných citačních řetězcích se projevují jak tendence odkazovat na rozhodnutí s nízkým vstupním stupněm v situacích, které jsou věcně bližší, než při odkazování na rozhodnutí s vysokým vstupním stupněm, tak tendence citačních řetězců vedoucích skrze rozhodnutí s nejnižšími vstupními stupni na jednotlivých úrovních. Zatímco tedy náznaky potvrzení těchto tendencí je v našich výše popsanych výsledcích možné sledovat, máme za to, že jednotný závěr z nich dovodit spíše nelze. Tuto skutečnost je podle našeho názoru možné interpretovat tak, že ukazuje na „neprecedentnost“ českého zacházení s judikaturou, kde soud má tendenci vybírat k podepření svých argumentů prakticky jakékoli rozhodnutí, které obsahuje jím preferovaný právní názor.⁷² Sledovaná náhodnost ve výběru rozhodnutí k citaci pak ale také nasvědčuje tomu, že české zacházení s judikaturou zatím zřejmě nemá takovou pravidelnost, abychom judikaturu snad mohli s konečnou platností postulovat jako ucelený koncept či jev, a že je spíš jen jedním z mnoha zdrojů, kterými soud prokazuje návaznost na již existující názory soudů v předchozích případech. V tomto tedy zdá se potvrzují i celková zjištění Harašty, Smejkalové, Novotné a kol.,⁷³ kteří uzavírají, že v současné době spíše není možné v používání české judikatury vysledovat metodu a že se až na výjimky spíše jedná o náhodné odkazy, kterými se soudci snaží podpořit vlastní závěry, přičemž tato rozhodnutí jsou někdy vybrána natolik náhodně, že je sice spojuje povšechné právní téma, ale už ne podobnost skutkového základu. Naše studie však přináší naději v tom, že se zdá, že pokud si soudce skutečně vybírá okrajové a zatím necitované rozhodnutí k tomu, aby jím podpořil svou vlastní argumentaci, bude spíše sahat po rozhodnutí, které je alespoň rámcově věcně podobné případu, který řeší.

⁷¹ ORR LARSEN, A. Factual precedents. *University of Pennsylvania Law Review*. 2013, Vol. 162, No. 1, s. 59–115, s. 62.

⁷² Samozřejmě s ohledem na dodržení pravidel sjednocování judikatury rozšířeními senáty/kolegiem/plénem.

⁷³ HARAŠTA, J. – SMEJKALOVÁ, T. – NOVOTNÁ, T. a kol. *Citační analýza judikatury*, s. 225–233.

K mezím podzákoné normotvorby

Daniel Kačer*

Abstrakt: Autor se v tomto článku zamýšlí nad vztahem zákona a prováděcího předpisu. Ústřední otázkou tohoto textu je, v jaké míře může prováděcí předpis provádět práva a povinnosti v mezích zákona, na který se odvolává, a jak takové provedení může vypadat, aby tím nebyla porušena výhrada zákona. Pro odpověď na tuto otázku se autor pokouší zorientovat v dosavadní judikatuře Ústavního soudu týkající se této problematiky, aby dospěl k tomu, že judikatura jednoznačný výklad nenabízí. Naopak, Ústavní soud klade v různých příkladech různé obsahové požadavky na zákon a exekutivě je tak v jednotlivých případech povolena rozdílná míra volného uvážení toho, jak může zákonem stanovená práva a povinnosti provádět. Z toho důvodu je narušen princip právní jistoty, který v tomto případě představuje problém nejen pro recipienty právních norem, ale také pro orgány veřejné moci. Vzhledem k tomu, že literatura se tímto problémem příliš nezabývá, pokouší se právní nejistotu ohledně výkladu výhrady zákona řešit předkládaný text. Nejprve jsou definována obecná pravidla týkající se výhrady zákona, přičemž se autor opírá o rozdělení na základní práva a nezákladní práva. Následně již text spěje k definování kritéria pro posuzování podzákoné normotvorby. Ukazuje se, že vhodné kritérium není pouze jedno a z toho důvodu je výhrada zákona rozdělena do 3 kategorií – obecná výhrada zákona, výhrada zákona v užším smyslu, kvalifikovaná výhrada zákona. Kromě zmíněných je problematizována také Ústavním soudem vytvořená zvláštní výhrada zákona.

Klíčová slova: výhrada zákona, základní práva a svobody, Ústavní soud, zákon, prováděcí předpis

Úvod

S propuknutím nové nákazy covid-19 v loňském roce na našem území se znovu projevila potřeba zabývat se některými dosud nedořešenými otázkami ústavní povahy. Aby státy mohly efektivně zabraňovat dalšímu šíření tohoto viru, potřebuje moc veřejná ukládat povinnosti a omezovat některá základní práva a svobody. Za normálního stavu¹ v demokratické společnosti přitom platí, že adresáti právních norem mají nepochybně právo legitimně očekávat, že „*případná omezení jejich základních práv [...] jsou výsledkem diskursu vedeného napříč politickým spektrem*“.² Tak se může dít pouze na půdě Parlamentu. Jako protiváha argumentu pro svěřeni omezování základních práv výhradně do rukou Parlamentu stojí potřeba efektivního reagování na proměnlivé situace. Toho lze dosáhnout tím, že vláda, ministerstva a jednotlivé správní orgány budou mít širší kompetence, čímž budou moct flexibilně a účelně přizpůsobovat jednotlivá omezení s ohledem na aktuální potřeby. Článek se nebude na svém omezeném prostoru zabývat vztahem moci zákonodárné a moci výkonné, byť se tohoto tématu nepochybně bude dotýkat. Účel článku je však neméně skromný. Dosavadní judikatura týkající se výhrady zákona vede

* Daniel Kačer, student Právnické fakulty Univerzity Karlovy. E-mail: daniel.kacer@seznam.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3638-6035>. Za cenné rady a připomínky děkuji doc. JUDr. Pavlu Ondřejkovi, Ph.D., který mě provázel při psaní textu od začátku do konce. Poděkování patří také prof. JUDr. PhDr. Janu Wintrovi, Ph.D., a JUDr. Martinu Abelovi, M.Jur., za cenné rady při různých fázích psaní textu. V neposlední řadě patří mé poděkování také dvěma anonymním recenzentům, kteří můj text prošli a přispěli podnětnými připomínkami. Tento příspěvek vznikl v rámci plnění projektu Specifického vysokoškolského výzkumu (SVV) Univerzity Karlovy č. 260 494 *Integrovaný úloha lidských práv v současném právu*.

¹ V tomto kontextu je normálním stavem myšlen stav nikoliv nouzový.

² Viz nálezn Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 77/06 ze dne 15. 2. 2007.

k nejednoznačnému výkladu tohoto institutu a v různých příkladech klade různé obsahové požadavky na zákon, přičemž teoretické uchopení těchto rozdílností se jeví jako nedostatečné. Z toho důvodu se pokusím v dosavadní judikatuře zorientovat a nalézt řešení, které by mohlo počáteční rozpaky ohledně nejednoznačnosti výhrady zákona překonat, a to rozčleněním do různých kategorií. Abych tak mohl učinit, poukážu nejprve na rozdílnost výkladů podzákoné normotvorby na příkladu stávající judikatury Ústavního soudu ČR. Následně bude již text směřovat k tomu, aby sám poskytl odpověď na otázku obsahových náležitostí zákona a možností diskrece u prováděcího předpisu. Vycházet bude z obecných předpokladů zakotvených v ústavním pořádku, zejména v Listině základních práv a svobod (dále jen „Listina“). V hlavní části textu bude poskytnuto rozčlenění výhrady zákona do kategorií, v jejichž rámci bude specifikováno, co může být upraveno prováděcím předpisem a co takto upravit již nelze. Následně bude rozebrána také tzv. zvláštní výhrada zákona, kterou svou rozhodovací praxí vytvořil Ústavní soud.

1. Nejasnosti ohledně pravomocí podzákoné normotvorby

Česká republika trpí poměrně nejednoznačným výkladem možností podzákoné normotvorby. Té je na jednu stranu vytýkáno, že zasahuje do pravomocí zákonodárce, na straně druhé je kritizována, že pouze nahrazuje metodické směrnice.³ Důsledkem této rozporčnosti je narušení principu právní jistoty, a to nejen pro osoby, ale také pro jednotlivé orgány moci veřejné. Jen v takovém uspořádání, v němž každý může mít důvěru v právo, může podle V. Knappa fungovat právní stát.⁴ Teze o tom, že právní jistota spadá pod ústavně zakotvený princip právního státu, několikrát ve své judikatuře konstatoval i Ústavní soud. Tak např. v nálezu Ústavního soudu I. ÚS 420/09 ze dne 3. 6. 2009 stanovuje, že „*principu právního státu je imanentní princip předvídatelnosti práva a zákaz výkonu libovůle orgány veřejné moci*“.⁵ Mou snahou v tomto článku je nejistotu ohledně výkladu výhrady zákona překonat. Již dříve jsem analyzoval rozsáhlou judikaturu Ústavního soudu ve vztahu k podzákoné normotvorbě a dospěl jsem k tomu, že pro posouzení, zda je prováděcí předpis v souladu s výhradou zákona, či nikoliv, aplikuje Ústavní soud dva rozdílné přístupy.⁶ Odraz těchto dvou přístupů a teoretické problémy s tím spojené budu ilustrovat na následujících dvou případech řešených před Ústavním soudem, které jsem pro účely tohoto článku vybral.

V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 19/14 ze dne 27. 1. 2014 se Ústavní soud zabýval tvrzeným porušením výhrady zákona v případě týkajícím se povinnosti očkování. Podle § 46 zákona o ochraně veřejného zdraví patří mezi povinnosti osob v § 46 zmíněných „*podrobit se, v prováděcím právním předpisu upravených případech a termínech, stanovenému druhu pravidelného očkování [...]*“.⁶ Až prováděcí předpis ukládá množství povinností, které zákon předpokládá jen velmi rámcově.⁶ Pomocí této prováděcí vyhlášky jsou např. vyme-

³ KYSELA, J. – KOKEŠ, M. Role vlády v procesu právo tvorby v České republice se zřetelem k efektivitě vládnutí. *Správní právo – legislativní příloha*. 2018, roč. 51, č. 8, s. 97. Jako dobrý příklad může posloužit výkladová směrnice Ministerstva zdravotnictví ke shromažďování osob.

⁴ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 205.

⁵ KAČER, D. Výhrada zákona a koronavirus. In: ANTOŠ, M. – WINTR, J. (ed.). *Ústavní právo a koronavirus*. Praha: Leges, 2021.

⁶ Tímto prováděcím předpisem je vyhláška č. 537/2006 Sb., o očkování proti infekčním nemocem, ve znění pozdějších předpisů.

zeny „případy, kdy je před provedením pravidelného a zvláštního očkování fyzická osoba povinna podrobit se vyšetření stavu imunity a kdy je povinna podrobit se stanovenému druhu očkování“. Podle Ústavního soudu v tomto případě však nedošlo k porušení čl. 4 odst. 1 Listiny, podle kterého „povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích“, a to s odůvodněním, že primární povinnost je již uvedena v zákoně. Ústavní soud se dále vypořádával s tvrzeným porušením práva na ochranu zdraví z čl. 31 Listiny. Podle Ústavního soudu jej nelze vykládat pouze v kontextu konkrétního zájmu rodičů o zdraví dítěte, pokud nad ním převažuje veřejný zájem. Z citovaného plenárního nálezu vyplývá, že zmiňovaný způsob úpravy prováděcí vyhláškou shledává Ústavní soud za ústavně konformní.⁷

Naopak ve svém nálezu sp. zn. Pl. ÚS 13/12 ze dne 23. 7. 2013 (množství větší než malé) Ústavní soud projevil velmi striktní přístup týkající se porušení výhrady zákona ve spojení s čl. 39 Listiny, podle kterého „jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit“. Na návrh okresního soudu v Liberci byla zrušena část ustanovení § 289 odst. 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník (dále jen „trestní zákoník“), která umožňovala v prováděcím předpise určit, jaké je množství větší než malé u omamných látek, psychotropních látek, přípravků je obsahujících a jedů. Platnost pozbyla také ustanovení nařízení vlády č. 467/2009 Sb., ve znění nařízení vlády č. 4/2012 Sb., která tuto problematiku upravovala.⁸ S téměř totožnou argumentací Ústavní soud ve svém recentním nálezu (sp. zn. Pl. ÚS 98/20 z 27. dubna 2021) zrušil § 289 odst. 3 trestního zákoníku ve slovech „a jaké je množství větší než malé ve smyslu § 285“. Obdobně platnost pozbyl taky § 2 a příloha č. 2 nařízení vlády č. 455/2009 Sb., kterým se pro účely trestního zákoníku stanoví, které rostliny nebo houby se považují za rostliny a houby obsahující omamnou nebo psychotropní látku a jaké je jejich množství větší než malé, ve znění nařízení vlády č. 3/2012 Sb. Formou vládního nařízení by tak došlo podle argumentace Ústavního soudu k určení práv a povinností osob tím, že prováděcímu předpisu bylo svěřeno určení toho, jaké látky (popřípadě jaké rostliny a houby) a jakého množství se zákon týká. Podle Ústavního soudu by kritérium skutkového stavu v těchto případech mělo vyplývat přímo ze zákona. Zákonodárce tuto svou pravomoc však delegoval na vládní vyhlášku, přičemž nestanovil žádná kritéria, podle kterých by se vládní vyhláška mohla řídit. Tímto došlo k porušení výhrady zákona a k porušení zásady *nullum crimen sine lege*.

1.1 Východisko zmiňovaných nálezů Ústavního soudu

Jak již bylo konstatováno výše, Ústavní soud nepřistupuje k výhradě zákona vždy stejně. Již při zběžné analýze dvou zmiňovaných judikatorních východisek lze seznat, že klíč k posuzování souladu prováděcího předpisu s výhradou zákona je třeba hledat v jednot-

⁷ Kontroverze ohledně citovaného nálezu budí spíše nedostatečné vypořádání se Ústavního soudu s tvrzeným porušením výhrady zákona ve vztahu k Listinou garantované nedotknutelnosti osoby v čl. 7 Listiny, ke kterému se důrazně ohradila ve svém odlišném stanovisku soudkyně Kateřina Šimáčková. Obecná nevole k přístupu Ústavního soudu byla později vyvážena judikaturou umožněnou aplikací „sekulární výhrady svědomí“ v kontextu povinného očkování za kumulativního splnění podmínek stanovených ústavním soudem. K této problematice více viz: KINDLOVÁ, M. – PREUSS, O. Výhrada svědomí v kontextu povinného očkování a mimo něj. *Jurisprudence*. 2017, roč. 26, č. 3.

⁸ Konkrétně se jedná o § 2 a příloha č. 2 zmiňovaného nařízení.

livých základních právech, kterých se dané případy týkají. Jinými slovy jde o to, k jakému typu základního práva se tvrzené porušení výhrady zákona vztahuje, což mimo jiné potvrzuje také ustálená judikatura Ústavního soudu.⁹ Problém tohoto rozdělení spočívá v tom, že není vyjasněn důvod, proč by měl zrovna v těchto případech Ústavní soud přistupovat k diskreci prováděcí normotvorby odlišně. Argument nutnosti vyšší ochrany v oblasti trestního práva dle mého názoru příliš neobstojí, poněvadž v případě povinnosti očkování dochází k zásahu do tělesné integrity a ochrana tohoto základního lidského práva zaslouží přinejmenším stejnou ochranu. Ačkoliv se stále domnívám, že ve zmiňovaných případech mělo být kritérium posuzování souladu s výhradou zákona pro oba případy stejné, je dle mého názoru přesto účelné v jistém ohledu rozdílná kritéria posuzování výhrady zákona udržet. V následující části textu se proto na základě poznatků z judikatury a z teoretických východisek pokusím nabídnout možný přístup k prováděcí normotvorbě.

2. Obecná pravidla

Samotná Listina nám blíže vymezuje způsoby, kterými může veřejná moc stanovovat povinnosti a omezovat základní práva a svobody. Pro vysvětlení mezi podzákoné normotvorby jsem se rozhodl výhradu zákona rozdělit do více kategorií, které by měly možnosti prováděcích předpisů lépe vysvětlit. Předtím, než tak mohu učinit, je potřeba podat výklad obecných pravidel ukládání povinností a omezování základních práv a svobod. Jak vyplývá z následujících odstavců, na rozdíl od komentářové literatury se domnívám, že ustanovení čl. 4 Listiny nemusí být vykládána pouze v jejich vztahu k omezování základních práv, avšak mohou být vykládána rovněž ve vztahu k ukládání povinností, které žádné základní právo neomezuje.¹⁰

Pokud veřejná moc chce recipientům právních norem stanovovat povinnosti, musí tak podle čl. 4 odst. 1 Listiny dělat „*toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod*“. To znamená, že tuto povinnosti lze vymezit pouze zákonem, který však může být na základě čl. 78 a čl. 79 odst. 3 Ústavy v podrobnostech dále upravován v různých formách.¹¹ Z výše citovaného čl. 4 odst. 1 Listiny je patrný imperativ, že taková úprava musí být *secundum et intra legem* a za žádných okolností by neměla být *praeter legem*.¹²

Tak jako povinnosti mohou být ukládány jen zákonem, tak také „*meze základních práv a svobod mohou být za podmínek stanovených Listinou [...] upraveny pouze zákonem*“.¹³ Podobnost posledně dvou zmiňovaných ustanovení spočívá pouze v jejich podobném znění. Obě mají totiž v praxi normativně odlišné poslání.¹⁴ Jejich odlišnost spočívá v tom,

⁹ Kromě zmíněného zpřísnění výhrady zákona pro trestní právo (sp. zn. Pl. ÚS 13/12) Ústavní soud prosazuje podobný přístup ve vztahu k právu na veřejné zdravotní pojištění (srov. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 43/13; sp. zn. Pl. ÚS 36/11).

¹⁰ WAGNEROVÁ, E. Komentář k čl. 4. In: WAGNEROVÁ, E. – ŠIMÍČEK, V. – LANGÁŠEK, T. – POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012.

¹¹ Nejde jen o podzákoné právní předpisy, ale také třeba rozhodnutí orgánů veřejné moci, opatření obecné povahy, nebo obecně závazné vyhlášky obcí.

¹² Na čemž se Ústavní soud s právní teorií i komentářovou literaturou naprosto shodují. Srov. WAGNEROVÁ, E. *Komentář k čl. 4*, s. 126; z bohaté judikatury srov. např. nález sp. zn. Pl. ÚS 45/2000 ze dne 14. 2. 2001 (*Cukerné květy*).

¹³ Čl. 4 odst. 2 Listiny.

¹⁴ Vycházím zde z principu racionálního zákonodárce, respektive ústavodárce.

že podmínka z čl. 4 odst. 1 se vztahuje na povinnosti, které neomezují žádná základní práva, zatímco podmínka z čl. 4 odst. 2 se týká právě omezení základních práv. Nutnost zvýšené ochrany základních práv a svobod se zde projevuje požadavkem striktní zákonitosti a z toho plynoucí snížené míry možnosti dalšího vymezení prováděcím předpisem. Zcela jistě se proto ustanovení čl. 4 odst. 1 a odst. 2 nedají vykládat dohromady bez zmiňovaného rozlišení. Jan Filip v jednom ze svých dřívějších článků tento rozdíl zdůrazňuje následovně: „*Pokud by tedy měla být stanovena povinnost, která zasáhne do základního práva, nestačí splnění podmínek čl. 4 odst. 1 Listiny, nýbrž musí být splněny přísnější podmínky čl. 4 odst. 2*“.¹⁵ Hlavní rozdíl mezi odst. 1 a odst. 2 podle něj spočívá v tom, že v případě prvním stačí pouhé zmocnění v zákoně pro nižšího normotvůrce, zatímco ve druhém případě už omezení musí být uvedeno přímo v zákoně a musí splňovat podmínky stanovené Listinou.¹⁶ Ta totiž velmi často k jednotlivým právům zpřesňuje konkrétní podmínky pro možnost jejich omezení.

Při pohledu na výše zmíněné se tedy ukazuje, že k možnostem upravování zákonů prováděcí normotvorbou je třeba zaujímat odlišný přístup s ohledem na to, jestli ukládáme povinnosti zasahující do základního práva, či nikoliv. Někteří ústavněprávní teoretici by však tento výrok mohli považovat za kontroverzní. Podle Kaie Möllera je základem lidských práv autonomie člověka – možnost rozhodovat se podle sebe. Důsledek přijetí tohoto předpokladu je ten, že každý zásah do volného rozhodnutí člověka je zároveň zásahem do této autonomie, a tudíž zásahem do základního práva.¹⁷ Taková pozice je určitě do jisté míry myslitelná. Představa o fungování tohoto pojetí spočívá v tom, že se rozšířeným výkladem použije některé obecné ustanovení katalogu lidských práv a aplikuje se na uložení povinnosti.¹⁸

Důsledná aplikace Mölleraova pojetí autonomie vůle však vede k inflaci práv, protože za lidské právo označuje cokoli. To nutně znamená, že by se za základní právo mohla považovat tak triviální práva, jako právo na krmení holubů, nebo dokonce tak zavržením hodné činnosti, jako je vražda. Möller si toho je samozřejmě velmi dobře vědom. Snaží se tak o zajištění ochrany jakýmkoliv zájmům jednotlivce. Ta je v tomto ohledu zabezpečena povinností veřejné moci poskytnout racionální ospravedlnění zásahu do práv všem těm, kterým je do autonomie vůle zasahováno.¹⁹

Pokud by však naší snahou mělo být zesílení významu základních práv, tak by nám Mölleraovo pojetí příliš nepomohlo. Jestli totiž vede k inflaci práv a krmení holubů by zasluhovalo podobnou ochranu jako standardní základní práva, vedlo by důsledné uplatňování principu autonomie vůle „*k oslabení normativního významu lidských práv samých*“.²⁰

¹⁵ FILIP, J. Některé otázky vztahu konkretizace a omezení základních práv a svobod v ČR. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 1997, roč. 5, č. 4, s. 582.

¹⁶ *Ibidem*, s. 582.

¹⁷ MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s.73 an.

¹⁸ Möller se opírá především o judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, podle kterého je tímto subsidiárním právem, které se dá na vše vztáhnout, právo na soukromí z čl. 8 odst. 1 Úmluvy o ochraně základních práva svobod. Möller, K.: *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 3–5. Obdobně i v českém právním prostředí by takovým právem, pod které se dají všechna uložení povinností subsumovat, bylo právo na soukromí, které slouží jako „*subsidiární a doplňkové zajištění obecné svobody*“. WAGNEROVÁ, E. Komentář k čl. 10. In: WAGNEROVÁ, E. – ŠIMÍČEK, V. – LANGÁŠEK, T. – POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 280.

¹⁹ A kriminalizace vraždy je tak ospravedlněna mj. veřejným zájmem.

²⁰ BROZ, J. – ONDŘEJEK, P. Pluralita dimenzí základních práv v současném státě. In: KYSELA, J. – ONDŘEJEK, P. a kol. *Kolos na hliněných nohou?: k proměnám státu a jeho rolí*. Praha: Leges, 2016, s. 213.

Pokud tedy nechceme připustit, aby základní práva představovala pouhou „*rétorickou kudrlinku*“ zdobící metodu proporcionality,²¹ je nutné základní práva a nezákladní práva od sebe odlišit, což rozdílné znění zmiňovaných ustanovení umožňuje.

Další obecnou podmínku pro prováděcí normotvorbu, kterou stanovuje Listina, najdeme v čl. 4 odst. 4: „*Při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.*“ Toto ustanovení určuje nejzazší možnou mez pro omezení základních práv²² a kontroluje, zda zákonodárce některé ze základních práv nepopírá. Martin Madej zdůrazňuje, že každé takové omezení základního práva nebo svobody musí sledovat nějaký legitimní účel, protože „*v opačném případě by šlo o omezení svévolné a protiústavní*“.²³ Odlišnost této čtvrté podmínky spočívá v tom, že na rozdíl od ostatních už neklade další požadavky na obsah určitého omezení, ale na způsob, jakým se základními právy můžeme zacházet.²⁴

3. Kategorizace výhrady zákona

Výše popsaná obecná pravidla naznačují meze pro prováděcí normotvorbu. Samotný vztah legislativy a exekutivy v kontextu obsahových požadavků na jejich originární, respektive derivativní normativní právní akty tím však vyjasněn není a literatura se o komplexní vystižení toho, kdy je kladen jaký nárok na obsah zákona, spíše nepokouší.²⁵ To bych chtěl v následující pasáži napravit. Pokusím se toho dosáhnout pomocí rozdělení výhrady zákona do třech různých režimů podle kritéria přísnosti. Předem je nutné podotknout, že tyto tři množiny se nijak nepřekrývají a z toho důvodu nedochází k jejich poměřování. Proto se mj. tyto kategorie nijak neprojeví v testech proporcionality a racionality, byť mezi těmito testy a nabízenými kategoriemi existuje vnitřní souvislost. Samotné určení výhrady zákona však metodologii testu měnit nemůže – je na ní nezávislé.²⁶

Při rozdělení na následující kategorie jsem vycházel z judikatury Ústavního soudu a z výše rozebíraných obecných pravidel pro podzákonnou normotvorbu, zejména s ohledem na rozlišování situací, kdy je zasahováno do základního práva, a kdy nikoliv. Níže uvedené pasáže tak mohou sloužit jako jakýsi přehled pro orgány aplikující právo, který jim pomůže určit, pod jakou množinu zákon spadá a kdy je jaké jednání mezi zmiňovanými dvěma aktéry veřejné moci žádoucí a v souladu s výhradou zákona.²⁷

²¹ BEATTY, D. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 171.

²² WAGNEROVÁ, E. *Komentář k čl. 4*, s. 131.

²³ MADEJ, M. *Meze základních práv a svobod v České republice*. Praha: Leges, 2018, s. 119.

²⁴ *Ibidem*, s. 121.

²⁵ Jednou z výjimek je Jan Filip, který rozděluje celou soustavu výhrad. Pro účely tohoto článku je nejrelevantnější hledisko povahy a obsahu, ve kterém rozlišuje výhradu formální od výhrady materiální. První zmíněná souvisí zejména s ochranou některých institutů (zejména základních práv a parlamentní autonomie) před zásahy výkonné moci. Z toho důvodu lze provést určitá ustanovení právních předpisů pouze formou zákona. Na druhou stranu materiální výhrada zákona váže zákonodárce obsahovými omezeními, jako povinnost zachovat podstatu a smysl základního práva a svobody (čl. 4 odst. 3 Listiny), rovnost jeho nositelů i v omezení (čl. 4 odst. 3 Listiny), či další podmínky, obvykle spjaté s formulací „*je-li to v demokratické společnosti nezbytné*“. Srov. FILIP, J. *Ústavní právo České republiky: základní pojmy a instituty: ústavní základy ČR*. Brno: Václav Klemm, 2011, s. 181–182.

²⁶ Za upozornění na vnitřní souvislost mezi těmito kategoriemi a testem proporcionality děkuji anonymní recenzentce.

²⁷ Pro lepší orientaci je v závěru umístěna tabulka rekapitulující závěry z této a následující kapitoly.

3.1 Obecná výhrada zákona

Jako obecnou výhradu zákona budu v textu označovat výhradu zákona v širším smyslu, tedy zejména situace, na které se bude aplikovat čl. 4 odst. 1 Listiny. Jak níže vyplyne, v tomto režimu budou zákony obecnější a možnost uvážení exekutivy širší. Z jakého důvodu se však domnívám, že je to rozumné řešení?

Jednoznačně je namístě připomenout, že právě zákonodárce je ten, kdo vytváří prostor pro prováděcí normotvorbu mírou obecnosti zákona, a sám by měl respektovat ústavně garantovanou možnost práva a povinnosti v mezích zákonů upravovat.²⁸ J. Kysela v tomto kontextu zdůrazňuje, že chráněno by mělo být taky jádro nařizovací moci jako jednoho z atributů moci výkonné, protože „pokud by tudíž zákonodárce detailními zákony eliminoval prostor pro nařizovací moc, jedná v rozporu se zásadami dělby moci“.²⁹ Na druhou stranu je třeba připustit, že pokud by tak zákonodárce nečinil a rozhodl se přijmout velmi krátký a technický zákon, který by sekundární normotvorbu nepřipouštěl, protiústavnost by to samo o sobě nutně implikovat nemuselo. Ústava totiž kromě dělby moci zakotvuje mj. také suverenitu lidu a odpovědnost vlády Parlamentu, který je k lidu blíže než vláda. Je však třeba zdůraznit, že pokud by Parlament byl příliš přísným výkladem podzákonné normotvorby Ústavním soudem nucen zabývat se technickými detaily u všech zákonů, hrozilo by jeho zahlcení. Způsob, jak tomuto problému předejít, vidím v rozvolnění kritéria přísnosti posuzování výhrady zákona. Abychom zároveň nevystavili ústavní systém nebezpečí zneužívání moci nařizovací jako v totalitním režimu,³⁰ je potřeba nechat exekutivě větší prostor pro uvážení v jasně vymezených a odůvodněných případech – v těch by potom soudy neměly takové právní předpisy rušit.³¹

Jak již naznačuji výše, ze zásady racionálního zákonodárce plyne, že aby odstavce 1 a 2 čl. 4 Listiny neznamenal to samé, je potřeba jejich významy odlišit. To lze podle typu výhrad zákona, které zavádějí. V tomto ohledu bylo již zmíněno, že ukládání povinností na základě čl. 4 odst. 1 Listiny neomezuje žádná základní práva a svobody.³² Z toho důvodu je režim obecné výhrady zákona, který se čl. 4 odst. 1 Listiny řídí, benevolentnější – není zde žádné základní právo, které by zasloužilo zesílenou ochranu a vládnutí se díky flexibilitě moci výkonné stane efektivnějším.

Jak by však orgány moci výkonné v uvedených příkladech mohly postupovat? Při snaze o zesílení role výkonné moci v právotvorné roli tak dochází ke snížení požadavku na detailnost zákona a větší volnost při jejich provádění prostřednictvím vládních i nevládních nařízení. Domnívám se, společně s Janem Filipem, že pro pravomoc stanovovat prováděcím předpisem takové povinnosti, které spadají do kategorie obecné výhrady zákona, stačí pouhé zmocnění zákonem.³³ Je však stále potřeba se držet předpokladu, že

²⁸ „Čím detailnější je zákon, tím méně prostoru pro prováděcí normotvorbu, čím obecnější zákon, tím rozsáhlejší předmět úpravy nařízeními.“ KYSELA, J. *Zákonodárství bez Parlamentů: delegace a substituce zákonodárné pravomoci*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta v nakladatelství IFEC, Beroun, 2006, s. 54.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Tuto obavu lze spatřit v již citovaném komentáři (srov. WAGNEROVÁ, E. *Komentář k čl. 4, s. 124 an.*).

³¹ Zároveň je dobré připomenout, že soudnictví nijak Parlamentu odpovědné není a argumenty pro jeho nadměrné zasahování do pravomocí legislativy a exekutivy lze hledat obtížněji. Z toho důvodu se Ústavní soud řídí zásadou minimalizace zásahů do činností orgánů veřejné moci.

³² Ačkoliv je u nás hranice mezi základním právem a nezákladním právem velmi neostrá, při snaze o odstranění právní nejistoty se zde opírá o nejistotu spojenou s delimitací základních práv.

³³ FILIP, J. *Některé otázky vztahu konkretizace a omezení základních práv a svobod v ČR*, s. 582.

zákon takové stanovení povinnosti předpokládá a výkonná moc se tak svým nařízením nemůže obrátit na zákon, který upravuje zcela jinou problematiku. Jednoduše jde tedy o to, aby byla dodržena zásada, že ze zákona musí přímo vyplývat vůle stanovit povinnost X, kterou potom podzákonný právní předpis může dále rozvíjet na X1, X2, ..., nikoliv si však vymyslet vlastní povinnost Y.³⁴ Lze si tedy např. představit situaci, kdy zákonodárce stanoví povinnost udržovat zdravé životní prostředí a podzákonným právním předpisem bude teprve upraveno, jakým způsobem takového cíle bude dosaženo.³⁵ V jisté omezené míře tak budou pomocí prováděcího předpisu ukládány některé další sekundární povinnosti, které zákon přímo nepředpokládá – stále však je třeba dodržet, že taková sekundární povinnost nezasáhne do nějakého jiného základního práva.

To, že jakákoliv povinnost nemusí být stanovena přímo v zákoně, zohledňuje již ve své dřívější praxi také Ústavní soud.³⁶ V novějším nálezu Pl. ÚS 21/14 ze dne 30. 6. 2015 posuzoval zákonné zmocnění obsažené v § 104 odst. 3 zákona o státní službě, podle kterého „vláda může nařízením stanovit další překážky ve službě, za které přísluší státnímu zaměstnanci plat“. Tímto ustanovením byla vláda fakticky zmocněna určovat subjekty, na které se dané pravidlo vztahuje. Ústavní soud tuto část zákona však nezrušil a konstatoval, že v daném případě je věcí zákonodárce, které oblasti upraví sám a ke kterým zmocní exekutivu.

3.2 Výhrada zákona v užším smyslu

Naopak výhradou zákona v užším smyslu rozumím situace, na které se bude aplikovat čl. 4 odst. 2, tedy při stanovování mezi základních práv a svobod. Na rozdíl od předešlé kategorie, která upravuje případy nezasahující do základního práva, bude tato zpřísněná kategorie aplikována v těch případech, kdy podzákonný právní předpis bude dále upravovat zákony omezující základní práva a svobody. Tato práva vyžadují zpřísněnou ochranu pro posuzování možností rozvíjení zákonného omezení Listinou chráněných lidských činností.

Eliška Wagnerová zdůrazňuje fakt, že omezení základních práv a svobod je natolik důležitou agendou, že by pro ni měla platit výhrada zákona v tom smyslu, že by takové omezení mělo náležet výhradně zákonům a exekutiva by neměla mít možnost vydat podzákonný předpis, který by zpřesňoval zákonodárcem přijaté omezení základního práva.³⁷ Důvodem pro takto přísné pojetí je snaha „znemožnit exekutivě realizaci vlastních představ o tom, jak a jak mnoho lze omezit základní práva“.³⁸ Znamená to však, že ustanovení omezující základní práva a svobody nelze vůbec provádět podle čl. 78 a čl. 79 odst. 3 Ústavy? Domnívám se, že prostor pro podzákonnou normotvorbu se v této kategorii nevyprazdňuje, avšak je třeba brát mnohem větší zřetel na konkrétnost zákona, alespoň co se týče omezení základního práva či svobody. Pokud exekutiva již nemůže zpřesňovat zákonem vydaná omezení, může alespoň blíže určovat způsoby, kterými se zákonem požadovaného

³⁴ Používám zde často citovanou argumentaci Ústavního soudu poprvé zmíněnou v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 45/2000 ze dne 14. 2. 2001.

³⁵ To je princip evropských směrnic.

³⁶ Srov. náleze sp. zn. Pl. ÚS 5/01 ze dne 16. 10. 2001 (N 149/24 SbNU 79; 410/2001 Sb.).

³⁷ WAGNEROVÁ, E. *Komentář k čl. 4, s. 128.*

³⁸ *Ibidem*, s. 128.

omezení dosáhne? Soudce Balík se ve svém odlišném stanovisku v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 13/12 ptá, jestli „*bude 281 zákonodárců kvalifikovaně číst v odborných lékařských časopisech, aby mohli hlasovat o variantách zdravotních služeb?*“ Zatímco pro soulad s obecnou výhradou zákona stačí, aby v intenci zákonodárce byla další úprava prováděcím předpisem a aby tento předpis upravil pouze ty situace, které zákonodárce sám požaduje,³⁹ je kritérium posuzování souladu s výhradou zákona v užším smyslu mnohem přísnější.

V případech, které se řídí čl. 4 odst. 2 Listiny, by exekutiva měla mít možnost blíže určit způsob, jakým bude daného omezení dosaženo, a případně také stanovit, jak se takové omezení bude vymáhat. Výkonná moc tím však nesmí a) vytvořit sekundární povinnost, kterou by mohlo být dále omezeno některé další základní právo této kategorie a b) nesmí dále upravit okruh subjektů, kterých se dané omezení týká. V již citovaných nálezech týkajících se toho, zda je možné otázku určení, jaké je množství větší než malé, přenést na exekutivu, docházelo k tomu, že vláda mohla svým nařízením fakticky určit, koho se zákon týká a jaká bude hranice trestnosti. Problematické mj. bylo, že zákonodárce neurčil žádná bližší kritéria. Ústavní soud tak v souladu s výhradou zákona v užším smyslu rozhodl, že úprava této problematiky prováděcím předpisem je nepřístupná a ustanovení zákona zrušil.

3.3 Kvalifikovaná výhrada zákona

Určitou výjimkou z pravidel výhrady zákona v užším smyslu je kvalifikovaná výhrada zákona. Podobnost těchto dvou kategorií spočívá v tom, že i tato se vztahuje na případy, kdy je omezeno základní právo. Jejich rozdílnost se naopak opírá o specifické postavení základních práv této kategorie. Jedná se totiž o ta základní práva, která jmenuje čl. 41 odst. 1 Listiny, a kterých je možno „*se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí*“.⁴⁰ Jak vyplývá níže, kritérium přísnosti pro posuzování kvalifikované výhrady zákona je podobné jako u obecné výhrady zákona.⁴¹

Do této kategorie tedy patří ta práva, která spadají do režimu čl. 41 odst. 1 Listiny, který stanovuje, že „*práv uvedených v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí*“. To ve skutečnosti znamená, že až tento zákon stanoví konkrétní obsah základního práva.⁴² Na zmiňovaná ustanovení se čl. 4 odst. 2 Listiny (podle kterého meze základních práv a svobod mohou být upraveny pouze zákonem) uplatní jen omezeně, a to z toho důvodu, že je „*zaměřen na možnosti omezování samovykonatelných práv a svobod pozitivovaných Listinou, zatímco v případě čl. 41 odst. 1 Listiny jde o otázku mezí jiné povahy*“.⁴³ Přestože globálně v právní teorii stále nepanuje shoda na tom, zda by hospodářská, sociální a kulturní práva měla být zařazena do stejného režimu jako ostatní základní práva a svobody⁴⁴, mám za to, že právě uvedený čl. 41 Listiny specifikuje taková práva, která by ze zpřísněné

³⁹ Čímž může dojít k uložení sekundární povinnosti; podmínky však musí být splněny kumulativně.

⁴⁰ Všechna práva, která čl. 41 odst. 1 jmenuje, spadají pod hospodářská, sociální a kulturní práva. Naopak ne všechna hospodářská, sociální a kulturní práva jsou jmenována v čl. 41 odst. 1 Listiny.

⁴¹ Tedy mnohem benevolentnější než u základními právy spřízněné výhrady zákona v užším smyslu.

⁴² FILIP, J. *Některé otázky vztahu konkretizace a omezení základních práv a svobod v ČR*, s. 579.

⁴³ Odlišné stanovisko soudce Jana Filipa k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 43/13.

⁴⁴ KAČER, M. O úlohe metafyziky při odvodňování lidských práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2016, roč. 24, č. 3, s. 341.

ochrany měla být vyňata a zařazena do práv řídicích se čl. 4 odst. 1 Listiny, podobně jako u obecné výhrady zákona.

Pro soulad právního předpisu s kvalifikovanou výhradou zákona tedy stejně jako u obecné výhrady zákona stačí zákonné zmocnění na prováděcí předpis za předpokladu, že sekundární normou budou upraveny pouze ty situace, které zákon, na který se daný prováděcí předpis odvolává, předpokládá. Formou prováděcího předpisu zároveň nesmí být stanovena sekundární povinnost zasahující do základního práva.

V čem však spočívají zvláštnosti těchto práv? Fakt, že je možné se těchto práv domáhat jen pomocí zákonů, které je provádějí, jim neodepírá jejich přítomnost mezi základními právy. Z toho důvodu je při jejich výkladu nutné dát pozor na to, aby při používání ustanovení o mezích těchto práv bylo šetřeno jejich podstaty a smyslu (srov. čl. 4 odst. 4 Listiny).

Ustanovení čl. 41 odst. 1 Listiny dává zákonodárci pravomoc stanovit konkrétní podmínky realizace sociálních práv. Jinými slovy je zákonodárci dán široký prostor pro volbu prostředků, kterými bude těchto práv dosaženo. To se projevuje také při přezkumu ústavnosti, kdy Ústavní soud nezkoumá soulad s ústavním pořádkem pomocí testu proporcionality, ale pomocí mírnějšího testu racionality. Nejprve Ústavní soud vymezí esenciální jádro práva, aby následně určil, zda zkoumaná úprava nezasahuje do tohoto jádra. Pokud ano, následuje test proporcionality, který zkoumá, zda je zásah odůvodněn naprostou výjimečností aktuální situace.⁴⁵ Pokud však není esenciální jádro zasaženo, dochází k mírnějšímu testu racionality, který se skládá ze dvou kroků, kdy prvním krokem je „posouzení, zda zákonná úprava sleduje legitimní cíl“ a druhým krokem je „zvážení otázky, zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je rozumný (racionální), byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší“.⁴⁶ Jak jsem však již uvedl výše, posuzování souladu s výhradou zákona je na aplikaci testu racionality nezávislé.

Kvalifikovanou výhradu zákona Ústavní soud posuzoval v zamítacím nálezu Pl. ÚS 34/17 ze dne 9. 7. 2019. Podle názoru skupiny senátorů napadané ustanovení školského zákona⁴⁷ zasahuje do výhrady zákona, poněvadž toto ustanovení dává možnost zabránit vzniku nových škol na základě dlouhodobých záměrů Ministerstva školství. Navrhovatelka argumentovala tím, že je tak stanovování meze práva na vzdělání fakticky přenecháno na praxi státních orgánů. S tímto se však Ústavní soud neztotožnil a správně vyvodil, že vznik a obsah dlouhodobých záměrů nelze „považovat za případ, kdy zákonem byl bez dalšího vytvořen prostor pro stanovení mezí základního práva činností exekutivních orgánů“.⁴⁸ Ve vztahu k právu na vzdělání tak bylo v souladu s požadavky na kvalifikovanou výhradu zákona umožněno, aby dlouhodobý záměr mohl ovlivňovat možnost vzniku nových škol.

⁴⁵ Tento postup je však kritizován. V případě, kdy Ústavní soud dospěje k tomu, že došlo k zásahu do esenciálního jádra, je osud přezkoumávané právní úpravy většinou zpečetěn. Marek Antoš vidí hlavní slabinu při vymezování esenciálního obsahu, kdy současná podoba testu vede Ústavní soud k tomu, aby napřed „učinil myšlenkový závěr o tom, zda je či není [napadaná právní úprava] ústavně konformní, a teprve následně zvolil úroveň přezkumu, která ho k tomuto výsledku dovede.“ ANTOŠ, M. *Judikatura Ústavního soudu k sociálním právním: Nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší?* *Jurisprudence*. 2014, roč. 23, č. 6, s. 11–12.

⁴⁶ Sp. zn. Pl. ÚS 54/10, č. 186/2012 Sb.

⁴⁷ Konkrétně se jednalo o § 148 odst. 3 písm. a) zák. č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), ve znění zák. č. 472/2011 Sb.

⁴⁸ Srov. Pl. ÚS 34/17 ze dne 9. 7. 2019.

4. Zvláštní výhrada zákona

V hlavní části tohoto textu jsem v souladu s rozhodovací praxí Ústavního soudu a s obecnými pravidly pro podzákonnou normotvorbu zavedl teoretické rozdělení toho, jak by orgány aplikující právo měly přistupovat k výhradě zákona. Tato kapitola se více zaměří na rozhodovací praxi Ústavního soudu z toho důvodu, že sami soudci se v odůvodnění některých nálezů pokouší teoreticky výhradu zákona rozdělit. Výsledkem je tzv. zvláštní výhrada zákona, která v rámci nabízeného schématu představuje natolik specifické kritérium, že ji žádná z předchozích kategorií zcela nepohlcuje. Již předem je dobré podotknout, že výklad zvláštní výhrady zákona je velice přísný. Snad i proto má nejbliže k výhradě zákona v užším smyslu – aplikuje se totiž na taková základní práva, na která se uplatňuje čl. 4 odst. 2 Listiny.

Při pohledu na zdůraznění významu jednotlivých podmínek omezení u každého práva (srov. čl. 4 odst. 2 Listiny) se stává zřejmým, že ústavodárce omezitelnost některých práv blíže specifikoval. Podle Martina Madeje existuje zásadní rozdíl mezi pojmoslovím ústavního a podústavního práva. Zatímco normy podústavního práva pracují s pojmy, které jsou ve společnosti ustáleny (přičemž legální definice je pouze upřesňuje), u norem ústavního práva tomu tak není a samotné vymezení základního práva v Listině je podle něj „*normotvorným aktem, kterým určujeme skutkovou podstatu, tj. nositele, obsah a rozsah práva nebo svobody*“.⁴⁹ Takové pojetí do jisté míry předznamenává další problematizaci nastoleného problému. Abychom mohli problém s výhradou zákona lépe uchopit, potřebujeme se vždy pozorně podívat na konkrétní možnost omezení daného práva. Právě s ohledem na čl. 4 odst. 2, který omezitelnost základních práv podmiňuje tím, aby byly splněny podmínky stanovené v člancích zakotvujících jednotlivá práva, bychom se mohli domnívat, že čl. 4 odst. 2 Listiny zvyšuje význam gramatického výkladu jednotlivých práv.⁵⁰

V již zmiňovaném nálezu sp. zn. Pl. ÚS 13/12 Ústavní soud zrušil zákonné zmocnění pro prováděcí předpis, který měl určit, jaké je množství větší než malé u omamných látek, psychotropních látek, přípravků je obsahujících a jedů. S ohledem na to, že podle čl. 39 Listiny „*jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit*“, konstrukce zvláštní výhrady zákona potřebná nebyla. Postoj Ústavního soudu k podzákonné normotvorbě ve zmiňované věci je totiž dobře obhajitelný už s ohledem právě na gramatický výklad čl. 39 Listiny. Zároveň je třeba upozornit, že v tomto případě nedošlo na přenesení diskuse v otázce, jaké je množství větší než malé, na demokraticky zvolený Parlament, nýbrž na trestní kolegium Nejvyššího soudu, které svým stanoviskem tento pojem vyložilo.⁵¹

⁴⁹ MADEJ, M. *Meze základních práv v České republice*, s. 88.

⁵⁰ Toho si všímá především již zmiňovaný Martin Madej. Ten se při členění Listinou pozitovaných základních práv podle způsobů jejich omezitelnosti zaměřuje především na konkrétní znění článků, prostřednictvím kterých jsou základní práva prováděna. Rozděluje proto Listinu do následujících kategorií: a) absolutní práva: taková práva, která obyčejným zákonem omezit nelze, b) nekvalifikovaná práva: práva, která neobsahují v člancích, které je zakotvují, výslovné zmocnění k jejich omezení, c) kvalifikovaná práva: taková práva, u nichž se výslovně připouští možnost omezení. Kvalifikovaná práva ještě dále rozděluje na a) prostou výhradu zákona: předpokládá omezitelnost zákonem, aniž by jmenoval přípustné důvody omezení a b) podmíněnou výhradu zákona: předpokládá omezitelnost zákonem s taxativním výčtem důvodů omezení. Srov. MADEJ, M. *Meze základních práv v České republice*.

⁵¹ Sp. zn. Tjpn 301/2013; Jde o takové množství, které vícenásobně převyšuje běžnou dávku obvyklého konzumenta. Ústavní soud však v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 98/20 vyjádřil spokojenost nad tím, že tato hranice bude vyložena obecnými soudy.

S ohledem na zmiňovanou nepotřebnost konstrukce zvláštní výhrady zákona ve zmiňovaném nálezu není překvapením, že Ústavní soud tezi o zvláštní výhradě zákona zmínil poprvé až v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 43/13 ze dne 25. března 2014, ve kterém zrušil zákoně zmocnění pro Ministerstvo zdravotnictví vyhláškou stanovit délku bezplatné lázeňské péče. Odkazuje se především na čl. 31 Listiny, který stanoví, že „každý má právo na ochranu zdraví. Občané mají na základě veřejného pojištění právo na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky za podmínek, které stanoví zákon“. Z citovaného ustanovení mi však nepřijde, že by ústavodárce vyžadoval stejnou ochranu jako v případě čl. 39 Listiny, který začíná slovy „jen zákon stanoví“. Naopak je třeba zdůraznit, že práva uvedeného v čl. 31 je možno domáhat se pouze v mezích zákonů. Z důvodu klasifikace práva na veřejné pojištění do obecného režimu výkladu výhrady zákona by Ústavní soud v těchto případech měl více dbát na princip priority ústavně konformní interpretace před derogací. Důvody, proč Ústavní soud ve věcech souvisejících se zdravotnictvím,⁵² slovy disentuujícího Stanislava Balíka v témže nálezu, opustil princip minimalizace zásahu a dospěl k nauce maximalizace zásahu, mi zůstávají neobjasněny.

Je tedy konstrukce zvláštní výhrady zákona a z toho plynoucí zpřísnění možnosti výkladu podzákoně normotvorby stále udržitelná? Dle mého názoru poměrně těžko. Ve výjimečných případech však může být účelné zpřísnění nároků na kvalitu zákona použít, může tak však být činěno pouze v jasně odůvodněných případech. Samotný odkaz na základní právo bez zohlednění toho, jestli je skutečně hodné tak vysoké ochrany, která má za následek vyloučení jakékoliv úvahy exekutivou, zakládá nebezpečný precedent. Miluše Kindlová s Janem Kyselou upozorňují na to, že pokud „*lidská práva [platí] jako trumf přebíjející ostatní argumenty, stává se konečný interpret lidských práv potenciálně všemocným*“.⁵³ Domnívám se, že pokud bychom chtěli nutně setrvat u zvláštní výhrady zákona, bylo by možno ji aplikovat pouze při vykládání nejcitlivějších práv, kterými jsou základní lidská práva. Sám Ústavní soud jejich důležitost zdůraznil v bodě 38 nálezu Pl. ÚS 36/11: „*Listina zahrnuje ustanovení o základních právech, která jsou co do normativního obsahu odlišná. V prvé řadě jsou to základní lidská práva, která vyvěrají přímo z lidského bytí, a pouze tato skutečnost je základem vymezení jejich ústavního obsahu a rozsahu. Jedná se o hodnoty, které obsahují základní práva pro uchování integrity člověka a zajištění jeho důstojnosti, jako jsou např. právo na život, nedotknutelnost osoby a osobní svoboda. Takováto práva jsou nezadatelná, nezczizitelná, nepromlčitelná.*“

Jakou roli bude však podzákoně normotvorba pod zástitou zvláštní výhrady zákona mít? Může vůbec existovat ještě užší výklad, než byl použit u výhrady zákona v užším smyslu?⁵⁴ Podle mého názoru musí hranice mezi výhradou zákona v užším smyslu a zvláštní výhradou zákona zůstat neostrá, neboť na obě tyto kategorie se aplikuje stejné ustanovení z Listiny, a to konkrétně čl. 4 odst. 2. Zároveň se nedá tvrdit, že jednotlivé podmínky omezení u základních lidských práv by zakládaly důvodnost použití něčeho jako zvláštní výhrady zákona. Je sice myslitelné představit si, že na rozdíl od výhrady zákona v užším smyslu budeme klást větší důraz na to, aby zákonodárce vymezil rovněž prostředky, kte-

⁵² Svůj zpřísněný výklad aplikuje rovněž např. v nálezu *Zdravotní standardy a nadstandardy* (sp. zn. Pl. Ús 36/11 ze dne 20. června 2013).

⁵³ KINDLOVÁ, M. – KYSELA, J. Závěr aneb výhledy. In: KYSELA, J. – ONDŘEJEK, P. a kol. *Kolos na hliněných nohou?: k proměně státu a jeho roli*. Praha: Leges, 2016, s. 271.

⁵⁴ Vyloučit možnost stanovit, jakým způsobem bude zákonem stanoveného omezení dosaženo.

rými bude zákonem požadovaného cíle dosaženo, avšak nejsem si jist, zda by tak existoval velký rozdíl v možnostech provádění zákona mezi zvláštní výhradou zákona a stavem, kdy je další provádění zcela vyloučeno.

Závěr

V této práci jsem si dal za úkol odpovědět na otázku ohledně požadavku obsahové určitosti zákona a následné možnosti diskrece v podání prováděcí normotvorby v České republice. Poté, co jsem nenalezl jednoznačnou odpověď v odůvodněných nálezech Ústavního soudu ani v odborné literatuře, jsem se pokusil sám navrhnout, jakým způsobem k prováděcím předpisům přistupovat.⁵⁵ V hlavní části práce jsem tak navrhl rozdělení výhrady zákona do 3 kategorií a popsal, jakými režimy se budou řídit. V poslední kapitole jsem nadto kriticky zhodnotil tzv. zvláštní výhradu zákona, což je kategorie stojící mimo uvedené schéma, která byla vytvořena rozhodovací praxí Ústavního soudu.

	Ustanovení Listiny	Míra možnosti úpravy prováděcím předpisem
Obecná výhrada zákona	čl. 4 odst. 1	Prováděcí předpis může určit sekundární povinnost, pokud provádí zákonem stanovený cíl a pokud nezasahuje do nějakého základního práva.
Výhrada zákona v užším smyslu	čl. 4 odst. 2 čl. 4 odst. 4	Prováděcí předpis může blíže určit způsob, jakým bude daného omezení dosaženo. Může také stanovit, jak se bude zákonem stanovené omezení vymáhat. Nesmí však vytvořit sekundární povinnost omezující jiné základní právo, ani dále upravit okruh subjektů, kterých se dané omezení týká.
Kvalifikovaná výhrada zákona	čl. 4 odst. 1 čl. 4 odst. 4 čl. 41 odst. 1	Prováděcí předpis může určit sekundární povinnost, pokud provádí zákonem stanovený cíl a pokud nezasahuje do nějakého základního práva. Musí šetřit podstatu a smysl práv, kterých se omezení týká.
Zvláštní výhrada zákona	čl. 4 odst. 2 čl. 4 odst. 4	Ústavní soud tento institut používal dosud v případech, kdy podzákonou úpravu vyloučil.

Tabulka výše ukazuje, jakými režimy se jednotlivé výhrady zákona řídí. Zavedené 3 teoretické výhrady zákona jsou nepřekrývající se množiny, což mj. znamená, že nedochází k žádnému poměrování těchto kategorií. Naproti tomu zvláštní výhrada zákona se svými definičními znaky blíží výhradě zákona v užším smyslu, avšak svou přísností se této kategorii vymyká, neboť provedení zákona prakticky vylučuje. V odůvodnění jednotlivých nálezů, ve kterých Ústavní soud zvláštní výhradu zákona aplikoval, jsem však nenalezl dostatečně jednotící prvek, podle kterého by bylo možno určit, na jaké případy se má tato kategorie aplikovat. Z toho důvodu se domnívám, že neexistuje přesvědčivý důvod, proč by měla být zvláštní výhrada zákona zachována.

Aby závěr nesloužil jako pouhé zjednodušující opakování již řečeného, využiji ho jako krátké porovnání poskytnutých teoretických východisek s rozebíranou judikaturou Ústavního soudu. V 1. kapitole jsou nastíněny nálezy Ústavního soudu zabývající se jednak povinností očkování a jednak možností stanovení toho, jaké je množství větší než malé

⁵⁵ Viz přehled v tabulce níže.

v trestním právu. Vzhledem k tomu, že se oba tyto případy týkají základních práv mimo režim čl. 41 odst. 1 Listiny, spadají do výhrady zákona v užším smyslu a aplikuje se na ně čl. 4 odst. 2 Listiny. V takových případech by měla mít exekutiva možnost pouze blíže určit, jakým způsobem bude zákonem stanoveného omezení dosaženo, popřípadě stanovit, jak se takové omezení bude vymáhat. Důležitým předpokladem však je, že exekutiva tím nevytvoří sekundární povinnost zasahující do jiného základního práva nebo svobody a zároveň sama neupraví okruh subjektů, kterých se dané omezení týká. Dá se tedy konstatovat, že podle poskytnutého schématu nebyl Ústavní soud v případě povinnosti očkování v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 19/14 dostatečně přísný. Na jednu stranu správně uvedl, že právo na ochranu zdraví ukotveného čl. 31 Listiny nelze vykládat pouze v kontextu zájmu rodičů o zdraví dítěte v případě, kdy nad tímto zájmem převažuje veřejný zájem. Na druhou stranu se však nedostatečně vypořádal s porušením výhrady zákona ve vztahu k čl. 7 Listiny, který stanoví, že nedotknutelnost osoby může být omezena jen v případech stanovených zákonem. Kateřina Šimáčková ve svém odlišném stanovisku k tomuto nálezu poukazuje na to, že není vysvětlitelné, aby „*vyvažování mezi ochranou veřejného zdraví a nuceným zásahem do fyzické integrity mohlo být ponecháno exekutivě*“, zejména v případě, kdy „*jde o zásah do těch nejzákladnějších práv, jíž ochrana fyzické integrity člověka rozhodně je*“.⁵⁶ S tímto závěrem se proto plně ztotožňuji a domnívám se, že v případě povinnosti očkování Ústavní soud neměl ponechat rozsah povinného očkování na vůli Ministerstva zdravotnictví.

⁵⁶ Sp. zn. Pl. ÚS 19/14.

Potenciál a úskalí identifikačních služeb bankovní identity

Pavel Loutocký* – František Kasl**

Abstrakt: V rámci tohoto článku přiblížíme důvody a způsob zavedení bankovní identity v českém právu. Přestože byl potenciál pro vyšší využívání elektronických dokumentů obecně podpořen nařízením eIDAS, zejména možnosti elektronické identifikace nebyly v České republice prozatím příliš vhodně využity. Bankovní identity v tomto směru přináší příslib zásadnější změny. Potenciální uživatelské výhody jsou spojovány zejména s jednoduchostí zřízení této elektronické identity a jejího následného užívání. Přesto je vhodné upozornit na jistá úskalí, která je nutno mít na zřeteli. Naším cílem je vytyčit a analyzovat problematické aspekty fungování bankovní identity a diskutovat, jak by šlo popsané překážky eliminovat. V tomto směru je přiblíženo též technologicky inovativní řešení tzv. systému atributové autentizace a možný přínos jeho nasazení v rámci identifikačních služeb.

Klíčová slova: bankovní identity, elektronická identifikace, nařízení eIDAS, kybernetická bezpečnost, systém atributové autentizace

Úvod

Bezprecedentní zkušenosti s vynuceným režimem celospolečenského fungování v maximální míře „na dálku“ z posledních dvou let zvýraznily obecné tendence stále se zvyšujícího podílu využívání moderních technologií. Klíčovým aspektem pro bezkontaktní řešení řady životních situací, ať již s orgány veřejné moci, bankami či pojišťovnami, je přítom funkční mechanismus ztotožnění jednající osoby. Přes tuto rostoucí potřebu využívat nástroje pro elektronickou identifikaci však přetrvává zásadní překážka v podobě jejich uživatelské nepřívětivosti, dále kriticky zesílená mnohostí dostupných nástrojů a nepřehledností jejich vzájemného vztahu a parametrů pro běžného uživatele.

Dlouhodobě přitom platí, že klíčovým nástrojem sloužícím k elektronické identifikaci při právním jednání je elektronický podpis, jehož existuje více typů (od „prostého“ podpisu¹ až po na základě certifikovaných postupů vydaného a ověřovaného kvalifikovaného elektronického podpisu²). Technologie a možnosti využití elektronického podpisu byly popsány již v 70. letech 20. století. Od té doby se nástroje pro identifikaci dále vyvíjely a v současné době existuje dostatečná nabídka cenově dostupných řešení pro elektronickou identifikaci osob v zašifrované podobě.³

* JUDr. Pavel Loutocký, Ph.D., BA (Hons), Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: loutocky@muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4965-1467>. Tento článek byl zpracován za podpory Technologické agentury ČR v rámci projektu *Právní a technické prostředky pro ochranu soukromí v kyberprostoru* (TL02000398).

** JUDr. Ing. František Kasl, Ph.D., Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: frantisek.kasl@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6675-9528>. Tento článek byl zpracován za podpory Technologické agentury ČR v rámci projektu *Právní a technické prostředky pro ochranu soukromí v kyberprostoru* (TL02000398).

¹ Viz čl. 3 odst. 10 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 910/2014 ze dne 23. července 2014 o elektronické identifikaci a službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce na vnitřním trhu a o zrušení směrnice 1999/93/ES (nařízení eIDAS).

² Viz čl. 3 odst. 12 nařízení eIDAS.

³ Srov. LOUTOCKÝ, Pavel. eIDAS Regulation: A Step Forward? In: BALTHASAR, Alexander et al. *CEE eDem and eGov Days 2015: Independence Day: Time for a European Internet?* 2015, s. 105.

Legislativa na možnost využití této technologie však reagovala se zpožděním⁴ a poměrně roztržštěně upravovala jen některé z relevantních nástrojů.⁵ V rámci EU bylo významným průlomem přijetí nařízení eIDAS, které etablovalo nové mechanismy elektronické identifikace, včetně úpravy služeb vytvářejících důvěru a nástrojů pro elektronické ověření totožnosti, které jsou od elektronických podpisů koncepčně i účelem odlišné.

Jednotlivé členské státy pak využívají tohoto legislativního základu na unijní úrovni, a kromě elektronických podpisů ve smyslu nařízení eIDAS zřizují specifické způsoby identifikace, zejména v souvislosti s napojením na služby poskytované v rámci e-Governmentu, které jsou uznávány všemi členskými státy.⁶ Typické je ale rovněž zavádění vlastních řešení, která jsou lokálně specifická – v rámci České republiky je takovým příkladem informační systém datových schránek. V jeho rámci se považuje datová zpráva za podepsanou (tedy držitel datové schránky je dostatečně elektronicky identifikován) v případě, že datová zpráva byla odeslána jeho jménem prostřednictvím datové schránky zřízené na jeho jméno.⁷

Spolehlivým přehledem o existujících možnostech elektronické identifikace je Portál národního bodu pro identifikaci a autentizaci (Portál NIA).⁸ Tento portál umožňuje skrze napojení na NIA připojení se k elektronickým službám státu (tj. Portál občana⁹). Pro tento účel nabízí hned 7 základních možností přihlášení a identifikace.¹⁰ Tento fakt podtrhuje, že paralelně existujících nástrojů pro elektronickou identifikaci v českém právním prostředí je značné množství,¹¹ což vzhledem k jejich různým parametrům a možnostem využití vytváří značně nepřehledné a uživatelsky nepřívětivé prostředí (to se pak odráží i ve značně omezeném využívání těchto možností zejména fyzickými osobami).

To je jeden z důvodů, který postupně vedl k úvahám o širším využití bankovní identity, která poskytuje „digitální ověření totožnosti osoby pomocí bezpečnostních metod, které nabízí její elektronické bankovníctví“.¹² V České republice disponuje na základě vlastnictví

⁴ Na úrovni Evropské unie se jednalo o směrnici Evropského parlamentu a Rady 1999/93/ES ze dne 13. prosince 1999 o zásadách Společenství pro elektronické podpisy, Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) poskytla vzorové UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <https://uncitral.un.org/en/texts/e-commerce/modellaw/electronic_signatures>. Česká právní úprava byla zakotvena v zákoně č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů (zákon o elektronickém podpisu).

⁵ K tomu více viz například v LOUTOCKÝ, Pavel. *eIDAS Regulation: A Step Forward?*, s. 105–106.

⁶ Viz KIROVA, Marina – EICHHOLTZER, Marie. Overview of pre-notified and notified eID schemes under eIDAS. In: *eID User Community* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/EIDCOMMUNITY/Overview+of+pre-notified+and+notified+eID+schemes+under+eIDAS>>.

⁷ Tomu odpovídá stávající právní úprava, kdy nastává fikce podpisu, konkrétně pak dle § 18 odst. 2 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů, respektive úkon učiněný osobou, které byla zřízena datová schránka „*má stejné účinky jako úkon učiněný písemně a podepsaný*“. Dané potvrzuje dále rovněž například stanovisko Nejvyššího soudu ze dne 5. 1. 2017, sp. zn. PlsN 1/2015.

⁸ Viz Portál národního bodu pro identifikaci a autentizaci. In: *eidentita.cz* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.eidentita.cz/Home>>.

⁹ Viz Portál občana. In: *gov.cz* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://portal.gov.cz/caste-dotazy/portal-obcana>>.

¹⁰ Jedná se o možnost využití Mobilní klíč eGovernmentu, eObčanku, NIA ID (dříve „Jméno, Heslo, SMS“), IIG – International ID Gateway, I.CA identitu s kartou Starcos, mojID, bankovní identitu či se přihlásit pomocí datové schránky. Srov. Přihlášení. In: *Portál občana*. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://obcan.portal.gov.cz/prihlaseni>>.

¹¹ Tento úvod přitom nemá sloužit jako komplexní přehled všech aktuálně dostupných možností, ale poukázat na mnohost a nepřehlednost alternativ.

¹² Viz Nejčastější dotazy ...a odpovědi na ně. In: *Bankovní identita* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://bankovni-identita.cz/nejcastejsi-dotazy/>>.

bankovního účtu bankovní identitou velká část společnosti.¹³ Sama o sobě bankovní identita představuje značně spolehlivou formu identifikace jednotlivce a především je její vytvoření i využívání výrazně přívětivější, jelikož zde působí konkurenční prostředí bankovního sektoru při získávání nových klientů.

Zvláště relevantním parametrem bankovní identity, který nabyl na významu v období omezení pohybu z důvodu pandemické situace, ale obecně přispívá k uživatelskému pohodlí, je možnost zřízení bankovní identity „na dálku“ bez nutnosti fyzické návštěvy za účelem prvotního ověření identity.¹⁴ Obecně je pak provázanost bankovní identity s vlastnictvím bankovního účtu předpokladem pro její rozšířené využívání, jelikož je z tohoto důvodu mnohem dostupnější než např. zřízení kvalifikovaného elektronického podpisu. V rámci tohoto článku přiblížíme tento způsob elektronické identifikace,¹⁵ zhodnotíme jeho potenciál a rovněž identifikujeme problematické aspekty, pro které se pokusíme nastínit vhodná budoucí řešení.

1. Právní úprava a důvody zavedení bankovní identity

Právní úprava, kterou bylo založeno využití bankovní identity jako nástroje elektronické identifikace, je změnový zákon č. 49/2020 Sb.,¹⁶ kterým došlo mimo jiné ke změně zákona č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů (zákon o bankách) a který nabyl účinnosti dne 1. 1. 2021. Dle důvodové zprávy změnový zákon vytváří podmínky pro vznik bankovní identity, která „představuje jednoduchou a bezplatnou formu přístupu ke službám e-Governmentu i on-line službám soukromého sektoru pro přibližně 5 milionů občanů, kteří používají internetové bankovníctví“.¹⁷ Zajímavostí je, že právní úprava byla iniciativou soukromých subjektů sdružených pod Českou bankovní asociací navazující na projekt pod názvem SONIA¹⁸ (jde o základ současné služby BankID, o které pojednáváme dále).¹⁹

Bankovní identita se tak stala jednotným přihlašovacím nástrojem pro prokazování totožnosti s využitím elektronické identifikace, který spadá pod obecné vymezení *lex generalis* zákona č. 250/2017 Sb., o elektronické identifikaci, ve znění pozdějších předpisů (zákon o elektronické identifikaci). V § 2 tohoto zákona je stanoveno, že „[v]yžaduje-li

¹³ V současné době se jedná o 5,5 milionů lidí. Jedná se asi o 95 % klientů, kteří touto možností disponují. Viz ibidem.

¹⁴ Viz PETERKA, Jiří. Jak překonat omezení bankovní identity? In: *Lupa.cz* [online]. 29. březen 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.lupa.cz/clanky/jak-prekonat-omezeni-bankovni-identity/>>.

¹⁵ Dle vymezení v čl. 3 odst. 1 nařízení eIDAS je pod elektronickou identifikací myšlen „postup používání osobních identifikačních údajů v elektronické podobě, které jedinečně identifikují určitou fyzickou či právnickou osobu nebo fyzickou osobu zastupující právnickou osobu“.

¹⁶ Zákon č. 49/2020 Sb., zákon, kterým se mění zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

¹⁷ Důvodová zpráva k zákonu č. 49/2020 Sb., kterým se mění zákon č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony (důvodová zpráva).

¹⁸ Pro upřesnění uvádíme, že nyní BankID (dříve SONIA – Soukromoprávní NIA) slouží v rámci zřízení či ověření identity ryze v rámci soukromého sektoru, o kterém pojednáváme dále. K tomu více viz například PETERKA, Jiří. Jak se pomocí BankID (ne)přihlašuje ke službám komerčních poskytovatelů? In: *Lupa.cz* [online]. 28. červen 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.lupa.cz/clanky/jak-se-pomoci-bankid-ne-prihlasuje-ke-sluzbam-komerčních-poskytovatelů/>>.

¹⁹ Viz O projektu. In: *Bankovní identita* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://bankovni-identita.cz/o-projektu/>>.

právní předpis nebo výkon působnosti prokázání totožnosti, lze umožnit prokázání totožnosti s využitím elektronické identifikace pouze prostřednictvím kvalifikovaného systému elektronické identifikace [...]“. Právě toto ustanovení je tak legislativním podkladem umožňujícím zavedení bankovní identity, která je pak konkrétně upravena na základě výše zmíněného změnového zákona v zákoně o bankách.

Před touto změnou bylo možné elektronické identifikace v tomto smyslu dosáhnout za pomoci elektronického občanského průkazu, který je jako součást fyzického občanského průkazu nahrán na příslušném čipu.²⁰ K využití elektronického občanského průkazu za tímto účelem je však nutné použít speciální čtečky²¹ a specifické ověření probíhá za pomoci až šesti různých číselných kódů (BOK, IOK, DOK, PIN, QPIN, PUK).²² Tento způsob ověření tudíž nelze označit ani za příliš uživatelsky přívětivý, ani za snadno rozšiřitelný a vítaný ze strany poskytovatelů služeb. I proto se dle našeho názoru setkáváme s velmi omezeným rozsahem faktického využívání elektronického občanského průkazu.²³ Stejně tak ostatní výše zmíněné nástroje pro elektronickou identifikaci kýžené uživatelsky přívětivé prostředí neposkytly.²⁴ Logickým krokem motivovaným tlakem ze soukromého sektoru tak byly snahy o nalezení jiného, uživatelsky přístupného nástroje, kterým bude možno totožnost prokazovat. Vzhledem k tomu, že elektronické bankovníctví dnes využívá většina obyvatel, tak se využití této platformy jevílo jako vhodné, a to i vzhledem k vysoké úrovni důvěry v záznamy v rámci bankovního sektoru založené tradiční striktní regulací těchto subjektů.²⁵

Je významné uvést, že vedle jednoznačného prokázání identity při přístupu ke službám e-Governmentu směřuje bankovní identita výrazně širěji, a to k tomu „*poskytovat důvěryhodné identifikační údaje osoby třetím stranám (samozřejmě se souhlasem dané osoby), vytvářet zaručené elektronické podpisy, jednoduše se přihlašovat do uživatelských účtů napříč internetem (tzv. single sign-on) nebo v budoucnu provádět i související bankovní transakce v rámci jediného nástroje, který každý aktivní klient banky již zná a umí jej bez*

²⁰ K tomu více viz zákon č. 269/2021 Sb., o občanských průkazech, ve znění pozdějších předpisů.

²¹ Viz eObčanka. In: *eidentita.cz* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://info.eidentita.cz/eop/>>.

²² Viz PETERKA, Jiří. Jaké jsou a jak fungují nové elektronické občanky? In: *Lupa.cz* [online]. 4. červenec 2018 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.lupa.cz/clanky/jake-jsou-a-jak-funguji-nove-elektronicke-obcanky/>>. Dále jsou další konkrétní nástroje pro elektronickou identifikaci rozebrány rovněž v PETERKA, Jiří. Český eGovernment v roce 2020: nové klíče k NIA, spam v datových schránkách i plán na jejich automatické zřízení. In: *Lupa.cz* [online]. 28. prosinec 2020 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.lupa.cz/clanky/cesky-egovernment-v-roce-2020-nove-klice-k-nia-spam-v-datovych-schrankach-i-plan-na-jejich-automaticke-zrizovani/>>.

²³ Poměrně vehementně je propagováno „vysoké“ množství vydaných elektronických občanských průkazů. Je nicméně nutno podotknout, že každý nový občanský průkaz v sobě již potřebný čip obsahuje, to však nedokládá nic o tom, kolik uživatelů reálně elektronický občanský průkaz využívá. Údaje z roku 2019 uvádí, že k potřebné aktivaci čipu přistoupil jen zlomek jejich uživatelů. Viz ZASIDKOVYČOVÁ, Ilona. Občanku s čipem má přes 650 tisíc lidí. Nově otevře dveře i do registru řidičů. In: *ČT24* [online]. 7. únor 2019 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://ct24.ceskatelevize.cz/domaci/2727224-obcanku-s-cipem-ma-pres-650-tisic-lidi-nove-otevre-dvere-i-do-registru-ridicu>>.

²⁴ V tomto kontextu pro upřesnění uvádíme rozdíl mezi elektronickou identifikací a prokázáním totožnosti. *De facto* je možno prokázání totožnosti podřadit pod pojem elektronické identifikace, jelikož elektronickou identifikací se dle čl. 3 odst. 1 nařízení eIDAS myslí „*postup používání osobních identifikačních údajů v elektronické podobě, které jedinečně identifikují určitou fyzickou či právnickou osobu nebo fyzickou osobu zastupující právnickou osobu*“, konkrétní nástroje elektronické identifikace pak souvisí dle bodu odůvodnění 16 nařízení eIDAS s danou mírou „*spolehlivosti prostředků pro elektronickou identifikaci při určování totožnosti osob, a tím poskytovat záruku, že osoba deklarující konkrétní totožnost je skutečně osobou, s níž je tato totožnost spojena*“.

²⁵ „Elektronické bankovníctví v Česku využívá 97 % Čechů s internetem, současně Češi mají v banky a jejich řešení co do bezpečnosti a uživatelské přívětivosti velkou důvěru.“ Srov. O projektu. In: *Bankovní identita* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://bankovni-identita.cz/o-projektu/>>.

problémů používat“.²⁶ Díky tomuto spektru funkcí pak roste její atraktivita pro jednotlivce, zvláště ve srovnání s jinak dostupnými nástroji s užším uplatněním. Ostatně vodítkem může být časté využívání bankovní identity v podobné šíři v zahraničí.²⁷

Nová úprava zákona o bankách pro zajištění jednoznačné identifikace dále stanovuje bankám a zahraničním pobočkám bank v České republice (a poskytovatelům identifikačních služeb) podmínky a způsob pro přístup do základních registrů²⁸ tak, aby byly schopny ověřovat v konkrétní situaci potřebné údaje (a bránily tak rovněž případnému zneužívání dané identity). V rámci novelizace se tak jedná o kýžený krok vedoucí k odstranění překážek bankám při přístupu do základních registrů a souvisejících informačních systémů tak, aby mohly ověřovat taxativně vymezené údaje v souvislosti s identifikací klienta [mimo jiné pro potřeby identifikace dle zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů (AML zákon)]. Mezi tyto údaje dle § 38af odst. 2 a násl. zákona o bankách spadá především jméno, příjmení, adresa místa pobytu či trvalého pobytu, datum, místo a okres narození, datum úmrtí, pohlaví, rodné číslo, státní občanství, čísla a druhy elektronicky čitelných identifikačních dokladů atp.

2. Jak bankovní identita prakticky funguje?

Bankovní identita je tedy na základě výše uvedeného nástrojem, který slouží jednak k přihlášení do internetových bankovních služeb (tato složka je využívána v bankovním sektoru již dlouhodobě), jednak nově jako nástroj elektronické identifikace umožňující online přístup do systémů veřejné správy či ke službám soukromého sektoru. Bankovní identita je uživateli zpravidla zřízena spolu se založením bankovního účtu, jako identifikační nástroj ji pak může využít na základě vlastní volby (v příslušné chvíli při přístupu do daného elektronického systému jednoduše potvrdí, že chce k tomuto účelu využít bankovní identitu a po zadání příslušných údajů pro přihlášení do internetového bankovníctví je do systému přihlášen).²⁹ Vlastník účtu může též identifikační funkce bankovní identity nad rámec přístupu do internetového bankovníctví za využití opt-out režimu odmítnout, respektive již zřízenou „rozšířenou“ funkci bankovní identity nechat pozastavit.³⁰

V rámci nové právní úpravy bankovní identity lze identifikovat čtyři roviny jejího rozšířeného uplatnění. Jsou jimi: 1) nástroj pro přístup do portálu e-Governmentu;³¹ 2) soukromoprávní poskytování identifikačních služeb;³² 3) podklad pro nové modely identifikace

²⁶ Viz KORBEL, František – KOVÁŘ, Dalibor. Právní úprava tzv. bankovní identity. *Bulletin Advokacie*. 2021, č. 4, s. 17.

²⁷ Jako příklad lze uvést Dánsko, Švédsko, Kanadu, Indii či Estonsko. Viz Nejčastější dotazy ...a odpovědi na ně. In: *Bankovní identita* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://bankovni-identita.cz/nejcastejsi-dotazy/>>.

²⁸ Dle § 38af zákona o bankách je bance (a dalším v zákoně uvedeným subjektům) umožněn přístup do základního registru obyvatel, informačního systému evidence obyvatel, informačního systému cizinců, informačního systému evidence občanských průkazů a do informačního systému evidence cestovních dokladů.

²⁹ Jednotlivé banky ale ke zřízení bankovní identity nepřistupují zcela unifikovaně. K tomu více viz ZMEŠKAL, Kamil. Bankovní identita je dobrý sluha. Existují ale i důvody, proč ji nechtit. In: *Lupa.cz* [online]. 19. leden 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.lupa.cz/clanky/bankovni-identita-je-dobry-sluha-existuji-ale-i-duvody-proc-ji-nechtit/>>.

³⁰ Viz DUOFINANCE. Co je to bankovní identita, a jaké výhody a nevýhody jsou s jejím užíváním spojené? In: *statnisprava.cz* [online]. 30. červen 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <https://www.statnisprava.cz/rstsp/clanky.nsf/i/co_je_to_bankovni-identita_a_jake_vyhody_a_nevyhody_jsou_s_jejim_uzivanim_spojene__21062909_05284199>.

³¹ Srov. § 38ab odst. 1 ve spojení s § 38ad odst. 1 a 2 zákona o bankách.

³² Srov. § 38ab ve spojení s definicí „identifikačních služeb“ v § 1 odst. 4 písm. c) zákona o bankách.

klienta dle požadavků AML zákona,³³ a 4) možnost využití jako identifikačního nástroje v rámci veřejného sektoru mimo NIA.³⁴ Bodům 1) a 2) se věnujeme podrobněji dále, jelikož představují hlavní složky rozšířeného potenciálu tohoto nástroje. Body 3) a 4) zmiňujeme především pro lepší orientaci ve vlastním textu zákona z důvodu značné nepřehlednosti příslušných ustanovení § 38ac a 38ad zákona o bankách. Přitom bod (3) je nutno vnímat jako pouhé neuzavření si cesty k možným alternativním modelům identifikace klienta³⁵ a bod 4) slouží „pouze jako pojistka pro případ legislativní změny nastavení tzv. zaručené identity“.³⁶ Z hlediska fungování bankovní identity je tudíž namísto soustředit pozornost na její využití v rámci veřejného sektoru na straně jedné a komercializační potenciál jako služby soukromému sektoru na straně druhé.

3. Nástroj pro přístup do portálů e-Governmentu

Klíčovou podmínkou pro užití bankovní identity nad rámec přihlášení do online bankovníctví nalezneme v § 38ab odst. 1 zákona o bankách. Zde je stanoveno, že pro využívání bankovní identity jako prostředku pro elektronickou identifikaci v dále popisovaných intencích „identifikačních služeb“³⁷ je nezbytné, aby byla vydána a používána také jako prostředek pro elektronickou identifikaci v rámci kvalifikovaného systému.³⁸ To znamená, že bankovní identita je v tomto případě vydávána na základě specifických podmínek ukládaných kvalifikovanému správci (kterým jsou v konkrétním případě právě jednotlivé banky). Kvalifikovaným systémem je důvěryhodné státní a akreditované soukromé prostředí, které je spravováno kvalifikovanými správci, „a které některým poskytovatelům online služeb (dle § 18 odst. 1 ZoEI, někdy též service provideri) umožňují prostřednictvím Národního bodu pro identifikaci a autentizaci (dále „NIA“) identifikovat jejich koncové zákazníky. Jelikož jde primárně o regulaci pro veřejný sektor, obecné užití komerční elektronické identifikace v soukromém sektoru ponechává ZoEI na vůli stran a nijak tuto identifikaci nereguluje.“³⁹ Kvalifikovaný správce je pak akreditován na základě postupu dle § 5 a násl. zákona o elektronické identifikaci⁴⁰ (musí tak naplnit nejen podmínky nařízení eIDAS, ale také v tomto případě zejména prováděcí nařízení Komise (EU) 2015/1502 ze dne 8. září 2015, kterým se stanoví minimální technické specifikace a postupy pro úroveň záruky prostředků pro elektronickou identifikaci podle čl. 8 odst. 3 eIDAS).

³³ Srov. § 38ac zákona o bankách.

³⁴ Srov. § 38ad odst. 1 zákona o bankách.

³⁵ Viz s. 27 důvodové zprávy ve spojení se s. 14–15 Komplexního pozměňovacího návrhu poslankyně Barbory Kořanové ze dne 19. 11. 2019 ke sněmovnímu tisku 554 č. 3714 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=166177&pdf=1>> (komplexní pozměňovací návrh).

³⁶ Viz s. 15 komplexního pozměňovacího návrhu.

³⁷ Dle § 1 odst. 4 písm. c) zákona o bankách jde o podnikatelskou činnost spočívající v poskytování elektronické identifikace, autentizace a služeb vytvářejících důvěru (dle nařízení eIDAS), jakož i souvisejících služeb, zejména poskytování nebo potvrzování osobních identifikačních údajů klienta, informací o klientovi souvisejících s jeho osobními identifikačními údaji, informací o bankovních obchodech klienta a vytváření a uchování elektronických dokumentů.

³⁸ Jedná se o takový systém elektronické identifikace, který umožňuje poskytnutí služby národního bodu pro identifikaci a autentizaci podle zákona o elektronické identifikaci.

³⁹ Viz KORBEL, František – KOVÁŘ, Dalibor. Právní úprava tzv. bankovní identity. *Bulletin Advokacie*. 2021, č. 4, s. 18.

⁴⁰ Seznam udělených akreditací pro správu kvalifikovaného systému elektronické identifikace vede Ministerstvo vnitra České republiky na: <<https://www.mvcr.cz/clanek/seznam-udelenych-akreditaci-pro-spravu-kvalifikovaneho-systemu-elektronicke-identifikace.aspx>>.

Předpokladem pro širší využívání bankovní identity od dané bankovní instituce je tedy možnost jejího využívání pro přístup ke kvalifikovanému systému. Ustanovení § 38ad odst. 2 a 3 zákona o bankách přitom stanoví limity, které ve výsledku znamenají, že této funkce bankovní identity jako identifikačního nástroje lze využít pouze při přístupu do portálů e-Governmentu, respektive pouze ze strany kvalifikovaných poskytovatelů služeb, kteří jsou státním orgánem nebo orgánem územního samosprávného celku. Za klíčovou službu je zde přitom namísto považovat Portál občana, který slouží jako rozcestník do řady portálů státní správy a územních samospráv. Dále je významné, že lze bankovní identitu využít k přístupu do portálu datových schránek, portálu Moje daně, ePortálu ČSSZ, portálu eRecept či očkovacího portálu občana. Jde tedy o nástroj, který umožňuje snadný přístup k hlavním elektronickým službám veřejného sektoru. Z prvotních statistik využívání této možnosti v průběhu roku 2021 je znatelný značný zájem o přístup ke službám státu právě za pomoci bankovní identity.⁴¹

Vzhledem ke stále narůstajícímu počtu subjektů zapsaných na seznamu kvalifikovaných poskytovatelů (ať již jde o nemocnice, pojišťovny či vzdělávací instituce) ovšem vystává otázka, proč je využívání bankovní identity pro identifikaci skrze NIA takto specifikováno. Toto omezení se jeví být zvoleno v zájmu zachování přiměřenosti rizik spojených se službou bankovní identity, kterou je banka příslušným subjektům povinna poskytovat.⁴² Jelikož je přístup ke zmíněným službám skrze NIA na základě bankovní identity koncipován zákonnou úpravou tak, že náklady s ním spojené jdou na vrub příslušné bankovní instituci,⁴³ je uvedené omezení nepřekvapivé. Nelze přehlédnout, že je tímto rozšířen okruh subjektů, kterým může banka nabízet službu bankovní identity na komerční bázi (pojišťovny, nemocnice apod.).⁴⁴ Jak bylo naznačeno výše, komerční rovina poskytování identifikačních služeb stála u samotného zrodu předmětné úpravy v podobě projektu SONIA.

4. Soukromoprávní poskytování identifikačních služeb

V této rovině se má do budoucna materializovat plný potenciál, který je s bankovní identitou spojován. Identifikační služby, dle výše zmíněné definice § 1 odst. 4 písm. c) zákona o bankách přesahují pouhé ověření identity a pokrývají nejen služby vytvářející důvěru (zejména elektronický podpis, jak rozebráno dále), ale i další související služby, ať již se jedná o informace o bankovních obchodech klienta či správu elektronických dokumentů. Za klíčový moment na trhu s těmito službami přitom platí okamžik z počátku roku 2021, kdy došlo ke sjednání společného postupu klíčových bankovních subjektů na českém trhu, jehož výsledkem je sjednocený standard bankovní identity vtělený do společně provozované entity.⁴⁵

⁴¹ Viz ADAMCOVÁ, Pavla. Bankovní identita. Co to vlastně je a jak díky ní můžete zjistit, co o vás stát ví. In: *Aktuálně.cz* [online]. 25. květen 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://zpravy.aktualne.cz/finance/bankovni-identita-rozhovor/r-1385ea4ab4a911eb89ccac1f6b220ee8/>>.

⁴² Viz s. 19 důvodové zprávy ve spojení se s. 16 komplexního pozměňovacího návrhu.

⁴³ Viz s. 8 důvodové zprávy.

⁴⁴ Konkrétní příklady jsou uvedeny zde: PETERKA, Jiří. Kam všude se s bankovní identitou (přes NIA) nedostanete? In: *Lupa.cz* [online]. 15. březen 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.lupa.cz/clanky/kam-vsude-se-s-bankovni-identitou-pres-nia-nedostanete/>>. Tento článek rovněž charakterizuje kostrbatost bankovní identity v této oblasti a poměrně složité legislativní zázemí celé problematiky, jak již bylo zmiňováno výše.

⁴⁵ Viz HOVORKA, Jiří – KUČERA, Petr. Bankovní identitu nabídneme společně, dohodly se banky. In: *Peníze.cz* [online].

Vůči soukromoprávním poskytovatelům služeb, kteří chtějí využít bankovní identity tak smluvně nevystupují jednotlivé banky, ale tzv. poskytovatel identifikačních služeb, tzn. subjekt dle § 38aa odst. 2 zákona o bankách. Ten je odlišný od bank (či zahraničních poboček) a je jím právnická osoba, která „je na základě jiného právního předpisu oprávněna poskytovat identifikační služby a ve které mají podíl pouze banky nebo pobočky zahraničních bank; tyto banky nebo pobočky zahraničních bank jsou povinny zajistit, že poskytovatel identifikačních služeb bude zachovávat získané údaje v tajnosti a chránit je před zneužitím“. Touto právnickou osobou je společnost Bankovní identita, a. s., která sdružuje v současné době deset největších bank (které jsou akcionáři této akciové společnosti).⁴⁶ Identifikační služby pro soukromé firmy a jejich klienty jsou tak poskytovány jednotně v rámci služby BankID.⁴⁷

Využití služby BankID je mezi poskytovatelem identifikačních služeb (Bankovní identita, a. s.) a firemními zákazníky (poskyvatel služeb využívající identifikačních služeb ve vztahu ke svým klientům či uživatelům) založeno smluvně a zpoplatněno dle platného ceníku.⁴⁸ Každý firemní zákazník je povinen uhradit jednorázový poplatek za aktivaci služby a následně využívat minimálně služby CONNECT, která zajišťuje přihlášení k firemním službám či do klientské zóny.⁴⁹ Další úroveň služeb, IDENTIFY, umožňuje získat informace pro ověření klienta či sjednání smlouvy přes internet v několika úrovních podrobnosti. Nejnovější službou je pak služba SIGN, tedy zaručený elektronický podpis (k té více níže). BankID tímto způsobem „přináší velký potenciál jednotné identifikace zejména v oblasti finančních služeb, energetiky, telekomunikací a obecně v e-Commerce. Nabízí komfortní a jednoduchou přihlašovací metodu do desítek uživatelských účtů napříč internetem (tzv. single sign-on) na základě dobrovolnosti a vlastní aktivity subjektů. Může se jednat o jednotné přístupy do různých e-shopů, internetových stránek poskytujících specifické služby nebo o zastřešení autorizace jednoduchých plateb.“⁵⁰

Využití BankID v soukromém sektoru tedy představuje konkurenci službám jednotného přihlášení (single sign-on, zkráceně SSO⁵¹), kdy je přístup do aplikací či služeb třetích stran zajištěn skrze přihlášení do služby příslušného poskytovatele služby informační společnosti a uživateli tudíž odpadá potřeba spravovat množinu přihlašovacích údajů pro jednotlivé portály. Za nejvýznamnější příklady této služby platí Google Account⁵² a Facebook Login,⁵³ kdy je zřejmé, že tito poskyvatelé těží ze svého významného tržního postavení a existující báze uživatelů. Geneze těchto služeb je pak podobná, jako geneze identifikačních služeb vázaných na bankovní identitu.

18. únor 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.penize.cz/osobni-ucty/424583-bankovni-identitu-nabidneme-spolecne-dohody-se-banky>>.

⁴⁶ Viz Otázky, na které se často ptáte. In: *Bank ID* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.bankid.cz/faq>>.

⁴⁷ Viz Vaše digitální občanka. In: *Bank ID* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.bankid.cz/>>.

⁴⁸ Viz Ceník. In: *Bank ID* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.bankid.cz/cenik>>.

⁴⁹ Srov. Smluvní dokumentace pro firmy. In: *Bank ID* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.bankid.cz/smluvni-dokumentace-pro-firmy>> ve spojení s Ceník. In: *Bank ID* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.bankid.cz/cenik>>.

⁵⁰ Viz KORBEL, František – KOVÁŘ, Dalibor. Právní úprava tzv. bankovní identity. *Bulletin Advokacie*. 2021, č. 4, s. 22.

⁵¹ Blíže viz např. ALACA, Furkan – OORSCHOT, Paul C. Van. Comparative Analysis and Framework Evaluating Web Single Sign-on Systems. *ACM Computing Surveys*. 2020, roč. 53, č. 5.

⁵² Srov. Přihlašování do jiných aplikací a služeb pomocí účtu Google. In: *Nápověda Účet Google* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://support.google.com/accounts/answer/112802?>>.

⁵³ Srov. Facebook Login. In: *Facebook for Developers* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://developers.facebook.com/products/facebook-login/>>.

Zahraniční autoři jako Pasquale⁵⁴ poukazují na srovnatelné problémy u poskytovatelů služeb informační společnosti a bankovních institucí vztahující se k netransparentní koncentraci podrobných údajů o profilech velké části společnosti u omezeného množství klíčových poskytovatelů služeb. Přesto zastáváme názor, že ve vztahu k bankovním institucím obecně, a specificky pak při nakládání s údaji klientů a jejich zabezpečení (mimo jiné skrze institut bankovního tajemství), je právní úpravou bankovního sektoru (včetně nové úpravy vztahující se k identifikačním službám) založena významně vyšší úroveň důvěry, zaručená transparentností a vynucená dozorovou činností České národní banky, respektive Úřadu pro ochranu osobních údajů.

Za uživatelský benefit lze též shledávat jednotný postup a koordinaci bankovních institucí, díky čemuž nedochází ke štěpení na konkurenční nástroje bankovní identity (což byla reálná hrozba v přípravné fázi před účinností změnového zákona⁵⁵) a zvyšuje se přehlednost a dostupnost služby. Nedochází přitom dle našeho názoru k přehnané koncentraci a „monopolizaci“ této služby, jelikož je nutné vnímat konkurenci ze strany výše zmíněných služeb jednotného přihlášení, ke kterým naopak BankID přináší čerstvou alternativu.

Hned druhým dechem je však namístě dodat, že sjednocený přístup přes BankID má alespoň v jednom poměrně častém případě pro koncového uživatele podobu „nejednotné jednotnosti“. V případě, kdy je jednotlivcem klientem více bank sdružených v subjektu Bankovní identita, a. s., pro poskytování služby BankID, musí mu být umožněno identifikovat se na portálech či službách třetích subjektů skrze kteroukoliv z bankovních identit, které má u příslušných bank aktivované. V praxi tak při volbě přihlášení skrze BankID v druhém kroku volí banku, jejíž záznam o své bankovní identitě chce pro daný účel využít, přičemž může při každém přihlášení zvolit jinou ze svých bankovních identit.⁵⁶ Samozřejmě jde v daném kontextu o pozitivum, které přispívá k uživatelské přívětivosti, současně může jít i o cestou pro odhalení možného zneužití nástroje v případě náhlé změny využívané bankovní identity.

Významnou výhodou je pak též záruka nezbytné institucionalizované úrovně důvěry v identifikační služby ve smyslu potřebné úrovně důvěry upravené v čl. 13 a násl. nařízení eIDAS. To je přitom ožehavé téma ve vztahu ke službám SSO,⁵⁷ které jsou vzhledem k tomu, ale především pro svou roli v posilování problematického profilování uživatelů stran enigmatických nadnárodních gigantů, Frigatem a Santos-Arteagem označovány za „politováníhodné nezbytnosti“ (*regrettable necessities*).⁵⁸

Podobně jako u služeb významných poskytovatelů SSO je pak potenciál snadného rozšíření mezi uživateli dán faktickou povahou „doplňku“ k existujícím hlavním službám, tedy zde přístupu do online bankovníctví a využívání bankovních služeb. Tím je nejen zajištěno kritické množství uživatelů, které činí službu relevantní pro firemní klienty,

⁵⁴ Viz PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge a Londýn: Harvard University Press, 2015.

⁵⁵ Viz SOUČEK, Ondřej. Velké banky opět lákají menší hráče do ambiciózního projektu bankovní identity. In: *E15.cz* [online]. 13. listopad 2020 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.e15.cz/byznys/technologie-a-media/velke-banky-opet-lakaji-mensi-hrace-do-ambiciozniho-projektu-bankovni-identity-1375026>>.

⁵⁶ Viz Otázky, na které se často ptáte. In: *Bank ID* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.bankid.cz/faq>>.

⁵⁷ Viz například XIE, Tian et al. Exploring the Insecurity of Google Account Registration Protocol via Model Checking. In: *2019 IEEE Symposium Series on Computational Intelligence (SSCI): 2019 IEEE Symposium Series on Computational Intelligence (SSCI)*. 2019.

⁵⁸ Srov. FRIGATO, Pietro – SANTOS-ARTEAGA, Francisco J. Facebook and Google as Regrettable Necessities. *International Journal of Strategic Decision Sciences (IJSDS)*. 2020, roč. 11, č. 1.

ale přináší to současně rozložení nákladů na správu a rozvoj tohoto nástroje (ve srovnání s alternativami sloužícími pouze jako nástroje pro elektronickou identifikaci). O úspěšné adopci tohoto nástroje svědčí rostoucí seznam subjektů, které této identifikační službě využívají (např. SAZKA a. s., Generali Česká pojišťovna a. s., či MallPay s. r. o.) či se k jejímu využívání připravují (např. ČEZ ICT Services, a. s., či Pražská plynárenská, a. s.).⁵⁹

5. BankID a elektronický podpis

Z výše popsaného spektra služeb, které jsou v rámci BankID nabízeny, vyplývá, že vedle ověření identity uživatele pro přístup ke službě či portálu třetí strany (CONNECT) a případného sdílení ověřených informací o identitě uživatele (IDENTIFY) je od září 2021 poskytována služba zaručeného elektronického podpisu (SIGN).⁶⁰ Tato služba má ambici přinést do elektronické kontraktace vyšší míru důvěryhodnosti o identitě jednajících osoby a slouží tedy především poskytovatelům služeb k tomu, aby snížila rizika plynoucí z možného nepřikázaného jednání či vadného plnění v důsledku mylného ztotožnění jednajících osoby, ať již v podobě ztížené vymahatelnosti vzniklé pohledávky či potenciálním škodným nárokem poškozené osoby.

Obecně platí, že forma zachycení soukromoprávního jednání je zásadně volná,⁶¹ zpravidla se však smluvní strany v rámci kontraktačního procesu zavazují k formě písemné. Jak upozorňuje Polčák, jedná se přitom o způsob zachycení projevu vůle, nikoliv jeho podstatu: „*Písemnost není ani projevem vůle, ale pouze jeho vnější jevovou formou. Je-li tedy vůle projevena písemně, znamená to, že její projev má formu textu, tj. slov zachycených za užití písma.*“⁶² Tato forma je při elektronickém právním jednání naplněna zachycením obsahu do podoby písemného elektronického dokumentu a umožnění určení jednajících osoby, veskrze za pomoci elektronického podpisu. V zásadě přitom postačuje i prostý elektronický podpis, který je nařízením eIDAS definován jako „*data v elektronické podobě, která jsou připojena k jiným datům v elektronické podobě nebo jsou s nimi logicky spojena a která podepisující osoba používá k podepsání*“.⁶³ Příkladem může být připojení jména k textu e-mailu (případně pak ve spojení s metadaty identifikujícími adresu odesílatele), případně ověření osoby zadávající požadavek (např. na nákup zboží) do online portálu skrze heslo zasláné na e-mail či mobilní číslo.

Problematické pro tento nejprostší způsob identifikace jednajících osoby je nízká úroveň záruky skutečného ztotožnění, což může (ať již v důsledku omylu či na základě úmyslného klamavého jednání uživatele) znamenat překážku pro poskytovatele při smluvním plnění či přímo finanční újmu. I proto se postupně v soukromoprávním styku prosazují a rozšiřují nástroje pro ověření identity jednajících osoby odpovídající vyšším úrovním důvěryhodnosti dle nařízení eIDAS. Část uživatelů, kteří si ze své vůle a na své náklady zřídili

⁵⁹ Srov. Pro firmy. In: *Bank ID* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.bankid.cz/pro-firmy>>.

⁶⁰ Viz CHVÁTAL, Dalibor Z. Bankovní identita se rozrostla o zaručený digitální podpis „BankID SIGN“. In: *Měšec.cz* [online]. 17. září 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.mesec.cz/aktuality/bankovni-identita-se-rozrostla-o-zaruceny-digitalni-podpis-bankid-sign/>>.

⁶¹ „*Každý má právo zvolit si pro právní jednání libovolnou formu, není-li ve volbě formy omezen ujednáním nebo zákonem.*“ § 559 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁶² Viz POLČÁK, Radim. Elektronické právní jednání – změny, problémy a nové možnosti v zákoně č. 89/2012 Sb. *Bulletin Advokacie*. 2013, roč. 2013, č. 10, s. 36.

⁶³ Viz čl. 3 odst. 10 nařízení eIDAS.

nejdůvěryhodnější, tzv. kvalifikovaný elektronický podpis⁶⁴ (zřejmě především za účelem elektronické komunikace s veřejným sektorem⁶⁵ či přeshraniční komunikace), jej mohou využívat také pro jednoznačné ztotožnění v rámci soukromoprávního jednání. Plošný rozmach tohoto nástroje však nelze nad rámec vybraných segmentů společnosti (např. podnikatelů, advokátů či členů statutárních orgánů) příliš očekávat. Obdobně lze vyhodnotit rozšíření a uplatnění českého specifika, tzv. uznávaného elektronického podpisu,⁶⁶ který taktéž pro užití vyžaduje především proaktivní přístup jednotlivce a kroky na jeho straně směřující k prvotnímu ověření identity kvalifikovaným poskytovatelem služby.

Příslušná služba BankID SIGN dosahuje nižšího, avšak stále z hlediska důvěryhodného ověření identity jednající osoby funkčního stupně tzv. zaručeného elektronického podpisu. Zaručený elektronický podpis musí splňovat požadavky na jednoznačné spojení s podepisující osobou a umožnit její identifikaci. „*Je vytvořen pomocí dat pro vytváření elektronických podpisů, která podepisující osoba může s vysokou úrovní důvěry použít pod svou výhradní kontrolou; a [...] je k datům, která jsou tímto podpisem podepsána, připojen takovým způsobem, že je možné zjistit jakoukoliv následnou změnu dat.*“⁶⁷

BankID SIGN nedosahuje na úroveň uznávaného elektronického podpisu, nelze ji tudíž využít přímo při komunikaci s veřejnou správou,⁶⁸ což uplatnění tohoto prostředku omezuje pouze na soukromoprávní jednání. Bankovní identita, a. s., přitom v současné chvíli teprve buduje síť subjektů, u kterých bude možné BankID SIGN využít. Pro rozšíření využívání služby je přitom významné, že je pro koncové uživatele zdarma a proces získání je maximálně uživatelsky přívětivý, jelikož se váže na bankovní identity zřízené klientům sdružených bankovních institucí a chová se pro ně tudíž jako dílčí funkční rozšíření jejich interakce s online bankovníctvím.⁶⁹ Zde přitom může být do budoucna užití dále zpříjemněno skrze využívání mobilních aplikací pro přístup do online bankovníctví, které v poslední době významně nabývají na popularitě.⁷⁰ Právě v tom, že koncový uživatel může pro podpis využít údaje, které již bezplatně využívá při kontaktu s bankovní institucí, je namísto vnímat hlavní přednost tohoto nástroje, která může při dostatečné adopci ze strany firemních klientů vést k jeho plošnému rozšíření.

Rovněž výhledově je spíše nepravděpodobné, že by bylo možno službu BankID SIGN využít přímo pro komunikaci s veřejnou správou, jelikož BankID představuje službu poskytovatele identifikačních služeb (Bankovní identita, a. s.), která je technicky zprostřed-

⁶⁴ Viz čl. 3 odst. 12 nařízení eIDAS.

⁶⁵ Viz § 6 zákona č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce, ve znění pozdějších předpisů (zákon o službách vytvářejících důvěru), ten však ukládá pouze povinnost uznávaného elektronického podpisu pro komunikaci s veřejnoprávním podepisujícím ze strany uživatele. Na jeho základě je tak kvalifikovaný elektronický podpis pouze jednou z variant řešení.

⁶⁶ Viz § 6 odst. 2 zákona o službách vytvářejících důvěru. Příkladem je elektronický podpis založený kvalifikovaným certifikátem PostSignum od České pošty, pokud je použit bez kvalifikovaného prostředku (např. USB token či čipová karta). Srov. Kvalifikované certifikáty. In: *Certifikační autorita PostSignum* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <http://www.postsignum.cz/kvalifikovane_certifikaty.html>.

⁶⁷ Viz čl. 26 nařízení eIDAS.

⁶⁸ Bankovní identita slouží k ověření identity uživatele přes NIA při přístupu do portálů e-Governmentu. Ke komunikaci s veřejnou správou ji tudíž lze využít nepřímou, v kombinaci s datovou schránkou, ke které umožňuje přihlášení.

⁶⁹ Viz SKALKOVÁ, Olga. Smlouvu potvrdíte jako heslo do banky. Startuje Sign. In: *Peníze.cz* [online]. 16. září 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.penize.cz/ucty-karty/428949-smlouvu-potvrdite-jako-heslo-do-banky-startuje-sign>>.

⁷⁰ Srov. BACHURA, Jan. Zájem o mobilní bankovníctví raketově roste. Jaké produkty lze sjednat online přes mobilní aplikace jednotlivých bank? In: *Finparada.cz* [online]. 29. říjen 2020 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<http://m.finparada.cz/6634-Zajem-o-mobilni-bankovnictvi-raketove-roste.aspx>>.

kována skrze sdružené banky. I proto je v současné chvíli služba BankID SIGN sice dostupná firemním klientům, avšak stále probíhá její implementace do systémů správy bankovní identity jednotlivých bankovních institucí, a neplatí tudíž, že by byla v současné chvíli dostupná pro všechny klienty bank stojících za subjektem Bankovní identita, a. s.⁷¹ Není vyloučeno, aby do budoucna došlo ke zvýšení úrovně elektronického podpisu poskytovaného touto cestou, ovšem pro naplnění požadavků kladených na uznávaný elektronický podpis by musely být zákonné podmínky (konkrétně zápis do seznamu kvalifikovaných poskytovatelů služeb vytvářejících důvěru pro službu vydávání kvalifikovaných certifikátů pro elektronické podpisy dle nařízení eIDAS⁷²) splněny ze strany všech sdružených bank, skrze jejichž bankovní identity je služba poskytována. Přínos tohoto potenciálního vylepšení je pak umenšen i vzhledem k výše zmíněné již dnes dostupné možnosti využít bankovní identity pro přihlášení do portálu datových schránek.

Druhotnou limitací, která je však společná všem formám elektronického podpisu vyjma kvalifikovaného, je absence přeshraniční uznatelnosti. Nařízení eIDAS je založeno na myšlence vedoucí k vzájemnému uznávání elektronických podpisů v rámci členských států. Ty jsou ale uznávány až na úrovni kvalifikovaného elektronického podpisu,⁷³ zaručený elektronický podpis, na kterém je založeno BankID tak uznatelný bez změny rámce nařízení eIDAS nebude.

6. Přeshraniční uznávání bankovní identity a návrh digitální identity pro všechny Evropany

Zde si dovolíme cimrmanovský „úrok stranou“ a podotýkáme, že samotná bankovní identita jako prostředek pro identifikaci jedince (tedy nikoliv ve smyslu elektronického podpisu) při přístupu do portálů veřejné správy může být uznána přeshraničně ve chvíli, kdy je uznána na základě notifikace Evropské komise (dle č. 9 odst. 1 nařízení eIDAS). V současné chvíli je takto schválen pro přeshraniční uznávání jediný systém elektronické identifikace a tím je od 13. září 2019 elektronický občanský průkaz.⁷⁴ Dle našich informací pak takový krok v rámci bankovní identity není plánován.

Naopak Evropská komise zveřejnila v červnu 2021 záměr úpravy současného rámce nařízení eIDAS s cílem založit jednotnou úpravu digitální identity pro všechny občany, rezidenty a podniky v rámci EU.⁷⁵ Evropská peněženka digitální identity má být pro každý subjekt ústředním prvkem této plně přeshraniční struktury pro důvěryhodnou a bezpečnou správu identit. Ta je přitom připravována jako nástroj s funkcemi, které se překrývají

⁷¹ Viz CHVÁTAL, Dalibor Z. Bankovní identita se rozrostla o zaručený digitální podpis „BankID SIGN“. In: *Měsíc.cz* [online]. 17. září 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.mesec.cz/aktuality/bankovni-identita-se-rozrostla-o-zaruceny-digitalni-podpis-bankid-sign/>>.

⁷² Viz Seznam kvalifikovaných poskytovatelů služeb vytvářejících důvěru a poskytovaných kvalifikovaných služeb vytvářejících důvěru. In: *mvcz.cz* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.mvcz.cz/clanek/seznam-kvalifikovanych-poskytovatelu-sluzeb-vytvarejicich-duveru-a-poskytovanych-kvalifikovanych-sluzeb-vytvarejicich-duveru.aspx>>.

⁷³ Viz čl. 6 a čl. 27 odst. 3 nařízení eIDAS.

⁷⁴ Viz KIROVA, Marina – EICHHOLTZER, Marie. Overview of pre-notified and notified eID schemes under eIDAS. In: *eID User Community* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/EIDCOMMUNITY/Overview+of+pre-notified+and+notified+eID+schemes+under+eIDAS>>.

⁷⁵ Viz VLKOVA, Natalie. Komise navrhuje důvěryhodnou a zabezpečenou digitální identitu pro všechny Evropany. In: *Czech Republic – European Commission* [online]. 3. červen 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/czech-republic/news/210603_safe_digital_identity_cs>.

s bankovní identitou, ať již jde o ztotožnění, poskytnutí údajů k identifikaci subjektů či podepisování elektronických dokumentů. Byť je přijetí a vlastní implementace tohoto rámce zatím značně vzdálená, předpokládáme, že pokud by skutečně došlo k jejímu plnohodnotnému zavedení, alternativní nástroje elektronické identifikace ztratí většinu prostoru pro uplatnění. Tento předpoklad lze do značné míry vztáhnout i na bankovní identitu, včetně služby BankID, která ovšem paradoxně vzhledem k provázanosti s primární funkcí nástroje pro zpřístupnění a správu služeb online bankovního sektoru a z ní plynoucích výhod nad alternativními nástroji čistě pro elektronickou identifikaci může přetrvat i vedle evropské digitální identity. Vzhledem ke službě BankID to však do značné míry závisí na dosud nespecifikovaném modelu financování provozu evropské digitální identity, respektive její budoucí české implementace. Jelikož je předvídána bezplatnost pro koncové uživatele,⁷⁶ lze očekávat, že bude zvolen podobný přístup jako u bankovní identity, tedy odlišný model financování pro užití ve vztahu k veřejné správě a v rámci soukromoprávního jednání.

7. Bezpečnost a úvahy nad potenciálem atributové autentizace

V závěru našeho příspěvku bychom chtěli blíže pojednat o bezpečnostních otázkách ve spojení s technickou realizací systému elektronické identifikace za pomoci bankovní identity a předložit úvahy o možném technickém řešení vybraných problematických aspektů.

Přestože bankovní identita poskytuje poměrně jednoduše uživatelsky přístupný způsob identifikace, nelze ignorovat potenciální rizika, která mohou při využití tohoto nástroje nastat. V případě (faktického) pochybení náležitého ověření není příliš pochyb o rozsahu odpovědnosti, která připadá příslušné bankovní instituci provozující příslušný nástroj elektronické identifikace.⁷⁷

Z technologického hlediska je přitom namístě uvést, že architektura systému bankovní identity není zpravidla koncipována pro naplnění nejvyšších bezpečnostních standardů, respektive vyjma validace skrze mezinárodně uznávané certifikáty nedochází k notifikaci ověření úrovně zabezpečení (což pro srovnání platí u výše zmíněného elektronického občanského průkazu, který je však i z důvodu maximální úrovně zabezpečení uživatelsky značně nepřívětivý). Samotná absence hardwarového nosiče bankovní identity přitom není překážkou, jelikož nástroje elektronické identity fungující na softwarové bázi pro mobilní zařízení (bez nutnosti využívání specifických hardwarových nosičů či čteček) byly ověřeny a schváleny Komisí.⁷⁸ Nemusel by to tedy být problém ani pro bankovní identitu.

⁷⁶ Viz RINALDI, Gian Marco – BRESCHI, Marta. Proposal to amend the eIDAS regulation: New horizon for the European electronic identification. In: *Bird & Bird* [online]. červenec 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<http://www.twobirds.com/en/news/articles/2021/global/proposal-to-amend-the-eidas-regulation>>.

⁷⁷ To mimo jiné nepřímou potvrdilo rovněž rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie – v případě, že je prokázána ztráta identifikačního nástroje (například nahlášením či objektivně zneužitím údajů), riziko ztráty pak nese bankovní instituce. Analogicky pak lze dané dle našeho názoru přenést rovněž na související zneužití bankovní identity. K charakteristikám odpovědnostnímu režimu bankovní instituce více viz rozsudek SDEU, C-287/19, 11. 11. 2020.

⁷⁸ Jedná se o belgického poskytovatele Itsme. Více viz EICHHOLTZER, Marie. Belgium – Itsme. In: *eID User Community* [online]. 2020 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/EIDCOMMUNITY/Belgium++Itsme>>.

Limity bezpečnosti bankovní identity a značný potenciál zneužití skrze techniky sociálního inženýrství, jako je vishing či phishing,⁷⁹ výstižně popsal Zmeškal již s počátkem účinnosti nové úpravy.⁸⁰ V tomto směru je znepokojivým momentem užití bankovní identity jako nástroje pro přístup do portálu e-Governmentu netransparentní uzavřenost ověřování identity skrze NIA. Na jedné straně dochází k ověřování identity a toho, jestli je daný poskytovatel (bankovní) identity důvěryhodný, uživatel však může být snadno zlákan podvodným odkazem na falešný portál veřejné služby, kde po něm bude vyžadováno sdělení přihlašovacích údajů do bankovní identity. Slovy Zmeškala si přitom uživatel „nemůže nijak ověřit, že stránka, která po něm požaduje přihlášení, je opravdu službou registrovanou v NIA jako kvalifikovaný poskytovatel služby“.⁸¹ Pokud se tedy potenciálnímu útočníkovi podaří uživatele zmást a přesvědčit ho o tom, že daná stránka je napojena na služby e-Governmentu (což pokládáme vzhledem k nepřehlednosti a nejednotnosti konceptu a struktury českého přístupu k e-Governmentu za poměrně snadné), má v rukou velmi účinný nástroj pro získání přístupu k plnému profilu jednotlivce, včetně jeho údajů ze základních registrů.⁸²

A zde narážíme na druhý problematický aspekt související s bezpečností nástroje bankovní identity. Rozšířením funkcí bankovní identity do podoby identifikační služby dochází k propojení řady dosud oddělených databází a portálů s klíčovými údaji o jednotlivci pod jeden set přihlašovacích údajů. Případný únik přihlašovacích údajů tak ohrožuje jak aktiva jednotlivce v podobě online bankovnictví, tak citlivé údaje zpřístupnitelné skrze služby e-Governmentu (a další portály).

Zarážející je pak v tomto ohledu skutečnost, že oproti stávajícím požadavkům pro využití elektronických identifikačních prostředků, kde nástroje musely dosahovat úrovně důvěry „vysoká“, je bankovní identita založena na technologických nástrojích, které dosahují „jen“ úrovně „značná“ (podléhají tedy nižším bezpečnostním standardům a nižšímu stupni ověření identity, jak jsme zmínili výše).⁸³ Tento aspekt je poměrně relevantní například ve vztahu k portálu datové schránky, ke kterému lze přistupovat za pomoci bankovní identity, ale jednotlivci lze rovněž případně datovou schránku za pomoci přihlašovacích údajů do bankovní identity zřídít,⁸⁴ i se všemi důsledky ohledně doručování písemností stran veřejné správy, které se s touto skutečností pojí.⁸⁵

⁷⁹ Sociální inženýrství je pojem pro podvodné jednání směřující na manipulaci s uživateli či administrátory za účelem překonání zabezpečení systému či služby. V případě vishingu se jedná o podvodné telefonní hovory zaměřené na citlivé či přihlašovací údaje, v případě phishingu se jedná o podvodné e-maily s podobným cílem. Viz NÚKIB. Upozornění na vishing zneužívající identitu bankovních institucí. In: *Národní úřad pro kybernetickou a informační bezpečnost* [online]. 20. duben 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://nukib.cz/cs/infoservis/hrozby/1705-upozorneni-na-vishing-zneužívající-identitu-bankovních-institucí/>>.

⁸⁰ Viz ZMEŠKAL, Kamil. Bankovní identita je dobrý sluha. Existují ale i důvody, proč ji nechít. In: *Lupa.cz* [online]. 19. leden 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.lupa.cz/clanky/bankovní-identita-je-dobrý-sluha-existují-ale-i-důvody-proč-ji-nechít/>>.

⁸¹ Zmeškal dále uvádí konkrétní příklady přihlašování například na daňový portál a několikrát přinejmenším podezřelé přesměrovávání na jiné adresy. Viz *ibidem*.

⁸² Ty jsou uvedeny taxativně v § 38af zákona o bankách.

⁸³ K rozdílným požadavkům na tyto úrovně viz čl. 8 odst. 2 nařízení eIDAS.

⁸⁴ Viz Co nabízí bankovní identita uživatelům datových schránek? In: *Datové schránky.info* [online]. 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.datoveschranky.info/-/co-nabízi-bankovní-identita-uživatelům-datových-schranek-?>>.

⁸⁵ Toto „ponížení“ záruky bylo zavedeno na základě § 21 zákona č. 12/2020 Sb., o právu na digitální služby a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

Zmeškalem a dalšími formulované obavy byly posíleny březnovým incidentem, se kterým se v rámci testování bankovní identity potýkala Komerční banka.⁸⁶ „*Důvodem (dočasné blokace služby) je bezpečnostní incident spočívající v pravděpodobné záměně identity [...]*“ v souvislosti s osobními údaji klientů.⁸⁷ Je přitom nevyhnutelné, že systémy s hodnotnými daty budou častým cílem více či méně sofistikovaných útoků, což platilo pro bankovní systémy i v minulosti. Skrze systém identifikačních služeb na bázi bankovní identity se však rozšířením jejího uplatnění a značným nárůstem subjektů, které mohou po koncovém uživateli či po bance požadovat údaje s bankovní identitou související, výrazně rozšířilo pole zranitelnosti, které je v rámci systému bankovní identity nutné pokrýt.

Jsme si vědomi obecné nevyhnutelnosti tendencí ke koncentraci identifikačních služeb, ať již skrze bankovní identitu, služby jednotného přihlášení internetových gigantů či připravovanou evropskou digitální identitu. Sledují totiž základní ekonomické hybné síly, jsou v souladu se zájmy veřejné správy na regulaci a regulovatelnosti těchto služeb a souzní též s preferencemi uživatelů, pro které je jednotný přihlašovací portál nejprůběžnějším řešením, ke kterému sami přirozeně směřují více (např. software pro správu hesel) či méně (např. opakování stejného hesla napříč službami) sofistikovanými metodami. Uznáváme tudíž, že za těchto okolností je namísto bankovní identitu stále vítat jako pozitivní posun k uživatelsky přívětivému nástroji s vyšší úrovní zabezpečení oproti dnes běžné praxi, postaveném na službách striktně regulovaných a důvěryhodných subjektů. Současně si však dovolíme i vzhledem k výše nastíněným nedostatkům a bezpečnostním rizikům spojovaným s řešením identifikace skrze bankovní identitu nastínit možný další technologický stupeň, díky kterému lze uvažovat alespoň o částečném zmírnění těchto hrozeb napříč řešeními pro elektronickou identifikaci.

Domníváme se, že je namísto do budoucna i v rámci identifikace a autentizace maximalizovat potenciál nepřímých, respektive odvozených údajů a připouštět přístup k přímým údajům identifikujícím či profilujícím jednotlivce skutečně pouze v situacích, kdy je to pro daného poskytovatele nezbytně nutné. V kontextu ochrany osobních údajů se o tomto procesu zpravidla hovoří jako o pseudonymizaci,⁸⁸ konkrétně pak může jít např. o využití tokenů⁸⁹ (tzn. zástupných vyjádření citlivých dat) či atributů⁹⁰ (tzn. dílčí charakteristiky reprezentovaných dat relevantní pro daný kontext). Právě omezení zpracování citlivých údajů skrze vymezené atributy (tedy za využití tzv. atributové autentizace) pokládáme za jednu ze slibných budoucích cest.⁹¹

⁸⁶ Srov. Klienti Komerční banky nemohou přechodně využívat bankovní identitu. In: *Správa základních registrů* [online]. 1. březen 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://www.szrcr.cz/cs/archiv-novinek/e-identita/220-klienti-komer%C4%8Dn%C3%AD-banky-nemohou-p%C5%99echodn%C4%9B-vyu%C5%BE%C3%ADvat-bankovn%C3%AD-identitu>>.

⁸⁷ Viz MAŠEK, Adam. Komerční banka má dočasně zablokovanou službu poskytování elektronických identit. In: *Hospodářské noviny (HN.cz)* [online]. 1. březen 2021 [cit. 2021-09-23]. Dostupné z: <<https://hn.cz/c1-66890280-komerční-banka-ma-docasne-zablokovanou-sluzbu-poskytovani-elektronickych-identit>>.

⁸⁸ Viz FLEGEL, Ulrich, ed. *An Architectural Model for Pseudonymous and Secure Authorizations*. In: FLEGEL, Ulrich (ed.). *Privacy-Respecting Intrusion Detection*. Boston, MA: Springer US, 2007.

⁸⁹ Viz VAGADIA, Bharat. Data Integrity, Control and Tokenization. In: VAGADIA, Bharat (ed.). *Digital Disruption: Implications and opportunities for Economies, Society, Policy Makers and Business Leaders*. Cham: Springer International Publishing, 2020.

⁹⁰ Viz LI, Jin et al. Secure attribute-based data sharing for resource-limited users in cloud computing. *Computers & Security*. 2018, roč. 72.

⁹¹ Viz HANSEN, Marit et al. Legal Data Protection Considerations. In: RANNENBERG, Kai – CAMENISCH, Jan – SABOURI, Ahmad (eds). *Attribute-based Credentials for Trust: Identity in the Information Society*. Cham: Springer International Publishing, 2015.

Atributová autentizace je založena na ideji, že přestože je pro potřeby identifikace či obecně ověření nutno pracovat s přímo identifikujícími údaji, cílem je s těmito údaji nakládat minimálně a pokud je to možné, pracovat jen s vydefinovanými atributy (např. do které z obecnějších kategorií jednotlivce spadá, případně zda disponuje oprávněním či parametrem, který je pro danou službu relevantní či specifický).⁹² Konkrétní schémata v rámci atributové autentizace (tedy zvolené přístupy k prokázání hodnoty konkrétního atributu) tak nejsou primárně založena na ověření plné identity uživatele, ale na ověření naplnění znaků požadovaných v rámci nastaveného atributu. Dalším benefitem, který atributová autentizace nabízí, je kontrolovaná nespojitelnost jednotlivých přístupů, jelikož v rámci ověření identity se pouze prokáže prostřednictvím důvěryhodné služby, že uživatel naplňuje stanovené atributové požadavky. Pokud ale nastane potřeba zpětně odhalit jeho identitu (ať už při nejistotě daného oprávnění, pochybení systému či k navazujícímu dokazování), lze využít revokace skrze autorizovanou revokační autoritu, která je v rámci oddělení rolí odlišná od vydavatele atributů, na základě které lze údaje o konkrétním přístupu zpětně rekonstruovat.⁹³

Závěr

V rámci tohoto příspěvku bylo naším cílem přiblížit čtenářům současné prostředí nástrojů pro elektronickou identifikaci, s důrazem na novou službu bankovní identity, která od letošního roku umožňuje uživatelsky přívětivý přístup do portálů e-Governmentu bankovním klientům za využití jejich přihlašovacích údajů do online bankovníctví. Popsali jsme nejen strukturu a právní úpravu tohoto nového nástroje elektronické identifikace, ale zaměřili jsme se podrobně i na identifikační služby, které jsou skrze sjednocený přístup bankovních institucí nabízeny v soukromoprávním kontextu skrze službu BankID. Snažili jsme se přitom kriticky zhodnotit silné a slabé stránky především ve srovnání s významnými existujícími (Google Account, Facebook Login) i předvídanými budoucími (evropská digitální identita) alternativami. Pozornost jsme věnovali také nedávnému rozšíření služby BankID SIGN v podobě zaručeného elektronického podpisu. Dále jsme pak diskutovali úroveň bezpečnosti bankovní identity jako nástroje pro přístup do širokého spektra portálů s citlivými údaji jednotlivce a zdůraznili odhalené limity a problematické aspekty. V závěru jsme se pak snažili nastínit možný budoucí vývoj a přínos, který by mohla mít slibná technologie atributové autentizace nejen pro bankovní identitu, ale pro nástroje elektronické identifikace obecně.

⁹² Viz GU, Ke – WANG, Keming – YANG, Lulu. Traceable attribute-based signature. *Journal of Information Security and Applications*. 2019, roč. 49.

⁹³ Viz WEI, Jianghong et al. Practical Attribute-based Signature: Traceability and Revocability. *The Computer Journal*. 2016, roč. 59, č. 11.

Kam jsme se posunuli od zrušení směrnice o uchovávání údajů

Jaroslav Denemark*

Abstrakt: Evropská unie svou snahu chránit základní práva na soukromí a ochranu osobních údajů v době rychlého rozvoje nových komunikačních technologií zvládá vcelku obstojně. Ať už je to evropský normotvůrce nebo Soudní dvůr EU, přístup k unijnímu právu odráží modernitu dnešní doby. Nicméně na poli uchovávání osobních údajů provozovateli telekomunikačních sítí pro účely předání těchto údajů státním orgánům panovaly od dob zrušení směrnice o uchovávání údajů jisté rozpaky. Cílem příspěvku je tak nejen zhodnotit reakce Evropské unie na nové technologické výzvy s ohledem na ochranu soukromí a osobních údajů a zhodnotit jejich vhodnost či efektivitu, ale především odpovědět na otázku, zda dnes máme unijním *acquis* jasně stanovené mantinely pro vnitrostátní úpravu ochrany osobních údajů.

Klíčová slova: uchovávání osobních údajů, právo na soukromí, lokalizační údaje, právo a moderní technologie

Úvod

Moderní technologie jsou výzvou pro každého normotvůrce. Sledovat jejich vývoj a dostatečně svižně na něj reagovat úpravou legislativy je v případě procesů tvorby práva jednoznačně tématem na pořadu dne. Evropská unie má snahu na výzvy moderních technologií reagovat postupy, jež v sobě zahrnují jak nové právní předpisy, tak judikaturní činnost, která v důsledku nejen napomáhá překlenout období legislativního procesu, ale má též za cíl napomoci nabídnout řešení nových výkladových výzev.

Nejinak je tomu na poli ochrany soukromí a práva na ochranu osobních údajů. Vztah těchto dvou práv k moderním technologiím byl nejednou předmětem mnohých apelů ke změně právního rámce. Prvním aspektem problému k vyčlenění postoje Evropské unie je nutné zodpovězení otázky, zda jsou práva na soukromí a ochranu osobních údajů právy základními.

Teprve poté se lze ptát a odpovědět na otázku, jaký přístup Evropská unie zvolila směrem k těmto právům, a lze do určité míry porozumět tomu, jak se, ať už legislativně, či judikaturou, Evropská unie vypořádala se střetem práva na soukromí a ochranu osobních údajů s jinými právy ve světle moderních technologií. Právě tento unijní postup je totiž tím, co formuje rámec úpravy preventivního uchovávání provozních a lokalizačních údajů o elektronické komunikaci u poskytovatelů telekomunikačních služeb (známe pod anglickým výrazem *data retention*; dále v textu bude použito kratšího slovního spojení „uchovávání údajů“)¹ platné na území pevninské Evropy.

* JUDr. Jaroslav Denemark. Doktorand na katedře evropského práva PF UK. E-mail: jaroslav.denemark@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8304-1312>.

¹ Toliko po vzoru Ústavního soudu, který sice pro „preventivní uchovávání provozních a lokalizačních údajů o elektronické komunikaci u poskytovatele telekomunikačních služeb“ používá zkrácené anglické „*data retention*“ (nález Pl. ÚS 45/17), v překladu však a v porovnání s názvem dotčené směrnice lze užít české „uchovávání údajů“ (srov. např. bod odůvodnění č. 9 *in fine* směrnice o uchovávání údajů v české a anglické jazykové verzi).

1. Ochrana soukromí a osobních údajů středobodem zájmu

Evropská unie řadí ochranu soukromí a právo na ochranu osobních údajů mezi základní lidská práva. Nasvědčuje tomu nejen systematika předního lidskoprávního katalogu na úrovni Evropské unie, tj. Listiny základních práv Evropské unie, která řadí právo na soukromí a právo na ochranu osobních údajů již do Hlavy II, nadepsané Svobody,² ale též přístup institucí Evropské unie k těmto právním.

Soudní dvůr Evropské unie jednoznačně stanovil (a to ještě za hodnotového východiska s ohledem na lidská práva v podobě čl. 8 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv),³ že: „Právo na respektování soukromého života [...] je základním právem chráněným právním řádem Společenství.“⁴ Ochrana osobních údajů je pak vnímána jako právo inherentní právu na soukromí (je jeho integrální součástí) a zásah do osobních údajů je zásahem do soukromí (logicky zde ale neplatí *vice versa*, protože ne každý zásah do soukromí je zásahem do osobních údajů).⁵

Esenci výše uvedeného budiž čtenáři tohoto pojednání první věta prvního recitálu nařízení Evropské unie s populárním označením „GDPR“, a to konkrétně: „Ochrana fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů je základním právem.“⁶

Je tedy bez dalších pochyb zřejmé, že nejen právo na soukromí, ale i právo na ochranu osobních údajů je v rámci unijního *acquis* považováno za základní lidské právo a jako takové musí být v případě střetu s dalšími lidskými právy považováno. Přesto je třeba mít na paměti, jak už to u základních práv bývá, že právo na ochranu soukromí, ani právo na ochranu osobních údajů není právem absolutním.^{7, 8}

Evropská unie si uvědomuje extrémní důležitost sofistikované a komplexní ochrany osobních údajů nejen směrem k naplnění ochrany jednoho z moderních základních lidských práv, ale též k naplnění principu, na kterém je Evropská unie vystavena – volném pohybu osobních údajů.⁹ Trh s osobními údaji nabývá na čím dál větší síle a důležitosti¹⁰ a ne nadarmo se říká, že osobní údaje jsou již více cenné než ropa.¹¹ Je tedy nutné k osob-

² Listina základních práv Evropské unie, konsolidované znění z roku 2012 (2012/C 326/02), Úř. věst. 326/391, 26. 10. 2012, Článek 7 „Respektování soukromého a rodinného života“ a článek 8 „Ochrana osobních údajů“.

³ Evropská úmluva o ochraně lidských práv ve znění Protokolů č. 11 a 14 s Protokoly č. 1, 4, 6, 7, 12, 13 a 16.

⁴ Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 8. dubna 1992, C-62/90 *Komise v. Německo*, ECLI:EU:C:1992:169.

⁵ Např. rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 13. května 2014, C-131/12 *Google Spain SL, Google Inc. proti Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Coteja González*, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google v. Spain*), bod 80.

⁶ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů), Úř. věst. L 119/1, 4. 5. 2016, recitál č. 1. (dále jen jako „GDPR“).

⁷ *Ibidem*, recitál č. 4.

⁸ V judikatuře typicky obecně k tomu, že žádná základní práva, až na právo na život a zákaz mučení a nelidských či ponižujících trestů nebo zacházení, nejsou absolutní, uvádí autor tohoto pojednání rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 12. června 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge proti Rakouské republice*, ECLI:EU:C:2003:333, bod 80, konkrétně k neabsolutní povaze práva na soukromí a ochranu osobních údajů pak např. rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ze dne 9. listopadu 2010, C-92/09 a C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eifert proti Land Hessen za přítomnosti Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, bod 48.

⁹ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a výboru regionů, Komplexní přístup k ochraně osobních údajů v Evropské unii, KOM(2010) 609 v konečném znění, 4. 11. 2020, s. 2.

¹⁰ JOUROVÁ, V. *EU Data Protection Reform – What benefits for businesses in Europe?* Leden 2016. PDF dostupné z: doi:10.2838/1782.

¹¹ The world's most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*. 2017. Dostupné z: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>.

ním údajům přistupovat s náležitou péčí a trhu s tímto artiklem stanovit jasné regule.¹² Evropská unie se na tento trend snaží reagovat a zároveň držet krok s novými výzvami, jež skýtají nové platformy přenosu a ukládání osobních údajů, i když ne vždy se jí to daří.

2. Prst na tepu doby

Již v roce 2000 předložila Komise návrh směrnice o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací,¹³ která nabyla platnosti v roce 2002 (a dosud nepozbyla) a jejímž cílem bylo přizpůsobit ochranu osobních údajů tak, aby jim byla přiznána co největší ochrana na poli elektronických komunikací, a modernizovat tak principy a modely ochrany stanovené již směrnicí Evropského parlamentu a Rady 97/66/ES ze dne 15. prosince 1997 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví telekomunikací.¹⁴ Ostatně již v této směrnici bylo uvedeno, že: „[...] internet převrací tradiční struktury trhu tím, že poskytuje společnou, obecnou infrastrukturu pro široký okruh služeb elektronických komunikací. Veřejně dostupné služby elektronických komunikací prostřednictvím internetu otevírají uživatelům nové možnosti, ale zároveň vytvářejí i nová rizika pro jejich osobní údaje a soukromí“ (sic!).¹⁵

Ona snaha postavit se novým výzvám, jež nové technologie bezpochyby přináší, je (alespoň) na poli ochrany osobních údajů Evropské unii imanentní. Potřebu aktualizace rámce ochrany osobních údajů pocítila Komise již v roce 2009, kdy začala s rozsáhlými debatami a se zadáváním vypracování studií relevantních k dané problematice.¹⁶ V roce 2010 pak Komise prostřednictvím sdělení uvedla, že na základě již rok probíhajících diskusí a na základě závěrů z vypracovaných studií¹⁷ předloží v roce 2011 legislativní návrh, jež bude mít za cíl nahradit doposud platnou směrnicí o ochraně osobních údajů a postavit se tak výzvám souvisejícím s novými technologiemi.¹⁸ Komise již v tomto sdělení vyjádřila největší obavu nad tím, že: „Způsoby shromažďování osobních údajů jsou zároveň stále propracovanější a lze je hůře odhalit. Používání sofistikovaných nástrojů umožňuje hospodářským subjektům sledovat chování jednotlivců, a tak se lépe zaměřit na potenciální zákazníky. Rostoucí využívání postupů pro automatický sběr dat (například elektronický prodej jízdenek či výběr mytíneho) nebo geolokačních zařízení umožňuje snadněji zjistit polohu určité osoby jednoduše díky jejímu mobilnímu zařízení. Veřejné orgány také stále více využívají osobních údajů za různým účelem, mimo jiné k vyhledávání osob v případě prokuknutí přenosné choroby, pro předcházení terorismu a trestné činnosti a k účinnějšímu

¹² TRAKMAN, L. – WALTERS, R. – ZELLER, B. Trade in personal data: Extending international legal mechanisms to facilitate transnational trade in personal data? *European Data Protection Law Review*. 2020, roč. 6, č. 2, s. 243–258.

¹³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, COM(2000) 385 final – 2000/0189(COD), Úř. věst. C 365 E/223 ze dne 19. 12. 2000.

¹⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (směrnice o soukromí a elektronických komunikacích), Úř. věst. 13, sv. 29, respektive Úřední věstník evropských společenství L 201/37 ze dne 31. 7. 2002, bod odůvodnění č. 4.

¹⁵ Ibidem, bod odůvodnění č. 6.

¹⁶ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů, Komplexní přístup k ochraně osobních údajů v Evropské unii, KOM(2010) 609 v konečném znění, 4. 11. 2020, s. 3.

¹⁷ Např. Comparative study on different approaches to new privacy challenges in particular in the light of technological developments, vypracovaná na základě smlouvy č. JLS/2008/C4/011 – 30-CE-0219363/00-28, ze dne 20. ledna 2010.

¹⁸ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů, Komplexní přístup k ochraně osobních údajů v Evropské unii, KOM(2010) 609 v konečném znění, 4. 11. 2020, s. 2.

*boji proti nim, pro správu systémů sociálního zabezpečení nebo pro daňové účely, a to v rámci svých aplikací elektronické veřejné správy nebo jinak.*¹⁹

Ve výše uvedené citaci lze sledovat dvojí dimenzi možných nástrah nových technologií. Zaprvé je dle Komise nutná ochrana před soukromoprávními aktéry, společnostmi, jež využívají nové technologie ke sběru osobních údajů zákazníka k co největší personalizaci reklamy. Druhou rovinou je pak sběr dat veřejnoprávními aktéry, kteří získávají přístup k lokalizačním údajům, ať už za účelem vyhledávání osob s ohledem na veřejné zdraví, či jako prostředek ochrany před terorismem. Výše uvedené obavy Komise se později ukázaly jako oprávněné.

3. Soudní dvůr Evropské unie a moderní technologie

V době, kdy byla ještě platná směrnice o ochraně osobních údajů, se na výzvy moderních technologií promptně snažil reagovat i Soudní dvůr Evropské unie. Ten tak například musel stanovit, že uvedení odkazu na osoby identifikovatelné jménem nebo jinak je automatizovaným zpracováním osobních údajů.²⁰ Uveřejnění osobních údajů na internetu prostřednictvím serveru usazeném v členském státě tak, že k těmto údajům má přístup kdokoli na světě, není předáním údajů do třetí země.²¹

Osobní údaje by neměly být ve veřejně přístupném online rozhraní zpracovávány po nekonečně dlouhou dobu a měly by být selektovány tak, aby bylo užito jen naprosté minimum, a to i v poměru zásady transparentnosti při poskytování unijních dotací.²² Zpracováním osobních údajů je i tzv. automatizovaná indexace prováděná algoritmem internetového vyhledávače vedoucí k zobrazení výsledků vyhledávání v určitém pořadí.²³

Subjekty údajů mají právo být zapomenuty (právo na výmaz výsledků vyhledávání na základě jména osoby při splnění kritérií stanovených Soudním dvorem Evropské unie).²⁴ Právo být zapomenut bylo dalšími rozhodnutími dále vykládáno ve vztahu k obchodnímu rejstříku dostupnému na internetu, kde Soudní dvůr Evropské unie zdůraznil neabsolutní povahu tohoto práva a obecně práva na ochranu osobních údajů v poměru převládajícího veřejného zájmu.²⁵ S globálním rozsahem internetové sítě se musel Soudní dvůr Evropské unie vypořádat při posuzování extraterritoriálního účinku práva být zapomenut, přičemž jeho závěry v této věci jsou platné i pro hranice působnosti jiných práv spojených s ochranou osobních údajů. Soudní dvůr Evropské unie dochází k závěru, že v případě aplikace práva být zapomenut na doméně v daném členském státě je třeba vymazat výsledky vyhledávání ze všech mutací vyhledávače pro všechny členské státy.²⁶ Bylo též stanoveno, že sice neexistuje povinnost na unijní úrovni *per se*, dle které musí vyhledávač vymazat

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 6. listopadu 2003, C-101/01, *Bodil Linqvist*, ECLI:EU:C:2003:596, bod 27.

²¹ *Ibidem*, bod 71.

²² Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 9. listopadu 2010, C-92/09 a C 93/09, *Volker und Markus Schecke HbR*, ECLI:EU:C:2010:662, bod 85.

²³ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 13. května 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. proti Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317, bod 41.

²⁴ *Ibidem*, bod 85.

²⁵ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 9. března 2017, C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce proti Salvatore Mannimu*, ECLI:EU:C:2017:197, bod 43.

²⁶ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 24. září 2019, C-507/17, *Google LLC proti Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, ECLI:EU:C:2019:772, bod 66.

odkazy na výsledky pro uživatele i mimo Evropskou unii, zároveň ale není zakázáno, aby tuto povinnost po zohlednění všech podrobností daného případu stanovil dozorový orgán na poli ochrany osobních údajů nebo soud daného členského státu.²⁷

Výše uvedené závěry jen dokládají, že s novými technologiemi přicházejí nové výzvy, na které je nutné reagovat jak normotvorbou, tak judikurní činností, která typicky vyplňuje prázdna místa mezi již zastaralou právní úpravou, a ještě neplatnou novou, která má za cíl přinést změněnou a modernější podobou regulace.

Je nicméně možné, aby vůle normotvůrce nebyla ve výsledné regulaci podpořena testem proporcionality a v takovém případě je dokonce možné, aby Soudní dvůr Evropské unie takovou regulaci prohlásil za neplatnou.

4. Soukromí vs. bezpečí

Výše uvedené závěry Soudního dvora Evropské unie, jež reagovaly na technický pokrok, jsou více či méně zaměřeny na střet práva na ochranu osobních údajů, respektive práva na soukromí, a práva na svobodný přístup k informacím, respektive práva na svobodu slova. Problematika svobody slova ve střetu s právem na soukromí je imanentní rozvoji technologií.²⁸ Ostatně již v roce 1890 bylo v souvislosti s rozvojem „okamžitých fotografií“, rychlého tisku a distribuce tištěných periodik přemítáno nad nutností mít právo na soukromí a nad střetem se svobodou slova a právem na informace.²⁹ Ve zdrcující většině výše uvedených případů se jedná o regulaci (respektive narušení) práva na soukromí soukromými aktéry, ať už společnostmi za účelem nějakého zisku, nebo fyzickými osobami omezujícími soukromí jiných osob ne nutně za ekonomickým účelem. Postupem času se ale v rámci evropského prostoru vyjevila otázka nutnosti ochrany bezpečnosti, a to především v souvislosti s terorismem.³⁰

Státní orgány, jejichž cílem je právě zachování a obrana bezpečnosti, mají k dispozici více a více údajů z dříve nevidaných prostředků. Mezi takové údaje mimo jiné patří záznamy o telefonních hovorech, včetně mobilních čísel, polohy uživatele elektronických zařízení, jména a adresy, IP adresy³¹ apod. Tyto údaje primárně zpracovávají poskytovatelé služeb, ať už je to internetové připojení nebo mobilní operátor, za účelem bezpečnosti je ale nutné, aby k těmto údajům měly za určitých okolností přístup právě příslušné státní složky.

S vlnou teroristických útoků počátkem milénia³² začaly jednotlivé členské státy přijímat národní úpravy, jimiž operátorům (provozovatelům telekomunikačních služeb) stanovovaly povinnost uchovávat výše zmíněné údaje (lokalizační, tj. polohové a jiné provozní údaje – číslo volacího či vytáčeného, jejich jména atd. – souhrnně nazývané provozní

²⁷ Ibidem, bod 72.

²⁸ Např. The New Internet World – A Global Perspective on Freedom of expression, Privacy, Trust and Security Online, *The Global Information Technology Report 2010–2011*, World Economic Forum ve spolupráci s INSEAD a Oxford University.

²⁹ WARREN, S. D. – BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*. 1890, Vol. 4, No. 5.

³⁰ BIGNAMI, F. Privacy and law enforcement in the European Union: The data retention directive. *Chicago Journal of International Law*. 2007, roč. 8, č. 1, s. 238.

³¹ IP adresa byla označena za osobní údaj Soudním dvorem Evropské unie v rozsudku ze dne 19. října 2016 ve věci C-582/14, *Patrick Breyer proti Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2016:779, bod 49.

³² 11. září 2001 v New Yorku, 11. března 2004 v Madridu a 7. července 2005 v Londýně, srov. např. C-301/16, *Irsko v. Evropský parlament a Rada*, bod 36.

metadata).³³ Evropská unie vycítila potřebu harmonizace, protože rozličné národní úpravy jednotlivých členských států nikterak nenapomáhaly jak vnitřnímu trhu, tak ani nepodporovaly efektivní justiční spolupráci.³⁴

Reakcí na tyto výzvy ve smyslu uchovávání osobních údajů a předání těchto údajů vnitrostátním orgánům za účelem bezpečnosti (tj. předcházení, vyšetřování, odhalování a stíhání trestných činů) byla tzv. „směrnice o uchovávání údajů“ (nebo též pod anglickým názvem „*Data Retention Directive*“).³⁵ Cíl směrnice o uchovávání údajů byl alespoň na první pohled jasný, rámcově sjednotit přístup jednotlivých členských států s ohledem na „*povinnosti poskytovatelů uchovávat určité údaje a zajistit jejich dostupnost pro účely vyšetřování, odhalování a stíhání závažných trestných činů, jak jsou vymezeny každým členským státem [...]*“.³⁶

5. Legální základ směrnice o uchovávání údajů; Irsko v. parlament a Rada

Jednou z překážek zákonodárského procesu přijetí směrnice o uchovávání údajů byl nicméně fakt, že nebylo na první pohled zřejmé, zda se má vůbec přijímat směrnice v rámci prvního pilíře s ohledem na to, že harmonizuje i takové zacházení s osobními údaji, které posílí jednotný trh, nebo rámcové rozhodnutí v rámci pilíře třetího, protože směrnice měla (ve smyslu měla mít) za úkol posílit justiční spolupráci.³⁷

Původně bylo navrženo Francií, Irskem, Švédskem a Spojeným královstvím přijmout Radou rámcové rozhodnutí jakožto návrh v mezích třetího pilíře. Právní služby Komise a Rady ale došly k závěru, že má být přijímána směrnice v intencích pilíře prvního, a to z důvodu, že předchozí úprava zabývající se uchováváním dat (a obecně osobními údaji) už byla přijata postupem předvídaným prvním pilířem a s ohledem na vliv připravované směrnice na vnitřní trh.^{38, 39} S ohledem na to, že pro přijetí rámcového rozhodnutí postupem pro třetí pilíř byla nutná jednomyslnost v Radě, které nebylo dosaženo, byl návrh států stažen.⁴⁰

V návaznosti na to byl Komisi předložen návrh směrnice o uchovávání údajů jako návrh v mezích prvního pilíře a takto byla směrnice nakonec i přijata (tj. spolumozhodovacím

³³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/24/ES ze dne 15. března 2006 o uchovávání údajů vytvářených nebo zpracovávaných v souvislosti s poskytováním veřejně dostupných služeb elektronických komunikací nebo veřejných komunikačních sítí a o změně směrnice 200/58/ES, Úř. věst. L 105/54 ze dne 13. 4. 2006 (v poznámkách pod čarou a při citaci dále jen „*Data Retention Directive*“), bod 9, bod 17 bod 22 odůvodnění.

³⁴ BIGNAMI, F. Privacy and law enforcement in the European Union: The data retention directive. *Chicago Journal of International Law*. 2007, Vol. 8, No. 1, s. 239.

³⁵ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/24/ES.

³⁶ *Ibidem*, bod 21 odůvodnění.

³⁷ FLYNN, C. Data retention, the separation of power in the EU and the right to privacy: a critical analysis of the legal validity of the 2006 directive on the retention of data. *University College Dublin Law Review*. 2008, roč. 8, s. 1–25.

³⁸ *Ibidem*, s. 4.

³⁹ Argumentace právních služeb byla založena na bývalém článku 47 (nynějším 40) Smlouvy o Evropské unii: „Provádění společné zahraniční a bezpečnostní politiky se nedotýká uplatňování postupů a rozsahu pravomocí orgánů, které Smlouvy stanoví pro výkon pravomocí Unie uvedených v člincích 3 až 6 Smlouvy o fungování Evropské unie. Stejně tak se provádění politik uvedených v daných člincích nedotýká uplatňování postupů a rozsahu pravomocí orgánů, které Smlouvy stanoví pro výkon pravomocí Unie podle této kapitoly.“ Bylo totiž řečeno, že plánovaná směrnice o uchovávání údajů rozvádí zmocnění již dané čl. 15 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích, což by nebylo možné přijetím v mezích třetího pilíře právě s ohledem na tehdejší čl. 47 Smlouvy o Evropské unii.

⁴⁰ FLYNN, C. Data retention, the separation of power in the EU and the right to privacy: a critical analysis of the legal validity of the 2006 directive on the retention of data. *University College Dublin Law Review*. 2008, roč. 8, s. 1–25.

postupem se stanoviskem Evropského parlamentu a kvalifikovanou většinou v Radě).⁴¹ Takový postup měl ale nakonec i politické důsledky, když některé státy vnímaly s nevolí užití prvního pilíře, tedy komunitární úrovně tehdejšího společenství, k zásahu do politik zahrnutých to pilíře třetího (jehož „výsostným pánem“ byly státy samotné).⁴²

Přijetí směrnice o uchovávání údajů v režimu prvního pilíře tak každopádně vynechalo z působnosti směrnice dříve tak kýženou harmonizační úpravu justiční spolupráce na poli předávání dotčených údajů v trestních věcech a směrnice se omezila v podstatě jen na regulaci soukromých subjektů.⁴³

Uvedený politický spor vyústil podáním žaloby na neplatnost přijaté směrnice o uchovávání údajů vládou Irsku za podpory Slovenské republiky.⁴⁴ Nosným argumentem žaloby bylo, že směrnice byla přijata dle čl. 95 Smlouvy o Evropském společenství, na jehož základě lze přijímat opatření, jejichž cílem je: „Sbližování vnitrostátních právních předpisů za účelem zlepšení fungování vnitřního trhu.“ Přitom ale hlavním cílem směrnice o uchovávání údajů měl být boj proti trestné činnosti.⁴⁵

Slovenská republika, za jejíž podpory byla žaloba Irskem podána, argumentovala, že směrnice o uchovávání údajů zasahuje do soukromí jednotlivých osob tak závažným způsobem (tj. flagrantně narušuje čl. 8 EÚLP), že nebylo možné tento zásah odůvodnit hospodářskými cíli, ale pouze bojem s trestnou činností a terorismem. Z tohoto důvodu bylo vhodné (ne-li nutné), aby taková úprava byla přijata jednomyslně a mimo rámec tehdejšího společenství (mimo rámec prvního pilíře).⁴⁶

Soudní dvůr Evropské unie konstatoval, že dle odůvodnění přijaté směrnice o uchovávání údajů bylo jedním ze stěžejních cílů harmonizovat úpravy jednotlivých členských států právě na poli uchovávání a vyžádání si lokalizačních a provozních údajů. Dříve přijaté právní úpravy jednotlivými členskými státy na základě zmocnění v čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronické komunikaci se natolik lišily, že byly způsobilé narušit jednotný trh. K takové harmonizaci pak bylo vhodné přijmout opatření dle čl. 95 Smlouvy o Evropském společenství.⁴⁷

Soudní dvůr se dále ztotožnil s argumentem právních služeb Komise a Rady založeném na čl. 47 (nyní čl. 40) Smlouvy o Evropské unii, o němž autor podrobněji psal v poznámce pod čarou 39 tohoto pojednání.⁴⁸ Na základě výše uvedeného pak Soudní dvůr Evropské unie uzavřel, že směrnice o uchovávání údajů byla přijata správným legislativním postupem založeným na jediném možném legislativním základu.⁴⁹

Nutno podotknout, že Soudní dvůr Evropské unie se v předešlém rozhodnutí nezabýval slučitelností samotného obsahu směrnice o uchovávání údajů s unijním právem (respektive lidskými právy), což se mělo ale brzy změnit.

⁴¹ Dá se říci, že Komise vypracovala návrh směrnice už během projednávání rámcového rozhodnutí, načež státy v Radě se rozhodly nepokračovat v projednávání rámcového rozhodnutí (i na základě stanoviska právních služeb) a spíše přikročit k procesu projednávání návrhu směrnice předloženého Komisí.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ GALLI, F. Digital Rights Ireland as an opportunity to foster desirable approximation of data retention provisions. *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*. 2016, roč. 23, č. 3, s. 460–477.

⁴⁴ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. února 2009, C-301/06, *Irsko v. Evropský parlament a Rada Evropské unie*, ECLI:EU:C:2009:68.

⁴⁵ *Ibidem*, bod 30.

⁴⁶ *Ibidem*, bod 34.

⁴⁷ *Ibidem*, body 61–73.

⁴⁸ *Ibidem*, body 75–83.

⁴⁹ *Ibidem*, bod 93.

6. Směrnice o uchovávání údajů a test proporcionality; Digital Rights Ireland

Je nutné zmínit, že směrnice o uchovávání údajů stanovila přímo povinnost, na rozdíl od pouhého zmocnění ve směrnici o soukromí a elektronických komunikacích,⁵⁰ ukládat provozní a lokalizační údaje.⁵¹ Naopak dokonce směrnice o soukromí a elektronických komunikacích obsahovala diametrálně odlišnou úpravu, když stanovovala „*důvěrný charakter sdělení a provozních údajů, jakož i povinnost vymazat nebo anonymizovat tyto údaje. Nejsou-li již potřebné pro přenos sdělení, s výjimkou případu, kdy jsou potřebné pro vyúčtování a pouze po dobu, kdy tato potřeba přetrvává.*“⁵² Právě ona povinnost uchovávat provozní a lokalizační údaje po stanovenou dobu minimálního trvání šesti měsíců vyvolávala od samého počátku určité rozpaky.⁵³

Stanovení takové povinnosti se nezamlouvalo mnoha organizacím zabývajícím se soukromím osob v digitálním světě. Jedna z těchto organizací – *Digital Rights Ireland* – se tak rozhodla vykonstruovat proces, jehož cílem bylo napadnout uchovávání lokalizačních a provozních údajů na základě směrnice o uchovávání údajů. *Digital Rights Ireland* tak podala žalobu k irským soudům, přičemž tvrdila, že vlastní mobilní telefon, který používá. Poskytovatel služeb telefonické komunikace musí na základě zákona, jímž byla provedena směrnice o uchovávání údajů, po dobu stanovenou zákonem uchovávat provozní a lokalizační údaje o komunikacích pro účely předcházení, odhalování, vyšetřování a stíhání trestných činů, jakož i pro účely zajišťování bezpečnosti státu.⁵⁴ Taková povinnost zasahuje *Digital Rights Ireland* do práva na soukromí, a proto se organizace dožadovala zrušení prováděcího zákona, potažmo směrnice o uchovávání údajů jako takové.

Se stejným požadavkem se ve stejnou dobu obrátilo na rakouskou soudní soustavu 11 131 stěžovatelů, přičemž oba případy skončily jako předběžná otázka před Soudním dvorem Evropské unie, který dané věci spojil v jedno řízení,⁵⁵ jež vyústilo v rozsudek ve věci pod populárním zkráceným názvem *Digital Rights Ireland*.

Je nepochybné, že uchovávání údajů ve smyslu směrnice o uchovávání údajů zasahuje do soukromého života a zároveň je zpracováním osobních údajů.⁵⁶ S ohledem na to musí být tento zásah odůvodněný (tj. odpovídat cíli obecného zájmu), stanovený zákonem, musí respektovat podstatu omezených práv a být v souladu s testem proporcionality dle čl. 52 odst. 1 Listiny základních práv EU.⁵⁷

Dle Soudního dvora Evropské unie nedochází k popření samotné podstaty práva na soukromí a ochranu osobních údajů, protože směrnice o uchovávání údajů neumožňuje nikomu seznámit se přímo s obsahem komunikace dotčených subjektů a zároveň stanovu-

⁵⁰ Stanovisko Evropského inspektora ochrany osobních údajů k návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o uchovávání údajů zpracovaných v souvislosti s poskytováním veřejných služeb elektronických komunikací, kterou se mění směrnice 200/58/ES (KOM(2005) 438 v konečném znění, Úř. věst. C 298/1 ze dne 29. 11. 2005 (dále jen jako „Stanovisko inspektora k Data Retention Directive“).

⁵¹ Směrnice o uchovávání údajů, čl. 6 a 5.

⁵² Rozsudek soudního dvora Evropské unie ze dne 8. dubna 2014, C-293/12 a C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, ECLI: EU:C:2014:238, bod 32.

⁵³ Např. Stanovisko inspektora k Data Retention Directive, bod 22; Article 29 Data Protection Working Party Opinion 9/2004 (11885/04/EN).

⁵⁴ Rozsudek soudního dvora Evropské unie ze dne 8. dubna 2014, C-293/12 a C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, ECLI: EU:C:2014:238, bod 17.

⁵⁵ *Ibidem*, bod 19.

⁵⁶ *Ibidem*, bod 29, 34, 35 a 36.

⁵⁷ *Ibidem*, bod 38.

je pro poskytovatele služeb povinnost dodržovat základní zásady ochrany osobních údajů (povinnost mít taková technická a organizační opatření, aby bylo zamezeno náhodnému nebo neoprávněnému zničení, ztrátě či pozměnění údajů).^{58, 59}

Cíl obecného zájmu směrnice o uchovávání údajů taktéž naplňovala. Uchovávání údajů bylo stanoveno pro boj s mezinárodním terorismem, zachování mezinárodního míru a bezpečnosti, což samo o sobě je dle judikatury Soudního dvora Evropské unie obecným zájmem. Navíc takový obecný zájem spadá pod právo na osobní bezpečnost ve smyslu čl. 6 Listiny základních práv EU.⁶⁰

Ve vztahu k výše uvedenému bylo nutné testem proporcionality poměřit přiměřenost a nezbytnost zásahu do základních práv na soukromí a ochranu osobních údajů vzhledem k výše uvedenému cíli směrnice o uchovávání údajů. Je konstatováno, že uchovávání daných údajů určených ve směrnici o uchovávání údajů je způsobilé k naplnění předeslaného cíle.⁶¹

První zádrhel nastává v případě posouzení nezbytnosti uchovávání daných údajů stanoveného počtu subjektů dle směrnice o uchovávání údajů. Ustálená judikatura Soudního dvora Evropské unie přitom praví, že při zásahu do soukromí a práva na ochranu osobních údajů musí být zásah (výjimka z práva na soukromí a ochranu osobních údajů) omezen na to, co je pro splnění určeného cíle naprosto nezbytné.⁶² V daném případě je však stanovena povinnost uchovávat veškeré provozní údaje jakýmkoli způsobem související s pevnou, mobilní či internetovou telefonní sítí, připojením k internetu a internetové elektronické pošty.⁶³ Zároveň se uchovávání provozních údajů ze všech výše uvedených zdrojů elektronické komunikace vztahuje na všechny uživatele, a to bez jakéhokoli rozlišovacího klíče, přičemž rozlišovací klíč není stanoven ani pro uchovávání samotných provozních údajů. Jinými slovy je stanovena povinnost uchovávat většinu provozních údajů, z více-méně všech zdrojů elektronické komunikace, všech uživatelů bez jakéhokoli rozdílu.⁶⁴

Velice vágní se zdá Soudnímu dvoru Evropské unie i stanovení pravidel pro přístup osob k uchovávaným údajům. Především směrnice o uchovávání údajů nestanovovala objektivní kritéria, komu a za jakým účelem je možné údaje poskytnout, natož aby byl stanoven mechanismus přezkumu oprávněnosti přístupu k takto uchovávaným údajům.⁶⁵

V poslední řadě bylo Soudním dvorem Evropské unie předpisu vytčeno, že doba uchovávání je směrnici o uchovávání údajů stanovena na minimálně 6 měsíců a maximálně 24 měsíců. Přitom ale není stanoveno žádné východisko pro určení doby uchovávání, není rozlišeno mezi jednotlivými uchovávanými údaji, a tak je doba uchovávání bez jakýchkoli vodítek plně na členských státech, respektive na samotných poskytovatelích služeb elektronických komunikací.⁶⁶

⁵⁸ *Ibidem*, bod 39–40.

⁵⁹ Nutno nicméně podotknout, že v tomtéž rozsudku Soudní dvůr Evropské unie v posledních závěrečných bodech (66, 67 a 68) výtýká unijnímu normotvůrci, že ve směrnici o uchovávání údajů nejsou stanoveny dostatečné bezpečnostní záruky (ani nerozlišuje mezi citlivými a „regulárními“ osobními údaji), když není zaručeno, že poskytovatelé služeb elektronických komunikací skutečně přijmou dostatečná technická a organizační opatření a navíc je umožněno při určení uplatňované úrovně bezpečnosti zohlednit poskytovatelům ekonomická hlediska.

⁶⁰ *Ibidem*, bod 41–44.

⁶¹ *Ibidem*, bod 49.

⁶² Rozsudek soudního dvora Evropské unie ze dne 7. 11. 2013, C-473/12, *Institut professionnel des agents immobiliers (IPI), proti Geoffreji Englebertovi, Immo 9 SPRL, Grégorymu Francotteovi*, ECLI:EU:C:2013:715, bod 39.

⁶³ Rozsudek soudního dvora Evropské unie ze dne 8. dubna 2014, C-293/12 a C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, bod 56.

⁶⁴ *Ibidem*, bod 56–60.

⁶⁵ *Ibidem*, bod 60–62.

⁶⁶ *Ibidem*, bod 63–63.

Shrnutu podtrženo, Soudní dvůr Evropské unie kvituje snahu evropského normotvůrce s ohledem na harmonizaci přístupu členských států k předcházení mezinárodnímu terorismu, či jiných trestných činů ohrožující veřejnou bezpečnost, jedná se o cíl obecného zájmu. Zároveň nebyla popřena samotná podstata práva na soukromí a ochranu osobních údajů, protože nebylo umožněno seznámit se s obsahem dotčené komunikace. Taktéž bylo konstatováno, že určená povinnost uchovávat provozní data může naplnit výše uvedený cíl obecného zájmu. Směrnice o uchovávání údajů ale nemohla projít testem proporcionality, protože stanovovala tak široké mantinely a natolik rozostřené (nebo dokonce žádné) ukazatele, že nenaplnovala požadavek nezbytně nutného (ve smyslu minimalizovaného) zásahu do dotčených základních práv.

Byť byla směrnice o uchovávání údajů Soudním dvorem Evropské unie prohlášena za neplatnou, nemělo to přímý dopad na transponovanou úpravu do legislativy jednotlivých členských států.⁶⁷ Členské státy nadto samy nebyly jednotné v otázce, jaký dosah rozsudek ve věci má na jednotlivé národní úpravy vůbec mít.⁶⁸

7. Otázkou je jak?

Členské státy sice byly zmocněny (ve smyslu bylo jim unijním normotvůrcem *umožněno* – tj. oproti směrnici o uchovávání údajů, která k uchovávání osobních údajů stanovovala sama přímo povinnost) k národním úpravám omezujícím právo na soukromí a ochranu osobních údajů ve vztahu k elektronickým komunikacím článkem 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích, ale rozsah tohoto zmocnění byl více či méně nejasný a úprava stále musí reflektovat mantinely vytyčené Soudním dvorem Evropské unie.⁶⁹ Vnitrostátní úprava ve smyslu čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích může být odůvodněna pouze pro zajištění národní bezpečnosti, obrany, veřejné bezpečnosti a pro prevenci, vyšetřování, odhalování a stíhání trestných činů nebo neoprávněného použití elektronického komunikačního systému, a navíc musí být v demokratické společnosti nezbytná, přiměřená a úměrná výše uvedeným cílům.⁷⁰

Státy si v podstatě s rozsudkem ve věci *Digital Rights Ireland* nebyly s to poradit.⁷¹ Rozpaky z důsledků rozsudku *Digital Rights Ireland* lze demonstrovat dvěma případy, které následně vyústily v případ před Soudním dvorem Evropské unie známým pod populárním názvem *Tele2 Sverige*.

Po rozsudku ve věci *Digital Rights Ireland* odmítala švédská telekomunikační společnost Tele2 Sverige nadále uchovávat údaje elektronických komunikací a ta data, která uchovávala k danému datu, vymazala. Důsledkem bylo, že Tele2 Sverige přestala dodávat dané údaje švédské policii, což vyústilo ve správní stížnost švédského policejního

⁶⁷ SMEJKAL, V. *Kybernetická kriminalita*. 2. rozšířené a aktualizované vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2018, s. 324.

⁶⁸ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 21. 12. 2016, C-203/15 a C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, ECLI:EU:C:2016:970, bod 63.

⁶⁹ RAUHOFER, J. – SITHIGH, D. The Data Retention Directive Never Existed. *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society*. 2014, roč. 11, č. 1, s. 127.

⁷⁰ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. 7. 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací Úř. věst. 13, sv. 29, respektive Úřední věstník evropských společenství L 201/37 ze dne 31. 7. 2002, čl. 15 odst. 1.

⁷¹ GALLI, F. Digital Rights Ireland as an opportunity to foster desirable approximation of data retention provisions. *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*. 2016, roč. 23, č. 3, s. 460–477.

ředitelství, které rozsudek ve věci *Digital Rights Ireland* interpretovalo odlišně. Švédskou soudní soustavou se pak případ dostal před Soudní dvůr Evropské unie.⁷²

Věc byla spojena společně s předběžnou otázkou položenou britskými vrcholnými soudy v případě, kdy se stěžovatelé domáhali zrušení ustanovení zákona, jež je dle nich po vynesení rozsudku ve věci *Digital Rights Ireland* v opozici vůči článku 8 EÚLP.⁷³

V roce 2016 se tak Soudní dvůr Evropské unie zabýval poprvé po zrušení směrnice o uchovávání údajů souladem vnitrostátní úpravy s čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích ve světle podmínek stanovených rozsudkem ve věci *Digital Rights Ireland*.

V prvé řadě se Soudní dvůr Evropské unie musel vypořádat s otázkou, zda dotčená úprava členských států spadá pod rámec unijního práva s ohledem na úpravu v čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích. Tato otázka je více či méně odrazovým můstkem pro posouzení souladu vnitrostátních úprav s ohledem na možná porušení základních práv Evropské unie vzhledem k tomu, že Listina základních práv Evropské unie a základní práva v ní obsažená musí být naplněna orgány členských států pouze při uplatňování unijního práva.⁷⁴

Soudní dvůr Evropské unie systematickým a teleologickým výkladem dochází k celkem jednoznačnému závěru, že úprava v právních rádech členských států, jež stanovuje povinnost uchovávat lokalizační údaje, spadá pod rámec směrnice o soukromí a elektronických komunikacích, protože při uchovávání lokalizačních a provozních údajů dochází ke zpracování osobních údajů. Stejně tak spadá pod právní rámec směrnice o soukromí a elektronických komunikacích „*legislativní rámec [...] přístupu vnitrostátních orgánů k údajům uchovávaným poskytovateli služeb elektronických komunikací*“.⁷⁵ To s ohledem na fakt, že přístupem k uchovávaným údajům je zasaženo do soukromí a práva na ochranu osobních údajů subjektů.

S ohledem na výše vymezený závěr může Soudní dvůr Evropské unie přikročit k posouzení vnitrostátních úprav s ohledem na principy a rámec směrnice o soukromí a elektronické komunikaci, a především pak s ohledem na čl. 15 odst.1 předmětné směrnice. V rozsudku je potvrzeno, že čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích opravňuje členské státy k zavedení takových legislativních výjimek, které stanovují poskytovatelům služeb elektronických komunikací povinnost uchovávat provozní a lokalizační údaje a umožnit k nim přístup státním orgánům s ohledem na předcházení či vyšetřování trestné činnosti. Nicméně takové výjimky musí být s ohledem na smysl unijní úpravy omezeny na „*v demokratické společnosti nezbytné, vhodné a přiměřené*“.⁷⁶ Takové požadavky odpovídají požadavkům testu proporcionality,⁷⁷ který byl použit i v rozsudku ve věci *Digital Rights Ireland*.

S ohledem na to, že Soudním dvorem Evropské unie v předmětném případě projednávané úpravy členských států stanovovaly plošnou a nerozlišovací povinnost pro uchová-

⁷² Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 21. 12. 2016, C-203/15 a C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, ECLI:EU:C:2016:970, body 44–51.

⁷³ *Ibidem*, body 52–59.

⁷⁴ Listina základních práv Evropské unie, konsolidované znění z roku 2012 (2012/C 326/02), Úř. věst. 326/391, 26. 10. 2012, Článek 51 odst. 1 „Oblast použití“.

⁷⁵ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 21. 12. 2016, C-203/15 a C-698/15, *Tele2 Sverige AB*, ECLI:EU:C:2016:970, bod 75 a 76.

⁷⁶ *Ibidem*, bod 95.

⁷⁷ *Ibidem*.

vání veškerých lokalizačních a provozních údajů všech účastníků a registrovaných uživatelů, jež se vztahovala na veškeré prostředky elektronické komunikace,⁷⁸ postupoval dále Soudní dvůr Evropské unie v podstatě stejně, jako při výkladu směrnice o uchovávání údajů. Dochází tedy k dílčímu závěru, že byť podle čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích povoluje stanovit členským státům výjimku z předmětné úpravy dotčené směrnice, projednávanou vnitrostátní úpravou je spíše stanoveno pravidlo, které popírá smysl a význam výjimky uvedené v čl. 15 odst. 1 (tj. čl. 15 odst. 1 stanovuje výjimku z pravidla, přičemž členské státy z této výjimky stanovují pravidlo sobě vlastní, které v důsledku charakter výjimky popírá).⁷⁹

Z výše uvedeného Soudní dvůr Evropské unie dovozuje, že taková vnitrostátní úprava, která za účelem boje proti trestné činnosti stanovuje plošné a nerozlišující uchovávání veškerých provozních a lokalizačních údajů všech účastníků a registrovaných uživatelů, které se vztahuje na veškeré prostředky elektronické komunikace, není v souladu s čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích, ani s čl. 7, 8, 11 a čl. 52 odst. 1 Listiny základních práv Evropské unie.⁸⁰

Soudní dvůr Evropské unie dále stanovuje, že je nutné, aby přístup příslušných vnitrostátních orgánů k uchovávaným údajům byl řádně odůvodněn, podléhal předchozímu přezkumu ze strany soudů nebo nezávislých správních orgánů a aby takové orgány rozhodovaly na základě odůvodněné žádosti příslušných orgánů, které mají umožněn přístup k uchovávaným údajům.⁸¹ Příslušné orgány navíc musejí vždy upozornit dotčené osoby, že mají přístup k jejich uchovávaným údajům, a to ve chvíli, kdy toto sdělení nemůže již ohrozit probíhající vyšetřování.⁸² Závěrem Soudní dvůr Evropské unie podotýká, že přístup k uchovávaným údajům může být pouze za účelem v limitech čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích, tj. za účelem boje proti závažné trestné činnosti a s ohledem na bezpečnost uchovávání údajů, včetně organizačních a technických opatření. Zároveň musí být zajištěno uchovávání dotčených údajů na území Evropské unie tak, aby bylo možné nad nimi efektivně vykonávat dohled ze strany nezávislých orgánů členských států.⁸³

Necelý rok po vydání rozsudku ve věci *Tele2 Sverige* provedl Eurojust šetření ohledně opatření jednotlivých členských států přijatých ve světle výše uvedeného. Na základě šetření vydal Eurojust report, z kterého je patrné, že většina členských států výše uvedená rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie reflektovala pouze minimálně.⁸⁴

Především většina členských států při šetření uvedla, že dotčená vnitrostátní právní úprava neobsahuje cílené požadavky na uchovávání dat uživatelů nebo prostředků komunikace, ergo je stále požadováno nerozlišující, celoplošné uchovávání všech lokalizačních a provozních údajů všech uživatelů veškerých komunikačních prostředků.⁸⁵ Žádný

⁷⁸ *Ibidem*, bod 97.

⁷⁹ *Ibidem*, bod 104.

⁸⁰ *Ibidem*, bod 112.

⁸¹ *Ibidem*, bod 120.

⁸² *Ibidem*, bod 121.

⁸³ *Ibidem*, bod 125.

⁸⁴ EU: Member State data retention regimes – what's changed? The answer is very little, publikováno dne 20. 11. 2017 [cit. 2021-03-14]. Dostupné z: <<https://www.statewatch.org/news/2017/november/eu-member-state-data-retention-regimes-what-s-changed-the-answer-is-very-little/>>.

⁸⁵ Report of Eurojust on data retention regimes in Europe in light of the CJEU ruling of 21 December 2016 in Joined Cases C-203/15 and C-698/15, dokument č. 10098/17, ze dne 6. listopadu 2017, s. 7.

ze členských států, které v daném šetření odpovídaly, nicméně nemá takovou národní legislativu, která by stanovovala povinnost uchovávání lokalizačních a provozních údajů pouze cíleně s ohledem na konkrétní osoby a určitou lokalitu.^{86, 87}

Některé státy uvedly (Rakousko, Holandsko, Rumunsko, Slovinsko a Slovensko), že již v souladu s rozsudkem ve věci *Digital Rights Ireland* jejich ústavní soudy zrušily národní úpravy stanovující nerozlišující povinnost uchovávání osobních údajů pro předcházení závažné trestné činnosti. V této souvislosti pak přijaly národní úpravu, která umožňovala příslušným orgánům vyžádat taková data od provozovatelů služeb elektronických komunikací, která tito provozovatelé uchovávali pro soukromé účely v souladu s platnou právní úpravou.⁸⁸ Slovensko nadto do legislativy zavedlo tzv. *data freezing*, to je uchovávání údajů o určité osobě do budoucna s ohledem na důvodné podezření příslušného orgánu s ohledem na (možnost) páchaní trestné činnosti dotčeným subjektem.⁸⁹

Zpráva Eurojustu uzavírá, že jednotlivé úpravy v členských státech jsou v režimu přezkoumávání, nebo již byly v návaznosti na judikaturu Soudního dvora Evropské unie určitým způsobem změněny (buť ne tak, aby byly plně kompatibilní; viz výše) nebo jsou předmětem probíhajícího soudního přezkumu vrcholných soudů jednotlivých členských států.⁹⁰

8. Další upřesnění přípustnosti uchovávání údajů ve věci *Ministerio fiscal* a ve věci *Privacy International*

Své závěry Soudní dvůr Evropské unie znovu potvrdil v roce 2018 (ve věci zkráceně *Ministerio fiscal*)⁹¹ a zároveň svůj výklad čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích upřesnil v tom smyslu, že orgán činný v trestním řízení může požádat soud, aby stanovil provozovatelům služeb elektronické komunikace povinnost vydat takové provozní údaje, které mohou identifikovat držitele karty SIM v kradeném mobilu.⁹² Dle Soudního dvora Evropské unie není v takovém případě nutné, aby byl trestný čin kvalifikován jako „závažný“, protože za „závažný“ nelze ani považovat takový zásah do soukromí a práva na ochranu osobních údajů.⁹³

Přes všechno výše uvedené (především s ohledem na rozsudek ve věci *Tele2 Sverige*) se nicméně Soudní dvůr Evropské unie opět musel vyslovit k posouzení úpravy členských států ukládající plošné nerozlišující ukládání provozních a lokalizačních osobních údajů a zda vůbec taková úprava, s ohledem na účel národní bezpečnosti, spadá pod čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích.

Ve věci C-623/17 (zkráceně *Privacy International*) některé členské státy (Švédsko, Spojené království, Česká republika, Irsko, Estonsko, Francie, Kypr, Maďarsko a Polsko) tvrdily, že národní úprava umožňující bezpečnostním a zpravodajským službám vyžádat si provozní a lokalizační údaje od provozovatelů služeb elektronických komunikací za účelem

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Slovensko se nicméně k danému přiblížilo svou úpravu tzv. *data freezing*, srov. níže.

⁸⁸ Report of Eurojust on data retention regimes in Europe in light of the CJEU ruling of 21 December 2016 in Joined Cases C-203/15 and C-698/15, dokument č. 10098/17, ze dne 6. listopadu 2017, s. 7.

⁸⁹ SMEJKAL, V. *Kybernetická kriminalita*, s. 326.

⁹⁰ Ibidem, s. 13.

⁹¹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 2. 10. 2018, C-207/16, ve věci *Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2018:788, bod 37.

⁹² Ibidem, bod 63.

⁹³ Ibidem, bod 62.

národní bezpečnosti nespadá do oblasti působnosti evropského práva s ohledem na čl. 4 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii.⁹⁴

Soudní dvůr Evropské unie v prvé řadě připomíná, že dle ustálené judikatury pouhá skutečnost, že je určité opatření členského státu přijato za účelem zajištění vnitřní a vnější bezpečnosti tohoto členského státu, nezbujuje členské státy povinnosti dodržovat mantinely dané právem Evropské unie a zprostit se tak eurokonformní odpovědnosti.⁹⁵ Soudní dvůr Evropské unie pak s odkazem na své předchozí závěry ve spojených věcech C-203/15 a C-698/15 (*Tele2 Sverige a Watson*) ve spojení s čl. 23 odst. 1 písm. d) a h) GDPR uzavírá, že „vnitrostátní právní úprava, která státnímu orgánu umožňuje uložit poskytovatelům služeb elektronických komunikací povinnost předávat bezpečnostním a zpravodajským službám – pro účely zajištění národní bezpečnosti – provozní a lokalizační údaje, spadá do oblasti působnosti této směrnice“ (směrnice o soukromí a elektronických komunikacích).⁹⁶

V předmětném případě pak nebylo posuzováno, zda je v souladu s čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích taková národní úprava, která přímo ukládá povinnost plošného a nerozlišujícího ukládání provozních a lokalizačních údajů, ale úprava, která umožňuje orgánům členských států uložit *ad hoc* povinnost k takovému ukládání (plošnému a nerozlišujícímu s cílem národní bezpečnosti).⁹⁷

Soudní dvůr Evropské unie v podstatě jen opakuje ustálené závěry z rozsudků ve věcech *Digital Rights Ireland*, *Tele2 Sverige a Watson*. Posuzovaná pravomoc orgánů členských států je výjimkou ze zásady důvěrnosti a jako taková musí splňovat požadavky nezbytné nutnosti, legitimního cíle a testu proporcionality. Pokud může orgán vyžádat od provozovatele služeb elektronických komunikací jakékoli provozní či lokalizační údaje od všech uživatelů těchto služeb, a to bez jakéhokoli rozlišovacího hlediska, je tento zásah do základních práv na soukromí a práva na ochranu osobních údajů příliš extenzivní. Ergo kladívko taková národní úprava není v souladu s čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích.⁹⁸

9. Poslední v řadě – La Quadrature du Net

V den vynesení rozsudku ve věci *Privacy International* byl vynesena rozsudek ve spojených věcech C-511/18, C-512/18 a C-520/18 (zkráceně ve věci *La Quadrature du Net*), který opět potvrdil ustálené závěry Soudního dvora Evropské unie a poskytl další vodítka pro výklad národních úprav s ohledem na ukládání provozních a lokalizačních údajů a přístupu k nim.⁹⁹

V rozsudku ve věci *La Quadrature du Net* Soudní dvůr Evropské unie velice extenzivně posoudil (v celých 229 bodech rozsudku) možná prolomení zákazu plošného a nerozlišujícího uchovávání lokalizačních a provozních údajů a poskytl tak dle autora tohoto příspěvku již velmi komplexní návod pro možné úpravy vnitrostátních právních řádů

⁹⁴ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 6. 10. 2020, C-623/17, *Privacy International proti Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs a dalším*, ECLI:EU:C:2020:790, bod 32 a 33.

⁹⁵ *Ibidem*, bod 44.

⁹⁶ *Ibidem*, bod 48 a 49.

⁹⁷ *Ibidem*, bod 50.

⁹⁸ *Ibidem*, body 66–82.

⁹⁹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 6. 10. 2020, C-511/18, C-512/18 a C-520/18, *La Quadrature du Net (C-511/18 a C-512/18) a dalším*, ECLI:EU:C:2020:791.

jednotlivými členskými státy. Bylo sice opět zopakováno, že opatření členských států stanovující plošné a nerozlišující uchovávání provozních a lokalizačních údajů není možné, nicméně lze taková opatření zavést v poměrně jasně vymezených mutacích.¹⁰⁰ Autor tohoto příspěvku si neklade za cíl předložit čtenáři úplný a vyčerpávající seznam možných výjimek, přesto je pro demonstraci vhodné uvést některé národní úpravy považované Soudním dvorem Evropské unie za přípustné.

V souladu s čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích je tak přípustná úprava členského státu, která umožňuje přikázat s cílem národní bezpečnosti plošné a nerozlišující uchovávání provozních a lokalizačních údajů v případě, kdy členský stát čelí „závažnému ohrožení národní bezpečnosti, které se jeví jako skutečné a aktuální nebo předvídatelné.“¹⁰¹ Výše uvedený příkaz musí být zároveň možné podrobit soudnímu přezkumu (nebo přezkumu nezávislého správního orgánu), jehož rozhodnutí je závazné a takový příkaz lze vydat pouze na dobu nezbytně nutnou.¹⁰²

I v souladu s předchozí judikaturou je závěr, že je možná taková úprava, která stanoví s cílem národní bezpečnosti a dále s cílem boje proti závažné trestné činnosti a předcházení závažnému ohrožení veřejné bezpečnosti cílené uchovávání údajů (tj. na základě objektivních a nediskriminačních kritérií kategorií dotčených osob) nebo uchovávání údajů prostřednictvím zeměpisného kritéria, a to vždy na dobu nezbytně nutnou.¹⁰³

Soudní dvůr Evropské unie také připouští takovou národní úpravu, která za účelem zajištění národní bezpečnosti, boje proti trestné činnosti a veřejné bezpečnosti, stanoví plošné a nerozlišující uchovávání údajů o totožnosti (sic!) uživatelů prostředků elektronické komunikace.¹⁰⁴ Důvodem pro umožnění této úpravy je dle Soudního dvora Evropské unie především fakt, že údaje o totožnosti provozovatele služeb elektronických komunikací v každém jednotlivém případě stejně uchovávají¹⁰⁵ a navíc pouze na základě totožnosti uživatele nelze zjistit datum, čas, dobu trvání ani adresáta uskutečněné komunikace, místo, kde se tato komunikace uskutečnila a ani četnost komunikace s určitými osobami v určitém období. Ergo kontaktní údaje, včetně údajů o totožnosti, nepředstavují dle Soudního dvora Evropské unie závažný zásah do soukromí uživatelů, protože v zásadě tyto údaje o soukromí uživatelů nic neříkají.^{106, 107}

Veškeré výše uvedené mechanismy v právních řádech členských států musí být vymezeny natolik jasně a konkrétně, aby představovaly „jasná a přesná pravidla“, která jsou nicméně obhajitelná pouze pokud, pokud „zajišťují při uchovávání dotčených údajů do držení souvisejících hmotněprávních a procesních podmínek a pokud subjekty údajů mají k dispozici účinné záruky proti riziku zneužití“.¹⁰⁸

Pravidou nicméně zůstává, že rozsudek ve věci *La Quadrature du Net* do určité míry změkčil velice přísná pravidla pro uchovávání lokalizačních a provozních údajů.¹⁰⁹

¹⁰⁰ Ibidem, výrok rozsudku.

¹⁰¹ Ibidem, bod 168 a 177.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Ibidem, bod 168.

¹⁰⁵ Ibidem, bod 159.

¹⁰⁶ Ibidem, bod 157.

¹⁰⁷ Nutno podotknout, že tímto závěrem Soudní dvůr Evropské unie spíše než vyjasnění přípustnosti a nepřípustnosti uchovávání údajů vnesl do dané problematiky o něco větší nejistotu. Viz srov. např. SERDULA, N. Plošné uchovávání komunikačních metadat v EU ve světle rozsudku *La Quadrature du Net*. *Jurisprudence*. 2021, č. 3, s. 39–46.

¹⁰⁸ Ibidem, bod 168.

¹⁰⁹ SERDULA, N. *Plošné uchovávání komunikačních metadat v EU ve světle rozsudku La Quadrature du Net*, s. 39–46.

Závěrem

Byť dnes již bohatá judikatura Soudního dvora Evropské unie stanovuje určitá kritéria, jak do právních řádů členských států včlenit uchovávání lokalizačních a provozních údajů poskytovateli služeb elektronických komunikací (posledním citovaným rozsudkem dosti komplexní), bylo by jistě vhodné reagovat na judikaturní vývoj unijní normou.

V dohledné době je taková úprava přinejmenším nejistá a její zakotvení dokonce *expressis verbis* vylučuje i návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o respektování soukromého života a ochraně osobních údajů v elektronických komunikacích a o zrušení směrnice 2002/58/ES (nařízení o soukromí a elektronických komunikacích) předložený Komisí začátkem roku 2017.¹¹⁰ „*Tento návrh nezahrnuje žádná zvláštní ustanovení v oblasti uchovávání údajů. Zachovává hlavní myšlenku článku 15 směrnice o soukromí a elektronických komunikacích a přizpůsobuje ji konkrétnímu znění článku 23 obecného nařízení o ochraně osobních údajů, který členským státům poskytuje důvody pro omezení rozsahu povinností a práv uvedených v konkrétních člácích směrnice o soukromí a elektronických komunikacích. Členské státy tak mohou zachovat nebo vytvořit vnitrostátní rámce pro uchovávání údajů, které mimo jiné stanoví cílená opatření pro uchovávání údajů, pokud jsou tyto rámce v souladu s právem Unie a zohledňují judikaturu Soudního dvora týkající se výkladu směrnice o soukromí a elektronických komunikacích a Listiny základních práv.*“¹¹¹

Čl. 15 směrnice o soukromí a elektronické komunikaci je tak v podstatě překopírován do čl. 11 návrhu výše uvedeného nařízení, přičemž ve zbytku se dle odůvodnění návrhu nařízení unijní legislativec spokojil s odkazem na ustálenou judikaturu (což bylo v návrhu uvedeno již v roce 2017, kdy vodítka byla nastavena velmi vágně).¹¹²

Nutno přesto dodat, že unijní zástupci uchovávání lokalizačních a provozních údajů nespouštějí ze svého hledáčku. Například v roce 2017 Evropská rada vyslovila nutnost spolupráce mezi členskými státy na poli obrany proti teroristickým útokům s důrazem na komunikační kanály teroristy užívanými.¹¹³ V roce 2018 pak Evropská rada vyzvala k přijetí takových prostředků, které umožní Europolu, Eurojustu a příslušným orgánům členských států vzájemnou spolupráci mezi těmito orgány, ale i spolupráci se soukromým sektorem.¹¹⁴ Též v roce 2018 předložilo Rakousko, tehdy předsedající Radě, zprávu o nutnosti uchovávání údajů harmonizovat (za doprovodu výzvy ministrů spravedlnosti členských států), na jejímž základě pak Rada přijala výzvu k přijetí harmonizační úpravy uchovávání údajů.¹¹⁵ Rada v tomtéž dokumentu konstatovala, že právě uchovávání údajů je fundamentálním nástrojem pro boj se závažnou kriminalitou, jmenovitě s terorismem

¹¹⁰ Návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o respektování soukromého života a ochraně osobních údajů v elektronických komunikacích a o zrušení směrnice 2002/58/ES (nařízení o soukromí a elektronických komunikacích) ze dne 10. 1. 2017, COM(2017) 10 final, 2017/0003 (COD).

¹¹¹ *Ibidem*, s. 3.

¹¹² Nicméně zákonodárny proces může podobu nařízení ještě změnit. Rada v dokumentu č. 6078/21 ze dne 10. 2. 2021, kterým se ujímá mandátu pro vyjednávání o nařízení s Evropským parlamentem, nastiňuje možnou podobu ustanovení o uchovávání údajů, které je sice vcelku vágní (čl. 7 odst. 4 návrhu znění nařízení v dokumentu Rady č. 6078/21), je nicméně o něco specifitější ustanovení než výše uvedený návrh čl. 11 návrhu nařízení předloženého Komisí (které ale návrh Rady ponechává beze změny).

¹¹³ Dokument Evropské rady EUCO 8/17 ze dne 23. 6. 2017.

¹¹⁴ Dokument Evropské rady EUCO 13/18 ze dne 18. 10. 2018.

¹¹⁵ Dokument Rady Evropské unie č. 9663/19 ze dne 27. 5. 2019.

a s kyberkriminalitou.^{116, 117} V březnu roku 2021 pak Rada během portugalského prezidentsství vydala dokument, kterým reflektuje dosavadní soudní vývoj v otázce uchování údajů, včetně analýzy posledního rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci *La Quadrature du Net*, a vyslovila opětovný apel na nutnou harmonizační úpravu této problematiky, při kteréžto příležitosti položila ministrům otázky ohledně jejich představy o podobě takové normy.¹¹⁸

Byť původní směrnice o uchovávání údajů zohledňuje uchovávání údajů v souvislosti s terorismem a jinou závažnou trestnou činností, je třeba tuto problematiku adresovat i s ohledem na velmi recentní téma. Nutnost uceleného právního rámce s ohledem na uchovávání údajů se projevil i během pandemie COVID-19. Členské státy řešily problematiku trasování nakažených osob, přičemž jediným legálním základem v prostoru Evropské unie pro vyžádání lokalizačních údajů o osobách a jejich následné použití pro trasování těchto osob se zdál být (a stále je) představován čl. 15 směrnice o soukromí a elektronické komunikaci.¹¹⁹

Možnost využít údaje uchovávané provozovateli telekomunikačních služeb byla členskými státy podřazena pod v čl. 15 odst. 1 směrnice o soukromí a elektronické komunikaci uvedené „zajištění národní bezpečnosti a veřejné bezpečnosti“.¹²⁰ Vágnost a relativní přísnost tohoto zmocnění však měly za následek rozlišný přístup jednotlivých členských států. Ostatně výjimečnost užití uchovávání údajů dle čl. 15 odst. 1 potvrzuje i vyjádření evropského inspektora pro ochranu osobních údajů Wojciecha Wiewiórowského, který napsal, že takto uchovaná a získaná data užitá k trasování musí být anonymizována, chráněna sofistikovanými technickými a personálními opatřeními, a především uchovávána po co nejkratší možnou dobu.¹²¹

Zatímco u nás nebo v Bulharsku bylo trasování pomocí lokalizačních údajů dobrovolné (u nás za pomoci aplikace eRouška), například v Polsku bylo užití aplikace pro trasování povinné. Německo a Rakousko pak zvolily cestu anonymizovaných lokalizačních údajů (pro vytváření map zasažených území) získaných od telekomunikačních operátorů.¹²² Podobně anonymně postupovaly i Francie a Itálie, když v souladu se stanovisky svých dozorových úřadů sbíraly přes aplikace pouze anonymní data (respektive pseudonymizované seznamy kontaktů).¹²³

Nelze tak než konstatovat, že úprava jednotná pro členské státy EU je nutná. Ať už je to boj s terorismem, kybernetickou kriminalitou nebo sběr a uchovávání údajů pro trasování občanů s ohledem na veřejné zdraví, uchovávání údajů je potřebným nástrojem nabízejícím efektivní řešení.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ostatně boj s kyberkriminalitou se svou závažností dostal do apelu již Evropské rady – je tak vidno, že jak Rada, tak Evropská rada si uvědomují závažnost kybernetických útoků a jsou připraveni jim čelit i prostřednictvím *data retention*.

¹¹⁸ Dokument Rady č. 6455/21 ze dne 2. 3. 2021.

¹¹⁹ ETTELDORF, C. EU member state data protection authorities deal with Covid-19: An overview. *European Data Protection Law Review*. 2020, roč. 6, č. 2, s. 268.

¹²⁰ Ibidem, s. 266.

¹²¹ Odpověď evropského inspektora pro ochranu osobních údajů na dotaz ohledně možnosti trasování. Dokument č. C2020-0337.

¹²² Ibidem, s. 266.

¹²³ Ibidem, s. 268.

Česká právní úprava změny pohlaví ve světle evropských lidskoprávních standardů

Petra Kotková*

Abstrakt: Tento článek si klade za cíl analyzovat souladnost právní úpravy změny pohlaví s ochranou vybraných lidských práv, které s problematikou transgender úzce souvisí, a to na vnitrostátní, unijní i mezinárodní úrovni. Článek se nejprve zabývá dvojkolejností a diferenciací české právní úpravy změny pohlaví obsažené v zákoně č. 89/2012 Sb., občanském zákoníku, a v zákoně č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách. Dále se věnuje judikatuře Nejvyššího správního soudu k problematice změny pohlaví, v níž Nejvyšší správní soud odmítl akceptovat přístup zastávaný Evropským soudem pro lidská práva. Rozhodovací praxe Evropského soudu pro lidská práva pak tvoří další kapitolu. V rámci této kapitoly je zaměřena pozornost na evolutivní vývoj spočívající v odmítnutí chirurgických zákroků, jako podmínky pro právní uznání změny pohlaví. Součástí článku je i mezinárodní rámec, v němž jsou promítnuta základní lidská práva související s problematikou trans osob. Těmi jsou právo na soukromí, s nímž úzce souvisí právo uzavřít manželství, neboť dle české právní úpravy změnou pohlaví manželství (rovněž registrované partnerství) zaniká, konečně pak také právo na zdraví. Závěrečná část je věnována diskriminaci, která je trans osobám velmi blízká v mnoha oblastech.

Klíčová slova: změna pohlaví, transgender, lidská práva, Nejvyšší správní soud, Evropský soud pro lidská práva, diskriminace

Úvod

Určování pohlaví je v České republice založeno na binaritě. Člověk může mít pohlaví muž, nebo žena. Rozhodujícím při jeho určení jsou vnější pohlavní znaky (tzv. biologické pohlaví), přičemž na psychickém stavu jedince nezáleží.¹ I když je toto pojetí v rozporu se současným diskurzem, i nadále je kladen důraz na zařazení osoby do jedné z těchto kategorií. Dle ustanovení § 15 odst. 1 zákona č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „mat. z.“), se totiž narození dítěte oznamuje matričnímu úřadu, a to do 3 pracovních dnů od porodu (lhůta pořádková – § 15 odst. 4 mat. z.), přičemž součástí tohoto sdělení je také údaj o pohlaví.

Česká republika je považována za zemi s úctou k lidským právům a lidská práva zaujímají v české zahraniční politice klíčové místo. Zároveň vyjadřuje podporu všem krokům k posílení dodržování lidských práv a základních svobod. Lidská práva mají univerzální povahu, tzn., že náleží všem bez rozdílu. Lidská práva jsou nedílnou součástí moderních demokratických systémů a představují jeden z korektivů čistě majoritního rozhodování. Kromě zmínky v preambuli Ústavy České republiky představuje katalog základních lidských práv a svobod Listina základních práv a svobod (dále jen „LZPS“), která je součástí ústavního pořádku České republiky. Zde je uvedeno, že: „*Lidé jsou svobodní a rovní*

* Mgr. Petra Kotková. Autorka je doktorandkou katedry občanského práva Právnické fakulty MU. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7732-4746>.

¹ DOLEŽAL, A. Konstrukce identity v právním prostoru. Dvojití pojetí bytí. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2013, roč. 3, č. 1 [cit. 2021-05-12]. Dostupné z: <<http://medlawjournal.ilaw.cas.cz/index.php/medlawjournal/article/view/42>>.

*v důstojnosti i v právech.*² I když osobám, u kterých panuje rozpor mezi psychologickým a biologickým pohlavím (transgender), nebo u osob, u nichž není pohlaví jasně vyhraněno (intersex osoby), náleží stejný katalog základních práv a svobod. Po bližším prozkoumání této problematiky je však možné konstatovat, že ne vždy jsou jejich práva respektována.

Tento článek si klade za cíl analyzovat problematiku souladnosti právní úpravy změny pohlaví s ochranou vybraných lidských práv, které s problematikou transgender úzce souvisí, a to na vnitrostátní, unijní i mezinárodní úrovni.

1. Právní úprava transgender u nás

Právní úpravu změny pohlaví je možné v České republice označit za dvoukolejnou. Základní normu představuje zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „o. z.“). Jde o normu, která stanovuje podmínky pro právní uznání změny pohlaví u člověka. V souladu s ustanovením § 29 odst. 1 o. z. nastává změna pohlaví u člověka chirurgickým zákrokem při současném znemožnění reprodukční funkce a přeměně pohlavních orgánů.

Dvoukolejnost právní úpravy změny pohlaví v českém právním řádu spočívá v tom, že vedle občanského zákoníku existuje speciální norma, která upravuje změnu pohlaví u transsexuálních pacientů, jejichž definici zákon podává. Tímto právním předpisem je zákon č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „z. spec. zdr. sl.“). Dle něj se změnou pohlaví u transsexuálních pacientů pro účely tohoto zákona rozumí provedení zdravotních výkonů, jejichž účelem je provedení změny pohlaví chirurgickým zákrokem při současném znemožnění reprodukční funkce, přičemž přeměna pohlavních orgánů se nevyžaduje. Transsexuálním pacientem se přitom rozumí osoba, u níž je trvalý nesoulad mezi psychickým a tělesným pohlavím (dále jen „porucha sexuální identifikace“ – § 21 z. spec. zdr. sl.).

2. Judikatura Nejvyššího správního soudu České republiky

Ve vazbě na výše stanovené podmínky pro změnu pohlaví se klade otázka, zda jsou základní práva náležející všem osobám bez rozdílu nedotčena. Jde o ta, která s problematikou změny pohlaví souvisí, tedy *právo na nedotknutelnost osoby a soukromí, právo na ochranu před mučením a jiným krutým, nelidským nebo ponižujícím zacházením, právo na zachování lidské důstojnosti a osobní cti, právo na ochranu před neoprávněným zásahem do soukromého života a rodinného života a právo na ochranu zdraví*.

Podle judikatury Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) je česká právní úprava změny pohlaví ústavně konformní. Poskytuje prostředky, jak změny pohlaví dosáhnout, i když ne úplně bez rizik. Po osobě, která chce změnit „matrikové pohlaví“, jež je uvedeno v jejím rodném listu, je dle NSS spravedlivé požadovat, aby podstoupila chirurgický zákrok, čímž bude kupř. muži znemožněno porodit dítě.

Rozsudkem NSS ze dne 30. 5. 2019, sp. zn. 2 As 199/2018 došlo z jeho strany k rozporování přístupu Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“), zastávaném zejména

² Čl. 1 Listiny základních práv a svobod vyhlášené jako součást ústavního pořádku České republiky usnesením předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

v rozhodnutí ze dne 6. 4. 2017 ve věci *A. P., Garçon a Nicot proti Francii*, stížnosti č. 79885/12, 52471/13 a 52596/13.

Rozhodnutí NSS se týkalo člověka narozeného do mužského těla. Tato osoba se však subjektivně neztotožňovala ani s mužským, ani s ženským pohlavím. Dotyčná osoba proto zažádala o změnu rodného čísla (na neutrální rodné číslo nebo ženské rodné číslo). Ministerstvo vnitra však žádost odmítlo z důvodu absence chirurgické změny pohlaví spočívající ve znemožnění reprodukční funkce a přeměně pohlavních orgánů. V tomto postupu Ministerstva vnitra spatřoval žadatel nezákonný zásah a obrátil se na Městský soud v Praze. Městský soud v Praze jeho žalobu zamítl. Postup Ministerstva vnitra shledal v souladu se zákonem. Rozhodnutí Městského soudu v Praze potvrdil i NSS s odůvodněním, že česká společenská realita vnímá pohlaví jako něco objektivního, na jehož základě je člověk pro ostatní jednoznačně určitelný. Nesoulad mezi pohlavím biologickým a psychologickým je možné řešit jedině chirurgickou změnou pohlaví. Zvolená formulace české právní úpravy změny pohlaví vede k zachování binarity, neboť jde o názorovou shodu panující ve společnosti. Zároveň NSS v předmětném rozhodnutí připustil, že musí být nepřijemné, pokud je osoba s určitým psychickým nastavením „úředně“ vedena k jednomu ze dvou jedině právně přípustných pohlaví, i když se ani s jedním neztotožňuje a cítí příslušnost k pohlaví třetímu, případně k žádnému, současně zmínil, že je možné, že se přístup společnosti k právnímu pohlaví postupem času změní, tak jak tomu bylo kupř. u homosexuálů, národnosti či náboženství.

Závěr NSS vyslovený ve výše citovaném rozhodnutí z roku 2019, byť nevylučuje možnost evolutivního vývoje společenského názoru na úřední změnu pohlaví, nepovažuji za zcela správný. Domnívám se, že právě NSS by měl posouvat názorový proud spočívající v méně invazivních zákrocích potřebných k právnímu uznání změny pohlaví vpřed. Současnou právní úpravu změny pohlaví nepovažuji za výraz skutečné a legitimní společenské shody. Spousta názorů totiž pochází od osob neznalých této problematiky bez přijetí faktu, že změna pohlaví je dlouhodobý nelehký proces, který si spousta osob s poruchou pohlavní identity přeje a je jediným možným východiskem pro jejich spokojený život.

3. Mezinárodní rámec

Kromě garantovaných práv LZPS je Česká republika vázána mezinárodními smlouvami. Z hlediska mezinárodněprávního jde o smlouvy, které chrání práva a svobody obsažené ve Všeobecné deklaraci lidských práv³ (dále jen „Deklarace“). Již zmiňované *právo na soukromí* zakotvuje v čl. 12, ve kterém je stanoveno, že „*nikdo nesmí být vystaven svévolnému zasahování do soukromého života, do rodiny, domova nebo korespondence, ani útokům na svou čest a pověst. Každý má právo na zákonnou ochranu proti takovým zásahům nebo útokům*“.⁴

Na evropské úrovni představuje ekvivalentní ochranu rodinného a soukromého života čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod⁵ (dále jen „Úmluva“). Když v čl. 8 odst. 1 stanoví, že „*každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného*

³ Všeobecná deklarace lidských práv schválená Valným shromážděním OSN 10. prosince 1948.

⁴ Dostupné z: <<https://www.osn.cz/wp-content/uploads/vseobecna-deklarace-lidskych-prav.pdf>> [cit. 21. 1. 2021].

⁵ Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod ve znění pozdějších dodatků publikovaná pod č. 209/1992 Sb.

života, obydlí a korespondence“ a podle odst. 2 „státní orgán nemůže do výkonu tohoto práva zasahovat kromě případů, kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, ochrany pořádku a předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných“, přičemž první odstavec konstatuje právo, na které má každý nárok a je specifický tím, že nezakotvuje právo na soukromý život jako takový, ale pouze právo na respekt k němu. V odstavci druhém jsou pak vymezeny zájmy, v nichž může stát do práva k respektování soukromého života zasáhnout v souladu se zákonem pouze za situace, kdy je to nezbytné v demokratické společnosti [viz doktrína *margin of appreciation* zastávaná Evropským soudem pro lidská práva (dále jen „ESLP“)]. Jasná definice soukromého života neexistuje. Na rozdíl od Všeobecné deklarace lidských práv nechrání Úmluva soukromí, ale soukromý život, což je pojem širší a byl autory použit záměrně. Soukromý život je tedy tak, jak opakovaně konstatoval ESLP „široký pojem, který není poddajný vyčerpávající definici“ (srov. rozsudek Velkého senátu ESLP ze dne 4. 12. 2008, ve věci *S. a Marper proti Spojenému království*, č. 30562/04). Základy tohoto práva tvoří negativní koncept svobody neboli „být nechán na pokoji“, tedy existence nějaké soukromé zóny, do které by neměl nikdo zasahovat či vstupovat. Takovou zónu je přitom možné chápat jak prostorově, tak i jako rozhodování o své vlastní identitě. Do skupiny týkající se rozhodování o své identitě patří rozhodování o svém jméně, pohlaví či sexuální orientaci/životu.⁶ Ochrana soukromého života tak zahrnuje intimní prvky, kam spadá i pohlavní identita a sexuální život.⁷

S právem na respektování soukromého života úzce souvisí *právo uzavřít manželství* (čl. 12 Úmluvy). Právo uzavřít manželství mají muži a ženy způsobilí věkem k uzavření manželství, mají právo založit rodinu v souladu s vnitrostátními zákony, které upravují výkon tohoto práva. Tato koncepce je zakotvena i v českém právním řádu, přičemž se klade otázka, zda je nutné na ní setrvat. Nad rámec tématu článku považuji za vhodné zmínit, že v roce 2018 byly Poslanecké sněmovně předloženy dva návrhy právních předpisů reagujících na problematiku párů osob stejného pohlaví, avšak s rozdílnými zájmy. Na základě prvního z nich by byl v českém právu legalizován sňatek osob stejného pohlaví se všemi právy a povinnostmi náležejícími manželům, a to včetně práva na společné osvojení dítěte.⁸ Druhý z předložených konceptů však představuje návrh ústavního zákona, jímž by byl čl. 32 odst. 1 LZPS doplněn o definici manželství jako svazku muže a ženy.⁹ Poslanec Patrik Nacher pak navíc představil vlastní návrh, jímž by registrovaní partneři měli stejný katalog práv jako manželé, jejich svazek by se však nadále označoval jako registrované partnerství. Tento koncept však nebyl Poslanecké sněmovně předložen.¹⁰

⁶ KRATOCHVÍL, J. In: KRNEC, J. – KOSAŘ, D. a kol. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 865.

⁷ JANIS, M. W. et al. *European Human Rights Law, text and materials*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 374.

⁸ Sněmovní tisk 201. Návrh zákona, kterým se mění zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony a důvodová zpráva [online], s. 1–5.

⁹ Sněmovní tisk 211. Návrh ústavního zákona, kterým se mění usnesení č. 2/1993 Sb., předsednictva České národní rady o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů, a důvodová zpráva [online], s. 1.

¹⁰ NACHER, P. Komentář: Manželství homosexuálů – nechť se poslanci odhalí. In: *Novinky.cz* [online]. 30. 3. 2019 [cit. 2021-03-18]. Dostupné z: <<https://www.novinky.cz/komentare/clanek/komentar-manzelstvi-homosexualu-necht-se-poslanci-odhali-patrik-nacher-40276066>>.

Dalším lidským právem, které se změnou pohlaví souvisí, je *právo na zdraví*. Deklarace zmiňuje právo na zdraví ve vztahu k životní úrovni člověka. Dle čl. 25 Deklarace má každý právo na takovou životní úroveň, která by byla s to zajistit zdraví a důstojný život jemu i jeho rodině, přičemž mateřství a dětství mají nárok na zvláštní péči a pomoc. Ochrana zdraví je mimo to i předmětem unijního práva. Evropská sociální charta¹¹ ji upravuje v čl. 11 a Listina základních práv Evropské unie¹² se jí věnuje v čl. 35. Významným interpretačním dokumentem v oblasti monitoringu dodržování práva na zdraví u trans osob jsou Standardy péče WPATH (*World Professional Association for Transgender Health*).¹³

Pokud opět zhodnotíme soulad mezi právní úpravou změny pohlaví v českém právním řádu, respektive v LZPS v čl. 31, kde je stanoveno: „Každý má právo na ochranu zdraví. Občané mají na základě veřejného pojištění právo na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky za podmínek, které stanoví zákon“, a zmíněným právem na zdraví, je třeba konstatovat, že tak jak jsou v současné době nastaveny podmínky pro právní uznání změny pohlaví v České republice, je právo na zdraví u trans osob porušováno v několika rovinách.

Jakýkoliv lékařský zákrok může být totiž ze zdravotního hlediska riskantní, nemluví o tom, že v případě změny pohlaví jde o nevratný stav. Ve zdravotnictví se navíc setkávají s předsudky či s nedostatkem odborníků. Kvůli možnému zhoršení psychického stavu, který je způsoben psychickou náročností transformace, se trans osoby běžně dostávají do psychiatrických léčeben, kde jejich identitu ignorují a neberou na ni ohled (kupř. je oslovují podle údajů z oficiálních dokumentů).

Přístup k hormonální terapii je pak dalším možným úskalím zdravotnictví ve vztahu k trans osobám. Hormonální léčbou se totiž rozumí zdlouhavý proces, který není vždy plně hrazen z veřejného pojištění, což představuje finanční nákladnost pro osoby bez dostatečných finančních prostředků.

Nejvíce diskutovanou je však podmínka znemožnění reprodukční funkce pro právní uznání změny pohlaví, která má za následek sterilitu. Sterilizace je lékařský zákrok, prostřednictvím něhož se osoba stává neplodnou. Buď se tak děje přímo, nebo v důsledku druhotného efektu. I když některé osoby tento zákrok vyhledávají, neděje se tak vždy. Rozpor s právem na zdraví se znemožněním reprodukční funkce je spatřován v tom, že odporuje svobodě jedince rozhodnout o svém sexuálním a reprodukčním zdraví. Nadto jde o snižování reprodukceschopné populace. Proti sterilizaci je velké množství mezinárodních orgánů. Světová zdravotnická organizace vydala stanovisko, v němž se negativně vyjádřila ke sterilizaci jako podmínce právního uznání změny pohlaví. Rozhodnutím ze dne 15. května 2018 ve věci č. 117/2015 – *Transgender Europe a ILGAEurope proti České republice* rozhodl Výbor pro sociální práva, že podmíněním právního uznání genderové identity podstoupením sterilizace Česká republika porušuje čl. 11 odst. 1 Evropské sociální charty („Charta“), který zaručuje právo na co nejvyšší dosažitelnou úroveň zdraví a právo na přístup ke zdravotní péči. Zajímavým dokumentem týkajícím se této problematiky jsou *Yogyakarta Principles*.¹⁴ Jejich cílem je zmapování porušování lidských práv, s nímž

¹¹ Evropská sociální charta vyhlášená sdělením č. 56/2010 Sb. m. s.

¹² Listina základních práv Evropské unie, ve znění publikovaném v Úředním věstníku EU C 303 ze dne 14. 12. 2007.

¹³ *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*. [cit. 2021-03-18]. Dostupné z: <https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/Standards%20of%20Care%20V7%20-%202011%20WPATH.pdf?_t=1605186324>.

¹⁴ Dostupné z: <<https://yogyakartaprinciples.org/>>.

se lidé různých sexuálních orientací i genderových identit setkávají, zároveň „připomíná“ státům jejich závazky na ochranu a dodržování v oblasti lidských práv.

Na tomto místě je vhodné zmínit, že změna pohlaví je v České republice hrazena z veřejného pojištění. Zahrnuje: a) diagnostiku, tj. vyšetření, která naznačují, že se člověk cítí být osobou opačného pohlaví; b) rozhodovací proces, tj. fáze po diagnóze, ve které se osoba rozhodne na základě doporučení odborného lékaře; c) test v reálném životě (RLT), tj. testovací fáze, ve které se člověk snaží žít v roli opačného pohlaví; d) hormonální terapii a e) operaci. Kosmetická ošetření, jako jsou epilace, zvětšení prsou, hlasová terapie aj., si pacient hradí sám.¹⁵

4. Judikatura ESLP

Problematika trans osob je jednou z významných právních oblastí, kde lze vyzozorovat použití metody evolutivní interpretace. Postupný názorový vývoj ESLP je zde proto, že právní oblast týkající se transsexuálů vyvolává v rámci odborné i laické veřejnosti značné diskuse a názorové spory, a to zejména s ohledem na její dopady do širokého spektra oborů zahrnujících právo, medicínu, psychologii, etiku aj.¹⁶ Od 80. let 20. století ESLP řešil několik stížností transsexuálů proti Velké Británii. Stěžovali si, že jim úřady odmítly změnit rodné listy, a tedy plně uznat změnu jejich pohlaví, což bylo důležité pro případné uzavření manželství, kdy se pohlaví posuzovalo podle rodného listu. Rozsudkem pléna ESLP ze dne 17. 10. 1986, č. 9532/81 ve věci *Rees proti Spojenému Království* soud zamítl stížnost s odkazem na široký prostor pro uvážení států, protože shledal, že mezi smluvními státy není jednotná praxe v této oblasti. Doplnil však, že si je vědom závažností problémů a utrpení, které trans osoby prožívají, a tak musí být Úmluva vykládána vždy ve světle současné situace. V roce 1998 pak disentující soudci k rozsudku ESLP ze dne 30. 7. 1998, č. 22985/93 a č. 23390/94, poukázali na praxi ve většině smluvních zemí, které změnu rodných listů umožňují, a odkázali také na vědecký vývoj, v němž byl transsexualismus uznán jako nemoc, jejíž léčbou je operativní změna pohlaví.¹⁷

Změnu v oblasti transsexuálů přineslo rozhodnutí ESLP z roku 2002, které je tak označováno jako přelomové. Jde o rozhodnutí ve věci *Christine Goodwin proti Spojenému království*.¹⁸ V této kauze se paní Goodwin narodila v roce 1937 jako muž a založila rodinu. Až v pokročilém věku jí byla diagnostikována transsexualita. V osobním životě se od té doby chovala jako žena. V 80. letech 20. století začala brát hormony, podstoupila hlasový trénink a následně v roce 1990 absolvovala chirurgickou operaci, při níž jí bylo změněno pohlaví. Tato operace byla hrazena z veřejného zdravotního pojištění. Ve svém pracovním životě i pro systém sociálního zabezpečení však i nadále zůstala mužem, jelikož jí nebyla umožněna administrativní změna pohlaví. Poté, co byla před britskými soudy neúspěšná, obrátila se na ESLP. Předložila stížnost, v níž konstatovala porušení Úmluvy, respektive jejích čtyř článků. Mezi nimi bylo i právo na respektování soukromého života. I když v této

¹⁵ KRÁLÍČKOVÁ, Z. The Civil Status of Transsexual nad Transgender People in the Czech republic. *The Lawyer Quarterly*. 2018, Vol. 8, No. 4 [cit. 2021-07-27]. Dostupné z: <<https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/309/294>>.

¹⁶ SCHERPE, J. M. The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons – an introduction. In: SCHERPE, J. M. (eds). *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*. Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 2015, s. 3.

¹⁷ KRATOCHVÍL, J. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*, s. 892.

¹⁸ Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 11. 7. 2002, ve věci *Christine Goodwin proti Spojenému království*, č. 28957/95.

době ještě neexistoval souladný názor v otázce změny pohlaví, následoval ESLP některé členské státy, v nichž byl vývoj právní úpravy změny pohlaví poněkud napřed.¹⁹ ESLP současně připomněl a zdůraznil, že smyslem a základem Úmluvy je zachovávání lidské svobody a důstojnosti. Nezbytností je proto poskytnout trans osobám dostatečnou ochranu. Jelikož je Úmluva „živoucím nástrojem“, tzn., že je instrumentem, který se vyvíjí v závislosti na změnách ve společnosti, nehledě na předchozí judikaturní závěry ESLP, odklonil se od své dosavadní rozhodovací praxe z důvodu společenského přijetí transsexuality. V této kauze došlo zároveň postupem ESLP k zúžení míry volného uvážení státu. ESLP konstatoval, že britské soudy porušily ve věci paní Goodwin právo na respektování soukromého života. Ke složitému společenskému postavení transsexuálů ESLP dodal, že ve 21. století právo transsexuálů na osobní rozvoj a fyzickou a morální bezpečnost, jak se jí těší ostatní členové společnosti, nelze považovat za kontroverzní téma vyžadující uplynutí času k většímu ujasnění této problematiky. Stručně řečeno, neuspokojivá situace, kdy transsexuálové po operaci žijí v přechodné zóně jako ne zcela jedno pohlaví ani druhé, není již udržitelná. V závislosti na rozhodnutí ESLP v této věci bylo terčem kritiky ze strany ESLP také Německo, Litva, Švýcarsko, Portugalsko²⁰ i Malta.²¹

Otázce změny jména ve vazbě na změnu pohlaví se ESLP věnoval v rozhodnutí ve věci *L. proti Litvě*.²² V této kauze bylo konstatováno porušení čl. 8 Úmluvy z důvodu absence prováděcího zákona k ustanovení občanského zákoníku zakotvujícího právo na operativní změnu pohlaví. To mělo vliv i na úplnou úřední změnu pohlaví stěžovatele (jméno bylo stěžovateli změněno, rodné číslo však ne). ESLP uzavřel, že s ohledem na absenci prováděcího předpisu byl stěžovatel v nejistém postavení ohledně uznání své právní identity, jelikož v Litvě neexistovalo žádné zdravotnické zařízení, v němž by mohl stěžovatel změnu pohlaví podstoupit. Názor ESLP lze číst také restriktivně. Přístup k operaci byl totiž důležitý pouze z důvodu, že na ni litevské zákony vázaly možnost úplné úřední změny pohlaví.²³

Zajímavou otázku řešil ESLP ve věci *Van Kück proti Německu*.²⁴ Jednalo se o proplacení nákladů na hormonální péči a část nákladů na chirurgickou operaci změny pohlaví z pojištění stěžovatelky. Německé soudy zamítly nárok stěžovatelky vůči pojišťovně z důvodu, že se nejednalo o nezbytnou lékařskou péči. Stěžovatelka dle názoru soudů mohla transsexualitu léčit jinak, např. psychoterapií. Dle ESLP bylo právo stěžovatelky porušeno zejména interpretací pojmu „lékařská nezbytnost“. Rozhodnutí ESLP však nelze vykládat tak, že transsexuálové mají nárok na operativní změnu pohlaví. Naopak z něj vyplývá, že operativní změna pohlaví by měla být zahrnuta pod nezbytnou lékařskou péči. Otázce proplacení nákladů za operaci se ESLP věnoval i ve věci *Schlumpf proti Švýcarsku*.²⁵ I v této kauze bylo stěžovatelce odmítnuto proplatit náklady operace vedoucí ke změně pohlaví, protože nedodržela vnitrostátním právním řádem předepsanou čekací lhůtu dvou let před vlastním chirurgickým zákrokem. Stěžovatelka tento argument odůvodnila

¹⁹ SCHERPE, J. M. *The Present and Future of European Family Law*. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, s. 130.

²⁰ Rozsudek ESLP ze dne 6. 9. 2011 ve věci *P. proti Portugalsku*, č. 56027/09.

²¹ Rozsudek ESLP ze dne 9. 7. 2013 ve věci *Cassar proti Maltě*, č. 36982/11.

²² Rozsudek ESLP ze dne 11. 9. 2007, ve věci *L. proti Litvě*, č. 27527/03.

²³ KRATOCHVÍL, J. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*, s. 892.

²⁴ Rozsudek ESLP ze dne 12. 6. 2003, ve věci *Van Kück proti Německu*, č. 35968/97.

²⁵ Rozsudek ESLP ze dne 8. 1. 2009 ve věci *Schlumpf proti Švýcarsku*, č. 29002/06.

tím, že čekala až jí dorostou děti, aby mohla vykonávat otcovskou roli. ESLP jejímú názoru přisvědčil a dodal, že čekací lhůta byla aplikována mechanicky bez přihlídnutí k jejímú věku a dalším okolnostem.²⁶

Dalším převratným rozhodnutím je rozsudek ESLP ve věci *Hämäläinen proti Finsku*.²⁷ V tomto rozhodnutí soud řešil otázku, zda je porušením práva na soukromý a rodinný život podmiňování právního uznání změny pohlaví transformací manželství v registrované partnerství. ESLP uzavřel, že není nepřiměřené podmiňovat právní uznání změny pohlaví změnou manželství na registrované partnerství se souhlasem manžela či partnera. Finské právo totiž poskytuje stejnou ochranu registrovanému partnerství jako manželství.

Neslučitelnost chirurgického zákroku jako podmínky pro právní uznání změny pohlaví s čl. 8 Úmluvy dovedl ESLP ve věci *A. P., Garçon a Nicot proti Francii*.²⁸ Provedení chirurgického zákroku pro právní uznání změny pohlaví znamená podmínit výkon práva na respektování soukromého života zaručeného čl. 8 Úmluvy vzdáním se výkonu práva na respektování tělesné integrity, které je zaručeno jak čl. 8, tak čl. 3 Úmluvy, který upravuje zákaz mučení, nelidského a ponižujícího zacházení, přičemž souhlas dotčené osoby k takovému chirurgickému zákroku není souhlasem svobodným, v situaci, kdy by v případě nesouhlasu osoba pozbyla plného výkonu svého práva na genderovou identitu a osobní rozvoj. V tomto rozhodnutí ESLP podotkl, že i když není shoda mezi členskými státy Rady Evropy v problematice úřední změny pohlaví, je možné pozorovat ustupující trend sterilizace jakožto jedné z podmínek pro právní uznání preferovaného pohlaví.²⁹

Na převratné rozhodnutí *A. P., Garçon a Nicot proti Francii* navázal ESLP nejnovějším rozsudkem ze dne 19. 1. 2021 ve věci *X and Y proti Rumunsku* č. 2145/16 a 20607/16, v němž ESLP konstatoval porušení čl. 8 Úmluvy tím, že stěžovatelům bylo odmítnuto právní uznání změny pohlaví z důvodu nepodstoupení chirurgického zákroku. Kromě porušení čl. 8 Úmluvy ESLP shledal porušení pozitivního závazku státu, v tomto případě zajištění práva na respektování fyzické a duševní integrity. Rovněž bylo dovozeno, že rumunské soudy nedostály své povinnosti odůvodnit svá rozhodnutí ve vazbě na rovnováhu mezi veřejným zájmem a individuálními zájmy dotčených osob. Nadto je třeba dodat, že rumunská rozhodovací praxe nebyla v této otázce jednotná, neboť jak zjistil ESLP, v jiných kauzách rumunské soudy právní změnu pohlaví uznaly i bez podstoupení chirurgického zákroku žadatele.³⁰

5. Naše právní úprava změny pohlaví ve světle judikatury ESLP

Pokud srovnáme právo na respektování soukromého života (čl. 8) a právo uzavřít manželství (čl. 12) garantované Úmluvou, jejich výklad ESLP a zpětně se vrátíme k v úvodu nastíněné české právní úpravě změny pohlaví, je třeba shrnout následující.

Ustanovení § 29 o. z. explicitně stanovuje tři podmínky, které je třeba splnit, aby mohla být právně uznána změna pohlaví. Jde o chirurgický zákrok, znemožnění reprodukční funkce a přeměna pohlavních orgánů. I když Česká republika umožňuje změnu pohlaví,

²⁶ KRATOCHVÍL, J. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*, s. 893.

²⁷ Rozsudek ESLP ze dne 16. 7. 2014 ve věci *Hämäläinen proti Finsku*, č. 37359/09.

²⁸ Rozsudek ESLP ze dne 6. 4. 2017, č. 79885/12, 52471/13, 52596/13.

²⁹ KOTKOVÁ, P. Změna pohlaví v českém právním řádu. *Právní rozhledy*. 2021, roč. 29, č. 7, s. 252.

³⁰ *Ibidem*.

čímž splňuje pozitivní závazek státu ve smyslu čl. 8 Úmluvy dovozený ESLP ve věci *Goodwin proti Spojenému království*, nezaujímá však evolutivní přístup k této problematice ve vazbě na rozhodnutí ESLP ve věci *A. P., Garçon a Nicot proti Francii* a nadále podmiňuje právní uznání změny pohlaví chirurgickým zákrokem. Lze tedy ve vazbě na čl. 8 Úmluvy konstatovat, že právní úprava změny pohlaví je v rozporu s judikaturou ESLP a porušuje právo na respektování soukromého života, jehož součástí je i pohlavní identita.

Souladná s judikaturou ESLP není ani úprava týkající se zániku manželství, který nastává změnou pohlaví. Ustanovení § 21 odst. 2 písm. b) z. spec. zdr. sl. neumožňuje, aby změna pohlaví byla provedena u ženatého muže či vdané ženy, ani u osoby žijící v obdobném svazku osob stejného pohlaví uzavřeného v cizině. Žadatel tak musí nejprve prokázat, že došlo k zániku manželství či registrovaného partnerství. Jelikož je nutno počítat se situací, že ke změně pohlaví dojde v zahraničí, kupř. ve státě, kde existující manželství či registrované partnerství není důvodem pro odmítnutí provedení změny pohlaví, existuje v české právní úpravě „pojistka“ v podobě ustanovení § 29 o. z., která stanoví, že manželství či registrované partnerství zaniká (*ex lege*).³¹ Nadto je třeba zmínit čl. 32 LZSP, v souladu s ním přitom není možné manžele k zániku manželství nutit, jestliže si to nepřejí. Dle komentářové literatury platí, že zaniklo-li manželství změnou pohlaví jednoho z manželů, platí obdobně ustanovení o povinnostech a právech rozvedených manželů ke společnému dítěti³² a o jejich majetkových povinnostech a právech v době po rozvodu. Ustanovení § 765 odst. 1 o. z. představuje řešení správy majetkových povinností v podobě dohody. V případě, že se na takové správě nedohodnou, může kterýkoliv z nich podat návrh na vypořádání soudem (srov. § 740 a 742 o. z.; § 765 odst. 2 o. z.). Stejně tak jako to může být v případě rozvodu, může nastat situace, kdy se manželé nedohodnou, a společné jmění manželů nebude vypořádáno soudem, v takovém případě nastoupí nevratitelná právní domněnka podle ustanovení § 741 písm. a) až c). Uvedené se vztahuje pouze k institutu manželství, registrovaní partneři nemohou mít společné dítě, ani mezi nimi nevzniká doba společného jmění manželů. Zánik manželství je jedinou změnou osobního statusu, jiných osobních (kupř. trvání rodičovské odpovědnosti) a majetkových poměrů (kupř. trvání vyživovací povinnosti vůči dítěti) se změna pohlaví nedotýká.³³

6. K problematice diskriminace

S ohledem na to, že trans osoby tvoří skupinu obzvláště zranitelných lidí, bývají často terčem nerovného zacházení, násilí a v některých zemích také zločinů z nenávisti.³⁴ Důvodem je právní úprava, která trans osobám neposkytuje dostatečnou ochranu před projevy nenávisti a umožňovala by jako trestné činy z nenávisti kvalifikovat útoky z důvodu sexuální orientace a genderové identity. I když výzkumy veřejného mínění poukázaly na pokles předsudků vůči sexuálním a genderovým menšinám v posledních desetiletích

³¹ FRINTA, O. Komentář k § 29. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. (eds). *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1 až 654)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 145.

³² Zde soud rozhoduje *ex officio*, neboť manželství zaniká *ex lege*, není tak možné rozhodnout dříve, tak jak je tomu v případě řízení, které předchází rozvodové řízení.

³³ FRINTA, O. *Komentář k § 29*, s. 154.

³⁴ Mezi léty 2008 až 2011 bylo v 55 zemích prostřednictvím projektu *Trans Murder Monitoring Project* zaznamenáno 816 úmrtí trans osob.

v české populaci, není situace v oblasti lidských práv trans osob všemi vnímána jako uspokojivá. Vedle absence právní úpravy stejnopohlavního manželství a adopce dětí stejnopohlavními páry je v souvislosti s trans osobami uváděna nedostatečná ochrana před diskriminací a zejména násilím z nenávisti proti této skupině osob.³⁵ *Zákaz diskriminace* je tedy dalším lidským právem úzce souvisejícím s osobami trans komunity.

Na vnitrostátní úrovni je kromě čl. 3 LZPS výklad pojmů týkajících se diskriminace obsažen v ustanovení § 2 zákona č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon). V souladu s tímto ustanovením se právem na rovné zacházení rozumí právo nebýt diskriminován z důvodů, které stanoví tento zákon nebo přímo použitelný předpis Evropské unie v oblasti volného pohybu pracovníků. Diskriminace je rozlišována na přímou a nepřímou. Přímou diskriminací se rozumí takové jednání, včetně opomenutí, kdy se s jednou osobou zachází méně příznivě, než se zachází nebo by se zacházelo s jinou osobou ve srovnatelné situaci, a to z důvodu rasy, etnického původu, národnosti, pohlaví, sexuální orientace, věku, zdravotního postižení, náboženského vyznání, víry či světového názoru, a dále v právních vztazích, ve kterých se uplatní přímo použitelný předpis Evropské unie z oblasti volného pohybu pracovníků, i z důvodu státní příslušnosti. Za nepřímou diskriminaci je považováno jednání, při němž se s někým zachází méně příznivě na základě kritéria, které je zdánlivě neutrální. Za diskriminaci se považuje i obtěžování, sexuální obtěžování, pronásledování, pokyn k diskriminaci a navádění k diskriminaci. Diskriminací je také jednání, kdy je s osobou zacházeno méně příznivě na základě domnělého důvodu podle § 2 odstavce 3 antidiskriminačního zákona. Za diskriminaci z důvodu pohlaví se považuje i diskriminace z důvodu těhotenství, mateřství nebo otcovství a z důvodu pohlavní identifikace. Zakotvení pohlavní identifikace jako důvodu diskriminace rozšířilo míru ochrany pro trans osoby.

Na mezinárodní a unijní úrovni je diskriminace zakázána téměř ve všech dokumentech. Úmluva zákaz diskriminace upravuje v čl. 14, kde je stanoveno: „*Užívání práv a svobod přiznaných touto Úmluvou musí být zajištěno bez diskriminace založené na jakékoli příčině jako je pohlaví, rasa, barva pleti, jazyk, náboženství, politické nebo jiné smýšlení, národní nebo sociální, původ, příslušnost k národnosti menšině, rod nebo jiné postavení.*“

Na úrovni Evropské unie se právo na rovné zacházení a zákaz diskriminace opírá také o směrnice přijímané postupně od 70. let. Pro problematiku trans lidí a jejich ochranu jsou klíčové ty, které se týkají rovnosti mužů a žen, nebo směrnice o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy v přístupu k zaměstnání, odborné přípravě a pracovních podmínkách.³⁶

Důležitou roli pro trans osoby hraje rozhodovací praxe ESLP. Zákazem diskriminace se zabýval již ve zmiňované kauze *Goodwin*.

V rozhodnutí ESLP ve věci *P.V. proti Španělsku*³⁷ kupř. rozšířil diskriminační důvody o transsexualitu a v kauze *Identoba proti Gruzii*³⁸ byly pak diskriminační důvody rozšíře-

³⁵ Diskriminace a násilí motivované sexuální orientací nebo genderovou identitou: Online šetření mezi LGBT lidmi v Česku. [cit. 2021-01-27]. Dostupné z: <<http://ceskakriminologie.cz/cs/archiv/2020-1/diskriminace-a-nasilii-motivovane-sexualni-orientaci-nebo-genderovou-identitou-online-setreni-mezii-lgbt-lidmi-v-cesku/Attachment>>.

³⁶ MELZEROVÁ, Z. *Právní úprava transgender osob*. Diplomová práce. Brno: Masarykova univerzita, Farmaceutická fakulta, 2020, s. 51.

³⁷ Rozsudek ESLP ze dne 30. 11. 2010 ve věci *V. proti Španělsku*, č. 35159/09.

³⁸ Rozsudek ESLP ze dne 12. 5. 2015 ve věci *Identoba a ostatní proti Gruzii*, č. 73235/12.

ny o genderovou identitu, čímž byla poskytnuta ochrana před diskriminací všem trans osobám.

S diskriminací se však trans lidé potýkají i v běžném životě. Kromě již výše uvedené oblasti zdravotnictví jde o oblast administrativní, a to v situaci, kdy si chtějí změnit jméno v oficiálních dokumentech. Návštěvy úřadů jsou totiž situace, při nichž se musí osoba identifikovat, a to zejména podle přiděleného rodného čísla, součástí něhož je i identifikátor pohlaví. I když se o rodných číslech často hovoří jako o socialistickém přežitku, který by měl postupem času v České republice úplně vymizet, i nadále jsou rodná čísla využívána jako primární identifikátor fyzických osob. Změnou pohlaví dochází kromě změny jména a příjmení také ke změně rodného čísla.³⁹ Třeba je však vyměnit všechny osobní doklady, tj. občanský průkaz, cestovní pas, řidičský průkaz či kartičku zdravotní pojišťovny. *Amnesty International* vyzvala státy, aby v souladu s mezinárodními závazky a standardy v oblasti lidských práv přestaly porušovat lidská práva trans osob a poskytly jim ochranu. Součástí těchto výzev byla také žádost o poskytnutí školení všem státním složkám včetně státní policie a státních úředníků, aby respektovali identitu trans osob a ve styku s nimi se chovali informovaně a citlivě.⁴⁰

Kromě styku s úřady bývají trans osoby často obětmi diskriminace i v pracovním životě nebo ve vztahu k důchodům. Český sociální systém totiž rozlišuje mezi důchodovým věkem u mužů a u žen. Dalšími nikoliv okrajovými oblastmi, v nichž k diskriminaci dochází, jsou věznice, sporty či návštěvy veřejných toalet.

Věznice je prostředí, v němž trans lidé nemají přístup k příslušné hormonální a chirurgické léčbě. I když došlo v minulosti ke snaze o povolení takové léčby, nebyly následně podniknuty žádné bližší kroky. Tento postup je přitom v rozporu se zahraničním přístupem, jehož cílem je náprava a sociální rehabilitace odsouzených osob. Osobám ve výkonu trestu by měla být poskytnuta adekvátní zdravotní péče, a to se týká i transsexuality. Ministerstvo spravedlnosti by tedy mělo stanovit postup, prostřednictvím něhož by bylo možné dle potřeby hormonální či chirurgickou změnu pohlaví poskytnout a zamezit tak tomu, aby docházelo k ohrožení nejen jejich léčby, ale také jejich fyzické a psychické integrity. Domnívám se, že právě u osob ve výkonu trestu může často docházet tímto způsobem k trestání za již odsouzený trestný čin.⁴¹

Snaha vyhnout se přísnějšímu typu věznic je také jedním z argumentů proti úřední změně pohlaví. Dle názoru odpůrců úřední změny pohlaví bude možné snáz obejít přísnější režim věznic. Takový názor panuje i přes fakt, v němž je změna pohlaví trans osobami vnímána jako velmi psychicky i fyzicky náročný proces, který by dobrovolně nikdo z uvedeného důvodu nepodstoupil.

Diskutovaná dnešní společností je i otázka výkonnosti vrcholových sportovců. Trans ženy mají totiž vyšší hladinu testosteronu v krvi a jsou proto fyzicky zdatnější než ostatní. Argumentem odpůrců toho, aby trans osoby soupeřily v klasických sportovních kategoriích žen a mužů, jsou jednak hormonální faktory, ale také faktory fyziologické, kupř. výška či větší kapacita plic, která trans ženy zvýhodňuje oproti soupeřkám. Britské právo

³⁹ V souladu s ustanovením § 17 odst. 2 písm. f) zák. č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů, se provede změna rodného čísla, jestliže došlo ke změně pohlaví.

⁴⁰ The State Decides Who I Am. Lack of Legal Gender Recognition for Transgender People in Europe. In: *Amnesty International* [online]. 4. 2. 2014 [cit. 2021-01-27]. Dostupné z: <<https://www.amnesty.org/en/documents/EUR01/001/2014/en/>>.

⁴¹ Informace dostupná z: <https://www.vlada.cz/assets/ppov/rlp/vybory/sexualni-mensiny/CZ_analyza_web.pdf>.

dokonce na základě *Gender Recognition Act*⁴² z roku 2004 umožňuje, aby sportovní pořadatelé vyloučili trans osobu ze soutěže, a to v případě, že by její účast narušila spravedlivý výsledek.

Závěr

Málokdo z laické veřejnosti ví, že nesoulad mezi biologickým a psychologickým pohlavím řadí Světová zdravotnická organizace mezi nemoci, od roku 2018⁴³ jej přitom nezačleňuje mezi duševní poruchy, ale mezi stavy související se sexuálním zdravím.⁴⁴ Přestože se Česká republika neřadí mezi transfobní ani homofobní země, neexistuje zde právo uzavřít manželství stejnopohlavními páry a trans osoby, které naopak v manželství jsou a rozhodnou se změnit si pohlaví, naopak nutí, aby jejich manželství bylo zrušeno. Na druhou stranu jsme zemí s obrovským pokrokem ve zdravotnictví, funguje u nás umělé oplodňování, genové terapie, proč tedy české právo evolutivní vývoj nerespektuje i v problematice změny pohlaví? Lidé s poruchou pohlavní identity by neměli být terčem posměchu, ba dokonce trestání za to, kým jsou, měla by vůči nim být zachována důstojnost právě kvůli jejich jedinečnosti. Zůstává tedy otázkou, jakým způsobem se zákonodárce vypořádá s faktem, že v některých sousedních zemích (Německo, Rakousko) je možné si pohlaví změnit úředně, a to zejména ve vazbě na rozhodovací praxi ESLP, a zda umožní, aby převážil zájem této menší společenské skupiny osob nad zájmem tradičních hodnot ve společnosti.

⁴² Dokument, který upravuje vydávání certifikátů o změně pohlaví pro osoby britské národnosti.

⁴³ Informace dostupná z: <<https://icd.who.int/browse10/2019/en#/F64.0>>.

⁴⁴ Řada autorů se k tomuto pojetí však staví negativně, srov. kupř. AGHA, P. Trans jako výzva symbolickému uspořádání společnosti. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2013, roč. 3, č. 1, s. 5–10 [cit. 2021-07-26]. Dostupné z: <<http://medlawjournal.ilaw.cas.cz/index.php/medlawjournal/article/view/40>>.

RECENZE

Bankowicz Marek – Kubát Michal. Co je politika a jak ji zkoumat? Politická věda Giovanniho Sartoriho. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2021, 148 s.

Ač by právníkům mohlo být povědomé spíše jméno *Giovanni Sartor*, sám patřím k těm, kteří by se ještě před pár lety ujišťovali, zda u zapsaného příjmení nejde o překlep, jelikož měl autor (v naší literatuře typicky *Tomáš Sobek*) jistě na mysli *Giovanniho Sartoriho*. V prvním případě jde o šedesátníka zabývajícího se především právní informatikou, v případě druhém o titána politické vědy, který před několika lety zesnul ve věku jako by naznačujícím, že pil z pramene dlouhého života, jež zasvěcenci ukrývají někde v nitru budovy pražské právnické fakulty.

Dokud se krátce po 2. světové válce v mezinárodním kontextu definitivně neetablovala politologie jako samostatná akademická disciplína, vzdělávali se její reprezentanti primárně buď v právu, anebo v sociologii a filosofii. *Giovanni Sartori* patřil k těm druhým, přesto jeho dílo, a to i to snadno dostupné českému čtenáři, promlouvá rovněž k právníkům. Ústavní právo totiž čerpá z tisíciletého vývoje politického myšlení, recipuje jeho klíčové ideje a doktríny (demokracie, suverenita, omezená vláda, odpovědná vláda, svoboda, rovnost...), reglementuje stěžejní politické instituce a instituce (volby, politické strany), jsoucí prvořadým předmětem zkoumání empirické politické vědy, a také vytváří soubor vrcholných státních orgánů ve vztazích, jež opět politická věda třídí do různých modelů (forem vládnutí) s odhadnutelným systémovým projevováním. A to vše jsou mj. *Sartoriho* témata. I kdybychom pominuli jeho *Strany a stranické systémy* (česky 2005), zůstane *Srovnávací ústavní inženýrství* (česky 2001) a na Slovensku vydaná *Teória demokracie* (1993). Už proto je možné kvitovat s povděkem vydání útlé knihy představující něco jako „úvod do *Sartoriho*“.

Knížka je dílem autorského tandemu dlouholetých přátel *Marka Bankowicze* a *Michala Kubáta*. *Marek Bankowicz* je autorem polským, usídleným v Krakově, díky překladatelskému nasazení právě *Michala Kubáta* však měli i čeští čtenáři možnost seznámit se s několika jeho pracemi (*Demokraté a diktátoři*, *Státní převrat*, *Kritikové marxismu*). *Michal Kubát* je rovněž zavedeným autorem celé řady knižních publikací, z posledních let stojí za připomenutí především *Současná česká politika: Co s neefektivním režimem? a Kdo vládne Česku?* (společně s *Milošem Brunclíkem*). Spolu s knihou nejnovější se vyznačují hutným stylem, informačním a myšlenkovým bohatstvím, avšak také rozsahem, jenž je činí atraktivními i pro studenty a jiné čtenáře, jejichž srdce pro politologii tak úplně nebije.

Knihou čítá úvod, závěr a sedm tematických kapitol. Můžeme ji však přiblížit bez ohledu na systematiku.

První linkou je *Sartoriho* osobnost a styl jeho psaní. Během války se jako odvodový ročník 1924 po řadu měsíců ukrýval před odvodem do armády *Mussoliniho* zbytkové republiky a četl *Hegela*, *Gentileho*, *Croceho* a *Kanta*. Není ostatně jediným autorem, který dodatečně na léta nedobrovolného omezení osobní svobody vzpomínal současně jako na roky plodného útěku do sféry ducha. Jelikož se po roce 1945 na italských univerzitách uvolnilo mnoho míst kvůli odchodu fašistických profesorů, nebylo pro něj nesnadné nastoupit na akademickou dráhu. V 50. letech napsal knihy o autorech, jež pročetl a promýšlel za války,

postupně se však od filosofie a politické filosofie přesouval k budování politologie, jejímž se stal v Itálii prvním profesorem. Paradoxně totiž existovaly už mezi válkami politologické fakulty, avšak bez politické vědy: přednášelo se právo, historie, ekonomie, statistika nebo geografie. Od počátku 70. let začal přednášet v USA, kam se posléze na celých osmnáct let přestěhoval, aniž ovšem ztratil kontakt s italským akademickým i politickým světem (např. zůstal šéfredaktorem předního odborného časopisu). V roce 1994 se vrátil zpět do Itálie a pokračoval v dráze poučeného komentátora veřejného dění, v čemž zúročil polemickou povahu svého psaní – vždy psal proti jiným a jinému, přičemž ovšem odlišoval mezi tvůrčí kritikou a destrukcí. V knize je to názorně ukázáno na přístupu k velké postavě francouzské politologie *Maurici Duvergerovi*, s nímž u nás v 90. letech udržoval příležitostné kontakty *Zdeněk Jičínský*. *Sartori Duvergera* zastínil, podle svého soudu nepochybně i vyvrátil, přitom mu ale ve výzkumu politických stran za mnohé vděčil. Polemický styl psaní současně odkazoval k potřebě dobrého jazyka, neboť špatný jazyk vede ke špatnému myšlení. Odmítal proto natahování pojmů až po ztrátu jejich uchopitelného významu, kvantitativní výzkum, jenž by se rozhodně neměl stát únikem před analýzou problémů, spojoval s pevnými pojmovými základy, k ověřování tvrzení doporučoval jako stěžejní metodu užívat komparaci.

Přejdeme-li od osoby k dílu, *Sartori* sám spatřoval svůj přínos v politické teorii, metodologii a komparativní politologii. *Bankowicz* s *Kubátem* to nepopírají, používají však k výkladu trochu odlišný klíč. Nejdříve přibližují shora zmíněné knihy o velkých filosofech z 50. let, *Kantovi*, *Hegelovi* a *Crochem*. V každé z nich se objevuje i právo: u *Kanta* jako limit vnějšího projevození svobody – spolu se státem představuje organizační rámec koexistence svobod různých lidí; v *Hegelově* případě v podobě vnější legality doplňující vnitřní mravnost; v *Crocheho* úvahách v souvislosti s předmětem filosofie politiky (mj. právní stát) a empirické vědy o politice (mj. výzkum ústav).

Zájem o *Hegela* byl *Sartorimu* východiskem k pozdější kritice marxismu, zejména v odlišení a analýze mladého a starého *Marxe*, filosofa a ideologa. Zmínit můžeme jeho charakterizaci ideje osvobození člověka v komunismu za ideál venkoncem libertariánský nebo poukaz na *Leninův* posun důrazů od proletariátu k avantgardní straně. Rozbor marxismu využívá i v psaní o diktatuře, jež je sice útržkovitě, přesto vede oba autory k představení nástinu obecné teorie diktatury.

Na rozdíl od institucionalizované diktatury římské zdůrazňuje *Sartori* jako její obecný rys uchvácení moci a vládnutí násilím či hrozbou jeho použití. Z historického hlediska odlišuje antické tyranie, mimoevropské despotie a právě diktatury jako absolutistické nemonarchie. Autoritarismus a totalitarismus představuje jako dva druhy diktatury, buď omezené jen na politickou sféru, anebo ve jménu a pomocí ideologie plně kontrolující celou společnost. Podle intenzity, cíle, původu a ideologického profilu zpracovává i další typologie (diktatura prostá, cézarská a totalitární; revoluční, konzervativní, reakční a paternalistická; politická, vojenská a byrokratická; ideologická a neideologická apod.). Ač jsme dnes v naší části světa konfrontováni spíše s různými režimy hybridními, přesto vývoj v četných jiných regionech ukazuje užitečnost rozpoznávání a odlišování režimů nedemokratických a demokratických, neboť rozhodně nelze říci, že by demokracie všude vzkvétala, natožpak demokracie liberální.

Bylo-li třeba teorii diktatury rekonstruovat, teorii demokracie zpracoval a opakovaně revidoval *Sartori* sám. Pojímá ji jako teorii empiricko-normativní, jež zjišťuje, jak demokracie funguje a jak by fungovat měla. Demokracii jako „dobré slovo“ vymezuje takto: „*Demokracie je vírou v rozumného člověka, který dokáže sám sobě vytvořit dobré spole-*

čeství a vládnout mu.“ Teorie demokracie je sice jen jedna, má však složku hodnotovou a složku praktickou. Mezi starověkou a moderní demokracií spočívá zásadní rozdíl v zahrnutí reprezentace, tedy „zastupitelské transmise moci“. Když autoři shrnují tuto část *Sartoriho* úvah, činí tak těmito slovy: „Podstatou demokracie tedy není to, že vládne většina, ale to, že většina je pečlivě kontrolována a kritizována menšinami.“ Z toho také plyne sblížení demokracie s právním státem, respektive s *rule of law*. Podobně jako *Karl R. Popper* zdůrazňuje i *Sartori* u demokracie prvky kontroly a institucionalizované změny vlády cestou voleb, mezi nimiž lid působí jako „spící obr“. Při absenci kompetentních hyperobčanů mohou být prvky přímé demokracie nanejvýše doplňkem zastupitelského systému. Poukaz na kvality nás, občanů, je projevem realismu, k němuž se *Sartori* hlásí: všimějme si, jak věci fungují, místo hledání racionální až racionalistické esence toho či onoho jevu. Avšak právě proto, že máme být realisty, nemůžeme smlčet význam hodnot a ideálů pro lidské jednání a pro demokratickou praxi. Koneckonců i procedury demokratického vládnutí nějaké hodnoty reflektují, jakkoliv na to můžeme mít tendenci zapomínat. Návrat ke kořenům by tak měl vést mj. k zajištění vnímavosti vůdců, kteří samozřejmě mají mít sami představu, kam a proč chtějí své podporovatele vést, nemohou se však stavět hluchými k jejich požadavkům, přáním a potřebám. Bez vnímavosti (citlivosti) vytváříme pod demokratickou kulisou elitářskou diktaturu.

Kapitola o demokracii končí jednak poukazem na význam demokratických institucí i kvality lidu (informovaného, aktivního), jež zdůvodňuje u nás poněkud podceňovaný koncept občanského vzdělávání, jednak kritikou televize a internetu coby médií „obrázkové kultury“ představující určité opositum abstraktnímu a racionálnímu myšlení demokracie.

S demokracií souvisejí i další dvě klíčová témata. Jelikož není zastupitelského systému bez politických stran, je důležitý jejich výzkum. A právě ten představuje snad nejobecněji uznávaný *Sartoriho* přínos, jak v analýze typů politických stran objevujících se v historickém vývoji, tak zejména v kontextu stranických systémů. Všimá si počtu politických stran v systému i míry jejich vzájemné ideologické polarizace. To umožňuje zkoumat stupeň fragmentace stejně jako vzdálenosti, respektive nepřátelství v systému.

Strany a stranické systémy představují spolu s volebními systémy a uspořádáním vládních institucí tři základní faktory chápání politického systému jako stroje s motory, jejichž dílčí selhání jsou vzájemně kompenzovatelná. Celý mechanismus musí fungovat, tj. musí být schopen vládnout. V tom hraje roli to, nakolik jsou politické strany disciplinované, kdo kontroluje je a co kontrolují ony, jsou-li voliči regionálně koncentrovaní, jakou roli v politickém uspořádání hrají armáda a soudy apod. Součástí tohoto tematického okruhu je i debata o poloprezidentském režimu a polemika s *Arendem Lijphartem* o modelech demokracie.

Je vcelku zřejmé, že na takto útlou knihu je dotčených témat mnoho; a mohlo by jich být ještě více. Nejsou ostatně analyzována v úplné souměrnosti, neboť v míře pozornosti se projevují i preference obou autorů. Nepochybně však dobře slouží jako upoutávka k samostatnému studiu původních *Sartoriho* prací, konceptů a myšlenek. Navzdory době plynoucí od jejich vzniku pořád ještě slouží k chápání světa, v němž žijeme. Snad i proto stojí za připomenutí v *Právnicku*.

Jan Kysela*

* Prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., DSc. Právnická fakulta Univerzity Karlovy a Kancelář Senátu. E-mail: kyselaj@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6034-628X>.

Sivák Jakub. Náhradní mateřství v českém právu a související otázky. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2021, 92 s.

Náhradní mateřství je velmi aktuální a stále nevyjasněný fenomén. Stává se tak předním objektem zájmu napříč různými vědními disciplínami, mezi které patří vedle (bio)medicíny nejen právo, ale také etika, psychologie či sociologie. Z právní perspektivy jsou nejvíce diskutovány otázky týkající se zákonnosti či platnosti smluv o náhradním mateřství, a to v návaznosti na postavení všech zúčastněných subjektů, včetně dopadů do jejich právní sféry a společenského života. Kontroverznost daného tématu je zesilována absencí jednotné regulace na mezinárodní a evropské úrovni, což vede k výskytu různých přístupů v právních řádech jednotlivých států. V zásadě se můžeme setkat jak s naprostými zákazy či kriminalizací, tak zpřístupněním dané formy řešení neplodnosti bez výraznějších omezení či jednoznačného právního rámce. Uvedený stav pak vede ke zvýšené nejistotě jak náhradní matky, tak žadatelů a dítěte, které bylo tímto způsobem počato.

Ve vztahu k českému právnímu prostředí se tímto tématem zabývá rovněž kniha *Náhradní mateřství v českém právu a související otázky*, vydaná v roce 2021 v Praze, a to nakladatelstvím Wolters Kluwer ČR. Jejím autorem je český právník *Jakub Sivák*, který v současné době působí jako státní zástupce a jako externí pedagog na katedře občanského práva Univerzity Karlovy. Ve své publikační činnosti se zaměřuje nejen na otázky ochrany osobnosti a přirozených práv člověka, ale také na některé oblasti medicínského práva, pod které lze podřadit rovněž používání metod asistované reprodukce.

Obsah knihy je rozdělen do osmi částí, ve kterých si autor klade za cíl poskytnout komplexní pohled na problematiku náhradního mateřství. Konkrétně usiluje o zohlednění nejen teoretické, ale také praktické a etické stránky provádění daného způsobu řešení neplodnosti. V rámci svého výkladu se v souladu s názvem publikace zaměřuje primárně na českou právní úpravu, a to jak v rovině *de lege lata*, tak v rovině *de lege ferenda*. Současně však neopomíná ani potřebu komparativního přístupu, který souvisí s již naznačenou absencí nadstátní regulace a rozvojem nové formy reprodukční turistiky.

V první části knihy autor nejprve pracuje s vybranými definicemi náhradního mateřství a asistované reprodukce, což jsou navzájem provázané kategorie. Následně již vychází přímo z dotčené právní úpravy, která je zakotvena v zákoně o specifických zdravotních službách. Na jejím základě vymezuje podmínky, které jsou stanoveny pro provádění umělého oplodnění. Současně terminologicky rozlišuje pravé a nepravé náhradní mateřství, a to ve vazbě na určování mateřství podle § 775 nového občanského zákoníku (dále též „o. z.“). V této souvislosti autor nastoluje otázku, zda by nebylo vhodné přistoupit ke změně přístupu v uplatňování tradiční nevyvratitelné domněnky, podle které je za právní matku za všech okolností považována žena, která dítě porodila, ačkoliv s ním nemusí být geneticky nijak svázána.

Ve druhé části knihy poté autor vymezuje právní úpravu týkající se přímo náhradního mateřství. V samotném úvodu zdůrazňuje, že český právní řád obsahuje pouze jedinou výslovnou zmínku daného institutu, spočívající ve stanovení výjimky z jinak absolutního zákazu osvojení mezi příbuznými v linii přímé a mezi sourozenci (§ 804 o. z.). Z dotčeného ustanovení autor dovozuje přinejmenším uznání tohoto způsobu utváření rodinných vztahů ze strany zákonodárce, což považuje za určitou formu rozporu s uplatňovanou domněnkou určování mateřství. S ohledem na absenci jednoznačné právní úpravy dále rozebírá právní povahu smluv o náhradním mateřství, jejichž uzavírání označuje i přes

existenci zásady legální licence za problematickou, neboť v rozporu s kogentními normami občanského práva činí civilní status člověka předmětem smluvního ujednání, což není v nejlepším zájmu uměle počatého dítěte. K tomu však autor dodává, že nejlepší zájem dítěte byl paradoxně v řadě případů důvodem pro zrušení soudních rozhodnutí, která takto vytvořené a v zahraničí právně aprobované rodinné svazky neuznávala.

Závěrem druhé části autor věnuje zvýšenou pozornost rovněž institutu osvojení a problematice určování a popírání otcovství, které s náhradním mateřstvím neodmyslitelně souvisí. Neopomíná ani diskutabilní povahu případného finančního či naturálního plnění ve prospěch náhradní matky za situace, kdy není smluvní závazek zcela naplněn. V tomto směru autor zastává názor, že dané plnění nelze *a priori* považovat za bezdůvodné obohacení, neboť by mělo být interpretováno spíše jako darování svého druhu, a to ve vazbě na hrazení zákonem předvídaných nákladů souvisejících s těhotenstvím a porodem.

Na uvedené závěry autor navazuje ve třetí části knihy posouzením možného veřejno-právního postihu za uzavírání a realizaci smluv na principu komerčního náhradního mateřství. Za tímto účelem vymezuje formální znaky skutkové podstaty trestného činu svěření dítěte do moci jiného podle § 169 trestního zákoníku. K tomu dodává, že případný postih se může týkat nejen náhradní matky, ale rovněž objednatelského páru či zdravotnického zařízení, pakliže bude jejich jednání naplňovat znaky účastenství na trestném činu. Podrobněji se poté autor zabývá otázkou protiprávnosti náhradního mateřství, což souvisí s již naznačenou nejednoznačností právní regulace, ze které nelze nepřipustnost uzavírání daného druhu smluv přímo dovozovat. Na tento výklad navazuje úvaha o naplnění znaků kvalifikované skutkové podstaty trestného činu svěření dítěte do moci jiného za předpokladu, že by bylo jednání dotčených osob (náhradní matky, objednatelského páru a reprodukční kliniky) motivováno získáním značného prospěchu nebo posouzeno jako činnost organizované skupiny ve více státech, což je vlivem povahy dané procedury dobře představitelné.

V rámci čtvrté části knihy již autor přechází od vymezení právní úpravy náhradního mateřství k praktickým otázkám jeho realizace. Vychází přitom mimo jiné ze zkušeností nabytých během osobní návštěvy dvou reprodukčních klinik, ačkoliv připouští, že takto získaná data mohou být zkreslena. Ve vztahu k jednotlivým etapám celého procesu dále vymezuje možnosti darování pohlavních buněk nutných k vytváření embrya či embryí, která mají být do dělohy ženy přenesena. Kromě toho poukazuje na rozhodné okolnosti při výběru náhradní matky, která může dítě odnést jak z altruistických, tak komerčních důvodů, což není podle doložených internetových diskusí výjimkou. V tomto ohledu autor poukazuje na zdravotní a jiná rizika, se kterými je odnošení dítěte ve prospěch jiných osob běžně spojováno.

Pátou část publikace lze vnímat jako využití komparativního přístupu, kdy autor představuje regulaci náhradního mateřství ve vybraných státech. Kromě Spojených států amerických, kde je právní úprava daného institutu značně roztržštěna, poukazuje na kriminalizaci náhradního mateřství v sousedním Německu. Dále se zabývá právní regulací ve Velké Británii, na které demonstruje přístup založený na možnosti vydání speciálního soudního příkazu, který za poměrně striktních podmínek umožňuje *ex post* založit právní vazby objednatelského páru k dítěti přímo, tedy bez nutnosti využití institutu osvojení. Jako ukázkou liberálního přístupu autor používá ukrajinskou a ruskou právní úpravu, umožňující komerční formu náhradního mateřství. Úskalí takové regulace popisuje na příkladu Indie, která byla nedávno nucena přistoupit k zásadnímu omezení náhradního

mateřství. Sám autor ostatně označuje úplatnou formu dané procedury za problematickou, neboť podle něj odporuje evropskému konsenzu ohledně zákazu komercializace lidského těla.

V této souvislosti autor věnuje šestou část knihy vymezení požadavku na respektování nejlepšího zájmu dítěte. Za tímto účelem vychází především z přílehlavé judikatury jak národních soudů, tak Evropského soudu pro lidská práva. Kromě možného vytváření dvou kategorií (právního) mateřství, což navozuje záměrná separace genetického a biologického rodičovství, se autor zabývá otázkou respektování nejlepšího zájmu dítěte za předpokladu, že bude vychovááno stejnopohlavním párem. Podle autora musí přijaté legislativní řešení vytvářet „*prostor pro zdravý rozvoj dítěte a zabezpečení stálého a láskyplného prostředí pro jeho dospívání. Zajistit je též nutné prostor pro kvalitní psychologický a zdravotní rozvoj dítěte, kdy dopady výchovy stejnopohlavním párem musí být zhodnoceny odbornou psychologickou či lékařskou veřejností.*“ Současně autor na nedávno řešeném případě před Ústavním soudem (sp. zn. Pl. ÚS 6/20) upozorňuje na institut výhrady veřejného pořádku, který státu umožňuje neuznávat cizí rozhodnutí soudu ve věcech osvojení dítěte stejnopohlavními páry, pakliže je takový postup vnitrostátními právními předpisy zapovězen.

V sedmé části knihy se již autor soustředí na etickou stránku provádění náhradního mateřství. Podle jeho názoru nelze opomenout, že je tento způsob řešení neplodnosti spojen s určitou formou dilematu. Na jedné straně je zde přirozená touha neplodného páru po dítěti. Současně však nelze opomíjet související závazek náhradní matky, která se dopředu vzdává svého dítěte ve prospěch jiných osob. Ačkoliv autor nezpochybňuje, že na morální otázky nelze v zásadě dát jednu objektivně správnou odpověď, spatřuje řešení ve využití principu proporcionality. V této souvislosti staví do opozice názory známých myslitelů Jeremy Benthama a Immanuela Kanta. Konkrétně ukazuje, že na provádění náhradního mateřství lze z mravního hlediska nahlížet jak z pozice utilitarismu, zastávajícího princip maximalizace užitku zúčastněných osob, tak z pohledu vyžadujícího respektování autonomie vůle a důstojnosti člověka, který nemůže být nikdy pouhým prostředkem k dosahování určitých cílů. Problém spojený s nerespektováním důstojnosti autor spatřuje rovněž ve vztahu ke křesťanskému přístupu k náhradnímu mateřství, jehož podstata spočívá nejen v kritice narušení posvátnosti intimního svazku mezi mužem a ženou, ale také v odmítnutí řízené selekce embryí, která je během asistované reprodukce běžně prováděna.

V poslední části knihy jsou formulovány úvahy *de lege ferenda*. Za stěžejní východisko lze považovat zejména přesvědčení autora o nutnosti přijetí jednoznačné a stabilní právní úpravy, která by přetrvávající nejistotu ohledně (ne)přípustnosti provádění jednotlivých forem surrogace odstranila či alespoň minimalizovala. Ve své argumentaci jde autor dokonce tak daleko, že současný legislativní stav a související právní nejistotu označuje za protiústavní, respektive odporující principům právního státu. Poněkud skepticky se poté vyjadřuje rovněž k legislativnímu zpřístupnění náhradního mateřství pro stejnopohlavní páry či jednotlivce za situace, kdy je takto pojaté utváření rodinných vztahů uskutečňováno bez možnosti zjištění názoru dítěte, jehož výchova je přímo dotčena. Naopak se autor domnívá, že stejně nelze bez dalšího argumentovat ve vztahu k osvojení za předpokladu, že věk dítěte umožňuje jeho stanovisko zjistit a zohlednit. Současně autor zdůrazňuje, že nelze opomenout rozdílnou povahu obou institutů. Osvojení je totiž v zásadě spojeno s nezájmem o dítě ze strany biologických rodičů a snahou státu o následné zmírnění negativních dopadů, což nelze s podstatou náhradního mateřství jednoduše zaměňovat.

Podle názoru autora je nicméně nutné zabránit obecně tomu, aby docházelo prostřednictvím uznávání cizích soudních rozhodnutí k tomu, že budou vnitrostátní pravidla záměrně a systematicky obcházena.

Osobně považuji danou publikaci za zdařilou, neboť přehledným a komplexním způsobem poskytuje nejen základní informace o provádění náhradního mateřství, ale také analytický a svojí povahou kritický pohled na současnou (ne)existenci právní úpravy dané procedury v České republice. Oceňuji systematický přístup autora, který reflektuje specifika soukromoprávní a trestněprávní regulace, a to rovněž s ohledem na rozdílnou povahu altruistické a komerční formy náhradního mateřství. Současně se ztotožňuji s jeho názorem, že smlouvy mezi náhradní matkou a neplodným párem lze považovat za absolutně neplatné, a to nejen pro jejich rozpor s dobrými mravy či veřejným pořádkem, ale především z důvodu nerespektování ochrany osobnosti a civilního statusu dítěte, které se stává de facto objektem smluvního ujednání svého druhu.

Ve vztahu k řešení budoucího a často nejistého uspořádání rodinných vztahů, což závisí v různých situacích na chování náhradní matky či neplodného páru, jsem však poněkud skeptický ohledně autorem naznačené možnosti zákonné konstituce dvojího mateřství, přestože význam genetické vazby v jiných ohledech (právo znát svůj původ) rozhodně nezpochybňuji. Naopak oceňuji předestření a hodnocení málo diskutované povahy finančního plnění náhradní matce, přičemž souhlasím s tím, že jeho případné vymáhání z titulu bezdůvodného obohacení by bylo velmi problematické. Stejně tak kvituji poměrně podrobný rozbor podmínek pro naplnění skutkové podstaty trestného činu svěřeni dítěte do moci jiného, jakožto důsledku komerční formy surrogace, a to jak ve formě (spolu)pachtatelství, tak účastenství. Současně se ovšem domnívám, že autorem diskutovaná protiprávnost úplatného osvojení jako součásti celého procesu je objektivní kategorií. Jinými slovy, případné zpochybnění trestní odpovědnosti dotčených osob by mohlo kromě nejasné hranice mezi odměnou a úhradou nákladů spojených s těhotenstvím a porodem směřovat spíše k otázce možného právního omylu, respektive absence zavinění jakožto subjektivní stránky trestného činu.

Ačkoliv pak nijak nezpochybňuji interdisciplinární povahu náhradního mateřství, včetně jeho provázanosti s dalšími právními instituty, nejsem si zcela jistý, zda bylo nezbytné věnovat natolik detailní pozornost právní úpravě institutu osvojení, která je v zásadě aplikována jako v jiných (běžných) případech. Na druhou stranu chápu, že mohla být daná publikace zamýšlena praktickým a popularizačním způsobem, respektive má sloužit rovněž jako komplexní pohled na věc pro potřeby širší veřejnosti, která není se zákonnou úpravou těchto otázek podrobně seznámena. K tomu považuji za vhodné doplnit, že pozornost věnovaná nejlepšímu zájmu dítěte byla v kontextu řešeného tématu zcela namístě. Osobně bych však preferoval větší důraz na provázanost s institutem náhradního mateřství, a to rovněž ve vazbě na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, který se k těmto otázkám vlivem provádění mezinárodní surrogace opakovaně, byť poměrně nejednoznačně, vyjadřoval.¹ Za podstatnou nicméně považuji skutečnost, že autor uvedené souvislosti reflektoval, přičemž se nebál ani jasně pojmenovat problémy, které jsou spojeny jak s nejednoznačností právní regulace, tak s jejím obcházením za pomoci náhradních

¹ K tomu srov. rozsudek ESLP ze dne 26. 6. 2014, stížnost č. 65192/11, *Mennesson proti Francii*; rozsudek ESLP ze dne 26. 6. 2014, stížnost č. 65941/11, *Labassee proti Francii*; rozsudek ESLP ze dne 8. 7. 2014, stížnost č. 29176/13, *D. a další proti Belgii*; rozsudek Velkého senátu ESLP ze dne 24. 1. 2017, stížnost č. 25358/12, *Paradiso a Campanelli proti Itálii*.

matek v zahraničí. V této souvislosti bylo namístě předestřít různé přístupy k regulaci náhradního mateřství na úrovni jednotlivých států, k čemuž ostatně autor přistoupil, byť spíše selektivním způsobem.

Účelem výše uvedených připomínek však rozhodně není snižovat kvalitu recenzované publikace. Jedná se v podstatě o první ucelenou monografii, která přehledným způsobem pojednává o tomto velmi aktuálním a kontroverzním tématu, s nímž bude právní věda a praxe stále více konfrontována. Autor navíc nezůstal u pouhé reprodukce zákonných ustanovení a judikatury, ale zakomponoval do textu rovněž vlastní úvahy a postřehy, které mají potenciál dosavadní diskurz nejen doplňovat, ale také rozšiřovat o praktické otázky, jimž není často věnována dostatečná pozornost. Lze tedy konstatovat, že daná publikace představuje řadu podnětů k zamyšlení jak pro zákonodárce či širší odbornou veřejnost, tak pro samotného autora, který si výslovně ponechal prostor k tomu, aby své stanovisko k (ne)legalizaci náhradního mateřství do budoucna ještě precizoval.

Jakub Valc*

* JUDr. Mgr. Jakub Valc, Ph.D. Krajský soud v Brně, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4080-2679>.

Study of Decontextualization in Case-Law Use

Terezie Smejkalová (<https://orcid.org/0000-0002-9143-9160>) –
Tereza Novotná (<https://orcid.org/0000-0002-1426-4547>)

Abstract: This article tackles one of the elements of the Czech judicial decision-making. Judicial decisions often contain several references to past judicial decisions. It often seems that these references are used haphazardly, without any attention to factual similarities between the cases, as has been pointed out by scholarly literature. The goal of this article is to report on a study of the Czech citation practice that was conducted by a combination of network analysis and textual analysis that focuses on the issue of similarity between the facts of a given case and the facts of the case of cited decisions. Using chains of citations constructed by means of network analysis, this study shows to what extent is similarity taken into account when citing case-law in the Czech citation environment. Furthermore, it also explores the indicative capacity of one of the network values – indegree centrality – for judicial decision citation practice.

Keywords: case-law, decontextualization, network analysis, citations of judicial decisions, similarity of judicial decisions

Considering the Limits of Implementing Legislation

Daniel Kačer (<https://orcid.org/0000-0002-3638-6035>)

Abstract: In this article, the author deals with the relationship between the law and the implementing legislation. The central question of this paper is, to what extent may implementing legislation carry out the law, to which it refers, and how this implementation ought to look like, so the reservation of the law is not violated. The author seeks answers in the case law of the Czech Constitutional Court, only to find out that the case law does not offer a satisfactory and clear interpretation. On the contrary, the Constitutional Court imposes ambiguous requirements on the law in various examples, and the executive is thus allowed a different degree of discretion in individual cases. Thus, the principle of legal certainty is violated which in this case represents a problem not only for the recipients of legal norms but also for public authorities. Given that the literature does not deal much with this problem, the presented article attempts to solve the legal uncertainty regarding the interpretation of the reservation of the law. First, the general rules concerning the reservation of the law are defined, while the author bases his claim on the division into fundamental rights and non-fundamental rights. After that, the text proceeds to define the criterion for the assessment of whether the secondary legislation is in accordance with the reservation of the law. It turns out that there is not only one suitable criterion. For that reason, the reservation of the law is divided into three categories – general reservation of the law, reservation of the law in the narrower sense, qualified reservation of the law. In addition, the special reservation of the law created by the Czech Constitutional Court is also discussed.

Keywords: the reservation of the law, fundamental rights and freedoms, the Constitutional Court, law, implementing legislation

The Promise and Pitfalls of Identification Services through Bank Identity

Pavel Loutocký (<https://orcid.org/0000-0002-4965-1467>) –
František Kasl (<https://orcid.org/0000-0001-6675-9528>)

Abstract: In this article, we present the reasons for and the way of introducing bank identity in Czech law. Although the potential for increased use of electronic documents has been generally supported by the eIDAS Regulation, in particular the possibilities of using electronic identification have not yet been well exploited in the Czech Republic. Banking identity holds the promise of more fundamental change in this respect. Potential user benefits are associated in particular with the simplicity of setting up this electronic identity and its subsequent use. Nevertheless, there are certain pitfalls to be borne in mind. Our aim is to identify and analyse the problematic aspects of the functioning of the banking identity and to discuss how the described

obstacles could be eliminated. In this direction, a technologically innovative solution of the so-called attribute authentication system and the possible benefits of its deployment in the context of identification services are also presented.

Keywords: bank identity, electronic identification, eIDAS Regulation, cyber security, attribute authentication system

Where have we shifted since Declaring Data Retention Directive Invalid

Jaroslav Denmark (<https://orcid.org/0000-0002-8304-1312>)

Abstract: The European Union is quite efficient in its efforts to protect fundamental rights to privacy and to personal data protection, even during the time of rapid development of communication technologies. Whether it is the European legislator or the EU Court of Justice, the overall approach reflects the today's modernity. Nonetheless, there have been certain confusion regarding the data retention of personal data by telecommunication services providers for the purpose of transferring the data to the public authorities since the declaration of Data Retention Directive invalid. The aim of this paper is not only to evaluate the effectiveness of European Union's practice within the evolution of new technologies regarding the challenges towards the right to privacy and personal data protection, but also to answer the question of whether we now have clear guidelines for data retention legislation on the national level.

Keywords: data retention, right to privacy, localization data, law and modern technology

Czech Legislation on Gender Reassignment in the Light of European Human Rights Standards

Petra Kotková (<https://orcid.org/0000-0002-7732-4746>)

Abstract: The aim of this article is to analyse the concordance of the existing legal regulation of gender reassignment with those human rights, which are closely related to the transgender issue, at the national, EU and international level. The article first deals with the ambiguity and differentiation of the Czech legal regulation of gender reassignment contained in Act No. 89/2012 Coll., the Civil Code, and Act No. 373/2011 Coll., on Specific Health Services. It also discusses the case law of the Supreme Administrative Court on the issue of gender reassignment, in which the Supreme Administrative Court refused to accept the approach advocated by the European Court of Human Rights. The case law of the European Court of Human Rights forms the next chapter. The focus of this chapter is on the evolutionary development of the refusal of surgical interventions as a condition for the legal recognition of gender reassignment. The article also includes an international framework in which fundamental human rights related to trans issues are reflected. These are the right to privacy, which is closely related to the right to marry, since according to Czech legislation, a change of gender extinguishes marriage (also registered partnerships), and finally the right to health. The final part is devoted to discrimination, which is very close to trans people in many areas.

Keywords: gender reassignment, transgender, human rights, Supreme Administrative Court, European Court of Human Rights, discrimination

OBSAH ROČNÍKU 2021

ÚVODNÍKY

Peter Benenson: „Výzvy jsou stále velké“	489–490
Zpřetrhané století vývoje našeho ústavního soudnictví	897–898

STATI

BĚLOHLÁVEK, Alexander J.: Částečná neplatnost právního jednání v českém právním řádu ...	233–260
CABAN, Pavel: Význam stanovisek lidskoprávních výborů a jiných expertních smluvních orgánů pro výklad mezinárodních smluv	822–842
CODL, Daniel: Zamyšlení nad stávajícím pojetím veřejných subjektivních práv jakožto základu aktivní žalobní legitimace v soudním řízení správním	51–64
ČERVÍNEK, Zdeněk: Legitimita, proporcionalita a doktrína vyloučených důvodů	491–509
DENEMARK, Jaroslav: Kam jsme se posunuli od zrušení směrnice o uchovávání údajů	1054–1070
DERKA, Viktor – HORÁK, Filip – DIENSTBIER, Jakub: Ústavní soud je soudním orgánem ochrany ústavnosti. Ale co to znamená?	940–947
ELISCHER, David – DRACHOVSKÝ, Ondřej: Několik zastavení nad renunciační smlouvou	416–430
FLORIAN, Tristan: Efektivita lidských práv a úskalí jejího empirického zkoumání	636–649
FRONC, Jaromír: Vliv referenčního rámce přezkumu na rozhodování soudů a správních orgánů	195–209
GUNIČ, Marek: (Ne)ústavné ústavné zvyklosti	451–465
HORÁK, Filip – DIENSTBIER, Jakub – DERKA, Viktor: Právní úprava mimořádného vládnutí v kontextu pandemie covid-19. Rozhodnutí o vyhlášení nouzového stavu	431–450
HULMÁK, Milan: Správa vlastního majetku a podnikání	153–176
CHALUPA, Radim: Návrh úpravy směnečného rozkazního řízení ve věcném záměru civilního řádu soudního	21–50
CHAMRÁTKOVÁ RICHTEROVÁ, Anna: Problémy současného pojetí veřejné moci v české právní doktríně i praxi	510–524
KAČER, Daniel: K mezím podzákoné normotvorby	1024–1037
KOLUMBER, David: Opakování funkčních období soudních funkcionářů prismatickým českého ústavního pořádku	715–728
KOSTLÁN, Antonín: Do exilu – Zdeněk Kryštůfek a ti druzí z Ústavu státu a práva ČSAV	793–821
KOTKOVÁ, Petra: Česká právní úprava změny pohlaví ve světle evropských lidskoprávních standardů	1071–1082
KOTLÁN, Pavel: Spor o podstatu trestní odpovědnosti	697–714
KŘÍŽ, Jakub: Struktura práva na potrat. Úvahy ve světle judikatury Nejvyššího soudu USA	729–744
KYSELA, Jan – STÁDŇÍK, Jakub: Kam ústavní soud nechodí (a nejen o tom)	899–918
LARYŠOVÁ, Nela: Autokratický legalismus a vývoj postavení nevládních organizací v právním systému Ruské federace	105–120
LOUTOCKÝ, Pavel – KASL, František: Potenciál a úskalí identifikačních služeb bankovní identity	1038–1053

MACH, Martin: Právo být zapomenut jako reakce na vývoj informačních technologií	597–609
MALENOVSKÝ, Jiří: Trpký úděl Ústavního soudu ČSR: divák za plotem u cesty k rozpadu společného státu	948–962
MALÍŘ, Jan: Konsorcia ERIC a jejich místo v systému práva EU	81–104
MATEJKA, Ján – FIALOVÁ, Eva – ŽOLNERČÍKOVÁ, Veronika: Deliktní odpovědnost na prahu éry strojů aneb k některým předpokladům vzniku povinnosti nahradit újmu způsobenou provozem autonomních vozidel	313–333
MATEJKA, Ján – MATES, Pavel: Česká cesta adaptace obecného nařízení aneb hmotněprávní exempce přestupků podle zákona o zpracování osobních údajů	843–853
MICHÁLEK, Jakub: Právní expertní systémy a reprezentace pravidel v kódu	177–194
MÜLLEROVÁ, Hana: Klimatická změna a snahy o rozšiřování lidských práv v čase a prostoru	549–564
PAUKNEROVÁ, Monika: Imperativní normy a mezinárodní právo soukromé – klasické téma v současnosti	1–20
PROKEŠ, Martin: Akademičtí pracovníci a funkcionáři veřejných vysokých škol	871–888
RICHTER, Štěpán: Ochrana osobních údajů v kontextu poskytování digitálních dat spotřebitelům	745–758
ROSENKRANZOVÁ, Olga: Věk práv? Lidské povinnosti ve světle Kantovy filozofie	525–548
SISÁK, Ľuboslav: Európske osvedčenie o dedičstve a prepis vlastníctva k zdedenej nehnuteľnosti	854–870
SLÁDEČEK, Vladimír – HOFMANNOVÁ, Helena: K odpovědnosti prezidenta republiky za jednání, které není výkonem funkce	617–635
SMEJKALOVÁ, Terezie – NOVOTNÁ, Tereza: Studie dekontextualizace v používání judikatury	1001–1023
SNOPKOVÁ, Tereza: Právo na vodu a aktuální tendence k posílení ochrany vody v ústavněprávní rovině českého práva	565–579
STEHLÍKOVÁ, Jana: Omezení svobody projevu soudců a jeho morální zdůvodnění v judikatuře ESLP a NSS	650–663
SVOBODA, Tomáš: Sociální sítě a veřejný zájem	580–596
ŠEJVL, Michal: Delegace zákonodárné moci a meziválečný československý ústavní soud	919–939
ŠTURMA, Pavel: „Náležitá péče“ v mezinárodním právu: obecný pojem s variabilním obsahem	401–415
TULÁČEK, Jan: Problém žánrů odborné právní literatury	261–272
TVRDÍKOVÁ, Linda: Lidská práva v kontextu kulturní evoluce	121–135
VYŠNÝ, Peter: Teória spravodlivej vojny Francisca de Vitoriu	759–778
ZUKAL, Marek: Problémy spojené s aplikací mezinárodního práva na vnitrostátní úrovni	334–349
ŽÁČKOVÁ, Zdena: Jiří Kejř v Ústavu státu a práva ČSAV – právník, který žil středověkem. Sto let od narození	664–675

DISKUSE

DRACHOVSKÁ, Karolína: Umělá inteligence jako nositelka základních práv?	273–284
DRACHOVSKÝ, Ondřej – FISCHER, Kristián: Metodologické přístupy k analogii zákona v kontextu právní úpravy započtení na dědický podíl	350–373
GAZDA, Viktor: Judikatorní odklony a legitimní očekávání účastníků řízení	285–299

GLOSY

PROCHÁZKOVÁ, Eva: Podoba základních lidských práv a svobod na pozadí myšlenkového relativismu	374–378
---	---------

PŘÍSPĚVKY K BUDOUCNOSTI OBORU

BOHÁČ, Radim: Finanční právo a finanční věda	963–971
DRLIČKOVÁ, Klára: Význam a pojetí obvyklého pobytu (nejen) v evropském mezinárodním právu soukromém a procesním	466–476
MORÁVEK, Jakub: Změna některých výchozích sociálních paradigmat a její reflexe v právní úpravě pracovněprávních vztahů a sociálního zabezpečení	136–141

RECENZE

ALMAN, Tomáš: Orosz Ladislav. Teória ústavy a ústavné systémy demokratických štátov. 2020	224–226
BÍLKOVÁ, Veronika: Sands Philippe. East West Street. On the Origins of “Genocide” and “Crimes against Humanity”. 2016	303–307
BOČEK, Tomáš: Petrlik David – Bobek Michal – Passer Jan – Masson Antoine. Évolution des rapports entre les ordres juridiques de l’Union européenne, international et nationaux, Liber amicorum Jiří Malenovský. 2020	981–985
ELIÁŠ, Karel: Hulmák Milan. Kontrola cenových ujednání ve spotřebitelských smlouvách. 2020	379–391
ELIÁŠ, Karel. Vozár Jozef (ed.). Karmánov komentár k zákonu proti nekalej súťaži. 2020	889–891
FRONC, Jaromír: Kratochvíl Jan. Lidská práva v praxi obecných soudů. 2020	780–784
IVANČO, Marek: Gregor Martin. Historiografia rímskeho práva na Slovensku: príbeh štyroch profesorov	610–612
KAPRAS, Jiří: Kysela Jan a kol. Populismus v demokratickém právním státě: hrozba nebo výzva? 2019	985–997
KOTKOVÁ, Petra – KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka: Scherpe Jeans M. – Fenton-Glynn Claire – Kaan Terry (eds). Eastern and Western Perspectives on Surrogacy. 2019	379–391
KYSELA, Jan: Bankowicz Marek – Kubát Michal. Co je politika a jak ji zkoumat? Politická věda Giovanniho Sartoriho. 2021	1083–1085
KYSELA, Jan: Ondřejek Pavel. Koncepce práva jako systému. 2020	213–215
MALÁ, Jana: Walter Christian – Medina Barak – Scholz Lothar – Wabnitz Heinz-Bernd (eds). The Israeli Legal System. An Introduction	477–480
MALÍŘ, Jan: Tomášek Michal – Týč Vladimír – Petrlik David (ved. aut. kol.). Právo Evropské unie. 3. aktualizované vydání. 2021	678–690
ONDŘEJEK, Pavel: Gábriš Tomáš. Preskriptívna teória práva. Metodológia aplikácie práva pre súčasnosť. 2020	218–224
PREUSS, Ondřej: Albert Richard. Constitutional Amendments: Making, Breaking and Changing Constitutions. 2019	974–980
ŠIMÍČEK, Vojtěch: Hans Petter Graver. Der Krieg der Richter. Die deutsche Besatzung 1940–1945 und der norwegische Rechtsstaat. 2019	67–74

ŠMIHULA, Daniel: Ján Jessenius a jeho Pro vindiciis contra tyrannos oratio. Jesenský Ján. Proti tyranům. 2019	142–150
TOMÁŠEK, Michal: Starý Marek. Agent, který se neprostrřile... a ti ostatní. 2020	215–218
TRÁVNÍČEK, Zdeněk: Gazda Viktor. Hledání pravdy v civilním procesu. 2020	678–690
VALC, Jakub: Sivák Jakub. Náhradní mateřství v českém právu a související otázky. 2021	1086–1090
ŽÁK KRZYŹÁNKOVÁ, Katarzyna: Stelmach Jerzy. Sztuka manipulacji. 2018	300–303

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

KOBER, Jan: Konference Právní minulost digitálně	481–482
Zpráva o IX. zasedání odborného kolegia pro občanské právo k problematice odpovědnosti dluhů dědice za dluhy zůstavitele	392–395

MORS VENIT VELOCITER

Za Dušanem Hendrychem	210–212
Za profesorem Novotným	65–66

GAUDEAMUS

Jan Hurdík sedmdesátiletý	972–973
Docent Cvrček pětadesátiletý	676–677
Profesor Suchoža devadesátiletý	779