

## STATI

# Správa vlastního majetku a podnikání

Milan Hulmák\*

**Abstrakt:** Obsahem článku je pokus o nalezení hranice mezi pouhou správou vlastního majetku a podnikáním v soukromém právu. Přestože se uplatňuje princip jednoty právního řádu, pojetí v jiných právních odvětvích bude s ohledem na účel regulace často jiné. V soukromém právu je rozhodující naplnění kritérií podnikání podle § 420 odst. 1 a odst. 2 o. z. Zásadním může v hraničních případech být požadavek živnostenského nebo obdobného způsobu výdělečné činnosti. Autor se snaží tento požadavek interpretovat v souladu s historickými vzory i obdobnými úpravami v Rakousku a Německu jako požadavek určitého způsobu organizace práce, plánovanosti a rozsahu činnosti, trvalosti a časové náročnosti takové organizace. Tato kritéria musí být aplikována i na případy pronájmu majetku, účasti v obchodních společnostech nebo zemědělské činnosti. Pronájem bytu, investice do cenných papírů, účast v obchodní společnosti nebo hospodaření na vlastním pozemku nejsou bez dalšího podnikáním jenom z důvodu, že dochází k opakování této činnosti se záměrem dosažení zisku. Zvýšení právní jistoty v soukromém právu by mohlo přinést stanovení přesné hranice pro některé činnosti, pak spíše v podobě vyvratitelné právní domněnky. Jiným řešením je ale i zachování jednoty soukromého práva, povinná identifikace stran, ochrana očekávání druhé strany a za určitých okolností i samostatná odpovědnost například zprostředkovatelů za plnění zprostředkované smlouvy.

**Klíčová slova:** správa vlastního majetku, podnikání, podnikatel, spotřebitel, živnostenský nebo jiný obdobný způsob výdělečné činnosti

## Úvod

Právo vlastnit majetek je jedním ze základních lidských práv.<sup>1</sup> Jeho nezbytnou součástí je právo spravovat vlastní majetek, vlastnické právo se vykonává při správě věci. Už na ústavní úrovni je přítom nutné si všimnout odlišných předpokladů stanovených pro podnikání. I právo podnikat je garantováno Listinou základních práv a svobod. Zákon však může stanovit podmínky podnikání. Práva na podnikání se lze dovolávat pouze v rozsahu provádějících zákonů,<sup>2</sup> navíc pro některé osoby může být právo podnikat omezeno.<sup>3</sup>

Listina základních práv a svobod naznačuje, že při řešení řady otázek bude nezbytné nalezení hranice mezi správou vlastního majetku a podnikáním.<sup>4</sup> Výkon řady funkcí je spojen s omezením hospodářské činnosti s výjimkou správy vlastního majetku.<sup>5</sup> V nava-

\* Doc. JUDr. Milan Hulmák, Ph.D. Příspěvek je výsledkem projektu APVV-17-0562 *Zmluvy uzatvárané prostredníctvom elektronických platforiem*. Právní předpisy jsou vždy citovány ve znění pozdějších předpisů, ve stavu k 15. 11. 2020, není-li uvedeno jinak.

1 Srov. čl. 11 odst. 1 a 3 usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „LZPS“).

2 Srov. čl. 26 odst. 1, 2 a čl. 41 LZPS.

3 Srov. čl. 44 LZPS.

4 Necháváme zde stranou skutečnost, že čl. 26 odst. 1 LZPS upravuje na témže místě i jinou hospodářskou činnost, kam někteří autoři řadí i správu a rozmnožování vlastního majetku (WINTR, J. In: WAGNEROVÁ, E. – ŠIMÍČEK, V. – LANGÁŠEK, T. – POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, čl. 26).

5 Srov. § 24 odst. 6 zák. č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, § 47 zák. č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, § 85 zák. č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (zákon

zující judikatuře se pak řeší ústavnost takových omezení<sup>6</sup> a kárná odpovědnost.<sup>7</sup> Samozřejmě to neznamená, že by vlastnické právo nemohlo být omezeno, s ohledem na sociální funkci vlastnického práva pak dokonce bezúplatně.<sup>8</sup> Zatímco však omezení vlastnického práva podléhá přísnému testu přiměřenosti, v případě práv hospodářských, tedy i práva podnikat, jde o test pouhé rozumnosti.<sup>9</sup>

V soukromém právu se lze ptát, zda cílem činnosti právnické osoby může být správa vlastního majetku,<sup>10</sup> respektive zda zde jsou důvody pro zrušení právnické osoby po zániku podnikatelského oprávnění.<sup>11</sup> Podobně, v kterých případech dochází k porušení zákazu podnikání některých právnických osob.<sup>12</sup> V souvislosti s rozvojem sdílené ekonomiky vyvstávají otázky rozlišení podnikání a pouhé správy vlastního majetku stále častěji i v oblasti závazkového práva.<sup>13</sup> Typickým případem je přenechání věci k užití jinému, zejména do nájmu, může se ale jednat i o založení obchodní společnosti, umožnění přepravy či výkonu jiné činnosti. V zahraničí bylo řešeno postavení dodavatelů elektrické energie ze solární elektrárny na nemovitosti.<sup>14</sup> Spotřebitel (uživatel služeb a zboží) – *consumer* se stává *prosumer* (poskytovatel zboží, ubytování, úklidových služeb atd.).<sup>15</sup> Taková činnost může znamenat, že poskytovatel služby již není spotřebitel, ale podnikatel.<sup>16</sup> Subjekt může porušit zákaz podnikání, typicky pro určitý druh právnické osoby. Postavení stran se může promítnout i při určení smluvního typu.<sup>17</sup> Charakter závazku se projevuje v pravidlech mezinárodního práva soukromého a procesního.<sup>18</sup> Má dopad do insolvenčního řízení.<sup>19</sup> Z hlediska veřejného práva vyvstává otázka potřebnosti povolení pro

o soudech a soudcích), § 16 odst. 4 a 5 zák. č. 312/2002 Sb., o úřednicích územních samosprávných celků, § 81 odst. 2 zák. č. 234/2014 Sb., o státní službě, § 4 zák. č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů.

<sup>6</sup> Srov. náleží ÚS ze dne 11. 2. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 4/17.

<sup>7</sup> Srov. rozhodnutí NSS ze dne 19. 11. 2019, sp. zn. 15 Kse 4/2018.

<sup>8</sup> S odkazem na čl. 11 odst. 3 LZPS Ústavní soud připoustí i omezení bez náhrady (náleží ÚS ze dne 8. 12. 2020 sp. zn. Pl. ÚS 21/20, náleží ÚS ze dne 21. 12. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 27/16). Limity podle čl. 11 odst. 4 LZPS se mají uplatnit pouze v případech, že jde o omezení, které vylučuje realizaci vlastnického práva buď zcela, nebo v rozsahu, který podstatnou měrou znemožňuje výkon vlastnického práva v některé z jeho složek.

<sup>9</sup> Zda se právní úprava nedotýká samotné existence hospodářského nebo sociálního práva nebo skutečné realizace jeho esenciálního obsahu (náleží ÚS ze dne 8. 12. 2020 sp. zn. Pl. ÚS 21/20, odst. 61 an.).

<sup>10</sup> Např. nadace – srov. usnesení NS ze dne 5. 11. 2002, sp. zn. 29 Odo 413/2002 a RONOVSÁ, K. Nadace (a trusty) v kontinentální Evropě – pohled funkcionální. *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 7–8, s. 203. Naopak ve vztahu ke společnostem s ručením omezeným NS ze dne 21. 5. 2008, sp. zn. 29 Cdo 152/2007.

<sup>11</sup> Ustanovení § 93 písm. a) zák. č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích) – dále jen „ZOK“ – explicitně stanoví, že ztráta podnikatelského oprávnění není důvodem pro zrušení obchodní korporace v případě, že předmětem její činnosti je i správa vlastního majetku nebo jiná nepodnikatelská činnost. Dovojuje se, že předmětem činnosti obchodní korporace může být i správa vlastního majetku (srov. usnesení VS v Praze ze dne 24. 11. 2016, sp. zn. 7 Cmo 125/2016).

<sup>12</sup> Např. spolku (§ 217 zák. č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, (dále jen „o. z.“), nadace (§ 307 o. z.), politické strany a hnutí podle § 17 odst. 2 zákona č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a v politických hnutích.

<sup>13</sup> Podobný problém vzniká v souvislosti s rozvojem platformem při rozlišení podnikání a výkonu závislé práce (podrobněji in: DEVOLDER, B. (ed.). *The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*. Cambridge – Antwerp – Chicago: Intersentia, 2019, s. 187).

<sup>14</sup> BGH ze dne 5. 7. 2017, sp. zn. VIII ZR 147/16.

<sup>15</sup> BUSCH, A. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law? *eu*. 2016, č. 3, s. 4.

<sup>16</sup> To má význam pro možnost použití úpravy nepřiměřených ujednání. Možnost odstoupit od smlouvy uzavírané pomocí prostředků komunikace na dálku nebude přicházet v úvahu s ohledem na *Airbnb* zavazuje hostitele k výběru ze tří možností storna ze strany uživatele (od benevolentní po přísné).

<sup>17</sup> Např. obchodní zastoupení – obchodní zástupce musí být podnikatel (§ 2483 o. z.), zájezd – o zájezd se nejedná, jestliže soubor služeb cestovního ruchu je poskytnutý podnikateli za účelem jeho dalšího podnikání, nebo jestliže nabídka a poskytnutí souboru služeb cestovního ruchu není podnikáním (§ 2548 o. z.).

takovou činnost, způsobu zdanění příjmů, placení místních poplatků či eventuálního postihu pro neoprávněné podnikání.

Cílem tohoto článku je v první řadě pokus o vymezení základních kritérií odlišujících z pohledu soukromoprávního podnikání od pouhé správy vlastního majetku. Právní řád založený na principech jednoty, racionality a vnitřní obsahové bezrozpornosti s sebou nutně přináší imperativ stejného náhledu na srovnatelné právní instituty, byť upravené v rozdílných právních předpisech či dokonce odvětvích.<sup>20</sup> Princip jednoty právního řádu neznamena však, že úprava je skutečně ve všech odvětvích práva shodná. Smysl a účel zákonné regulace nutně nevyžaduje, aby hranice mezi pouhou správou vlastního majetku a podnikáním byla pro všechny případy stejná. Zájem na nestranném a nezávislém rozhodování, spravedlivý daňový systém, požadavek odbornosti výkonu činnosti nebo ochrana slabší strany v soukromoprávních vztazích se mohou projevit v různé míře regulace a v různě nastavené hranici mezi podnikáním a pouhou správou vlastního majetku.<sup>21</sup> Na druhou stranu, také není pochyb, že by zde měla být snaha o jednotné pojetí, pokud zde nejsou zvláštní zřetelné a rozumné důvody pro odlišení.<sup>22</sup>

Po vymezení správy vlastního majetku (část 1.) se článek zaměří na hledání kritérií odlišujících podnikání od pouhé správy vlastního majetku (část 2.). V další části je obsažena analýza tradičních oblastí, kde ke kolizi dochází, nájem, účast v obchodní společnosti a zemědělská činnost (část 3.). Protože rozlišení není vždy jednoduché, obsahem článku je i krátké zamyšlení, jak se uvedenému problému do určité míry vyhnout (část 4.).

## 1. Úprava správy vlastního majetku v soukromém právu

Občanský zákoník nikde správu vlastního majetku nevynezuje, dokonce s ní ani výslovně nepočítá. Jestliže je ale předmětem úpravy správa cizího majetku (§ 1400 a násl. o. z.), je zřejmé, že zde musí být i správa vlastního majetku.<sup>23</sup>

Podobně obtížně se hledá vymezení správy vlastního majetku v judikatuře. Často se v této souvislosti cituje usnesení NS ČR ze dne 21. 5. 2008, sp. zn. 29 Cdo 152/2007, podle něhož „*správa vlastního majetku není podnikáním a nemůže proto být ani předmětem*

<sup>18</sup> Podle čl. 6 odst. 2 nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) a čl. 17 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech.

<sup>19</sup> Např. možnost oddlužení [§ 389 zák. č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon) – dále jen „ins. z.“].

<sup>20</sup> Srov. např. nález ÚS ze dne 6. 2. 2007, sp. zn. I. ÚS 531/05, nález ÚS ze dne 29. 11. 2007, sp. zn. III. ÚS 741/06, nález ÚS ze dne 10. 12. 2019, sp. zn. II. ÚS 2149/17, odst. 49.

<sup>21</sup> Srov. rozhodnutí NSS ze dne 5. 11. 2020, sp. zn. 13 Kss 2/2020 – 146. Nešlo o hranici mezi pouhou správou vlastního majetku a podnikáním. Soud pojal správu vlastního majetku široce, včetně podnikání, a poměřoval ji s nepřipustnou jinou výdělečnou činností. Tu nedovodil, přestože soudce sám zřejmě podnikal podle § 420 odst. 1 o. z., byl držitel několika podnikatelských oprávnění i plátce DPH (nepřesně je citován § 420 odst. 2 o. z.).

<sup>22</sup> Nejde o problém jenom v ČR, podobně třeba v Německu. V daňovém právu byla hranice shledána v okamžiku, kdy podle celkového obrazu činnosti a s přihlédnutím k veřejnému mínění převažuje využívání aktiv formou jejich přerozdělování nad jejich užíváním ve smyslu získávání užiteků z hodnot, které mají být zachovány (BFH ze dne 19. 1. 2017, sp. zn. IV R 50/14, BFH ze dne 10. 12. 2001, sp. zn. GrS 1/98). Podrobněji k daňovému rozlišení RITTER, F. *Die Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung von der Gewerblichkeit bei Private Equity-Fonds*. Wiesbaden: Springer Gebler, 2019.

<sup>23</sup> TICHÝ, L. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek III*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 1084.

*podnikání obchodní společnosti. Jde o činnost, jež je vlastní každé obchodní společnosti, neboť je nezbytná k jejímu řádnému fungování. Ke správě vlastního majetku není třeba žádného úředního povolení.*“ Je tedy zřejmé, že správa vlastního majetku nevyžaduje úřední povolení, vykonává ji každý, když je třeba pro řádné fungování. Konkrétní kritéria pro rozlišení správy vlastního majetku a podnikání však nestanoví. Hlavně se však zdá z uvedeného rozhodnutí, že správa vlastního majetku nemůže podnikáním ani být.

Východiskem úvahy bude proto sémantický rozbor výrazu *správa vlastního majetku*. Majetek občanský zákoník vymezuje v § 495 o. z. jako soubor všeho, co osobě patří. Čelíme zde proto úplně stejnému problému, se kterým se potýkáme při výkladu § 1400 a násl. o. z., tj. úpravy správy cizího majetku. Majetek se v rámci této úpravy chápe širěji tak, že zahrnuje i dluhy. Ve své podstatě jde tedy o správu jmění.<sup>24</sup> S ohledem na ustálenost spojení je proto dále v tomto širším významu pojem majetek užíván.

Zda je konkrétní majetek vlastní či cizí, nemusí být vždy jasné. Skutečnost, že je osoba vlastníkem, neznamena vždy, že se s daným majetkem nezachází jako s majetkem cizím, typicky v insolvenčním řízení jako důsledek neúčinných úkonů, ale i v případě zajištění převodem vlastnického práva.<sup>25</sup> I občanský zákoník přikazuje použití pravidel správy cizího majetku na majetek převedený za účelem zajištění (§ 2042 o. z.). Správa vlastního majetku může být také obsahem závazku ke správě cizího majetku třetí osoby, typicky na základě smlouvy o správě k věrné ruce (*Treuhand, trust*) či komisionářské smlouvy.<sup>26</sup> Na pohledávku komisionáře ze smlouvy, kterou komisionář pro komitenta uzavřel, se v poměru komitenta ke komisionáři nebo jeho věřiteli hledí jako na komitentovu pohledávku (§ 2464 o. z.). V zásadě tu budou vždy dva různé úhly pohledu v závislosti na účelu regulace, vnější a vnitřní. Na jedné straně jsou zde třetí osoby, vůči nimž jedná osoba jako vlastník. Z vnějšího pohledu jde o správu vlastního majetku. Na druhé straně zákon chrání i zájmy zastoupeného a zejména jeho věřitelů, z vnitřního pohledu může jít o správu cizího majetku. Tento vnitřní vztah se pak může projevit i při ochranně nestranného rozhodování, řešení konfliktů zájmů, praní špinavých peněz, když se klade důraz na to, kdo je skutečný majitel.<sup>27</sup>

Pojem správa je užíván v občanském zákoníku v různých významech, s různou šíří v závislosti na konkrétní úpravě, např. z hlediska vymezení oproti jiným úpravám. Například v souvislosti se správou cizího majetku (§ 1400) se zdůrazňuje význam diskrečního oprávnění správce, možnosti jeho uvážení o konkrétním naložení, aby mohla správa cizího majetku být odlišena od pouhého užívání cizí věci či úschovy.<sup>28</sup> Občanský zákoník upravuje i správu právnické osoby ve smyslu jejího řízení.<sup>29</sup> Můžeme se setkat s pojmy správy společné věci (§ 1123 o. z.) nebo společného jmění (§ 713 o. z.). I zde je podstatnou složkou rozhodování o nakládání se společnou věcí.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Stejně ve vztahu ke správě cizího majetku PIHERA, V. In: SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1153.

<sup>25</sup> Srov. § 2 písm. g) a 205 odst. 4 ins. z.

<sup>26</sup> Blíže k jednotlivým formám a rozdílům BORKOVEC, A. – JOSKOVÁ, A. – TOMÁŠEK, P. Fiduciární vztah a fiduciární povinnost pohledem (nejen) zahraničních jurisdikcí. *Právní rozhledy*. 2018, č. 23–24, s. 815.

<sup>27</sup> Srov. § 118b zák. č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a o evidenci svěřenských fondů, § 4 zák. č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu.

<sup>28</sup> PIHERA, V. In: SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář*, s. 115, LOKAJÍČEK, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 1469, TICHÝ, L. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek III*, s. 1085.

<sup>29</sup> Srov. např. § 217 odst. 3 o. z., § 338 odst. 1 o. z.

Problém rozlišení pouhé správy vlastního majetku od jiné výtěžné činnosti a podnikání vyvstává, jestliže dochází k rozšiřování vlastního majetku v důsledku rozhodování vlastníka o nakládání s vlastním jměním. Je přitom zřejmé, že správa vlastního majetku ve skutečnosti nemusí vést k žádnému obohacení, např. půjde jenom o údržbu, zničení či opuštění věci, nebo prominutí dluhu. Jejím cílem může být ve svém důsledku pouze zachování hodnoty spravovaného majetku v čase. Je také zřejmé, že zde nejde jenom o rozhodování, ale musí přistoupit i následné nakládání, a to v širokém významu (§ 1012 o. z.), např. nejde jenom o rozhodnutí o pronájmu, ale i pronajmutí. Pouhým rozhodováním bez výkonu rozhodnutí k žádné výtěžné činnosti docházet nemůže. Nakládání se nemusí realizovat jenom prostřednictvím právního jednání, ale i faktickou činností či nekonáním, např. zhotovením stavby, opravou věci, zasetím rostlin, neodstraněním stromů.

Správou vlastního majetku se rozumí i případy, kdy dochází k nabytí takového majetku. Je třeba si uvědomit, že při nabytí věci půjde často zároveň o pozbytí jiné věci či vznik dluhu vlastníka (v případě úplatného právního jednání).<sup>31</sup> Může být sporné, zda do správy vlastního majetku zařadit i přijímání bezúplatného plnění. Správou vlastního majetku je určitě i takové jednání, které se týká vlastního majetku, např. sklizeň plodů, dohoda o bezúplatné opravě či údržbě věci, přijetí daru s příkazem, týkajícím se vlastního majetku. Není podstatné, zda jde již o existující majetek nebo budoucí majetek, např. příkaz nebo servis věci, která bude teprve vytvořena nebo nabyta.

Význam správy vlastního majetku by byl však zcela popřen, vyprázdněn, jestliže by zahrnovala všechna jednání směřující ke vzniku jakékoliv pohledávky. Do správy vlastního majetku nespadá proto jednání, jehož předmětem není vlastní majetek. Může jít o bezúplatná právní jednání, např. přijímání daru. Může jít o případy, kdy plnění vlastníka spočívá v jeho činnosti, např. výkonu zaměstnání, správě nebo údržbě cizího majetku, či jiné činnosti pro jiné subjekty, přestože zde může docházet ke vzniku pohledávky a rozšíření majetku.<sup>32</sup> Správou vlastního majetku není ani jednání třetí osoby, přestože vzniká vlastníkovu pohledávka, např. způsobení škody.

## 2. Vztah správy vlastního majetku a podnikání

Předmětem zájmu je odlišení správy vlastního majetku od výtěžné činnosti a zejména od podnikání. Jde o pojmy, které nejsou vůči sobě v nadřazeném či podřazeném významu. Některé činnosti svým obsahem však mohou být jak podnikáním, tak správou vlastního majetku.<sup>33</sup> Ve své podstatě jde o hledání pruníků těchto činností. Přesnější je proto hovořit o odlišení pouhé správy vlastního majetku a podnikání.

<sup>30</sup> Srov. KRÁLÍK, J. In: SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 483, REMEŠ, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 1210, MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář*. Svazek IV. § 655–975. Praha: Leges, 2016, s. 358.

<sup>31</sup> Nabytí věci do společného jmění manželů nebo podílového spoluvlastnictví se chápe jako právní jednání, které se netýká společného jmění manželů (§ 713 odst. 3 o. z.) nebo společné věci (§ 1127 o. z.): MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář*. Svazek IV. § 655–975, s. 364, KRÁLÍK, J. In: SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 486.

<sup>32</sup> Ve své podstatě zde však vzniká podobný problém při hledání hranice mezi podnikáním a jinou činností, např. v případě výkonu funkce statutárního orgánu.

<sup>33</sup> Srov. rozhodnutí NSS ze dne 5. 11. 2020, sp. zn. 13 Kss 2/2020 – 146.

Východiskem úvahy musí být vymezení podnikatele a spotřebitele v § 419 a násl. o. z. S ohledem na omezení osoby spotřebitele na fyzickou osobu jde o určité zjednodušení. Nejde jenom o rozlišení, kdy člověk jednající při správě vlastního majetku je spotřebitelem a kdy se stává podnikatelem. Jak ukazují výše uvedené případy, např. zákazy podnikání, podobnou otázku, kdy se stává správa vlastního majetku podnikáním, je nutné si klást i v případech právnických osob.

Spotřebitelem je každý člověk, který mimo rámec své podnikatelské činnosti nebo mimo rámec samostatného výkonu svého povolání uzavírá smlouvu s podnikatelem nebo s ním jinak jedná (§ 419 o. z.). Za podnikatele se považuje ten, kdo samostatně vykonává na vlastní účet a odpovědnost výdělečnou činnost živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně za účelem dosažení zisku, a to se zřetelem k této činnosti (§ 420 odst. 1 o. z.). Pro účely ochrany spotřebitele a pro účely § 1963 se za podnikatele považuje také každá osoba, která uzavírá smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností či při samostatném výkonu svého povolání, popřípadě osoba, která jedná jménem nebo na účet podnikatele (§ 420 odst. 2 o. z.).<sup>34</sup>

Pro účely výkladu v úpravě občanského zákoníku mají zásadní význam domněnky a fikce podnikatele v § 421 o. z. V některých případech proto není nutné zkoumat, zda jsou naplněny podmínky podnikání. V jiných se jejich naplnění předpokládá. Pokud se budeme dále věnovat problematice správy vlastního majetku, pak tato otázka má v těchto případech omezený význam. Jestliže jde o fiktivní podnikatele, není nutné řešit, zda spravují majetek nebo podnikají ve smyslu § 420 odst. 1 o. z.

Na první pohled je zřejmé, že není nutné řešit ani případy, kdy podnikání spočívá v něčem jiném než v hospodaření s vlastním majetkem, např. ve správě cizího majetku, výkonu činností nijak nesouvisející s vlastním majetkem. Nemusíme příliš řešit ani jednorázové aktivity. Tam bude vyloučen charakter podnikání už jenom na základě požadavku soustavnosti, např. jednorázové postoupení pohledávky oproti obchodování s pohledávkami ve velkém.<sup>35</sup> Podobně nebude předmětem kolize bezúplatné jednání, např. rozdělování úrody, s tím se v případě podnikání často nesetkáváme, třebaže to není v jednotlivých případech vyloučeno. Kolize s podnikáním nepřichází v úvahu ani v případech, kdy se správa vlastního majetku neprojevuje v jednání vůči třetím osobám, např. oprava věci, výdělečná činnost se záměrem zisku vyžaduje jednání s třetími osobami, např. nákup nemovitosti, její oprava a následný prodej.

Z pohledu adresáta právního jednání není rovněž nutné řešit skutečný charakter jednání, tedy zda se nejedná o pouhou správu vlastního majetku, jestliže osoba vystupuje v konkrétním případě jako podnikatel, k tomu blíže dále (5.2) v souvislosti s identifikací jednajícího. Nejvyšší soud ve svém usnesení ze dne 30. 5. 2019, sp. zn. 29 NSCR 102/2017 v souvislosti s investováním do cenných papírů nejdříve zkoumal, jak subjekt formálně vystupuje, tj. na kapitálovém trhu nevystupoval jako profesionální zákazník, ani jako investiční zprostředkovatel či obchodník s cennými papíry.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Z hlediska soukromého práva nejsou podstatné definice podnikání v předpisech veřejného práva, např. definice živnosti podle § 2 zák. č. 455/1991 Sb., živnostenského zákona (dále jen „ž. z.“). Nájem bytů či nebytových prostor, nemovitostí, přestože by naplňoval znaky, je však úplně vyloučen [§ 3 odst. 3 písm. ah) ž. z.].

<sup>35</sup> Rozhodnutí NSS ze dne 4. 3. 2014, sp. zn. 15 Kse 5/2013.

<sup>36</sup> Je však třeba říci, že kategorie profesionálního zákazníka nevyklučovala postavení spotřebitele, naopak neprofesionální zákazník spotřebitelem být nemusel srov. rozsudek SDEU, C-208/18, ze dne 3. 10. 2019, *Jana Petruchová proti FIBO Group Holdings Limited*, odst. 67 an. a § 2a a 2b zák. č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu.

Život nepřináší ale pouze jasné případy, kdy někdo jedná jako spotřebitel a kdy někdo jedná jako podnikatel. Jak píše generální advokát Bobek ve svém stanovisku ohledně užívání facebookového účtu, mezi těmito dvěma světy, z nichž jeden je nesporně soukromý a druhý zjevně podnikatelský, existuje padesát odstínů (facebookové) modré.<sup>37</sup>

Člověk v rámci správy vlastního majetku činí často soustavnou výdělečnou činnost, na vlastní účet a na vlastní odpovědnost za účelem zisku. Ušetřené prostředky ukládá na účty, investuje do cenných papírů,<sup>38</sup> pořizuje nemovitosti za účelem jejich pronájmu, zřizuje fotovoltaické panely na svých nemovitostech, zakládá obchodní společnosti, staví domy za účelem prodeje, spekuluje, poskytuje úvěry jiným osobám. To samotné, přestože se tak činí soustavně, vlastním jménem na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku, nevylučuje, že se jedná o jednání spotřebitele, respektive nepodnikatele. Pronajímatel může být spotřebitelem, a to i v případě krátkodobých pronájmů.

Podíváme-li se na definici podnikatele podle § 420 odst. 1 o. z., je zřejmé, že mohou být naplněny správou vlastního majetku všechny parametry a že může jít o podnikání. Zásadní význam pro rozlišení může mít požadavek soustavnosti a požadavek výkonu výdělečné činnosti živnostenským nebo obdobným způsobem. Oba požadavky směřují podobným směrem.

## 2.1 Soustavnost

Právní úprava vyžaduje záměr soustavného výkonu výdělečné činnosti. Požadavek soustavnosti bude naplněn, jestliže půjde o činnost opakovanou. Požadavek soustavnosti nebude dotčen při delším prodlení, například v případě sezonních prací. Literatura se liší v požadavku pravidelnosti opakování.<sup>39</sup> Je zřejmé, že pouhá nepravidelnost opakování, např. v závislosti na poptávce a velikosti zakázky, nevylučuje podnikání. Na druhou stranu pravidelnost vylučuje nahodilost, přestože proto půjde o krátkodobou, ale pravidelnou činnost, může naplnit znaky podnikání, např. vedení účetnictví dva dny měsíčně. Je shoda, že požadavek soustavnosti nevyžaduje trvalost výkonu.<sup>40</sup>

Můžeme si všimnout, že na rozdíl od předchozí definice v § 2 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku (dále jen „obch. z.“), postačí záměr soustavného výkonu výdělečné činnosti. Ten bude naplněn, přestože výsledku nebude dosaženo.<sup>41</sup> Ten bude také naplněn již při prvním jednání, aniž by muselo dojít k opakování činnosti.

Ve své podstatě se požadavek soustavnosti neinterpretuje pozitivně, co všechno by měl požadavek soustavnosti zahrnovat. Spíše se lze setkat s přístupem opačným. Je proto

<sup>37</sup> Stanovisko generálního advokáta Bobka, C-498/16, ze dne 14. 11. 2017, *Maximilian Schrems proti Facebook Ireland Limited*, odst. 46.

<sup>38</sup> Vznikly-li dluhy dovolatele z činnosti, v rámci níž dovolatel vystupoval při investování na finančních trzích jako zákazník (investor), který hodlá zhodnotit naspořené finanční prostředky obchodováním s investičními nástroji, nejde o dluhy z podnikání. Na charakter těchto dluhů nemá vliv ani skutečnost, že dovolatel si opakovaně (tříkrát) finanční prostředky zapůjčil od třetích osob (usnesení 30. 5. 2019, sp. zn. 29 NSCR 102/2017).

<sup>39</sup> Nepravidelnost připouští HAVEL, B. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*. Praha: Leges, 2014, s. 12, LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1607, PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 959. Jinak dříve HORÁČEK, T. In: POKORNÁ, J. – KOVAŘÍK, Z. – ČÁP, Z. a kol. *Obchodní zákoník. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2009, § 2.

<sup>40</sup> HAVEL, B. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*, s. 12.

<sup>41</sup> Shodně LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 1607.

jasné, že požadavek soustavnosti nebudou naplňovat činnosti jednorázové,<sup>42</sup> výjimečné, nahodilé.<sup>43</sup> Pronájem nebytových prostor nebyl v konkrétním případě posouzen jako podnikání, když šlo o nahodilé uzavírání smluv.<sup>44</sup> Podle Eliáše nejde o soustavný výkon výdělečné činnosti ani v případě sporadické výpomoci, byť za úplatu.<sup>45</sup>

## 2.2 Živnostenský nebo obdobný způsob

Požadavek živnostenského nebo obdobného způsobu výdělečné činnosti je novinkou, která se v předchozí definici podnikání neobjevovala.<sup>46</sup> Má svůj původ v definici obchodníka podle čl. 4 Rakouského všeobecného obchodního zákoníku z roku 1863, v němž se vyžadovalo, aby obchodník po živnostensku činil obchody.<sup>47</sup> Inspirací pro něj byl čl. 1 *Code de Commerce*, podle něhož jsou obchodníci ti, kteří provádějí obchodní činnosti a dělají z nich své obvyklé povolání.<sup>48</sup> I v této době se vedla diskuse, co vlastně po živnostensku (*gewerbemäßig*) znamená, zda zde musí být účel obživy, časté opakování obchodu, či zda postačí jeden dlouhodobý obchod, např. prodej knihy vydané vlastním nákladem.<sup>49</sup> Někteří autoři viděli jako rozhodující vůli kupce od samého začátku zaměřenou na uzavření celé řady souvisejících obchodních transakcí.<sup>50</sup> Jiní viděli jako rozhodující plánování více obchodů, které by měly podnikateli založit trvalý zdroj příjmů, závod, vzniklý v důsledku řady jednání jako ucelené hospodářské činnosti na základě rozhodnutí podnikatele.<sup>51</sup> Opakování obchodů však nebylo nezbytné, když už první obchod mohl založit postavení kupce.<sup>52</sup> Podstatné také nebylo, zda šlo o výlučnou činnost, např. řada kupců byla zároveň statkáři a naopak.<sup>53</sup>

Historicky tedy požadavek živnostenské činnosti nebyl spojen s potřebou veřejnoprávního povolení, a ani v kontextu současné úpravy nelze dovozovat, že by pojem podnikatele byl spojen s veřejnoprávním oprávněním nebo veřejnoprávní regulací.<sup>54</sup> Nemusí se jednat o výkon činnosti podle živnostenského zákona.<sup>55</sup> Jde o živnostenský či obdobný způsob výkonu výdělečné činnosti.

<sup>42</sup> Usnesení NS ČR ze dne 29. 9. 2015, sp. zn. 23 Cdo 1364/2015 (uzavření jedné smlouvy).

<sup>43</sup> LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 1607.

<sup>44</sup> Usnesení NS ČR ze dne 24. 7. 2014, sp. zn. 29 Cdo 3198/2012.

<sup>45</sup> ELIÁŠ, K. *Kurs obchodního práva. Úvodní a obecná část. Soutěžní právo*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 79.

<sup>46</sup> Srov. § 2 odst. 1 obch. z.

<sup>47</sup> Srov. čl. 4 zák. č. 1/1863 ř. z., obchodního zákoníku, podle něhož za kupce dle tohoto zákonníka pokládán budiž ten, kdo za živnost provozuje obchody („*gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt*“).

<sup>48</sup> „*Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.*“

<sup>49</sup> KOCH, F. C. *Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen*. Berlin: J. Guttentag, 1863, s. 126 a 283.

<sup>50</sup> PUCHELT, E. S. *Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*. Leipzig: Roßberg, 1874, s. 10. LÖHR, G. *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch: erläutert aus den Materialien, der Rechtslehre und den Entscheidungen der deutschen Gerichte; unter genauer Berücksichtigung der Einführungsgesetze sämtlicher deutschen Staaten*. Elberfeld: R. L. Friderichs, 1868, s. 6.

<sup>51</sup> GAREIS, K. – FUCHSBERGER, O. *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*. Berlin: J. Guttentag, 1891, s. 16 a 17.

<sup>52</sup> KOCH, F. C. *Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen*. Berlin: J. Guttentag, 1863, s. 283, PUCHELT, E. S. *Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*. Leipzig: Roßberg, 1874, s. 11.

<sup>53</sup> PUCHELT, E. S. *Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*. Leipzig: Roßberg, 1874, s. 11.

<sup>54</sup> LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 1608, ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 420, PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVORÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*, s. 959.



Živnostenský nebo jiný způsob výdělečné činnosti je vykládán jako požadavek činnosti za účelem obživy.<sup>56</sup> Výše uvedený stručný přehled však ukazuje různé přístupy. V současné definici se může zdát tento požadavek duplicitní s ohledem na vyjmenované další znaky, které předchází definice výslovně neřešila, např. záměr soustavnosti a zaměřenosti na zisk.<sup>57</sup> Autoři si také všímají odkazů na jiný způsob, který podle nich při výkladu bez zohlednění veřejného práva postrádá smysl.<sup>58</sup>

Připuštění jiných obdobných způsobů nutně neodkazuje na veřejnoprávní pojetí. Soukromé právo se aplikuje nezávisle na právu veřejném (§ 1 odst. 1 o. z.). Vymezení živnostenského podnikání podle § 2 a 3 ž. z. nemá v tomto žádný význam. Je nutné hledat autonomní obsah tohoto pojmu.<sup>59</sup> Nejde o vlastní charakter činnosti (čím, zda jde o živnost), ale kvalitu činnosti (jak). Proto odkaz na způsob. Odkaz na jiné obdobné způsoby vidíme spíše jako zdůraznění toho, že nejde o spojení s živnostenským podnikáním.

Pluralita činností při vymezení podnikání je typická pro definice podnikatele v právu EU. Jde pouze o snahu o nejvěrnější vymezení s odkazem na různý faktický charakter podnikatelské činnosti. Podíváme-li se například na definice podnikatele v čl. 2 odst. 2 směrnice 2011/83/EU o právech spotřebitele, objevuje se zde účel, který lze považovat za jeho obchodní činnost, podnikání, řemeslo nebo povolání. Také v Návrhu referenčního rámce se definoval podnikatel popisem různých činností, když mělo jít o samostatně vykonávaný obchod, práci, či povolání (*self-employed trade, work, or profession*).<sup>60</sup> Jinak se lze setkat s různými definicemi podnikatele, obecnějšími<sup>61</sup> rozvedenými dále v judikatuře a odborné literatuře<sup>62</sup> či vymežujícími podrobněji jednotlivé znaky podnikatelské činnosti,<sup>63</sup>

<sup>56</sup> LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*, s. 1608, ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání, s. 449.

<sup>57</sup> Shodně PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*, s. 958, HAVEL, B. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*, s. 12, přes určité pochybnosti i ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání, s. 420.

<sup>58</sup> Shodně PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*, s. 958, HAVEL, B. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419–654*, s. 12, přes určité pochybnosti i ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání, s. 420.

<sup>59</sup> PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I (§ 1–645, obecná část)*, s. 959.

<sup>60</sup> Podobná diskuse probíhala v Polsku, např. nakolik vymezení hospodářské činnosti v § 2 zákona o svobodě hospodářské činnosti [ustawa z dnia 2 lipca 2004 o swobodzie dzialalności gospodarczej (Dz.U. 2004 nr 173 poz. 1807)] je závazné i pro vymezení podnikatele v čl. 43<sup>1</sup> polského občanského zákoníku (*Kodeks cywilny*, Dz.U. 1964 Nr 16 poz. 93). Polský Nejvyšší soud dlouhodobě vychází z toho, že pojem podnikatele vymezený v občanském zákoníku má autonomní obsah (rozhodnutí SN ze dne 13. 4. 2017, sp. zn. III CZP 3/17).

<sup>61</sup> Srov. čl. I. – 1:105 odst. 2 DCFR.

<sup>62</sup> Srov. § 14 BGB je podnikatelem ten, kdo při právním jednání jedná při výkonu své podnikatelské nebo samostatné profesní činnosti („bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“). Podle § 52 odst. 2 zák. č. 40/1964 Zb. občanského zákoníku, je dodavatelem osoba, která při uzavírání a plnění spotřebitelské smlouvy jedná v rámci předmětu své obchodní nebo podnikatelské činnosti.

<sup>63</sup> Např. podnikatelskou činnost (*gewerbliche Tätigkeit*) vymezuje německá judikatura jako pravidelnou a trvající samostatnou hospodářskou činnost s účastní v hospodářské soutěži („jede planmäßige und auf Dauer angelegte selbständige wirtschaftliche Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb“ – BGH ze dne 23. 10. 2001, sp. zn. XI ZR 63/01).

<sup>64</sup> Např. podle čl. 43<sup>1</sup> polského občanského zákoníku (*Kodeks cywilny*, Dz.U. 1964 Nr 16 poz. 93), je podnikatel ten, kdo vlastním jménem vykonává činnosti podnikatelskou či profesní („prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową“), podle § 1 odst. 2 rakouského zákona o ochraně spotřebitele (*Konsumentenschutzgesetz*, BGBl. Nr. 140/1979) je podnikáním jakákoliv dlouhodobá organizace nezávislé ekonomické činnosti, i když není zaměřena na zisk („jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein“), stejná definice je v § 1 odst. 2 rakouského obchodního zákoníku (*Unternehmensgesetzbuch*, dRGBI.

i v nich se však objevují vedle sebe činnosti, které nemají zřetelné hranice a které spolu obsahově souvisí.

Různé jazykové verze ukazují, že jde částečně i o problém překladu. *Gewerblich, gewerbsmäßig* se nepředkládá dnes pouze jako živnostenský, ale také podnikatelský, profesionální, obchodní, z povolání.<sup>64</sup>

Srovnání definice podnikatele v § 420 odst. 1 o. z. s tím, jak se živnostenský způsob historicky vykládal, odhaluje, které další znaky podnikání živnostenský či obdobný způsob představuje. To i při zohlednění vymezení podnikatele v právu EU a okolních právních řádech, když základ by měl být totožný. Samostatnost, soustavnost, zaměření na zisk,<sup>65</sup> to vše zákon vyjmenovává výslovně. Vedle toho jsou však také zmiňovány požadavky na určitou míru, rozsah, organizace práce, plánovanosti činnosti, trvalosti a časové náročnosti takové organizace. To jsou přitom znaky, jejichž naplnění povede k tomu, že se ze správy vlastního majetku, při naplnění ostatních kritérií, stane podnikání. Nezávisí zde na hodnotě spravovaného majetku, výši investice, ale na charakteru a náročnosti správy daného majetku.<sup>66</sup>

Obdobná otázka se řeší i v rámci jiných členských zemí EU. V Německu se jako klíčové vidí, zda správa vlastního majetku a s ní souvisejícího jednání naroste na složitosti a komplexnosti natolik, že vyžaduje pravidelný provoz obchodu (*Geschäftsbetrieb*).<sup>67</sup> O pouhou správu vlastního majetku se bude jednat, jestliže ji lze vykonávat od stolu v obývacím pokoji.<sup>68</sup> O podnikání půjde až v případě pravidelného obchodního jednání, plánované obchodní činnosti vyžadující odpovídající zařízení jako je například kancelář nebo jiná organizace obchodu.<sup>69</sup> Nezáleží na velikosti majetku či výši investice.<sup>70</sup>

---

S 219/1897). Nesmíme zapomenout na § 2 zákona č. 513/1991 Zb. obchodního zákoníku, podle něhož je podnikání „sústavná činnosť vykonávaná samostatne podnikateľom vo vlastnom mene a na vlastnú zodpovednosť za účelom dosiahnutia zisku alebo na účel dosiahnutia merateľného pozitívneho sociálneho vplyvu, ak ide o hospodársku činnosť registrovaného sociálneho podniku podľa osobitného predpisu“.

<sup>64</sup> Srov. různé jazykové verze dokumentů EU v databázi *EUR-Lex* (dostupné z: <eur-lex.europa.eu>), např. i za pomoci překladáče *linguee*.de.

<sup>65</sup> Zaměřenost na dosahování zisku není dnes často předpokladem podnikání. Výslovně tak vyplývá z § 1 odst. 2 *Konsumenschutzgesetz* a § 1 odst. 2 *Unternehmensgesetzbuch*. V Německu je to do určité míry sporné, přesto se dovozuje, že postačí úplatnost, není předpokladem záměr dosahovat zisk, až na výjimky (srov. např. FRITZSCHE, J. In: ROTH, H. (Hrsg.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil*. Berlin: Sellier – de Gruyter, 2018, § 14 49). V Polsku se sice zmiňuje nezbytnost podřízení principům tržního hospodářství, včetně zaměření na zisk, připouští se však, že o podnikatele půjde i tehdy, jestliže je činnost zaměřena pouze na pokrytí nákladů činnosti vlastními příjmy (rozhodnutí SN ze dne 5. 12. 1991, sp. zn. III CZP 117/91, rozhodnutí SN ze dne 13. 4. 2017, sp. zn. III CZP 3/17). Podobně ani v DCFR (čl. I. – 1:105 odst. 2 DCFR). Zaměřenost na zisk je vnitřní okolnost, která se obtížně prokazuje, navíc může být manipulována, např. v rámci podnikatelského se skupení. Ochrana spotřebitele by se neměla odvíjet od takových vnitřních skutečností (BAR, C. von – CLIVE, E. (eds). *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Volume I*. Munich: Sellier, 2009, s. 92). Na Slovensku naopak definice dodavatele podle § 52 odst. 2 slovenského občanského zákoníku je spojována s cílem dosahování zisku, přestože ostatní kritéria naplněna být nemusí (srov. BUDJÁČ, M. In: ŠTEVČEK, M. – DULAK, A. – BAJÁNKOVÁ, J. – FEČÍK, M. – SEDLAČKO, F. – TOMAŠOVIČ, M. a kol. *Občiansky zákonník I. § 1–450. Komentár*. 2. vydanie. C. H. Beck, 2019, s. 521 a 522). Jde mimo jiné o projev požadavku na širší ochranu spotřebitele. V českém občanském zákoníku je tento problém řešen pomocí § 420 odst. 2 o. z., kde se pro účely ochrany spotřebitele nevyžaduje, aby podnikatel jednal za účelem dosažení zisku.

<sup>66</sup> Stejně tak spotřebitel neztrácí postavení spotřebitele z důvodu hodnoty transakcí prováděných na základě takových smluv, jako jsou rozdílové smlouvy, velikosti rizika finančních ztrát spojeného s uzavíráním takových smluv, případné znalosti a odbornosti této osoby v oblasti finančních nástrojů. Srov. rozsudek SDEU, C-208/18, ze dne 3. 10. 2019, *Jana Petruchová proti FIBO Group Holdings Limited*.

<sup>67</sup> Např. BGH, ze dne 20. 2. 2018, sp. zn. XI ZR 445/17 (jako podnikatelé byli posouzeni spoluvlastníci několika nemovitostí, penzionu, apartmánového domu s 12 byty, bytového domu se 6 byty a rodinného domu).

<sup>68</sup> OLG Koblenz ze dne 10. 1. 2011, sp. zn. 5 U 1353/10.

Podnikáním nebyl shledán například provoz fotovoltaické elektrárny na svém domě, a to nezávisle na výkonu. Úkony, které jsou k takovému provozu nezbytné, nenaplnují rozsah obchodní činnosti.<sup>71</sup> To samé platilo pro zápůjčky na jejich pořízení.<sup>72</sup> Nabytí nemovitosti a její správa pravidelně tvoří správu vlastního majetku. Na tom nic nemění použití cizího kapitálu, typicky při pořízení nemovitosti.<sup>73</sup> Nepůjde o podnikání například v případě vysokého dividendového příjmu z portfolia cenných papírů<sup>74</sup> nebo dlouhodobého propachtování zemědělských pozemků.

Hranice mezi správou vlastního majetku a podnikáním se hledá i v Rakousku. Podnikatelskou činností se rozumí dlouhodobě organizovaná samostatná výdělečná činnost, jejímž prostřednictvím jsou navenek poskytovány ekonomicky hodnotné služby, pokud jsou nabízeny za odměnu pokrývající alespoň náklady.<sup>75</sup> Podnikání vyžaduje pravidelný a metodický přístup.<sup>76</sup> Je nutné odlišovat správu vlastního majetku (*Privatgeschäft*). I v rakouské judikatuře se připouští, že zákon nestanoví přesně žádnou minimální míru takové organizace (ani kapitálu, počtu zaměstnanců, produkce). Výjimka se výslovně připouští ve vztahu k ojedinělým ekonomickým aktivitám, kde není naplněn znak soustavnosti. Hledání hranice mezi příležitostnou činností a dostatečně organizovanou činností je obtížné.<sup>77</sup>

Naplnění kritérií není dotčeno tím, že osoba využije pomocníka. Může k zajištění činnosti využít třetí osobu, např. pro úklid, vedení účetnictví, realitního makléře pro spravování nemovitostí a vyhledávání zájemců, ale i provozovatele platformy. Ve svém důsledku se taková konkrétní osoba nemusí věnovat dané činnosti v minimálním rozsahu, ale jenom z důvodu využití takové pomoci, např. zjednodušení spojení a vzájemné komunikace mezi smluvními stranami.<sup>78</sup> To samozřejmě v případě, kdy jde stále o jednání této osoby navenek.

V zahraničí se řešila i otázka, jaký význam má skutečnost, že je placeno DPH.<sup>79</sup> V kontextu české úpravy je však třeba dovodit, že význam je omezený (§ 1 odst. 1 o. z.). Placení DPH je spojeno s ekonomickou činností, nikoliv podnikáním [§ 5 zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty (dále jen „z. DPH“)].<sup>80</sup> Navíc řada plnění může být od placení

<sup>69</sup> FRITZSCHE, J. In: ROTH, H. (Hrsg.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil*, § 13 51, § 14 53, MICKLITZ, H. W. – PURNHAGEN, K. In: SÄCKER, F. J. (red.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. 7. Auflage*. München: C. H. Beck, 2015, § 13 56.

<sup>70</sup> Shodně FRITZSCHE, J. In: ROTH, H. (Hrsg.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil*, § 13 51, § 14 53, TAMM, M. In: TONER, K. – TAMM, M. (Hrsg.). *Verbraucherrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2012, s. 41. SAENGER, I. In: WESTERMANN, P. D. (Hrsg.) *Erman BGB. Kommentar*. 14. Auflage. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2014, § 13 14.

<sup>71</sup> OLG Hamm ze dne 11. 11. 2015, sp. zn. 12 U 34/15.

<sup>72</sup> LG Kleve ze dne 7. 2. 2017, sp. zn. 4 O 144/16, LG Saarbrücken ze dne 6. 9. 2017, sp. zn. 1 O 110/17.

<sup>73</sup> BGH ze dne 23. 10. 2001, sp. zn. XI ZR 63/01.

<sup>74</sup> Zajímavé je, že již v druhé polovině 19. století se u spekulace při koupi cenných papírů vylučovalo, že by mohlo jít o obchody činěné po živnostensku, přestože byly činěny opakovaně za účelem zisku (srov. GAREIS, K., FUCHSBERGER, O. *Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*. Berlin: J. Guttentag, 1891, s. 17).

<sup>75</sup> OGH ze dne 24. 10. 2006, sp. zn. 10 Obs 170/06g, OGH ze dne 17. 7. 2018, sp. zn. 10 Obs 55/18p.

<sup>76</sup> OGH ze dne 15. 1. 2013, sp. zn. 4 Ob 204/12x.

<sup>77</sup> KREJCI, H. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. (Hrsg.). *ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. 3. Auflage. Wien: Manz, 2002, § 1 KSchG 19.

<sup>78</sup> Srov. KREJCI, H. In: RUMMEL, P. – LUKAS, M. (Hrsg.). *ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, § 1 KSchG 21.

<sup>79</sup> Srov. BGH ze dne 26. 2. 2016, sp. zn. V ZR 208/14 – kupující pozemku se přihlásil jako plátce DPH, což v souvislosti s koupí nemovitosti bylo možné jen, pokud nemovitost měla být použita k podnikatelským účelům.

<sup>80</sup> Rozhodnutí NSS ze dne 22. 11. 2016, sp. zn. 2 Afs 100/2016.

DPH osvobozena, např. obecně pronájem nemovitostí (§ 56a z. DPH). Neznamená to však, že by uvedená skutečnost měla být při výkladu plně pominuta, např. při zkoumání očkávání adresáta právního jednání.

### 2.3 Vztah k definici podnikatele podle § 420 odst. 2 o. z.

Občanský zákoník obsahuje více vymezení podnikatele. Pro účely ochrany spotřebitele a pro účely aplikace § 1963 o. z. postačí, pokud osoba uzavírá smlouvy související s vlastní obchodní, výrobní nebo obdobnou činností či při samostatném výkonu svého povolání, popřípadě pokud osoba jedná jménem nebo na účet podnikatele.

Otázka kritérii pro rozlišení podnikání a pouhé správy vlastního majetku může být relevantní i ve vztahu k této definici. Východiskem úvahy je zjištění, v čem se vlastně definice podnikatele podle § 420 odst. 1 a odst. 2 první část věty první o. z. liší.<sup>81</sup>

Odpověď vyplývá z důvodové zprávy,<sup>82</sup> v níž se zdůrazňuje, že k rozšíření dochází tak, aby pojem byl při ochraně spotřebitele vykládán konformně s evropským právem; spotřebitel musí být chráněn i v případech, kdy se ocitne v právním styku s osobou, pro kterou není kritériem zisku významné: např. při poskytování veřejné služby nebo při obecně prospěšné činnosti (např. při provozu nemocnic, veřejné dopravy, při provozování veřejně prospěšných ústavů) osobami, které ve vztahu k této činnosti status podnikatele nemají, např. proto, že náleží do veřejného sektoru.<sup>83</sup> Tedy přesně v duchu výše uvedených tendencí definice podnikatele. Ostatní požadavky § 420 odst. 1 o. z. by proto měly být relevantní i ve vztahu k obchodní, výrobní nebo obdobné činnosti či samostatnému výkonu svého povolání, tzn. činnost na vlastní účet a odpovědnost, živnostenským nebo obdobným způsobem se záměrem činit tak soustavně.<sup>84</sup> Relevantní je proto i dovozovaný rozdíl pro správu vlastního majetku, v níž absentuje živnostenský nebo obdobný způsob činnosti. Není však nijak vyloučeno, aby činností podle § 420 odst. 2 o. z. byla kritéria podle § 420 odst. 1 o. z. naplněna, např. při výkonu svobodného povolání se záměrem dosažení zisku.<sup>85</sup>

## 3. Typické příklady

Problém rozlišení podnikání a pouhé správy vlastního majetku vyvstává zejména při pronájmu věcí, zejména nemovitostí, účasti v obchodních společnostech a zemědělské činnosti. V souvislosti s problematikou sdílení a platform pak jde především o přenechání věci k užití, typicky v podobě pronájmu.

<sup>81</sup> Ostatní části definice § 420 odst. 2 o. z. již z hlediska správy vlastního majetku nejsou zajímavé.

<sup>82</sup> Sněmovní tisk 362/O (6. volební období, 2010–2013), s. 656 [online]. Dostupné z: <www.psp.cz> [cit. 15. 11. 2020].

<sup>83</sup> Srov. rozsudek KS v Hradci Králové ze dne 23. 9. 2019, sp. zn. 21 Co 184/2019 (jako podnikatel podle § 420 odst. 2 o. z. byla posouzena Knihovna města Plzně, příspěvková organizace). Viz též rozsudek SDEU, C-147/16, ze dne 17. 5. 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW v. Susan Romy Jozef Kuijpers* (jako podnikatel posouzeno svobodné vzdělávací zařízení). Naopak jinak, a dle našeho názoru nesprávně, rozsudek NS ze dne 17. 10. 2019, sp. zn. 33 Cdo 3805/2018 (zde šlo dokonce o podnikatele podle § 421 odst. 1 o. z., když šlo o společnost s ručením omezeným).

<sup>84</sup> Shodně ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*, s. 450, PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Svazek I* (§ 1–645, obecná část), s. 959.

<sup>85</sup> Shodně ZAPLETAL, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání, s. 449 a 450. Jinak LASÁK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část* (§ 1–654). *Komentář*, s. 1608.

### 3.1 Pronájem

Pořízení bytu je vnímáno jako vhodný prostředek k uložení úspor, nájemné z takového bytu je pak vítaným užitekem. Popularita vzrostla i s usnadněním možností pronájmu prostřednictvím různých platform. Práva a povinnosti obou stran jsou přitom do značné míry ovlivněna i tím, zda pronajímatel je podnikatel, či nikoliv.<sup>86</sup>

Rozhodující by zde mělo být kritérium výše uvedené, tzn. zda k pronajímání dochází živnostenským či jiným obdobným způsobem. Zásadní je způsob správy takové věci, která se projevuje v určité organizovanosti, plánovanosti, metodičnosti správy. Z pronájmu se nestává podnikání jenom z důvodu, že pronajímatel pronajímá též vybavení, poskytne i lůžkoviny a zajistí celkový úklid. Pro posouzení, zda se jedná o podnikání, není podstatné, zda jde o nájem bytu podle § 2235 o. z. nebo krátkodobý nájem (ubytování) podle § 2326 o. z. Podnikání není podstatnou náležitostí ani jednoho z těchto smluvních typů. Nejde ani o výši nájemného či trvání nájmu. Dlouhodobý pronájem rodového panství může znamenat jediný příjem na léta.

Na tomto místě je však třeba upozornit, že daňová správa přistupuje k dané problematice úplně jinak, a to odlišně pro účely DPH a daně z příjmu.<sup>87</sup> Odlišný je rovněž náhled při zkoumání otázky, zda jde o živnost a zda jsou plněny s tím spojené povinnosti, např. označena provozovna.<sup>88</sup>

V české judikatuře se akceptuje, že samotný pronájem může být podnikatelskou činností.<sup>89</sup> V konkrétním případě však soudy dovodily, že pronájem obchodního domu za účelem dosažení zisku takovým podnikáním není, když nepřesahuje správu vlastního majetku. Soudy zohlednily skutečnost, že pronajímatel podnikal v jiném oboru, v daném domě neměl ani kancelář, ani jej jinak nevyužíval pro své podnikání, jeho živnostenské oprávnění nezahrnovalo pronájem. Naopak význam neměl způsob zdanění příjmu z pronájmu.<sup>90</sup> Podrobnější úvaha, kdy dochází k naplnění požadavků na podnikatelskou činnost, však chybí. Nejde přitom o to, že pronájem mohl ve smyslu § 261 odst. 1 obch. z. souviset s jinou podnikatelskou činností podnikatele, a řídil se tedy v různé míře obchodním zákoníkem,<sup>91</sup> ale o to, zda sám pronájem jí může být.

<sup>86</sup> K analýze vztahů při užití *Airbnb* bližze MAK, V. Private Law Perspectives on Platform Services Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2019, č. 1, s. 19 an. Hranice podnikání, která je předmětem diskuse, je však podle autorky relativně přísná. Výslovně vylučuje pouze příležitostné pronájmy prostor po dobu dovolené.

<sup>87</sup> Srov. Informace Generálního finančního ředitelství k daňovému posouzení povinností poskytovatelů ubytovacích služeb (*Airbnb* a další), č. j. 90076/17/7100-20116-050701 [online]. Dostupné z: <<https://www.financnisprava.cz/cs/dane/dane/dan-z-pridane-hodnoty/informace-stanoviska-a-sdeleni/Posouzeni-povinnosti-poskytovatele-ubytovani>> [cit. 20. 11. 2020]. Pro účely DPH má být kritérium třídění podle oddílu 55 klasifikace produkce CZ-CPA České statistického úřadu, pro účely daně z příjmu se hledá rozdíl v délce, účelu, v rozsahu poskytovaných služeb a provádění oprav. Odkazuje se pak i na další kritéria, např. zda je cena uváděná za den, zda si energie obstarává uživatel. Na rozdíl od soukromoprávního pojetí jde však o tři kategorie – podnikání, nájem, ubytování, přičemž dochází do určité míry ke smíšení kritérií. Z hlediska soukromého práva je ubytování nájmem a většina výše uvedených kritérií jsou dispozitivní a neslouží k rozlišení nájmu bytu a ubytování, např. opravy, služby, uváděná cena. Skutečnost, že jde o ubytování, neznamená, že jde o podnikání.

<sup>88</sup> Výjimka v § 3 odst. 3 písm. ah) ž. z. (nájem nemovitosti, bytu či nebytového prostoru) nezahrnuje všechny nájmy, ubytování (§ 2326 o. z.) je živností (bod 55 přílohy č. 4 ž. z.). Srov. rozsudek NSS ze dne 20. 8. 2020, sp. zn. 2 As 435/2018, rozsudek NSS ze dne 14. 1. 2020, sp. zn. 3 As 360/2017.

<sup>89</sup> Srov. usnesení NS ze dne 2. 9. 2014, sp. zn. 23 Cdo 340/2013.

<sup>90</sup> Rozsudek NS ze dne 21. 6. 2012, sp. zn. 22 Cdo 2044/2010.

<sup>91</sup> Srov. rozsudek NS ze dne 11. 1. 2012, sp. zn. 31 Cdo 660/2010, rozsudek NS ze dne 19. 2. 2009, sp. zn. 30 Cdo 1889/2007.

V Německu v souvislosti s pronájmem judikatura dovozuje dlouhodobě dosažení této hranice v případě kolem osmi pronajímaných prostor, není zde však žádná jasná univerzálně aplikovatelná hranice.<sup>92</sup> Z poslední doby je možné zmínit rozhodnutí, v němž nebyl pronajímatel posouzen jako spotřebitel, když ve svých čtyřech nemovitostech propachtoval restauraci s dvěma byty, pronajal šest bytů a jeden rodinný dům a krátkodobě pronajímal devět apartmánů. Navíc, k činnosti využíval ředitelku apartmánového domu a měl dva byty pro zaměstnance.<sup>93</sup> Jako podnikání nebyla posouzena koupě domu s osmi byty,<sup>94</sup> pronájem pěti bytů a tří nebytových prostorů,<sup>95</sup> pronájem osmi bytů.<sup>96</sup> V jiných případech se však zdůrazňuje, že pronájem bytů vyžaduje pravidelné uzavírání nájemních smluv v rámci hospodářské soutěže, zároveň jde alespoň o částečný zdroj příjmů, proto už určitý počet bytů může naplňovat podnikatelskou činnost.<sup>97</sup> Soudy dovodily podnikání také už v případě šesti bytů,<sup>98</sup> nebo dokonce jednoho bytu.<sup>99</sup>

Pro daňové účely nebyl posouzen jako podnikatel pronajímatel jednoho plně vybaveného bytu, který každoročně pronajímal byt třem až sedmi různým nájemcům na období od dvou dnů do jednoho měsíce. Zároveň jim poskytoval služby jako povlečení, ručníky, minibar, internetové a telefonní připojení, různý nábytek, celkový úklid, informační materiály a plány výstav. Mezi jednotlivými pronájmy však byly mezery a nebyly poskytovány služby na denní bázi, např. snídaně, úklid na pokoji, recepce.<sup>100</sup> Podnikáním nebyl ani pronájem obchodního centra s 40 000 m<sup>2</sup> jako celku, každodenní úklid a ostraha byly zajišťovány jinými společnostmi na základě smluv uzavřených s nájemcem.<sup>101</sup>

V Rakousku se prosazuje podobný přístup. Hranice je však trochu nižší. Dlouhodobě je orientační hranicí pět bytů, při jejím překročení již nejde o spotřebitele.<sup>102</sup> Jde o řešení tradičně přijímané v soudní judikatuře.<sup>103</sup> Nejde však o žádné paušální posouzení. Je třeba vždy zhodnotit konkrétní okolnosti, zda se daná ekonomická činnost z důvodu trvající organizace projevuje jako podnikatelská.<sup>104</sup> Tak tomu bude, jestliže jsou využívány třetí osoby, např. správce nemovitosti, existuje více stálých obchodních partnerů (více nájemních smluv vyžadujících vedení účetnictví na základě obchodních principů), dochází k zapojení jiných podnikatelů či pomocníků a vznikají déletrvající smluvní vztahy.<sup>105</sup> Není stanoven žádný požadavek na velikost provozu, minimální výši kapitálu či jinou minimální míru organizace, kapitálu. Spoluvlastníci šesti pozemků, kteří prodali část svých

<sup>92</sup> Srov. přehled in: FERVERS, M. Der Vermieter als Unternehmer. *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*. 2018, s. 640–652.

<sup>93</sup> BGH, ze dne 20. 2. 2018, sp. zn. XI ZR 445/17.

<sup>94</sup> LG Hamburg ze dne 23. 5. 2016, sp. zn. 325 O 22/16.

<sup>95</sup> OLG Düsseldorf ze dne 12. 1. 2012, sp. zn. 24 U 72/09.

<sup>96</sup> LG Waldshut-Tiengen ze dne 30. 4. 2008, sp. zn. 1 S 27/07.

<sup>97</sup> AG Hannover ze dne 24. 9. 2009, sp. zn. 414 C 6115/09.

<sup>98</sup> LG Köln ze dne 3. 5. 2001, sp. zn. 1 S 264/00, AG Köln ze dne 28. 10. 2004, sp. zn. 210 C 248/04.

<sup>99</sup> AG Berlin-Lichtenberg ze dne 21. 6. 2007, sp. zn. 10 C 69/07 (pro naplnění podnikatelské činnosti je třeba účast v hospodářské soutěži s úmyslem dosažení zisku, postačí proto plánovaná a trvající nabídka služeb za úplatu bez ohledu na pravidelnost a rozsah).

<sup>100</sup> BFH ze dne 28. 9. 2010, sp. zn. X B 42/10 (NV).

<sup>101</sup> BFH ze dne 14. 7. 2016, sp. zn. IV R 34/13.

<sup>102</sup> LURGER, B. – AUGENHOFER, S. *Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht*. 2. Auflage. Wien – New York: Springer, 2008, s. 30.

<sup>103</sup> Např. OGH ze dne 8. 7. 1980, sp. zn. 5 Ob 570/80, OGH ze dne 11. 8. 2020, sp. zn. 4Ob71/20z.

<sup>104</sup> OGH ze dne 17. 7. 2018, sp. zn. 10 Ob 48/18h.

<sup>105</sup> Např. OGH ze dne 8. 7. 1980, sp. zn. 5 Ob 570/80, OGH ze dne 11. 8. 2020, sp. zn. 4Ob71/20z.

spoluvlastnických podílů developerovi s tím, že část kupní ceny měla být zaplacená hotově a část v podobě 15–20 nově postavených bytů v rámci bytového komplexu, byli posouzeni jako podnikatelé. Uvedený projekt vyžadoval nezbytnou organizaci dané činnosti, když bylo zohledněno, že se kupující podíleli na budoucím realizovaném účelu koupě, tedy zastavení bytovým komplexem, pouze část ceny získali v hotovosti, nesli ekonomické riziko, cena přesahovala aktuální cenu nezastavěných pozemků.<sup>106</sup>

Je důležité si uvědomit, že nejde jen o počet pronajímaných věcí či jejich částí. Jestliže vlastník zdědí sedm rodinných domů, v jednom žije a šest dalších jako celek propachtuje či pronajme, ještě to neznamená, že se stal podnikatelem. Taková činnost není živnostenským způsobem výdělečné činnosti, když není spojena s žádnou organizační náročností, plánováním.<sup>107</sup> Pokud dojde k propachtování majetku, pak se podnikatelem stane pachtýř jednající svým jménem.<sup>108</sup>

Důkazní břemeno o tom, že správa vlastního majetku nevyžaduje trvalou organizaci, a proto nejde o podnikání, má vlastník, pronajímatel, osoba nakládající s majetkem, ledaže je takový charakter zřejmý z okolnosti.<sup>109</sup>

Při zkoumání, kdy dochází k naplnění kritéria živnostenského nebo obdobného způsobu výdělečné činnosti podle § 420 odst. 1 o. z., by mělo být vzato v úvahu množství bytů, množství nájemních smluv, zda jsou všechny v jednom domě či na různých místech, rozsah poskytovaných služeb, pravidelnost či pouze příležitostný charakter, délka nájmu, nikoliv však pouhá velikost majetku. To je však obtížné vždy zkoumat a jistě i v České republice se podobně jako v Německu nebo Rakousku vytvoří určitá hranice ve vazbě na počet spravovaných nemovitostí, respektive nájemních smluv, kdy je zpravidla hranice naplněna.

Do určité míry podobná úvaha, tj. náročnost správy, hraje význam při hledání kritéria pro obligatorní vznik společenství vlastníků jednotek (§ 1198 o. z.). Tam sice má zásadní význam i množství jejich vlastníků, ukazuje to však, kam by hranice klesnout neměla (pět bytů a čtyři nájemci). Správa činžovního domu s osmi byty dlouhodobě samostatně pronajímanými už se takovému provozu může blížit, a to při zohlednění rozsahu činností nezbytných pro zachování chodu, včetně s tím spojeného pravidelného zapojení třetích osob, např. úklid, údržba, právní a zprostředkovatelské služby, a nezbytného plánování zásadnějších oprav.

Jinou otázkou jsou omezení krátkodobých pronájmů, tedy i takové podnikatelské činnosti, v prostorách určených k bydlení. Nejde však bezprostředně o problém podnikání, ale obecných omezení vyplývajících ze stavebních předpisů či úpravy bytového spoluvlastnictví.<sup>110</sup> V různých státech, zejména v turistických centrech, se lze setkat s různými omezeními krátkodobých pronájmů.<sup>111</sup> Často se řeší regulace v Berlíně.<sup>112</sup>

<sup>106</sup> OGH ze dne 17. 7. 2018, sp. zn. 10 Ob 48/18h.

<sup>107</sup> VONKILCH, A. Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts Eine Zwischenbilanz nach den ersten beiden Verbandsprozessen. *Wohnrechtliche Blätter*. 2007, č. 7–8, s. 188.

<sup>108</sup> OGH ze dne 21. 10. 2010, sp. zn. 5Ob155/10w.

<sup>109</sup> Např. OGH ze dne 8. 7. 1980, sp. zn. 5 Ob 570/80, OGH ze dne 21. 10. 2010, sp. zn. 5Ob155/10w.

<sup>110</sup> Srov. v Rakousku – OGH ze dne 8. 11. 2011, sp. zn. 3 Ob 158/11y. Jednorázový pronájem po dobu dovolené však tento bytový charakter nenarušuje OGH ze dne 23. 4. 2014, sp. zn. 5 Ob 59/14h, v Nizozemí – KOOLHOVEN, R. Regulating AIRBNB in the Netherlands. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2018, č. 6, s. 254.

<sup>111</sup> K situaci v Německu srov. BUSCH, C. Regulating Airbnb in Germany – status quo and future trends. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2019, č. 1, s. 40, ve Španělsku srov. NADAL, A. Regulating Airbnb in Spain. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2019, č. 1, s. 42–44.

Aktuálně byla před SDEU řešena regulace ve Francii, a to v souvislosti s volným pohybem služeb. SDEU dovodil, že službou ve smyslu směrnice 2006/123/ES o službách na vnitřním trhu je i úplatný opakovaný krátkodobý pronájem zařízených prostor určených k bydlení příležitostným zákazníkům, kteří zde nemají trvalý pobyt, vykonávaných v rámci podnikatelské či nepodnikatelské činnosti. Zejména však připustil možnost předchozího povolovacího režimu pro takovou službu z důvodu naléhavého obecného zájmu. Ten viděl v potřebě zajištění dostatečné nabídky bytů určených k dlouhodobému pronájmu za dostupné ceny v některých obcích s mimořádně vysokým tlakem na ceny nájemného.<sup>113</sup>

### 3.2 Účast v obchodních korporacích

Vlastník majetku se může při jeho správě rozhodnout i pro založení právnické osoby, obchodní společnosti. Je přitom zřejmé, že je nutné rozlišovat podnikání takové právnické osoby a podnikání samotného společníka, případně člena statutárního orgánu. V případě podnikání právnické osoby se často použije fikce podle § 421 o. z., kdy charakter činnosti není nutné zkoumat. Při zkoumání hranice mezi správou vlastního majetku a podnikáním je zřejmé, že předmětem zájmu je jednání společníka, nikoliv jednání společnosti samotné. Typicky půjde o případy ručení, společné dluhy, ale může jít například i o použitelnost rozhodčího řízení pro řešení sporů mezi společníky a společností.

V prvorepublikové judikatuře se prosadil závěr, že majetková účast na společnosti s ručením omezením není podnikáním takového společníka. Za samostatnou výdělečnou činnost bylo možné považovat i činnost veřejného společníka, pokud se účastnil vedení podniku a vykonával v něm práci, kterou jinak musel vykonávat každý podnikatel. Bylo-li však členství ve veřejné společnosti omezeno pouze na účast kapitálovou, takže společník nevykonával v podniku vůbec žádnou činnost, nemohl se dovolávat ochrany.<sup>114</sup> Stejně tak ani účast tichého společníka na podnikání jiné osoby, kdy jde o pouhého věřitele, nikoliv společníka. Jinak se vnímala účast na veřejné obchodní společnosti nebo společnosti občanského práva. Zde soudy dovozovaly, že společníci jsou spolupodnikatelé.<sup>115</sup> Již zde se objevují kritéria jako účast na vedení společnosti, již zde se hledá rozdíl mezi kapitálovými a osobními společnostmi. Oba přístupy se přitom projevují i ve vztahu ke stávající úpravě.

<sup>112</sup> Např. v Berlíně Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum [Zweckentfremdungsverbot-Gesetz – ZwVbG (GVBl. 2013, 626)]. Předpis byl shledán v souladu s ústavou (VG Berlín ze dne 8. 6. 2016, sp. zn. 6 K 103.16), byla však potvrzena výjimka v případech, kdy je byt užíván jako druhý domov (pro pracovní, rekreační účely) a pronajímán krátkodobě v době nepřítomnosti vlastníka (VG Berlín ze dne 9. 8. 2016, sp. zn. 6 K 91.16), dokonce i v případech, kdy má vlastník oba byty v Berlíně. Seznam výjimek byl později novelizován a pravidlo druhého bytu vyloučeno, nově se rozlišují pravidla pro hlavní a vedlejší byty [Gesetz vom 9. 4. 2018 (GVBl. S. 211)]. Tyto změny nebyly shledány neústavní (VG Berlin ze dne 17. 10. 2018, sp. zn. 6 K 666.17 a VG 6 K 537.17). V České republice ze stavebnětechnických předpisů nelze bez dalšího dovozovat podobné závěry, srov. rozsudek NSS ze dne 26. 6. 2008, sp. zn. 2 As 39/2007.

<sup>113</sup> Rozsudek SDEU C-390/18 ze dne 22. 9. 2020, ve věci *Cali Apartments SCI a HX v. Procureur général près la cour d'appel de Paris a Ville de Paris* (regulace byla omezená pouze na určité lokality, navíc zde byly i výjimky, ve své podstatě šlo o povolení změny stavebního určení daných prostor).

<sup>114</sup> Rozhodnutí NS ČSR ze dne 25. 11. 1935, sp. zn. R I 1166/35 (Vážný 14 730), to v kontextu procesní úpravy odkladu exekuce podle zák. č. 34/1934 Sb.

<sup>115</sup> Srov. rozhodnutí NSS ČR ze dne 15. 12. 1936, sp. zn. 16323/36 (Boh. A 12 691), to v kontextu zák. č. 221/1924 Sb., o pojištění zaměstnanců pro případ nemoci, invalidity a stáří.



V Německu jsou chápány bankovní a burzovní obchody jako správa vlastního majetku, nemají žádný podnikatelský charakter.<sup>116</sup> I nabytí akcií či podílů se dlouhodobě posuzuje jako správa vlastního majetku. A to bez ohledu na to, zda se nabývá veškeré podíly ve společnosti nebo zda se stává zároveň členem statutárního orgánu. Samotné řízení společnosti pak také nepředstavuje pro člena statutárního orgánu podnikatelskou činnost.<sup>117</sup>

Jediný společník není podnikatel, podnikatelem je společnost s ručením omezeným. Pouze ta je odpovědná za dluhy společnosti, nikoliv člen statutárního orgánu či společník. Při tomto posouzení je nepodstatná vůle jednajících, záleží na objektivním posouzení. Jestliže byl účel zápůjčky získání podílu na společnosti, šlo pouze o správu majetku, nikoliv podnikání. O to by se jednalo pouze v případech, že správa těchto podílů by byla natolik náročná z hlediska času a odbornosti, že by vyžadovala zřízení kanceláře.<sup>118</sup> Přesto se objevují i v judikatuře dílčí pochybnosti, když se zkoumá, zda statutární orgán ve společnosti s ručením omezeným ovládá zároveň alespoň blokační menšinu.<sup>119</sup> Jiné řešení se hledá pro společníky v osobních společnostech, kteří ručí za dluhy společnosti. Na ty část literatury pohlíží jako na podnikatele, jestliže společnost podniká a nejde z její strany o pouhou správu vlastního majetku.<sup>120</sup> Jindy se však hledá řešení v závislosti na smyslu a účelu konkrétní normy, tedy v závislosti na potřebě ochrany těchto společníků.<sup>121</sup>

V Rakousku při zkoumání otázky, nakolik jsou společníci obchodních společností spotřebitelé, bylo dlouhou dobu rozhodováno, že vlastnictví podílu ve společnosti a zastupování takové společnosti není vlastní podnikatelskou činností.<sup>122</sup> Později však došlo k prolomení tohoto principu. Nejvyšší soud dovodil, že jediný společník společnosti s ručením omezeným a zároveň jednatel je podnikatel, respektive nepoužije se ochrana poskytovaná spotřebiteli.<sup>123</sup> Převážilo ekonomické hledisko.<sup>124</sup>

Zkoumá se, zda tyto fyzické osoby mají majetkový zájem na podnikání společnosti a zda mohou vykonávat skutečnou kontrolu společnosti (mají právo vetovat rozhodnutí). Pouhý majetkový zájem nestačí (není podstatná velikost podílu), jestliže subjekt nemůže vykonat podstatný vliv na řízení společnosti. V takovém případě jde ve své podstatě pouze o finanční investici a společníkovi musí být poskytnuta ochrana jako spotřebiteli.

Splněny musí být oba předpoklady. V jiném rozhodnutí nejvyšší soud dovodil, že přestože se jednalo o většinového společníka, šlo o spotřebitele, protože nemohl vykonávat skutečnou kontrolu.<sup>125</sup> Možnost skutečné kontroly nezakládá pouhá prokura.<sup>126</sup>

<sup>116</sup> MANSSEL, H.-P. In: *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*. 15. Auflage. München: C. H. Beck, 2014, § 13 Rn. 1–7.

<sup>117</sup> BGH ze dne 5. 6. 1996, sp. zn. VIII ZR 151/95, BGH ze dne 28. 6. 2000, sp. zn. VIII ZR 240/99 (společník a jednatel jako spoludlužník u spotřebitelského úvěru, respektive leasingové smlouvy).

<sup>118</sup> OLG Celle ze dne 22. 9. 2010, sp. zn. 3 U 75/10.

<sup>119</sup> Srov. BAG ze dne 19. 5. 2010, sp. zn. 5 AZR 253/09 (při zkoumání, zda jednatel společnosti vykonává samostatnou výdělečnou činnost ve smyslu § 13 BGB).

<sup>120</sup> Srov. SAENGER, I. In: WESTERMANN, P. D. (Hrsg.). *Erman BGB. Kommentar*. 14. Auflage. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2014, § 13 14. ALEXANDER, C. In: GSELL, B. – KRÜGER, W. – LORENZ, S. – MAYER, J. (Hrsg.). *Beck-online. GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht (BeckOGK.BGB)*. München: C. H. Beck, 2017, § 13 337.

<sup>121</sup> OGH ze dne 19. 3. 2013, sp. zn. 4Ob232/12i.

<sup>122</sup> OGH ze dne 26. 9. 1991, sp. zn. 6 Ob 607/91.

<sup>123</sup> OGH ze dne 11. 2. 2002, sp. zn. 7 Ob 315/01a.

<sup>124</sup> Podrobněji SKARICS, F. (Kein) Verbraucherschutz für interzedierende GmbH-Gesellschafter? *Österreichische Notariatszeitung*. 2017, Hf. 3, s. 81. Přehled názorů a vývoje, pokud jde o společníka společnosti s ručením omezeným, je v rozhodnutích OGH ze dne 24. 4. 2012, sp. zn. 2 Ob 169/11h a OGH ze dne 19. 3. 2013, sp. zn. 4Ob232/12i.

<sup>125</sup> OGH ze dne 14. 2. 2007, sp. zn. 7 Ob 266/06b.

<sup>126</sup> OGH ze dne 14. 2. 2007, sp. zn. 7 Ob 266/06b.

Pokud má společník menší než 50% podíl, nemůže zpravidla vykonávat rozhodující vliv na řízení společnosti. Jinak v případě, kdy mu například ze společenské smlouvy vyplývá blokační menšina. Podnikatelem byl shledán i společník menšinový, jestliže měl právo blokovat rozhodnutí většinových společníků.<sup>127</sup> Naopak společník, který měl pouze 15% podíl na společnosti a neměl žádnou funkci v řídicích orgánech, byl chráněn jako spotřebitel.<sup>128</sup> Rozhodující vliv na chod společnosti nemusí být vykonáván prostřednictvím formální pozice. Společník s 50 %, přestože nikdy nebyl jednatelem společnosti, byl shledán podnikatelem, když nejenomže vykonával práva společníka, ale fakticky se podílel na všech podstatných rozhodnutích společnosti.<sup>129</sup> Jako rozhodující nebyla vzata kritéria podle účetních předpisů.<sup>130</sup>

I v Rakousku se zvláštní pozornost věnovala osobním společnostem, ale v návaznosti na reformu obchodního zákoníku se dovozuje, že osobní společnosti mají vlastní, od společníků oddělenou právní osobnost. Společníci nejsou podnikateli jenom z důvodu svého neomezeného ručení nebo že jsou společníky. Jestliže však mohou vykonávat rozhodující vliv na činnost společnosti, měli by mít postavení podnikatelů. Pro komanditisty by měla platit obdobná pravidla pro společníky kapitálových společností.<sup>131</sup>

Uvedená koncepce by neměla vést k založení určité fikce, podnikání společníka prostřednictvím společnosti, podnikání společnosti by se nemělo přičítat společníkovi.<sup>132</sup> Opačný postup by vedl k popření koncepce samostatné osobnosti právnických osob. Dovozuje se, že společník společnosti by neměl být vyloučen z ustanovení na ochranu spotřebitele jako celku, ale může jít o projev teleologické redukce v případě konkrétního pravidla, např. § 25d KSchG.<sup>133</sup> To se také prosazuje v aktuální judikatuře.<sup>134</sup>

Řešení se hledá i v rámci práva EU. SDEU odlišuje pouhou správou vlastního majetku a podnikání. Základní úvaha se objevuje v rozhodnutí SDEU ve věci *Ministero dell'Economia e delle Finanze proti Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato a Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*. Věcně šlo o posouzení činnosti a zdanění bankovních nadací z hlediska pravidel pro státní podpory. Soud zde dovodil, že pouhé držení podílů, dokonce majoritních, pokud umožňuje pouze výkon práv spojených s postavením společníka, jakož i případně přijímání podílu na zisku, nepostačuje k dovození hospodářské činnosti subjektu vlastnicího tyto podíly. Oproti tomu však, jestliže vlastník majoritního podílu ovládá společnost tím, že se přímo či nepřímo vměšuje do její správy, takový vlastník musí být považován za účastnicího se hospodářské činnosti vykonávané ovládaným subjektem.<sup>135</sup>

V jiných věcech ale přijal SDEU pružnější kritérium. Ve věci *Česká spořitelna proti Feichterovi* posuzoval v souvislosti s aplikací zvláštních pravidel soudní příslušnosti postavení fyzické osoby, která byla společníkem a zároveň jednatelem společnosti s ruče-

<sup>127</sup> OGH ze dne 24. 4. 2012, sp. zn. 2 Ob 169/11h.

<sup>128</sup> OGH ze dne 9. 8. 2006, sp. zn. 4 Ob 108/06w.

<sup>129</sup> OGH ze dne 24. 4. 2012 sp. zn. 2 Ob 169/11h.

<sup>130</sup> OGH ze dne 24. 4. 2012 sp. zn. 2 Ob 169/11h.

<sup>131</sup> Podrobný přehled včetně odkazů na další judikaturu a různá pojetí v literatuře in OGH ze dne 19. 3. 2013, sp. zn. 4Ob232/12i.

<sup>132</sup> SKARICS, F. (*Kein*) Verbraucherschutz für interzedierende GmbH-Gesellschafter?, s. 82.

<sup>133</sup> *Ibidem*, s. 83.

<sup>134</sup> OGH ze dne 19. 3. 2013, sp. zn. 4Ob232/12i, OGH ze dne 29. 1. 2015, sp. zn. 6Ob170/14i.

<sup>135</sup> SDEU, C-222/04 ze dne 10. 1. 2006, ve věci *Ministero dell'Economia e delle Finanze proti Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato a Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, odst. 111 a 112.

ním omezeným. Zaručila se v podobě směnečného rukojemství za vlastní směnku této společnosti poskytnuté jako zajištění úvěrů v její prospěch. SDEU dovedl, že na takové směnečné rukojemství fyzické osoby nemůže být nahlíženo tak, že bylo poskytnuto mimo jakoukoliv činnost nebo účel profesionální nebo podnikatelské povahy a nezávisle na nich, jestliže tato fyzická osoba má úzké profesionální nebo podnikatelské vazby na uvedenou společnost, například ve formě jednatelství nebo většinového podílu na společnosti.<sup>136</sup>

Taková úzká vazba však nebyla shledána SDEU v případě konsolidace dluhů. Původní dluhy dvou spoludlužníků zajištěné zástavním právem mimo jiné k majetku jediného společníka a jednatele jednoho z těchto spoludlužníků jsou nahrazeny novým úvěrem pouze jednoho dlužníka, jehož splacení je i nadále zajištěno zástavním právem k majetku jediného společníka a jednatele druhé společnosti. S ohledem na to, že zde chybí úzký vztah k dlužníkovi, dospěl SDEU k tomu, že ve vztahu k tomuto novému dluhu má postavení spotřebitele, byť nahrazoval i dluh jeho společnosti. SDEU zkoumal, zda nemá tato osoba nezanedbatelný podíl na novém dlužníkovi a není zástupcem tohoto dlužníka.<sup>137</sup> Již dříve vyloučil v konkrétním případě ochranu spotřebitele, jestliže účelem jednání bylo zajištění úvěrů za účelem podnikání<sup>138</sup> nebo příprava na podnikání.<sup>139</sup>

Hledá-li se v českém právu odpověď na to, kdy přerůstá správa vlastního majetku v podnikání, měli bychom i zde vycházet z definice § 420 odst. 1 a odst. 2 o. z. a aplikovat kritéria výše uvedená. Pouhé postavení společníka v obchodní společnosti, ať už kapitálové nebo osobní, nedělá z takového společníka podnikatele, a to ani v případě, kdy má ve společnosti rozhodující vliv, kdy se podílí na jejím řízení. Pouhá skutečnost, že nese riziko, ručí za dluhy, respektive zisky společnosti jsou zdaňovány jako zisky společníka, neznamena, že jsou kritéria podnikání naplněna. Podnikatelem je obchodní společnost. Podnikatelem by se stal takový společník, pokud by vykonával správu vlastního majetku, např. obchodních podílů, živnostenským způsobem.

Tento závěr však nevylučuje, že v konkrétním případě taková úzká vazba povede s ohledem na smysl a účel konkrétního pravidla k omezení ochrany poskytované společníkovi (teleologické redukci) nebo aplikaci omezení vztahující se na právnickou osobu i na společníka. Typicky, kdy s ohledem na úzké propojení s obchodní společností je zjevné, že nejedná ve svém vlastním zájmu, ale zájmu takové společnosti, podnikatele. Ostatně právní úprava takové omezení zná právě v § 420 odst. 2 o. z. v souvislosti s jednáním vlastním jménem na účet podnikatele, nebo v souvislosti s úpravou tiché společnosti (§ 2750 odst. 3 o. z.). Úzký vztah mezi společností a některými osobami se nám projevuje i v § 22 odst. 2 o. z., podle něhož stanoví-li zákon k ochraně třetích osob zvláštní podmínky nebo omezení pro převody majetku, pro jeho zatížení nebo přenechání k užití jinému mezi osobami blízkými, platí tyto podmínky a omezení i pro obdobná právní jednání mezi právnickou osobou a členem jejího statutárního orgánu nebo tím, kdo právnickou osobu podstatně ovlivňuje jako její člen nebo na základě dohody či jiné skutečnosti. Jinou kategorií je střet zájmů a zvláštní omezení podle § 4b zákona č. 159/2006 Sb.

<sup>136</sup> SDEU, C-419/11 ze dne 14. 3. 2013, ve věci *Česká spořitelna, a. s. proti Geraldů Feichterovi*, odst. 37.

<sup>137</sup> SDEU, C-534/15 ze dne 14. 9. 2016, ve věci *Pavel Dumitraș a Mioara Dumitraș v. BRD Groupe Société Générale – Sucursala Județeană Satu Mare*, odst. 36 a 39.

<sup>138</sup> SDEU, C-45/96 ze dne 17. 3. 1998, ve věci *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG proti Edgaru Dietzingerovi*.

<sup>139</sup> SDEU, C-269/95 ze dne 3. 7. 1997, ve věci *Benincasa proti Dentalkit Srl*.

### 3.3 Zemědělská činnost

Zemědělská činnost je typickým případem správy vlastního majetku. Hospodaření na svých pozemcích, ať už v podobě pěstování rostlin nebo chovu zvířat, je obvyklým způsobem jejich využití. Vlastník zemědělských pozemků má omezené možnosti jiného využití, např. jejich přenechání k hospodaření jiným. Tato zvláštnost se projevuje do určité míry i ve veřejnoprávní regulaci. Zákodárce má omezený prostor pro regulaci podnikatelské činnosti a ve svém důsledku omezení takového hospodaření. Ústavní soud například odmítl požadavek odbornosti univerzálně stanovený pro všechny druhy zemědělského podnikání.<sup>140</sup>

I zemědělec hospodařící na svých pozemcích může být podnikatelem podle § 420 odst. 1 o. z. Je přitom zřejmé, že zásadními kritérii zde bude orientace na zisk a živnostenský nebo obdobný způsob výkonu výdělečné činnosti. Soustavnost, pravidelnost, samostatnost a vlastní odpovědnost bude ve zde posuzovaných případech těžko hraničním kritériem. Stranou zůstávají případy, kdy jsou pozemky propachtovány a kdy hospodaří, i podniká, pachtýř.

Orientace na zisk vyžaduje, aby zemědělské produkty byly přímo nebo nepřímo poskytovány třetím osobám. Jsou-li získávány pouze pro vlastní potřebu, aniž by byly zpracovány do jiných dále prodávaných výrobků, o podnikání se jednat nebude. Podnikání vyžaduje jednání s třetími osobami, jinak není realizován zisk. Živnostenský nebo obdobný způsob výdělečné činnosti pak znamená, že zde musí jít o činnost vyžadující určitou míru, rozsah organizace práce, plánovanosti činnosti, trvalosti a časové náročnosti takové organizace. Zde se nepřímou projeví i velikost obhospodařované plochy, protože ta většinou ovlivní i způsob správy. Skutečnost, že vlastník prodá občas přebytky ovoce do výkupu, podnikatelský charakter sám ještě nezaloží.

Veřejnoprávní úprava v § 2e zákona č. 252/1997 Sb., o zemědělství, má vlastní definici podnikání. Vylučuje ze své úpravy drobnou pěstitelskou a chovatelskou činnost, anebo prodej nezpracovaných rostlinných a živočišných výrobků. Drobná pěstitelská a chovatelská činnost indikuje kritérium živnostenského či jiného způsobu výdělečné činnosti, může jít spíše o zájmovou činnost, činnost bez záměru zisku. Kritérium prodeje nezpracovaných rostlinných a živočišných výrobků se nijak v definici podnikání podle § 420 o. z. neprojevuje. Z důvodové zprávy sice vyplývá, že důvodem by měla být absence zaměřenosti na zisk, ten tu však může vzniknout.<sup>141</sup>

O tom, že zemědělská a lesnická činnost může naplňovat znaky podnikání (§ 1 KSchG), není pochyb ani v Rakousku. Judikatura zdůrazňuje, že není nutné zkoumat rozsah takové činnosti, ale pouze otázku pravidelnosti a metodičnosti.<sup>142</sup> Rovněž v Německu je posuzován podnikatelský charakter zemědělské a lesnické činnosti v kontextu § 13 a 14 BGB. Zemědělská a lesnická činnost je vnímána jako podnikatelská činnost.<sup>143</sup> V rámci rozhodování SDEU nebylo pochyb o podnikatelské činnosti zemědělece Johanna Grubera ve známé kauze týkající se dvojího účelu uzavírané smlouvy.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> Nález ÚS ze dne 20. 6. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 38/04.

<sup>141</sup> V důvodové zprávě se objevuje tvrzení, že má jít o prodej nezpracovaných výrobků z drobné činnosti, dikce zákona tomu však neodpovídá. Srov. sněmovní tisk č. 350/O (4. volební období) [online]. Dostupné z: <www.psp.cz> [cit 2020-11-29].

<sup>142</sup> OGH ze dne 11. 7. 1990, sp. zn. 3 Ob 578/90, OGH ze dne 21. 10. 1982, sp. zn. 7 Ob 515/82.

<sup>143</sup> Shodně FRITZSCHE, J. In: ROTH, H. (Hrsg.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil*, § 13 51, § 14 59.

## 4. Alternativní cesty

Výše uvedená analýza ukazuje, že zde není univerzální na první pohled patrná hranice mezi pouhou správou vlastního majetku a podnikáním. Zákonodárce se může pokusit zvýšit právní jistotu stanovením takové hranice. Zvýšení právní jistoty smluvních stran, pokud jde o obsah jejich závazku, lze dosáhnout ale i jiným způsobem.

### 4.1 Jednotnost regulace

Jako kacířská myšlenka může znít úvaha o tom, kolik otázek by bylo odstraněno, kdyby soukromé právo bylo jednotné. V kontextu zkoumané otázky bez ohledu na rozlišení, zda jde o pouhou správu vlastního majetku, nebo podnikání. Řada praktických problémů se ve své podstatě neodvívá od toho, zda jde o vztah spotřebitele a podnikatele. Jsou jimi stejní lidé, se stejnými vlastnostmi a schopnostmi, pouze s různou mírou odpovědnosti (např. nerozumějí dané otázky stejně, v druhém případě však musí). Často proto jde jenom o zjednodušení při hledání rozhodného kritéria. Hledání spravedlivých přesnějších řešení se pak projevuje v zavádění dalších mezistupňů, např. slabší strany.

Zdálo by se, že uniformní prostředí internetu s ohledem na problémy s identifikací jednajících subjektů bude podrobena jednotné regulaci.<sup>145</sup> Svědky jsme spíše opačného postupu. Bylo přijato nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2019/1150 ze dne 20. června 2019 o podpoře spravedlnosti a transparentnosti pro podnikatelské uživatele online zprostředkovatelských služeb (dále jen „nařízení č. 2019/1150“). Cílem je primárně úprava postavení podnikatelských uživatelů (poskytovatelů zboží nebo služeb). Vztahy podnikatelů a spotřebitelů jsou z úpravy vyloučeny.<sup>146</sup> Výše uvedený problém hledání hranice mezi správou vlastního majetku a podnikáním nařízení neřeší, stejně jako neřeší další případy hybridního postavení stran.<sup>147</sup> Ve svém důsledku by mohlo nařízení přinášet pro spotřebitele jistotu, že v případě určitých online zprostředkovatelských služeb budou vystupovat jako poskytovatelé služeb nebo zboží pouze podnikatelé. Takové omezení však právní úprava nevyžaduje. Navíc, vždy zde bude stejný problém vznikat i na druhé straně závazku.

### 4.2 Identifikace stran

Jinou cestu nabízí povinná identifikace smluvních stran. Povinná identifikace smluvních stran vyvolává očekávání druhé strany, které je následně chráněno. Jestliže se jednajíc strana identifikuje jako podnikatel, nemůže se následně dovolávat, že má postavení

<sup>144</sup> SDEU, C-464/01 ze dne 20. 1. 2005, ve věci *Johann Gruber proti Bay Wa AG*.

<sup>145</sup> Příkladem by mohla být směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/31/ES ze dne 8. června 2000 o některých právních aspektech služeb informační společnosti, zejména elektronického obchodu, na vnitřním trhu (směrnice o elektronickém obchodu), kde jsou služby informační společnosti regulovány obecně, výjimkou je otázka kogentnosti ve vztahu ke spotřebitelským smlouvám podle čl. 11 odst. 3. Podobný přístup je zvolen ve směrnici Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2366 ze dne 25. listopadu 2015 o platebních službách na vnitřním trhu, kterou se mění směrnice 2002/65/ES, 2009/110/ES a 2013/36/EU a nařízení (EU) č. 1093/2010 a zrušuje směrnice 2007/64/ES (čl. 38).

<sup>146</sup> Srov. bod 3 odůvodnění nařízení č. 2019/1150. Nabízení zboží či služeb podnikatelskými uživateli spotřebitelům v EU je však zásadním předpokladem pro aplikaci nařízení (čl. 1 nařízení č. 2019/1150).

<sup>147</sup> Kriticky k tomuto nedostatku IAMICELI, P. Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity. *European Review of Contract Law*. 2019, č. 4, s. 407 a 419.

spotřebitele, že se ve skutečnosti jednalo o pouhou správu vlastního majetku, která neaplnňuje znaky podnikání.<sup>148</sup>

Informační povinnost ohledně identity podnikatele vyplývá například z § 1811 odst. 2 písm. a) o. z. V souvislosti s provozem online zprostředkovatelských služeb je uložena jejich provozovatelům povinnost zajistit, aby byla identita podnikatelského uživatele poskytujícího zboží a služby prostřednictvím online zprostředkovatelské služby jasně viditelná.<sup>149</sup>

### 4.3 Odpovědnost provozovatele online zprostředkovatelských služeb

Jinou cestou je udělat provozovatele online zprostředkovatelských služeb odpovědným vůči spotřebiteli za plnění zprostředkované smlouvy.<sup>150</sup> Pak se omezuje potřeba zkoumat charakter druhé smluvní strany, tedy ani zda jde o pouhou správu vlastního majetku, či podnikání.

Provozování online zprostředkovatelských služeb se může do určité míry jevit jako obcházení práva na ochranu spotřebitele.<sup>151</sup> Jejich provozovatelé mají prospěch z uzavřených smluv, aniž by byli přímo stranou této smlouvy, nesli z ní rizika. Diktují obsah takových smluv, mnohdy i ujednané ceny, přičemž často nejde o spotřebitelskou smlouvu. Diskuse této otázky se stala předmětem soudních řízení týkajících se autobazarů v Německu<sup>152</sup> a v ČR<sup>153</sup>.

Ve skutečnosti je tento problém obecnější. Proto v některých právních řádech mají přísnější odpovědnost zprostředkovatele. V české úpravě je však z tohoto pohledu odpovědnost omezená. Uplatňuje se ve své podstatě v případě zájezdu,<sup>154</sup> do určité míry se řeší v případě obchodního zastoupení.<sup>155</sup> Jiným řešením je použití úpravy na ochranu spotřebitele i v případě, kdy je smlouva uzavřena prostřednictvím podnikatele nebo s jeho pomocí, přestože smluvními stranami jsou spotřebitelé.<sup>156</sup> Takový postup částečně odpovídá výše uvedené myšlence uniformní úpravy nezávislé na postavení stran, problém rozlišení mezi správou vlastního majetku a podnikáním se tak projevuje pouze při zkoumání charakteru zprostředkovatele či pomocníka, kde nemusí být tak častý.

Přesto se zdá, že v rámci online prostředí, kde klasické rozlišení smluvních typů a smluvních stran do určité míry selhává, jde o současný trend.<sup>157</sup> Rychlost a jednoduchost uza-

<sup>148</sup> Srov. § 5 nebo § 2523 odst. 2 o. z., rozsudek SDEU C-464/01 ze dne 20. 1. 2005, ve věci *Johann Gruber proti Bay Wa AG*, rozsudek SDEU C-149/15 ze dne 9. 11. 2016, ve věci *Sabrina Wathelet proti Garage Bietheres & Fils SPRL*.

<sup>149</sup> Srov. čl. 3 odst. 5 nařízení č. 2019/1150.

<sup>150</sup> K této otázce podrobněji HULMÁK, M. Soukromoprávní regulace platform. In: CSACH, K. (ed.). *Ad hoc legislativa v súkromnom práve*. Praha: Leges, 2019, s. 185 an., NOVOTNÁ, M. – HULMÁK, M. Zodpovednosť platforiem vyplývajúca z ich postavenia jako zmluvnej strany sprostredkovateľa a sekundárne zodpovedného subjektu. *Societas et iurisprudentia*. 2020, č. 3, s. 21 an.

<sup>151</sup> BUSCH, A. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law? *Journal of European Consumer and Market Law*. 2016, č. 3, s. 4.

<sup>152</sup> BGH ze dne 26. 1. 2005, sp. zn. VIII ZR 175/04.

<sup>153</sup> Rozsudek NS ze dne 24. 6. 2014, sp. zn. 32 Cdo 1519/2012.

<sup>154</sup> Srov. čl. 13 odst. 1 směrnice 2015/2302 ze dne 25. listopadu 2015 o souborných cestovních službách a spojených cestovních službách a § 2542 o. z.

<sup>155</sup> Srov. § 2492 o. z.

<sup>156</sup> Např. v Dánsku – viz SØRENSEN, M. J. Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework. *Nordic Journal of Commercial Law*. 2018, č. 1, s. 79.

<sup>157</sup> Kriticky k tomuto trendu MAULTZSCH, F. Contractual liability of online platform operators: European proposals and established principles. *European Review of Contract Law*. 2018, č. 3, s. 209 an.

vírání smluv a uniformní charakter daného prostředí vedou k tomu, že průměrný adresát ztrácí orientaci a zaměřuje se pouze na dominantní znaky, např. online prostředí, kde k uzavírání smlouvy dochází. Není schopen rozlišit jednotlivé smlouvy, které uzavírá, ani subjekty, s nimiž je uzavírá.

Vedle smluvní strany odpovídá za splnění povinností vyplývajících z uzavřené smlouvy i provozovatel online zprostředkovatelské služby, jestliže má na poskytovatele převládající vliv. Jde o princip, který se do určité míry projevuje v judikatuře SDEU,<sup>158</sup> objevuje se v Modelových pravidlech.<sup>159</sup> Může být však otázkou, zda odpovědnost za splnění povinností znamená i plné prosazení ochrany spotřebitele, např. nepřiměřenosti smluvních ujednání. Požadavek převládajícího vlivu, který může vyplývat i z toho, že obsah smlouvy určuje i provozovatel online zprostředkovatelské služby, takový závěr podporuje. Z čl. 21 Modelových pravidel však vyplývá jenom omezené řešení. Spotřebitel se může dovolávat vůči provozovateli takové služby všech práv, která by měl v případě, že by poskytovatel plnění byl podnikatel. Ve vztahu k poskytovateli plnění, který není podnikatelem, se však žádná pravidla na ochranu spotřebitele nepoužijí.<sup>160</sup> Význam rozlišení pouhé správy vlastního majetku a podnikání zůstává proto plně zachován.

## Závěr

Přestože občanský zákoník vychází z koncepce jednotného soukromého práva, na řadě míst se objevují zvláštní pravidla týkající se na jedné straně podnikatele, na druhé straně spotřebitele. Každý vlastník, který vykonává správu svého majetku, musí v této souvislosti řešit, kdy se tato správa vlastního majetku stává podnikáním. Často naplní některé z předpokladů podnikání podle § 420 odst. 1 o. z. Může být vykonávána vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, soustavně, se záměrem zisku. Nesmíme však přehlížet, že podnikání vyžaduje, aby výdělečná činnost byla činěna také živnostenským nebo obdobným způsobem.

Živnostenský nebo obdobný způsob výdělečné činnosti neodkazuje na veřejnoprávní regulaci oprávnění k podnikatelské činnosti. Nejde ani o obživu ve vlastním smyslu. Domníváme se, že historicky tento požadavek vyjadřoval i předpoklady, které dnes zákon pojmenovává výslovně (soustavnost, výdělečný charakter, zaměření na zisk). Dnes jej lze chápat jako požadavek určitého způsobu organizace práce, plánovanosti a rozsahu činnosti, trvalosti a časové náročnosti takové organizace. Projevuje se ve vzniku provozu. Zdůrazňuje se, že nezáleží na výši spravovaného majetku, přesto jeho charakter a struktura se při správě a naplnění tohoto znaku může projevit. Kritérium živnostenského nebo obdobného způsobu se pak nutně projeví i při zkoumání, zda představuje podnikání podle § 420 odst. 2 o. z. vlastní obchodní, výrobní nebo obdobná činnost či samostatný výkon povolání.

<sup>158</sup> Tak v případě UBERU – rozhodnutí SDEU C-434/15 ze dne 20. 12. 2017, ve věci *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain, SL*. (a související C-320/16 ve věci *Uber France, C-371/17* ve věci *Uber BV/Richard Leipold*). Jinak však v případě *Airbnb* – rozhodnutí SDEU C-390/18 ze dne 19. 12. 2019, ve věci *trestní řízení proti X*.

<sup>159</sup> Čl. 20 odst. 1 Model Rules on Online Platforms In: *Report of the European Law Institute* [online]. Dostupné z: <[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Model\\_Rules\\_on\\_Online\\_Platforms.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf)> [cit. 27. 10. 2020].

<sup>160</sup> Komentář k čl. 21 Model Rules on Online Platforms In: *Report of the European Law Institute* [online], s. 41. Dostupné z: <[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Model\\_Rules\\_on\\_Online\\_Platforms.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf)> [cit. 27. 10. 2020].

Typickými případy správy vlastního majetku jsou pronájem vlastního majetku, investice v kapitálových obchodních společnostech, zemědělské hospodaření. Ve všech případech je nutné aplikovat kritéria podle § 420 odst. 1 o. z.

V případě pronájmu bývá v zahraničí tato hranice obvykle spojena s dosažením určitého počtu pronajímaných předmětů. Je však vždy nutné posoudit také množství nájmených smluv, umístění pronajímaných předmětů, rozsah poskytovaných dalších služeb, pravidelnost či pouze příležitostný charakter, délku nájmu, nikoliv však pouhou velikost majetku. Je však zřejmé, že určitý počet, přimlouval jsem se v případě běžného pronájmu bytu na delší období za hranici kolem osmi bytů, vyžaduje již řízení takového provozu, plánování, organizování a mělo by se jednat o podnikání.

V případě účasti v obchodních společnostech nepředstavuje tato účast podnikání, ledaže dosáhne míry, že budou naplněna kritéria podle § 420 odst. 1, např. obchodováním na trhu s cennými papíry nebo správou podílů v různých obchodních společnostech. Podnikání nezaloží ani většinový podíl v obchodní společnosti a rozhodující vliv na řízení takové společnosti. Je však možné, že v konkrétním případě bude s ohledem na úzké spojení s podnikáním takové společnosti vyloučena aplikace pravidel k ochraně spotřebitele, typicky v případě ručení takového společníka, nebo naopak budou aplikována omezení jinak použitelná pro společnost.

Kritéria podle § 420 odst. 1 o. z. často naplní i lesnická a zemědělská činnost. Může však absentovat například výdělečný charakter nebo zaměření na zisk (zájmová činnost nebo činnost pouze pro vlastní potřebu), soustavnost (občasná činnost).

Rozlišení správy vlastního majetku a podnikání může přinášet problémy, zejména nejistotu v právních vztazích. Nabízí se stanovit přesné hranice, to lze však vždy ve vztahu ke konkrétní činnosti, navíc se tím vytrácí prostor pro citlivé řešení jednotlivých situací. Z tohoto hlediska mohou být lepší vyvratitelné právní domněnky. Jinou cestou je zvláštní regulace pro spotřebitele a podnikatele nezavádět, důsledně chránit očekávání druhé strany v právním styku, zdůrazňovat informační povinnost. V souvislosti s fungováním online zprostředkovatelských služeb je řešením i samostatná odpovědnost jejich provozovatele nezávisle na charakteru konkrétního poskytovatele plnění.



# Právní expertní systémy a reprezentace pravidel v kódu

Jakub Michálek\*

**Abstrakt:** V době digitalizace a koronavirové krize je na místě zkoumat možnosti, které nabízí automatizace v oblasti práva. Konkrétně tento článek popisuje právní expertní systémy, což jsou počítačové databáze znalostí, které umí najít odpovědi na právní otázky s ambicí poskytovat v dané oblasti srovnatelně kvalitní odpovědi jako právní expert, a to pomocí pravidlové umělé inteligence. Článek nejprve shrnuje kontext, aby bylo jasné, že nejde o nahrazování soudců roboty a že model právního uvažování či usuzování je skutečně jen model, který zdaleka nedostihuje kvalitu lidského mozku, natož argumentace v právním diskurzu. Článek shrnuje historii právních expertních systémů, která má za sebou již přes 50 let výzkumu se smíšenými výsledky, ale také argumenty kritiků. Článek upřesňuje předpoklady úspěšného využití právních expertních systémů a popisuje nezbytné složky každého právního expertního systému a jejich konkrétní implementaci. Z historického přehledu vyplývá, že se tato technologie patrně nachází ve fázi, kdy po původním přehnaném očekávání pomalu nabírá druhou mízu, a to v rámci obecnějšího a novějšího konceptu reprezentace pravidel pomocí kódu (Rules as Code). Reprezentace pravidel v kódu může být jedním z možných řešení pro rychlou a chytrou pomoc v krizi i pro správné, transparentní a flexibilní nastavení pravidel ve státní správě, zejména v souvislosti s informačními systémy. Již existují úspěšné příklady z vyspělých ekonomik Francie, Velké Británie, USA či Nového Zélandu, kde tyto technologie pomáhají. Článek je završen příkladem jednoduchého právního expertního systému usnadňujícího aplikaci zákona o svobodném přístupu k informacím.

**Klíčová slova:** reprezentace pravidel v podobě kódu, právní expertní systémy, právní znalostní systémy, umělá inteligence v právu, automatizace práva

## Úvod

Cílem tohoto článku je představit nástroje počítačové reprezentace práva, zejména kategorií právních expertních systémů, které jsou založeny na pravidlech a které v 80. letech vzbudily první velké a v právu nenaplněné naděje, a dnešní pokračování tohoto trendu, o kterém se mluví pod „buzz-wordem“ *Rules as Code*, neboli pravidla v podobě kódu.<sup>1</sup> Článek je koncipován se záměrem přiblížit tuto nepříliš prezentovanou oblast širší právnické obci v ČR.

Mezi právní informační systémy patří mnoho různých kategorií chytrých nástrojů.<sup>2</sup> Chytrým právním nástrojem mám na mysli nástroj, jehož podstatnou funkcionalitou jsou operace založené na počítačovém zpracování právních pravidel, skutečností nebo případů.

\* Mgr. et Mgr. Jakub Michálek. Autor studuje doktorské studium Právnické fakulty UK v Praze a dále působí jako místopředseda ústavněprávního výboru Poslanecké sněmovny PČR.

<sup>1</sup> MOHUN, J. – ROBERTS, A. Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines. *OECD Working Papers on Public Governance*. Paris: OECD Publishing, 2020, No. 42, Dostupné z: <[https://www.oecd-ilibrary.org/governance/cracking-the-code\\_3afe6ba5-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/cracking-the-code_3afe6ba5-en)>.

<sup>2</sup> Další kategorie funkcí chytrých nástrojů jsou: získávání informací (např. srovnatelných případů), predikce (pravděpodobnost úspěchu v případě), vytváření argumentů, generování dokumentů (známé generátory smluv, které lze považovat za úspěšnou a rozšiřující se technologii), právní plánování (např. při daňové optimalizaci), tvorba legislativy, rozhodování v ADR či kontrola dokumentů. Mezi chytré nástroje patří i chytré smlouvy (viz dále). Vedle toho samozřejmě existují běžné nástroje jako jsou elektronické formuláře, elektronické systémy právních informací, nástroje pro elektronické vedení spisu a spisové služby, vizualizační nástroje, viz BRANTING, L. K. Data-Centric and Logic-Based Models for Automated Legal Problem Solving. *Artificial Intelligence and Law*. 2017, Vol. 25, No. 1, s. 5–27.

V tomto článku se zaměřuji výlučně a specificky na analytické či právně faktografické chytré nástroje založené na pravidlech (algoritmech), jako jsou právní expertní systémy či automatické komentáře.<sup>3</sup> Ostatním kategoriím jako je umělá inteligence založená na neuronových sítích se v tomto článku nevěnuji.

Faktografický nástroj pro reprezentaci práva se soustředí na logickou vrstvu modelování.<sup>4</sup> Tyto nástroje jsou o něco pokročilejší než například jednoduché generátory smluv a umožňují zpřístupnit právní obsah pro zadaný právní případ, ať už na základě vložených informací o skutečnosti nebo na základě vloženého cíle, tedy umožňují např. dovození implikací z faktů pomocí pravidel. Faktografické nástroje mohou mít jako uživatele jak právníky, tak laiky či mohou být součástí jiných aplikací.

Prvním příkladem právně faktografického systému jsou právní expertní systémy. Expertním systémem rozumíme počítačovou aplikaci, která dokáže plnit úkoly, které by jinak vyžadovaly expertizu, a používá při tom explicitní reprezentaci znalostí, které jsou zachyceny pomocí vhodného modelu.<sup>5</sup> Expertní systémy patří mezi nejstarší části odvětví zvaného umělá inteligence. V kontinentálním právu nás pak budou specificky zajímat expertní systémy založené na pravidlech.<sup>6</sup> Nějakou formu aplikací s obdobnou funkcí jako pravidlové expertní systémy využívají při podpoře právních činností Francie, Nový Zéland, Spojené státy, Velká Británie a řada dalších států, přičemž OECD k tomu dokonce nedávno vydala příručku.<sup>7</sup> Zdaleka však nejde o nástroj standardní a běžně používaný, který by byl notorií. Diskuse o možné užitečnosti takových nástrojů v právu, zejména teď při potřebě rychlého vyřizování žádostí o cílenou podporu v době koronavirové krize, tak vůbec není od věci.

Druhým příkladem právně faktografického systému je nástroj automatizovaného právního komentáře,<sup>8</sup> který umožňuje v některých jednodušších případech modelovat aplikaci práva, a to včetně zohlednění judikatury a literatury, případně může sloužit jako nástroj podpory rozhodování. Výhodou tohoto přístupu oproti simplicistní snaze modelovat izolovaně právní předpisy je transparentní zachycení výstupu interpretace práva jako tradiční podstaty právní disciplíny a z toho vyplývající srozumitelnost a rigoróznost i pro právníky.

Článek je členěn od obecného ke konkrétnímu následovně: V první části se zaměřuji na kontext počítačového modelování práva, zejména různé úrovně komplexity modelů práva, abych ukázal pozici algoritmizovatelných právních faktografických systémů. Následně se věnuji orientačnímu připomenutí historie právních expertních systémů, navazuji jeho kritickým zhodnocením, uvedením přínosů počítačového modelování práva a výběrem

<sup>3</sup> Srovnej také termín „dynamického elektronického právního komentáře“ v SCHWEIGHOFER, E. a kol. *Tool Supported Collaborative Design of Semantic and Executable Models from Normative Texts*. Prezentace. Universitat Wien, s. 30, který je ovšem vymezen jako kategorizace dokumentů.

<sup>4</sup> Viz například PRAKKEN, H. – SARTOR, G. *The Role of Logic in Computational Models of Legal Argument: A Critical Survey*. In: *Computational logic: Logic programming and beyond*. Berlin – Heidelberg: Springer, 2002, s. 342–381, mluví o několika vrstvách argumentace: logické, dialektické, procedurální a heuristické.

<sup>5</sup> SCHREIBER, G. et al. *Knowledge Engineering and Management: The Commonkads Methodology*. MIT Press, 2000, s. 23 a 15.

<sup>6</sup> Expertní systémy jsou dnes široce rozšířeny v oblastech jako je kontrola půjček, posuzování hypoték, detekce podvodů s kreditními kartami, daňová optimalizace, sestavování rozvrhů a jízdních řádů, řízení provozu a světelných křižovatek, monitoring turbín a elektráren, hlasové automaty, výroba a kontrola defektů, diagnostika v medicíně. Viz např. PUPPE, F. *Systematic Introduction to Expert Systems: Knowledge Representations and Problem-Solving Methods*. Springer Science & Business Media, 2012, s. 120 an.

<sup>7</sup> MOHUN, J. – ROBERTS, A. *Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines*.

<sup>8</sup> MICHÁLEK, J. Co je právo a jak ho můžeme modelovat. *Právník*. 2020, č. 4, s. 336.

vhodné zkoumané oblasti, která má největší přidanou hodnotu. Článek končí přehledem součástí právního expertního systému a praktickou implementací aplikace využívající automatizovaný právní komentář jako příkladu reprezentace pravidel v podobě kódu.

## 1. Kontext modelování práva

Popis kontextu modelování práva se může jevit nadbytečný, přesto považuji takovou kapitolu za nezbytnou, abych přešel z kresleným pohledům na počítačové modely jako na „soudce automaty“. Už po jejím přečtení a srovnání *modelu* právního uvažování s komplexní *realitou* bude zřejmá absurdita všech pohledů, které přeceňují možnosti informatiky ve vztahu k právu.

Jak je dobře známo, rozhodovací procesy v právu se dělí na uzavřené a otevřené.<sup>9</sup> *Uzavřené* rozhodovací procesy „mohou být vyjádřeny konečným počtem konečných matematicko-logických formulí,“ tedy jsou programovatelné a takové rozhodování lze i přímo nahrazovat programem, např. automatizovaná rozhodnutí o některých sociálních dávkách, v některých daňových věcech, rozhodnutí o studijním stipendiu či poplatku za studium apod. Takové případy mohou být jednoduché, ale poměrně četné. U *otevřených* rozhodovacích procesů můžeme použít automatizovaný právní komentář jako nástroj podpory rozhodování. K otevřeným rozhodovacím procesům patří většina právníckého uvažování v aplikaci práva. Specificky můžeme mluvit o problémech, které jsou komplikované,<sup>10</sup> a dále o třídě komplexních problémů (např. v právu *hard cases*), na které už je opět potřeba použít specifické nástroje na jiné úrovni analýzy, spíše v dialektické vrstvě právní argumentace.<sup>11</sup>

Obecně bychom měli před úvahami o modelu právníckého přemýšlení nejprve předstít, jaký má původ. Právníckým přemýšlením<sup>12</sup> máme na mysli myšlenkové postupy u různých, výše zmíněných kategorií problémů. Právnícké přemýšlení je specifickým druhem přemýšlení, které obsahuje konceptualizaci,<sup>13</sup> pravidla, strategie a nástroje rozhodování a je vyjádřeno přirozeným jazykem. Zatím takové přemýšlení simulovat neumíme, a to kvůli biologické nedostižnosti mozku, např. pokud jde o počet synaptických spojení (u lidského mozku  $10^{14}$ ). Tím spíše nelze simulovat interakci více lidských agentů (diskurzivní prostředí).<sup>14</sup> Přemýšlení jako takové je z hlediska počítačového modelování obrovsky komplexní proces. Mozek má výhodu, že komplexní systémy dokáže pochopit, byť třeba poněkud vágně, zatímco v numerické přesnosti či rychlosti nás porážejí počítače. Určitým zjednodušeným modelem komplexního rozhodování lidského mozku mohou být neuronové sítě, nicméně komplexita takto pokročilé umělé inteligence přesahuje rozsah tohoto článku. Úplně nejjednodušší úrovní modelu jsou prosté algoritmy, tedy přesné postupy; mezi nástroje fungující na tomto principu lze vesměs řadit i zmíněné expertní systémy.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. Druhé, přepracované vydání. Praha: ASPI, 2004, s. 161.

<sup>10</sup> SNOWDEN, D. J. – BOONE, M. E. A Leader's Framework for Decision Making. *Harvard Business Review*. 2007, Vol. 85, No. 11, s. 68.

<sup>11</sup> PRAKKEN, H. – SARTOR, G. *The Role of Logic in Computational Models of Legal Argument: A Critical Survey*.

<sup>12</sup> Tento pojem používám, aby nedošlo k záměně s právním myšlením, kterým jsou zvykově označovány různé myšlenkové směry filosofie práva.

<sup>13</sup> MOHUN, J. – ROBERTS, A. *Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines*, s. 61.

<sup>14</sup> LUO, L. Why Is the Human Brain So Efficient? How Massive Parallelism Lifts The Brain's Performance above That of AI. In: *Nautilus* [online]. 12. 4. 2018 [cit. 2021-01-16]. Dostupné z: <<http://nautilus.us/issue/59/connections/why-is-the-human-brain-so-efficient>>.

<sup>15</sup> SUSSKIND, R. *The Future of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998, s. xxvii.

Na schématu 1 je škála komplexity různých systémů v širokém slova smyslu ve vztahu k právu, aby bylo jasné, kde se v porovnání s ostatními nástroji faktografické pravidlové systémy nacházejí.

- Komplexní systémy uvažování lidí a diskurzu (společenského pole)
  - Právní úvahy (struktura argumentu, obsah normy, interpretace, komentář)
  - Problematika subsumpce
  - „Realistické“ modely rozhodování soudců/úředníků
  - Přirozený jazyk (NLP)
- Systémy modelovatelné pomocí AI (neuronové sítě)
  - Stupeň relevance precedentů
  - Expertní systémy s odhadem blízkosti (neodůvodňované)
- Částečně algoritmizovatelné systémy (symbolická umělá inteligence)<sup>16</sup>
  - Expertní systémy (zdůvodnění předdefinovaným algoritmem)
  - Explicitní formulace norem<sup>17</sup>
  - Automatizovaný právní komentář
- Jednoduché – plně algoritmizovatelné systémy (programovatelné případy)
  - Substituce definic a legislativních zkratk
  - Generátory smluv (makra v dokumentu, formulářové podmínky)<sup>18</sup>
  - Současné právní informační systémy (ASPI), e-Sbírka

Schéma 1: Škála komplexity různých modelů právní informace, právního uvažování a rozhodování.

Ze schématu 1 vyplývá, že právní expertní systémy se pohybují přibližně na polovině škály komplexity, která je omezena na jedné straně textovými nástroji, které neumí pracovat faktograficky a analyticky, a na druhé straně realisticky popsanými právními úvahami, které tvoří podstatu právního přemýšlení. Tomu také odpovídá míra sofistikovanosti, kterou od nich můžeme očekávat, a u komplexních právních případů skutečně nemůžeme mluvit o perspektivě nahrazování úředníků či soudců automatem.

Tento článek se úmyslně soustředí na pravidlové systémy a otázkám a perspektivám umělé inteligence založené na strojovém učení se věnuje, pouze pokud je to potřeba pro pojednání o pravidlových systémech.<sup>19</sup>

## 2. Historický přehled expertních systémů

Pro historii oblasti expertních systémů v právu je typické, že autoři článků měli zřídka k dispozici takové počítačové nástroje, jako máme nyní my, zejména pokud jde o procesor, paměť nebo programovací jazyky.

Historie právních expertních systémů obsahuje řadu autorů s teoretickými články, kteří se nikdy nedostali k praktické implementaci; aniž bych jakkoliv snižoval důležitost

<sup>16</sup> KOLAŘÍKOVÁ, L. – HORÁK, Filip: *Umělá inteligence & právo*. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 10 an.

<sup>17</sup> MICHÁLEK, J. Automatizovaná podpora rozhodování v právu na úrovni gramatických vět. *Revue pro právo a technologi*. 2020, č. 22, s. 114. [cit. 2021-01-16]. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/revue/article/view/13466>>.

<sup>18</sup> Viz například produkty českých firem Legito.cz či Generátorsmluv.cz nebo platforma Docassemble.

<sup>19</sup> Technická řešení založená na strojovém učení jsou významně náročnější, nákladnější, je u nich složitější dosáhnout spolehlivého odůvodnění a v právních aplikacích mají dosud kvůli tomu výrazně menší zastoupení. Spíše než pro právní rady, je lze použít např. pro identifikaci a výběr vhodných částí interpretačního textu pro následné posouzení právním expertem. Lze také uvést, že pravidlové systémy se jeví jako dostatečně jednoduchý model pozitivistického ideálu kontinentálního práva.

teoretické části (včetně implementací složek jako je ontologie), v této části se zaměřím na rekapitulaci těch projektů, které skončily praktickou implementací s alespoň minimálním funkčním rozsahem. V drtivé většině jde z našeho pohledu o počítačové pradědečky, takže jsem systémy sám nezkoušel, protože často programové vybavení z dané doby ani není k dispozici.

Lze shrnout často opakovanou tezi, že s nástupem právních expertních systémů v 70. a 80. letech bylo spojeno velké nadšení, které se však nepotvrdilo,<sup>20</sup> zejména kvůli nemožnosti naplnit očekávání. Drtivá část níže uvedených příkladů jsou pouze prototypy, které nikdy neměly širší obecné využití. Historie expertních systémů v klasickém slova smyslu zvolna pokračuje aplikacemi či programovacími prostředními plnicími podobnou funkci a iniciativami jako *Rules as Code*.

V návaznosti na obecné přehledy<sup>21</sup> bych rád připomenul následující z mého pohledu nejvýznamnější či nejzajímavější milníky na časové ose:

1968 – Československý akademik Viktor Knapp navrhl využít inforatické metody např. při vědeckém projektu *určování výživného* pomocí automatizovaných systémů či při rozhodování trestní věci podle algoritmu pod kontrolou soudce.<sup>22</sup>

1977 – Význačný byl také projekt *TAXMAN* Thorna McCartyho, který měl usnadňovat výpočet daní v USA u reorganizací, a další projekty z oblasti daňového práva.<sup>23</sup> *TAXMAN* byl napsán v jazyce Micro-PLANNER, který měl určitou popularitu v 70. letech.<sup>24</sup> Na tento projekt navázal *TAXMAN II*, který se zaměřil na *case law*.

1986 – Jedním z prvních příkladů použití informatiky pro logické zpracování norem obsažených v právním předpise je *zákon o státním občanství ve Velké Británii* od M. J. Sergota, F. Sadrho, R. A. Kowalského a dalších.<sup>25</sup> Počítačový program uměl podle zadaných pravidel a doplněných informací určit, zda je daná osoba britským občanem, a uvést přesné ustanovení zákona, z něhož jeho občanství vyplývalo. Projekt byl implementován v počítačovém programu Prolog (APES shell s micro-Prologem). Projekt se ovšem setkal s kritikou.<sup>26</sup> Na tuto práci navázala také formalizace dávkového systému státní sociální podpory.<sup>27</sup> Další příklady použití Prologu shrnuje např. Martino.<sup>28</sup>

<sup>20</sup> LEITH, P. The Rise and Fall of the Legal Expert System. *International Review of Law, Computers & Technology*. 2016, Vol. 30, No. 3, s. 94–106.

<sup>21</sup> PRAKKN, H. – SARTOR, G. Law and Logic: A Review from an Argumentation Perspective. *Artificial Intelligence*. 2015, Vol. 227, 214–245. Výborné je také obsáhlé shrnutí pokroků automatizace v soukromém právu i ve státních regulacích na Legalese.com. *Why Computational Law? Part II. What solutions have people explored?* Dostupné z: <<https://legalese.com/prior-art>> [cit. 2021-01-16].

<sup>22</sup> KNAPP, V. *O možnosti použití kybernetických metod v právu*. Praha: Academia, 1963. KNAPP, V. *Projekt výživné a výzkumná zpráva k němu*. 1968. KNAPP, V. – VRECIÓN, V. *Kybernetické metody v řízení a právu*. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1968, s. 147 an. Viz také přehled CVRČEK, F. V. Knapp a 50 let právní informatiky v ČR. *Právník*. 2013, č. 12, s. 1219 an.

<sup>23</sup> NARAYANAN, A. – BENNUN, M. (eds). *Law, Computer Science, and Artificial Intelligence*. Intellect, School of Art a Design, 1998.

<sup>24</sup> McCARTY, L. T. Reflections on TAXMAN: An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning. *Harvard Law Review*. 1977, Vol. 90, No. 5, s. 837–893.

<sup>25</sup> SERGOT, M. J. et al. The British National Act as a Logic Program. *Communications of the ACM*. 1986, Vol. 29, No. 5. Dostupné z: <<http://www.doc.ic.ac.uk/~rak/papers/British%20Nationality%20Act.pdf>>.

<sup>26</sup> LEITH, P. Fundamental Errors in Legal Logic Programming. *The Computer Journal*. 1986, Vol. 29, No. 6. Dostupné z: <<http://comjnl.oxfordjournals.org/content/29/6/545.full.pdf%E2%80%8E>>.

<sup>27</sup> BENCH-CAPON, T. J. M. et al. Logic Programming for Large Scale Applications in Law: A Formalisation of Supplementary Benefit Legislation. In: *Proceedings of the 1st International Conference on Artificial Intelligence and Law*. 1987, s. 190–198.

<sup>28</sup> MARTINO, A. A. Software for the Legislator. In: PIZZORUSSO, A. (ed.). *Law in the Making*. Berlin – Heidelberg: Springer-Verlag, 1988, s. 366. Dostupné z: <[http://www.antonioanselmomartino.it/dmdocuments/Software\\_legi.pdf](http://www.antonioanselmomartino.it/dmdocuments/Software_legi.pdf)>.

1988 – Z tzv. expertních systémů byl mezi prvními *Latent Damage Advisor* Richarda Susskinda a Philipa Capper,<sup>29</sup> který se věnuje odpovědnosti za skryté vady způsobené nedbalostí. Naprogramován je v CRYSTAL shellu a jeho smyslem bylo přiblížit zkoumanou specializovanou oblast právníkovi bez nutnosti ji podrobně studovat a získat odpověď na řešení případu během 5–10 minut, je tedy jakýmsi inteligentním průvodcem.<sup>30</sup>

1988 – dokončen *Automatizovaný právní informační systém* (APIS) na slovenském ministerstvu spravedlnosti, podílel se na něm Viktor Knapp.

1989 – *Retirement Pensions Forecast Advisor* (RPFA) neboli poradce pro předpovědi starobního důchodu byl vytvořen společností *Arthur Andersen Management Consultants* pro Ministerstvo sociálních věcí Velké Británie. Tento systém vedl k automatizované tvorbě dopisů v rozsahu cca 300 000 kusů ročně, kde ministerstvo novému důchodci sdělovalo, zda má nárok na penzi a jaká bude její výše v závislosti na počtu dětí, odpracovaných letech, manželstvích a pobytu v zahraničí.<sup>31</sup>

1993 – V anglosaské oblasti je rozšířenější přístup založený na interpolaci mezi precedenty, což bylo důvodem vzniku systému *Shyster* od J. Poppla,<sup>32</sup> který je naprogramován v jazyce C. Jeho podstatou je hledání nejbližšího precedentu.

1997 – Nick Szabo publikuje článek<sup>33</sup> o *chytrých kontraktech* (*smart contracts*), které sice nelze považovat za expertní systémy, nicméně s reprezentací pravidel v kódu souvisí; v oblasti soukromého práva jde o aplikaci principu strojově čitelných pravidel (*terms*), která jsou nadto i automaticky (počítačem) vykonatelná.

Následně se příležitostně objevují pokusy o právní expertní systémy, které by využily možnosti nově rozšířeného internetu.

2001 – Vypořádání společného jmění manželů např. modelují v roce 2001 skotští autoři v aplikaci *JESS* napsané v Javě.<sup>34</sup>

2002 – J. Zeleznikow vytvořil webového rádce pro účely posouzení bezplatného právního zastoupení služby *GetAid*.<sup>35</sup> Viz také tam citovaný seznam právních expertních systémů vytvořených v laboratořích Donalda Bermana pro informační technologie a právo v Austrálii, např. k odměňování zaměstnanců a rozdělení společného jmění manželů (program *Split-up*).

2005 – A. R. Lodder a J. Zeleznikow vytvořili online nástroj pro *online ADR*,<sup>36</sup> který současně vyjednávajícím stranám ukazuje jejich BATNU (nejlepší alternativu k dohodě).

<sup>29</sup> SUSSKIND, R. E. The Latent Damage System: A Jurisprudential Analysis. In: *Proceedings of the 2nd International Conference on Artificial Intelligence and Law*. ACM, 1989, s. 23–32.

<sup>30</sup> BENCH-CAPON, T. J. M. *Knowledge Representation: An Approach to Artificial Intelligence*. Elsevier, 2014, s. 167.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 168.

<sup>32</sup> POPPLE, J. A *Pragmatic Legal Expert System*. Darmouth Publishing Company Limited, 1996.

<sup>33</sup> SZABO, N. Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. *First Monday*. 1997, Vol. 2, No. 9. Pojem chytrých kontraktů byl představen i na stránkách tohoto časopisu, viz BEJČEK, J. Chytře protiprávní „chytré“ smlouvy: Mezi efektivností smluvní agendy a zakódovanou protiprávností zejména v ochraně soutěže. *Právník*. 2020, č. 5, s. 381; případně MICHÁLEK, J. *Co je právo a jak ho můžeme modelovat*, s. 331. Vedle chytrých kontraktů se pracuje i s pojmem „počitatelných“ kontraktů (*computable contracts*), viz SURDEN, H. Computable Contracts. *UC Davis Law Review*. 2012, Vol. 46, No. 629, dostupné z SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2216866>>. Počitatelnými kontrakty se má na mysli čitelnost pro právníky i stroje.

<sup>34</sup> DUGUID, S. – EDWARDS, L. – KINGSTON, J. A Web-based Decision Support System for Divorce Lawyers. *International Journal of Law, Computers & Technology*. 2001, Vol. 15, s. 265–280. Dostupné z: <<http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa9/233s.pdf>>.

<sup>35</sup> MARTINO, A. A. *Expert System in Law*. 1992. Dostupné z: <[http://www.antonioanselmomartino.it/dmdocuments/srl\\_legal.pdf](http://www.antonioanselmomartino.it/dmdocuments/srl_legal.pdf)>; ZELEZNIKOW, J. Using Web-Based Legal Decision Support Systems to Improve Access to Justice. *Information & Communications Technology Law*. 2002, Vol. 11, No. 1, s. 15–33.

2007 – V Nizozemsku se spouští nový server *Rechtwijzer*, kde je možné najít řešení právních problémů pomocí interaktivního formuláře. S rozvojem internetu a moderní informatiky adaptovaly státy a firmy převážně komerční řešení, která již nejsou tolik doménou vědy a výzkumu. Příkladem je použití při řešení sporů v rozhodčím řízení na dálku<sup>37</sup> nebo interaktivní poradce pro daňová přiznání.<sup>38</sup>

2009 – Michael Poulshock spouští projekt *Jureeka*, kde jsou části amerických zákonů reprezentovány na úrovni normativních vět.<sup>39</sup>

2011 – Projekt *OpenFisca* umožňuje modelovat pomocí kódu zejména daňové předpisy a simulovat finanční dopad jejich změn.

2015 – Vznik projektu *Ethereum*,<sup>40</sup> který je propojen s elektronickou měnou Ether a umožňuje spouštět na síti libovolné programy.

2016 – První americká právnícká firma si objednává systém *ROSS*, který na platformě IBM Watson nabízí pomoc se zpracováním obrovského množství případů na téma úpadku pomocí sofistikovaných modelů umělé inteligence.

2018 – Ve finančním průmyslu vznikají a pozvolným tempem se rozvíjejí aplikace principu *Rules as Code*, například standardizace obchodování s finančními deriváty *ISDA* (společný model odvětví, *Common Domain Model*, CDM) nebo regulační požadavky na finanční instituce *DRR* od *Financial Conduct Authority* ve Velké Británii.<sup>41</sup>

2019 – Na Novém Zélandu algoritmizují námořní právo.<sup>42</sup>

2019 – Francie začíná v návaznosti na projekt *OpenFisca* vyvíjet jazyk *Catala* k algoritmizaci svého právního řádu.<sup>43</sup>

2020 – Mezinárodní organizace nejvyspělejších států OECD vydává dokument *Rules as Code* (Pravidla v podobě kódu).<sup>44</sup>

2020 – Nový Zéland používá metodologii *Rules as Code*, aby během 2 dnů vyvinul formulář pro podporu novozélandských firem formou dotování mezd (v Česku tzv. *kurzarbeit*).<sup>45</sup>

2022 – V České republice má nabýt účinnosti zákon č. 222/2016 Sb., který stanoví státu povinnost u nové legislativy zpracovat tabulku povinností a umožnit její zpřístupnění ve standardu otevřených dat.<sup>46</sup>

<sup>36</sup> LODDER, A. R. – ZELEZNIKOW, J. Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model. *Harvard Negotiation Law Review*. 2005, Vol. 10, s. 287.

<sup>37</sup> LODDER, A. R. – ZELEZNIKOW, J. *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology*. Cambridge University Press, 2010.

<sup>38</sup> Do I Need to File a Tax Return? In: *Internal Revenue Service of the USA* [cit. 2021-01-09]. Dostupné z: <<https://www.irs.gov/help/ita/do-i-need-to-file-a-tax-return>>.

<sup>39</sup> POULSHOCK, M. *Rule-Based Legal Information Systems*. Cornell University Law School. Legal information institute. Dostupné z: <<https://blog.law.cornell.edu/voxpath/2010/07/01/rule-based-legal-information-systems/>>; *Project History – Hammurabi Project*. *Github.com*. Dostupné z: <<https://github.com/foundation-for-computable-law/hammurabi/wiki/Project-History>>.

<sup>40</sup> ANONYMOUS. *Ethereum. A Revolutionary New Platform for Applications*. 2014. Dostupné z: <<https://www.ethereum.org/>>.

<sup>41</sup> MOHUN, J. – ROBERTS, A. *Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines*, s. 66–67.

<sup>42</sup> DIMYADI, J. – BOOKMAN, S. – HARVEY, D. – AMOR, R. Maintainable Process Model Driven Online Legal Expert Systems. *Artificial Intelligence and Law*. 2019, Vol. 27, No. 2–3, s. 93–111.

<sup>43</sup> *Catala*. „*Catala is a domain-specific language for deriving faithful-by-construction algorithms from legislative texts.*“ Dostupné z: <<https://github.com/CatalaLang/catala>>.

<sup>44</sup> MOHUN, J. – ROBERTS, A. *Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines*.

<sup>45</sup> FISK, James. *Using Rules as Code during COVID-19*. In: OECD – OPSI. Dostupné z: <<https://oecd-opsi.org/using-rules-as-code-during-covid-19/>> [cit. 2020-06-17].

<sup>46</sup> § 19 odst. 1 písm. c) zák. č. 222/2016 Sb.

V této stručné historii můžeme pozorovat, že reprezentace pravidel v podobě kódu měla v první fázi zejména podobu znalostní báze expertních systémů. Po rozvoji internetu a celosvětovém významném rozšíření internetových služeb a počítačové gramotnosti obyvatel získává reprezentace pravidel pomalu druhou mízu.

Tento proces není překvapením, protože kopíruje empiricky známý cyklus „hynu“ popsaný poradenskou firmou *Gartner*, kdy každá technologie začíná velkými očekáváními, pak bublina splaskne, přijde deziluze a teprve potom postupně začíná dlouhodobé období produktivity.<sup>47</sup> V případě umělé inteligence, do které tyto technologie spadají, se specificky mluví o „zimě“ umělé inteligence, která označuje právě období kolem 90. let spojené se zklamáním a poklesem investic,<sup>48</sup> a logicky teprve v následných letech po rozvoji internetu lze mluvit o užití, které se možná ukáže produktivním.

### 3. Kritika dosavadních modelů a možné přínosy nových řešení

Autoři publikace *Právní informační systémy* s odkazem na Richarda Susskinda uvádějí:<sup>49</sup> „Do budoucna lze [...] očekávat, že velké množství činností, které dnes vykonávají právníci, bude možno velmi efektivně, levně a rychle provádět pomocí expertních informačních systémů a pracovníků, od kterých nebude právnícké vzdělání vyžadováno. Vystudovaní právníci se však stále uplatní především při poskytování právní pomoci v rámci vysoce komplikovaných a individualizovaných kauz nebo při tvorbě již výše zmíněných informačních systémů.“ S touto předpovědí lze patrně souhlasit, nicméně autoři už neuvádějí, v jak blízké budoucnosti, takže jejich prognózu nelze vyhodnotit.

Samozřejmě lze nástroje automatizované aplikace práva podrobit kritice, např. kritizovat ideologizovanou představu o nich, jejich nepoužitelnost na libovolnou právní otázku nebo značně omezené možnosti při automatizovaném zjišťování skutkového stavu. Lze také přednést kritiku, která cílí na samotný akt interpretace či právní komentář. Tato kritika však míří mimo moderní pojetí expertních systémů. Lze každopádně souhlasit s faktickým konstatováním, že očekávání od expertních systémů byla nadnesená a že se v praxi dosud neuchytily.<sup>50</sup>

Hlavní relevantní kritiku lze shrnout následovně:

*Nepřaktičnost.* Systémy nebyly v praxi používány, jejich autoři si nedostatek zpětné vazby vykládali jako bezproblémovost. Mezi představami počítačových vědců a právníky je leckdy velká propast. Proto by měla být přívětivost vůči uživateli brána v potaz v preferencích při vývoji nového systému. Systém má často omezenou oblast aplikace a právo je velmi komplexní. Uživatel musí mít pocit, že systém zvýší jeho pracovní výkon a že pro něj nebude představovat námahu.<sup>51</sup> Součástí tohoto požadavku také je, aby byl uživatelsky

<sup>47</sup> GARTNER. *Gartner Hype Cycle*. Dostupné z: <<https://www.gartner.com/en/research/methodologies/gartner-hype-cycle>> [cit. 2020-01-11].

<sup>48</sup> HOSTIČKOVÁ, I. *Vývoj paradigmat výzkumu umělé inteligence*. Diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze, Filozofická fakulta, Ústav informačních studií a knihovnictví, s. 36 an. Dostupné z: <<https://is.cuni.cz/webapps/zzp/download/120166617>>.

<sup>49</sup> ŠAVELKA, J. et al. *Právní informační systémy*. Brno: Tribun EU, 2010, s. 9.

<sup>50</sup> LEITH, P. *Fundamental Errors in Legal Logic Programming*.

<sup>51</sup> MATĚJKA, L. *Právní aspekty automatizace rozhodovacích procesů*. Diplomová práce. Brno: Právníká fakulta, 2011, s. 62. Dostupné z: <[https://is.muni.cz/th/ff7vf/Pravni\\_aspekty\\_automatizace\\_rozhodovacich\\_procesu.pdf](https://is.muni.cz/th/ff7vf/Pravni_aspekty_automatizace_rozhodovacich_procesu.pdf)>.



přívětivý, tedy aby si uživatel mohl pravidla či interpretace upravovat podle své potřeby (transparentním způsobem).

*Chybějící nabídka.* Susskind<sup>52</sup> trefně upozorňuje na nedostatek ekonomické motivace, neboť právní služby jsou poskytovány úhradou za strávený čas. Trvalo poměrně dlouho, než vznikly technologické prostředky online, aby mohl službu využít kdokoliv na dálku a adopce v komerčním a neziskovém sektoru je poměrně pomalá.

*Vysoké náklady.* Zjevným problémem je časová náročnost zpracování určité oblasti včetně judikatury do podoby expertního systému. Jde o osobní náklady několika profesí: doménového experta (specializovaného právníka), znalostního inženýra a programátora.<sup>53</sup> Součástí nákladů musí být i testování. Systém navíc vyžaduje průběžnou údržbu v návaznosti na změnu práva a vývoj judikatury. Vytvořit a udržet kvalitní právní expertní systém může být velmi náročné; tuto práci lze však decentralizovat a částečně přenést na uživatele, pokud by šlo o veřejně dostupný projekt (podobně jako na Wikipedii).

*Riziko nepřiměřeného zjednodušení.* Model práva a speciálně logická analýza právního usuzování abstrahuje od podstatných okolností, do nichž je použito práva zasazeno (lidský prvek, historické souvislosti apod.). Zdrojem společenské legitimacy práva často není legální pramen práva s racionálním a přísně logickým zdůvodněním úsudku, ale osoba soudce či jiné důvěryhodné právní autority anebo procesní aplikace práva. Jak bylo vysvětleno v úvodní části, kvůli složitosti fenoménu práva je jasné, že právo nelze aplikovat jen automatizovaně, respektive lze tak činit pouze na programovatelné případy a v ostatních může mít roli vodítka. Z tohoto pohledu se může zdát restrikce na pouhé logické vztahy mezi jednotlivými právními příkazy nepřiměřeně zužující. Polčák<sup>54</sup> dokonce označuje touhu po kauzálních a jednoduchých pravidlech ve vztahu k plnému bohatství práva jako primitivismus. Právě kvůli tomu vycházím z právního komentáře, který není z právního pohledu výrazně problematizován.

Také další autoři si uvědomují nedostatky dřívějších expertních systémů, nicméně předvídají, že nová generace expertních systémů se stane vítanou pomůckou právníků.<sup>55</sup> Otázka opět je, zda to bude trvat 5 let nebo čtyřikrát tolik. Lze však identifikovat následující možné přínosy nových řešení:

*Lepší kvalita služby.* Lze najít případy, ve kterých by automatizovaná aplikace práva mohla být vhodnější, a to jak v právu hmotném, tak v právu procesním (srozumitelnost pro adresáty, hospodárnost, rychlost, minimalizace chyb v psaní, počtech a při vymýšlení vlastního výkladu práva). Podrobnější příklady uvedu v další části článku. Navíc lze automatizovat i navazující služby jako generování textu (podání/smlouvy). Automatizace také odstraňuje kognitivní deformace spojené s aplikací práva, tj. např. dodatečné zdůvodňování apriorních intuicí.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> SUSSKIND, R. *The Future of Artificial Intelligence and Law*. Video z přednášky, 2014. Dostupné z: <<http://computationallegalstudies.com/2014/03/24/richard-susskind-the-future-of-artificial-intelligence-and-law-via-reinventlaw-channel-com/>>.

<sup>53</sup> SCHREIBER, G. et al. *Knowledge Engineering and Management: the CommonKADS Methodology*, s. 20.

<sup>54</sup> POLČÁK, R. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 53.

<sup>55</sup> STEVENS, C. – BAROT, V. – CARTER, J. *The Next Generation of Legal Expert Systems – New Dawn or False Dawn? In: International Conference on Innovative Techniques and Applications of Artificial Intelligence*. London: Springer, 2010, s. 439–452.

<sup>56</sup> Srovnej kapitulu *Vládou sloni* v knize HAIDT, J. *Morálka lidské mysli*. Praha: Dybbuk, 2013, s. 81 an.

*Průhlednost.* Základnímu popisu nástrojů automatizace práva je vhodné se věnovat z hodnotově neutrálního hlediska.<sup>57</sup> Je zřejmé, že obsah práva může být různými osobami hodnocen různě, dokonce i jako „neprávo“ čili bezpráví. Nicméně automat na rozdíl od člověka tyto aspekty obnažuje, a tedy umožňuje např. zaznamenat nové pravidlo nalezené soudem, který se za určitých okolností odchýlí od předpisu. Obsah takového pravidla je obnažen a může být snáze podroben konkrétní kritice. To však může být vnímáno i jako nevýhoda, protože to může osvětlit některé těžko zdůvodnitelné mezery v argumentaci. Vedle toho zapojení právních expertních systémů při přípravě legislativy může nové právo zlepšit a zjednodušit.<sup>58</sup>

*Menší technická závislost.* Standardizace kódu reprezentujícího právo na zvoleném úseku může být výhodná kvůli snadnější udržitelnosti příslušných technických systémů. Pokud totiž dojde ke změně práva na daném úseku, což se děje často, a daná agenda je ve specializovaném informačním systému, je nutné platit dodavateli za aktualizaci systému, která probíhá na míru a není průhledná. Tentýž proces by však mohl proběhnout tak, že dojde pouze ke změně kódu reprezentujícího právo a systém tomu přizpůsobí změny ve svém fungování. Náklady státu na legislativní údržbu informačních systémů se přitom pohybují ve stovkách milionů až jednotkách miliard korun ročně.

*Nevýlučnost.* Možnost obsloužit s fixními náklady vysoký počet lidí (byť v ČR patrně limitováno nepřilíživě vysokým počtem obyvatel). Toho lze nejnárodněji dosáhnout prostřednictvím internetu – webové stránky by měly umožňovat doplňování nových právních informací dobrovolníky (případně úpravu modelu), program by měl být svobodně šířitelný a jeho používání by mělo být pro statistické účely sledováno a vyhodnoceno.

Je zřejmé, že v době, kdy počítače měly paměť několik kB, neexistoval internet, jak ho známe dnes, a státní instituce měly svoje data na papírech, nebyly vhodné podmínky pro úspěch právního expertního systému. Pokud k tomu přidáme, že při velikosti státních datových fondů pro zamýšlené užití jde o komplexní projekt, který je v podmínkách státu spojen s velkým rizikem, nelze se divit, že jsme příležitosti v této oblasti dosud příliš neprozkoumali.

#### 4. Výběr vhodné oblasti z hlediska přínosů a nákladů

Chceme-li se věnovat modelování práva, aby nešlo o čistě teoretický úkol a abychom se vyvarovali některých popsanych úskalí neúspěšných aplikací, a naopak aby naše úsilí přineslo vysokou přidanou hodnotu, musíme se nejprve věnovat výběru zkoumaného úseku práva. Činíme tak s ohledem na účel modelu, kterým je poskytovat lidem analytickou či faktografickou odpověď na položené právní otázky. Cílem je, abychom investovali omezené zdroje do technologie užitečné pro lidi; automatizace práva nepochybně patří mezi nové oblasti, které jsou ve vývoji a jejich přínos teprve čeká na další průzkumné práce a zkoušku životaschopnosti.

Výběr modelovaného úseku práva by měl být předmětem aspoň orientační a zjednodušené analýzy nákladů a přínosů (CBA, *cost/benefit analysis*).<sup>59</sup> Významnou motivací

<sup>57</sup> Ve svém článku MICHÁLEK, J. *Co je právo a jak ho můžeme modelovat*, s. 324, vysvětlují, proč je podle mého názoru nutné pro model práva vycházet z pozitivismu.

<sup>58</sup> POULSHOCK, M. *Rule-Based Legal Information Systems*.

<sup>59</sup> V mnohem širším rozsahu viz např. projekt Českých priorit. ZAPLETALOVÁ, L. – ROSENBERG, Z. – FRÜHAUF L. *Průvodce analýzou nákladů a přínosů* (Verze 1.0). Praha: České priority, 2019. Dostupné z: <[www.ceskepRIORITY.cz/metodologie](http://www.ceskepRIORITY.cz/metodologie)>.

modelů a automatizace regulace je snaha ušetřit. Často se mluví o byrokracii a o nákladech firem v soukromém sektoru na dodržování norem, které se odhadují na 250 miliard dolarů ročně.<sup>60</sup>

Zkusím však uvést příklad toho, kdy by mohla být automatizace užitečná ve veřejném sektoru. V České republice máme cca 3 500 malých obcí do 500 obyvatel a cca 23 obcí nad 100 000 obyvatel, což je nejvíce mezi zeměmi OECD (průměr jsou 3).<sup>61</sup> Pokud se podíváme na nejmenší české město Přebuz s 69 obyvateli, zjistíme, že zde nepůsobí žádný úředník a působnost městského úřadu vykonává neuvolněný starosta. Nejmenší obec má dokonce 15 obyvatel (Vysoká Lhota). V ČR je přes 4 000 obcí, které mají méně než 1 000 obyvatel.<sup>62</sup> Znamená to, že starosta malé obce musí znát veškerou agendu v mnoha různých oblastech z různých koutů legislativy. Řada starostů tuto práci dělá s obdivuhodným nasazením a samostatností, přestože často nemají právní vzdělání. Starosta, úředník nebo jiná osoba aplikující právo (dále jen „úředník“) tak při vyřizování jiných než rutinních žádostí do jisté míry improvizuje a spoléhá se na to, že případné nedostatky budou napraveny až v odvolacím řízení na krajském úřadě. Aplikace práva se tak dostává k metodě pokus/omyl. Přitom by bylo možné mu poskytnout jednoduchou online aplikaci pro podporu rozhodování, která by mu pomohla složitější případ vyřídit v souladu se zákonem, literaturou i judikaturou. Touto aplikací je například zmíněný automatizovaný právní komentář, který má faktografickou povahu.<sup>63</sup>

Očekávaným přínosem automatizovaného funkčního modelu zkoumaného úseku práva by bylo, že několik tisíc úředníků vyřeší novou nebo dosud nezažitou věc několikrát rychleji a s větší pravděpodobností napoprvé správně. Díky tomu vzroste spokojenost klientů veřejné správy a klesne zatížení odvolacích úřadů. Veřejná správa zvládne rychle vyřídit i zcela obrovský nápor stovek tisíc žádostí.

Díky tomu se nám podaří poskytovat kvalitnější aplikace pro výkon veřejné správy, aby se již neopakovaly situace, kdy je formulář vytvořen nepromyšleně a umožňuje vysokou chybovost. Chybovost vyplnění formuláře na programy MPSV v oblasti *kurzarbeitu* či mimořádné okamžité pomoci se pohybuje v rozmezí 70–90 %.<sup>64</sup> Dalším příkladem, kde by mohl být postup vhodný, jsou žádosti o úvěry se státní zárukou u Českomoravské záruční a rozvojové banky v programu COVID I, kde se uvádí, že 90 % žádostí je chybných. S využitím automatizovaného právního komentáře by bylo možné odfiltrovat osoby, které nemají nárok, ještě před podáním žádosti, zajistit vysokou míru správnosti a zvýšit počet zpracovaných žádostí ze 100 týdně na řádově vyšší počet.<sup>65</sup> Velmi užitečná by byla

<sup>60</sup> MOHUN, J. – ROBERTS, A. *Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines*, s. 17.

<sup>61</sup> NKÚ: *Obce v České republice a meziobecní spolupráce*. Dostupné z: <<https://www.nku.cz/assets/kontrola/analyzy/obce-v-ceske-republice-a-meziobecni-spoluprace.pdf>> [cit. 2020-06-02].

<sup>62</sup> ČSÚ. *Počet obyvatel v obcích – k 1. 1. 2020*. Dostupné z: <<https://www.czso.cz/csu/czso/pocet-obyvatel-v-obcich-k-112019>>.

<sup>63</sup> KRECHT, J. *Normativní regulace*. 1997, s. 134. Na rozdíl od Krechta a dalších (např. GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 35) se však nehlásím k poměrně přísnému pojetí deontické logiky, která vylučuje jinak běžné (ač nežádoucí) kontravalence v právu; srov. můj předchozí článek MICHÁLEK, J. *Co je právo a jak ho můžeme modelovat*, s. 340–341.

<sup>64</sup> FROLÍK, A. Chybovost až 70 procent. Program Antivirus se potýká s problémy. In: *Seznam zprávy.cz* [online]. 8. 4. 2020 [cit. 2020-12-27]. Dostupné z: <<https://www.seznamzpravy.cz/clanek/chybovost-az-70-procent-program-antivirus-se-potyka-s-problemy-98743>>, ŽÍDEK, B. U žádostí o mimořádnou okamžitou pomoc je chybovost 90 procent, MPSV změny neplánuje. In: *Novinky.cz* [online]. 13. 5. 2020 [cit. 2020-12-27]. Dostupné z: <<https://www.novinky.cz/ekonomika/clanek/u-zadosti-o-mimoradnou-okamzitou-pomoc-je-chybovost-90-procent-mps-v-zmeny-neplenuje-40323849>>.

<sup>65</sup> ČTK. *ČMZRB zvládá 100 žádostí o COVID I týdně, chce zrychlit*. Aktualizace: 08.04.2020 16:54. Dostupné z: <<https://www.ceskenoviny.cz/zpravy/cmzrb-zvlada-100-zadosti-o-covid-i-tydne-chce-zrychlit/1877538>>.

i aplikace, která by prezentovala platná pravidla na daném místě v daném čase během vládních epidemiologických opatření proti koronaviru, která se často mění.

Přínosy konceptu pravidel v podobě kódu (*Rules as Code*) se však neomezuji jen na koronavirus. Řada ministerstev a velkých úřadů nejen v ČR zápasí s problémem tzv. *vendor lock-in*, což je závislost na jednom dodavateli, přičemž mezi možné příčiny patří skutečnost, že tento dodavatel umí jako jediný své systémy aktualizovat tak, aby zvládly změny legislativy.<sup>66</sup> Notoricky známé příklady jsou systémy firmy OKsystem na Ministerstvu práce a sociálních věcí, firmy Gordic na Magistrátu hl. m. Prahy či firmy CCA na Ministerstvu spravedlnosti. Pokud by však do nich byla legislativní pravidla vkládána transparentním způsobem jako kód, který by odborný personál (či jiný dodavatel) zvládl upravit sám a v případě nutnosti by ministerstvo předalo správu systému s těmito pravidly novému dodavateli, míra závislosti by poklesla a s tím by se i zlepšily vyhlídky úřadu na vyjednání férových cen u původního dodavatele. Náklady na údržbu včetně potřebné interpretace nové legislativy ze strany výrobců systémů by klesly. Přínosy konceptu pravidel v podobě kódu jsou tedy zřetelné i v době mimo krizové situace.

Nezbytným nákladem je vždy nutnost aplikaci naprogramovat, což vyžaduje sladit práci rolí v tvorbě znalostních systémů (právníka, analytika znalostí<sup>67</sup>) a tvorbě samotné aplikace (programátor, UX designer, tester), udržovat ji aktuální a seznámit s ní úředníka, případně ho zaškolit.

Dovozuji, že ve prospěch přípravy automatizovaného právního komentáře k určité oblasti budou hrát následující faktory:

- proveditelnost:
  - není složité proces konceptuálně uchopit (jde o programovatelný případ),
  - vystihuje rozsáhlý algoritmus, se kterým není úředník (uživatel) seznámen – komplikované, ale svou povahou technické, a nikoliv komplexní oblasti,<sup>68</sup>
- vysoká přidaná hodnota:
  - počet uživatelů či aktů aplikace je vysoký, tedy je vysoká přidaná hodnota, např. u formuláře či inteligentního průvodce, který používá velký počet osob,
  - pokud je počet aktů aplikace mimořádně vysoký, že jiný než automatizovaný způsob včasného zpracování nepřichází v úvahu,
  - v sázce je toho tolik, že chceme významně snížit riziko chyby,
- nízké náklady:
  - je dostupný právní komentář (ideálně pod veřejnou či úřední licenci),
  - není složité aplikaci naprogramovat, tedy jsou nízké osobní náklady,
  - úředník nemá agendu tak zažitou, že ji vykoná už teď dostatečně efektivně.

Před rozhodnutím o realizaci projektu by měla být provedena zmíněná kvalitní analýza nákladů a přínosů.

<sup>66</sup> MOHUN, J. – ROBERTS, A. *Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines*, s. 94. V českých podmínkách viz např. KOUBEK, L. – PROFANT, O a kol. *Akční plán pro boj s vendor lock-inem a rozšíření využití open source ve veřejné správě*. Verze 3, duben 2019. Dostupné z: <<https://www.pirati.cz/assets/pdf/akcni-plan-opensource-v3.pdf>>.

<sup>67</sup> SCHREIBER, G et al. *Knowledge Engineering and Management: the CommonKADS Methodology*, s. 21.

<sup>68</sup> KUŽNIAKI, B. The Marriage of Artificial Intelligence and Tax Law: (I) Past & Present. In: *Kluwer International Tax Blog*. Dostupné z: <<http://kluwertaxblog.com/2019/01/23/the-marriage-of-artificial-intelligence-and-tax-law-i-past-present/>>.

## 5. Složky právního expertního systému

Předpokládejme, že jsme vybrali vhodnou oblast pro automatizovaný právní komentář. Nyní bych rád ve stručnosti představil základní složky takového systému, abychom si ho dokázali představit. Při popisu právního expertního systému je třeba typicky zvážit následující složky a aspekty:

*Báze znalostí o pravidlech a faktech.* Přehled formátů, které jsou nyní využívány pro zachycení logického obsahu obecných právních pravidel, poskytuje řada publikací.<sup>69</sup> Právě použití v korporátním sektoru má největší vliv na specifikaci formátu. V současné době mají pozornost následující formáty: RuleML, SBVR (*Semantics of Business Vocabulary and Rules*), SWRL (*The Semantic Web Rule Language*), RIF (*The Rule Interchange Format*), LKIF (*The Legal Knowledge Interchange Format*). Ostatně tyto formáty vycházejí z RDF (*Resource Description Framework*), což je formát značkování predikátové logiky používaný v tzv. sémantickém webu. Okrajového použití v právu se nadále dostává programovacímu jazyku Prolog. Od těchto jazyků je třeba zásadně odlišovat popisné varianty XML, které nezachycují logickou strukturu, nýbrž pouze strukturu dokumentu a formátování textu (META Lex, Akoma-Ntoso apod., viz např. přehled<sup>70</sup>). V právních pojmech i při popisu reálného světa (tedy znalostí, které jsou právem presumovány) se někdy uplatňuje ontologie, která vykresluje vztahy mezi třídami a jejich prvky či atributy prvků nebo vztahy mezi nimi. Je zřejmé, že znalosti o právních předpisech či případech musí být získané platným způsobem, tedy z pramenů práva se zohledněním jejich působnosti v nejširším slova smyslu. Proto se leckdy mluví o požadavku na izomorfismus tak, aby bylo možné každou část explicitní formulace normy svázat s příslušnými ustanoveními práva. Reprezentaci faktů se také někdy říká databáze. Mezi pravidly pak může být i vztah priority, například vyvozený ze zásady *lex specialis*.

*Logika.* Předmětem práce expertního systému je hledat odpovědi na otázky, což vyžaduje pravidla vyplývání (inference), a ta jsou dána logikou. Může jít o logiku na úrovni vět (výrokovou logiku),<sup>71</sup> predikátovou logiku prvního řádu,<sup>72</sup> logiku vyššího řádu (HOL),<sup>73</sup> samozřejmě s vhodným typem reprezentace normativity. Známe tak logiky jako je deontická logika s operátory příkazů, zákazů a dovolení, deskriptivní logika jako restriktce predikátové logiky prvního řádu, případně logiky doplněné o rozměr času či jinak specializované (LLD, Norma apod.). Kolem roku 2010 vznikl jazyk FL postavený na lineární temporální logice.<sup>74</sup> HOL jsou sice plně výstižné, ale nejsou funkční, protože zpracování trvá moc dlouho a nemusí být rozhodnutelné; většinou se tedy používá logika prvního řádu s časovou vrstvou.<sup>75</sup> V právu lze uvažovat i o tzv. zamítnutelném usuzování (*defeasible*

<sup>69</sup> GORDON, T. F. – GOVERNATORI, G. – ROTOLO, A. Rules and Norms: Requirements for Rule Interchange Languages in the Legal Domain. In: *Rule Interchange and Applications*. Springer, 2009, s. 282–296.

<sup>70</sup> SARTOR, G. et al. *Legislative XML for the Semantic Web*. Springer, 2011.

<sup>71</sup> Srov. také článek MICHÁLEK, J. *Automatizovaná podpora rozhodování v právu na úrovni gramatických vět*.

<sup>72</sup> SERGOT, M. J. et al. *The British National Act as a Logic Program*.

<sup>73</sup> BENZMÜLLER, Ch. – PARENT, X. First Experiments with a Flexible Infrastructure for Normative Reasoning. 2018. Dostupné z: <<https://arxiv.org/abs/1804.02929>>.

<sup>74</sup> GORIN, D. – MERA, S. – SCHAPACHNIK, F. *A Software Tool for Legal Drafting*. In: *Fifth Workshop on Formal Languages and Analysis of Contract-Oriented Software (FLA-COS'11)*. 2011, s. 71. Dostupné z: <<http://www.glyc.dc.uba.ar/daniel/papers/flacos11.pdf%E2%80%8E>>.

<sup>75</sup> SCHWEIGHOFER, E. a kol. *Tool Supported Collaborative Design of Semantic and Executable Models from Normative Texts*, s. 12.

*reasoning*). V české odborné právní literatuře se tématu věnovala publikace o automatizovaném zpracování právních textů, která vycházela z Tichého transcendentní intenzionální logiky, ale neobsahuje její praktické použití, pouze příklad v CLIPS.<sup>76</sup> Je třeba říci, že neexistuje správný model, protože jde v podstatě o model jazyka, který reprezentuje logika vyššího řádu, a úroveň logiky musí být zvolena s patřičnou granularitou (např. nemá smysl modelovat všechny úvahy při myšlenkové rekonstrukci skutkového děje). Logika musí být primárně přenositelná do logického programu. Příliš granulární logika je pro použití nepraktická. Navíc s každou logikou se pojí i důsledky ohledně dokazatelnosti tvrzení, takže tvrzení v logice vyšších řádů mohou být dokazatelná těžko nebo za nevhodného vynaložení zdrojů. Proto se jeví rozumné při konstrukci automatizovaného právního komentáře postupovat od nejjednoduššího, tedy normativní logiky vět,<sup>77</sup> a dle potřeby zvyšovat míru podrobnosti.

*Inferenční stroj.* S daty pracuje s využitím logiky inferenční stroj, který řetězí jednotlivé právní normy, případně poskytuje odpovědi na dotazy.<sup>78</sup> Základní funkce inferenčního stroje jsou poskytnutí výčtu skutkových hypotéz, které musí být splněny pro dosažení zadaného cíle (např. poskytnutí informací na žádost, vyplacení sociální dávky, vydání stavebního povolení, odkladu exekuce nebo jiného cíle, který občané obvykle sledují), případně také jejich vyhodnocení pomocí dotazů uživateli, a dále vypsání všech práv a povinností, které osoba v dané situaci má. Každá z uvedených skutečností musí být strojem zdůvodněna, tedy inferenční stroj by měl být schopen převést své inference do přirozeného jazyka, kterému porozumí uživatel. Inferenční stroj závisí na zvoleném způsobu reprezentace právních norem. Příklady strojů pro zpracování vedle zmíněného Prologu jsou Carnaedes (formátu LKIF), již zmíněný *Oracle Policy* (nyní *Oracle Intelligent Advisor*) založený na přirozeném jazyce, stroj Jaes,<sup>79</sup> případně knihovna CLIPS 46<sup>80</sup> nejčastěji užívaná v expertních systémech a od ní odvozený JESS.<sup>81</sup> Obecně známým projektem je projekt Watson společnosti IBM, který by se dal aplikovat i v právu (viz výše zmíněný ROSS). Projekt Watson ovšem pracuje zejména s nestrukturovanými informacemi.<sup>82</sup> Odpovědi vrací s procentuálním vyhodnocením, které by v racionální právní argumentaci nebylo v právním státě přijatelné ani na straně soudce, ani na straně procesní strany; taková informace má význam nanejvýš při odhadu rizika a v mediaci sporů.

*Počítačový program.* Nosičem výše uvedených prvků je potom počítačový program, který je napsán v některém programovacím jazyce, typicky se rozlišují obecné programovací jazyky a doménové jazyky.<sup>83</sup> Pro deklarativní programování právních expertních systému se například používal Prolog či MircoPlanner, jinak se používá C, C#, Java, Python apod. Expertní systém může také fungovat v prostředí jako je CLIPS od americké agentury NASA. Od roku 2015 tu máme také decentralizovanou síť Ethereum, na které je možné

<sup>76</sup> PTAŠNIK, A. *Automatizované zpracování právních textů*. KEY Publishing, 2007.

<sup>77</sup> Viz můj článek MICHÁLEK, J. *Automatizovaná podpora rozhodování v právu na úrovni gramatických vět*.

<sup>78</sup> PTAŠNIK, A. *Automatizované zpracování právních textů*.

<sup>79</sup> STEVENS, C. – BAROT, V. – CARTER, J. *The Next Generation of Legal Expert Systems – New Dawn or False Dawn?* In: *International Conference on Innovative Techniques and Applications of Artificial Intelligence*. London: Springer, 2010, s. 439–452.

<sup>80</sup> PTAŠNIK, A. *Automatizované zpracování právních textů*.

<sup>81</sup> ZELEZNIKOW, J. *Using Web-Based Legal Decision Support Systems to Improve Access to Justice*.

<sup>82</sup> KALYANPUR, A. et al. *Structured Data and Inference in DeepQA*. *IBM Journal of Research and Development*. 2012, Vol. 56, No. 3.4 s. 10–1.

<sup>83</sup> MOHUN, J. – ROBERTS, A. *Cracking the Code: Rulemaking for Humans and Machines*, s. 71.

na virtuálním počítači (EVM) spustit definované kontrakty, což může být relevantní pro soukromé právo. Ideální je, aby v daném jazyce existovala volně dostupná knihovna pro inferenční stroj a další součástky programu. V dnešní době se pak jeví jako příhodné, aby byl v rámci široké dostupnosti počítačový program poskytován přes prostředí internetového prohlížeče.

*Uživatelské prostředí.* V uživatelském prostředí počítačového programu zadává uživatel dotazy, vkládá vyžádané skutečnosti, které jsou rozhodné pro vyhodnocení dotazu, a seznamuje se s výstupem inferenčního stroje, tedy odpovědí na dotaz a jejím zdůvodněním. Příklad uživatelského rozhraní konkrétního zamýšleného expertního systému si popíšeme v závěrečné kapitole.

## 6. Příklad expertního systému

V této praktické části bych rád stručně načrtl možný příklad uživatelského rozhraní automatizovaného právního komentáře jako jedné z možných implementací jednoduchého právního expertního systému.

Automatizovaný právní komentář jsem již stručně zmínil v úvodu této práce. Slouží jako podpora rozhodování tím, že v návaznosti na právní komentář zpracovává a interpretuje určitý úsek práva a následně dokáže po zadání faktů v některých případech automatizovaně vyhodnotit právní situaci. Použitím právního komentáře se mimo jiné jednoduše vypořádáváme s námitkami k interpretaci, které by mohly být s problematikou spojeny, protože vycházíme z toho, že k danému úseku práva vždy existuje zpracovaný právní komentář, který srovnává možné interpretace a prezentuje preferované řešení na základě odborného úsudku. Interpretace vybraného úseku pak může sloužit v kontextu aplikace práva i jako služební výklad, který vychází např. z právních předpisů, judikátů, literatury či stanovisek poradního sboru ministerstva tak, aby každý závěr obsažený v automatizovaném právním komentáři byl, pokud možno, doložitelný.

V tomto příkladu si vezmu za příklad oblast práva na informace, které se věnuji, a ukážu příklad rozhraní, aby si i čtenář, který příliš nekamarádí s počítačem, představil, jak může právní aplikace vypadat, kdy a jak může být užitečná a jakou má model úroveň komplexity. Navazuji přitom na článek, kde jsem představil model této právní oblasti na úrovni gramatických vět.<sup>84</sup> Jistě bychom dokázali najít mnoho jiných příkladů z oblasti jako je poskytování bezplatné právní pomoci, exekuce či zmíněné různé formy státní pomoci během koronavirové krize v roce 2020.

Příklad ve zjednodušené podobě ilustruje situaci, kdy Ministerstvo dopravy obdrželo žádost o poskytnutí informace ve věci údajů o provozu elektronického mytného systému, který byl nedávno předmětem mnoha debat ve veřejném prostoru. Obdobnou, případně zjednodušenou verzi rozhraní by bylo možné připravit pro uživatele-žadatele o informaci, aby případy zjevně neúspěšných žádostí ideálně vůbec nebyly podány a státní správu zbytečně nezatežovaly.

Uživatel-úředník začne tím, že zaškrtně hypotézu, např. že jde o utajovanou informaci, a následně se mu nabídne explicitně formulovaná složená a případně pokrácená hypotéza s jednoduchou možností zobrazit si předcházející normy. Je vhodné, aby úředník

<sup>84</sup> MICHÁLEK, J. *Automatizovaná podpora rozhodování v právu na úrovni gramatických vět.*

zaklíkl u každé nabízené položky podmínky, zda se použije. Měřítkem efektivity by mělo být snížení počtu operací, které musí uživatel provést, aby dospěl od přípravy k rozhodnutí. Rozhraní automatizovaného právního komentáře by mohlo vypadat následovně:

### **Krok 1: Výběr hypotézy**

Vítejte v automatizovaném právním komentáři k zákonu o svobodném přístupu k informacím. Tato aplikace vás bezpečně provede vyřízením žádosti o informace až k vyhoštění rozhodnutí. Tato aplikace slouží jako podpora pro rozhodnutí, zda požadovanou informaci odepřít, či poskytnout.

Z elektronického systému spisové služby Ministerstva dopravy byla natažena ke zpracování žádost o informace sp. zn. Ú A 51/2020 ve věci poskytnutí dokumentu *Dokumente týkající se údajů o provozu a vývoji Evidence údajů pro účely provozování systému elektronického mýtného* (dále jen „informace“), která došla povinnému subjektu 3. 1. 2020. Postupuje se proto podle zákona č. 106/1999 Sb., ve znění po novele provedené zákonem č. 111/2019 Sb. s účinností od 1. 1. 2020.

Relevantní právní úprava:

Povinný subjekt žádost o informace odmítne, pokud

...

Vyberte prosím hypotézy, které by mohly bránit poskytnutí informace:

- zákon se na poskytnutí této informace nevztahuje
- informace se nevztahuje k působnosti povinného subjektu
- informace je utajovaná
- informace je chráněným osobním údajem
- ...

### **Krok 2: Posouzení podmínek hypotézy**

Vybrali jste hypotézu, že daná informace je utajovaná. Nyní prozkoumáme naplnění jednotlivých podmínek, ze kterých je tato hypotéza složena. Prosím zaškrtněte níže uvedené tvrzení, která jsou pravdivá a popište u nich svou úvahu, která vás vedla k tomuto závěru.

Podle postupného splnění podmínek se generuje další úroveň formuláře případných předcházejících norem tak, aby nebyl uživatel zbytečně zahlcen větví složené hypotézy normy, kterou nepoužije. Pokud však vybereme v rámci logických operací jednu variantu, je již výsledkem lineární seznam.

Podmínka	Splnění	Skutkový stav
informace je označena za utajovanou informaci, <i>Komentář</i> (rozkliknutelný) <i>Označení utajovaných informací upravuje § 21 zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací. Podle něho je původce typicky povinen vyznačit na utajované informaci svůj název, stupeň utajení informace, její evidenční označení a datum jejího vzniku, není-li dále stanoveno jinak.</i>	ANO <input checked="" type="checkbox"/> NE <input type="checkbox"/>	Povinný subjekt zjistil, že na informaci jsou vyznačeny náležitosti uvedené v § 21 zákona č. 412/2005 Sb.
žadatel nemá oprávněný přístup k informaci, <i>Komentář</i>	ANO <input checked="" type="checkbox"/> NE <input type="checkbox"/>	(...)
(...)		



**Krok 3: Rozhodnutí povinného subjektu**

Posouzení skončilo výsledkem, že jsou dány důvody k odepření informace podle § 7 zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. Výsledný argument:

*Povinný subjekt Ministerstvo dopravy má odmítnout poskytnutí Dokumentace týkající se údajů o provozu a vývoji Evidence údajů pro účely provozování systému elektronického mýtného s následujícím zdůvodněním:*

- 1. Povinný subjekt neposkytne informaci, pokud informace je označena za utajovanou informaci, žadatel nemá oprávněný přístup k informaci a informace je označena za utajovanou informaci v souladu s právními předpisy (§ 7 zák. č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím).*
- 2. Informace je označena za utajovanou informaci v souladu s právními předpisy právě tehdy, pokud vyřazení nebo zneužití informace může způsobit poškození nebo ohrožení zájmu České republiky, vyřazení nebo zneužití informace může být pro zájem České republiky nevýhodné (§ 3 zák. č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací) a informace je druhu, který je uveden v seznamu utajovaných informací podle nařízení vlády č. 522/2005 Sb., kterým se stanoví seznam utajovaných informací.*
- 3. Informace je označena za utajovanou informaci v souladu s právními předpisy, protože na informaci jsou vyznačeny náležitosti uvedené v § 21 zákona č. 412/2005 Sb.*
- 4. Žadatel nemá oprávněný přístup k informaci, protože nesplňuje podmínku uvedenou v § 11 zák. č. 412/2005 Sb., tedy nezbytně nepotřebuje informaci k výkonu své funkce, pracovní nebo jiné činnosti.*
- 5. Informace je uvedena v seznamu utajovaných informací v nařízení vlády č. 522/2005 Sb., protože v příloze 2 bod 8 je uveden druh utajované informace: „Dokumentace týkající se údajů o provozu a vývoji Evidence údajů pro účely provozování systému elektronického mýtného a Národního kontaktního místa.“*
- 6. Vyřazení informace může způsobit ohrožení zájmu České republiky, neboť vyřazení by zvýšilo riziko prolomení bezpečnostních opatření, která brání úniku o poloze vozidel, a tedy tak i chrání soukromí občanů.*

Proto je na místě vydat rozhodnutí o odepření informace. Můžete odsouhlasit jeho koncept a postoupit ho k dalšímu zpracování, abyste na konci dne elektronicky podepsali všechna rozhodnutí a postoupili je do výpravny (dále jen „dávkové zpracování“).

- Vrátit se na posouzení případu
- Zobrazit koncept rozhodnutí o odepření informace / Upravit koncept
- Odsouhlasit koncept a postoupit k dávkovému zpracování

Významný přínos výše zmíněného řešení spočívá v tom, že obsah práva není napevno zabudován do počítačového programu, ale díky *Rules as Code* je obsah právní úpravy formalizován do doménového počítačového jazyka a tato znalostní báze je vstupem pro aplikaci, která se přizpůsobí na míru vloženému kódu právní úpravy, což může přinést úspory, transparentci a zrychlení změn.

## Závěr

V tomto článku jsem shrnul kontext právních expertních systémů jako nástrojů využívajících právní modely svého druhu, historii právních expertních systémů a reprezentace práva pomocí kódu včetně příkladů konkrétních implementací. Nabídl jsem kritický pohled na jejich využití, popsal nedostatky a vyzdvihl možné přínosy budoucích řešení. Dále jsem popsal kritéria vhodné oblasti k modelování, přičemž výběr vhodné oblasti se ukázal značně náročnější, než by se na první pohled mohlo zdát, neboť pokud má mít model užitek, je třeba zohlednit mnoho kritérií. Pokud nejsou kritéria zohledněna, nelze čekat komerční a masový úspěch. Uvedl jsem složky právního expertního systému a popsal některé příklady použití různých složek. Také jsem načrtl konkrétní příklad automatizovaného právního komentáře.

Problematika právních expertních systémů úzce souvisí s reprezentací práva jako pravidel v kódu, kterýžto koncept, jak se zdá podle historické časové osnovy, nabírá ve světě druhou mízu. Současně je však jasné, že budoucí zkoumání bude vyžadovat zejména hledání takového modelu, který bude pro právníky prakticky použitelný a zvládne reprezentovat právo v jeho bohaté šíři. Takový model bude mít pro uživatele přidanou hodnotu oproti dnešním metodám. Lze podle mého názoru učinit závěr, že při zohlednění úctyhodné komplexity lidského mozku i právní kultury společnosti je třeba revoluční očekávání od právních expertních systémů a umělé inteligence v právu mírnit. Vedle dlouhodobě probíhajícího celosvětového základního výzkumu bychom měli soustředit pozornost na reálné příklady konkrétních aplikací, které mohou být užitečné a v rozumném čase dosažitelné. V návaznosti na již rozšířenou jednoduchou úroveň generátorů smluv a právních informačních systémů se jeví, že přirozeným dalším menším krůčkem mohou být právě počítačově zpracovatelné reprezentace kódu a s nimi pracující znalostní systémy.

# Vliv referenčního rámce přezkumu na rozhodování soudů a správních orgánů

Jaromír Fronc\*

**Abstrakt:** Rozhodování českých soudů a správních orgánů zpravidla podléhá několikainstančnímu přezkumu. V tomto procesu můžeme identifikovat vztah mezi „nižší“ a „vyšší“ instancí, přičemž každá z nich pro své rozhodování používá určitá měřítká, určitý referenční rámec. Od racionální úpravy přezkumu lze především očekávat, že nižší instance jsou schopny (a povinny) rozhodovat tak, aby jejich rozhodnutí nebyla rušena. A opačně, pokud rozhodnutí zrušeno bylo, znamená to, že orgán, který zrušené rozhodnutí vydal, pochybil, a měl správně vydat rozhodnutí jiné. Článek poukazuje na několik případů, kdy tento požadavek není naplněn právě proto, že nižší a vyšší instance se při rozhodování řídí jinými kritérii. Zároveň ukazuje, že na takové případy, které zákonodárce není ochoten vyřešit, reaguje praxe snahou o sblížení kolidujících referenčních rámců. To se projevuje především tak, že referenční rámec rozhodování nižší instance může být ovlivněn odlišným referenčním rámcem jeho přezkumu. Předložená syntéza tak dává do souvislosti zdánlivě zcela odlišné situace, na které však lze aplikovat obdobný myšlenkový postup. Ve většině případů se tak i skutečně děje; tam, kde nikoliv, může být článek vhodnou inspirací.

**Klíčová slova:** opravná řízení, referenční rámec rozhodování, soudní přezkum, Ústavní soud

## Úvod

Rozhodování českých soudů a správních orgánů zpravidla podléhá několikainstančnímu přezkumu. V širším, právněteoretickém smyslu tento přezkum zahrnuje nejen opravné prostředky (např. odvolání, dovolání, kasační stížnost), ale i jiné procesní prostředky, kterými se účastník předcházejícího řízení může domáhat zrušení či nahrazení přezkoumávaného rozhodnutí (např. žaloba proti správnímu rozhodnutí či ústavní stížnost). Vzniká přitom vztah mezi „nižší“ a „vyšší“ (přezkumnou) instancí. Také tato označení budu používat v širším slova smyslu, tedy i tam, kde se striktně vzato nejedná o instancní vztah, nýbrž o samostatná řízení.

Každý orgán pro své rozhodování používá určitý referenční rámec (referenční hlediska). Jednoduše řečeno, tímto pojmem se označuje, na základě čeho orgán rozhoduje. Tedy zejména jaké prameny práva používá,<sup>1</sup> a pokud přezkoumává rozhodnutí nižší instance, jakými měřítky hodnotí správnost (respektive zákonnost) tohoto rozhodnutí.<sup>2</sup>

Nejprostším vztahem mezi nižší a vyšší instancí je úprava se shodnými referenčními rámci. Například odvolací správní orgán přezkoumává prvostupňové správní rozhodnutí plně ve skutkových i právních otázkách, a to nejen z hlediska zákonnosti, nýbrž (v rozsahu námitek) i správnosti (§ 89 odst. 2 spr. ř.<sup>3</sup>).

\* Mgr. Jaromír Fronc. Externí doktorand při katedře správního práva a správní vědy Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Tento příspěvek vznikl v rámci plnění projektu Specifického vysokoškolského výzkumu (SVV) Univerzity Karlovy č. 260 494 *Integrovaná úloha lidských práv v současném právu* a vychází z práce, která se v česko-slovenském kole Studentské vědecké a odborné činnosti 2020 umístila na 3. místě v sekci Teorie práva, ústavní právo, lidská práva; společenské vědy. Email: jaromir.fronc@gmail.com.

<sup>1</sup> V tomto smyslu viz např. nález Ústavního soudu ze dne 8. 3. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 50/04, část VI.A.

<sup>2</sup> V tomto smyslu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 11. 2011, č. j. 2 Afs 16/2011-78, bod 18.

<sup>3</sup> Zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

Další typickou situací je „pyramidová“ či „trychtýřovitá“ úprava. Zde platí, že „čím výše se budeme v hierarchické soustavě opravných prostředků pohybovat, tím méně otázek je možno opětovně před vyšším soudem otevřít.“<sup>4</sup> Toto zužování přezkumu se může projevat různými způsoby.<sup>5</sup> Tak kupříkladu ve věcech vyjmenovaných zákonem nelze podat dovolání (§ 238 o. s. ř.<sup>6</sup>). Správní soudy zásadně nepřezkoumávají správnost, nýbrž pouze zákonnost naříkaných rozhodnutí. Často bývá vyloučen přezkum skutkových zjištění.

Problém nastane, pokud vztah mezi vyšší a nižší instancí nelze charakterizovat jedním z těchto dvou základních typů. To znamená, že buď referenční rámec vyšší instance je širší, anebo se referenční rámce nepřekrývají (nejedná se o vztah množiny a podmnožiny). Tvrdím, že takový stav neodpovídá představě racionální úpravy přezkumu. Od té lze podle mého názoru především očekávat, že nižší instance jsou schopny (a povinny) rozhodovat tak, aby jejich rozhodnutí nebyla rušena. A opačně, pokud rozhodnutí zrušeno bylo, znamená to, že orgán, který zrušené rozhodnutí vydal, pochybil, a měl správně vydat rozhodnutí jiné.

V článku se pokusím poukázat na několik situací, kdy tento požadavek není naplněn právě proto, že nižší a vyšší instance se při rozhodování řídí jinými kritérii. Zároveň ukážu, že na takové situace, které zákonodárce není schopen či ochoten vyřešit, reaguje praxe snahou o sblížení kolidujících referenčních rámců, a to i *contra legem*. To se projevuje především tak, že referenční rámec rozhodování nižší instance může být ovlivněn odlišným referenčním rámcem jeho přezkumu. Nižší instance se totiž snaží postupovat tak, aby její rozhodnutí nebyla rušena.

Úvodem je ještě třeba ujasnit, o čem tento článek není. Nebudu se zabývat opravnými prostředky, které nemají devolutivní účinek (žaloba na zmatečnost, obnova řízení). Nebudu se věnovat ani rozhodnutím Soudního dvora Evropské unie, protože ten nepřezkoumává (ani nepřímou) rozhodnutí národních soudů. Tím ovšem nepopírám, že i zde vznikají tenze ohledně vzájemného vztahu soudů.<sup>7</sup> Ty mohou spočívat například v tom, že vnitrostátní soud je vázán odpovědí na předběžnou otázku, která má přednost před názorem soudu vyššího stupně.<sup>8</sup>

Dále chci případy zmiňované v tomto článku odlišit od situace, kdy je vydané rozhodnutí původně skutečně korektní, ale přesto je později zrušeno. To se může stát tehdy, když přezkumná instance rozhoduje podle změněného právního (včetně pozdější změny judikatury) či skutkového stavu.<sup>9</sup> Za problematické považuji pouze to, pokud v situaci

<sup>4</sup> BARTOŇ, Michal. Vztah obecných soudů a Ústavního soudu optikou čl. 4 Ústavy. In: ŠIMÍČEK, Vojtěch (ed.). *25 let Ústavy České republiky*. Praha: Leges, 2019, s. 111.

<sup>5</sup> V kontextu civilního řízení jednotlivé omezující modalitě podrobně popisuje SVOBODA, Karel. *Opravné prostředky. Civilní proces z pohledu účastníka*. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 3–12.

<sup>6</sup> Zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>7</sup> Srov. HOLLÄNDER, Pavel. Soumrak moderního státu. *Právník*. 2013, roč. 152, č. 1, s. 21–26.

<sup>8</sup> Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 15. 1. 2013, C-416/10, *Křižan a další*. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 8. 2013, č. j. 3 Ads 183/2011-96.

<sup>9</sup> Takových případů lze uvést celou řadu. Pro oblast správního práva viz především PAWLÍKOVÁ, Klára. Prolomení § 75 odst. 1 SŘS. *Soudní rozhledy*. 2020, roč. 26, č. 9, s. 274–277. Dále viz usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013-46 (zánik odpovědnosti za přešůpek po zrušení aplikovaného zákona), či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 12. 2008, č. j. 7 As 19/2008-126 (přenesení kompetence soudů na správní orgány). Ke změně či zrušení původního rozhodnutí může dojít i následkem uplatnění nových skutečností či důkazů, což např. v odvolacím civilním řízení částečně připouští § 205a o. s. ř.

V trestním právu je zajímavá situace, kdy se trestní stíhání teprve po vyhlášení rozsudku nalézacího soudu stane nepřipustným. Podle § 257 odst. 2 zák. č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů

neměnného a nesporného skutkového i právního stavu právo neposkytuje nižší instanci prostor, aby (ani při nejlepší vůli a správném posouzení skutkových i právních otázek) dospěla k rozhodnutí, se kterým se ztotožní i instance přezkumná.

## 1. Dovolání a ústavní stížnost

Jako úvodní příklad použiji problematiku, která již byla v judikatuře i doktríně zevrubně rozebrána: vztah dovolání a ústavní stížnosti. Problém zde spočívá v tom, že zákonodárce chce podávání dovolání co nejvíce omezit, neboť se má jednat o „mimořádný“ opravný prostředek i v původním významu tohoto slova. Zároveň ale platí, že proti rozhodnutí obecného soudu je vždy možné podat ústavní stížnost [čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy,<sup>10</sup> § 72 odst. 1 písm. a) zák. o ústavním soudu<sup>11</sup>], pokud stěžovatel vyčerpal poslední procesní prostředek.<sup>12</sup>

Tím mohou vzniknout dvě různé paradoxní situace. První paradox spočívá v tom, že je dovolání nepřijatelné, a proti rozhodnutí nižšího soudu se podává přímo ústavní stížnost. Druhý paradox nastane tehdy, když Nejvyšší soud sice dovolání projedná, ale není schopen napravit vady, které však následně podléhají přezkumu Ústavním soudem. V obou případech tak určitý článek hierarchie procesních prostředků (Nejvyšší soud) nedokáže odfiltrovat pochybení, která tudíž musí vyřešit článek vyšší (Ústavní soud) a zrušit přitom i rozhodnutí Nejvyššího soudu, bylo-li vydáno.

### 1.1 Nepřípustnost dovolání

Nejprve se podívejme na případ, kdy zákon zjevně stanoví nepřijatelnost dovolání – typicky v bagatelních věcech.<sup>13</sup> V takové situaci je rozhodnutí odvolacího soudu poslední procesním prostředek k ochraně práva, a lze proti němu podat přímo ústavní stížnost.

Právě kvůli paradoxnosti této situace se Ústavní soud rozhodl použít pro ústavní stížnosti v bagatelních věcech přísnější měřítko: „*vylučuje-li občanský soudní řád u bagatelních věcí (srov. § 237 odst. 2 písm. a/) přezkum rozhodnutí vydaných v druhé instanci, a toto není – v obecné rovině – v rozporu s čl. 36 odst. 1 Listiny, bylo by proti této logice připustit, aby jejich přezkum byl automaticky posunut do roviny soudnictví ústavního*“.<sup>14</sup> To platí dvojnásob tam, kde je nepřijatelné i odvolání (§ 202 odst. 2 o. s. ř.).<sup>15</sup>

Pokud tedy zákonodárce dal zřetelně najevo, v jakých případech pro jejich malý význam nemá zájem o další přezkum v rámci obecného soudnictví, Ústavní soud nemůže hrát roli jakési „náhradní“ přezkumné instance; soustředí se pouze na nápravu excesů.<sup>16</sup>

---

(dále jen „tr. ř.“), v takovém případě odvolací soud rozhodne o zastavení trestního stíhání, aniž by napadený rozsudek zrušil. Takový postup „*lépe odpovídá procesní situaci, kdy v době vyhlášení ještě uvedené překážky neexistovaly a soud prvního stupně tedy v tomto směru neporušil zákon, když rozsudek vyhlásil*“ (HASCH, Karel. Odvolání. In: JELÍNEK, Jiří a kol. *Trestní právo procesní*. 5. vydání. Praha: Leges, 2018, s. 649–50).

<sup>10</sup> Ústavní zák. č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>11</sup> Zák. č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>12</sup> § 72 odst. 3 zák. o ústavním soudu.

<sup>13</sup> § 238 odst. 1 písm. c) o. s. ř.

<sup>14</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 28. 2. 2007, sp. zn. III. ÚS 472/06.

<sup>15</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 9. 7. 2018, sp. zn. II. ÚS 955/18, bod 12.

<sup>16</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 10. 4. 2014, sp. zn. III. ÚS 3725/13, bod 30.

## 1.2 Nenárokové dovolání

Podle § 237 o. s. ř. ve znění od 1. 1. 2001 do 31. 12. 2012 závisela přípustnost dovolání – kromě vyjmenovaných případů – na tom, zda napadené rozhodnutí mělo po právní stránce zásadní význam. Posouzení tohoto kritéria bylo v zásadě na uvážení Nejvyššího soudu. Z procesní opatrnosti tedy bylo třeba podat zároveň dovolání a ústavní stížnost, aby v případě odmítnutí dovolání mezitím marně neuplynula lhůta pro podání ústavní stížnosti. Tento zmatečný stav neušel ani kritice Evropského soudu pro lidská práva.<sup>17</sup> Sdělení Ústavního soudu č. 32/2003 Sb. a zákon č. 83/2004 Sb. v reakci umožnily podat stížnost proti odvolacímu soudu. I v těchto případech tedy následně docházelo k problému, že Ústavní soud neměl k dispozici „filtr nápadu“. „Zvolené řešení výrazným způsobem narušilo zásadu subsidiarity ústavní stížnosti a zároveň svým způsobem vyřadilo Nejvyšší soud z mechanismu ochrany základních práv.“<sup>18</sup>

## 1.3 Důvody dovolání

Ani po novelizaci o. s. ř. zákonem č. 404/2012 Sb. nebyl problém zcela vyřešen. Další podmínkou přípustnosti dovolání je totiž vymezení důvodů dovolání. Podle § 241a odst. 1 o. s. ř. lze dovolání podat pouze z důvodu, že rozhodnutí odvolacího soudu spočívá na nesprávném právním posouzení věci. Pokud tedy předchozí řízení bylo postiženo závažnou procesní vadou, kterou došlo k porušení práva na spravedlivý proces, v mezích jazykového výkladu o. s. ř. se nejedná o způsobilý dovolací důvod. Nicméně ústavní stížnosti bude vyhověno.

Zároveň od roku 2013 platí, že podle § 75 odst. 1 zákona o ústavním soudu je nutné vždy podat dovolání jakožto poslední prostředek k ochraně práva. Subsidiarita ústavní stížnosti však nespočívá pouze v povinnosti využít všechny procesní prostředky. Stížnost musí přímo proti rozhodnutí o posledním prostředku k ochraně práva (zde rozhodnutí Nejvyššího soudu) také brojit. A z toho se dále podává, že v případě kasačního nálezu musí být toto rozhodnutí zrušeno. Opačný postup, při kterém by byla zrušena jen předcházející rozhodnutí nižších soudů, zatímco rozhodnutí Nejvyššího soudu by zůstalo nedotčeno, by byl v rozporu s principem právní jistoty.<sup>19</sup> Pokud tedy zákon stanoví povinnost podat dovolání, ale Nejvyšší soud by neměl procesní prostor k nápravě protiústavních vad předcházejícího řízení, byla by jeho rozhodnutí přesto rušena na základě ústavních stížností.

Ústavní soud se tento paradox nejprve pokusil vyřešit argumentací, podle které je posuzování porušení ústavně zaručených práv stěžovatele vždy otázkou právní, nikoliv skutkovou, a to i pokud se jedná o vady řízení, jejichž důsledkem mohou být nesprávné skutkové závěry. Tím pádem jakákoliv námitka, jejíž podstatou je tvrzení porušení ústavně zaručených základních práv a svobod rozhodnutím nebo postupem odvolacího soudu v občanském soudním řízení, je uplatnitelná i jako dovolací důvod podle § 241a o. s. ř.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 12. 11. 2002, č. 46129/99, *Zvolský a Zvolská v. Česká republika*, § 53.

<sup>18</sup> MORAVEC, Ondřej. Vztah ústavní stížnosti a dovolání jako systémový problém právního řádu České republiky. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 4, s. 138.

<sup>19</sup> Již usnesení Ústavního soudu ze dne 15. 1. 1997, sp. zn. IV. ÚS 58/95. Recentně (a s bohatým výčtem prejudikatury) usnesení Ústavního soudu ze dne 3. 6. 2019, sp. zn. III. ÚS 4315/18.

<sup>20</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 28. 3. 2013, sp. zn. III. ÚS 772/13, body 10 a 11.

Otázce se později věnovalo i plenární stanovisko Ústavního soudu: „*Pokud se tedy neúspěšný účastník odvolacího řízení chce ‚dostat‘ až k Ústavnímu soudu, musí dovolání podat bez ohledu na povahu námitek, které vůči odvolacímu či nalézacímu rozhodnutí uplatňuje. Z uvedeného vyplývá, že nemůže být za vadu podání považována skutečnost, že dovolatel, který namítá porušení svých ústavně zaručených práv (a řádně vymezil, v čem spatřuje splnění předpokladů přípustnosti dle § 237 až 238a občanského soudního řádu), uplatnil dle názoru Nejvyššího soudu ve skutečnosti jiný dovolací důvod, než jakým je nesprávné právní posouzení věci [...]. Opačný výklad by znamenal, že by zákon č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů, stěžovatele v některých případech nutil podávat již ze své podstaty vadná podání, což je výklad zjevně neudržitelný.*“<sup>21</sup>

Judikatura Nejvyššího soudu od té doby připouští, že je-li dovolatelem vytýkaná procesní vada natolik podstatná, že vedla k porušení práva na spravedlivý proces, zakládá tato vada samostatný dovolací důvod.<sup>22</sup>

Ani trestní řád výslovně mezi dovolacími důvody neuvádí zásah do základních práv a svobod. Ústavní soud však již v roce 2004 zdůraznil, že i Nejvyšší soud je podle čl. 4 a 95 Ústavy zavázán k ochraně základních práv. Dovolací důvod podle § 265b odst. 1 písm. g) tr. ř. (rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení skutku nebo jiném nesprávném hmotně právním posouzení) tedy musí být vykládán ústavně konformně, aby zahrnoval námitky porušení práva na spravedlivý proces. „*Z ústavního pořádku vyplývá, že jsou-li ve hře základní práva, musí být ochránitelná cestou všech opravných prostředků. Výklad dovolacích důvodů, který a priori odhlíží od procesních vad řízení, jehož výsledek posuzuje, a odmítá se jimi zabývat – bez ohledu na jejich závažnost – staví postup Nejvyššího soudu mimo ústavní rámec.*“<sup>23</sup>

Judikatura Ústavního soudu však nebyla jednotná, a Nejvyšší soud tak nadále používal restriktivní výklad § 265b tr. ř.<sup>24</sup> I zde nakonec Ústavní soud přijal stanovisko, ve kterém uvedl, že také pro dovolání v trestních věcech platí § 75 odst. 1 zákona o ústavním soudu – je nutné podat ho před uplatněním ústavní stížnosti.<sup>25</sup> Stanovisko také potvrdilo, že Nejvyšší soud je povinen posoudit, zda v předchozím řízení nebyla porušena základní práva dovolatele. Námitky porušení práva na spravedlivý proces jsou vždy způsobilým dovolacím důvodem podle § 265b odst. 1 písm. g) tr. ř.<sup>26</sup> Také v trestních věcech se Nejvyšší soud názoru Ústavního soudu podrobil.<sup>27</sup> Dokonce dovodil, že právě pro svůj ústavněprávní charakter lze námitku extrémního rozporu mezi provedenými důkazy a skutkovými zjištěními v dovolání uplatnit pouze ve prospěch obviněného (podobně jako nelze v jeho neprospěch podat ústavní stížnost).<sup>28</sup> Dotvoření nového dovolacího důvodu tak v konečném důsledku vytvořilo nerovnost stran trestního řízení, která byla podnětem

<sup>21</sup> Stanovisko Ústavního soudu ze dne 28. 11. 2017, sp. zn. Pl. ÚS-st. 45/16, bod 57.

<sup>22</sup> Např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 3. 10. 2017, sp. zn. 20 Cdo 4038/2017, ze dne 10. 4. 2018, sp. zn. 20 Cdo 3401/2017, či ze dne 13. 3. 2019, sp. zn. 20 Cdo 371/2019.

<sup>23</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 18. 8. 2004, sp. zn. I. ÚS 55/04. Shodně nález Ústavního soudu ze dne 5. 9. 2006, sp. zn. II. ÚS 669/05.

<sup>24</sup> MORAVEC, Ondřej. *Vztah ústavní stížnosti a dovolání jako systémový problém právního řádu České republiky*, s. 139.

<sup>25</sup> Stanovisko Ústavního soudu ze dne 4. 3. 2014, sp. zn. Pl. ÚS-st. 38/14, bod 15.

<sup>26</sup> *Ibidem*, bod 14.

<sup>27</sup> Např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 11. 1. 2017, sp. zn. 8 Tdo 1404/2016, bod 17, či ze dne 12. 6. 2019, sp. zn. 8 Tdo 600/2019, bod 20.

<sup>28</sup> Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 17. 4. 2019, sp. zn. 15 Tdo 1443/2018, bod 32.

pro podání poslaneckého pozměňovacího návrhu, jenž do § 265b tr. ř. takový dovolací důvod výslovně doplňuje, a mohl by ho tedy využívat i nejvyšší státní zástupce.<sup>29</sup>

I přes výše uvedené se v judikatuře setkáváme s případy, kdy Nejvyšší soud při nejlepší vůli nemůže zafungovat jako „ústavněprávní filtr“. Ústavní soud například uznal, že dovolací důvod podle § 265b odst. 1 písm. h) tr. ř. neposkytuje jakýkoliv prostor pro uplatnění námítky nepřiměřeného trestu (zahrnující i nedostatečné odůvodnění trestu).<sup>30</sup> Když na základě takových námitek vydal vyhovující náleze, musel přesto zrušit i rozhodnutí dovolacího soudu. „*Při zrušení rozsudku krajského soudu, který trpěl vážnými ústavněprávními vadami, a na který Nejvyšší soud procesně navazoval, by existence jeho odmítacího usnesení postrádala rozumný smysl.*“<sup>31</sup> Zároveň uvedl, že toto napětí mezi zněním tr. ř. a judikaturou Ústavního soudu by měl ideálně vyřešit zákonodárce.<sup>32</sup> V pozdějším usnesení však Ústavní soud vyjádřil názor, že z plenárního stanoviska vyplývá povinnost Nejvyššího soudu se i přiměřeností trestu zabývat.<sup>33</sup>

V občanskoprávních sporech došel Ústavní soud k závěru, že pokud dovolatel brojil proti hodnotícím závěrům odvolacího soudu o učiněných skutkových zjištěních, Nejvyššímu soudu nezbylo než dovolání odmítnout.<sup>34</sup> Při kasaci rozhodnutí obecných soudů se opět nevyhnul ani zrušení usnesení Nejvyššího soudu, a to s následujícím vysvětlením: „*nezasáhl-li Nejvyšší soud proti ústavní stížnosti napadenému rozhodnutí odvolacího soudu, nesplnil tak svoji roli ochránce základních práv a svobod podle čl. 4 Ústavy, na což musel Ústavní soud patřičně reagovat.*“<sup>35</sup> Zde se tedy naopak tvrdí, že Nejvyšší soud měl povinnost zasáhnout, přestože náleze výše uvádí, že dovolání bylo zjevně nepřipustné.<sup>36</sup>

## 1.4 Dílčí závěry

První paradox vztahu mezi obecnými soudy a Ústavním soudem lze společně s Rychetským popsat tak, že zhruba 75 % ústavních stížností mají nejvyšší soudy (bagatelní věci, rodinné spory, exekuce, úkony v přípravném řízení trestním, azylové věci). „*Pomyslné hrdlo procesní obrany účastníků se směrem k soudům vyšších stupňů postupně zužuje, aby se přede dveřmi Ústavního soudu otevřelo dokořán.*“<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Pozměňovací návrh poslankyně Heleny Válkové k vládnímu návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 257/2000 Sb., o Probační a mediační službě, a o změně zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí (zákon o Probační a mediační službě), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony (sněmovní tisk 624). *Poslanecká sněmovna*, 8. volební období, pozměňovací návrh č. 6103. Poslanecká sněmovna návrh zákona dne 20. 1. 2021 schválila ve znění tohoto pozměňovacího návrhu.

<sup>30</sup> Náleze Ústavního soudu ze dne 7. 8. 2017, sp. zn. II. ÚS 2027/17, bod 31.

<sup>31</sup> *Ibidem*, bod 32.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 30. 4. 2019, sp. zn. II. ÚS 178/19, bod 12.

<sup>34</sup> Náleze Ústavního soudu ze dne 8. 12. 2015, sp. zn. II. ÚS 385/15, bod 13. Obdobně náleze Ústavního soudu ze dne 26. 9. 2017, sp. zn. III. ÚS 3717/16, body 20–30.

<sup>35</sup> Náleze Ústavního soudu ze dne 8. 12. 2015, sp. zn. II. ÚS 385/15, bod 22.

<sup>36</sup> Tuto argumentační nekonzistenci kritizovali COUFALÍK, Petr. Střet Nejvyššího soudu a Ústavního soudu v pohledu na současnou právní úpravu dovolání v civilním sporném řízení. *Právní rozhledy*. 2016, roč. 24, č. 6, s. 212, pozn. 27, a BARTOŇ, Michal. Vztah obecných soudů a Ústavního soudu optikou čl. 4 Ústavy. In: ŠÍMÍČEK, Vojtěch (ed.). *25 let Ústavy České republiky*. Praha: Leges, 2019, s. 117, pozn. 28.



Pro následující části této práce je zajímavější druhý paradox, kde ústavní stížnosti rozhodnutí Nejvyššího soudu předchází. Žádná z dosavadních úprav přípustnosti a důvodnosti dovolání v civilních ani trestních věcech výslovně nepřikazovala projednat a vyhovět dovolání na základě zásahu do základních práv a svobod. Nejvyšší soud tak nepůsobil jako účinný filtr pro Ústavní soud, kterého vzniklé problémy vedly k tomu, že porušení práva na spravedlivý proces subsumoval pod dovolací důvod podle § 265b odst. 1 písm. g) tr. ř. a v případě civilních řízení dokonce označil porušení téhož práva za samostatný (tedy judikatorně dovozený) dovolací důvod. Úkolem Nejvyššího soudu tak dnes v podstatě je podívat se na podané dovolání i optikou Ústavního soudu.

Z toho také vyplývá, že Nejvyššímu soudu nelze umožnit, aby si reguloval nápad tak, jak je to obvyklé u vrcholných soudů v jiných zemích.<sup>38</sup> Jeho rozhodnutí totiž musí vždy obstát v řízení o ústavní stížnosti.<sup>39</sup>

Ze stejných důvodů vychází jeden z argumentů proti rozšíření institutu nepřijatelnosti kasační stížnosti podle § 104a s. ř. spr.<sup>40</sup> Vláda k tomuto návrhu původně přijala nesouhlasné stanovisko, ve kterém mimo jiné uvádí: „Vláda je toho názoru, že předkládaný návrh by mohl jít proti systémové hierarchii výstavby opravných prostředků. S jejich vysokým počtem v českém právním řádu by se měla jejich propustnost směrem nahoru zužovat. Podle navrhované právní úpravy by však Nejvyšší správní soud mohl připustit k meritornímu přezkoumání jen malý počet kasačních stížností a zbytek by pro nezjištění dostatečné závažnosti věci mohl odmítnout usnesením. Vláda se tak obává, že by přijetí navrhované právní úpravy mohlo vyvolat nárůst počtu ústavních stížností řešících pouze to, zda má napadená věc dostatečnou závažnost.“<sup>41</sup> Kompromisní řešení, které nakonec umožnilo přijetí návrhu zákona Parlamentem, v podstatě počítá s tím, že NSS tak jako tak bude nucen všem kasačním stížnostem věnovat dostatečnou pozornost, jelikož odmítavé usnesení bude muset být odůvodněné.<sup>42</sup>

Jistě lze souhlasit se Šimíčkem, že vhodným řešením by nebyl rakouský model, kde „vztah mezi Ústavním soudním dvorem a nejvyššími soudy není ústavně definován jako vztah nadřazenosti, nýbrž souřadnosti. Rozhodnutí nejvyšších soudů proto zásadně není přezkoumatelné ústavní stížností. Je tedy věcí zejména samotného navrhovatele, zda se se stížností obrátí k nejvyššímu soudu anebo přímo k soudu ústavnímu. Není dokonce zásadně ani vyloučeno, že bude stejné rozhodnutí s rozdílnou argumentací současně napadeno u obou těchto soudů.“<sup>43</sup> Tento model by totiž byl nejen nepřehledný a neefektivní, ale navíc by zcela naboural výše rozvedený princip subsidiarity ústavní stížnosti.

<sup>37</sup> RYCHETSKÝ, Pavel. Několik poznámek k roli českého ústavního soudnictví při ochraně ústavně zaručených práv a svobod. In: ŠIMÍČEK, Vojtěch (ed.). *Role nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas pro změnu?* Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2007, s. 108.

<sup>38</sup> Srov. BOBEK, Michal. Curia ex machina; o smyslu činnosti nejvyšších a ústavních soudů. *Právní rozhledy*. 2006, roč. 14, č. 22, mimořádná příloha, s. 1–12.

<sup>39</sup> KÚHN, Zdeněk. Role judikatury v českém právu. In: BOBEK, Michal – KÚHN, Zdeněk a kol. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, s. 143, odkazující na náleze Ústavního soudu ze dne 21. 2. 2012, sp. zn. Pl. ÚS 29/11, bod 71.

<sup>40</sup> Zák. č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>41</sup> Stanovisko vlády k návrhu poslanců Marka Bendy, Heleny Válkové, Marka Výborného, Jana Chvojky, Dominika Feriho, Jana Farského a dalších na vydání zákona, kterým se mění zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů. *Poslanecká sněmovna*, 8. volební období, sněmovní tisk 237/1, bod 7.

<sup>42</sup> Čl. I bod 2 návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů. *Senát*, 13. funkční období, senátní tisk 34/O.

<sup>43</sup> ŠIMÍČEK, Vojtěch. Vztah dovolání a ústavní stížnosti včera, dnes a zítra. *Bulletin advokacie*. 2016, roč. 23, č. 7–8, s. 19.

## 2. Ústavní soud a Evropský soud pro lidská práva

Tedy se posuňme o úroveň výše. Stížnost k Evropskému soudu pro lidská práva lze podat až po vyčerpání všech vnitrostátních opravných prostředků (čl. 35 odst. 1 EÚLP<sup>44</sup>), tedy v případě České republiky zásadně až po rozhodnutí o ústavní stížnosti. Stížnost sice formálně nemíří přímo vůči rozhodnutím národních orgánů, podle § 119 zákona o ústavním soudu však vyhovující rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva může být důvodem pro obnovu řízení před Ústavním soudem. Tímto způsobem tedy lze nepřímo dosáhnout zrušení původního rozhodnutí o ústavní stížnosti. Z toho vyplývá předpoklad, že i Ústavní soud by měl být schopen rozhodovat tak, aby působil jako účinný „filtr“ vůči Evropskému soudu pro lidská práva.

Na první pohled by se zdálo, že Ústavní soud má k této „filtraci“ ideální podmínky, které si vytvořil zejména konkurzním nálezem. V něm judikoval, že „žádnou novelu Ústavy nelze interpretovat v tom smyslu, že by jejím důsledkem bylo omezení již dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv a svobod“.<sup>45</sup> Z toho dovodil, že euronovelu Ústavy (provedenou ústavním zákonem č. 395/2001 Sb.) nelze interpretovat ve smyslu odstranění referenčního hlediska ratifikovaných a vyhlášených mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách (mezi kterými zaujímá přední místo právě EÚLP) pro posuzování vnitrostátního práva Ústavním soudem, a to s derogačními důsledky.<sup>46</sup>

Tento nálezn byl podroben silné doktrinální kritice, které nelze upřít přesvědčivost argumentace.<sup>47</sup> Z čistě utilitárního hlediska má však takový přístup jednu výhodu. Pokud si Ústavní soud do svého referenčního rámce (při posuzování ústavních stížností i návrhů na zrušení právního předpisu) zahrne EÚLP, je způsobilý zabránit těm porušením EÚLP, které by jinak konstatoval až Evropský soud pro lidská práva. Jinými slovy, pokud bude Ústavní soud interpretovat požadavky EÚLP bezchybně, dá se tím spolehlivě zabránit, aby Evropský soud pro lidská práva vyhověl jakékoliv stížnosti proti České republice.

Realita je poněkud odlišná. Do roku 2019 Evropský soud pro lidská práva konstatoval porušení EÚLP Českou republikou ve 190 rozsudcích.<sup>48</sup> Jistě se dá říci, že ve většině případů soudci Ústavního soudu zkrátka měli jiný právní názor, případně nedokázali porušení EÚLP rozpoznat. Ústavní soud by tedy byl schopen takové situaci předejít, pokud by si býval předem uvědomil, že se může jednat o „materiál“ pro ESLP.

V některých případech Evropský soud pro lidská práva posoudil jako přípustnou stížnost i takovou, které nepředcházela stížnost k Ústavnímu soudu. A to protože vyhodnotil, že by se nejednalo o efektivní prostředek – Evropský soud pro lidská práva po stěžovateli nevyžaduje využití prostředku nápravy, který je neadekvátní a neúčinný.<sup>49</sup> Tak například konstatoval, že rozhodnutí Ústavního soudu nedokáže zabránit průtahům v řízení před obecným soudem.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, vyhlášená sdělením č. 209/1992 Sb., ve znění pozdějších protokolů.

<sup>45</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 25. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> Již obligatorně se na tomto místě citují KÜHN, Zdeněk – KYSELA, Jan. Je Ústavou vždy to, co Ústavní soud řekne, že Ústava je? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2002, roč. 10, č. 3, s. 199–214, a FILIP, Jan. Nález č. 403/2002 Sb. jako rukavice hozená ústavodárci Ústavním soudem. *Právní zpravodaj*. 2002, roč. 3, č. 11, s. 11–24.

<sup>48</sup> Violations by Article and by State 1959–2019. In: *European Court of Human Rights* [online]. [cit. 2021-01-21]. Dostupné z: <[https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2019\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2019_ENG.pdf)>.

<sup>49</sup> Rozsudky Evropského soudu pro lidská práva ze dne 18. 12. 1996, č. 21987/93, *Aksoy v. Turecko*, § 51–52, a ze dne 16. 9. 1996, č. 21893/93, *Akdivar a ostatní v. Turecko*, § 65–69.

Fakt, že ESLP je ochoten stěžovateli „odpustit“ nevyužití ústavní stížnosti, však neodpovídá na otázku, zda je ochoten odpustit samotnému Ústavnímu soudu, potažmo České republice, že v řízení o ústavní stížnosti (pokud podána byla) nedokáže zabránit porušení EÚLP. Pohledem do judikatury se zdá, že z hlediska ESLP není povinností Ústavního soudu působit vůči němu jako 100% filtr nápadu. ESLP si totiž všímá, že (převážně z důvodů zmíněných v předchozí kapitole) je Ústavní soud při přezkumu některých aktů veřejné moci velmi zdrženlivý.

V případě *Čepek v. Česká republika* Evropský soud pro lidská práva rozhodl, že účastníci civilního řízení mají právo vyjádřit se k zamýšlené moderaci nákladů řízení podle § 150 o. s. ř. Tomuto rozsudku předcházelo odmítavé usnesení Ústavního soudu.<sup>51</sup> Evropský soud pro lidská práva si však byl vědom toho, že Ústavní soud je při přezkumu rozhodnutí o nákladech řízení maximálně zdrženlivý a zruší dané rozhodnutí pouze v případě výjimečně závažného porušení ústavního práva. „Ústavní soud, jehož pravomoci jsou omezenější než diskreční pravomoc, kterou disponoval městský soud, tedy nemohl napravit – a nenapravit – nespravedlivost v odvolacím řízení.“<sup>52</sup> To se dá interpretovat tak, že ESLP v podstatě připouští, že Ústavní soud vůči němu v této oblasti nebude působit jako spolehlivý filtr, neboť má u nákladů řízení nastavenou vyšší laťku pro zrušení rozhodnutí obecných soudů. Nicméně i v tomto případě Ústavní soud v reakci provedl obnovu řízení.<sup>53</sup> A nejen to: požadavky Evropského soudu pro lidská práva převzal do vlastní judikatury.<sup>54</sup> Tímto způsobem předchází dalším vyhovujícím rozsudkům ESLP, které by měly za následek zrušení usnesení o odmítnutí ústavní stížnosti.

V případě *Eremiášová a Pechová* ESLP usoudil, že případné rozhodování Ústavního soudu by nezajistilo právo na účinné vyšetřování dle čl. 2 EÚLP, neboť Ústavní soud ruší rozhodnutí státního zástupce o (ne)zahájení trestního stíhání jen v extrémních případech.<sup>55</sup> Zároveň však uvedl, že „skutečnost, že Ústavní soud nezasahuje, není sama o sobě z pohledu Úmluvy problematická“.<sup>56</sup> I přesto byl rozsudek impulsem pro Ústavní soud ke změně svého přístupu. O tom, jak silným argumentem byl pro soud názor ESLP, svědčí i to, že k odklonu od dosavadní judikatury nedošlo přijetím plenárního stanoviska,<sup>57</sup> nýbrž již na základě faktu, že nesplnění povinnosti účinného vyšetřování „přitom Evropský soud pro lidská práva již několikrát vytkl i České republice“.<sup>58</sup> Absence stanoviska pléna byla později „zhojena“ přijetím plenárního nálezu, kde Ústavní soud konstatoval svůj „pozvolný obrat“.<sup>59</sup>

Lze shrnout, že byť Evropský soud pro lidská práva neočekává, že Ústavní soud zabráni jakémukoli porušení EÚLP, Ústavní soud se zcela logicky snaží přizpůsobovat referenční

<sup>50</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. 7. 2003, č. 53341/99, *Hartman v. Česká republika*, § 66–69.

<sup>51</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2009, sp. zn. I. ÚS 1589/09.

<sup>52</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 5. 9. 2013, č. 9815/10, *Čepek v. Česká republika*, § 59.

<sup>53</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 21. 1. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 46/13.

<sup>54</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 11. 3. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 46/13.

<sup>55</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 16. 2. 2012, č. 23944/04, *Eremiášová a Pechová v. Česká republika*, § 88–101.

<sup>56</sup> *Ibidem*, § 97.

<sup>57</sup> Srov. § 23 zák. o ústavním soudu.

<sup>58</sup> Usnesení Ústavního soudu ze dne 29. 10. 2013, sp. zn. I. ÚS 2886/13, bod 14. K tomu kriticky BLAŽKOVÁ, Kristina. Právo na efektivní vyšetřování: dochází na třetím ústavním soudu k výrazné změně v koncepci ochrany základních práv? *Jurisprudence*. 2016, roč. 25, č. 5, s. 9–13.

<sup>59</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 8. 8. 2017, sp. zn. Pl. ÚS 32/16, bod 64.

rámec svého rozhodování tak, aby pokud možno eliminoval další vyhovující rozsudky ESLP. Tím zároveň zajišťuje, že nebude muset v rámci obnovy řízení rušit svá vlastní rozhodnutí.

### 3. Závazná stanoviska

Ve zbývajících částech článku se budu věnovat správnímu právu procesnímu, nejprve v rámci správního řízení. Závazné stanovisko je úkon učiněný dotčeným správním orgánem, jehož obsah je závazný pro výrokovou část konečného rozhodnutí správního orgánu, který vede správní řízení (§ 149 odst. 1 spr. ř.). Závazné stanovisko tak například může stanovit určité podmínky pro obsah správního rozhodnutí. Jeho největší síla ale spočívá v tom, že zamítavé závazné stanovisko v řízení o žádosti jí znemožňuje vyhovět – správní orgán musí žádost zamítnout (§ 149 odst. 4 spr. ř.). Jedná se tedy o velmi efektivní administrativněprávní nástroj, kterým dotčené orgány mohou bránit zásahu do jim svěřeného veřejného zájmu, nejnepříjemněji v povolovacích procesech podle stavebního zákona.<sup>60</sup>

Z textace spr. ř. se může zdát, že správní orgán, který řízení vede, nemá žádnou možnost zákonnost stanoviska posuzovat. Striktně vzato však tento závěr může vést k situaci, kdy je správní orgán nucen na základě závazného stanoviska vydat rozhodnutí, o jehož zákonnosti má sám důvodné pochybnosti. Takové správní rozhodnutí přitom může být následně zrušeno odvolacím správním orgánem nebo správním soudem.<sup>61</sup> Krajský soud v Plzni tedy ve svém rozsudku došel k závěru, že správní orgán je „oprávněn (a povinen) zabývat se úplností, určitostí a srozumitelností závazného stanoviska, jakož i tím, zda se správní orgán příslušný k vydání závazného stanoviska nedopustil zjevného skutkového nebo právního pochybení. Není-li závazné stanovisko v tomto ohledu v souladu s právními předpisy, nelze žádost bez dalšího zamítnout.“<sup>62</sup> Dále soud dokonce ani nezmiňuje podmínku zjevnosti právního pochybení, když uzavírá, že kromě dotčeného orgánu „sekundárně ovšem pochybil i správní orgán, který řízení o žádosti žalobce o umístění pevné překážky na pozemní komunikaci vedl, a to tím, že žádost zamítl za použití závazného stanoviska, které nebylo vydáno v souladu s právními předpisy.“<sup>63</sup>

Rozsudek se ovšem nezabýval otázkou, jak má tedy v takovém případě správní orgán vedoucí řízení postupovat. Podle Potěšila by protizákonné stanovisko mělo být vráceno k dopracování.<sup>64</sup> Dle Nejvyššího správního soudu by měl správní orgán podat podnět k přezkumnému řízení.<sup>65</sup> Správní orgán nesouhlasící se závazným stanoviskem též může vyvolat dohodovací řízení podle § 136 odst. 6 spr. ř. Spíše rezervovaně lze hledět na možnost, aby správní orgán zkrátka ignoroval např. vedlejší ustanovení závazného stanoviska, které představuje zjevné vybočení z působnosti dotčeného orgánu.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Srov. ŽIDEK, Dominik. *Ochrana životního prostředí v procesech veřejného stavebního práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 78.

<sup>61</sup> Správní soud totiž k žalobní námitce přezkoumá i zákonnost závazného stanoviska (§ 75 odst. 2 s. ř. spr.), stále však může zrušit jen finální rozhodnutí.

<sup>62</sup> Rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 27. 2. 2014, č. j. 30 A 57/2012-84.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> POTĚŠIL, Lukáš. Komentář k § 149. In: POTĚŠIL, Lukáš – HEJČ, David – RIGEL, Filip – MAREK, David. *Správní řád. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 740, marg. 13.

<sup>65</sup> Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2016, č. j. 4 As 17/2016-44, bod 34.

<sup>66</sup> PETRMICHL, Václav. *Koordinovaná rozhodnutí ve veřejné správě*. Disertační práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2020, s. 72.

Obdobná situace nastává v odvolacím řízení: pokud odvolání brojí proti obsahu závazného stanoviska, posuzuje ho orgán nadřízený dotčenému orgánu, který stanovisko vydal (§ 149 odst. 5 spr. ř.). Vydání samotného rozhodnutí však přísluší odvolacímu správnímu orgánu a právě toto rozhodnutí bude případně přezkoumáno správním soudem. A přesně z tohoto důvodu Městský soud v Praze judikoval, že odvolací orgán nemá zcela pasivní roli: jeho úkolem je, „*aby v řízení byly řádně vypořádány i odborné otázky, k jejichž řešení on sám není příslušný, musí tedy dbát na to, aby se nadřízený orgán vyjádřil ke všem konkrétním odvolacím námitkám, které se týkají jeho působnosti, a pokud to předložený akt nespĺňuje, musí žádat o doplnění.*“<sup>67</sup> Judikatura navíc v poslední době připouští, že námitky, které nejsou přes příliš odborné, může vypořádat přímo odvolací orgán – a tím zabránit nezákonnosti svého rozhodnutí, která by byla způsobena nadřízeným dotčeným orgánem.<sup>68</sup>

#### 4. Vázanost správního orgánu zákonem

Hierarchie pramenů práva pojmově předpokládá, že předpisy nižší právní síly (a jejich aplikace) by měly být v souladu s předpisy vyšší právní síly. Způsoby, jak tento soulad přezkoumávat, se dělí (mimo jiné) na koncentrovaný a difúzní (rozptýlený). V koncentrovaném modelu je přezkum svěřen vybranému orgánu (typicky ústavnímu soudu), který má pravomoc nesouladné předpisy rušit. Zpravidla až subsidiárně, tedy pokud ústavní pořádek pro daný případ neupravuje koncentrovaný přezkum, se může uplatnit model difúzní. Ten je založen na prosté myšlence, dle které orgán aplikující právo, který se setká s nesouladnými předpisy, zkrátka musí uplatnit zásadu *lex superior derogat legi inferiori*, a tedy předpis nižší právní síly neaplikovat (nikoliv zrušit).

Pokud se český soud setká s předpisem, o kterém má za to, že je nesouladný s mezinárodní smlouvou, případně právem EU, takový předpis nebude (podle čl. 10, respektive 10a Ústavy) aplikovat. Stejně tak (na základě čl. 95 odst. 1 Ústavy) nebude aplikovat podzákonný předpis, který odporuje zákonu (nebo, *a fortiori*, ústavě). Pokud dojde k závěru o rozporu zákona (nebo jeho ustanovení) s ústavou (případně, ve smyslu nálezu *Melčák*,<sup>69</sup> o rozporu ústavního zákona s podstatnými náležitostmi demokratického právního státu), na základě čl. 95 odst. 2 Ústavy předloží návrh na zrušení zákona Ústavnímu soudu a přeruší řízení.

Pravomoc správních orgánů přezkoumávat souladnost předpisů je oproti tomu slabší. Smí sice neaplikovat předpis rozporný s mezinárodní smlouvou, případně právem EU<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 4. 12. 2013, č. j. 5 A 241/2011-69. Ještě přímočařejší formulace je obsažena v právní větě, která však byla doplněna teprve při publikaci ve Sbírce rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (č. 3018/2014 Sb. NSS): „*Nevypořádá-li se nadřízený orgán, jemuž bylo podle § 149 odst. 4 správního řádu z roku 2004 předloženo odvolání směřující proti obsahu závazného stanoviska, s námitkami odvolatele, nemůže odvolací správní orgán nahradit jeho chybějící odbornou skutkovou úvahu svou úvahou vlastní: k tomu totiž není odborně způsobilý. Odvolací správní orgán by však měl ověřit, zda nadřízený orgán řádně reagoval na odvolací námitky, a není-li tomu tak, měl by od něj žádat nápravu. Jinak se vystavuje riziku, že pro nepřezkoumatelnost bude zrušeno jeho vlastní rozhodnutí, ačkoli on sám při zdůvodňování svých hmotněprávních úvah nepochybil.*“

<sup>68</sup> PETRMICHL, Václav. *Koordinovaná rozhodnutí ve veřejné správě*, s. 174.

<sup>69</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 10. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09.

<sup>70</sup> Stojí přitom za zmínku, že když Evropský soudní dvůr judikoval, že se pravidlo přednosti evropského práva vztahuje i na správní orgány a orgány územní samosprávy, použil argument, že by si odporovalo, pokud by se jednotlivec mohl domáhat aplikace práva ES v soudním řízení přezkoumávajícím rozhodnutí správního orgánu, ale přesto by tento orgán

(jen s tím rozdílem, že nemá možnost podat předběžnou otázku Soudnímu dvoru EU), nicméně čl. 95 Ústavy se na něj nevztahuje. Z toho (a z § 2 odst. 1 spr. ř.) se dovozuje, že zákonnost a ústavnost předpisů správní orgán přezkoumávat (zásadně) nemůže, pokud k tomu není kasačně zavázán; stejně tak nemůže podat návrh k Ústavnímu soudu.

Popsaná diskrepance může ústit v „*kuriózní a pochybné*“<sup>71</sup> důsledky. Správní orgán je totiž podle § 2 odst. 1 spr. ř. povinen vydat rozhodnutí na základě předpisu, i když má důvodné podezření, že je nesouladný s předpisem vyšší právní síly. Hrozí tak, že použitý předpis bude následně soudem prohlášen za neaplikovatelný a správní rozhodnutí tím pádem bude zrušeno jako nezákonné. „*Příčemž v úvahu zde tak přichází poněkud absurdní situace, kdy se správní orgán může dostat do stavu, kdy bude muset volit mezi zákonem doporučeným postupem (s ohledem na vázanost všemi právními předpisy) aplikace podzákonného právního předpisu, který však v případě posouzení soudem nemůže obstát, a zákonem neumožněným postupem odmítnutí aplikace podzákonného právního předpisu, který by však v případě posouzení soudem obstál. Jinými slovy řečeno, správní orgán je dle aktuálních podmínek nucen volit mezi zákonným postupem a zákonným rozhodnutím.*“<sup>72</sup>

Právě z tohoto důvodu se někteří odvážlivci pokusili vymezit okruhy případů, kdy by správní orgán měl mít možnost protizákonný předpis neaplikovat a případně se tím i uchránit před kasačním rozsudkem soudu.<sup>73</sup> Tyto okruhy lze rozdělit na dvě základní množiny:

- 1) Soudní náprava buď není možná (kompetenční výlučka), nebo by přišla příliš pozdě, čímž by vznikla závažná a nenapravitelná újma na právech.
- 2) Správní orgán dokáže s dostatečnou jistotou posoudit, že předpis skutečně není souladný, a že mu tedy soud v tomto dá za pravdu. Takovou jistotu lze získat zejména v případě, kdy
  - a) nesoulad je zcela zjevný,<sup>74</sup> nebo
  - b) nesoulad již konstatovala (ustálená?) judikatura.

Obdobné úvahy lze pak aplikovat i na eventualitu jakési omezené difúzní kontroly *ústavnosti* ze strany správních orgánů či jiných osob a orgánů (např. exekutorů), kteří nemají možnost podat návrh na zrušení zákona Ústavnímu soudu.

Pro vyloučení pochybností je vhodné dodat, že byt se tato kapitola zabývala přezkumem právních předpisů, což je nepochybně disciplína odlišná od přezkumu individuálních právních aktů (správních a soudních rozhodnutí), o samotnou kontrolu souladnosti

---

neměl povinnost příslušná ustanovení aplikovat a zdržet se aplikace nesouladných ustanovení národního práva (rozsudek Evropského soudního dvora ze dne 22. 6. 1989, C-103/88, *Costanzo*, bod 31).

<sup>71</sup> MIKULE, Vladimír. Pláč nad ztracenou příležitostí aneb Nejvyšší správní soud nebude přezkoumávat právní předpisy. *Justiční praxe*. 2002, č. 3, s. 89.

<sup>72</sup> STANIČEK, Dan. *Je správní orgán vázán protiústavním právním předpisem?* Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2019, s. 51.

<sup>73</sup> Viz zejména ČERNÍN, Karel. Úředníci a pyramida: K výkladu podzákonných právních předpisů správními orgány. *Správní právo*. 2016, č. 2, s. 88–111, a zde odkazovaná literatura. Přehledné shrnutí a další rozpracování dosavadní doktrinní debaty aktuálně poskytuje STANIČEK, Dan. *Je správní orgán vázán protiústavním právním předpisem?* Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2019.

<sup>74</sup> Například tehdy, pokud by podzákonný předpis stanovil přesný (doslovný) opak toho, co zákon.

předpisů mi zde vlastně nešlo. Problém nastává teprve v případech, kdy rozdílné možnosti aplikace předpisů dají vzniknout rozporu mezi referenčními rámci rozhodování správního orgánu a soudu.

## 5. Přezkum správních rozhodnutí v soukromoprávních věcech

V této kapitole chci upozornit na pozoruhodnou otázku vztahu mezi správním orgánem rozhodujícím o soukromém právu a následnou žalobou podle části páté o. s. ř. domáhající se nahrazení jeho rozhodnutí rozhodnutím soudu. I pro rozhodování v soukromoprávních věcech přetrvává problém správního orgánu s § 2 spr. ř. a čl. 95 Ústavy. K tomu ale přistupuje ještě další potenciální nesrovnalost.

Zákon č. 229/2002 Sb., o finančním arbitrovi, ve znění pozdějších předpisů, předpokládá, že rozhodovací pravomoc finančního arbitra není omezena pouze na návrhy na plnění, ale i na určení. Problém spočívá v tom, že soud musí u žaloby na určení posoudit naléhavý právní zájem (§ 80 o. s. ř.). Zákon o finančním arbitrovi pravidla pro rozhodování o návrzích na určení blíže neupravuje, proto se použije úprava § 142 spr. ř. Ta ovšem podmínku naléhavého právního zájmu neobsahuje. Může se tedy stát, že finanční arbitr (po právu) vyhoví návrhu, načež soud toto rozhodnutí nahradí vlastním rozsudkem, kterým se žaloba (po právu) zamítá. I v oblasti rozhodování správních orgánů ve věcech soukromého práva přitom vycházím ze své základní myšlenky: správní orgán by měl být schopen rozhodnout tak, aby se s jeho rozhodnutím ztotožnil civilní soud jakožto *de facto* přezkumná instance.

A právě proto, že je jeho rozhodnutí přezkoumatelné obecným soudem (a nikoli v režimu přezkumu správního rozhodnutí podle s. ř. spr.), se finanční arbitr rozhodl posuzovat „nezbytnost“ určovacího návrhu analogicky naléhavému právnímu zájmu ve smyslu § 80 o. s. ř.<sup>75</sup> Na tomto místě bych mohl uzavřít, že i zde lze pozorovat, jak je rozhodování „nižší instance“ ovlivněno referenčním rámcem jeho přezkumu.

Tento závěr je však převrácen naruby rozhodnutím Nejvyššího soudu, ve kterém se uznává, že finanční arbitr může rozhodovat i o určovacích návrzích. Nejvyšší soud dále uznal za správný závěr soudu odvolacího, který vysvětluje, že § 80 o. s. ř. na řízení před finančním arbitrem nedopadá právě proto, že řízení před ním je ovládáno zásadami uvedenými v zákoně o finančním arbitrovi a ve spr. ř., které žádné ustanovení obdobné § 80 o. s. ř. neobsahují.<sup>76</sup> Z odůvodnění navíc vyplývá, že ze stejného důvodu § 80 o. s. ř. zřejmě není použitelný ani v navazujícím soudním řízení. Referenční rámec přezkumné instance je zde tak ovlivněn referenčním rámcem instance původní. Finanční arbitr však na usnesení Nejvyššího soudu nereagoval a stále § 80 o. s. ř. „analogicky“ aplikuje.

Lze tedy uzavřít, že kvůli nesouladné procesní úpravě se správní orgán i soudy pokusily dotvořit právo tak, aby zabránily zbytečnému nahrazování rozhodnutí, kterému by finanční arbitr nebyl schopen v mezích zákona zabránit. Každý ovšem právo dotvořil opačným směrem. Z mého pohledu by i zde byl nevhodnější zásah zákonodárce. Než se tak stane, domnívám se, že by civilní soudy ve svém rozhodování neměly být ovlivněny pravidly správního procesu, a to z následujících důvodů.

<sup>75</sup> Nález finančního arbitra ze dne 25. 5. 2017, sp. zn. FA/ST/1401/2016, část 8.4.

<sup>76</sup> Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. 4. 2017, sp. zn. 32 Cdo 4073/2016.

Za prvé je poněkud absurdní, aby referenční rámec původní instance ovlivňoval instanci přezkumnou. Pokud se vrátím k předchozím částem, podle podobné logiky by správní soudy neměly přezkoumávat zákonnost aplikovaných předpisů, jelikož tak nemohl učinit ani správní orgán. A Ústavní soud by nemohl přezkoumávat ústavnost vad, které nelze namítat v dovolání.

Za druhé považuji za významné, že řízení před soudem je koncipováno formálně jako zcela oddělené. Kopecký civilní žalobu popisuje jako (až na výjimky) nevratné přenesení pravomoci na soud.<sup>77</sup> Touto optikou by soud neměl přihlížet k tomu, podle jakých kritérií rozhodoval správní orgán, nýbrž rozhodnout stejně jako o standardní žalobě.

O sladění referenčních rámců se doktrína pokusila v případě energetického zákona, který také umožňuje podání určovacího návrhu.<sup>78</sup> Svěráková argumentuje tak, že účelem správního rozhodnutí v soukromoprávní věci je zajistit ochranu subjektivnímu právu, které je skutečně ohroženo, a proto je i ve sporném správním řízení třeba posuzovat naléhavý právní zájem.<sup>79</sup>

## Závěr

V tomto článku jsem se pokusil o syntézu zdánlivě nesouvisejících fenoménů. Jeden z nich již léta plní stránky odborných časopisů a judikatorních sbírek, jiné jsou spíše opomíjeny. Snažil jsem se vysvětlit, co mají popisované fenomény společného: jedná se o nesoulad referenčních rámců orgánu aplikujícího právo a orgánu, který jeho rozhodnutí přímo či nepřímo přezkoumává. Tento nesoulad pak nabourává představu racionální úpravy přezkumu, která vychází především z hierarchického principu. Tím může být dokonce způsobeno, že se nižší instance dostane do situace, kdy není schopna rozhodnout tak, aby toto rozhodnutí nebylo posléze zrušeno. Ukázal jsem, že praxe má vždy tendenci nějakým způsobem rozdílné referenční rámce sblížovat, často dosti kreativně.

Nabízí se otázka, do jaké míry lze takové situace řešit novelizací právních předpisů. Na úrovni ústavního pořádku je možné uvažovat o vyloučení některých rozhodnutí z působnosti Ústavního soudu či o vtáhnutí správních orgánů, respektive oprávněných úředních osob, do čl. 95 Ústavy. Takové zásadní koncepční změny by však byly spojeny s rizikem vytvoření ještě větších problémů.

Jako vhodnější se jeví některé změny na zákonné úrovni. Ty mohou spočívat v poskytnutí většího prostoru Ústavnímu soudu pro selekci nápadu;<sup>80</sup> opačným směrem by mířilo výslovné zahrnutí všech skutečností, které jsou schopny přivodit vyhovění ústavní stížnosti, do výčtu dovolacích důvodů.<sup>81</sup> V případě rozhodování správních orgánů ve věcech soukromého práva by nebylo na škodu sblížit textaci § 80 o. s. ř. a § 142 spr. ř.

<sup>77</sup> KOPECKÝ, Martin. *Správní právo. Obecná část*. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 436–437, marg. 693.

<sup>78</sup> § 17 odst. 7 písm. e) zák. č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů.

<sup>79</sup> SVĚRÁKOVÁ, Jana. Komentář k § 17. In: ZDVIHAL, Zdeněk – SVĚRÁKOVÁ, Jana – MED, Jakub – OSADSKÁ, Jana a kol. *Energetický zákon. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 394, marg. 85.

<sup>80</sup> Srov. KÜHN, Zdeněk. Role judikatury v českém právu. In: BOBEK, Michal – KÜHN, Zdeněk a kol. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, s. 146.

<sup>81</sup> Srov. BOBEK, Michal. Curia ex machina; o smyslu činnosti nejvyšších a ústavních soudů. *Právní rozhledy*. 2006, roč. 14, č. 22, mimořádná příloha, s. 10.



Na zásah zákonodárce však nelze čekat věčně a některé vztahy mezi nižší a vyšší instancí ostatně ani nemají ideální legislativní řešení. Kupříkladu vázanost správního orgánu podzákonnými předpisy má dobré důvody a nebylo by vhodné ji *en bloc* zrušit. To by nás však nemělo vést k tomu, že *de lege lata* budeme difúzní přezkum zákonitosti správním orgánem odmítat naprosto a ve všech případech. Existují totiž případy, kdy z nekorelujících referenčních rámců vyplývají absurdní důsledky, nad kterými nelze zavírat oči – v takových úzce vymezených případech je třeba připustit odchýlení se od obecné zásady. Pro podporu tohoto tvrzení jsem považoval za užitečné upozornit na nápadité způsoby řešení obdobných paradoxních situací napříč českým právním řádem.

## MORS VENIT VELOCITER

### Za Dušanem Hendrychem

V pondělí 25. ledna zemřel krátce po svých třiadevadesátých narozeninách významný člen naší právnické obce *profesor JUDr. Dušan Hendrych, CSc.* Nebyl jen znalcem správního práva a správní vědy. Byl i čelným akademikem, jehož postavení, znalosti i vliv překračovaly rámec jeho vědeckého oboru.

*Dušan Hendrych* se narodil 26. prosince 1926 v Mostě, když tam jeho maminka pobývala u svých rodičů. Manželé *Hendrychovi* však měli v té době domácnost v Plzni, kde *Hendrychův* otec pracoval jako finanční ředitel. Patrně to bylo jeho zaměstnání, co si po čase vynutilo přestěhování rodiny do Mělníka. V druhé polovině třicátých let *Hendrychovi* znovu změnili bydliště. Přestěhovali se do Prahy. Zde *Dušan Hendrych* absolvoval středoškolská studia. Po maturitě na Reálném gymnáziu Jana Masaryka na vinohradském náměstí Jiřího z Lobkovic začal studovat práva. Na Právnické fakultě univerzity Karlovy byl promován 27. července 1951. Po absolutoriu pracoval krátce v dělnické profesi. Leč brzy nastoupil v roce 1952 jako právník na ministerstvo těžkého strojírenství, jak byla v té době nazvána instituce sídlící v honosné Fantově budově Na Františku. Zde byl *Hendrych* činný až do roku 1968 (za postupného působení sedmi ministrů byla instituce přejmenovávána), stal se vedoucím oddělení a věnoval se hospodářskému právu. V této oblasti byl rovněž literárně činný. Z té doby připomeňme alespoň autorské podíly na knihách *Hospodářské vztahy mezi dodavateli a odběrateli* (Praha: SNTL, 1960) nebo *Řízení materiálového hospodářství podniku* (Praha: SPN, 1970).

*Dušan Hendrych* v době vydání druhé z uvedených publikací už na ministerstvu nepracoval. V roce 1968 se stal vědeckým pracovníkem Ústavu státní správy zřízeného při vládě vznikající československé federace. Působil zde až do roku 1990. Vzhledem k zaměření ústavu se přeorientoval na oblast správního práva, která, jak sám po letech poznamenal, pro něho v průběhu studia představovala „jeden z nejodpornějších oborů“, které znal. Změna zaměření to však byla šťastná. Nejen proto, že hospodářské právo je dnešku vzdálené skoro tak jako právo lenní. *Dušan Hendrych* se v oboru postupně etabloval. Podílel se na publikacích vydávaných ústavem, přispíval do časopisu *Správní právo*, jenž vznikl v souvislosti se zřízením ústavu, i do jiných periodik. Od roku 1973 začal *Hendrych* pedagogicky externě působit na své *alma mater*; jeho interní zapojení nebylo pro fakultu z politických důvodů přijatelné. Téhož roku vydalo pražské nakladatelství Orbis knihu *Československá státní správa. Doktor Hendrych* ji napsal společně s *JUDr. Alešem Šrámkem, CSc.*, s nímž ostatně autorsky spolupracoval nejednou. Dílo vyšlo posléze německy péčí *Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR* (1976).

V našem časopisu uveřejnil *Hendrych* v sedmdesátých letech dvě stati, z nichž pojednání *Principy státní správy, metody a formy její činnosti* (*Právník*. 1976, roč. CXV, s. 944 a násl.) přímo souviselo s autorovou přípravou na obhajobu kandidátské disertace pod vedením školitele *JUDr. Karla Svobody, CSc.*, působícího tehdy na Vysoké škole ekonomické. Kandidátskou práci nazvanou *K problematice efektivnosti státní správy* v roce 1977 obhájil na Ústavu státu a práva. Spis sice tiskem nevyšel, ale autor dílo doplnil a aktualizoval do monografie *Teorie, efektivnost a organizace československé státní správy* (Praha: Ústav státní správy, 1984), která získala ohlas i v zahraničí. Zmíněná díla nejsou jediná,

kteřá *Hendrych* napsal nebo na nichž se podílel. Publikační i jinou činností se prosadil jako respektovaný odborník v oblastech správního práva, správní vědy a organizace veřejné správy s přesahy do jiných odvětví.

Změny, k nimž došlo na přelomu let 1989 a 1990, umožnily *Dušanu Hendrychovi* stát se řádným členem katedry správního práva a akademické obce Právnické fakulty Karlovy Univerzity. Brzy se ujal vedení katedry. Obhajobou spisu *Příspěvek ke studiu veřejné správy* se habilitoval, 4. listopadu 1991 byl jmenován docentem. Téhož roku byl jmenován proděkanem fakulty.

Začátek devadesátých let byl rušný pro celou společnost. Byl hektický i pro *Dušana Hendrycha*. Šlo o změnu výuky na fakultě, nové pojetí vzdělávání v jeho oboru, přípravu učebních textů a další záležitosti. S postupem roku 1992 bylo čím dál tím víc jasné, že československá federace spěje k rozdělení. Usnesením české vlády č. 484 z 10. července toho roku byla zřízena komise pro přípravu ústavy. *Dušan Hendrych* se stal jejím členem a společně s *Vojtěchem Ceplem* v komisi vystupovali za pražskou právnickou fakultu – a protože jiné právnické fakulty ani Akademie věd nebyly v komisi zastoupeny, oba jmenovaní (tehdy ještě docenti) vlastně reprezentovali celou akademickou obec.

Následujícího roku byl *Dušan Hendrych* jmenován 1. prosince 1993 profesorem a dva měsíce poté se stal děkanem Právnické fakulty Karlovy univerzity. V čele fakulty stál do roku 2000. V této funkci se zasloužil o vydání jubilejního sborníku *Právnická fakulta Univerzity Karlovy 1348–1998*. Spolupracoval s dalšími vysokými školami. Od založení *Právních rozhledů* pracoval v jejich redakční radě. Však také *Právní rozhledy* věnovaly v roce 2017 u příležitosti *Hendrychových* devadesátin oslavencově poctě celé číslo. Když v roce 2006 vznikla v Praze soukromá vysoká škola CEVRO Institut, začal *profesor Hendrych* spolupracovat s touto institucí a až do svého skonu byl čestným předsedou její akademické rady.

Jeden z hlavních úkolů, který před vyučujícími na právnických fakultách stál, představovalo zpracování nových učebnic. *Hendrych* se svými spolupracovníky připravil nejprve provizorní studijní pomůcky vydané v roce 1991 a 1992 v nakladatelstvích Aleko a v Karolinu. Že provizorium nemusí znamenat podřadnost, dokládá recenze jednoho z těchto svazků od *Josefa Bárty* v našem časopisu (1992, roč. CXXXI, s. 834 a násl.), kde se uzavírá, že publikace „je vodítkem pro další studium a [...] přináší nové poznatky a pohledy, které ji kvalifikují jako práci vědeckou“. V roce 1994 nahradila tyto studijní texty vysoce oceňovaná učebnice *Správní právo – obecná část* (Praha: C. H. Beck), vydávaná opakovaně, dočkávkvi se devíti vydání. Nebylo to jediné dílo, o něž se *Hendrych* zasloužil publikačně i vedením autorského kolektivu. Připomenout musíme alespoň komentář *Ústava České republiky* (Praha: C. H. Beck, 1997), v širší juristické veřejnosti oblíbený *Právnický slovník* (Praha: C. H. Beck, 2001) a učebnici *Správní věda – teorie veřejné správy* (Praha: ASPI, 2003). Slovník, který se – stejně jako učebnice správní vědy – dočkal už tří vydání, získal v roce 2001 na XI. Karlovarských právnických dnech cenu za nejlepší knižní publikaci. O této události přinesl díky zprávě *Tomáše Dvořáka* informaci i náš časopis (2001, roč. CXL, s. 1187). Poslední text, který byl *profesoru Hendrychovi* za jeho života vydán, představuje studie *Úvod do správní vědy* zařazená do knihy *Úvod do studia politiky* editované *Miroslavem Novákem* (Praha: SLON, 2019).

V polistopadové době *Dušan Hendrych* s naším časopisem nespolečně pracoval. Jistě za tím nebyla nevěla, spíše jiné pracovní vytížení. Dokládá to výjimka, k níž se autor odhodlal podle vzpomínky pamětníků na osobní žádost *Viktora Knappa*. Výsledkem je medailonek k výročí *Jiřího Hoetzla*, jehož obecná část správního práva byla *Hendrychovi* při

tvorbě jeho učebnice vzorem (*Právnick.* 1994, roč. CXXXIII, s. 893 a násl.). Ale ze stránek *Právníka* se *Dušan Hendrych* ani v posledním třicetiletí neztratil, jak dokládají časté citace jeho děl v textech našich přispěvatelů.

Za svou práci se *Dušan Hendrych* dočkal četných uznání a nejednoho vyznamenání. Z jejich výčtu uvedeme dvě. V roce 1997 uspořádali *docenti Mikule, Sládeček a Vopálka* poctu k *Hendrychovým* sedmdesátým narozeninám nazvanou *Veřejná správa a právo*. Do pocty přispělo šestadvacet autorů. V roce 2011 se *profesor Hendrych* stal po vyhodnocení sedmého ročníku celojustiční soutěže právníkem roku v oboru správního práva. Ocenění komentoval mimo jiné slovy: „*Zastávám teorii, kterou tedy nesdílí všichni moji kolegové, že základem práva je soukromé, smluvní právo. A to správní, a vůbec veřejné, by mělo být jenom v rozsahu, kdy ten stát vstupuje do vztahů z důvodu veřejného zájmu.*“

Odchodem *profesora Hendrycha* ztratila zdejší právnická obec vědeckou osobnost, člověka vyznačujícího se espritem a noblesou i svérázným smyslem pro humor, milovníka a znalce dobrých vín, muže srostlého s Prahou i s tím koutem Českého Švýcarska, kde měl chalupu s prkennou podlahou, již vlastnoručně pokládal, právníka, který dbal o principy a zásady a který do našich časů přinášel něco z ducha dávnějších dob, kdy mu *profesor Neubauer* uložil sepsat pojednání na téma soud a norma a poslat je *profesoru Englišovi*.

Poslední rozloučení s *profesorem Dušanem Hendrychem* se uskutečnilo v úterý 2. února v malé obřadní síni před polednem v Praze-Strašnicích.

## RECENZE

### Ondřejek Pavel. *Koncepce práva jako systému.* Praha: Wolters Kluwer, 2020, 261 s.

Na jaro roku 2020 lze dozajista vzpomínat v nejrůznějších souvislostech. Pro mne je spojeno především s dvojicí událostí, jednou negativní a jednou pozitivní. Tou negativní je, nepřekvapivě, pandemie nového koronaviru, tou pozitivní četba nové knihy *Pavla Ondřejka*, čerstvého docenta teorie, filosofie a sociologie práva na pražské právnické fakultě.

Autora znám poměrně dlouho. Kdybych měl k jeho charakteristice užít jediné slovo, byla by jím zodpovědnost (navazovaly by píle a serióznost). A to při plnění běžných pracovních povinností, při přípravě na výuku a její realizaci, při organizování vědy, samozřejmě i při vlastním výzkumu a jeho prezentaci slovem i písmem. Výrazem takového přístupu je i aktuální kniha, opírající se o pročtenou a promyšlenou literaturu v češtině, angličtině a němčině, jejíž seznam čítá 29 stran.

Knih o právu jako systému je plodem autorova grantového bádání, současně však i habilitační prací. Za zmínku to stojí především proto, že publikace habilitačních prací v právu jako by přestávala být standardem. Nejde nutně o to, že by jako habilitační práce musela být předložena už publikovaná monografie, protože se leckomu může zdát vhodné vylepšit rukopis o připomínky oponentů z habilitačního řízení. To je ostatně i případ *Ondřejkův*. Mířím na situace, kdy habilitační práce nevyjde tiskem ani později, jelikož byla buď souborem dílčích publikací, anebo prostě zůstane jen v „kroužkové vazbě“. Přijde mi to sporné, neboť mám za to, že docent se má představit odborné veřejnosti knihou, jíž prokáže své literární a badatelské schopnosti. V přírodovědných a jim připodobňovaných oborech je to jinak, ve společenských vědách bych však měl tendenci monografii jako standard držet, a to nejspíše monografii tuzemskou. Je však možné, že odborná veřejnost už je globální, takže komunikace s domácím publikem přestává dávat smysl. Těžko říci.

Systém práva je tradičním tématem obecné teorie práva, bývá však rovněž součástí učebnicových výkladů jednotlivých právních odvětví, jež se pokoušejí doložit, jak si to či ono odvětví v rámci práva stojí a jaký je jeho poměr k odvětvím jiným. Pojetí práva jako systému je však o poznání ambicióznější. Navzdory tomu, že při pozorování současných realíí je poměrně snadné zapochybovat o vytváření a udržování práva jako systému (řádu svého druhu), je zřejmé, že bez úsilí o systémovost by právo jen s obtížemi fungovalo jako předvídatelný řád lidského chování (bezrozpornost, stabilita atd.). Míříme tedy k samé podstatě přemýšlení o tom, co a proč právo je.

Monografie je, kromě úvodu a závěru, rozdělena do sedmi kapitol. Přitom i úvod a závěr mají výkladový ráz: v úvodu je prezentována sama myšlenka práva jako systému, jakož i jeho základních znaků a důsledků toho, co to znamená (např. uspořádanost, jednota a vnitřní členění, trvání, otevřenost versus uzavřenost, identifikovatelnost apod.), závěr shrnuje sdělené, ovšem podle klíče vyjádřeného otázkou: „Čím může systémové uvažování přispět k popisu natolik komplexního jevu, jakým je právo?“ Vedle prvků působení prosystémového (principy, hodnoty, pořádací role právní vědy...) se stále výrazněji prosazují i fragmentarizační a dekonstrukční tendence, jimiž se autor ve svém výzkumu zabývá v současnosti.

První kapitola je věnována historii úvah o právu jako systému. Zřejmě důvodně se odhlíží od středověkých koncepcí řádu, jelikož v nich pozitivní právo jednak nevystupovalo jako autonomní, jednak sestávalo převážně ze soudních rozhodnutí. Začíná se tedy novověkým racionalismem, zejména *Leibnizem*, ač s vylíčením některých předchůdců a předpokladů. U *Leibnize* je zdůrazněna ambice vytvořit univerzální právní vědu vycházející z axiomů. Druhou velkou postavou této kapitoly je *Savigny*, jímž se dostáváme na platformu pozitivního práva. *Savigny* sice nebyl přítelem kodifikací, přesto však právo jako systém vnímal: o toto vnímání se ostatně opírají i jeho interpretační metody.

Ve druhé kapitole se přesouváme do 20. století, přesněji řečeno k vybraným autorům pracujícím s právem jako systémem. Ve vzájemných vazbách *Ondřeje* pojednává jednak o *Kelsenovi* a *Hartovi*, jednak o *Luhmannovi* a *Teubnerovi*. Do pětičky přidává solitérního *Otu Weinbergera*. U *Kelsena* je probíráno oddělení světa bytí a mětí, pojetí a funkce základní normy či obraz právního systému jako pyramidy založené na zřetězeném zmocnění. Autor upozorňuje na starší možné vlivy a obrazy (středověká hierarchie typů zákona, *Puchtova* pyramida pojmů v 19. století) a prostor dává *Kelsenovým* kritikům, čímž vytváří můstek pro rozbor na empirické zkušenosti založeného díla *Hartova*. Zde jsou reflektovány především učení o primárních a sekundárních pravidlech, rozdílnost perspektiv pozorovatele a aktéra, teze o otevřené textuře práva a oddělenost práva a morálky. Co se *Luhmanna* týče, vytváří komplexní teorii společnosti jako systému, zájem tedy neomezuje na právo jako společenský subsystém. Důležité je téma povahy systému (*autopoiesis*) a jeho komunikace s okolím. *Teubner* se vypořádává s pluralizací právních řádů a nárůstem neshody ve společnosti. Namísto formální a obsahové racionality klade důraz na racionalitu reflexivní, která cílí na koordinaci a rozumnou neshodu. Všimá si práva vznikajícího a působícího mimo státy. I do těchto kontextů se pokouší vtáhnout pojem ústavy, respektive konstitucionalismu, ovšem v sociálním smyslu. Konečně *Weinberger* sdílí v zásadě představu práva jako pyramidy, doplňuje ji však o „hodnotové pozadí“, a také o fakticitu promítání v jednání lidí (právní norma jako institucionální fakt a nositelka praktické informace orientované na lidské jednání).

Ve třetí kapitole se *Pavel Ondřeje* vypořádává s uzavřeností či otevřeností právního systému, a to se zřetelem k politice, ekonomice a náboženství. Možná maličko překvapivě je do tohoto kontextu umístěn výklad o dynamice (temporalitě, retroaktivitě) práva. Správně je kapitola uzavřena konstatováním omezených možností práva vyřešit všemožné konflikty a problémy.

Hlavním tématem čtvrté kapitoly jsou prvky právního systému (právní normy, právní principy, hodnoty v právu), význam judikatury a právní vědy a konečně též inkorporační problém, ať už v podobě vtažení mimoprávních pojmů, anebo, a to především, v podobě integrace morálních zásad do práva. Tento problém je analyzován na pozadí prací *Razových*, *Kramerových* a *Alexyho*. Sám autor se nehlásí ani tak k inkorporaci, jako spíše k transformaci ideálního fundamentu práva (za oponou) do reálného práva pozitivního (na scéně), často i neformalizovaným působením právní vědy. To je teze zajímavá a vlastně i realistická, jakkoliv se bude v různých odvětvích, institutech, ba i situacích projevat různě: nežijeme v normativním vakuu, i kdyby Sbírkou zákonů nebylo.

Pátá kapitola slouží k analýze členění práva na odvětví a na soukromé a veřejné právo (dle metody regulace). Významným aspektem zkoumané problematiky je rozostřování rozdílů tu v podobě konstitucionalizace soukromého práva, tu třeba ve veřejnoprávních smlouvách.

Na to navazuje šesté kapitola detailnějším rozbořem účinků základních práv v soukromém právu, kde problematizují hodnotu (smluvní) svobody. Otvírá se tak prostor pro polemování, což je téma autorem zmapované už v jeho knižní prvotině.

V sedmé kapitole se systematictěji dostáváme k několikrát dotčenému tématu právního pluralismu, který je zde klasifikován (právní partikularismus, normativní pluralismus, mocenský pluralismus...) a podrobněji exponován opět ve vztahu k ochraně základních práv (vnitrostátní, mezinárodní a evropské právo) a také ve vztahu ke specifickému tématu občanství.

Celým textem procházejí odkazy na judikaturu, někdy i v podobě menších případových studií umožňujících autorovi ozřejmit to, co je pro další výklad podstatné. Ač je nevtíravý, své názory a komentáře nesmlčuje.

Od právněteoretických pojednání mnohdy neočekáváme srozumitelnost, pokud jsme si navykli ztotožňovat těžký jazyk s myšlenkovou hloubkou. *Pavel Ondřejek* však ukazuje, že o složitých tématech se dá pojednávat tak, že průběžně chápeme, o čem a proč píše. Vždyť i čtenáři, kteří by raději zamířili k zubaři, než se začetli do děl *Niklase Luhmanna*, mohou v *Ondřejkově* interpretaci, ne-li přímo „překlada“, ocenit ne jeden důležitý postřeh klasika systémové teorie.

V odborné literatuře to věru není pravidlem, ale u *Ondřejkovy* knihy může čtenář lítovat, že už končí, že jej propouští ze svého příběhu. Jednoho z mnoha příběhů, které se dají o právu vyprávět. Vezmeme-li v potaz, kolik zajímavých pojednání o lidských právech *Pavel Ondřejek* v posledních letech roztrousil v různých jazycích po různých periodických a neperiodických publikacích, mohli bychom si přát, aby je uspořádal do podoby knihy a svým čtenářům umožnil se do dalšího příběhu záhy opět vpravit.

Jan Kysela\*

## Starý Marek. Agent, který se neprostrělel... a ti ostatní. Praha: Auditorium, 2020, 352 s.

Každého, kdo se stejně jako recenzent zajímá o soudobé právní dějiny, potěší kniha právního historika *Marka Starého* o činnosti tzv. agentů-chodců. Československých občanů, kteří uprchli na Západ a následně přecházeli hranice zpět do vlasti, aby plnili nejrůznější úkoly špionážního charakteru, ale také pomáhali převádět do svobodného světa ty, kdo s poúnorovým režimem nesouhlasili. V odborné literatuře jde o téma dosud málo zpracované,<sup>1</sup> i když agenti-chodci se stávali postavami filmových a televizních příběhů i beletrie. Za všechny: postava Pavla Bláhy v kontroverzním televizním seriálu *Třicet případů*

\* Prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy a Kancelář Senátu. E-mail: kyselaj@prf.cuni.cz.

<sup>1</sup> Např. HLADÍK, O. František Vacek – krátká kariéra popraveného agenta-chodce. *Paměť a dějiny*. 2013, roč. VII, č. 1, s. 103–114. MALLOTA, P. Střetnutí příslušníků Pohraniční stráže s kurýrem Josefem Maškem aneb neznámý příběh ze Šumavy padesátých let v dobových souvislostech. *Securitas Imperii*. 2018, č. 32, s. 190–221. PEJČOCH, I. – TOMEK, P. *Agenti-chodci na popravišti. Kurýři západních zpravodajských služeb, popravení v letech 1949–1958*. Cheb: Svět křídél, 2010. SVOBODA, L. – TICHÝ, M. (eds). *Cesty za svobodou. Kurýři a převaděči v padesátých letech 20. století*. Praha: Ústav pro studium totalitních režimů, 2015.

*majora Zemana*, film *Král Šumavy* a dle scénáře k tomuto filmu následně vydaná kniha.<sup>2</sup> V oblasti literatury faktu se o nich dílčím způsobem zmiňuje například *Josef Frolík* ve svém líčení rozvědčné a kontrarozvědčné činnosti Státní bezpečnosti.<sup>3</sup>

Autor rozvíjí a detailně dokumentuje příběh svého strýce *Štěpána Starého* a jeho druhů, kteří byli těmito agenty-chodci, ale i těch, kdo je za hranicemi řídili a doma jim pomáhali. Právě inspirace rodinnými vazbami zaujala recenzenta k četbě díla i k napsání této recenze. Můj otec patřil k těm, kdo v roce 1945 obnovovali Spolek českých právníků Všehrd.<sup>4</sup> Většina jeho členů, včetně starosty *Emila Ransdorfa*, odešla do emigrace. On sám se k tomu neodhodlal. Za svých studií ve Velké Británii v roce 1947 byl oťřesen životními podmínkami polských emigrantů-letců v zemi, za níž nasazovali své životy. Nedlouho po únorovém převratu potkal jednoho ze svých přátel, který emigroval. Okamžitě se poznali, ale kolega mu dal zřetelně najevo, aby se k němu nepřibližoval. Jakkoliv jsme za minulého režimu měli tendenci věřit opaku toho, co nám oficiální propaganda předkládala, o existenci agentů-chodců jsem proto nikdy nepochyboval.

Knihy je rozdělena do dvou částí. První část s názvem *Špionáž* mapuje ilegální odchod *Štěpána Starého* a dalších do zahraničí, jejich emigrantské osudy, kontakty s CIC a jinými zahraničními výzvědnými službami, a konečně jejich akce na československém území. *Marek Starý* důsledně a obdivuhodně pracuje s archivními dokumenty, zejména s vyšetřovacími spisy Státní bezpečnosti. Jeho poznatky a jím shromážděné údaje jdou vskutku do nejmenších podrobností. Autorovy závěry jsou logické, strážlivé a objektivní. Nenechává se strhnout povrchními ideologizujícími konstatováními, byť v některých momentech by k nim mohl mít důvod. Zatímco před rokem 1989 v nás byl vyvoláván obraz zlých agentů, CIA nebo CIC, proti nimž stojí hodní a ušlechtilí strážci socialismu, po sametové revoluci se tváře dobra a zla obrátily. Uvedený rozpor uvádí *Marek Starý* na pravou míru například citací z vyšetřovacího spisu rozhovoru mezi agentem-chodcem, který se zdráhal ve své činnosti na československém území pokračovat, a jeho řídicím orgánem, který mu měl říci: „*Tato služba má své zákonitosti, které musejí být dodržovány, ať už je to služba anglická, ruská nebo bývalá německá, každá v případech odporu své lidi likviduje.*“<sup>5</sup> Právě detailní práce s archiváliemi odhaluje, že agenti-chodci byli lidé se svými slabostmi, vnitřními rozpory, ambicemi, ale i s osobními selháními.

Ve svých závěrech klade autor otázku po vnitřní motivaci těch, kdo přijali úlohu agentů-chodců a spolupracovníků CIC. Zda se tito lidé, kteří jsou dnes respektováni jako bojovníci za svobodu a demokracii, spíše než ušlechtilými pohnutkami ideovými nenechali prostě zlákat příslibem vysoké odměny, popřípadě dalších výhod, jako třeba urychlení imigračního řízení.<sup>6</sup> Tuto premisu *Marek Starý* nevyvrací, ale do jisté míry ji relativizuje poukazem na skutečnost, že se jednalo o osoby se záporným vztahem ke komunistickému režimu. Rovněž tvrzení vyšetřovacích a soudních spisů o zjištěných pohnutkách nepovažuje za stoprocentně věrohodná. Vyšetřovaní se mohli pokoušet o zmírnění trestů

<sup>2</sup> KALČÍK, R. *Král Šumavy*. Praha: Naše vojsko, 1961.

<sup>3</sup> FROLÍK, J. *Špión vypovídá*. Praha: Orbis, 1990.

<sup>4</sup> JUDr. Miloslav Tomášek. In: NYMBURSKÝ, O. (ed.). *Všehrd 1868–2018*. Praha: Všehrd, 2018. Dostupné z: <<https://vsehrd.cz/cestni-clenove-vsehrdu>>.

<sup>5</sup> Recenzované dílo, s. 88–89.

<sup>6</sup> Recenzované dílo, s. 314, cituje názor Petra Maloty: MALOTA, P. Osudy prachatického kurýra Josefa Ludvíka na pozadí zpravodajských operací čs. exilu. In: SVOBODA, L. – TICHÝ, M. (eds). *Cesty za svobodou. Kurýři a převaděči v padesátých letech 20. století*, s. 114.



a „ani sama komunistická justice mnohdy neměla přílišný zájem akcentovat u souzených cokoliv jiného, než „zvrácený oportunismus““. <sup>7</sup> Na rozdíl od legendárního protivníka majora Zemana agenta Bláhy disponovali skuteční agenti-chodci často povrchním výcvikem a mizivými zpravodajskými zkušenostmi. Autor cituje názor, že „západním zpravodajským službám vůbec nezáleželo na vysokých ztrátách, protože jen v takovém případě mohly být vysílány osoby s minimálním výcvikem, které vzápětí padly do rukou StB.“ <sup>8</sup>

Druhá část knihy s názvem *Pomsta režimu* je juristicky propracovanou analýzou justičního systému poúnorového Československa. Nejen v rovině teoretické, ale i v rovině praktické. Autor tu podává brilantní výklad pojmu „politický proces“ nebo vývoje poúnorového hmotného i procesního trestního práva v oblasti trestných činů na ochranu republiky. Teoretický výklad vzápětí dokumentuje plastickým líčením konkrétních případů svých „hrdinů“ z části první před vyšetřovateli a před soudy. Jak již konstatováno, *Marek Starý* je v práci s archiváliemi velmi přesný a objektivní. Dle spisového materiálu rekonstruuje výslech jednoho z protagonistů svého příběhu, který uvedl bezpečnostním orgánům tolik kontaktů, že s nimi ani nepočítaly a dokonce u některých konstatovaly, že „avizované provinění či podezření se nezdálo dostatečně závažné na to, aby se jím zabývaly“. <sup>9</sup> Podle spisových protokolů mezi nimi figurovalo i jméno *Jaroslava Heyrovského*, nositele Nobelovy ceny z roku 1959. Opět velmi důkladná autorova práce s fakty umožňuje čtenáři poznat řízení před tehdejšími Státními soudy v politických procesech. <sup>10</sup> I když praxe byla zřejmě nejednotná. „Na rozdíl od známých monstrprocesů, v nichž se všichni zúčastnění učili své vystoupení nazpaměť,“ píše *Marek Starý*, „působí protokol hlavního líčení celkově dojmem, že obžalovaným byla dána příležitost se vyjádřit relativně svobodně.“ <sup>11</sup> Zajímavá jsou jeho zjištění, že ne všechna tvrzení Státní prokuratury Státní soud přijal a že dokonce v následném odvolacím řízení byly některé důkazní závěry Nejvyšším soudem odmítnuty, či dokonce kritizovány. <sup>12</sup> Společným jmenovatelem politických procesů byly ovšem demonstrativně vysoké tresty. V autorem popisovaném procesu, na rozdíl od jiných procesů s agenty-chodci, sice nepadl žádný trest smrti nebo doživotního žaláře, <sup>13</sup> ale za skutky typu předání lístku se zprávou byly uděleny až desetileté tresty. V této návaznosti *Marek Starý* dedukuje, za jak nebezpečné považovaly bezpečnostní a soudní orgány informace, které měli agenti-chodci předávat svým řídicím orgánům. V procesech před Státními soudy byly za společensky nebezpečné pokládány veškeré takové informace. Později ovšem, například při rehabilitačních procesech, byl tento pohled významně přehodnocen. Agenti-chodci dodávali svým řídicím orgánům často informace povrchní, nadhodnocené nebo nepoužitelné, aby si „zasloužili“ svoji odměnu, a hlavně, aby se z výzvědné činnosti vyvázali a mohli odejít do vysněné země. Ovšem CIC byla schopna kvalitu takových informací vyhodnotit a po svých agentech tvrdě požadovat lépe odvedenou práci. <sup>14</sup>

<sup>7</sup> Recenzované dílo, s. 315, cituje názor Petra Maloty v díle dle pozn. 6, s. 114–115.

<sup>8</sup> Recenzované dílo, s. 322, cituje názor z díla SVOBODA, L. *Kurýři a převaděči, jedna z forem protikomunistického odboje*. In: SVOBODA, L. – TICHÝ, M. (eds). *Cesty za svobodou. Kurýři a převaděči v padesátých letech 20. století*, s. 15.

<sup>9</sup> Recenzované dílo, s. 242.

<sup>10</sup> Srov. též BLÁHOVÁ, I. – BLAŽEK, L. – KUKLÍK, J. – ŠOUŠA, J. a kol. *Oběti komunistické spravedlnosti. Právní aspekty politických procesů 50. let 20. století*. Praha: Auditorium, 2015.

<sup>11</sup> Recenzované dílo, s. 263.

<sup>12</sup> Recenzované dílo, s. 326.

<sup>13</sup> PEJČOCH, I. – TOMEK, P. *Agenti-chodci na popravišti. Kurýři západních zpravodajských služeb, popravení v letech 1949–1958*.

<sup>14</sup> Recenzované dílo, s. 318.

Poslední stránky recenzovaného díla jsou věnovány pobytu odsouzených v lidově demokratických nápravně výchovných zařízeních, jejich propouštění na svobodu, případně rehabilitačním procesům.

Za zvláštní zmínku stojí autorův styl, který je velmi bohatý a různorodý. Najdeme tu pasáže jako vystrížené z detektivního románu, například hned úvodní expozici sebevraždy *Štěpána Starého* před zatčením Státní bezpečností. Jsou tu ovšem rozsáhlé pasáže vědeckého stylu, které svědčí o autorově odborné erudici a perfektní znalosti vědecké metodologie. Pasáže líčící osudy protagonistů celého příběhů, rekonstruované krok za krokem dle vyšetřovacích a následně soudních spisů, mohou sice působit v prvním dojmu poněkud jednotvárně, ale po hlubším zamyšlení vedou k řadě závěrů, z nichž některé činí sám autor. Dílo lze doporučit k přečtení všem, kdo se zajímají o naše moderní, nejen právní dějiny. Měli by si je ovšem přečíst i ti, kdo se chystají psát literární dílo či filmový nebo televizní scénář z této doby. Právě v recenzovaném díle by mohli najít dost látky pro lepší a objektivnější tvůrčí zpracování této části naší moderní historie.

Michal Tomášek\*

## Gábriš Tomáš. Preskriptívna teória práva. Metodológia aplikácie práva pre súčasnosť. Bratislava: VEDA – vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 2020, 224 s.

Profesor *Tomáš Gábriš* vešel ve známost v české právní vědě bohatou publikační činností v oboru právních dějin; v posledních letech se staly předmětem jeho odborného zájmu i témata z oblasti právní teorie. Byl spoluautorem učebnice *Aktuálne otázky teórie práva*<sup>1</sup> anebo *Antológia k dejinám právneho a politického myslenia*,<sup>2</sup> a dále například hlavním editorem sborníku s názvem *Nedogmatická právna veda*.<sup>3</sup> Zejména poslední z uvedených knih doplňuje významným způsobem mezeru v české a slovenské odborné literatuře.

Zatímco v případech výše uvedených děl šlo především o přehledovou či učebnicovou literaturu, recenzovaná monografie s názvem *Preskriptívna teória práva. Metodológia aplikácie práva pre súčasnosť* se od předešlých knih liší v tom, že přináší ucelený a především originální pohled autora na současné právo a jeho aplikaci. Práce je cenná zejména tím, že v ní autor zúročuje svou erudici v oborech právní historie a teorie práva; navíc je obohacena o vynikající analýzy děl současné italské a španělské právní vědy, které jsou zejména z důvodu jazykové bariéry ve středoevropském prostoru poměrně málo známé.

\* Prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc. Proděkan a vedoucí katedry evropského práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Tato recenze vznikla v rámci výzkumného programu Univerzity Karlovy Progres Q02 *Publicizace práva v evropském a mezinárodním srovnání* a Univerzitního výzkumného centra UNCE/HUM/028 *Pražské centrum pro výzkum míru*.

1 *Aktuálne otázky teórie práva*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018.

2 CHOVANCOVÁ, Jarmila – GÁBRIŠ, Tomáš – KLUKNAVSKÁ, Andrea. *Antológia k dejinám právneho a politického myslenia*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018.

3 GÁBRIŠ, Tomáš (ed.). *Nedogmatická právna veda: od marxizmu po behaviorálnu ekonómiu*. Praha: Wolters Kluwer, 2017.

K základním východiskům práce patří autorova úvaha, že „[i] ty vědy, pro něž byl příznačný ‚pozitivizmus‘ (ne v právním, ale příbuzném významu filozofie a metodologie vědy), se začínají přiklánět k post-pozitivistickým postojům. Podobně se dnes hovoří o post-pozitivismu v právu“.<sup>4</sup> Následuje autorovo vymezení cíle celé monografie: „Ambicí předložené monografie přitom není jen diagnostikovat tuto situaci, ale též prokázat její projevy v právní praxi – praxi aplikace práva – a vytyčit nový koncept post-pozitivistického právního myšlení – myšlení postaveného na ideách práva jako ‚praktické‘ (fronetické) vědy a zároveň na myšlenkách nově formulované ‚preskriptivní teorie práva‘, tj. teorie poskytující praktické návody pro praxi – s uvědoměním si limitů současného systému fungování práva v praxi.“<sup>5</sup> Z cíle předložené práce popsaného v jejím úvodu je zřejmé, že kniha nebude popisná, ačkoliv bude v mnohém navazovat na současné práce a pokoušet se nově pohlížet na tradiční otázky právní teorie. Stručně vyjádřeným hlavním cílem knihy je tak vystavět argument o preskriptivní koncepci aplikace práva v situaci právního post-pozitivismu.

Východiskem monografie je autorovo tvrzení, že s výjimkou relativně krátkého období byla právní věda vnímána jako věda praktická, případně bylo rozlišováno mezi teoretickou jurisprudencí a praktickou jurisprudencí. Do praktické jurisdence se řadila praktická nauka o právním jednání (například o smlouvách), kautelární jurisprudencce, ale také například státní a kancelářská praxe, anebo praktická soudní právní nauka.<sup>6</sup> Kontinentální právní věda však v 19. století tuto praktickou složku práva při univerzitním vzdělávání upozadila ve prospěch teoretické vědy (což bylo zdůvodňováno tím, že je možné získat potřebné dovednosti praxí po ukončení teoretického studia).<sup>7</sup>

V současné době jsme však podle autora z vícerá důvodů svědky opětovného návratu k pragmatickým a kazuistickým přístupům k právu, které na výše uvedené tradice praktické jurisdence navazují. Jde například o díla autorů hlásících se k právnímu realismu a právě z nich autor v dalších částech práce vychází.

Souhlasím s autorovým názorem, že kontinentální právo nemůže být vystavěno na kazuistice, naopak je vhodné nalézt určitou rovnováhu mezi systémovým a kazuistickým přístupem. Jeden z důvodů, proč kontinentální právo není založeno na kazuistice, přibližuje německý autor *Philipp Dann*, který upozorňuje na důležitý rozdíl mezi kontinentální a angloamerickou právní kulturou, pokud jde o podobu zákonů. Zatímco na evropském kontinentu vycházejí zákony (přínejmenším ty nejvýznamnější) z ideje kodifikace, v angloamerickém právu jde často o zákony dílčí, věnované velmi úzké problematice, dalo by se říci kazuistické zákony.<sup>8</sup> Právě s obdobím rozvoje kodifikačních snah se pojí současný systémový přístup k právu. Starší koncepce systému práva vycházející z analogie s axiomatickými systémy přírodních věd, která byla rozvíjena v dílech osvícenských racionalistů (například *H. Grotia*, *G. W. Leibnize* nebo *S. Pufendorfa*), se neprosadila.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptivná teória práva. Metodológia aplikácie práva pre súčasnosť*. Bratislava: VEDA – vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 2020, s. 8–9.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 9.

<sup>6</sup> GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptivná teória práva*, s. 12.

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 13. Není bez zajímavosti, že otázce různých podob praktického právního vzdělávání se aktuálně věnuje opět poměrně velká pozornost – srov. např. diskuse v knize: HOCHMANOVÁ, Alexandra. *Právo, vzdělávání a víze*. Praha: Vladimír Kvasnička, nakladatelství Vodnář, 2020, s. 181–187.

<sup>8</sup> DANN, Philipp. *Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität. Der Staat*. 2010, roč. 49, č. 4, s. 639.

<sup>9</sup> ONDŘEJEK, Pavel. *Koncepce systematiky práva předcházející právnímu pozitivismu 19. století. Právněhistorické studie*. 2019, roč. 49, č. 2, s. 87.

Pokud se hovoří o současném příklonu ke kazuistice, domnívám se, že je vhodné všimnout si i rozdílů mezi paralelami kazuistiky v předmoderním a současném právu.<sup>10</sup> Kromě rozdílu v existenci politického a mocenského vakua ve středověku oproti současnému působení spíše konkurujících mocenských center je možné zmínit fenomény konstitucionalizace práva, rostoucí komplexitu společenského uspořádání anebo vliv mezinárodního či evropského práva. Všechny tyto jevy po mém soudu ukazují na spíše menší podobnosti historického a současného práva.

S autorovým rozlišováním systémového a kazuistického přístupu souvisí i fakt, že v dnešní době nejsme svědky jediného dominujícího metodologického přístupu k právu (totéž však podle mého názoru platilo i pro období konce 19. století). Vedle určité konvergence juspozitivismu a nonpozitivismu<sup>11</sup> jde i o narůstající vliv sociologických přístupů v různých podobách,<sup>12</sup> případně dalších přístupů využívajících metodologii jiných společenských věd.<sup>13</sup> To však neznamená, že by úvahy o spravedlnosti a dalších transcendentních hodnotách v současné právní vědě nebyly přítomny.<sup>14</sup> Právě hodnotové ukotvení práva vedle pragmatismu považuje autor za jeden z rysů postpozitivismu, jehož podrobnějšímu vymezení se autor věnuje v první kapitole. Postpozitivismus reaguje podle autora na krizi legislativy a s tím související metodologický posun v interpretačních postupech (charakteristický mimo jiné velkým důrazem na teleologické argumenty, argumenty *contra verba legis* apod.).<sup>15</sup> Vychází-li postpozitivismus z kritiky pozitivismu, jedná se jen o metodologickou kritiku, anebo o robustnější ideologickou kritiku? Přestože se práce věnuje především tématu aplikace práva, její první kapitola naznačuje spíše hlubší rozdíly mezi pozitivismem a postpozitivismem. Zároveň však platí, že pozitivismus (a tedy zřejmě ani postpozitivismus) není zcela uniformní směr právního myšlení.<sup>16</sup> Nejedná se v případě postpozitivismu o kritiku spíše některých směrů pozitivistického myšlení? Je rovněž otázkou, zda je účelné označení postpozitivismu používat pro poměrně široký okruh směrů a přístupů k právu.<sup>17</sup>

V závěru první kapitoly (v kapitole 1.3.) autor naznačuje dva možné směry vývoje právní regulace. Jeden ústí v deetatizaci a *de facto* „bezstátní“ právo, druhý v „technologický pozitivismus“ charakterizovaný „smart regulací“ a pronikáním automatizovaného rozhodování v oblasti právních vztahů. Obě cesty vývoje práva jsou bezpochyby možné, nepředstavují však podle mého názoru jediný možný a zejména ne hlavní směr vývoje práva. Je

<sup>10</sup> Na to autor recenzované monografie upozornil v jiném svém díle: GÁBRIŠ, Tomáš. „Súkromné právo“ a „bezstátne právo“: Historické paralely k postmodernej situácii. *Právněhistorické studie*. 2017, roč. 47, č. 1, s. 117.

<sup>11</sup> V české právní vědě tento fenomén poprvé podrobněji rozebral Jiří Boguszak – BOGUSZAK, Jiří. Vyústění antinomie jusnaturalismu a juspozitivismu. *Právník*. 1995, roč. 134, č. 6, s. 525–537.

<sup>12</sup> K vlivu sociologického myšlení na tradiční pozitivistické a nonpozitivistické přístupy k právu viz PŘIBÁŇ, Jiří. Lesk a bída právního pozitivismu. In: PŘIBÁŇ, Jiří – HOLLÄNDER, Pavel a kol. *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 27–34.

<sup>13</sup> K různým dalším mezioborovým přístupům ovlivňujícím současnou právní teorii srov. vynikající recenzní esej Jana Géryka – GÉRYK, Jan. Mezioborovost, specializace a konec velkých debat. Úvaha nad knihou: Hackney James R. Jr. *Legal Intellectuals in Conversation*. New York: New York University Press, 2012, 245 s. *Právník*. 2019, roč. 158, č. 7, s. 689–700.

<sup>14</sup> HOLLÄNDER, Pavel. Vážně jsme už všichni pozitivisté? In: PŘIBÁŇ, Jiří – HOLLÄNDER, Pavel a kol. *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, s. 35–41.

<sup>15</sup> GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptívna teória práva*, s. 19.

<sup>16</sup> SOBEK, Tomáš. Právní pozitivismus. In: SOBEK, Tomáš – HAPLA, Martin (eds). *Filosofie práva*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2020, s. 39.

<sup>17</sup> Autor k postpozitivismu řadí právní realismus, jusnaturalismus, nekonstitucionalismus, a dále institucionalistické, argumentačně-rétorické nebo diskurzivně-komunikační přístupy – viz GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptívna teória práva*, s. 22.

pravděpodobné, že fenomény, jakými jsou umělá inteligence a jiné moderní technologie, budou významně ovlivňovat život v 21. století, což se musí projevit i v právu.<sup>18</sup> Automatické procesy zjednodušují určité (zdá se však, že ještě dlouhou dobu nikoliv všechny) rozhodovací procesy, pluralismus a heterarchie pramenů práva sice stojí v určitém napětí s autoritou státního práva, ta se však podle mého názoru neztrácí.<sup>19</sup>

Druhá kapitola je exkurzem k různým směrům právněrealistického myšlení. Autor představuje základní autory a díla nejen amerického a skandinávského právního realismu, která patří k nejznámějším v rámci tohoto proudu právního myšlení, ale věnuje se také ruskému či italskému právnímu realismu. V této kapitole považují za cennou zejména podrobnou analýzu díla *Riccarda Guastiniho*, na něž autor navazuje v následujících kapitolách knihy. Poněkud přehledový charakter kapitoly, zejména jejího úvodu, není na škodu. Vzhledem k tomu, že závěry právních realistů, především pokud jde o méně známé autory, tvoří východiska autorových dalších úvah, považují tento přehled za více než vhodný.

Třetí kapitola je věnována procesu aplikace práva. V jejím úvodu autor představuje tradiční pohled na aplikaci práva založené na technice subsumpce (podřazení). Zároveň však na dalších místech správně uvádí, že jednoduchý sylogismus není univerzální metodou při aplikaci práva.<sup>20</sup> V současném právu můžeme v mnohých případech spíše než o subsumpci hovořit o pohybování se mezi fakty a normami.<sup>21</sup> Slovy *Pavla Holländera*, jde o vzájemné prolínání světa bytí a mětí: „*kaskádu vzájemných korelací, přičemž obě korelující strany fungují podobně jako zoom – umožňují zaostření při vymezení relevantní oblasti skutkových zjištění (světa faktů) na jedné straně a skutkové podstaty relevantní normy (světa normativity) na straně druhé*“.<sup>22</sup> Prostá subsumpce faktů pod právní normu je tedy v právu omezena pouze na nejjednodušší případy. V těch složitějších je potřeba tvořivější činnost, která v sobě zahrnuje nutnost zohlednit specifické okolnosti případu a eventuálně dotvořit neurčitou právní normu, která má na daný případ dopadat. Důležitým východiskem pro procesy aplikace práva je pro autora skutečnost, že právní systém obsahuje normy, které se samy proměňují v důsledku jejich uplatňování (tj. praxi).<sup>23</sup> Tento přístup je postaven do protikladu k tradičnímu pojetí aplikace práva založenému na procesu subsumpce a autor jej označuje jako právněrealistický.

Následuje popis nejrůznějších posunů v doktrínách majících vliv na procesy aplikace práva, velký prostor je věnován zejména kognitivistickým procesům rozhodování a vlivu člověka na výslednou podobu rozhodnutí, stejně jako projevům formalismu a antiformalismu při aplikaci práva. V kapitole 3.3. se autor rovněž věnuje filozofickým pohledům na aplikaci práva, zejména z hlediska etiky a logiky. Zde mimo jiné připomíná, že jak v logice, tak i v etice se v současnosti prosazují diskurzivní směry myšlení. V etice se diskurzivita

<sup>18</sup> K některým aktuálním výzvám srov. např. MIKEŠ, Stanislav. *Co je nového v právu*. Praha: Nová beseda, 2019.

<sup>19</sup> Ilustrovat to lze na autonomní regulaci sportovních organizací (WADA, FIFA...), kde převládla v období pandemie nemoci covid-19 opatření jednotlivých států znemožňující po určitou dobu provozovat v zásadě jakoukoliv sportovní činnost. O střetu mezi dvěma autonomními systémy regulace zde nebylo možné hovořit – veřejné právo jednotlivých států bylo vždy rozhodující a mělo absolutní přednost před autonomní regulací.

<sup>20</sup> GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptívna teória práva*, s. 75.

<sup>21</sup> PAVČNIK, Marijan. *Das Hin- und Herwandern des Blickes*. Zur Natur der Gesetzesanwendung. *Rechtstheorie*. 2008, Vol. 39, s. 557–572.

<sup>22</sup> HOLLÄNDER, Pavel. *Filipika proti redukcionizmu*. Bratislava: Kalligram, 2009, s. 158. HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 282.

<sup>23</sup> GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptívna teória práva*, s. 77.

projevuje například relativizací hodnot a norem, v logice pak hovoříme o neklasických (nemonotonických) směrech.<sup>24</sup>

Ve třetí kapitole je rovněž pojednáno o historii chápání systematiky práva a s tím související kazuistické aplikaci práva. Mimořádně zajímavé je poukázání na souvislosti mezi právní argumentací a středověkou morální kazuistikou, která vyžadovala flexibilní uplatňování norem.<sup>25</sup> Třetí kapitola ústí v závěr o potřebě posunu realistického přístupu k právu od pouhé deskripce k preskriptivnímu návodu pro interpretaci a aplikaci práva. Autor považuje za ideál určitou komplementaritu systémového (axiomatického) a kazuistického (případového) právního myšlení.<sup>26</sup> Oba protipóly jsou spíše výsledkem určité idealizující abstrakce a je zřejmé, že reálné fungování práva se v současnosti nepodobá formálně logickému procesu (v podobě klasické logiky),<sup>27</sup> ale ani iracionálnímu, popřípadě ryze subjektivistickému postupu konkrétního decizního orgánu. Právo je systémem neoptimálním, avšak o určitou systémovost usilujícím a je zejména úlohou právní doktríny k právu jako k systému přistupovat.<sup>28</sup>

Čtvrtá kapitola se vrací k tématu právního realismu, o jehož vývoji a vybraných představitelích bylo pojednáno v druhé kapitole. Na tomto místě autor za pomoci syntézy předcházejících částí monografie argumentuje ve prospěch preskriptivní teorie právního realismu, což považují za nejvýznamnější část celé práce. Autorem navrhovaný „konstruktivistický model“ se však neomezuje jen na empirická zkoumání vlastní právnímu realismu, dochází tak vlastně k postrealistickému pojetí práva.<sup>29</sup>

Jádrem závěrečné kapitoly je popis tří různých pluralismů v současném právu: 1) pluralismu pramenů práva a působení různých normativních systémů na území jednoho státu, 2) pluralismu interpretačních závěrů, ale i metodologických direktiv interpretace, a 3) pluralismu argumentů v právu.

Pokud jde o pojetí právního pluralismu, zde autor vychází z převažující – širší – koncepce, která zahrnuje i nestátní normativní systémy (*lex mercatoria*, *lex digitalis*, *lex sportiva* apod.)<sup>30</sup> Svým popisem historického pojmání práva od nejstarších období až do pozitivismu 19. a 20. století přináší autor inovativní pohled na právní pluralismus. Za nosnou myšlenku považují mimo jiné zdůraznění role právní vědy pro identifikaci práva. Autor se hlásí k pojetí, podle něhož je „aplikační praxe projevem – případně i zdrojem – práva“.<sup>31</sup>

Následující dvě podkapitoly ilustrují jeden z hlavních příkladů postpozitivistického pojetí práva, kterým je rozšíření elementů právního systému o právní principy a hodnoty. Zajímavá kapitola 4.3. detailně shrnuje přístupy k právním principům (zejména k pojmové

<sup>24</sup> Ibidem, s. 91–99.

<sup>25</sup> Ibidem, s. 115–122.

<sup>26</sup> Ibidem, s. 130.

<sup>27</sup> Jedním z příkladů je používání metody abdukce: ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. K roli abdukce v právním myšlení aneb jak poznatky o abdukci mohou zvýšit pro-systémovost interpretace a aplikace práva. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*. 2019, roč. 65, č. 4, s. 69–88.

<sup>28</sup> Podrobněji k této charakteristice práva viz ONDŘEJEK, Pavel. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 216.

<sup>29</sup> GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptivna teória práva*, s. 133.

<sup>30</sup> Ibidem, s. 135.

<sup>31</sup> Tato myšlenka, jakkoliv by se mohla zdát kontroverzní, odpovídá nejen právněrealistickému pohledu na právo. Autor recenze představuje s odkazem na jinou sociologickou koncepci – systémovou teorii práva – podobné úvahy o stabilizační a transformační roli judikatury a právní vědy – ONDŘEJEK, Pavel. *Koncepce práva jako systému*, s. 138 an.

otázce vztahu právních zásad a právních principů, k čemuž autor přesvědčivě uvádí, že není nutné mezi nimi činit markantní rozdíly, postačí rozlišovat více úrovní právních principů).<sup>32</sup> V podkapitolách 4.4. a 4.5. věnovaných interpretaci a argumentaci autor navazuje na ty představitele právního realismu, kteří odmítají ryze subjektivistický pohled na interpretaci práva, a s odkazem na aktuální judikaturu autor dokládá význam teleologického výkladu a argumentů *contra verba legis*, jakožto dalších projevů postpozitivistického právního myšlení.<sup>33</sup> K problematice interpretace autor shrnuje, že „[p]luralismus metod a postupů interpretace práva, ale i interpretace v právu by proto měl zůstat i do budoucna zachován – za předpokladu zachování konečného terciárního návodu (a tím i výkladového korektivu) kazuistické spravedlnosti a ochrany práv. [...] Pluralita interpretace v právu se tak jako nástroj kazuistické spravedlnosti může zachovat i nadále, musí však vyžadovat přesvědčivost a akceptovatelnost jejích závěrů.“<sup>34</sup>

Čtvrtá kapitola je zakončena popisem koncepce ústavního státu jakožto postpozitivistické varianty vztahu státu a práva. S odkazem na italského autora *Luigiho Ferrajoliho* je autorem rozpracována teorie garantismu (tedy teorie státu garantujícího práva skrze jejich pozitivněprávní zakotvení) jako protipól nového konstitucionalismu (výborně vystiženého maximou *auctoritas et veritas faciunt legem*). V případě nového konstitucionalismu hrají stěžejní roli ústavy prozařující celým právním řádem a působící jako bezprostředně aplikovatelné právo.<sup>35</sup>

Závěr celé monografie shrnuje základní charakteristiky postpozitivismu popisované v jednotlivých kapitolách – krizi psaného práva, judicializaci a konstitucionalizaci práva, výklad upřednostňující účel před slovním vyjádřením právních norem, roli právních principů a hodnot v právu. Jakkoliv autor prosazuje širší pojetí konstitucionalizace práva, v závěru kapitoly také uvažuje o limitech konstitucionalizace.<sup>36</sup> Rysem postpozitivismu totiž podle mého názoru není jen konstitucionalizace, ale obecněji důraz na principiální a hodnotový charakter celého práva, tedy například i odvětví soukromého, trestního, správního práva a dalších právních odvětví. V takovém případě se tedy nezdá být rovnítko mezi důrazem na principy a hodnotami v právu a bezprostředním působením ústavního práva v celém právním řádu.<sup>37</sup>

Vedle výše zmíněných rysů postpozitivismu v současném právu zdůrazňují představitelé právního realismu roli decizního orgánu namísto systematiky abstraktních pravidel

<sup>32</sup> GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptivna teória práva*, s. 151 an.

<sup>33</sup> V některých částech autor navazuje na novější díla týkající se interpretace práva pocházející od autorů z regionu střední Evropy – zejména STELMACH, Jerzy. *Kodeks argumentacyjny dla prawników*. Zakamycze: Kantor, 2003. SOBEK, Tomáš. *Argumenty teorie práva*. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR – Aleš Čeněk, 2008. MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011. KÁČER, Marek. *Na okraji krajnej núdze. O prepisování zákonov počas ich aplikácie*. Praha: Leges, 2015. WINTNER, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019. ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2019.

<sup>34</sup> GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptivna teória práva*, s. 182. Autorem zmiňovaný pojem terciárního návodu odkazuje na italského autora Pierluigi Chiassoniho, který chápe terciální interpretační návod jako právní ideologii stojící v základu právního systému (například dosahování spravedlnosti anebo ochrany materiálního jádra ústavy).

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 195–196.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 196. Nabízí se totiž otázka: K čemu by existovala právní odvětví s jejich specifickými principy, pokud bychom veškeré právní problémy řešili pouze s odkazem na poměrování univerzálních, případně ústavou chráněných, principů a pravidel?

<sup>37</sup> ONDŘEJEK, Pavel. Ústavní hodnoty a autonomie vůle v právním jednání v soukromém právu. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2016, roč. 24, č. 3, s. 351–364.

v právních předpisech. V této souvislosti lze vzpomenout rovněž tezi o právu jako sociálním faktu typickou pro poválečný právní pozitivismus, která rovněž naznačuje vliv sociologického myšlení na současný pozitivismus. Vývoj by podle autora měl ústít v naznačenou preskriptivní postrealistickou teorii, kombinující kazuistické a systematické myšlení. Tento postup překonává klasické binární pozice stability a flexibility, pozitivismu a nonpozitivismu, ale také například deskriptivnosti a normativnosti právní vědy.<sup>38</sup>

Jak ale autor poznamenává v závěru, „výzvou zůstává otázka, jak přesně formulovat návod, který bude splňovat zmíněné požadavky překonávání binárních opozit a zároveň bude plnit úlohu poměrně konkrétního, ale zároveň neformalistického ‚návodu‘ na aplikaci právní praxi“.<sup>39</sup> Je zřejmé, že z hlediska právní jistoty je pojetí aplikace práva jako flexibilního procesu na první pohled sporné, jde tedy o to, jak se v rámci aplikace práva pohybovat na straně jedné flexibilně a na straně druhé v institucionálních mantinelech práva.

Monografii *Tomáše Gábríše* hodnotím jako ve středoevropském prostoru ojedinělý počin, výborně propojující historii a současnost diskusí o právu a právní vědě, považuji ji za přínosnou jak pro právní teoretiky, tak i pro osoby zabývající se praktickou aplikací práva. Množství zajímavých postřehů z historie i současnosti práva a právní vědy doplněné o řadu argumentů ve prospěch pragmatického a kazuistického přístupu k právu činí z publikace po mém soudu vynikající příspěvek k rozvoji slovenské i české právní vědy.

Pavel Ondřejek\*

## Orosz Ladislav. Teória ústavy a ústavné systémy demokratických štátov. Košice: ŠafárikPress, 2020, 336 s.

Teória ústavy a ústavné systémy demokratických štátov je jedna z tých tém, ktorej nemožno v žiadnom prípade odoprieť dôležitosť, význam a vždy prítomnú aktuálnosť. Vychádzajúc z pozície ústavy ako základného právneho aktu najvyššej právnej sily, je dané tvrdenie len zvýraznené. Vo všeobecnej rovine ústavy upravujú tie najdôležitejšie spoločenské vzťahy, a teda oblasti ako výkon verejnej moci, del'ba moci, organizácia a fungovanie štátu, vzťah štátu a jeho obyvateľstva, všetky tieto inštitúty podčiarkujú nutnosť skúmania danej sféry v každom momente vývoja ľudskej spoločnosti.

Predmetnú vysokoškolskú učebnicu, *Teória ústavy a ústavné systémy demokratických štátov*, od *prof. JUDr. Ladislava Orosza, CSc.*, je nutné chápať hneď z viacerých uhlov pohľadu. Meritórnym faktom je tá skutočnosť, že je to učebná pomôcka adresne koncipovaná pre študentov Fakulty verejnej správy Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach v rámci výučby niekoľkých študijných predmetov vo všetkých študijných programoch, komplementárne je táto učebnica využiteľná aj ako študijná literatúra pre študentov

<sup>38</sup> GÁBRIŠ, Tomáš. *Preskriptívna teória práva*, s. 203.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 204.

\* Doc. JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., katedra teorie práva a právního učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy. E-mail: [ondrejek@prf.cuni.cz](mailto:ondrejek@prf.cuni.cz).



právnických fakúlt či politológie. Rovnako dôležité je konštatovanie, že je to dielo, ktoré nie je porovnateľné so žiadnou inou publikáciou v slovenskej ústavnoprávnej vedeckej a odbornej spisbe. Táto učebnica sa komplexným spôsobom zaoberá teóriou konštitucionalizmu a subsidiárne ponúka komparatívny aspekt v rámci vybraných demokratických a právnych štátov. Daná problematika bola sčasti spracovaná v diele *Základy teórie konštitucionalizmu* v spoluautorstve toho istého autora, Ladislava Orosza, s Jánom Svákom a Borisom Balogom, vydaného v dvoch edíciách (druhé vydanie z roku 2012).

Posudzovaná vysokoškolská učebnica je z hľadiska obsahu rozdelená na dve časti. V prvej časti učebnice, označenej nadpisom *Teória ústavy*, autor po dôslednej analýze základných východiskových pojmov, ponúka čitateľovi relevantné informácie o zásadných okruhoch problémov, ktoré tvoria obsahový rámec ústavnej teórie. Ide predovšetkým o objasnenie principiálnych teoretických poznatkov a ideových zdrojov teórie ústavy, historický exkurz (chronologicky od vzniku prvých ústav a ich ďalší vývoj), klasifikáciu ústav, funkcie ústav a iné právne vlastnosti a charakteristiky ústav. V kontexte posledného zmieneneho obsahového zamerania je nutné osobitne vyzdvihnúť analýzu špecifických problémov súvisiacich s ústavodarným procesom, interpretácie a aplikácie ústavy, vzťahu ústavy k medzinárodnému a európskemu právu a súdnej ochrany. Na tomto mieste sa špeciálne žiada zvýrazniť analýzu osobitej témy, problematiky materiálneho jadra ústavy, ktorá je fundamentálnou súčasťou teórie ústavy. Autor túto tému spracoval z viacerých hľadísk, napríklad v kontexte hierarchie ústavných noriem a ústavných predpisov, pozície originálneho a odvodeného ústavodarcu, funkcií a právnej ochrany.

Druhá časť učebnice s nadpisom *Ústavné systémy vybraných demokratických štátov* predstavuje komparatívnu analýzu ústavných systémov ôsmich vybraných štátov (Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska, USA, Francúzska a SRN), ako aj skupiny štátov V4 (Poľská republika, Maďarsko, Česká republika a Slovenská republika). Pri jednotlivých štátoch dochádza ku skúmaniu historických míľnikov a genézy vývoja príslušného ústavného systému, ďalej je analýza obsahovo orientovaná na charakterizáciu ústavy, identifikáciu formy vlády, sčasti štátneho zriadenia a súdnej moci a v neposlednom rade je tu reflektovaný aj aktuálny stav fungovania konkrétnych systémov. Výraznú pridanú hodnotu predmetnej učebnice tvorí podľa môjho názoru časť o ústavnom systéme Maďarska a Poľskej republiky, nakoľko v týchto dvoch štátoch nedávna minulosť a aj súčasnosť priniesli viaceré významné ústavnoprávne zmeny. Skúmanie problematiky „zvonku“ je vždy mimoriadne náročné. V tomto smere nemožno prehliadnúť autorovu erudíciu, fundovanosť, prehľad v literatúre, dlhoročné skúsenosti a znalosti o histórii, doktrinálny a hĺbkový prístup. Druhá časť učebnice je vhodným spôsobom doplnená aj o poznatky o ústavnom systéme Slovenskej republiky, na tomto mieste chcem špeciálne podčiarknúť prehľadnú sumarizáciu noviel Ústavy Slovenskej republiky aj s autorovým komentárom. V týchto, ale aj v iných častiach je presiahnutý formát vysokoškolskej učebnice, daná téma sa po kvalitatívnej stránke podobá skôr vedeckej monografii.

Z hľadiska kritického zhodnotenia diela čo do jeho predností či potenciálnych nedostatkov, subsidiárne s poukazaním na pozitíva a prínosy učebnice, príklady častí diela, ktoré môžu vyvolávať diskusiu a argumenty iných teoretikov respektíve určité výhrady, je nutné konštatovať, že v hodnotenej vysokoškolskej učebnici jednoznačne prevažujú pozitíva. Čo sa týka použitej literatúry, vysokoškolská učebnica vychádza zo širokého diapazónu domácej a cudzojazyčnej literatúry, avšak cudzojazyčná literatúra mohla mať väčšie zastúpenie. Zásadnou oblasťou diela, ktorá môže (a mala by) spôsobiť širšiu vedeckú diskusiu je tá časť, kde autor analyzuje problematiku materiálneho jadra ústavy.

Tu sa otvárajú viaceré polemické línie, napríklad hodnotová stránka ústav, vzťah klauzuly večnosti a materiálneho jadra ústavy, implicitnosť jadra a pod. Obdobne sú zaujímavé konštatovania autora v častiach o právomoci prijímať ústavné zmeny (aj bez explicitného splnomocnenia). Tento fenomén je náležite spracovaný aj v rámci ústavného systému Slovenskej republiky, kde autor ponúka svoj pohľad a hodnotenie priamych ústavných noviel a ďalších ústavných zákonov. Vhodným doplnením učebnice je skúmanie kontroverzného rozhodnutia Ústavného súdu Slovenskej republiky, ktorým bol vyslovený nesúlad ústavného zákona a Ústavy Slovenskej republiky. Súhlasím s autorom, že existuje aj iné riešenie, napríklad ústavne konformný doktrinálny výklad kolidujúcich ústavných noriem.

Na záver možno konštatovať, že napriek tomu, že ide o vysokoškolskú učebnicu určenú predovšetkým študentom Fakulty verejnej správy alebo študentom príbuzných odborov, dielo má však aj iný rozmer. Učebnica je vhodná aj pre širšiu odbornú a vedeckú verejnosť, laickú verejnosť a aj pre aplikačnú prax (najmä z hľadiska praktickej činnosti orgánov verejnej moci, najmä ústavného súdu ako aj medzinárodných súdov). Dielu predpokladám výrazný pozitívny ohlas a preto ho odporúčam.

Tomáš Alman\*

---

\* PhDr. Tomáš Alman, PhD. Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Fakulta verejnej správy. E-mail: tomas.alman@upjs.sk.

## Management of own Property and Business

Milan Hulmák

**Abstract:** The article attempts to find the line between the mere management of one's own property and doing business in private law. Although the principle of unity of the rule of law applies, the concept in other branches of law will apply differently for the purpose of regulation. In private law, the fulfillment of business criteria according to para. 420 section 1 and 2 of the Civil Code is decisive. In borderline cases, the requirement of a trade or similar method of gainful activity may be essential. The author tries to interpret this requirement in accordance with historical patterns and similar regulations in Austria and Germany. As such, it may be defined as a requirement of a certain way of organization of work, planning and scope of activities, permanence and time intensity of such an organization. These criteria must also be applied to cases of property leasing, participation in companies or agricultural activities. Renting an apartment, investing in securities, participating in a business company or managing one's own land cannot simply be considered business because this activity is repeated without the intention of making a profit. Increasing legal certainty in private law could lead to the setting of a precise threshold for certain activities, most likely in the form of rebuttable presumption. However, another solution is to preserve the unity of private law, mandatory identification of the parties, protection of the expectations of the other party and, in certain circumstances, the independent responsibility of, for example, intermediaries for the performance of the contract.

**Key words:** consumer, entrepreneur, business, management of one's own property, trade or similar method of gainful activity

## Legal Expert Systems and Representation of Rules as Code

Jakub Michálek

**Abstract:** In the times of digitization and COVID crisis, it seems advisable to investigate the possibilities, which automatization offers for law. This article specifically describes legal expert systems, which are computer databases of knowledge which can find answers to legal questions with the ambition to provide a comparable level of quality to legal experts in a given field, using rule-based artificial intelligence. The article starts with a context summary to make clear that these systems will not replace judges by robots and that the model of legal thinking and reasoning is really only a model, which by far does not match the quality of the human brain, let alone the argumentation in legal discourse. The article then summarizes the history of legal expert systems, which spans over more than 50 years of research with mixed results, but also the arguments of the critics. It clarifies the presumptions for successful use of legal expert systems and describes the necessary composition of any legal expert system and its specific implementation. It follows, from the historic overview, that the current level of technology is probably in the phase when after the exaggerated expectations, it will now grow in a more general manner and based on the more recent concept of representation (Rules as Code). Rules as Code can be one of the possible solutions to a speed up the proces and offer smart help in the crisis and also an aid for correct, transparent and flexible settings of rules in the state administration, especially in the IT systems. We already know of successful examples in developed countries such as France, Great Britain, the USA or New Zealand where these technologies help. The article concludes with an example of a simple legal expert system, which facilitates the application of the freedom of information legislation.

**Key words:** representation of Rules as Code, legal expert systems, legal knowledge systems, artificial intelligence in law, legal automatization

## **Influence of Reference Frame of Review on Decision Making of Courts and Administrative Bodies**

Jaromír Fronc

**Abstract:** Decision making of Czech courts and administrative authorities is usually subjected to more than one instance of review. In this process, we can identify a relation between the “lower” and “higher” instance. Each of them uses certain criteria, a certain frame of reference, for its decision making. It can be expected from a rational law of review that lower instances can (and must) adjudge so that their decisions are not vacated. And vice versa, if a decision has been quashed, it means that the body delivering the decision erred and should have made a different decision. The article points at several cases where this requirement is not fulfilled exactly because the lower and higher instances are guided by diverging criteria. It also shows that praxis reacts to such cases, which the lawgiver does not want to solve, with an effort to converge the colliding frames of reference. This is primarily manifested by the lower instance’s frame of reference being influenced by a dissimilar frame of reference of its review. Thus, the synthesis connects seemingly dissimilar situations, where analogous thought processes can be applied though. In most cases, this actually occurs; where it does not, the article can be a helpful inspiration.

**Key words:** appellate review, reference frame of decision making, judicial review, the Constitutional Court

# Dějiny Nejvyššího soudu Spojených států

## Legendární soudci, významné případy a právní doktríny

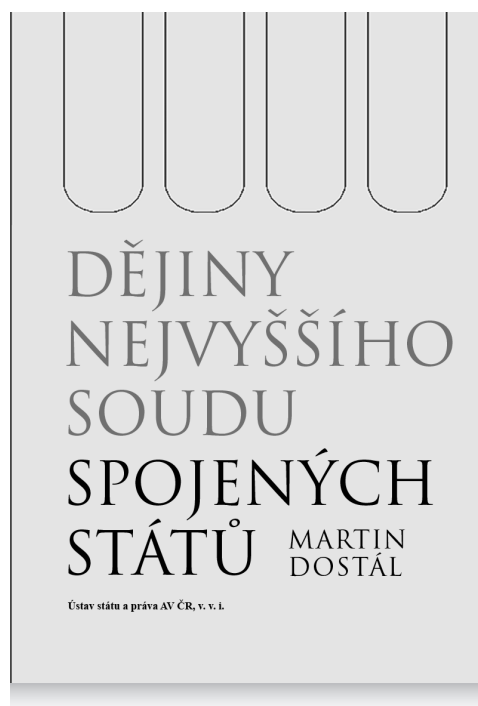
### **Martin Dostál**

Ústav státu a práva AV ČR  
Praha 2020, 731 stran

ŮSTAV	STĀTU
A	PRĀVA

Akademie věd ČR

Monografie obsahuje všechny informace potřebné k pochopení funkce amerického Nejvyššího soudu v historii i v současnosti, průzkum klíčových případů, biografické portréty dřívějších a nynějších soudců i objasnění ústavních principů a právních koncepcí.



# Minulosť a symbolika v ústavách štátov strednej Európy

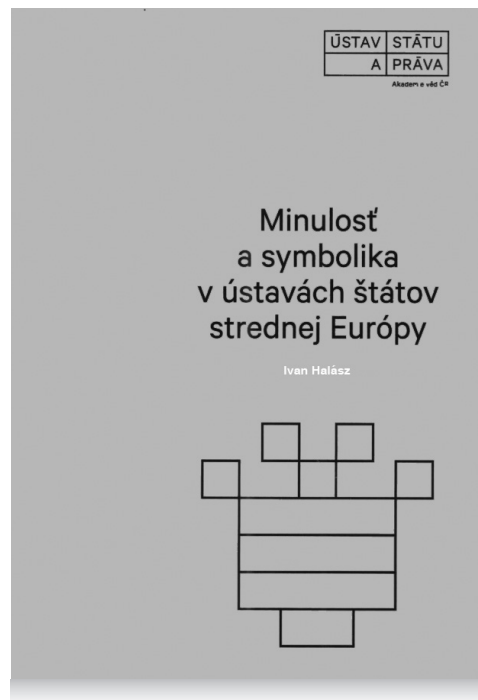
**Ivan Halász**

Ústav štátu a práva AV ČR  
Praha 2019, 151 stran

ŮSTAV	STĀTU
A	PRĀVA

Akademie věd ČR

Cieľom publikácie je predstaviť vzťah textu súčasných ústav k vlastnej národnej minulosti. Analýza sa sústreďuje na krajiny skupiny V4. Spomínaný vzťah ústavy vyjadrujú jednak vo svojich preambulách a ustanoveniach, jednak cez svoju symboliku.



# Biometric Data and Its Specific Legal Protection

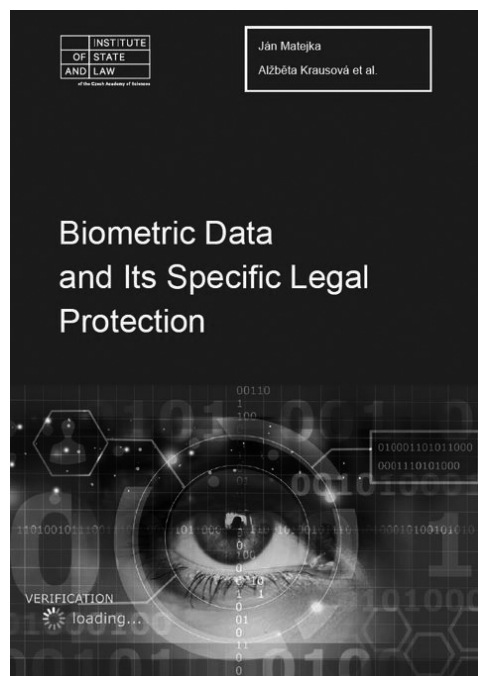
**Ján Matejka,**  
**Alžběta Krausová, Vojen Güttler**

Ústav státu a práva AV ČR  
Praha 2020, 192 stran

ÚSTAV	STĀTU
A	PRĀVA

Akademie věd ČR

Kniha se zabývá technologickými a právními aspekty biometrie, jejíž využití je stále širší a častější. Biometrické ověřování je v současné době prováděno na denní bázi, například při odemknutí telefonu pomocí otisku prstu nebo při ověřování podoby během bezpečnostní kontroly. Monografie přináší odpovědi na otázky, jak biometrické technologie fungují, kde jsou využívány a jaká rizika jsou s nimi spojena. Autoři se věnují zejména možným dopadům využívání těchto technologií na lidská práva a svobody a právní ochraně proti možnému zneužití biometrických údajů, přičemž právní analýza je zaměřena především na legislativu Evropské unie a České republiky. Součástí knihy jsou také praktická doporučení pro správné zpracování a uchování biometrických dat.



# Knihy

## Ústavu státu a práva AV ČR

ÚSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

Akademie věd ČR

### Z TIŠTĚNÉ ŘADY

Dostál, Martin. Dějiny Nejvyššího soudu Spojených států. Legendární soudci, významné případy a právní doktríny. Rok vydání: 2020, 731 s.

Matejka, Ján – Krausová, Alžběta – Güttler, Vojen. Biometric Data and Its Specific Legal Protection. Rok vydání: 2020, 192 s.

Kober, Jan – Lojek, Antonín a kol. Tereziánské právní reformy. Rok vydání: 2019, 259 s.

Halász, Ivan. Minulost' a symbolika v ústavách štátov strednej Európy. Rok vydání: 2019, 151 s.

Müllerová, Hana. Právo na příznivé životní prostředí: Teoretické základy, interpretace, zahraniční zkušenosti a jejich využití pro ČR. Rok vydání: 2018. Triptych knih o právu na příznivé životní prostředí v papírovém boxu

Doležal, Adam – Doležal, Tomáš. Kausalita v civilním právu se zaměřením na medicínsko-právní spory. Rok vydání: 2016, 262 s.

Sobek, Tomáš. Právní rozum a morální cit: hodnotové základy právního myšlení. Rok vydání: 2016, 339 s.

Lojek, Antonín – Kober, Jan a kol. Karel IV.: paměť – právo – reprezentace. Rok vydání: 2016, 200 s.

Becker, Ulrich – Štefko, Martin a kol. Právo na práci občanů třetích států z pohledu ČR a SRN. Aktuální otázky. Rok vydání: 2015, 203 s.

Šlapák, Tim Čeněk – Štefko, Martin. Praktický personální marketink. Řízení lidských zdrojů v pracovních souvislostech. Rok vydání: 2015, 144 s.

**Tituly vydané v tištěné řadě lze zakoupit buď přímo v Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i. (Národní 18, 116 00 Praha 1, e-mail: [ilaw@ilaw.cas.cz](mailto:ilaw@ilaw.cas.cz), tel.: 221 990 711), nebo v distribuci Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. [www.alescenek.cz](http://www.alescenek.cz)**

### Z ELEKTRONICKÉ ŘADY E-KNIHY

Šejvl, Michal – Agha, Petr – Sobek, Tomáš – Kokešová, Jana – Černý, David. Vítězové a poražení: Právní a etické problémy současné koronakrizy. Rok vydání: 2020, 90 s.

Fialová, Eva – Matejka, Ján – Güttler, Vojen. Profilování a automatizované rozhodování (nejen) ve světle lidských práv a základních svobod. Rok vydání: 2020, 78 s.

Vrbová, Zuzana a kol. Stačí právo držet krok? Dynamika společnosti a vědy na začátku 21. století. Rok vydání: 2019, 171 s.

Simon, Rita – Müllerová, Hana. Efficient Collective Redress Mechanisms in Visegrad 4 Countries: An Achievable Target? Rok vydání: 2019, 280 s.

Müllerová, Hana a kol. Zodpovědné plánování: Území a sesuvy. Rok vydání: 2018, 64 s.

Müllerová, Hana. Právo na příznivé životní prostředí. Zkušenosti vybraných evropských zemí a návrhy pro budoucí uplatňování v ČR. Rok vydání: 2018, 236 s.

Šejvl, Michal. Lidská práva jako subjektivní práva. Teoretické a historické aspekty. Rok vydání: 2017, 166 s.

Müllerová, Hana a kol. Právo na příznivé životní prostředí: Nové interpretační přístupy. Rok vydání: 2016, 288 s.

Doležal, Adam – Doležal, Tomáš. Kausalita v civilním právu se zaměřením na medicínsko-právní spory. Rok vydání: 2016, 262 s.

Müllerová, Hana. Právo na životní prostředí: Teoretické aspekty. Rok vydání: 2016, 125 s.

**E-knihy jsou ke stažení zdarma na webových stránkách Ústavu státu a práva AV ČR v záložce Časopisy a knihy <http://www.ilaw.cas.cz>**