

STATI

Vědění v občanském právu

Luboš Brim*

Abstrakt: Vědění je významnou občanskoprávní skutečností. V tomto článku rozebírám některé obecné otázky, jež se pojí s rolí vědění v občanském právu, zejména v občanském zákoníku. Předně zavádím základní vymezení pojmu vědění, avšak současně argumentuji, že si smysl a účel jednotlivých norem navazujících právní následky na vědění (vědomostních norem) může žádat odlišnou interpretaci daného pojmu. Na obsahové rozdíly v chápání pojmu vědění zpravidla nelze usuzovat z odlišností ve formulaci ustanovení občanského zákoníku, jež povětšinou vyplývají jen ze snahy o stylistickou variaci. Výjimku zde tvoří klíčové rozlišení mezi pozitivním (skutečným) věděním a normativním (právně konstruovaným) věděním, jež je důsledně promítnuto i do textu občanského zákoníku. V důsledku zakotvení obecného pravidla o objektivizaci posuzování vědění do § 4 odst. 2 o. z. převažují v českém soukromém právu normy akcentující normativní vědění nad normami vycházejícími z vědění skutečného. Smysl a účel konkrétní vědomostní normy nicméně může vyžadovat vyloučení aplikace § 4 odst. 2 o. z. a důsledné sepětí právních následků toliko s pozitivním věděním. Článek dále pojednává o specifických důkazních obtížích, jež se pojí zejména s dokazováním pozitivního vědění, o právní relevanci ztráty znalosti (zapomnění) a o návrhu, že by vědění o určité právní skutečnosti mohla být postavena naroveň pouhá kontrola nad zdrojem informací o této skutečnosti.

Klíčová slova: pozitivní vědění, normativní vědění, dokazování vědění, zapomnění, uložené informace

Úvod

Značný počet soukromoprávních norem ve svých hypotézách předpokládá vědění subjektu o určité skutečnosti. Některé tak činí přímo, navázáním právních následků na explicitní – byť různými způsoby vyjádřenou – podmínku, že osoba o stanoveném faktu ví nebo má vědět, jiné nepřímo, tím, že ve své hypotéze užívají složitější pojem, jehož součástí je mimo další prvky vědomost o určitém aspektu skutkového stavu,¹ nebo naopak absence vědomí o právně významné okolnosti.²

* Mgr. Bc. Luboš Brim, katedra občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Lubos.Brim@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8441-1824>. Za připomínky k tomuto textu děkuji Radku Rubanovi a anonymním recenzentům.

¹ Takovými pojmy jsou například lest nebo úmysl, jež – ve všech svých modalitách – vedle určité kvality vůle předpokládají též existenci vědomí na straně osoby jednající listivě či úmyslně (GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung. Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht.* 2017, Nr. 181, s. 169; FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen.* Berlin: Duncker & Humblot, 2021, s. 83–84).

² To platí kupříkladu o pojmu dobré víry, viz MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek I. § 1–117.* Praha: Leges, 2013, s. 135 an. Srovnej též vymezení nedostatku dobré víry v § 932 odst. 2 BGB, které je podle převládajícího názoru německé dogmatiky do určité míry zobecnitelné napříč tamějším právním řádem [BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, s. 31; RATT, T. In: GAIER, R. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 8. Sachenrecht: §§ 854–1296.* 8. Auflage. München: C. H. Beck, 2020, § 990, marg. č. 3; HEIDINGER, A. In: HEIDINGER, A. – LEIBL, S. – SCHMIDT, J. *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG-Gesetz). Band I. Systematische Darstellungen, §§ 1–34 GmbHG.* 3. Auflage. München: C. H. Beck, 2017, § 31, marg. č. 47].

V následujícím textu se zaměřím na některé obecnější problémy, jež souvisejí s věděním jako občanskoprávní skutečností, tedy s věděním coby prvkem hypotézy normy občanského práva. Normy, jež vážou právní následky na vědění osoby, pro stručnost označuji též jako normy vědomostní.³ Coby synonyma výrazu „vědění“ užívám též výrazy „vědomí“⁴ a „znanost“.⁵ Variace těchto pojmů je čistě stylistická a neodráží žádnou sémantickou odlišnost.⁵

1. Pojem vědění

Pod pojmem vědění můžeme v souladu s obvyklým vymezením tohoto pojmu v epistemologii rozumět opodstatněné pravdivé přesvědčení.⁶ Osoba tedy o určité skutečnosti ví za současného splnění tří podmínek:

- 1) je přesvědčena, že tato skutečnost existuje,⁷
- 2) pro toto své přesvědčení má rozumné důvody⁸ a
- 3) daná skutečnost opravdu existuje (mínění osoby tak koresponduje s realitou).⁹

Vědění tedy předpokládá, že je jeho nositel důvodně přesvědčen o existenci určitého faktu neboli o pravdivosti výroku, který tento fakt deklaruje. Nevyžaduje se však, aby měl nositel vědění ohledně daného faktu naprostou jistotu. Vědění je tedy kompatibilní s existencí určitých pochybností. Jaká míra pochybností je již s pojmem vědění neslučitelná, není pro potřeby právní regulace možné stanovit paušálně, neboť smysl a účel jednotlivých vědomostních norem může vyžadovat vyšší, či naopak nižší míru jistoty na straně

³ Inspirací je pojem *Wissensnormen* užívaný v německé doktríně (srovnej kromě dále citovaných zdrojů namátkou WALTERMANN, R. Zur Wissenszurechnung – am Beispiel der juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1992, Nr. 3, s. 185).

⁴ Dlužno připustit, že výraz „vědomí“ není v českém jazyce absolutním synonymem výrazu „vědění“. Jedním z jeho významů je nicméně podle *Slovníku spisovného jazyka českého* rovněž „stav člověka, kt. si něco uvědomuje, je si něčeho vědom, něco ví; vědění“.

⁵ Podobně v německé doktríně panuje shoda na významové totožnosti právních pojmů *Wissen* (vědění) a *Kenntnis* (znanost), viz např. BAUM, M. *Die Wissenszurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, s. 1, a LIESE, C. *Grenzen der Wissenszurechnung: Konzern und Outsourcing*. Baden-Baden: Tectum Verlag, 2020, s. 9.

⁶ Jde o tzv. tříložkovou definici vědění propozicičního vědění (*tripartite definition of propositional knowledge*), viz DANCY, J. – SOSA, E. – STEUP, M. *A Companion to Epistemology*. 2nd edition. Malden: Wiley-Blackwell, 2010, s. 771–772. Filosofické výhrady formulované vůči tomuto pojetí vědění, jež vycházejí z některých hraničních (neobvyklých) způsobů užití výrazu „vědění“ (viz GETTIER, E. L. Is Justified True Belief Knowledge? *Analysis*. 1963, Vol. 23, Iss. 6, s. 121–123, a na tento text navazující literaturu), nepokládám pro účely výkladu právních norem za podstatné.

⁷ Jinými slovy, nositel vědění se ztotožňuje s výrokiem, který vypovídá o existenci dané skutečnosti ve světě.

⁸ Přesvědčení osoby o určitém faktu, které je shodou okolností pravdivé, ale neopírá se o přesvědčivé smyslové vjemy či rozumovou úvahu, nelze pokládat za vědění v obvyklém smyslu tohoto slova. Pokud se po devatenácti hodech vyváženě hrací kostky, při kterých padla všechna čísla kromě čísla šest, domnívám, že při dvacátém hodu již musí šestka padnout, nelze tvrdit, že o této skutečnosti vím – bez ohledu na intenzitu mého vnitřního přesvědčení –, ani v případě, že při dvacátém hodu skutečně padne číslo šest, jelikož jsou výsledky jednotlivých hodů na sobě nezávislé, a i při dvacátém hodu má tak každý výsledek stejnou pravděpodobnost. Tento prvek obecné definice vědění se podle mého názoru uplatní i při vymezení vědění v právním smyslu.

⁹ Pokud je splněna první, ale nikoli třetí podmínka, není dané mínění věděním, nýbrž omylem. Absentuje-li podmínka třetí v situaci, kdy jsou zároveň splněny podmínky první i druhé, je možné mluvit o omylu omluvitelném, a tedy dobré víře dotčeného subjektu (srovnej též FATEMI, A. Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht. *Neue Juristische Online-Zeitschrift*. 2010, Nr. 51, s. 2640; k omluvitelnosti omylu jako prvku dobré víry viz MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek I. § 1–117*, s. 137–138).

nositele znalosti. Coby východisko by měla platit obecná hranice rozumných pochybností. Je-li osoba přesvědčena o existenci určité skutečnosti, lze říci, že o této skutečnosti ví, i když chová pochybnosti, nejeví-li se tyto pochybnosti jako rozumné.¹⁰ Zákodárci nicméně není nijak zapovězeno navázat právní následky kupříkladu již na opodstatněné podezření, že určitá skutečnost existuje,¹¹ respektive na vědomí pouhé možnosti nastoupení určitého jevu.¹²

Vědění je pro soukromé právo relevantní, jelikož ovlivňuje možnost subjektu uskutečňovat právně významné činy. To, že osoba o určité skutečnosti ví, není z hodnotového hlediska – tedy z hlediska právněpolitických úsudků, jež podpírají soukromoprávní normy – významné samo o sobě, ale proto, že s ohledem na svou vědomost mohla uskutečnit určitý právní čin, nebo se jej zdržet. Jednala-li, ač věděla o rozhodných okolnostech, lze jí přičítat k tíži, že jednala právě takto a že se činu nezdržela nebo jej ve světle své znalosti neuskutečnila jinak. Zůstala-li nečinnou, přestože znala rozhodná fakta, lze do její sféry promítnout nepříznivé následky této nečinnosti, protože s ohledem na své znalosti odpovídajícím způsobem jednat mohla. Vědění je tedy hodnotově významné coby okolnost právního jednání či nejednání.^{13, 14}

Právní následky, jež vědomostní normy navazují na vědění osoby, jsou pro nositele vědění zásadně negativní.¹⁵ Přinášejí zhoršení jeho právní pozice spočívající v tom, že

¹⁰ BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 53. Tento výklad je vystaven kritice, že stírá dále rozebíranou odlišnost mezi věděním pozitivním a věděním normativně konstruovaným (čili zaviněnou nevědomostí), neboť do samého pojmu vědění vkládá normativní prvek představovaný standardem rozumnosti (v tomto duchu viz FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2637–2638). Domnívám se ovšem, že je nutné akceptovat, že pojem vědění je i v obecném jazyce zatížen normativním prvkem – pojmovým znakem odůvodněnosti přesvědčení –, od něhož se lze jen stěží oprostit (k normativní povaze tohoto prvku definice vědění viz KVANVIG, J. L. *Epistemic Justification*. In: BERNECKER, S. – PRITCHARD, D. *The Routledge Companion to Epistemology*. New York – Abingdon: Routledge, 2011, s. 25–35). Vymezení vědění v právním smyslu jako jakéhokoliv pravdivého přesvědčení by vedlo k expanzi tohoto pojmu, jež by neodpovídala jeho obvyklému chápání uživateli jazyka. Sepětí vědění pouze s přesvědčením prostým pochybností by naopak znamenalo extrémní zúžení dosahu tohoto konceptu, což by vedlo k vyloučení možnosti aplikace vědomostních norem v řadě případů, kdy je jejich použití hodnotově opodstatněno a kdy odpovídá cílům sledovaným zákonodárcem.

¹¹ Srovnej JUNG, S. *Wissenszurechnung und Wissensverantwortung bei juristischen Personen*. Baden-Baden: Nomos, 2017, s. 36–40.

¹² BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 58–60. Tak se například úmysl nepřímý (eventuální) v intelektuální složce tradičně vymezuje vědomím pouhé možnosti (pravděpodobnosti) nastoupení protiprávního následku (srovnej MELZER, F. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018, s. 242–243, PAŠEK, M. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník: komentář. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 3006, a náhled trestněprávní dogmatiky, z níž věda občanského práva v tomto směru vychází, například v KRATOCHVÍL, V. In: KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 287–289). Srovnej též závěry německé teorie a praxe k pojmu lsti (LIESE, Ch. *Grenzen der Wissenszurechnung: Konzern und Outsourcing*, s. 12, či rozsudky BGH ze dne 3. 3. 1995, sp. zn. V ZR 43/94, NJW 1995, 1549, ze dne 11. 5. 2001, sp. zn. V ZR 14/00, NJW 2001, 2326, a ze dne 13. 6. 2007, sp. zn. VIII ZR 236/06).

¹³ Podobně viz GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 177.

¹⁴ Tím není míněno, že by snad vědění muselo v hypotéze vědomostní normy vždy vystupovat společně s lidským konáním. Vědění se zakotvuje do hypotézy právní normy, protože na jeho základě může subjekt práva konat či nekonat. V právní normě, jež byla vytvořena na základě této hodnotové úvahy, však již může vědění stát jak ve spojení s jiným faktem, tak zcela samostatně (srovnej BAUM, M. *Die Wissenszurechnung*, s. 33–34; SCHÜLER, W. *Die Wissenszurechnung im Konzern*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 37).

¹⁵ GOLDSCHMIDT, Ch.-U. *Die Wissenszurechnung: ein Problem der jeweiligen Wissensnorm, entwickelt am Beispiel des § 463 S. 2 BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001, s. 86–87, FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 85.

nenabývá práva, jež by mu jinak svědčila (§ 2103 o. z.), vznikají mu povinnosti, které by jinak neměl (§ 1000 o. z. ve spojení s § 992 odst. 1 větou druhou o. z.), nebo mu počíná běžet lhůta, v níž musí cosi pod hrozbou nepříznivých konsekvencí učinit (§ 619 o. z.). Zohlednění znalosti tudíž zpravidla prospívá třetím osobám a slouží k jejich ochraně.¹⁶ Současně však navázání právních následků na vědění *a contrario* chrání též potenciálního nositele vědění, jenž zatím o předmětné právní skutečnosti neví.¹⁷ Jde o dvě strany téže mince: zakotvením vědomostní normy stanoví zákonodárce vědění osoby jako kritérium pro rozložení rizika určitého negativního hospodářského stavu mezi potenciálního nositele vědomí a třetí subjekt. Dokud potenciální nositel vědění o rozhodné skutečnosti neví, nese riziko třetí osoba; poté, co potenciální nositel vědění znalost získá, přesouvá se riziko na něj.

Skutečnost, jež je předmětem právně relevantního vědění, může být sama o sobě skutečností právní, tedy jevem, s nímž právní norma spojuje vznik, změnu či zánik práv a povinností.^{18, 19} V některých případech ovšem okolnost, jejíž znalost je právně významná, sama o sobě právní následky nevyvolává a právní skutečnost vytváří právě až ve spojení s vědáním subjektu.²⁰

V některých případech hypotéza právní normy vymezuje jako podmínku své aplikace znalost jevu, jenž nemá faktickou, ale normativní povahu, například existence práva (§ 2145 o. z.) nebo dluhu (§ 1186 odst. 2, § 1893 odst. 1 a 2 o. z.). V takovém případě závisí na smyslu a účelu normy, zdali se zde znalostí normativního jevu bude rozumět pouze znalost jevů kauzálního světa, jež takový normativní jev zakládají (popřípadě skutečností kauzálního světa, jež existenci předmětného normativního jevu prokazují), anebo zda bude jako podmínka nabytí znalosti vyžadována též schopnost nositele vědění okolností kauzálního světa právně uchopit a učinit úsudek o existenci normativního jevu. V českém právu se zřejmě prosazuje výklad, dle něhož ve většině případů platí prve uvedená alternativa a k nabytí vědomí o jevu právním postačuje znalost jeho faktického základu.²¹

¹⁶ Třetím subjektům je tak rovněž ku prospěchu rozvolnění podmínek, za nichž se osoba pokládá za nositele vědění, například zohledněním nejen pozitivního, ale též normativního vědění (viz dále).

¹⁷ SCHÜLER, W. *Die Wissenszurechnung im Konzern*, s. 41–47. K justifikaci vědomostních norem ochranou potenciálního nositele vědění viz též SCHILKEN, E. *Wissenszurechnung im Zivilrecht: eine Untersuchung zum Anwendungsbereich des § 166 BGB innerhalb und außerhalb der Stellvertretung*. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1983, s. 51–53, BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 16–18, a FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 86–91.

¹⁸ K vymezení pojmu právní skutečnosti viz např. KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 140–141.

¹⁹ Například nemožnost plnění je sama o sobě právní skutečností působící zánik závazku podle § 2006 odst. 1 o. z., specifickou právní relevancí však v souladu s § 2008 o. z. vykazuje též vědomost strany o nemožnosti plnění.

²⁰ Kupříkladu fakt, že by strana neuzavřela smlouvu, kdyby předvídala její porušení druhou stranou, není významný sám o sobě, ale toliko pokud o něm strana porušující smlouvu věděla nebo musela vědět, § 2002 odst. 1 o. z.

²¹ Srovnej například navázání počátku subjektivních promlčecích lhůt na znalost skutkových okolností v rozsudcích Nejvyššího soudu ze dne 29. 9. 2009, sp. zn. 25 Cdo 2891/2007, ze dne 15. 6. 2010, sp. zn. 21 Cdo 3433/2008, a ze dne 28. 3. 2018, sp. zn. 28 Cdo 2673/2020, a jeho usneseníh ze dne 27. 5. 2020, sp. zn. 25 Cdo 278/2020, ze dne 21. 10. 2020, sp. zn. 28 Cdo 2673/2020, a ze dne 30. 6. 2021, sp. zn. 23 Cdo 727/2021. V některých případech se však i v českém právu připouští, že nabytí vědomí předpokládá rovněž právní uchopení rozhodných skutečností. To lze ilustrovat například judikatorně akceptovaným závěrem, dle něhož může držba výjimečně obstát jako poctivá, přestože držitel zná veškeré skutkové okolnosti, je-li v omluvitelném právním omylu daném objektivně nejasným zněním zákona (srovnej kupř. rozsudky Nejvyššího soudu ze dne 29. 5. 2012, sp. zn. 25 Cdo 3037/2011, ze dne 14. 12. 2016, sp. zn. 22 Cdo 2875/2015, a ze dne 31. 1. 2018, sp. zn. 22 Cdo 5823/2017).

Naproti tomu v německé dogmatice se zdůrazňuje, že tam, kde se zákon dovolává znalosti jevu označeného právním pojmem, je zpravidla zapotřebí, aby nositel vědění znal alespoň na obecné (laické) úrovni obsah tohoto pojmu, tedy právní význam rozhodných skutkových okolností.²² Stanoví-li například právní norma, že nelze požadovat plnění, které ochuzený poskytl, ač věděl, že k tomu není povinen (§ 814 německého BGB), je její použití podmíněno nejen tím, že plnitel znal všechny rozhodné skutkové okolnosti, ale také tím, že v rámci laického zhodnocení tohoto skutkového stavu učinil korektní závěr o neexistenci povinnosti plnit.^{23, 24} Je ovšem třeba dodat, že se toto laické posouzení právních následků neprovádí ani tam, kde právní norma předpokládá pozitivní vědění, čistě subjektivně. Za rozhodné je totiž považováno, zda by si příslušný právní úsudek osvojila „pocitivě myslící osoba“ (*redlich Denkenden*) nezatížená ohledy na vlastní prospěch; laická právně kvalifikační úvaha je zde tudíž objektivizována.²⁵

2. Rozlišení pozitivního a normativního vědění

Právní následky, jež jsou navázány na vědomí osoby o stanovené skutečnosti, nenastupují vůči subjektu, který toto vědomí postrádá. Tento úsudek však může být neuspokojivý, jelikož poskytuje ochranu i subjektu, jenž o relevantní skutečnosti neví, protože nevyvinul dostatečné (společensky optimální) úsilí k jejímu zjištění. Právní řády proto rozpoznávají, že osoby mohou mít též v informační sféře povinnost postupovat s určitou mírou péče a vyvíjet přiměřenou míru úsilí, aby zjistily rozhodné okolnosti. Sankce za porušení této povinnosti péče v informační sféře pak spočívá v tom, že jsou s neznalostí způsobenou porušením dané povinnosti spojeny stejné následky jako se znalostí rozhodných okolností.²⁶ Tyto úvahy se projevují v rozlišení pozitivního vědění, založeného na skutečně

²² FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2639. Jak ale sám citovaný autor připouští, ani při výkladu německého občanského zákoníku není tento náhled důsledně dodržován, jelikož u některých norem, jež v hypotéze pracují se znalostí normativního jevu popsaného právním pojmem, podle převažujícího výkladu postačuje znalost skutkových okolností, jež vedou k založení příslušného normativního jevu (srovnej například BUSCHE, J. In: SCHUBERT, C. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil: §§ 1–240*. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2021, § 142, marg. č. 21). Viz též FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, 2021, s. 93–94.

²³ Rozsudky BGH ze dne 25. 1. 2008, sp. zn. V ZR 118/07, NJW-RR 2008, 824, ze dne 13. 5. 2014, sp. zn. XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133, a ze dne 1. 10. 2020, sp. zn. IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242, viz též PRÜTTING, H. In: PRÜTTING, H. – WEGEN, G. – WEINREICH, G. *Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar*. 11. Auflage. Köln: Luchterhand, 2016, s. 1770, a SPRAU, H. In: PALANDT, O. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 75. Auflage. München: C. H. Beck, 2016, s. 1352. Německá civilistika pro přijetí laického závěru o existenci určitého právního jevu bez nutnosti provést přesnou právně kvalifikační úvahu užívá (původně trestněprávní) pojem „paralelní hodnocení v laické sféře“ (*Parallelwertung in der Laiensphäre*).

²⁴ Nutno dodat, že právě při výkladu pojmu vědomého plnění nedluhu, jenž je způsobem srovnatelným s § 814 BGB upraven v § 2997 odst. 1 větě druhé o. z., se alespoň část české civilistiky blíží náhledu německé jurisprudence a i v rámci naší úpravy dovozuje, že právo na vrácení plnění vědomě poskytnutého bez právního důvodu je vyloučeno toliko pozitivním vědění o absenci právního důvodu, které předpokládá nejen znalost skutkových okolností, ale též základní právní hodnocení (MELZER, F. – CSACH, K. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek IX, § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018, s. 1443; srovnej také poznatek, že existence práva na vrácení poskytnutého plnění předpokládá omyl či pochybnosti plnítele o skutkovém nebo právním stavu, uvedený v PETROV, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1944).

²⁵ FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 101; rozsudek BGH ze dne 18. 3. 2016, sp. zn. V ZR 89/15, NJW 2016, 3235.

²⁶ GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 172–173, FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 96–97.

existující znalosti subjektu o relevantním faktu, a normativního (právně konstruovaného) vědění, jež se odvíjí od porušení povinnosti péče v informační sféře.

Uvedená distinkce je vyjádřena též v českém právu a je zřetelná v konstrukci jednotlivých vědomostních norem obsažených v občanském zákoníku. Zakotvené vědomostní normy tak můžeme třídit podle toho, zda pracují se skutečným nebo normativním věděním.

Do první kategorie lze řadit normy, jež poukazují na vědění jako faktický jev. Jedná se o pravidla, která ve své hypotéze předpokládají, že osoba o předmětné skutečnosti „ví“ či „věděla“, že jí skutečnost „je známa“, že ji „zjistila“ nebo se o ní „dozvěděla“ atp. Právní normy obsahující takový výraz můžeme označovat jako vědomostní normy se skutkovouází. ²⁷ Takové normy odkazují hypotézou na faktický (mimoprávní) jev: znalost osoby o dané skutečnosti. Splnění aplikačních předpokladů normy zde proto budeme zjišťovat konfrontací skutkového stavu s pojmem vědomosti, jak byl vymezen výše. Vědomostní normy se skutkovouází se odvíjejí od skutečně existující znalosti osoby o rozhodné okolnosti, tedy od pozitivního vědění.

Do druhé kategorie patří normy, které ve svých hypotézách nepoukazují na vědomost osoby jako faktický jev, ale na existenci povinnosti dotčeného subjektu vědět. Patří sem pravidla, jež obsahují formulace značící, že osoba o skutečnosti „měla a mohla“ vědět, případně o ní „musela“ vědět apod., tedy odkazující na povinnost na straně dotčené osoby, což je jev normativní, který náleží do světa „mětí“, nikoli „bytí“. Vědomostní normy, jež užívají takové výrazy, můžeme označit za vědomostní normy s právníází. Splnění hypotézy normy této kategorie zjišťujeme zkoumáním, zda byla na straně osoby dána povinnost vědět o určité skutečnosti.

Povinnost vědět o stanovené okolnosti má ten, kdo by při vynaložení míry péče, kterou po něm lze požadovat, příslušnou okolnost zjistil. ²⁸ Pakliže by ani vyvinutí této míry péče nevedlo ke zjištění dotčeného faktu, nemá daná osoba povinnost onen fakt znát a následky předvídané vědomostní normou s právníází vůči ní nenastoupí. Vyšetření prvků hypotézy vědomostní normy s právníází tak předpokládá objasnění, zda by v konkrétním skutkovém kontextu vyvinutí odpovídající míry péče postačovalo ke zjištění rozhodné okolnosti příslušným subjektem. Zavedením vědomostní normy s právníází zákonodárce stanoví, že se osoba nemůže dovolávat své faktické nevědomosti, pokud si ji přivodila porušením aplikovatelného standardu péče v informační sféře. Vědomostní normy s právníází jsou tedy založeny na normativním (právně konstruovaném) vědění. ²⁹

Důsledně vzato bychom měli říci, že můžeme vědomostní normy s právníází dále roztrdit na normy, které mají v hypotéze čistě normativní předpoklad daný tím, že osoba byla povinna o skutečnosti vědět („měla“ o ní vědět), a na normy, jež předpoklad spočívá

²⁷ V německé dogmatice se o těchto pravidlech někdy hovoří jako o „absolutních vědomostních normách“ (GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 170).

²⁸ Obecný nebo zvláštní standard péče, jenž je pro určitou osobu stanoven, může v konkrétním případě implikovat povinnost provést určitou míru investigace rozhodných okolností (BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 38–45, JUNG, S. *Wissenszurechnung und Wissensverantwortung bei juristischen Personen*, s. 32–33, FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 97–98).

²⁹ V německém jazyce se povinnost znát označuje jako *Wissensmüssen* (viz např. BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 31–46, jež se ovšem snaží analyzovat vědomostní normy s právníází bez konstruování povinnosti znát určitou okolnost).

jící v existenci povinnosti vědět kombinují se zdánlivě faktickým předpokladem možnosti vědět (osoba „měla a mohla“ o skutečnosti vědět). Je však nutno vycházet z premisy, že právní řád demokratického právního státu neukládá nemožné povinnosti.³⁰ Existence povinnosti vědět tedy předpokládá existenci možnosti vědět. Stanovení zvláštní podmínky, že osoba o skutečnosti mohla vědět, tak k normě, v jejíž hypotéze již figuruje předpoklad, že o dané skutečnosti měla vědět, nic nepřidává. Jde pouze o tradiční formulaci, neboť pokud osoba nemůže o určité skutečnosti vědět, nelze přijmout závěr, že o této skutečnosti má vědět, tedy že má povinnost k něčemu, co je pro ni nemožné.

Většina vědomostních norem zakotvených v občanském zákoníku ovšem nenavazuje právní následky výhradně na skutečně nabyté vědění coby faktický stav („věděl“), nebo existenci povinnosti vědět jako normativní stav („vědět musel“), nýbrž alternativně na oba tyto stavy („věděl nebo vědět musel“). Takové normy můžeme označit za vědomostní normy smíšené. V německé doktríně se souběžně zmínění obou variant v hypotéze vědomostní normy zdůvodňuje tím, že zde poukaz na skutečné vědění („věděl“) pokrývá případy, kdy subjekt nahodile získal informaci, jejíž zjištění po něm nebylo možné spravedlivě požadovat. Zmínka o pozitivním vědění tak není podle tohoto náhledu nadbytečná, neboť pokrývá vědomosti, jež subjekt nabyt mimo standardní proces zjišťování informací a jež neměl povinnost znát.³¹ Spíše je však nutno říci, že nastaly-li okolnosti, z nichž vyplynula pozitivní vědomost osoby o určité skutečnosti, pak při uplatnění jakéhokoli standardu péče (obecného i zvláštního), měla daná osoba rovněž povinnost (na základě týchž okolností) předmětnou skutečnost znát. I když totiž dotčená osoba nemá ani z hlediska použitelného standardu péče povinnost sama vyhledat určitý zdroj informací, ve chvíli, kdy se jí tento zdroj informací stal dostupným natolik, že z něj právně relevantní informace fakticky získala, je namístě dovodit, že má rovněž povinnost z něj příslušné informace získat.

Právě vyslovený úsudek není opodstatněn ani tak výkladem standardu péče v informační sféře, jako spíše myšlenkou, že by koncepce, dle níž normativní vědomí nepokrývá nahodile získané informace, vyvolávala nežádoucí důsledky u čistých vědomostních norem s právní bází, jež ve své hypotéze poukazují toliko na povinnost znát, nikoli na skutečnou znalost. Bylo by totiž obtížně teleologicky zdůvodnitelné, proč by právní následky předvídané vědomostními normami s právní bází neměly nastoupit, nabyt-li subjekt faktické vědomí o skutečnosti, kterou norma pokládá za významnou. Je-li vědomost právně významná jako okolnost ovlivňující jednání subjektu práva, pak musí skutečné vědění, na jehož základě je osoba opravdu s to jednat, vyvolávat přinejmenším stejně závažné právní následky jako vědění normativně konstruované. K aktivaci vědomostní normy s právní bází by tedy měla postačovat i skutečná znalost, přestože daná norma v hypotéze předvídá jen znalost normativní.³² Z uvedeného pak vyplývá, že je u smíšených vědomostních

³⁰ Srovnej FULLER, L. L. *Morálka práva*. Praha: Oikoymenth, 1998, s. 69 an.

³¹ GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 173.

³² Grigoleit, který v německé literatuře zdůvodňuje zapojení pozitivního vědění do hypotéz norem, jež pracují též s vědním normativním, nutností reflektovat nahodile získané informace, zřetelně předpokládá jen existenci a) norem, které jsou podmíněny pozitivním vědění, a b) norem, které vážou právní následky jak na vědění pozitivní, tak na vědění normativní, nikoli však již c) norem, jež pracují výhradně s normativním vědění, tedy čistých vědomostních norem s právní bází (GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 169). V českém soukromém právu se však nepochybně vyskytují též vědomostní normy posledně uvedeného druhu, což činí Grigoleitovu argumentaci obtížně přenositelnou do zdejších poměrů.

norem prvek faktický konzumován prvkem normativním, jelikož skutečná znalost rovněž naplní podmínku znalosti normativní. Zmínění faktické vědomosti v hypotéze smíšené vědomostní normy lze pak z tohoto hlediska pokládat za redundantní.³³

3. Další formulační odlišnosti vědomostních norem

Normy, jež spojují právní následky s věděním subjektu, jsou formulovány velmi rozmanitě, a to i v případě, že se omezíme na občanský zákoník, jenž předpokládá přinejmenším následující varianty požadavku na znalost osoby o právně významné skutečnosti jako prvku hypotézy:

- a) osoba o skutečnosti ví (§ 1086 odst. 1 o. z.),
- b) osoba o skutečnosti má a může vědět (§ 448 o. z.),
- c) osoba o skutečnosti musí vědět (§ 585 o. z.),
- d) osobě je skutečnost známa (§ 2737 odst. 2),
- e) osobě skutečnost musí být známa (§ 1754 odst. 2 o. z.),
- f) osoba skutečnost zjistila (§ 1053 odst. 2 o. z.),
- g) osoba skutečnost má a může zjistit (§ 1107 odst. 1 o. z.),
- h) osoba skutečnost musela zjistit (§ 1766 odst. 2 o. z.),
- i) osoba se o skutečnosti dozvěděla (§ 1977 o. z.),
- j) osoba se o skutečnosti mohla dozvědět (§ 1128 odst. 3 o. z.),
- k) osoba se o skutečnosti měla a mohla dozvědět (§ 619 odst. 2 o. z.),
- l) osoba se o skutečnosti musela dozvědět (§ 2222 odst. 1 o. z.),
- m) osoba skutečnost měla a mohla poznat (§ 446 o. z.),
- n) osoba skutečnost musela poznat (§ 2103 o. z.),
- o) osobě skutečnost musí být zjevná (§ 992 odst. 1 o. z.)
- p) osobě skutečnost musí být zřejmá (§ 1930 odst. 2 o. z.).

Akceptujeme-li jako opodstatněné rozlišení mezi pozitivním (skutečným) věděním a normativním (právně konstruovaným) věděním, můžeme se ptát, do jaké míry odrážejí věcné rozdíly další formulační odlišnosti mezi citovanými ustanoveními.³⁴

³³ Jak dovozují MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek I. § 1–117*, s. 92 a 139.

³⁴ Vědomostní normy lze kategorizovat například na základě jejich funkce. Z tohoto hlediska se v zahraniční literatuře rozlišují a) vědomostní normy upravující běh lhůt (§ 619 o. z.), b) vědomostní normy zhoršující právní postavení osoby, která je nadána znalostí o určité skutečnosti (§ 1000 ve spojení s § 992 odst. 1 větou druhou o. z.), c) vědomostní normy upravující důsledky lstivého jednání, jež předpokládá vědomí jednatelovo (§ 584 odst. 2 o. z.), a d) vědomostní normy upravující důsledky úmyslného jednání, jež rovněž předpokládá vědomí jednatelovo (§ 2909 o. z.) – SCHÜLER, W.

V rámci rodiny vědomostních norem s právní bází si můžeme povšimnout, že některé z nich hovoří o tom, že osoba o určité skutečnosti mohla a měla vědět, zatímco jiné předpokládají, že osoba o této skutečnosti vědět musela. Jak jsem již uvedl, výraz „mohla“ je podle mého názoru tradiční obrat bez vlastního normativního významu, jeho přítomnost či absence proto nezakládá věcnou odlišnost mezi vědomostními normami. Zůstává zde však rozdíl spočívající v použití odlišných modálních sloves: „musela“ a „měla“. Z hlediska obecné lingvistiky tato slovesa vyjadřují různé modální významy v rámci kategorie nutnosti. Sloveso „muset“ je prostředkem vyjádření nezbytnosti, zatímco sloveso „mít“ je prostředkem vyjádření záhodnosti (žádoucnosti, vhodnosti). Výraz „mít“ může však rovněž vyjadřovat nezbytnost, stejně jako sloveso „muset“, a naopak sloveso „muset“ v některých kontextech nabývá významu pouhé záhodnosti.³⁵ I kdyby výrazy „muset“ a „mít“ v obecném jazyce konzistentně vyjadřovaly různou intenzitu nutnosti, nebylo by možné akceptovat závěr, že soukromé právo obdobným způsobem rozlišuje různé stupně povinnosti.

Po vzoru německojazyčné doktríny je možné vést rozlišení mezi pravou povinností (*Pflicht*) a nepravou povinností (*Obliegenheit*).³⁶ Tento rozdíl ovšem spočívá v odlišných následcích nesplnění příkazu. Právě povinnosti se vyznačují tím, že je lze přímo vymáhat státní mocí a jejich porušení zakládá na straně nositele povinnosti odpovědnost za vzniklou újmu. Naproti tomu při porušení nepravé povinnosti ztrácí její nositel určitou výhodnou právní pozici (například možnost uplatnit právo), nevzniká mu však odpovědnost za újmu a ani nemůže být k jejímu splnění přímo donucován státní mocí.³⁷ Právě popsané rozlišení je možné provést též v českém právu, nelze ovšem usuzovat, že by se tato distinkce nacházela v pozadí zákonodárcova rozhodnutí užívat v některých ustanoveních sloveso „mít“ a v jiných sloveso „muset“ [bylo by zjevně absurdní dovozovat existenci právě povinnosti znát úmysl druhé strany právního jednání (§ 556 odst. 1 o. z.), zjistit změnu okolností (§ 1766 odst. 2 o. z.) nebo se dozvědět o nemožnosti plnění (§ 2008 o. z.), přestože v těchto situacích zákon užívá výrazu „muset“].

V literatuře byl vysloven názor, že užití výrazu „vědět musel“ v dikci normy značí, že je normativní vědění osoby založeno pouze v případě, že si svou faktickou nevědomost

Die Wissenszurechnung im Konzern, s. 37–38. V některých zdrojích se ještě jako zvláštní kategorie uvádějí vědomostní normy, které se týkají nabývání práv (MEDICUS, D. Probleme der Wissenszurechnung. *Versicherungsrecht, Sonderheft, Karlsruher Forum*. 1994, s. 4–5), případně se v rámci této třídy rozlišují e) vědomostní normy upravující nabývání věcných práv (§ 1109 o. z., kde se stanoví podmínka dobré víry, jež je označením omluvitelného nedostatku vědění) a f) vědomostní normy upravující nabývání jiných práv, například práv z vadného plnění (§ 2103 o. z.) – WEIGT, T. *Die Wissenszurechnung im Unternehmen nach § 166 BGB*. Norderstedt: GRIN Verlag, 2012, s. 9–12; tyto vědomostní normy lze však spíše zahrnout do obecnější kategorie vědomostních norem zhoršujících právní postavení vědouceho. Lze ostatně argumentovat, že by kategorie b) měla pojmout všechny vědomostní normy, neboť též započítí běhu subjektivní lhůty či nastoupení následků vázaných na přítomnost lsti či úmyslu na straně vědouceho zhoršují jeho postavení. Podobně induktivně konstruované klasifikace jsou značně nahodilé, zpravidla teoreticky málo důsledné a nutně neúplné, protože mají jen velmi omezenou analytickou hodnotu.

³⁵ ČECHOVÁ, M. *Čeština – řeč a jazyk*. 2., přepracované vydání. Praha: ISV nakladatelství, 2000, s. 257. Viz též GREPL, M. – KARLÍK, P. *Skladba spisovné češtiny*. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1986, s. 177–180.

³⁶ Pulkrábek výraz *Obliegenheit* překládá do češtiny jako kvazipovinnost (PULKRÁBEK, Z. Opravdu je věřitel povinen přijmout plnění? *Právní rozhledy*, 2017, č. 10, s. 361).

³⁷ WIELING, H. J. Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1976, Nr. 4, s. 345; BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 39–40; MUSIELAK, H.-J. *Grundkurs BGB*. 11. Auflage. München: C. H. Beck, 2009, s. 278; GRÜNEBERG, Ch. In: PALANDT, O. *Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 260.

způsobila z hrubé nedbalosti,³⁸ zatímco výraz „vědět měl“ značí, že k založení vědomosti postačuje nejen nedbalost hrubá, ale též nedbalost prostá (lehká).³⁹ Není mi ovšem známo, že by se současný český zákonodárce někdy k této jazykové konvenci přihlásil.⁴⁰ Z textu občanského zákoníku přitom není zřejmé, že by se jí při koncipování jednotlivých ustanovení obsahujících vědomostní normy držel.⁴¹ Bylo by například obtížně teleologicky zdůvodnit, proč by se zastoupenému přičítala pouze vědomost zástupce založená hrubou (nikoli prostou) nedbalostí (§ 436 odst. 2 o. z.).⁴²

Alternativním – již nyní předesílám, že ve výsledku obtížně udržitelným – vysvětlením pro užití výrazu „muset“ by mohl být fakt, že toto sloveso dokáže vyjadřovat rovněž vysokou pravděpodobnost výroku mluvčího („Tu knihu jsem musel zapomenout doma.“).⁴³ V tomto smyslu slovo „musel“ neoznačuje existenci normy, ale vysokou míru přesvědčení o stavu kauzálního světa. Úměrně tomu by pak „musel vědět“ mohlo znamenat navázání právních následků nikoli na existenci povinnosti znát určitá fakta, ale již na vysokou pravděpodobnost faktické existence takové znalosti. Začlenění tohoto prvku do hypotézy normy by proto bylo možné interpretovat jako snížení míry důkazu ohledně znalosti dotčené osoby, případně jako jakési materiální povýšení skutkových domněnek ohledně toho, kdy osoba podle obvyklého běhu okolností nabývá znalost o určitém faktu, na úroveň nevyvratitelných domněnek právních.

O snížení míry důkazu bychom mohli hovořit, pokud bychom účinek začlenění výrazu „musel vědět“ do hypotézy vědomostní normy spatřovali v tom, že by namísto prokázání vědění mimo rozumné pochybnosti postačovalo prokázání vědění s vysokou mírou pravděpodobnosti.⁴⁴ O specifickou formu zakotvení nevyvratitelných domněnek by pak mohlo jít, pakliže bychom dovedli, že jsou užitím slovesa „musel vědět“ modifikovány účinky tzv. skutkových domněnek (zkušnostních úsudků založených na obvyklém běhu okolností). I když totiž právní normy podmiňují právní následky jen tím, že osoba o určité skutečnosti „věděla“ (nikoli „musela vědět“), využívají se při zjišťování tohoto vědění skutkové domněnky opírající se o zobecněnou zkušenost, že za určitých předpokladů

³⁸ Pokud je tedy její skutečná nevědomost důsledkem zavinění jen ve formě nedbalosti lehké, její normativní vědění ve smyslu vědomostní normy, jež užívá výrazu „muset“, podle tohoto výkladu dáno není.

³⁹ MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek I, § 1–117*, s. 91–92, 138–140.

⁴⁰ Je nutno připustit, že jako nevědomost zaviněnou hrubou nedbalostí definovalo pojem „musil vědět“ ustanovení § 16 odst. 1 zákona č. 111/1927 Sb. z. a n., o ochraně proti nekalé soutěži. Toto vymezení však nebylo ani za účinnosti právě citovaného předpisu pokládáno za obecně použitelné – viz rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 17. 12. 1931, sp. zn. Rv I 916/30 (Vážný 11261): „Nelze [...] souhlasit s dovolatelkou, že rčení ‚vědět musila‘ znamená hrubou nedbalost, neboť znamená jen, že při bedlivé a řádné péči si vědomost zjednatí mohla [...]“.

⁴¹ Shodně PETROV, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník: komentář. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 41–42.

⁴² V německém právu je normativní vědění někdy skutečně navázáno výhradně na neznalost zaviněnou hrubou nedbalostí, zatímco jindy též na neznalost založenou nedbalostí prostou. Německý občanský zákoník ovšem pro toto rozlišení poskytuje zřetelnou oporu, neboť užití hrubé nedbalosti coby standardu zaviněné nevědomosti v některých případech výslovně předpokládá (§ 199, § 932 BGB). Tam, kde německé občanské právo bez explicitní zmínky o hrubé nedbalosti předpokládá, že subjekt o skutečnosti „musel vědět“ (*kennen musste*), postačuje i nedbalost prostá, jak se dovozuje zobecněním pravidla v § 122 odst. 2 BGB (FEUERBORN, A. In: HEIDEL, T. – HÜBTEGE, R. – MANSEL, H.-P. – NOACK, U. *BGB: allgemeiner Teil. Band 1. 2. Auflage*. Baden-Baden: Nomos, 2012, s. 590; ELLENBERGER, J. In: PALANDT, O. *Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 102; srovnej též FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2640).

⁴³ K užití slovesa muset k vyjádření tzv. jistotní modality, viz GREPL, M. – KARLÍK, P. *Skladba spisovné češtiny*. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1986, s. 88–89.

⁴⁴ K míře důkazu obecně viz LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*. Praha: Leges, 2017, s. 21 an.

zpravidla vzniká vědomost na straně dotčené osoby. Skutkové domněnky lze však vyloučit, je-li prokázáním reálné možnosti odlišného běhu rozhodného děje podstatně snížena pravděpodobnost, že skutková domněnka v konkrétním případě odpovídá skutečnosti.⁴⁵ Začlenění výrazu „musel vědět“ by při jeho nenormativní interpretaci mohlo vést k tomu, že by již v případě prokázání okolností, jež podle obvyklého běhu událostí zakládají vědomost o určitém faktu, nastoupily následky skutečně existující vědomosti, tedy k ekvivalentní situaci, jako by byla skutečná vědomost nevyvratitelně presumována na základě okolností, jež ji podle obecné zkušenosti zpravidla vyvolávají.

Tato nenormativní interpretace výrazu „musel vědět“ je však nepřesvědčivá především proto, že občanským zákoníkem rovněž užívaný výraz „měl vědět“ obdobné pojetí jazykově neumožňuje (sloveso „mít“ navzdory své sémantické rozmanitosti není nositelem významu vyjadřujícího vysokou míru jistoty o určitém ději). Zároveň se nezdá, že by bylo teleologicky odůvodněné (či zákonodárcem zamýšlené) zakotvení odlišného pojetí hypotéz norem, jež pracují s výrazem „měl“, a norem, jež užívají výrazu „musel“. Například v § 431 o. z. jsou vázány následky na to, že třetí osoba „musela“ vědět o vybočení ze zastupčího oprávnění osoby pověřené podnikatelem při provozu obchodního závodu, naproti tomu v § 446 o. z. jsou upraveny důsledky toho, že třetí osoba „měla a mohla“ vědět o excesu smluvního zmocněnce. Domnívám se, že není žádný hodnotový důvod, proč by v natolik srovnatelných situacích měl být volen rozdílný přístup. Je-li tedy namísto v případech, kdy se v hypotéze užívá některé z těchto modálních sloves, uvedené výrazy pojímat shodným způsobem, musí být jak sloveso „měl“, tak sloveso „musel“ vnímány jako normativní výrazy vyjadřující existenci povinnosti.

Některé vědomostní normy navazují právní následky pouze na možnost nabytí vědění („mohl“), aniž by užívaly jakékoli sloveso vyjadřující normativitu („měl“, „musel“). Výraz „mohl se dozvědět“ je však čistě faktický toliko zdánlivě. V definici možnosti nabytí vědění se totiž odráží skrytý normativní standard. Možnost „dozvědět se“ by totiž bylo lze chápat nejširším způsobem jako objektivní možnost danou hranicemi vyplývajícími z logiky, přírodních zákonů a technických možností lidstva.⁴⁶ V souladu s takovou koncepcí možnosti by ovšem nabytí vědomostí o určité skutečnosti bylo pokládáno za možné, i kdyby k němu bylo nezbytné vynaložení excesivních, společensky nežádoucích nákladů, což neodpovídá důvodům, pro něž je vědění zakotveno jako občanskoprávní skutečnost. S přihlédnutím k hodnotovému základu vědomostních norem se tak možnost z jevu faktického proměňuje v jev normativní, neboť označuje to, co je možné zjistit při vynaložení míry péče, kterou byl dotčený subjekt povinen v informační sféře vynaložit, respektive kterou po něm bylo možné spravedlivě požadovat.⁴⁷

⁴⁵ FIALA, J. *Důkaz zavinění v občanském soudním řízení*. Praha: Nakladatelství Československé akademie věd, 1965, s. 47 an.; MACUR, J. Právní a skutkové domněnky při dokazování listinou v civilním soudním řízení. *Právní rozhledy*, 2001, č. 2, s. 60; CHALUPA, R. Uplatňování skutkové domněnky konkludentního udělení vyplňovacího oprávnění v rozhodovací praxi soudů. *Právní rozhledy*, 2021, č. 13–14, s. 490.

⁴⁶ Srovnej výklady k objektivní nemožnosti plnění působící neplatnost právního jednání dle § 580 odst. 2 o. z., popřípadě zánik závazku podle § 2006 o. z. (například MELZER, F. – PIECHOWICZOVÁ, L. In: MELZER, F. – TĚGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek III, § 419–654 a související společná a přechodná ustanovení*. Praha: Leges, 2014, s. 726 an.; VÝTISK, M. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník: komentář*, s. 2163 an.).

⁴⁷ Právě tímto způsobem – jako označení nevědomosti zaviněné (byť jen lehkou) nedbalostí – je vykládán například výraz „dozvědět mohl“ užitý v § 1128 odst. 3 o. z. (KRÁLÍK, M. In: SPÁČIL, J. – KRÁLÍK, M. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 575).

Na základě shora nastíněných úvah proto dospívám k závěru, že výrazy „měla vědět“, „musela vědět“ a „mohla vědět“ popisují normativní stav o shodné intenzitě, a to existenci nepravé povinnosti (*Obliegenheit*) ve výše vyloženém smyslu. Následkem nesplnění nepravé povinnosti znát je ztráta možnosti dovolávat se proti jiným osobám své (faktické) neznalosti.

Lze si dále povšimnout, že některá ustanovení užívají nedokonavých sloves označujících stav vědění („věděla“ o osobě a „byla známa“, „byla zřejmá“ či „byla zjevná“ o skutečnosti), zatímco jiná dokonavých sloves, jež popisují nabytí vědomosti („zjistila“, „dozvěděla se“ a „poznala“). Všechny tyto výrazy v obecné rovině popisují tentýž jev, pouze tak v závislosti na povaze normy někdy činí z hlediska statického a jindy z hlediska dynamického. Pro některá pravidla je rozhodující existence vědomosti na straně osoby k určitému okamžiku, pro jiná – zejména pro ta, jež činí počátek určité lhůty závislým na získání vědomí o předepsané okolnosti – je významné, kdy byla vědomost nabyta. Posléze uvedené normy proto užívají výrazy, jež podle své slovníkové definice odkazují na „nabytí vědomosti o něčem“.⁴⁸ Nejedná se však o charakteristiku odlišného jevu než toho, který je popisován slovem „vědět“, nýbrž o přiznání právní relevance okamžiku, kdy bylo vědění získáno.

Předchozí úvahy vedou k závěru, že ze samotné odlišnosti v textu jednotlivých ustanovení upravujících vědomostní normy nelze dovozovat věcné rozdíly v chápání pojmu právně relevantního vědění. Naproti tomu předestřená argumentace neimplikuje závěr, že musí být všechny normy, v jejichž hypotézách figuruje vědění osoby, vždy interpretovány shodně. Jsou-li pro to dány důvody, odvíjející se od smyslu a účelu jednotlivých vědomostních norem, není v žádném případě vyloučeno vyložit pojem vědění při jejich použití odlišně.⁴⁹ Pokud ovšem z teleologické interpretace konkrétní vědomostní normy nevyplnou hodnotové důvody pro odlišné chápání pojmu vědění, jenž figuruje v jejich hypotéze, je namístě vycházet z myšlenky, že dotčená pravidla předpokládají vědění v tomtéž smyslu a že volba rozdílných výrazů zákonodárcem představuje toliko stylistickou variaci či uzpůsobení volby výrazových prostředků konkrétní situaci bez úmyslu zakotvit významovou odchylku.

⁴⁸ To odpovídá definici výrazů „dozvědět se“ a „poznati“ podle *Příručního slovníku jazyka českého*. Výměr slova „zjistiti“ zní „zkoumáním, vyšetřením jako jisté něco poznati“, odkazuje tedy na slovo „poznati“, jež má výše naznačený obsah. Ze způsobu, jakým občanský zákoník slovo „zjistit“ užívá, je zjevné, že z jeho dosahu není vyloučeno poznání nabyté nahodile, bez přičinění zkoumajícího, jak by potenciálně mohlo vyplývat z citované definice, operující s poznáním získaným „zkoumáním“ či „šetřením“ (k zahrnutí pasivně čili nezáměrně získaných informací pod pojem vědomosti viz obecně PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek I, Obecná část (§ 1 až 654)*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 26). Výraz „zjistit“ je užíván například v kontextu úpravy vadného plnění. Bylo by přitom hodnotově nezdůvodnitelné, kdyby nájemce nebyl povinen oznámit pronajímateli vady předmětu nájmu, o nichž se dozvěděl, aniž by pronajatou věc cíleně ohledával, tedy které nepoznal zkoumáním či šetřením ve smyslu výše uvedené slovníkové definice (§ 2214 o. z.). Ani spojení pojmu „zjistit“ s jistotou poznání se podle mého názoru do užití tohoto pojmu v soukromém právu nepromítá. Lze jen stěží najít věcný důvod, proč by pro nastoupení účinků odhalení vad při prohlídce předmětu koupě (§ 2112 o. z., jenž užívá slovo „zjistit“) měla být vyžadována vyšší míra jistoty než pro vyvolání účinků seznání vad při uzavření kupní smlouvy (§ 2103 o. z., v němž se uplatňuje slovo „poznat“). Jak bylo poznamenáno výše, závěr, že určitá norma vyžaduje vyšší míru jistoty nositele ohledně nabytého vědění než normy jiné, je nepochybně možný; nemůže se však opírat o argumentaci užitými výrazovými prostředky, nýbrž musí být zdůvodněn teleologicky.

⁴⁹ WEIGT, T. *Die Wissenszurechnung im Unternehmen nach § 166 BGB*, s. 8, FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 91–92.

4. Pozitivní vědění jako právní skutečnost ve světle § 4 odst. 2 o. z.

Rozlišení mezi pozitivním (skutečným) a normativním (právně konstruovaným) věděním se promítá do textu občanského zákoníku a je v něm důsledně zachyceno. Vystává ovšem otázka, zda toto rozlišení není setřeno pravidlem zavedeným v § 4 odst. 2 o. z., podle něhož platí, že činí-li právní řád určitý následek závislým na něčí vědomosti, má se na mysli vědomost, jakou si důvodně osvojí osoba případu znalá při zvážení okolností, které jí musely být v jejím postavení zřejmé. Tato norma směřuje k obecné objektivizaci vědění, neboť činí relevantní nikoli skutečnou znalost konkrétní osoby, ale znalost normativně konstruovanou.⁵⁰ Akcentuje totiž okolnosti, jež osobě musely být zřejmé. Výraz „musely“ poukazuje na nepravou povinnost znát, vyplývající z povinnosti vyvinout v informační sféře péči, kterou lze po dané osobě spravedlivě požadovat. Zavinila-li si osoba neznalost okolností, jež musela znát, nemůže se proti jinému dovolávat toho, že o nich ve skutečnosti nevěděla.

Interpretace všech vědomostních norem v souladu s § 4 odst. 2 o. z. by však vedla k úplnému vytěsnění skutečného vědění jako právní skutečnosti, neboť by poukaz na znalost určitého faktu musel být vždy vyložen jako poukaz na existenci povinnosti tento fakt znát při vyvinutí odpovídající míry péče. Ve světle poznatku, že občanský zákoník operuje jak s výrazy poukazujícími na skutečné vědění („věděl“), tak s výrazy označujícími vědění normativní („vědět měl“), a to nezřídka v tomtéž ustanovení, by přitom bylo možné usuzovat, že zákonodárce rozdíl mezi danými jevy nemínil zcela setřít.⁵¹

Lze tak přisvědčit názoru, že mohou existovat též normy, pro jejichž aplikaci je určující toliko skutečná, nikoli objektivizovaná znalost.⁵² Musí se jednat o pravidla, která jsou gramaticky formulována jako vědomostní normy se skutkovouází (tj. normy založené na pozitivním vědění) a u nichž jsou navíc dány zvláštní důvody pro navázání právních následků výlučně na skutečnou znalost. Tyto zvláštní důvody nelze hledat v samotném textu ustanovení (každá norma, na niž lze § 4 odst. 2 o. z. smysluplně použít, nutně předpokládá skutečné vědomí osoby). Jejich základem by mohla být systematika občanského zákoníku: užívá-li zákon ve srovnatelných situacích jednou vědomostní normu se skutkovouází a jindy vědomostní normu smíšenou, mohl by z toho být dovozován záměr akcentovat v prve zmíněném případě pozitivní, nikoli normativní znalost.⁵³ Promyšlenost těchto formulačních odlišností však nelze přeceňovat: při konfrontaci s podobným rozdílem je spíše namíste otázka, zdali je nesrovnalost mezi těmito dvěma pravidly věcně – hodnotově – zdůvodněna a zdali není namíste jedno z uvedených pravidel dotvořit tak, aby byla mezi oběma normami nastolena koherence.

⁵⁰ K tomu srovnej též usnesení Nejvyššího soudu ze dne 2. 2. 2022, sp. zn. 27 Cdo 1510/2021.

⁵¹ Jak jsem nicméně uvedl výše, v ustanoveních, jež upravují smíšené vědomostní normy, tj. vědomostní normy vázané alternativně na vědění pozitivní a vědění normativní, je pozitivní vědomí jako prvek hypotézy konzumováno vědomím normativním.

⁵² MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek I, § 1–117*, s. 91–92, LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–302). Komentář. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 40–41.

⁵³ Příkladem by mohla být dvojice pravidel v § 242 o. z., jež akcentuje moment, kdy se člen spolku o rozhodnutí dozvěděl, a § 259 o. z., který vychází z okamžiku, kdy se člen spolku o rozhodnutí dozvěděl nebo mohl dozvědět. Podobný argument uplatňují Melzer a Tégl (MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek I, § 1–117*, s. 91–92) ve vztahu k § 1920 o. z.

Jako spolehlivé kritérium pro posouzení, zda za rozhodující pokládat též vědění právně konstruované, anebo výhradně vědění skutečné, tak může sloužit pouze teleologické hledisko opírající se o smysl a účel konkrétního pravidla. Teleologické argumenty potenciálně způsobilé odůvodnit závěr, že má být k aktivaci určité vědomostní normy zapotřebí pozitivní vědomí, mohou vyplývat zejména a) ze zvýšené potřeby ochrany osoby, o jejíž vědění jde, b) ze snížené potřeby ochrany třetích osob, jimž objektivizace standardu vědění obecně prospívá,⁵⁴ případně c) z toho, že má daná vědomostní norma určitý etický rozměr, zejména zavádí-li přísnější sankci za jednání obzvláště rozporné se základními hodnotami právního řádu, a s ohledem na tento její obsah by k její aktivaci nemělo postačovat pouhé zanedbání příslušného standardu péče v informační sféře.⁵⁵

Shora nastíněná teleologická argumentace tedy může vést u konkrétní vědomostní normy, jež podle svého textu předpokládá skutečné vědění subjektu, k vyloučení objektivizujících účinků § 4 odst. 2 o. z. Ani v těch případech, kdy soukromé právo nastoupení právních následků opravdu podmiňuje pozitivní znalostí (a nespokojuje se tedy se zaviněnou neznalostí), není ovšem posuzování předpokladů aplikace normy čistě deskriptivní a zcela oproštěné od hodnotových hledisek. Soukromé právo je totiž vždy nutné pojímat jako normativní řád vystavěný na základních principech, mezi něž se řadí také zásada „nikdo nesmí těžit ze svého nepoctivého nebo protiprávního činu“ (§ 6 odst. 2 věta první o. z.). Aplikujeme-li tuto zásadu na případy nabývání vědění, dospíváme k závěru, že nelze připustit, aby se osoba, která nemá pozitivní znalost o určité skutečnosti, mohla tohoto svého nevědomí dovolávat, pakliže si je přivodila nepoctivě. Nevědomost je pak zapříčiněna nepoctivě, pakliže osoba v úmyslu nezhoršit svou právní pozici vůči jiné osobě cíleně nezískala informaci, již mohla bez znatelných obtíží a zvláštních nákladů nabýt, respektive se záměrně uzavřela možnosti získání takové znalosti.⁵⁶

5. Prokazování vědění

V případě, že hmotné právo váže právní následky na normativní znalost, nebudou patrně vznikat mimořádné důkazní obtíže, neboť předmětem důkazu zde budou okolnosti vnějšího světa, z nichž ve spojení s aplikovatelným standardem péče vyplývá nepravá povinnost znát předmětný fakt. Je-li však podle hmotného práva podstatná skutečná znalost, měl by důsledně vzato být veden důkaz o obsahu mysli osoby, tedy jevu, jenž je obtížně zjistitelný přímými důkazy. Jako hmotněprávní reakci na procesní obtíže s prokazová-

⁵⁴ Zakotvení normy, jež podmiňuje svou aplikaci výhradně pozitivním vědění, představuje implicitní vyloučení právní relevance porušení povinnosti péče v informační sféře příslušným subjektem (GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 170; FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 98–99). Hodnotové rozhodnutí o potlačení významu zaviněné neznalosti pak odráží úsudek o tom, v jaké míře jsou jednotlivé subjekty hodny právní ochrany.

⁵⁵ Do této kategorie spadají v zásadě všechny normy, které pracují s pojmem lsti nebo úmyslu, viz GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 171. V české literatuře v tomto duchu srovnaj Melzerovo odmítnutí použitelnosti § 4 odst. 2 o. z. při zkoumání intelektuální složky zavinění ve formě úmyslu (MELZER, F. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*, s. 243).

⁵⁶ Německá teorie a praxe pracuje s podobným – co do aplikačních předpokladů ještě poněkud volněji vymezeným – jevem, který označuje za protiprávní uzavření sebe sama (*rechtsmissbräuchliches Sich-Verschließen*) [BUCK, P. *Wiszen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 69–76; FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2639–2640; FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 100–101; rozsudek BGH ze dne 6. 3. 2001, sp. zn. VI ZR 30/00, NJW 2001, 1721, bod 15].

ním skutečného vědění lze vnímat příklon k objektivizovanému standardu normativního vědění.⁵⁷ Jak však bylo uvedeno výše, v českém právu není vyloučena existence případů, v nichž bude k aktivaci vědomostní normy zapotřebí skutečné vědění. V těchto případech pak bude nutno překlenout důkazní obtíže procesními, nikoli hmotněprávními prostředky.

Osobu, jež má prokazovat pozitivní vědění na straně jiného, nelze zatěžovat důkazním břemenem, které vůbec není možné unést.⁵⁸ V rámci volného hodnocení důkazů, jež předchází závěru o nastolení stavu *non liquet*, a tudíž rovněž aplikaci pravidel o důkazním břemeni, je proto zapotřebí obecně akceptovat, že pozitivní vědomí osoby o určité skutečnosti může být doloženo nepřímými důkazy (indiciemi) a že se závěr o existenci znalosti může zakládat na prokázání vnějších okolností, jež nasvědčují přítomnosti takového vědění na straně dotčeného subjektu.⁵⁹ V případě, že osoba zatížená důkazním břemenem nemá k dispozici důkazy o okolnostech nasvědčujících vědění na straně jiného, lze využít též nástroje kompenzace informačního deficitu, zejména sekundární břemeno tvrzení.⁶⁰ Při prokazování vědění se často prosadí zkušenostní věty, tedy úsudky vyplývající ze zobecněné lidské zkušenosti o obvyklém běhu věcí,⁶¹ jež se (v rámci volného hodnocení důkazů soudem) projevují jako výše zmíněné skutkové domněnky, popřípadě prostřednictvím institutu tzv. důkazu *prima facie*.⁶²

Zkušenostní věty umožňují přijmout závěr, že bylo na straně osoby dáno pozitivní vědění o určité skutečnosti, je-li prokázán skutkový stav, který obvykle (za normálních okolností) k založení takového vědomí vede.⁶³ Současně však jejich použitím není nastolena situace, jaká by zde byla, kdyby podle práva bylo relevantní normativní vědomí. Nejen proto, že lze účinky skutkové domněnky či důkazu *prima facie* vyloučit protidůkazem,⁶⁴ nýbrž především proto, že v případě využití skutkové domněnky, respektive důkazu *prima facie* při prokazování skutečného vědomí není relevantní, zda byla případná neznalost dotčené osoby zaviněna, či nikoli. Osoba, jež by o určité skutečnosti věděla, kdyby vynaložila obvyklou péči, ale v důsledku zanedbání této péče o dané skutečnosti neví, má

⁵⁷ FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2642, FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 99–100. Srovnej též důvodovou zprávu k § 4 a 5 o. z., v níž se uvádí, že obecné pravidlo o objektivizaci standardu vědění bylo do § 4 odst. 2 o. z. zavedeno, aby byla zajištěna „schopnost vyhodnocení“, zda je podmínka vědění splněna, či nikoli.

⁵⁸ Rozsudek BGH ze dne 31. 1. 1996, sp. zn. VIII ZR 297/94, NJW 1996, 1205.

⁵⁹ BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 51–52, rozsudek BGH ze dne 5. 11. 2003, sp. zn. VIII ZR 218/01, NJW-RR 2004, 247, bod 14.

⁶⁰ GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 176. Extrémnějším řešením by byl přenos důkazního břemene na osobu, o jejíž vědomí se jedná (FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2642). Takové řešení však nelze coby paušální odpověď akceptovat a ani v konkrétních typových případech se právě s ohledem na existenci jiných možností kompenzace informačního deficitu, respektive možnost dokazovat znalost o rozhodné skutečnosti nepřímými důkazy, nebude natolik zásadní zásah do postavení procesních stran zásadně jevit potřebným.

⁶¹ SCHÜLER, W. *Die Wissenszurechnung im Konzern*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 36–37, GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 175.

⁶² Rozbor zkušenostních vět a důkazu *prima facie* viz v PRÜTTING, H. In: KRÜGER, W. – RAUSCHER, T. *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*. 6. Auflage. München: C. H. Beck, 2020 § 286, marg. č. 50–82. Ke skutkovým domněnkám viz ibidem, § 292, marg. č. 29–31. V české literatuře viz k důkazu *prima facie* LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*, s. 23, a BALARIN, J. Míra důkazu a důkazní břemeno v kontextu hodnocení důkazů v soudní praxi. *Bulletin advokacie*. 2019, č. 1–2, s. 25.

⁶³ Srovnej FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 101–102.

⁶⁴ Není tedy třeba prokazovat, že se rozhodný děj skutečně odehrál jinak, ale postačí prokázat, že skutkový děj reálně mohl v konkrétním případě proběhnout jiným než obvyklým způsobem.

normativní vědomí o předmětném faktu, pozitivní vědomí však nikoli. Jelikož je z definice obvyklé vyvíjet obvyklou míru péče, může být založena skutková domněnka, že osoba informaci získala. Tuto skutkovou domněnku však lze následně vyvrátit prokázáním reálné možnosti alternativního průběhu rozhodného děje, v jehož rámci dotčená osoba v daném případě obvyklou péči zanedbala, o předmětném faktu se tak nedozvěděla, a nemá tudíž pozitivní znalost.

6. Právní relevance zapomnění

Vědění nemusí být věčné. Je přirozené, že jednou získaná znalost o určitém jevu může být po čase zapomenuta.⁶⁵ Právo musí reflektovat ztrátu vědění, stejně jako reflektuje získání vědění.⁶⁶ Proto tam, kde právní norma váže právní následky na existenci určité znalosti, může tato podmínka po čase přestat být splňována, pokud osoba rozhodný fakt zapomene.⁶⁷ Jsou-li právní normou vázány právní následky na pozitivní vědění subjektu (tj. jedná-li se o vědomostní normu se skutkovouází), přestane být její hypotéza splňována, pakliže subjekt příslušnou informaci zapomněl. Trvání vědění, respektive jeho ztráta v důsledku zapomnění budou pochopitelně obtížně prokazatelné, důkazní situaci zde nicméně budou opět usnadňovat zkušenostní věty, respektive skutkové domněnky založené na obecné zkušenosti s tím, za jak dlouhou dobu a za jakých okolností obvykle nastává zapomnění.⁶⁸

Navazuje-li norma právní následky na existenci povinnosti znát (tj. jde-li o vědomostní normu s právníází), nastane zapomnění, jestliže uplynulo takového množství času a nastoupily takové okolnosti, že by ani vynaložení odpovídající míry péče nevedlo k uchování této informace a jejímu následnému znovuzpřítomnění ve chvíli, kdy se stala relevantní z hlediska posuzovaného skutkového děje. V těchto případech však bude hrát významnou roli charakter informace, o níž se jedná. U údajů, jež je s ohledem na jejich

⁶⁵ Informace však není zapomenuta, může-li ji nositel vyvinutím přiměřeného úsilí vyvolat z paměti. Pozitivní vědění totiž zahrnuje nejen aktuální obsah vědomí osoby, ale též všechny informace, kterou mohou být při rozumné míře snahy opětovně vyvolány z paměti a znovu zpřítomněny v mysli. Zapomnění (*Vergessen*), jež může vyvolat odpadnutí prvku hypotézy vědomostní normy, tedy nelze ztotožňovat s pouhým nevybavením (*Nichterrinerung*), jež sice může v konkrétní situaci na straně osoby nastat, ale jež se splnění předpokladů vědomostní normy nijak nedotýká (rozsudek BGH ze dne 11. 2. 2009, sp. zn. IV ZR 26/06, NJW-RR 2009, 606, bod 17; FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2638–2639; JUNG, S. *Wissenszurechnung und Wissensverantwortung bei juristischen Personen*, s. 55–59; srovnej též MEDICUS, D. *Probleme der Wissenszurechnung*, s. 5–6).

⁶⁶ Srovnej BAUM, M. *Die Wissenszurechnung*, s. 201–202, FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2638.

⁶⁷ Zapomnění není významné z hlediska těch norem, jež navazují právní následky na samotné nabytí vědění (typicky užitím pojmu „dozvěděl se“), a pro něž tudíž není významné trvání vědění v čase (srovnej JUNG, S. *Wissenszurechnung und Wissensverantwortung bei juristischen Personen*, s. 54–55).

⁶⁸ Srovnej BOHRER, M. *Wissenszurechnung bei Organen juristischer Personen. Deutsche Notar-Zeitschrift*. 1991, Nr. 2, s. 127–128. Důkazní břemeno o trvání vědomí (tedy o tom, že nedošlo k zapomnění) nese podle německé rozhodovací praxe i nadále ten, kdo prokazuje skutkové předpoklady vědomostní normy. Ačkoli se totiž presumuje trvání jednou vzniklého práva, neexistuje žádná domněnka trvání jednou nastalých skutkových okolností, například znalosti subjektu (rozsudky BGH ze dne 22. 10. 1976, sp. zn. V ZR 247/75, ze dne 10. 7. 1987, sp. zn. V ZR 152/86, NJW-RR 1987, 1415, ze dne 22. 11. 1991, sp. zn. V ZR 215/90, NJW-RR 1992, 333, a ze dne 31. 1. 1996, sp. zn. VIII ZR 297/94). V paradigmatu klasické normové analýzy vskutku platí závěr, že by trvání vědění coby prvek hypotézy vědomostní normy měl prokazovat ten, kdo se této vědomostní normy dovolává, neboť zapomnění představuje odpadnutí předpokladu základní normy, nikoli naplnění předpokladu protinormy způsobující zánik práva (srovnej LAVICKÝ, P. *Důkazní břemeno v civilním řízení soudním*, s. 171 an.).

povahu obvyklé uchovávat ve formě listinných nebo elektronických záznamů, lze coby součást aplikovatelného standardu péče požadovat, aby příslušná informace opravdu uchovávána byla.⁶⁹ Není-li předmětná informace korektně uložena a je-li v důsledku toho nositelem ztracena, jedná se o nevědomost zaviněnou, která nebrání naplnění hypotézy vědomostní normy, jež akcentuje existenci povinnosti vědět; aplikační předpoklady normy podmiňující své použití skutečným věděním ovšem v případě takového zaviněného zapomnění již napříště splněny nejsou.⁷⁰

7. Uložené informace jako vědění

Pojem vědění je v obecném jazyce zpravidla spojen s obsahem lidské mysli. Informace jsou však lidmi rovněž ukládány na vnější nosiče. Ve vazbě na stále rostoucí objem uložených informací a možností jejich zpracování se v nedávné době objevila myšlenka, zda by pod pojem vědění osoby neměly být podřazeny též informace, které jsou zachyceny ve zdrojích, jež má osoba pod kontrolou.⁷¹ Možnost rozšíření pojmu vědění na uložené informace je významná především z hlediska vědění pozitivního. Naopak u vědomostních norem, jež vážou právní následky na normativní vědění, není pochyb, že je možné zkoumat, zdali aplikovatelný standard péče vyžadoval, aby dotčená osoba z informačních zdrojů, jimiž disponuje, získala potřebné znalosti.⁷²

Zdánlivě relevantní by se zde mohlo jevit pravidlo o spojení účinků adresovaného právního jednání s jeho dojitím do sféry adresáta (§ 570 o. z.), jímž se tradičně rozumí možnost příjemce seznámit se s obsahem právního jednání.⁷³ Z této normy se podává, že pouhá přítomnost právního jednání ve sféře kontrolované adresátem může postačovat k založení právních účinků vůči adresátovi. Ve skutečnosti však problém rozšíření pojmu pozitivního vědění na informace uložené na nosičích není pomocí pravidla o působení adresovaného právního jednání řešitelný. V první řadě proto, že právní jednání představují jen malou, byť významnou výseč právně významných informací. Zejména však proto, že

⁶⁹ V německé teorii a praxi se v tomto kontextu často hovoří o vědění typicky uchovávaném ve spisech (*typischerweise aktenmäßig festgehaltenes Wissen*). Takové vědění se například přičítá právnické osobě i poté, co ji opustila osoba, která fakticky měla rozhodné znalosti (rozsudky BGH ze dne 17. 5. 1995, sp. zn. VIII ZR 70/94, NJW 1995, 2159, a ze dne 2. 2. 1996, sp. zn. V ZR 239/94, NJW 1996, 1339, viz též SCHWAB, M. *Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen*. *Juristische Schulung*. 2017, s. 481).

⁷⁰ V souladu s výše vyloženou myšlenkou, že pozitivní vědění postačuje k naplnění hypotézy vědomostní normy, jež podle své dikce předpokládá výhradně existenci vědění normativního, musí platit, že pokud osoba informací ve skutečnosti nezapomněla (má tedy stále pozitivní vědění), nemůže se dovolávat toho, že by v daném případě zapomnění z její strany již nepředstavovalo porušení standardu péče v informační sféře (a nemá už tak normativní vědění).

⁷¹ V německé literatuře se hovoří o spisovém vědění (*Aktenwissen*), se zdůrazněním, že užitím tohoto pojmu nemá být dopad dané konstrukce omezován jen na informace zachycené v listinné podobě, ale neboť se má nepochybně vztahovat též na data uchovávaná elektronicky (BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 55–57; JUNG, S. *Wissenszurechnung und Wissensverantwortung bei juristischen Personen*, s. 49). První příspěvky k diskusi o významu spisového vědění viz v BOHRER, M. *Wissenszurechnung bei Organen juristischer Personen*, s. 122, a MEDICUS, D. *Probleme der Wissenszurechnung*, s. 7–8.

⁷² Pokud by ovšem bylo možné uložené informace považovat za pozitivní vědění, pak by v těchto případech byly splněny rovněž aplikační předpoklady vědomostních norem s právní bází, neboť jak jsem uvedl výše, postačuje-li k aktivaci normy právně konstruované vědění, tím spíše je její použití odůvodněné, je-li dáno vědění skutečné.

⁷³ K výkladu dojití jako podmínky nastoupení účinků adresovaného právního jednání srovnej MELZER, F. – KORBEL, F. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář. Svazek III, § 419–654 a související společná a přechodná ustanovení*, s. 685–686. Viz též EINSELE, D. In: SCHUBERT, C. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil: §§ 1–240*. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2021, § 130, marg. č. 16.

obecně akceptovaná interpretace dojití právního jednání jako nabytí možnosti seznámit se s jeho obsahem znamená toliko, že k vyvolání účinků právního jednání vůči adresátovi postačuje vznik normativní znalosti o obsahu právního jednání. Tím však není řečeno, že by samotná možnost seznámit se s obsahem právního jednání musela postačovat též k naplnění aplikačních předpokladů vědomostních norem se skutkovou bází, jež v hypotéze předvídají výhradně vědění pozitivní.⁷⁴

Otázku, zdali je namíste pojmu pozitivního vědění osoby podřadit též informace zachycené na nosičích v dispoziční sféře tohoto subjektu, je opět namíste řešit teleologickou argumentací. Neomezená extenze pojmu vědění na veškeré zachycené informace, které má osoba pod kontrolou, by vedla k absurdním závěrům, jelikož by ve značné míře setřela rozdíl mezi pozitivním a normativním věděním.⁷⁵ Ba co víc, umožnila by, aby byla osoba pokládána za nositele informací, jejichž zdroje má sice pod svou faktickou kontrolou, ale jejichž opatření přesahuje to, čeho lze při vynaložení očekávatelné míry péče v informační sféře dosáhnout.⁷⁶ Tím by obrátila vztah pozitivního a normativního vědění, v němž má normativní vědění figurovat jako volnější, nikoli striktnější předpoklad nastoupení právních následků.

Coby obecná teze tedy musí platit, že informace, které osoba nemá ve svém vědomí a které jsou pouze uchovávány na nosičích, jež má daná osoba pod faktickou kontrolou, nelze zásadně pokládat za její pozitivní vědomí.⁷⁷ Vyplývá-li osobě z aplikovatelného standardu péče povinnost informace z těchto nosičů získat, může dostupnost zmiňovaných informací zakládat normativní vědomí dané osoby, nikoli však její vědomí pozitivní.

V německé doktríně byl vysloven názor, že by za pozitivní vědění osoby mohly být pokládány informace, které tato osoba nabyla (obsáhla je ve svém vědomí) a poté je vědomě uložila na určitý nosič, nad nímž má nadále faktickou kontrolu. V takovém případě lze osobu činit zodpovědnou za to, že využila tohoto technického prostředku, aby rozšířila svou vědomostní kapacitu, podobně jako by jí bylo možné i nadále přičítat znalost informací, jež svěřila svému přímému zástupci.⁷⁸ Posledně zmíněné pojetí vede k závěru, že

⁷⁴ Podobně německá dogmatika dovozuje, že samotná možnost adresáta seznámit se s obsahem adresovaného právního jednání zakládá jeho perfekci, nikoli však nutně vědění adresáta o obsahu tohoto právního jednání. Z procesního hlediska ovšem může dojití právního jednání sloužit jako důkaz *prima facie*, že se adresát o obsahu právního jednání rovněž dozvěděl (viz BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 77–82; FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 264; JUNG, S. *Wissenszurechnung und Wissensverantwortung bei juristischen Personen*, s. 50).

⁷⁵ FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2640–2641.

⁷⁶ Je například možné, že se do dispozice subjektu dostane velké množství netříděných dat, jež není při rozumných nákladech možné zpracovat. V takovém případě není racionální akceptovat úsudek, že má k dispozici informace, na jejichž základě se může rozhodnout, zda bude jednat, či nikoli. Vzhledem k tomu, že je vědění pro soukromé právo hodnotově významné coby okolnost právního činu, případně nečinnosti, není namíste, aby byly subjektu přičítány k tíži negativní následky znalosti, kterou mohl získat jen s vynaložením excesivních nákladů, a již tedy nebyl s to rozumně promítnout do svého počinání.

⁷⁷ ADLER, A. *Wissen und Wissenszurechnung, insbesondere bei Arbeitsteilig aufgebauten Organisationen*. Mainz: Johannes Gutenberg-Universität, 1997, s. 12–16 a 138–142, BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, s. 55–57, GRIGOLEIT, H. C. *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, s. 173–174, podobně též FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*, s. 107–108, byť s možnou výhradou pro právnické osoby. Naproti tomu k široké možnosti kvalifikovat uložené informace jako vědění se přiklání LIESE, Ch. *Grenzen der Wissenszurechnung: Konzern und Outsourcing*, s. 13–17.

⁷⁸ FATEMI, A. *Der Begriff der Kenntnis im Bürgerlichen Recht*, s. 2641. Alternativní konstrukce vychází z toho, že informace uložené na externích nosičích lze pokládat za znalosti osoby, jejíž vědění je posuzováno, má-li tato osoba důvod (Anlass) je vyhledat (rozsudek BGH ze dne 14. 7. 1993, sp. zn. IV ZR 153/92, NJW 1993, 2807; podobně viz SCHULTZ, W.

osoba nepozbývá pozitivní vědění (přestože již příslušné údaje není s to vyvolat z paměti ani při vyvinutí přiměřeného úsilí), uložila-li je na externí médium, které se stále nachází v její dispozici. Tím uvedená koncepce omezuje přípustnost zohledňování ztráty vědění prostřednictvím zapomnění, o němž byla řeč výše.⁷⁹

Z hlediska českého práva se takové rozšíření pojmu pozitivního vědění nejeví nezbytné ani žádoucí. Nezakládá-li smysl a účel konkrétní vědomostní normy důvod pro akcentování skutečného (nikoli právně konstruovaného vědění), prosadí se objektivizace standardu vědění podle § 4 odst. 2 o. z. V takovém případě bude za prvek hypotézy pokládáno normativní, nikoli pozitivní vědění, a bude možné posuzovat, zda aplikovatelný standard péče vyžadoval, aby dotčená osoba znala informace obsažené v jí kontrolovaných zdrojích vědění. Pokud zde naopak budou dány teleologické důvody, svědčící pro vyloučení § 4 odst. 2 o. z. a navázání právních následků pouze na vědění skutečné, nebude rozumné tato východiska opětovně zpochybňovat rozšířením pojmu pozitivního vědění na znalosti, které nejsou přítomny v mysli dotčené osoby, a neodpovídají tak chápání konceptu vědění v obecném jazyce.

Závěr

Není možné argumentovat, že by pojem vědění musel být nutně v celém soukromém právu vykládán týmž způsobem. Jeho obsah lze nepochybně diferencovat pro potřeby jednotlivých norem, jež s ním operují. Pokud však neexistují přesvědčivé argumenty pro odlišnou interpretaci pojmu vědění, je třeba tento koncept užívat jednotně. Na věcné rozdíly mezi vědomostními normami zpravidla nelze usuzovat na základě odlišnosti ve volbě výrazových prostředků užitých v jednotlivých ustanoveních (neboť ty ve většině případů představují toliko stylistickou variaci), nýbrž na základě smyslu a účelu jednotlivých vědomostních norem, jež si mohou žádat například snížení, či naopak zvýšení míry jistoty, kterou má mít nositel znalosti o předmětu vědění.

V souladu s tím, co je obvyklé ve srovnatelných právních rádech, je zapotřebí rozlišovat mezi pozitivním a normativním věděním. Toto rozlišení je reflektováno též v dikci příslušných ustanovení občanského zákoníku prostřednictvím užití faktických či normativních pojmů. V § 4 odst. 2 o. z. je však zakotveno pravidlo, jež ukládá pojem vědění v hypotézách norem interpretovat objektivním způsobem, tedy jako vědění normativní. Normy, jež navazují právní následky na vědění pozitivní, tak nelze identifikovat samotným jazykovým výkladem, ale opět pouze teleologicky – posouzením, zda u konkrétní vědomostní normy, jež užívá výrazy odkazující na faktické nabytí znalosti, existují hodnotové důvody opodstatňující vyloučení normativní objektivizace vědění, kterou jinak předepisuje ustanovení § 4 odst. 2 o. z.

Die Bedeutung der Kenntnis des Vertretenen beim Vertreterhandeln für juristische Personen und Gesellschaften. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1996, Nr. 21, s. 1392). Toto pojetí je však kritizováno jednak pro nejednoznačnost pojmu důvodu k vyhledání informace, jednak – opět – pro zneřehledňování hranice mezi pozitivním a normativním věděním (JUNG, S. *Wissenszurechnung und Wissensverantwortung bei juristischen Personen*, s. 51–52; právě citovaný autor ovšem nakonec rozšiřování pojmu pozitivního vědění na uložené informace odmítá zcela).

⁷⁹ Mimo jiné proto, že daný přístup popírá právní relevanci zapomnění, a vede tudíž k hodnotově neakceptovatelným důsledkům, odmítá možnost ztotožnění pozitivního vědění s dostupností uložených informací Goldschmidt (GOLDSCHMIDT, Ch.-U. *Die Wissenszurechnung: ein Problem der jeweiligen Wissensnorm, entwickelt am Beispiel des § 463 S. 2 BGB*, s. 60–71).

V předchozím textu bylo poukázáno na některé hmotněprávní i procesní problémy související s postavením vědění jako občanskoprávní skutečnosti. Mimo rámec zkoumání zůstala zejména otázka přičítání vědění jinému, jež jinak tvoří ústřední prvek teorie vědění v soukromém právu.⁸⁰ Do popředí problém přičitatelnosti vědění vystupuje zejména u složitějších organizací s vnitřní dělbou práce (zpravidla právnických osob), ve kterých nevyhnutelně dochází k rozrůzněné distribuci informací mezi jednotlivé subjekty účastné na struktuře takové organizace. Právě na existenci distribuovaného systému vědění musí v zájmu ochrany třetích osob právo reagovat pravidly upravujícími, kdy lze subjektu, jenž řečenou organizaci vytvořil, přičítat vědění přítomné v určitém dílčím prvku dané soustavy. Tento problém však svou složitostí zjevně přesahuje možnosti předložené stati.

⁸⁰ K problematice přičítání vědomí viz ze zahraniční monografické literatury například SCHILKEN, E. *Wissenszurechnung im Zivilrecht: eine Untersuchung zum Anwendungsbereich des § 166 BGB innerhalb und außerhalb der Stellvertretung*. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1983; BAUM, M. *Die Wissenszurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999; GOLDSCHMIDT, Ch.-U. *Die Wissenszurechnung: ein Problem der jeweiligen Wissensnorm, entwickelt am Beispiel des § 463 S. 2 BGB*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001; BUCK, P. *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001; JUNG, S. *Wissenszurechnung und Wissensverantwortung bei juristischen Personen*. Baden-Baden: Nomos, 2017; LIESE, Ch. *Grenzen der Wissenszurechnung: Konzern und Outsourcing*. Baden-Baden: Tectum Verlag, 2020; FIETZ, T. *Die Wissenszurechnung gegenüber juristischen Personen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2021; SEIDEL, A. *Die wertende Wissenszurechnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021. V české literatuře srovnej zejména ČECH, P. Přičitatelnost dobré či zlé víry, resp. vědomí o určité skutečnosti právnické osobě. *Právní rozhledy*. 2018, č. 6, s. 210 an., BRIM, L. Přičitatelnost vědomí právnickým osobám: doplnění paradigmatu. In: RONOVSKÁ, K. – HAVEL, B. – LAVICKÝ, P. a kol. *Pocta prof. Janu Hurdíkovi k 70. narozeninám: základní otázky života, práva a vůbec...!* Brno: Masarykova univerzita, 2021, s. 309 an., a RUBAN, R. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 303–654). Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 2019–2020.

Právo na odpor v kontextu demokratického právního státu

Lukáš Kollert*

Abstrakt: Předkládaná studie se zaměřuje na právo na odpor, které je vedle výjimečného stavu jedním z hlavních mimořádných právních instrumentů určených k řešení krizí. Od výjimečného stavu se liší zejména v tom znaku, že se jej v podmínkách demokratického právního státu nemohou dovolat orgány veřejné moci, nýbrž pouze občané coby subjekty podřízené její autoritě. Jakkoli se nám mj. s ohledem na historické zkušenosti a platnou právní úpravu může jevit právo na odpor jako relativně přirozený institut, je pravdou, že jeho pozitivní zakotvení je v evropském kontextu spíše vzácné a řada významných teoretiků vůči němu zaujala silně rezervované, nebo dokonce výslovně negativní stanovisko. V článku nejprve odlišuji právo na odpor od práva na revoluci a občanské neposlušnosti. Následně představuji čtyři základní typy argumentů, které jsou vůči právu na odpor vznášeny. Jmenovitě se jedná o argumenty z i) logického rozporu, ii) anarchie a nekonečného regresu, iii) redundance, iv) konzumpce. Po jejich zhodnocení nabízím v závěru odpověď na otázku, zda právo na odpor má nebo nemá v demokratickém právním státě své místo. Jedno z východisek pro předloženou analýzu představuje Sieyèsovo rozlišení mezi *pouvoir constituant* a *pouvoir constitué*.

Klíčová slova: právo na odpor, právo na revoluci, odpor, revoluce, občanská neposlušnost, demokratický právní stát, moc ustavující, moc ustavená

Úvod

Hlavním cílem této studie je představit klíčové argumenty proti zakotvení či uznání práva na odpor v právním státě,¹ provést jejich typologizaci, posoudit je a na základě tohoto zhodnocení podat odpověď na otázku, zda v něm má své místo.² Jsou v ní rovněž naznačeny odpovědi na ústřední otázky, které jsou s ním spojeny, totiž kdo smí komu jak a za jakých předpokladů odpor legitimně klást, a to i veřejné autoritě zajišťující vnitřní mír a podmínky pro efektivní existenci (alespoň nějakého) práva, respektive právního stavu vůbec, kdo smí naplnění těchto předpokladů posuzovat atd. V úvodní části práce dále právo na odpor přibližuji pomocí jeho odstínění od souvisejících pojmů, jmenovitě práva na revoluci a občanské neposlušnosti.

Právo na odpor je mezním pojmem úvah o právu a je posuzováno různě mj. v závislosti na zvoleném metodologickém východisku (právní pozitivismus, *iusnaturalismus* atd.). Obecně je můžeme charakterizovat jako mimořádný reaktivní právní institut, jenž v oblasti státovědy spadá pod pojem nouzového práva společně především s výjimečným stavem.³ Od něj se odlišuje v tom klíčovém znaku, že zatímco výjimečný stav rozšiřuje pole

* JUDr. Mgr. Lukáš Kollert. Interní doktorand na katedře ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy. E-mail: lukas.kollert@seznam.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7135-0353>.

1 Tento článek vznikl v rámci plnění projektu specifického vysokoškolského výzkumu (SVV) Univerzity Karlovy č. 260 494 *Integrovaná úloha lidských práv v moderním právu*.

2 Tématu práva na odpor jsem se věnoval v závěrečné práci *Ústavněprávní regulace výjimečného stavu v právním státě* obhájené v roce 2021 na PF UK, ze které v předkládaném článku vycházím. Za cenné připomínky a konstruktivní podněty k pracovnímu textu této studie děkuji doc. Vojtěchu Bellingovi a prof. Janu Kyselovi. Veškeré v textu vyjádřené názory a případné v něm obsažené chyby jsou autorovy.

3 Srov. SCHWARZ, K.-A. *Widerstandsfall*. In: ISENSEE, J. – KIRCHHOF, P. (eds). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, XII*. 3. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2014, s. 1027–1044.

jednání orgánů veřejné moci za účelem překonání krize,⁴ práva na odpor se v podmínkách demokratického právního státu nemůže dovolat veřejná moc, nýbrž pouze občané coby subjekty podřízené její autoritě.

Výjimečný stav a právo na odpor se mohou dle okolností ocitnout v různých poměrech. Právo na odpor může teoreticky stát k výjimečnému stavu v poměru subsidiarity jako nejkrasší forma nouzového práva, jež přichází ke slovu v okamžiku, kdy ani výjimečný stav neumožňuje překonat krizi a zajistit chráněný objekt, kterým je existence státu a jím neseného ústavního řádu. Zmíněné instituty však mohou působit také proti sobě. K takové situaci může dojít, jestliže orgán veřejné moci zneužívá pravomocí, které jsou mu dány v rámci výjimečného stavu, k odstranění daného řádu.

Právo na odpor je pojmem, jenž je podobně nepominutelný jako sporný, problematický a také zneužitelný. Ilustrovat to můžeme provokativně na citátu, který by mohl být, pokud bychom jej vytrhli z kontextu, *mutatis mutandis* vložen do úst leckterého zastánce demokratického právního státu. Přesto je jeho původcem utiskovatel, jehož odsouzeníhodná krutovláda přinesla jedno z nejzásadnějších popření právního státu v moderních dějinách: „*Státní autorita nemůže být samoučelná, neboť v takovém případě by každá tyranie na tomto světě byla nenapadnutelná a posvátná. Vede-li vládní moc pomocnými prostředky národ k zániku, potom je vzpoura nejen právem, ale i povinností každého příslušníka takového národa.*“⁵

Zatímco v polovině 20. let Hitler právu na odpor v kontextu nezdařeného pivního puče přitakává, ač lze mít důvodné pochybnosti, zda byly naplněny jím artikulované skutkové předpoklady jeho aktivace, v roce 1944, kdy naopak sotva mohlo být pochyb o jejich nesplnění, mu pochopitelně nepřišlo na mysl, aby pokládal za legitimní postup atentádníků z 20. července 1944.⁶ Právo na odpor nicméně není zdaleka problematické jen proto, že jeho obhájce nalezneme mezi postavami, s jejichž stanovisky kategoricky nesouhlasíme. Podstatné výhrady vůči němu měli i zastánci právního státu či autoři, kteří mu připravovali půdu. Dilema představuje mj. proto, že může být „*na jedné straně nástrojem a garancí udržení řádu určité kvality, na straně druhé však hrozí každému řádu subverzí spontánní, tj. nereflektované poslušnosti.*“⁷

S myšlenkovou strukturou ležící v základu práva na odpor se setkáváme od prvních úvah o právu. Bylo by jistě neadekvátní bez dalšího konstatovat, že pojem práva na odpor v dnešním významu nacházíme např. v myšlenkovém světě Platónových současníků nebo právní kultuře germánských kmenů, ve spojitosti s níž odborná literatura o právu na odpor nezřídka hovoří.⁸ Můžeme zde nicméně nalézt jeho předobraz a v aluzi na pozdního

zde s. 1040. Dále srov. ISENSEE, J. Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung. In: ISENSEE, J. – KIRCHHOF, P. (eds). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, IX. 3. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2011, s. 265–412, zde s. 322. Jinou pozici zastává OBERREUTER, H. *Notstand und Demokratie. Vom monarchischen Obrigkeits- zum demokratischen Rechtsstaat*. München: Vögel, 1978, s. 243.

⁴ K pojmu výjimečného stavu srov. KOLLERT, L. Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2021, roč. 29, č. 2, s. 227–260.

⁵ HITLER, A. *Mein Kampf*. Praha: Naše vojsko, 2016, s. 87.

⁶ Viz např. VON MÜNCH, I. Widerstandsrecht als Verfassungsproblem. In: ARNDT, C. et al. *Widerstand in der Demokratie*. Hamburg: Landeszentrale für politische Bildung, 1983, s. 21–35, zde s. 28.

⁷ Srov. KYSELA, J. Čl. 23. Právo na odpor. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 525–538, zde s. 525.

⁸ Srov. PLATÓN. Kritón. In: PLATÓN. *Platónovy spisy. Svazek I*. Praha: Oikoymenh, 2003, s. 65 an. KERN, F. *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie*. 7. unveränderte Auflage. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980, passim.

Wittgensteina hovořit o „rodové podobnosti“ množiny institutů,⁹ které prochází napříč dějinami práva a krouží kolem problému artikulovaného v prvním odstavci této studie.

Nehledě na proměny práva na odpor v čase je třeba tento pojem precizovat jeho odstíněním od termínů, které se s ním sice v některých znacích překrývají, avšak v jiných se naopak natolik odlišují, že je nutné je v zájmu vědecké přesnosti traktovat jako samostatné kategorie. Těmito pojmy jsou právo na revoluci a občanská neposlušnost. V případě práva na odpor pak můžeme rozlišit mezi jeho aktivní a pasivní formou. Platí přitom, že v této studii se zaměřuji zejména na aktivní právo na odpor.

Uvedeným termínům je společné, že jejich logický předpoklad tvoří existence alespoň dvou rovin, které mohou být ve vzájemném napětí. Může se jednat buď o tenzi dvou normativních řádů, nebo rozpor mezi jednáním autority a řádem, na němž se zakládá. Platí přitom, že legitimita postupu, jenž by byl za jiných okolností nepřijatelný, zde vyplývá z i) nadřazenosti jednoho řádu vůči druhému či řádu vůči jednající autoritě, ii) kolize mezi řády nebo jednáním a řádem (stranou nyní nechávám požadavek *ultima ratio* a další, jež budou zmíněny níže).

Z hlediska pojmů legality a legitimacy mohou být skutkové předpoklady práva na odpor naplněny jak v případě, že dojde ke konfliktu mezi legalitou a legitimitou, tak v případě střetu dvou odlišných koncepcí legitimacy. Činnost opřená o právo na odpor může teoreticky směřovat proti určité vizi legitimacy ve jménu narušované legality, respektive legitimacy této legality.¹⁰

Na závěr úvodu pro vyloučení nedorozumění uvádím, že ačkoli tento článek zmiňuje některé z Kantových argumentů proti právu na odpor, nemá ambici předložit rigorózní výklad jeho filosofie práva ani jednotlivých argumentů v jejím rámci. Kantovy texty používám pouze jako východisko pro formulování obecných argumentačních typů, které následně posuzuji a jež nemusí Kantovým argumentům přesně odpovídat. Slouží zde tedy spíše jako inspirace pro možné námítky.

1. Terminologické distinkce

1.1 Pasivní odpor

Pro pasivní odpor je příznačné, že subjekt odepírá poslušnost s odkazem na vázanost stávajícím platným normativním řádem nebo jiným řádem, jenž je tomuto řádu nadřazen, a své vnitřní svědomí, aniž by ovšem byl veden intencí vzepřít se příkazující autoritě *en bloc* (odlišnost od aktivního práva na odpor) nebo stávajícímu řádu jako takovému (odlišnost od revoluce) či apelativně prostřednictvím mobilizace sociálních sil docílit částečné společenské transformace (občanská neposlušnost). Modelový příklad pasivního práva na odpor skýtá počínání raně křesťanských mučedníků, kteří neusilovali o odstranění pohanské světské moci a řádu, nýbrž s ohledem na vázanost vyšším zákonem odmítali participovat na císařském kultu.¹¹

⁹ Srov. WITTGENSTEIN, L. *Filosofická zkoumání*. Praha: Filosofický ústav AV ČR, 1993, s. 46 an.

¹⁰ Z prostorových důvodů zde neprovádíme zkoumání historického vývoje práva na odpor. Srov. k tomu KERN, F. *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie*. Dále srov. KÖHLER, M. *Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtstheorie der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973. KYSELA, J. *Právo na odpor a občanskou neposlušnost*. 2. aktualizované a rozšířené vydání. Brno: Doplněk, 2006.

¹¹ Srov. KERN, F. *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie*, s. 179 an.

1.2 Aktivní odpor a revoluce

Právo na aktivní odpor můžeme přiblížit jako právo ospravedlňující jinak trestné jednání, jež se staví v mimořádné situaci proti vládě nebo jiným silám ve jménu stávajícího řádu proto, že tento řád zásadně porušují nebo odstraňují. Jde o institut, který spadá do oblasti práva pro mimořádné situace,¹² nikoli o pojem označující soubor právem i za běžných okolností umožněných modů chování, jež mohou občané realizovat za účelem vyjádření „odporu“ k určité politice (např. protest nebo demise).¹³

Aktivní právo na odpor je na rozdíl od pasivního příbuzné revoluci, pokud jde o prostředky, avšak liší se od ní cílem, jímž (v zájmu pojmové jasnosti) nemůže být nic jiného než ochrana platného řádu.¹⁴ Aktivní odpor může směřovat proti vládě (převratu shora), společenským silám (převratu zdola) nebo útoku jiného státu či obdobné entity. Je tedy institutem obracejícím se mj. proti revolučnímu úsilí. Oba pojmy je proto žádoucí traktovat jako odlišné kategorie. Jedná se o protipóly, které mohou v konkrétní historické situaci působit proti sobě.¹⁵ Revoluce na rozdíl od odporu směřuje proti stávajícímu řádu, a to ve jménu (ideálního) řádu, který má být ustaven, respektive případně vize světa bez řádu (anarchismus).

1.3 Občanská neposlušnost

Občanská neposlušnost se liší od pasivního odporu svou apelativní intencí docílit dílčí společenské změny řádu, a tudíž také veřejností coby nutnou podmínkou dosažení uvedeného cíle. Od aktivního odporu a revoluce se liší prostředky, neboť lze souhlasit s Arendtovou i Rawlsem, že jejím pojmovým znakem je nenásilnost vzdoru.¹⁶ Společně s Kingem s ní můžeme spojovat také ochotu nést případné následky ve jménu spravedlnosti.¹⁷

V otázce slučitelnosti násilí a občanské neposlušnosti je možné se setkat i s protikladným stanoviskem.¹⁸ S touto pozicí ovšem nesouhlasím, neboť považuji na základě vážení hodnot a rizik za těžko obhajitelné, aby bylo pokládáno za přípustné privátní násilí narušující veřejný pořádek a státní monopol na násilí za účelem dosažení tolika dílčích společenských změn. Jinými slovy, považuji je za nepřijatelné v situaci, kdy se značnou pravdě-

¹² Srov. ISENSEE, J. *Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz*. Bad Homburg – Berlin – Zürich: Gehlen, 1969, s. 58 an.

¹³ Opačné stanovisko zastává KAUFMANN, A. Einleitung. In: KAUFMANN, A. – BACKMANN, L. (eds). *Widerstandsrecht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, s. IX–XIV.

¹⁴ Srov. BADURA, P. *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. 4. neubearbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 2010, s. 326. Viz také judikát Spolkového ústavního soudu BVerfGE 5, 85 ze dne 17. srpna 1956 [cit. 2022-06-06]. Dostupné z: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>>.

¹⁵ Srov. ISENSEE, J. *Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz*, s. 53. K rozdílu mezi právem na odpor a právem na revoluci dále srov. HORÁK, F. – DIENSTBIER, J. *Právo na odpor* (čl. 23). In: KÜHN, Z. – KRATOCHVÍL, J. – KMEC, J. – KOSAR, D. et al. *Listina základních práv a svobod. Velký komentář*. Praha: Leges, 2022, s. 939–950, zde s. 940.

¹⁶ Srov. ARENDT, H. *Civil Disobedience*. In: ARENDT, H. *Crises of the Republic*. San Diego – New York – London: Harcourt, Brace & Company, 1972, s. 49–103, zde s. 76 an. RAWLS, John. *Teorie spravedlnosti*. Praha: Victoria Publishing, 1995, s. 217 an.

¹⁷ Viz přepis rozhovoru Martina Luthera Kinga s Nedem Brooksem k pochodům ze Selmy do Montgomery [cit. 2022-06-06]. Dostupné z: <<https://web.archive.org/web/20180705062859/https://archives.nbclearn.com/portal/site/k-12/flatview?cuecard=48756>>.

¹⁸ Srov. ZINN, H. *Disobedience and Democracy. Nine Fallacies on Law and Order*. Cambridge (MA): South End Press, 2002, s. 39 an.

podobností náležitě fungují instituce ustavené za účelem deliberace a zajištění ochrany práv.

Pokud jde o motivy, může občanská neposlušnost sledovat jak konzervativní, tak převratné cíle, čímž se opět liší jak od aktivního odporu, tak i revoluce, neboť u nich je zacílení jedním nebo druhým směrem nutným pojmovým znakem.

2. Uznat, či neuznat?

Argumentace v neprospěch práva na odpor a její posouzení

2.1 Argumenty v neprospěch práva na odpor

*Je lepší, aby se ti stalo bezpráví, než aby byl svět bez zákona.
Nechť se tedy všichni zákonu podvolují.
(Johann Wolfgang von Goethe)¹⁹*

V odborné literatuře se můžeme setkat s přinejmenším čtyřmi hlavními typy argumentů proti právu na odpor, které postupně blíže představím:

- 1) argument z logického rozporu,
- 2) argument z anarchie a nekonečného regresu,
- 3) argument z konzumpce,
- 4) argument z redundance.

2.1.1 Argument z logického rozporu

Známostou formulaci tohoto argumentu předložil např. Kant, u něž se dočítáme: „*Neboť aby k němu [tj. odporu] byl [lid] oprávněn, musel by existovat veřejný zákon, který by tento odpor lidu povoloval, tj. nejvyšší zákonodárství by v sobě obsahovalo ustanovení, že není nejvyšším zákonodárstvím [...] což si odporuje.*“²⁰

Kant formuluje ještě další argument, který je možné charakterizovat jako argument z logického rozporu: „*Neboť protože lid by musel již být nahlížen jako sjednocený pod jednou obecnou zákonodárnou vůlí, aby mohl právoplatně provádět soud nad nejvyšší státní mocí (summum imperium), nemůže a nesmí soudit jinak než tak, jak chce soudit stávající hlava státu (summus imperans).*“²¹

Tento argument můžeme *mutatis mutandis*, jakkoli to v něm takto přesně formulováno není, interpretovat následovně: lid je možné chápat jako subjekt čili *populus* v protikladu k *multitudo* pouze pod podmínkou podřízení lidí suverénní moci.²² Pokud by se vůči této moci stavěl na odpor, odporoval by podmínce, na jejímž základě jej lze vůbec

¹⁹ GOETHE VON, Johann Wolfgang. *Goethes Werke. Hamburger Ausgabe in 14 Bände. Band XII.* Hamburg: Christian Wegner Verlag, 1963, s. 379. Přeložil LK.

²⁰ KANT, I. Die Metaphysik der Sitten. In: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (ed.). *Kant's gesammelte Schriften*, VI. Berlin: Georg Reimer, 1914, s. 320. Přeložil LK.

²¹ Ibidem, s. 318. Přeložil LK.

²² K rozdílu mezi *populus* a *multitudo* viz BELLING, V. *Zrození suveréna. Pojem suverenity a jeho kritika v moderní politické a právní filosofii.* Brno: CDK, 2014, passim.

chápat jako lid v protikladu k empirické mase neboli subjekt způsobilý k tomu, aby byl nositelem práva (včetně práva na odpor).²³ Stavěl by se tedy proti podmínce své vlastní existence čili proti sobě samému, čímž by si odporoval.²⁴

2.1.2 Argument z anarchie a nekonečného regresu

Variantu argumentu z anarchie a nekonečného regresu nacházíme opět u Kanta. Ve skutečnosti se jedná spíše o komplex argumentů předložených v *Metafyzice mravů* a spise *O obecném rčení*. V prvním textu Kant uvádí: „*Důvod, proč má lid povinnost snést zneužití nejvyšší moci, i kdyby bylo vydáváno za nesnesitelné, tkví v tom, že jeho odpor proti samotnému nejvyššímu zákonodárství nemůže být nikdy myšlen jinak než jako protizákonný, ba dokonce tak, že ničí zákonnou ústavu jako celek [...]* [Pokud by došlo ke střetu, kladla by se otázka,] *kdo by měl být soudcem v tomto sporu mezi lidem a suverénem (neboť z právního hlediska se jedná pořád o dvě odlišné morální osoby); ukazuje se přitom, že lid jím chce být ve své vlastní věci.*“²⁵

Ve spise *O obecném rčení* pak konstatuje: „*Je totiž zjevným protimluvem, aby ústava obsahovala zákon, který by se na takový případ vztahoval a který by [...] existující ústavu [...] opravňoval svrhnout, neboť pak by takové zřízení muselo obsahovat také určitou veřejně konstituovanou protisílu, a tedy ještě druhého vládce [...]* *ale pak by tu musel být ještě třetí, který by mezi oběma rozhodl, na čí straně je právo.*“²⁶

Jak bylo řečeno výše, lid může existovat jako *populus* pouze za podmínky podřízení obecné zákonodárné vůli. Jen za tohoto předpokladu dochází k překonání *status naturalis* a ustavení *status civilis*, jehož má být dosaženo.²⁷ Je-li právní stav možný pouze za uvedené podmínky, nastal by v případě odporu vůči suverénu jeden ze tří nepřijatelných důsledků:

- 1) došlo by k návratu stran do přirozeného stavu války, v němž „*každé právo přestává mít jakýkoli účinek*“, čímž by se lid „*dopustil nejvyššího stupně nespravedlnosti*“,²⁸
- 2) suverén by spor s odpůrcem rozsoudil, ovšem pak by byl soudcem ve své vlastní věci, což nelze akceptovat vzhledem k zásadě *nemo iudex in causa sua* (totéž platí i pro druhou stranu),
- 3) účastníci sporu by se podřídili soudu třetí strany coby nejvyšší autority, čímž by se z tohoto soudce stal suverén, avšak pokud by mezi účastníky sporu a suverénem došlo ke sporu,
 - 3.1. buď by nastala jedna z variant 1 či 2,
 - 3.2. nebo by musela být ustavena opět třetí strana, která by byla nejvyšší autoritou, a tak dále do nekonečna, což si odporuje (argument z nekonečného regresu).

²³ Srov. KERSTING, W. *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1984, s. 327 an.

²⁴ Srov. PETERSEN, T. *Widerstandsrecht und Recht auf Revolution in Hegels Rechtsphilosophie*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 1996, Bd. 82, Hf. 4, s. 472–484, zde s. 477.

²⁵ KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*, s. 320. Přeložil LK.

²⁶ KANT, I. *O obecném rčení*. Je-li něco správné v teorii, nemusí se to ještě hodit pro praxi. In: KANT, I. *Studie k dějinám a politice*. Praha: Oikoymenth, 2013, s. 66–102, zde s. 92.

²⁷ Srov. KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*, s. 305 an.

²⁸ KANT, I. *O obecném rčení*. Je-li něco správné v teorii, nemusí se to ještě hodit pro praxi, s. 90 an.

Do právního řádu se pak dostává normativní anarchická trhlina bez jasného obsahu, „prázdňé místo“, které je otevřeno politickému střetu a potenciálně brání trvalému ustavení řádu. Jelikož je podle Kanta řád, byť nespravedlivý, lepší než hrůza bezvládní,²⁹ dochází k závěru, že je lepší „vydržet veškerou tyranii než klást odpor“.³⁰ Je tomu tak proto, že v přirozeném stavu „každé právo přestává mít jakýkoli účinek“,³¹ zatímco i v té „největší tyranii je přece jen obsažena spravedlnost“.³²

Ve zkoumané souvislosti je namísto společně s Köhlerem zmínit ještě tzv. „argument soudce“ (*Richter-Argument*), jenž byl v návaznosti na Kanta především v 19. století používán mj. k prokázání teze, že právo na odpor nemůže být *právem*, a to proto, že zde v situaci krajního sváru není soudce jako vyšší nestranný třetí, který by spor mohl efektivně rozhodnout. Mezní konflikt (odpor, revoluce) je tedy pochopitelně možný a má i své konsekvence pro právo, je však vytěsněn do sféry politiky a fakticity.³³

2.1.3 Argument z konzumpce

Argument z konzumpce říká, že zatímco před prosazením právního státu mělo právo na odpor své opodstatnění, v právním státě plní jeho funkci efektivněji a spolehlivěji soustava institutů určená k ochraně práv a ústavy jako takové (např. ústavní soudnictví). Právo na odpor je jinými slovy v podmínkách právního státu institucionalizováno a domestikováno.³⁴

2.1.4 Argument z redundance

Argument z redundance spočívá v tvrzení, že aktivní právo na odpor je nadbytečné a paradoxní,³⁵ neboť dokud fungují ústavní orgány a řád není plně odstraněn, není jednání na jeho základě přípustné.³⁶ Pokud však k likvidaci řádu došlo, není již garantovaným právem a příslušné konání nemá valný smysl tváří v tvář síle, která jej odstranila. Je podobně pochybné jako např. garance majetku v anarchickém stavu *bellum omnium contra omnes*.³⁷

Argument můžeme rozpracovat tak, že právo na odpor je buď redundantní,³⁸ nebo natolik rozkladné, že je třeba vůči němu zaujmout (v právním státě) odmítavý postoj. Rozhodující je stanovení skutkových předpokladů. Pokud jsou restriktivní, lze tvrdit, že je

²⁹ Srov. KANT, I. K věčnému míru. Filosofický projekt. In: KANT, I. *Studie k dějinám a politice*, s. 103–147, zde s. 135.

³⁰ KANT, I. *Vorlesungen über Moralphilosophie*. In: Akademie der Wissenschaften der DDR (ed.). *Kant's gesammelte Schriften*, XXVII. Berlin: Walter de Gruyter, 1979, s. 1392. Přeložil LK.

³¹ KANT, I. *O obecném rčení. Je-li něco správné v teorii, nemusí se to ještě hodit pro praxi*, s. 91.

³² KANT, I. *Vorlesungen über Moralphilosophie*, s. 1392. Přeložil LK.

³³ Srov. KÖHLER, M. *Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtstheorie der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts*, s. 46 an. a passim.

³⁴ Srov. SCHNEIDER, P. *Recht und Macht. Gedanken zum modernen Verfassungsstaat*, Mainz: Hase & Koehler Verlag, 1970, s. 50.

³⁵ Srov. MOLEK, P. *Politická práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 550 an.

³⁶ Srov. KAUFMANN, A. *Einleitung*, s. XII.

³⁷ Srov. ISENSEE, J. *Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz*, s. 99.

³⁸ Srov. k danému tématu ZIPPELIUS, R. – WÜRTEMBERGER, T. *Deutsches Staatsrecht*. 32. Auflage. München: C. H. Beck, 2008, s. 597.

právo na odpor zbytečné. Jsou-li naopak definovány volně a široce, dojde k zásadnímu popření státního monopolu na násilí a včlenění rozkladného prvku do nitra právního řádu.

2.2 Posouzení argumentů proti právu na odpor

Po představení argumentů proti právu na odpor přejdu k jejich posouzení. Jako teoretické východisko nám poslouží Sieyèsovo rozlišení *pouvoir constituant* a *pouvoir constitué*, které volím jednak proto, že poskytuje vhodný rámec pro rozvinutí potřebných úvah, jednak proto, že leží v základu ústavních systémů současnosti, což platí nepochybně také pro ČR.³⁹

2.2.1 Teoretické východisko: nauka o *pouvoir constituant* a *pouvoir constitué*

Sieyès rozlišuje moc ustavující (*pouvoir constituant*) a ustavenou (*pouvoir constitué*).⁴⁰ První z nich můžeme (v kontextu moderního demokratického státu) se Schmittem charakterizovat tak,⁴¹ že označuje originární, právně neomezenou a neodvozenou plnost moci lidu jakožto suveréna, z níž je veškerá ostatní moc odvozena a jež tvoří ohnisko, v němž se v původní jednotě nachází moc a právo. Tato moc předchází ústavě a je jí nadřazena, je trvalá, nedělitelná, neabsorbovatelná, neustále latentně přítomná a přichází ke slovu během zlomových okamžiků.⁴²

Ze skutečnosti, že je moc ustavující *právně* neomezená (ve smyslu pozitivního práva), nicméně nemůžeme dovést, že je rozhodnutí pro konkrétní ústavu přijímáno ve společenském i normativním „vzduchoprázdnu“. Příslušné rozhodnutí se vždy odehrává v určitém předdefinovaném prostoru, který je utvářen mj. sociálními antagonismy, sedimentovanými mravy a historickými zkušenostmi, jež musí konkrétní originární ústavodárce zohlednit, aby se ústava setkala se sociální akceptací coby nutnou podmínkou nejen stability, ale také legitimacy řádu.⁴³

Pouvoir constituant je zdrojem legitimacy řádu a bodem, ze kterého vychází legitimizační řetězec veškeré moci ve státě. Rozhodnutím pro konkrétní ústavu vzniká *pouvoir constitué*, jež se zakládá na ústavě a nesmí moc ustavující „zkracovat nebo omezovat“.⁴⁴ To platí i pro derivativního ústavodárce, jenž není oprávněn modifikovat rozhodnutí nekonstituovaného ústavodárce.⁴⁵ Jelikož je původní *pouvoir constituant* nadřazena ústavě, nemůže jí být vázána a smí se kdykoli projevit odstraněním řádu a jeho nahrazením.

³⁹ Srov. např. náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. prosince 1997 [cit. 2022-06-06]. Dostupné z: <<http://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=pl-33-97>>.

⁴⁰ Srov. SIEYÈS, E. J. *Qu'est-ce que le Tiers état?*, původně vydáno roku 1789 [cit. 2022-06-06]. Dostupné z: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41687k/f2.item>>, s. 111.

⁴¹ Srov. KOLLERT, L. Suverenita a diktatura ve filosofii práva Carla Schmitta. In: BELLING, V. – KOLLERT, L. (eds). *Suverenita panovníka, lidu a státu v moderní politické filosofii*. Ústí nad Labem: Filozofická fakulta Univerzity J. E. Purkyně v Ústí nad Labem, 2017, s. 113–141, zde s. 130 an.

⁴² Viz k tomu KRIELE, M. *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1981, s. 87.

⁴³ Stranou zde nechávám otázku (nutnosti) vazby na předpozitivní „ideu práva“.

⁴⁴ KLOKOČKA, V. Ke sporu o pojem suverenity lidu. *Politologický časopis*. 1995, č. 2, s. 117–127, zde s. 121.

⁴⁵ K pojmu derivativního ústavodárce srov. HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právnick*. 2005, roč. 144, č. 4, s. 313–336, zde s. 333.

Pokud by právo na revoluci opřené o původní *pouvoir constituant* nemělo být uznáno, znamenalo by to právní petrifikaci určitého řádu na úkor možné jiné budoucí vůle lidu jakožto suveréna. Muselo by se zdůvodnit, proč smí lid projevit svou ústavodárnou vůli jen jedinkrát v dějinách a pak již má do konce času mlčet. Samozřejmě pak hrozí riziko, že vznikne propast mezi normou a realitou, která chtě nechtě povede k narušení platnosti práva. Právo nelze izolovat od skutečnosti a jednoduše tvrdit „tím hůř pro skutečnost“, jestliže mu neodpovídá. Řečeno v aluzi na známý Hegelův výrok by mohlo spíše platit „tím hůř pro právo“. V případě práva na odpor by se také muselo obhájit, proč lid coby suverén po dání ústavy smí toliko nečinně přihlížet případnému odstraňování nebo perverzím jím ustaveného řádu. Stranou zde musím ponechat problém, jak může „lid“ svou nadústavní vůli projevit,⁴⁶ neboť se jedná o značně složité téma, jež by si vyžádalo vlastní studii. Nutno uvést, že v případě sporu by pravděpodobně obě strany vznesly nárok, že vyjadřují vůli lidu.

2.2.2 Posouzení argumentu z logického rozporu

Kant tvrdí, že právo na odpor vede k logickému rozporu, neboť nejvyšší zákon by při jeho uznání stanovil, že není nejvyšším zákonem. Uvedl jsme však, že „právo na odpor“ bývá chápáno různě a že je třeba odlišovat právo na odpor od práva na revoluci. V obou případech dále musíme provést distinkci pozitivní a nadpozitivní verze těchto práv. Níže posoudím platnost argumentu z logického rozporu pro každou z těchto variant zvlášť. Je také třeba rozlišovat, zda odpor směřuje vůči např. konstituovanému orgánu v ústavním státě ve jménu stávajícího řádu a vůle suveréna nebo vůči suverénní moci, která je předpokladem řádu, což spíše odpovídá Kantově argumentaci.

Zdá se, že pro pozitivní právo na revoluci tento argument skutečně platí. Obstojí však v případě nadpozitivního práva na revoluci? Při východisku z výše představeného teoretického rámce docházím k závěru, že tomu tak není. Pokud zde hovořím o právu na revoluci, mám na mysli právo lidu jakožto suveréna odstranit ústavu a nahradit ji novou, nikoli kompetenci, jež spadá do oblasti moci ustavené.⁴⁷ Uznání takového práva nevede k rozporu, neboť vyplývá z ústavodárné moci lidu, jež ústavě předchází.

Argument z logického rozporu neobstojí ani v případě nadpozitivního práva na odpor, neboť i toto právo lze konstruovat jako obsažené přímo v *pouvoir constituant* lidu a zmíněnou moc nemusí zpochybňovat. Zdá se konečně, že také pozitivní právo na odpor je vůči tomuto argumentu imunní. Ústava jeho zakotvením totiž nepochybně, že je nejvyšším zákonem. Lid jakožto suverén v tomto případě v ústavě toliko specifikuje jeden z možných způsobů její ochrany.

Pokud jde o argument, že lid nemá právo vystupovat vůči moci, neboť jako právně relevantní *populus* existuje pouze tehdy, jestliže je jí podřízen, takže by se stavěl proti podměnce své vlastní existence, uvádím, že také tento argument má v konečném důsledku slabá místa, nakolik stojí na problematické premise, že lid může právně existovat pouze v daném konkrétním stavu či uspořádání. Ve vizi demokratického státu, která dnes pře-

⁴⁶ Srov. k této otázce ISENSEE, J. *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995. K různým možným významům pojmu „lid“ srov. KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 97 an.

⁴⁷ Srov. SCHMITT, C. *Verfassungslehre*. 10. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2010, s. 52, 98, 387.

vládá, je lid koncipován jako suverén, jehož moc je pramenem řádu. Lid tedy předchází pozitivnímu řádu, nikoli pozitivní řád lidu. Při parafrázi známé teze Schmitta můžeme říci, že lid prokazuje svou převahu nad pozitivním právem tím, že trvá, i když je ústava *in toto* suspendována.⁴⁸ Existenci lidu v okamžiku suspendace ústavy můžeme explikovat v politických, institucionálních, sociologických či historických termínech nebo např. pomocí konceptu objektivních duchovních struktur rozpracovaného Freyerem.⁴⁹ Odpor a revoluce nemusí vést k rozporu, nakořím nesměřují vůči suverenitě lidu jako ústavodárného subjektu, ale buď proti jednání např. ustaveného orgánu ve jménu ustaveného řádu (odpor), nebo proti ustavenému řádu s odvoláním na ustavující moc lidu (revoluce).

Pokud by lid jako politická veličina vznikl až přijetím ústavy, stal by se stěží udržitelným klíčový prvek současných řádů, podle něhož si „lid dává ústavu“. Platilo by naopak, že ústava dává lid. Pak by se ovšem přirozeně kladla otázka, kdo dává ústavu, jež dává lid atd. Stranou zde nechávám možnou konstrukci, že lid vzniká až dáním ústavy a nejvyšší zákon sankcionuje tak či onak až po své konstituci (faktická akceptace), neboť ta by opět vedla k řadě otázek, např. kdo a proč byl oprávněn ústavu vyhotovit a dát atd.

V případě nadpozitivního práva na odpor i revoluci je možné se argumentu z logického rozporu vyhnout na základě právního dualismu (k posouzení pozitivních variant viz výše), v našem případě *pouvoir constituant* a *pouvoir constitué*, tj. na základě pozitivní odpovědi na otázku, zda lze smysluplně hovořit o právu mimo soustavu pozitivních právních norem. Je však třeba připustit, že i na dualistické koncepci může tento argument dopadnout, pokud pokročíme o krok dále až k samotnému prameni, z něhož podle nich vyvěrá legitimita řádu. Bylo by totiž rozparem, pokud by se někdo na bázi *pouvoir constituant* lidu stavěl proti *pouvoir constituant* lidu nebo na základě přirozeného normativního řádu proti tomuto řádu jako takovému atd.

2.2.3 Posouzení argumentu z anarchie a nekonečného regresu

Argument z anarchie jistě poukazuje na problematičnost práva na odpor a jeho reálná nebezpečí, což lze ilustrovat např. na důsledcích, k nimž vedla privátní ochrana práv ve středověku a jež popisuje detailně Kern.⁵⁰ Jestliže by právo odporovat bylo hypoteticky dáno bez potřebných omezení k dispozici všem, kdo se cítí dotčeni na svých „věčných“ či jiných právech, bylo by skutečně rozkladným prvkem vsazeným do srdce ústavního systému.

Právo na odpor v tomto smyslu však neodpovídá pojmu práva na odpor, který zde posuzují. Nechápu je jako institut, jenž by měl ospravedlňovat kroky směřující vertikálně proti veřejné moci (nebo jiné síle) v případě, že se dopustí (domnělého) izolovaného bezpráví. V takovém případě by rizika pro právní jistotu a stabilitu společenského tělesa zcela zjevně převážila potenciální přínos v podobě ochrany práva, jehož narušení hrozí.

Jedná se naopak o institut, jehož legitimní upotřebením přichází v úvahu až v nejkrajnějším případě, kdy existuje bezprostřední riziko, že stávající řád bude *en bloc* odstraněn

⁴⁸ Srov. SCHMITT, C. *Politická theologie. Čtyři kapitoly k učení o suverenitě*. Praha: Oikoymenth, 2012, s. 14.

⁴⁹ Viz stručné představení zde BELLING, V. *Smrt suveréna? Eroze státnosti a krize suverenity v éře postnacionálního vládnutí*. Brno: CDK, 2018, s. 131 an.

⁵⁰ Srov. KERN, F. *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie, passim*.

a ustavené orgány nebudou schopny tomu zabránit. Nutno si však klást otázku, zda je aktivace práva na odpor přípustná jen v okamžiku, kdy jsou orgány veřejné moci objektivně neschopny podniknout potřebné kroky, nebo postačí jejich dostatečně evidentní subjektivní neochota je realizovat.

Tato otázka nás staví před řadu netriviálních dilemat. Pro závěr, že neochota jednat neposkytuje dostatečný důvod pro odpor, svědčí např. argument, že mezi orgány veřejné moci a občany existuje vztah informační asymetrie a pro nečinnost orgánů mohou existovat strategické důvody. Vzhledem k zásadě státního monopolu na násilí by navíc mělo být uplatnění práva na odpor vždy odsouváno až do posledního možného okamžiku. Lze si rovněž snadno představit, že výkon tohoto práva může situaci dále zkomplikovat a prokázat zájmu na zachování daného řádu příslovečnou „medvědí službu“. Zdá se tedy, že nepřipravenost orgánů veřejné moci konat nevede k naplnění skutkových předpokladů práva na odpor.

Přesto má tento závěr svá úskalí. Za určité konstelace rozdělení sil a úřadů může totiž dojít k „narušení ústavy“ a odstranění řádu proto, že veřejné orgány např. nejsou z politických důvodů ochotny plnit svou roli při ochraně ústavy, přestože jiné překážky objektivně jejich činnosti nebrání.⁵¹

Řád může být zlikvidován prostřednictvím jednání, které tento cíl otevřeně sleduje. Můžeme si nicméně představit i situaci, kdy daný řád zůstane nominálně zachován, avšak reálně budou jeho klíčové náležitosti (a to i např. postupně, „kousek po kousku“) tak vyprázdněny nebo naplněny jiným obsahem, že bude povolna dosaženo téhož účinku. Tato možnost představuje riziko i pro řády chránící materiální ohnisko ústavy. Konkrétně si můžeme např. ve federálním státě představit, že k zásadní změně řádu nedojde tím, že by stát sebe sama definoval jako unitární, ale že působnost a kompetence zemí budou natolik okleštěny, že bude spíše než federaci podoben státu jednotnému.

Jistě je možné vznést námitku, že legislativní změnu lze v právním státě předložit k přezkoumání ústavnímu soudu, pokud byl zřízen. Je však otázkou, jak posoudit situaci, kdy by zásah jádra daného řádu dosáhl značné míry zjevnosti a intenzity, avšak ústavní soud (ani jiný orgán) by z těch či oněch důvodů neplnil svou úlohu, která je zakotvena v ústavě.

V krajním případě, kdy převrat nebo vykotlení řádu zjevně bezprostředně hrozí a orgány veřejné moci evidentně nejeví ochotu konat, je dle mého soudu aktivace práva na odpor v principu přípustná a konání odpůrců smí být posouzeno tak, že nevede ke vzniku trestní odpovědnosti, neboť orgány neochotně bránit právní řád v takovém případě selhávají ve své kruciólní povinnosti dané ústavou.⁵²

Za předpokladu, že podřízené subjekty jsou vždy povinny poslušností orgánům veřejné moci, ledaže tyto orgány v souvislosti s existenční krizovou situací nejsou schopny či flagrantně ochotny plnit své ústavou předvídané ochranné funkce nebo samy podnikají kroky k odstranění daného řádu a jiné orgány nejsou s to tomu zabránit, je právo na odpor argumentem z anarchie dotčeno jen omezeně. Jsou-li skutkové předpoklady tohoto práva stanoveny dostatečně restriktivně, přichází jeho legitimní uplatnění v úvahu až v nejkrajnější možné nouzi. V ostatních případech jsou k dispozici represivní i preventivní nástroje státu k tomu, aby byl řád ochráněn a práva na odpor nebylo zneužito.

⁵¹ Srov. k tomuto MOLEK, P. *Politická práva*, s. 564 an.

⁵² K tématu srov. ISENSEE, J. *Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz*, s. 29 an., 35 an.

V případě převratu zdola je právo na odpor argumentem z anarchie méně dotčeno, neboť přichází ke slovu až ve chvíli, kdy je řád zásadně zpochybněn, tzn. v šedé zóně mezi *status naturalis* a *status civilis*, kde právo daného řádu přestává platit z důvodu absence efektivity. Privátní násilí domestikované veřejnou mocí se tedy uplatňuje až v okamžiku, kdy veřejná moc není schopna plnit svou funkci, tj. ve chvíli, kdy odpadl předpoklad nepřipustnosti tohoto násilí. Otázka naplnění skutkových předpokladů je zpravidla poměrně nesporná. Jakmile se ovšem formálně i efektivně prosadí nový řád, nepřipadá právo na odpor již v úvahu, leda právo na revoluci.

Převrat shora je problematičtější, neboť na něj více dopadá související argument z nekonečného regresu. Předpokladem přípustnosti odporu je neschopnost či nepřipravenost ustavených mechanismů obrany řádu plnit jejich funkce. Za standardních podmínek vystupuje v roli strážce ústavy ústavní soud společně s řadou dalších institucí. Jestliže se v zájmu jednoduchosti zaměříme na ústavní soud, můžeme si klást otázku, zda by byly naplněny skutkové předpoklady práva na odpor, pokud by náležitě neplnil svou funkci např. proto, že by byl hypoteticky obsazen soudci, kteří jsou převratu shora nakloněni. Zásadní problém zde přináší otázka: *quis iudicabit?* Kdo věc rozsoudí? Jestliže ústavní soud selže při ochraně ústavnosti, kdo posoudí, zda je výkon práva na odpor legitimní?

Pokud by orgánem, který by ve své funkci (domněle) selhal, byl ústavní soud, nemohl by věc posoudit sám, neboť by byl soudcem ve vlastní věci. Musela by tedy být ustavena třetí strana, která by spor rozhodla, a tak dále do nekonečna. Vznesou-li v krajním případě obě strany nárok, že jednájí jménem lidu jakožto suveréna, nezbyvá jiné řešení, než aby sám lid rozhodl, kdo je v právu. Pro „rozsouzení“ takového sporu zbývá provokativně řečeno toliko ordál.⁵³ V praktické rovině to znamená silovou konfrontaci s tím, že úspěch bude sloužit jako znak toho, kdo skutečně artikuloval vůli lidu, kdo zastával, řečeno obrazně s Victorem Hugem, roli „úst lidu“.⁵⁴ Znakem práva a nároku na poslušnost – ne však jeho důvodem – se stává schopnost se prosadit.

I při aktivaci nadpozitivního práva na odpor je nicméně možné tvrdit, že se nepohybujeme v oblasti zcela prosté práva, jak by tvrdili pozitivisté druhé poloviny 19. a první poloviny 20. století,⁵⁵ neboť nad pozitivním právem stojí suverénní konstituující moc lidu jako právně relevantní kategorie. I přesto se zde ovšem ukazuje význam, který hraje v mezních situacích konfliktu pro právo fakticita. Pokud si vypůjčíme Schillerova slova z *Vilému Tella*,⁵⁶ můžeme říci: v krajním případě nemá člověk k dispozici nic jiného než meč (dodávám: jako znak toho, kde je právo).⁵⁷ V narážce na Locka pak můžeme konstatovat, že pokud se lidé nemohou dovolat práva na zemi, nezbyvá jim nic jiného než „odvolání k nebi“ (v našem kontextu: k lidu), protože zde „není autority, aby rozhodovala mezi spornými stranami“.⁵⁸ Pro soudní posouzení věci samozřejmě může mít právo na odpor relevanci *ex post*, čemuž se budu věnovat níže.

⁵³ V podobném duchu KYSELA, J. *Čl. 23. Právo na odpor*, s. 534.

⁵⁴ HUGO, V. *Devadesát tři*. Praha: Dobrovský, 2013, s. 86.

⁵⁵ Kriticky k pozitivistickému vytěsnění práva na odpor jako mezního případu také SCHMITT, C. *Legalität und Legitimität*. 8. korrigierte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, s. 30 an.

⁵⁶ Srov. SCHILLER, F. *Vilém Tell*. Praha: Městská knihovna v Praze, 2011, s. 66.

⁵⁷ Fries říká, že nejde o právní spor, ale o politický střet, který vede ke vzniku nového práva. Srov. FRIES, J. F. *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung. Mit Beleuchtung der gewöhnlichen Fehler in der Bearbeitung des Naturrechts*. Jena: Johann Michael Mauke, 1803, s. 95.

⁵⁸ LOCKE, J. *Druhé pojednání o vládě*. 2. vydání. Praha: Svoboda, 1992, s. 41.

2.2.4 Posouzení argumentu z konzumpce

Argument z konzumpce pokládám za nejslabší z argumentů proti právu na odpor. Můžeme z něj sice dovodit, že právo na odpor s široce stanovenými skutkovými předpoklady nemá v právním státě své místo. Avšak závěr, že právo na odpor jako takové je ustavením mechanismů právního státu plně konzumováno, je *non sequitur*. Realita má bohatší fantazii než ústavodárce a uznání tohoto mimořádného institutu může mít v mezních případech své opodstatnění. Sebelepší konstituce nemůže garantovat, že státní orgány budou za všech okolností plnit náležitě své funkce a nedojde k pokusu o nelegitimní změnu řádu. Argument z konzumpce se může jevit spíše jako projev naivity a zpupnosti teoretiků právního státu 19. století, podle nichž lidstvo s takřka definitivní platností ustavilo na zemi pokročilý řád, jehož existence je dostatečně zajištěna.⁵⁹

2.2.5 Posouzení argumentu z redundance

Argument z redundance musíme vzít při úvahách o právu na odpor vážně. V případě pozitivního i nadpozitivního práva na odpor totiž narážíme na problém, že je přípustné je legitimně upotřebit až v okamžiku, kdy řád, k jehož ochraně směřuje, již neplatí nebo platí jen velmi omezeně. Jedná se o právo, jež lze uplatnit až v situaci, kdy zde nebude ani soud, který by mohl posoudit oprávněnost jeho výkonu, ani autorita schopná je efektivně garantovat (jinak by nebyly naplněny skutkové předpoklady tohoto práva). V okamžiku, kdy jsou naplněny jeho skutkové předpoklady, se již jedná o pouhé abstraktum či prapor pro seskupení zastánců dosavadního řádu. Přesto se domnívám, že má své logické místo v soustavě právního státu a že je dokonce záhodno, aby bylo regulováno v ústavě. Důvody pro toto stanovisko uvádím v závěru této studie.

3. Celkové zhodnocení a závěr

Argument z konzumpce dle mého názoru zjevně nepostačuje k odmítnutí práva na odpor. Odůvodňuje toliko závěr, že je třeba je v právním státě chápat jako *ultima ratio*. V případě názoru, že právo na odpor je v podmínkách právního státu překonáno, nutno přání označit za otce myšlenky. Řečeno pomocí známého Caesarova výroku: *fere libenter homines id quod volunt credunt*.⁶⁰

Také argument z logického rozporu neposkytuje v kontextu distinkce mezi mocí ustavující a ustavenou dostatečnou municí. Mnohem větší obtíže přináší argument z anarchie a nekonečného regresu. Ačkoli plně uznávám jeho závažnost, lze zásadně otupit jeho hrot důrazem na striktně subsidiární povahu práva na odpor, poukazem na soustavu institutů a represivních instrumentů (např. trestněprávních) zabrahujících jeho zneužití a částečně odkazem na historickou evidenci, která nesvědčí pro tezi, že by jeho zakotvení nebo uznání v právních státech vedlo k jejich rozkladu.

Předchozímu argumentu v závěru věnuji menší pozornost, než by zasluhoval, ze dvou důvodů. Jednak jsem se na něj zaměřil již výše a jednak jej lze chápat jako druhou stranu mince argumentu z redundance. Zatímco první z argumentů představuje Skyllu práva

⁵⁹ Srov. v podobném duchu SCHNEIDER, P. *Recht und Macht. Gedanken zum modernen Verfassungsstaat*, s. 217.

⁶⁰ Srov. CAESAR, G. I. *Zápisky o válce galské*. Praha: Odeon, 1964, s. 81.

na odpor, druhý je jeho Charybdou. Pokud jsou předpoklady legitimního odporu chápány volně a široce, stává se z něj anarchický prvek, který uvolňuje privátní násilí, rozkládá právní jistotu a může přivodit rozpad řádu. Jsou-li naopak restriktivní, je rozkladný potenciál sice redukován takřka na nulu, avšak stává se z něj právo, které nemůže být garantováno, a tudíž se jeví jako redundantní.

Zdá se, že kombinace těchto argumentů je pro právo na odpor zničující. Přesto se však domníváme, že má své opodstatnění i v kontextu právního státu. Může totiž, zejména je-li zakotveno v pozitivním právu, zdárně plnit funkci „klarifikační“, signalizační a symbolickou a konečně také roli trestněprávní.

Pokud jde o „klarifikační“ funkci, lze spatřovat přínos zakotvení (nebo uznání) práva na odpor v tom, že může zřetelně stanovit restriktivní předpoklady výkonu tohoto práva podobně, jako to učinili Spolkový ústavní soud v roce 1956 (rozsudek ve věci zákazu KPD), německý ústavodárce v roce 1968 a ústavodárce na našem území po roce 1989.⁶¹ Jakkoli je tím právo na odpor vystaveno riziku, že se stane obětí své Charybdy (argumentu z redundance), je možné spatřovat *raison d'être* tohoto kroku v ostatních zmíněných rolích. Přínosem je také posílení právní jistoty.

V době, kdy nejsou naplněny skutkové předpoklady aktivního práva na odpor, jsou k dispozici jako mimořádné nástroje občanská neposlušnost a pasivní právo na odpor. Třebaže mají i tyto instituty svá úskalí a legitimní mohou být jen tehdy, pokud jsou používány výjimečně k řešení tragických svárů a poukázání na jejich existenci, mají v podmínkách právního státu své místo. Pozitivní přínos občanské neposlušnosti lze spatřovat v tom, že „vyzývá“ právní řád,⁶² aby reagoval na možné nespravedlnosti, a může iniciovat zesílení interakce mezi normami a skutečností, která povede k uzpůsobení potenciálně neživotných normativních struktur sociální reality, zmírnění možného napětí mezi nimi a v dlouhodobém horizontu stabilitě řádu.

Zakotvení či uznání práva na odpor dává najevo všem oponentům daného řádu, že je připraven hájit svou existenci všemi právně uchopitelnými prostředky, včetně toho instrumentu, který je ze všech nejkrajnější (signalizační funkce). Ač se právo na odpor od ostatních (základních) práv kvůli svému charakteru podstatně odlišuje, neboť je toliko „abstraktním“ právem připomínajícím právo naturální, může působit jako symbol, jako zástava, kterou se mohou při obraně řádu v extrémní situaci zaštitit jeho ochránci (symbolická role).

Hlavní argument pro zakotvení nebo uznání práva na odpor je ovšem k nalezení v oblasti práva trestního. Legitimní odhodlání se k odporu je při restriktivním stanovení skutkových předpokladů v zásadě rovno nasazení vlastního života, neboť přichází v úvahu až v extrémní situaci. Jedná se o potenciálně tragické rozhodnutí,⁶³ které by se mělo právo snažit co nejvíce ulehčit, pokud je odpovídajícího konání zapotřebí. Přispět k naplnění tohoto cíle může např. tím, že stanoví skutkové předpoklady tohoto práva a učiní dopředu jasným, že existence situace ospravedlňující odpor je okolností vylučující protiprávnost činů jinak trestných. Jestliže odpor neuspěje, je takové vyjasnění nesporně bez užítku. Přesto se však jedná o faktor, jenž může hrát roli závaží, které nakonec v krizové situaci

⁶¹ Podobně jako v případě výjimečného stavu není ani zde smyslem regulace jen a pouze rozšířit určité pole jednání, ale také mu nastavit pravidla a kanalizovat je.

⁶² Srov. HELLER, H. *Staatslehre*. 6. revidierte Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 1983, s. 258.

⁶³ Srov. *ibidem*.

převáží pomyslnou váhu ve prospěch odporu, neboť právo na odpor má významné následky v případech, že se podaří daný řád zachovat.⁶⁴ Realisticky nahlíženo může však právo tento problém řešit pouze ve velmi neurčité, obecné a abstraktní rovině. Je ostatně pravdou, že tváří v tvář skutečné existenční krizi zde nebude soudu, aby spor stran efektivně rozsoudil, a síly, aby rozhodnutí prosadila. Břímě rozhodnutí bude vždy na ramenou konkrétních aktérů, jejich vědomí a svědomí a posouzení konkrétní situace.

Uvedenou funkci může plnit i nadpozitivní právo na odpor, jak upozorňuje Isensee.⁶⁵ Jelikož se však domnívám, že větší účinnost má v daném ohledu, ale také v oblasti „klarifikační“, signalizační i symbolické, právo na odpor jako pozitivně upravený institut, přikláním se k jeho zakotvení v právních normách. Vhodně nastavený právní řád by měl dělat vše, co může, aby odradil od odporu, když nejsou splněny jeho skutkové předpoklady, a vše, co může rozumně učinit, aby k němu naopak přiměl, pokud naplněny jsou. Právo na odpor nelze jednoduše eliminovat tím, že je odstraníme z pozitivního právního řádu, jelikož není možné sprovodit ze světa sám problém, který je klade jako otázku. Je proto dle mého názoru lepší před ní neuhýbat a obrazně řečeno „nestrkat hlavu do písku“, ale jít jí spíše v ústrety a podat na ni odpověď v pozitivním právu.

Náležité zakotvení práva na odpor by mělo být vedeno zásadami, že legitimním cílem odporu může být jediné obrana daného řádu a že je uplatnitelné toliko subsidiárně jakožto *ultima ratio* v situaci, kdy nelze rozumně doufat, že tváří v tvář bezprostřední *existenční* hrozbě ochranu uvedeného objektu zajistí orgány veřejné moci, protože jim v tom buď brání nepřekonatelné objektivní překážky, nebo (v některých případech) k potřebnému konání zjevně nejeví ochotu. Současně by mělo umožnit zacílení odporu jak proti převratům zdola a shora, tak i proti cizím silám. Mělo by rovněž dát na jedné straně najevo, že situace ospravedlňující právo na odpor představuje okolnost vylučující protiprávnost činů jinak trestných, avšak na druhé straně by mělo stanovit, že také jednání realizované v jeho rámci musí moci dostát požadavkům plynoucím mj. z principu proporcionality.

Předmětem kontroverze může být, zda právo na odpor přísluší také představitelům veřejné moci. Na tuto otázku s ohledem na podstatu rozdílu mezi právem na odpor a výjimečným stavem odpovídám tím způsobem, že jim nepřísluší v kapacitě jejich nositelů. Tím však není dotčeno, pokud zde budeme aplikovat Hobbesovu teorii reprezentace, že je jim při splnění skutkových předpokladů tohoto práva (ne dříve) k dispozici jakožto občanům, když sejmou masku své funkce a nasadí si masku sebe sama.⁶⁶

Přestože právo na odpor stanoví jen minimální *konkrétní* materiální limity odporu, existují *obecná* omezení tohoto práva, která plynou jednak z jeho účelu, jednak z bazálních normativních nároků na jakékoli lidské počínání. Pokud např. platí, že i výkon práva na odpor musí moci dostát požadavkům vhodnosti, potřebnosti a přiměřenosti a jeho účelem je jediné zajistit ochranu daného řádu,⁶⁷ nelze pokládat za akceptovatelnou činnost, jež by vykročila za v této větě vymezený okruh přípustného konání.⁶⁸

⁶⁴ Srov. ISENSEE, J. *Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz*, s. 78 an.

⁶⁵ Srov. *ibidem.*, s. 101.

⁶⁶ K Hobbesově teorii reprezentace a osoby srov. HOBBS, T. *Leviathan aneb látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: Oikoymenh, 2009, s. 112 an.

⁶⁷ V tomto duchu také KYSELA, J. *Čl. 23. Právo na odpor*, s. 534.

⁶⁸ Srov. STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, II*. München: C. H. Beck, 1980, s. 1521 an.

Třebaže nám může připadat téma práva na odpor přirozené mj. vzhledem k historickým zkušenostem a rovněž z toho důvodu, že je v českém právním řádu zakotveno v čl. 23 LZPS, je třeba říci, že je jeho regulace např. v evropském měřítku spíše vzácná. Setkáváme se s ní toliko v právních řádech ČR,⁶⁹ Estonska,⁷⁰ Litvy,⁷¹ Německa,⁷² Portugalska,⁷³ Řecka⁷⁴ a Slovenska.⁷⁵ Na základě preambule ústavy z roku 1958 je pak rovněž součástí ústavního řádu páté francouzské republiky. Komparativní pohled ukazuje, že zakotvení práva na odpor je v ČR relativně dobře provedeno,⁷⁶ jakkoli by bylo možné na základě výše uvedeného formulovat i doporučení *de constitutione ferenda*. Uvést můžeme např. poskytnutí větší míry právní jistoty stran mezi legálního odporu a na něj kladených požadavků či toho, že existence situace ospravedlňující odpor je okolností vylučující protiprávnost činů jinak trestných, a dále vodítka k zodpovězení otázky, zda je přípustné konat na základě práva na odpor toliko v případech, že relevantní orgány nemohou jednat, nebo i tehdy, jestliže k tomu evidentně nejeví ochotu.

⁶⁹ Čl. 23 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku České republiky.

⁷⁰ Srov. § 54 estonské ústavy.

⁷¹ Srov. čl. 3 litevské ústavy.

⁷² Srov. čl. 20 odst. 4 Základního zákona.

⁷³ Srov. čl. 7 odst. 3 portugalské ústavy, svépomoc v čl. 21.

⁷⁴ Srov. čl. 120 odst. 4 řecké ústavy. V případě Řecka nicméně ústava stanoví, že Řekové jsou nejen oprávněni, ale také povinni odpor klást. K tématu srov. dále HORÁK, F. – DIENSTBIER, J. Právo na odpor (čl. 23), s. 939.

⁷⁵ Srov. čl. 32 slovenské ústavy. Dále srov. KLEY, A. Rechtsstaat und Widerstand. In: AUBERT, J.-F. et al. *Verfassungsrecht der Schweiz*. Zürich: Schulthess, 2001, s. 285–298.

⁷⁶ K zakotvení práva na odpor do LZPS a jeho okolnostem srov. KYSELA, J. Čl. 23. *Právo na odpor*, s. 529 an.

Hledání modelu regionálního soutěžního práva pro Sdružení národů jihovýchodní Asie (ASEAN)

Barbara Dufková*

Abstrakt: Příspěvek se zabývá otázkou, jaký model regionálního soutěžního práva by v rámci své ekonomické integrace a budování jednotného trhu mělo zvolit Sdružení národů jihovýchodní Asie (ASEAN). Současné regionální iniciativy spoléhají na režim spolupráce v oblasti tvorby strategických plánů a nezávazných pokynů. Zaznívají však i hlasy, že hlubší integrace se bez jednotného soutěžního režimu na úrovni regionu, který je znám například z Evropské unie (EU), neobejde. Autorka má za to, že tvorba nadnárodního právního režimu obdobného modelu EU není s ohledem na odlišné institucionální a operativní podmínky pro ASEAN vhodná. Zvažuje alternativní modely spolupráce jako model harmonizace či spolupráce a uzavírá, že ASEAN by měl zvolit svůj vlastní, sui generis přístup. Ten by mohl spoléhat zejména na nástroje tzv. negativní integrace, tedy odstraňování bariér v přístupu na trh v rámci ASEAN a zajištění rovných soutěžních podmínek na tomto trhu, doplněné o případnou pozitivní integraci ve vybraných oblastech, kde se to v budoucnu ukáže za nutné. Uzavírá, že současný model založený na spolupráci a výhledově harmonizaci takovou integraci umožňuje, a proto se jeví vhodnější než nadnárodní model aplikovaný v rámci EU.

Klíčová slova: EU, ASEAN, soutěžní právo, ekonomická integrace

Úvod

Sdružení národů jihovýchodní Asie (ASEAN) je regionální mezinárodní organizace založená v roce 1967. Sdružuje deset členských států, a to Brunej, Filipíny, Indonésii, Kambodžu, Laos, Malajsii, Myanmar, Singapur, Thajsko a Vietnam. Její sekretariát sídlí v indonéské Jakarta. Cílem ASEAN je zejména podporovat ekonomický růst, sociální pokrok, kulturní rozvoj a vzájemné vztahy svých členů. ASEAN udržuje čilé obchodní vztahy mimo jiné i s Evropskou unií (EU). V roce 2019 byl ASEAN po Spojených státech amerických (USA) a Číně třetím největším obchodním partnerem EU a obdobně EU byla pro ASEAN třetím největším obchodním partnerem po Číně a USA.¹ V roce 2019 byla EU pro ASEAN také čtvrtým největším poskytovatelem přímých zahraničních investic.² V roce 2007 začala EU vést jednání s ASEAN o zóně volného obchodu, respektive o dohodě o volném obchodu. Jelikož však jednání na regionální úrovni postupovala jen velmi pomalu, EU přistoupila ke sjednávání dohod s jednotlivými členskými státy individuálně. Obchodní dohody byly již uzavřeny se Singapurem a Vietnamem, vyjednávání s ostatními členskými státy pokračují. Od roku 2015 má EU v ASEAN také vlastní delegaci se sídlem v indonéské Jakarta.

* JUDr. Barbara Dufková, LL.M. Doktorandka na katedře evropského práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy. E-mail: barbara.dufkova@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5807-5783>.

1 ASEANstats [cit. 2022-07-02], dostupné z: <<https://www.aseanstats.org/>> a eurostat [cit. 2022-07-02], dostupné z: <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/main/home>>. Srov. také EU-ASEAN Strategic Partnership 2022, Economic Cooperation [cit. 2022-07-02]. Dostupné z: <<https://euinasean.eu/cooperation/economic-cooperation/>>.

2 Ibidem.

Obchodní spolupráce nejen s EU, ale i mezi členskými státy ASEAN navzájem, vyžaduje také součinnost v oblasti hospodářské soutěže, která by zajistila rovné soutěžní podmínky domácím i zahraničním podnikům. Od zesílené spolupráce v této oblasti si ASEAN slibuje zejména usnadnění budování jednotného trhu a zvýšení regionální konkurenceschopnosti oproti dalším regionálním hráčům jako je Čína nebo Indie.³ Iniciativy ASEAN v oblasti soutěžního práva se doposud realizují ve formě tzv. měkkého zákonodárství. Namísto právně závazných a právně vynutitelných norem jsou přijímány strategické dokumenty doporučující, jakými zásadami a principy by se mělo soutěžní právo v regionu ubírat. Národní soutěžní úřady přispívají do debaty ohledně vhodné podoby regionálního soutěžního práva prostřednictvím odborných pojednání či organizováním regionálních konferencí ke sdílení poznatků z národní aplikační praxe. S ohledem na záměr vybudovat jednotný trh a výrobní základnu, jak je předvídáno mj. ve strategickém plánu pro rok 2025,⁴ je otázkou, zda je současný přístup založený na nezávazné spolupráci vhodný. Zkušenosti ekonomické integrace v rámci EU naznačují, že dosažení takových ambiciózních cílů, jako je vybudování jednotného trhu, mohou vyžadovat hlubší formy spolupráce, včetně harmonizace či unifikace právních předpisů.

Taková hlubší integrace však může být v rámci ASEAN principiálně neuskutečnitelná. Důvodem jsou především výrazné rozdíly v úrovni hospodářského rozvoje a souvisejícího tržního prostředí v jednotlivých členských státech ASEAN. Přitom má-li být právo hospodářské soutěže účinné, musí reagovat na ta tržní selhání, kterým čelí ta která jurisdikce. Lze předpokládat, že taková tržní selhání budou v každém členském státě ASEAN jiná.

Například Vietnam jako zástupce členského státu na nižší úrovni ekonomického rozvoje musí v rámci svého soutěžního práva zohledňovat, že část populace se stále potýká s chudobou. Palčivé jsou proto zejména protisoutěžní praktiky, které škodí např. malým zemědělcům. Ti jsou často zneužíváni dominantními podniky, kteří od nich vykupují zemědělskou produkci.⁵ Malajsie jako zástupce členského státu na vyšší úrovni ekonomického rozvoje se např. potýká s tím, že sociální stratifikace malajské společnosti se promítá i do ekonomického života. Byly identifikovány případy etnicky motivovaných kartelů, které byly namířeny proti příslušníkům určitého etnika.⁶ Nakonec Singapur jako zástupce členského státu na nejvyšší úrovni hospodářského rozvoje by měl zohledňovat, že jeho další ekonomický rozvoj je závislý na podpoře inovací.⁷ Stejně musí reflektovat svou malou geografickou rozlohu, která může mít vliv např. na tržní koncentraci.⁸

Soutěžní právo těchto zemí by mělo být schopno tyto specifické problémy adresovat. Regionální soutěžní právo na úrovni ASEAN, které by nerespektovalo tyto rozdílné potřeby na úrovni členských států, pokud jde o vhodné soutěžní právo, by mohlo mít negativní

³ NAWAWI, Wan Khatina. Regionalisation of Competition Law and Policy in ASEAN: Why, How and When? In: ONG, Burton (ed.). *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 31–57.

⁴ AEC Blueprint 2025, přijatý na 27. summitu ASEAN dne 22. listopadu 2015 v Kuala Lumpur [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <https://www.asean.org/storage/2016/03/AECBP_2025r_FINAL.pdf>.

⁵ CHENG, Thomas K. *Competition Law in Developing Countries*. Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 150.

⁶ AHAMAT, Haniff – RAHMAN, Nasarudin A. – MOHAMED, Abdul M. H. Competition Law and Affirmative Action in Malaysia: Complementarity or Conflict? *Pertanika Journal of Social Sciences and Humanities*. 2015, 23, s. 13–26, 19.

⁷ JONATHAN, Chan – HERBERT, Fung. Rebalancing Competition Policy to Stimulate Innovation and Sustain Growth. *Asian Journal of Law and Economics*. 2017, Vol. 8, No. 1, s. 1–29, 13.

⁸ ROBINSON, Edward. Globalization in a Small Open Economy: The Singapore Experience. *BIS Papers*. 2018, No. 100, s. 322 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <https://www.bis.org/publ/bppdf/bispap100_u.pdf>.

dopad na národní i regionální hospodářský rozvoj. Regionální soutěžní právo však zároveň musí podporovat integrační cíle ASEAN jako hospodářského společenství. Regionální soutěžní politika je ostatně jedním z nástrojů, kterým má být právě dosaženo hlubší integrace. Přílišná rozdílnost národních soutěžních režimů by mohla být překážkou vytvoření jednotného trhu a zapojení regionu jako celku do globální ekonomiky. Klíčovou otázkou tak je, jak sladit napětí mezi potřebou členských států ASEAN mít takovou národní soutěžní úpravu, která bude odpovídat jejich tržním podmínkám, s ambicí společenství ASEAN vybudovat regionální soutěžní politiku, která by podporovala regionální integrační cíle.

Cílem tohoto příspěvku je nastítnit možná řešení této otázky. Následující část nejprve stručně zrekapituluje současné regionální soutěžní iniciativy na úrovni ASEAN. Další část se zaměří na to, v jakých formách se může taková regionální spolupráce uskutečňovat, a to s ohledem na integrační cíle ASEAN. Nejprve bude zvažován model EU založený na úzké spolupráci nadnárodního typu. Poté budou zvažovány alternativní modely, a to model založený na harmonizaci, právně nevytížitelné koordinaci a kombinaci vícero modelů. Závěrem příspěvek zhodnotí, zda je současný přístup budování soutěžního právního rámce v rámci ASEAN vhodný.

1. Regionální soutěžní politika v ASEAN

Základy regionální soutěžní politiky v ASEAN byly položeny formálním ustavením hospodářského sdružení ASEAN (*ASEAN Economic Community*; AEC) dne 31. prosince 2015 jako samostatného pilíře v regionální architektuře ASEAN.⁹ Založení AEC bylo vedeno cílem vytvořit jednotný trh a výrobní základnu pro volný pohyb zboží, služeb, investic, kapitálu a pracovní síly v rámci ASEAN. Politika hospodářské soutěže měla přispět k tomu, aby na tomto jednotném trhu fungovala efektivní soutěž a aby i region jako celek byl konkurenceschopný na globální úrovni.¹⁰

Nicméně ještě před formálním zřízením AEC byla v rámci regionu hospodářská soutěž diskutována. Ve strategickém dokumentu z roku 2007 (*AEC Blueprint 2007*) se členské státy zavázaly, že do roku 2015 přijmou národní legislativu upravující hospodářskou soutěž na jejich domácích trzích.¹¹ Za tímto účelem byla založena expertní skupina pro hospodářskou soutěž ASEAN (*ASEAN Expert Group on Competition*; AEGC). Její úlohou bylo vést odbornou diskusi v rámci regionu a spolupracovat na iniciativách z oblasti práva hospodářské soutěže s cílem podporovat kulturu efektivní hospodářské soutěže.¹² V roce 2010 byly přijaty regionální pokyny o politice hospodářské soutěže.¹³ Ty vycházejí z meziná-

⁹ Deklarace z Kuala Lumpur *ASEAN 2025: Forging Ahead Together* ze dne 22. listopadu 2015 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<https://www.asean.org/storage/2015/12/ASEAN-2025-Forging-Ahead-Together-final.pdf>>.

¹⁰ Iniciativy ke zlepšení efektivity a růstu produktivity podle deklarace zahrnují i) budování infrastruktury a zvýšení konektivity, ii) podporu konkurenčního podnikatelského prostředí prostřednictvím politiky hospodářské soutěže v souladu s ochranou zákazníků a iii) podporu inovací a technologického rozvoje prostřednictvím vhodného režimu práv duševního vlastnictví. Srov. Deklarace z Kuala Lumpur *ASEAN 2025: Forging Ahead Together*.

¹¹ AEC Blueprint 2007, přijatý na 13. summitu ASEAN 20. listopadu 2007 v Singapuru [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<https://www.asean.org/wp-content/uploads/images/archive/5187-10.pdf>>.

¹² ASEAN Expert Group on Competition (AEGC) [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<https://www.asean-competition.org/aegc>>.

¹³ Regionální pokyny o politice hospodářské soutěže, přijaté v srpnu 2010 v Jakartě [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <https://asean-competition.org/file/post_image/Regional%20Guidelines%20on%20Competition%20Policy.pdf>.

rodních osvědčených postupů a zkušeností jiných států či organizací a slouží jako referenční dokument pro členské státy ASEAN při tvorbě jejich domácí soutěžněprávní legislativy. Mají nezávazný a právně nevynutitelný charakter. Pokyny byly později doplněny praktickou příručkou o politice hospodářské soutěže a soutěžněprávní legislativě v zemích ASEAN pro podniky.¹⁴ Cílem této příručky je pomoci podnikatelské komunitě orientovat se v soutěžněprávních předpisech přijatých v jednotlivých členských státech ASEAN. Tato příručka je pravidelně aktualizována, naposledy v roce 2019.¹⁵

Na *AEC Blueprint 2007* navazuje *AEC Blueprint 2025*, který vytváří strategický rámec pro regionální soutěžní právo do roku 2025. V rámci tohoto plánu je politika hospodářské soutěže klasifikována jako jeden z cílů k dosažení konkurenčního, inovativního a dynamického společenství ASEAN.¹⁶ Účelem hospodářské soutěže má být nastavení rovných soutěžních podmínek pro všechny podniky bez ohledu na vlastnictví, tj. jejich soukromoprávní či veřejnoprávní charakter.¹⁷ Právo hospodářské soutěže má usnadnit liberalizaci, vytvoření jednotného trhu a výrobní základny, jakož i podpořit vytváření konkurenceschopnějšího a inovativnějšího regionu.¹⁸ Plán vypočítává další strategické cíle, které jsou podrobněji rozpracovány v akčním plánu pro hospodářskou soutěž ASEAN (*ASEAN Competition Action Plan 2016–2025*; ACAP).¹⁹

Prvním cílem je vytvoření efektivních soutěžněprávních režimů na úrovni členských států. To obnáší i pravidelné hodnocení takové efektivity.²⁰ Dále by společenství mělo usilovat o posílení kapacit soutěžních úřadů v členských státech tak, aby mohly účinně politiku hospodářské soutěže prosazovat. To zahrnuje mj. i pořádání školení a výměny zaměstnanců,²¹ rozvoj strategií k účinnému vymáhání soutěžního práva v jednotlivých členských státech,²² jakož i zapojení soudního přezkumu apod.²³ Za třetí by měla být stanovena pravidla regionální spolupráce pro případy, které mají přeshraniční nebo regionální povahu. To obnáší dohodu o regionální spolupráci v oblasti prosazování práva hospodářské soutěže,²⁴ zřízení vynucovacího mechanismu pro řešení přeshraničních případů (včetně zřízení sítě soutěžních úřadů členských států)²⁵ a posílení pravomocí expertní skupiny.²⁶ Za čtvrté má být podporováno všeobecné povědomí o hospodářské soutěži a zejména jejich benefitech a vybudování silné soutěžní kultury. Tato iniciativa zahrnuje analýzy dopadů soutěžněprávní legislativy v jednotlivých členských státech, určení jasných hranic mezi politikou hospodářské soutěže a jinými hospodářskými politikami, zřízení platfo-

¹⁴ Příručka o politice a právu hospodářské soutěže v ASEAN pro podnikání 2013 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <https://asean-competition.org/file/post_image/Handbook%20on%20CPL%20for%20Business.pdf>.

¹⁵ Příručka o politice a právu hospodářské soutěže v ASEAN pro podnikání 2019 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <https://asean-competition.org/file/post_image/Handbook%20on%20CPL%20in%20ASEAN%20for%20Business%202019%20-%20FINAL.pdf>.

¹⁶ AEC Blueprint 2025, část B, odst. 25 an.

¹⁷ AEC Blueprint 2025, odst. 26.

¹⁸ AEC Blueprint 2025, odst. 26.

¹⁹ Akční plán pro hospodářskou soutěž ASEAN (2016–2025) [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<https://asean.org/storage/2012/05/ACAP-Website-23-December-2016.pdf>>.

²⁰ ACAP, odst. 1.2.3.

²¹ ACAP, odst. 2.2 a 2.3.

²² ACAP, odst. 2.4.

²³ ACAP, odst. 2.5.

²⁴ ACAP, odst. 3.1.

²⁵ ACAP, odst. 3.2.

²⁶ ACAP, odst. 3.3.

rem pro interakci soutěžních úřadů, odborné veřejnosti včetně soudců, veřejných institucí apod., ale i širší veřejnosti obecně. Nakonec pátý cíl směřuje ke sladění politiky a práva hospodářské soutěže v rámci ASEAN. Ačkoli se uznává, že členské státy mají rozdílné potřeby a „jedna velikost nesedí všem“, spolupráce má usilovat o podporu podobností a odstraňování rozporů. Takové sladování však nemá být samoučelné – cílem je především vytvoření prostředí, ve kterém nebudou překážky volného pohybu a které bude předvídatelné a transparentní pro investory v regionu. Takové sladování má především usnadnit spolupráci v oblasti vynucování práva hospodářské soutěže.²⁷ Plán počítá s vypracováním strategie pro regionální konvergenci ve vybraných oblastech,²⁸ aktualizací regionálních pokynů pro politiku hospodářské soutěže²⁹ a formulováním souboru zásad jako modelového právního rámce.³⁰

Z výše uvedeného vyplývá, že ACAP zachovává přístup založený na tzv. měkkém zákonodárství zastávaný již předchozími strategickými dokumenty. Spíše než o vytvoření samostatného regionálního režimu usiluje o podporu úsilí jednotlivých členských států při budování jejich vlastních soutěžních režimů. Regionální rozměr je relevantní při potírání přeshraničních protisoutěžních praktik, kde ACAP předpokládá hlubší spolupráci. Ačkoli zmínky o sladování soutěžněprávní legislativy mohou naznačovat, že ACAP připravuje půdu pro potenciální materiální konvergenci soutěžních pravidel v budoucnu, současná formulace iniciativ stále počítá s dobrovolnou spoluprací na úrovni členských států raději než stanovením jednotných pravidel pro celý region. Obdobně se spoléhá na vymáhání prostřednictvím národních soutěžních úřadů raději než na vymáhání centralizované na úrovni ASEAN.

Otázkou je, zda lze ambiciózních cílů ekonomické integrace, které si ASEAN ve strategických dokumentech vytýčil (tj. vybudování jednotného trhu a výrobní základny), dosáhnout bez takových nástrojů hlubší integrace, jako je nadnárodní regionální soutěžní právo. Následující část nabízí varianty, které by při budování regionálního soutěžněprávního režimu mohly přicházet v úvahu, a zvažuje, zda by takové přístupy byly vhodné pro ASEAN s ohledem na jeho integrační ambice.

2. Možné modely regionálního soutěžního práva a jejich vhodnost pro ASEAN

Regionální soutěžní právo lze obecně uvažovat ve třech formách, které se odlišují stupněm a hloubkou integrace. První formou je vytvoření nadnárodního práva, druhou formu představuje harmonizace národního práva jednotlivých členských států, a nakonec je možno uvažovat o právně nevynutitelné spolupráci a koordinaci při prosazování národního práva jednotlivými členskými státy.³¹ Za samostatnou formu lze pak považovat kombinaci těchto přístupů, tedy specifický model *sui generis*. V částech níže jsou tyto formy nejprve stručně nastíněny a poté je zvažována jejich vhodnost pro ASEAN.

²⁷ ACAP, odst. 5.1.

²⁸ ACAP, odst. 5.2.

²⁹ ACAP, odst. 5.3.

³⁰ ACAP, odst. 5.4.

³¹ Srov. např. THANADSILLAPAKUL, Lawan. The Harmonisation of ASEAN Competition Laws and Policy and Economic Integration. *Uniform Law Review*. 2004, Vol. 9, No. 3, s. 479–500.

2.1 Nadnárodní soutěžní právo

Regionální soutěžní právo může být v prvé řadě koncipováno jako samostatně stojící soubor pravidel na úrovni regionu, tedy právo „nadmárodního“ charakteru.³² To obvykle vyžaduje nejen přijetí příslušné regionální právní úpravy, ale také zřízení nadnárodního orgánu, který by byl vynucováním takového nadnárodního práva pověřen.³³ Tomuto modelu odpovídá soutěžní právo EU. Na unijní úrovni je právní základ práva hospodářské soutěže položen v čl. 101 a 102 Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU),³⁴ přičemž jeho vynucováním je pověřena Evropská komise jako orgán samotného společenství, jakož i soutěžní orgány jednotlivých členských států.³⁵

Hlavní výhodou tohoto přístupu je jednotnost. Pro všechny podniky v regionu jsou stanoveny stejné soutěžní podmínky.³⁶ Rozdíly mezi vnitrostátními předpisy v regionu mohou působit jako překážky obchodu a odrazovat přímé zahraniční investice.³⁷ Samostatný nadnárodní regionální režim může také překonat nedostatky (či přímo absenci) účinného režimu na národní úrovni některých členských států.³⁸ Nicméně tato skutečnost může být rovněž nahlížena jako nedostatek tohoto přístupu. Stanovení jednotného režimu pro všechny členské státy nutně ignoruje rozdíly v tržních podmínkách a potřebách národních trhů.³⁹ Jak naznačeno výše, „nevhodné“ soutěžní právo může mít neblahý vliv na hospodářský rozvoj nejen jednotlivých členských států, ale i regionu jako celku.

Vhodnost tohoto modelu byla posuzována i v rámci iniciativ zaštitěných EU. Centrum EU v Singapuru zveřejnilo pracovní dokument zamýšlející se nad tím, zda by právo hospodářské soutěže EU mohlo být použito jako vzor pro ASEAN.⁴⁰ Dokument došel k závěru, že v současnosti není s ohledem na dosavadní stupeň hospodářské integrace v ASEAN převzetí modelu EU založeného na závazných právních předpisech a centralizovaném soutěžním úřadu zřejmě uskutečnitelné. Nicméně ASEAN může čerpat ze zkušeností EU a využít modelu EU jako inspirace pro to, kudy by se s postupující regionální integrací v ASEAN mohlo regionální soutěžní právo ubírat.⁴¹

Otázka možného převzetí tohoto modelu práva byla diskutována i v odborné literatuře. Zatímco někteří autoři argumentují, že dosažení integračních cílů ASEAN je možné i bez

³² Srov. např. BOTH, G. Deniz. *Models of Regional Cooperation in Competition Law and Policy from Around the World: Lessons for the ASEAN Region*. In: ONG, Burton (ed.). *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 165–209.

³³ Existují však i soutěžní režimy založené sice na jednotném regionálním právu, které je však vynucováno výlučně prostřednictvím národních soutěžních autorit. DABBAH, Maher M. *International and Comparative Competition Law*. Cambridge: Cambridge University press, 2012, s. 366–417.

³⁴ Smlouva o fungování Evropské unie. *OJ C 326*, 26. 10. 2012, s. 47–390.

³⁵ Srov. např. JONES, Alison – SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. 6. vydání. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 91.

³⁶ DREXL, Josef. *The Transplantability of the EU's Competition Law Framework into the ASEAN Region*. In: ONG, Burton (ed.). *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 210–235, 228.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ BOTH, G. Deniz. *Models of Regional Cooperation in Competition Law and Policy from Around the World: Lessons for the ASEAN Region*, s. 208.

³⁹ DREXL, Josef. *The Transplantability of the EU's Competition Law Framework into the ASEAN Region*, s. 230.

⁴⁰ VALOCKOVA, Barbora. *EU Competition Law: A Roadmap for ASEAN? EU Centre in Singapore Working Paper*. 2015, No. 25, s. 1–20 [cit. 2022-07-02]. Dostupné z: <<http://aei.pitt.edu/97414/1/WP25-EU-Competition-Law.pdf>>.

⁴¹ VALOCKOVA, Barbora. *EU Competition Law: A Roadmap for ASEAN?*, s. 16.

nadnárodního soutěžního práva,⁴² jiní autoři jsou skeptičtější, když pochybují, že by ambiciózních cílů společného trhu bylo možno dosáhnout bez nástrojů hlubší integrace.⁴³ Nicméně nadnárodní režim obdobný režimu soutěžního práva EU nepovažují za vhodný, a to zejména s ohledem na rozdíly mezi ASEAN a EU.⁴⁴ Některé z identifikovaných rozdílů jsou vypočteny níže.

Za prvé, EU je nadnárodní organizací. Členské státy EU odložily část své suverenity a delegovaly ji na EU.⁴⁵ Proto EU v některých oblastech nahrazuje kompetence členských států.⁴⁶ Naopak ASEAN má charakter mezivládní organizace založené za účelem regionální spolupráce.⁴⁷ Členské státy si ponechaly plnou národní suverenitu a ta je společenstvím ASEAN plně respektována.⁴⁸ Tato odlišnost má důsledky pro charakter regulatorních aktů, k jejichž vydávání jsou diskutované organizace povolány. EU vytváří vlastní „legislativu“, jejíž dodržování je v členských státech zajištěno prostřednictvím principů přednosti, přímé použitelnosti a přímého a nepřímého účinku.⁴⁹ Oproti tomu ASEAN nemá pravomoc přijímat vlastní „legislativu“. Členské státy se i na úrovni ASEAN zavazují formou mezivládních dohod.⁵⁰ Nadto většina takto přijatých dohod má povahu spíše právně nevynutitelného „měkkého práva“ než bezpodmínečně závazných aktů. To je projevem způsobu, jakým ASEAN jako mezinárodní organizace funguje (v anglicky psané literatuře se tento způsob označuje jako „ASEAN Way“).⁵¹ Tak zatímco v EU jsou postupy unijních institucí a členských států vázány předem stanovenými pravidly, ASEAN se organizuje na spíše neformální úrovni. Rozhodování je založeno na principu konsensu a členské státy striktně lpí na dodržování zásady vzájemného nevměšování se do vnitřních záležitostí ostatních členských států. V rámci ASEAN tak převažují neformální a právně nezávazné, respektive nevynutitelné dohody.⁵² Nejsou ani ustaveny formální mechanismy, které by na vynucování případných závazků převzatých členskými státy efektivně dohlížely. Nebyly zřízeny nadnárodní instituce typu Evropské komise nebo Soudního dvora EU, které by byly pověřeny prosazováním přijatých právních aktů. I když se i v rámci ASEAN objevily

⁴² Viz např. FOX, Eleanor M. Can ASEAN Achieve a Single Market with National-Only Competition Law? In: ONG, Burton (ed.). *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*, s. 140–164.

⁴³ Viz např. DREXL, Josef. *The Transplantability of the EU's Competition Law Framework into the ASEAN Region*.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Viz např. TOMÁŠEK, Michal – TÝČ, Vladimír a kol. *Právo Evropské unie*. 2. vydání. Praha: Leges, 2019, s. 63 an. nebo 122.

⁴⁶ Článek 3 SFEU. Výhradní pravomoc zahrnuje také stanovení pravidel hospodářské soutěže nezbytných pro fungování vnitřního trhu [srov. čl. 3 odst. 1 písm. b) SFEU]. V těchto oblastech může jednat pouze EU. Viz např. SYLLOVÁ, Jindřiška – PÍTROVÁ, Lenka – PALDUSOVÁ, Helena a kol. *Lisabonská smlouva: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 203 an.

⁴⁷ Charta Sdružení národů jihovýchodní Asie ze dne 20. listopadu 2007 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<http://agreement.asean.org/media/download/20160509062115.pdf>> (Charta ASEAN), čl. 3.

⁴⁸ Charta ASEAN, čl. 2 odst. 2.

⁴⁹ Pro aplikační principy práva EU viz např. TOMÁŠEK a kol. *Právo Evropské unie*, s. 73 an.

⁵⁰ Patří sem např. zakladatelské nebo jiné klíčové dokumenty společenství. KUIJPER, Pieter Jan – MATHIS, James H. – MORRIS-SHARMA, Natalie Y. *From Treaty-Making to Treaty-Breaking: Models for ASEAN External Trade Agreements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. Viz také PIRIS, Jean-Claude – WOON, Walter. *Towards a Rules-Based Community: An ASEAN Legal Service*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 57–61.

⁵¹ BECKMAN, Robert – BERNARD, Leonardo – PHAN, Hao Duy – HSIEN-LI, Tan – YUSRAN, Ranya. *Promoting Compliance: The Role Of Dispute Settlement And Monitoring Mechanisms In ASEAN Instruments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 19.

⁵² Viz např. NARINE, Shaun. Forty Years of ASEAN: A Historical Review. *Pacific Review*. 2008, Vol. 21, No. 4, s. 411–29, případně BECKMAN, Robert a kol. *Promoting Compliance: The Role Of Dispute Settlement And Monitoring Mechanisms In ASEAN Instruments*, s. 42.

iniciativy, jejichž cílem bylo postupy v rámci ASEAN více „legalizovat“, zůstávají na úrovni politických prohlášení a prozatím si nenašly cestu do konkrétních opatření.⁵³

Tento způsob fungování ASEAN je přičítán neochotě členských států omezit svou suverenitu. Na národní autonomii je i vzhledem k historickému vývoji v regionu kladen značný důraz.⁵⁴ Zároveň však také ztělesňuje nesmírnou regionální rozmanitost, která je pro členské státy sdružené v ASEAN charakteristická.⁵⁵ Velké rozdíly mezi členskými státy jsou totiž nevyhnutelným limitem regionální integrace v rámci ASEAN. ASEAN je složen z členských států velmi rozdílných velikostí, ekonomické síly, stupně hospodářského rozvoje, právních tradic a právních systémů.⁵⁶ Členské státy EU se zdají mít k sobě v těchto ohledech mnohem blíže. Velké odlišnosti mezi členskými státy se pak nevyhnutelně promítnou i do regulace hospodářské soutěže v regionu. ASEAN může legitimně pociťovat naléhavější potřebu než EU, aby regionální soutěžněprávní režim byl přizpůsoben a odpovídal specifickým potřebám jeho členských států. Režim jednotného nadnárodního soutěžního práva obdobného tomu zavedenému v EU by takovou kontextualizaci dle národních specifik neumožňoval.

Za druhé, kromě obecných rozdílů ve způsobu organizace a fungování EU a ASEAN se tyto organizace liší také v cílech jejich politiky hospodářské soutěže. Regulace hospodářské soutěže v EU byla vedena cílem vytvoření jednotného vnitřního trhu založeného na volném pohybu zboží, služeb, kapitálu a osob bez jakýchkoli vnitřních překážek. Úkolem soutěžního práva je umožnit podnikům soutěžit za rovných podmínek ve všech členských státech EU.⁵⁷ Soutěžní právo tak hrálo (a stále hraje) zcela ústřední roli v budování jednotného vnitřního trhu.⁵⁸ V ASEAN je cílem soutěžního práva především podpora regionální integrace. Tato integrace však není samoučelná. Spíše slouží dalším „vyšším“ cílům, a to zejména podpoře hospodářského růstu, zvýšení konkurenceschopnosti regionu jako celku, jakož i přilákání přímých zahraničních investic.⁵⁹ Ačkoli tyto „vyšší“ cíle jsou jistě relevantní i pro EU, v rámci ASEAN jim může být přikládána větší váha a zájmy hospodářské soutěže jim mohou snadněji ustupovat.⁶⁰ Nadnárodní regionální soutěžní právo by

⁵³ EWING-CHOW, Michael – HSIEN-LI, Tan. The Role of the Rule of Law in ASEAN Integration. *EUI Working Papers, RSCAS*. 2013, 16 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<http://cadmus.eui.eu//handle/1814/26452>>. Viz také SUKMA, Rizal. ASEAN Beyond 2015: The Imperatives for Further Institutional Changes. In: OOI, Kee Beng a kol. *The 3rd ASEAN Reader*. Singapore: ISEAS–Yusof Ishak Institute, 2015, s. 413–417.

⁵⁴ SUKMA, Rizal. *ASEAN Beyond 2015: The Imperatives for Further Institutional Changes*.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ I pro tyto rozdíly ASEAN sleduje systém „otevřeného regionalismu“. Podle této koncepce nemají iniciativy v rámci regionální ekonomické integrace bránit plánům a záměrům hospodářského rozvoje členských států. MARIA, Rebecca Sta. – URATA, Shujiro – INTAL, Ponciano S. The ASEAN Economic Community Into 2025 and Beyond. *Economic Research Institute for ASEAN and East Asia*, 2017 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <https://www.eria.org/ASEAN_50_Vol_5_Complete_Book.pdf>.

⁵⁷ Rozsudek Soudního dvora ze dne 1. června 1999, *Eco Swiss China Time Ltd proti Benetton International NV*, C-126/97, EU:C:1999:269, odst. 36. Viz také rozsudek Soudního dvora ze dne 17. února 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, odst. 20–22, nebo THOMPSON, Rhodri – BROWN, Christopher – GIBSON, Nicholas. Article 102. In: BAILEY, David – JOHN, Elizabeth Laura a kol. *European Union Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, para. 10.002.

⁵⁸ Srov. také rozsudek Soudního dvora ze dne 20. září 2001, *Courage a Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, odst. 20, že ustanovení základací smlouvy zakotvující ochranu hospodářské soutěže představují „základní ustanovení nezbytné pro naplnění poslání svěřeného Společenství a zvláště pro fungování vnitřního trhu“.

⁵⁹ DREXL, Josef. *The Transplantability of the EU's Competition Law Framework into the ASEAN Region*, s. 166.

⁶⁰ Regionální pokyny o politice hospodářské soutěže v čl. 3.5.1 výslovně předvidají, že implementace soutěžní politiky nemá členským státům bránit v tom, aby přijímaly či sledovaly jiné legitimní politiky, které mohou vyžadovat odchylku od principů soutěžní politiky. Členské státy jsou oprávněny zachovat či přijmout výjimky pro určitá odvětví či aktivity.

nemuselo takovou flexibilitu poskytovat. Nadto existují rozdíly v chápání pojmu „jednotný trh“, jak je používán v EU a ASEAN.⁶¹ Ačkoli ASEAN na „jednotný trh“ ve strategických dokumentech referuje, současná integrační fáze ASEAN je v ekonomické literatuře popisována spíše jako dohoda o volném obchodu (FTA) bez společných cel a společné obchodní politiky, přičemž cílem je dosáhnout hluboké a komplexní dohody o volném obchodně.⁶² ASEAN v současné době není ani celní unií, když neuplatňuje společný celní sazebník na dovážené zboží.⁶³ Dokumenty ASEAN nikterak nedefinují, jaký stupeň ekonomické integrace má „jednotný trh“ představovat.⁶⁴

Z kontextu integrace v rámci ASEAN je však možno usuzovat, že největší rozdíl mezi EU a ASEAN v nahlížení pojmu „jednotný trh“ tkví v tom, vůči komu se „jednotný trh“ vymezuje. V rámci EU má jednotný trh především usnadnit ekonomickou výměnu v rámci regionu, tedy mezi ekonomickými aktéry působícími v jednotlivých členských státech navzájem. Orientuje se tedy především „směrem dovnitř“. Z integračních iniciativ ASEAN se naopak podává, že vnitřní trh v rámci ASEAN má především podporovat jiné ekonomické iniciativy společenství, které jsou orientovány na podporu zahraničního obchodu mezi členskými státy ASEAN na jedné straně a třetími subjekty na straně druhé, tedy „směrem ven“, a nikoli na podporu obchodu mezi členskými státy navzájem.⁶⁵ Regionální integrace tedy není považována za důležitou proto, že by podporovala obchod uvnitř regionu, ale spíše proto, že podporuje atraktivnost regionu v očích zahraničních investorů a obchodních partnerů. Růst obchodu uvnitř regionu není tak důležitý jako obchod mezi subjekty v regionu a subjekty působícími mimo něj.⁶⁶

Z výše uvedeného vyplývá, že v ASEAN jsou významné bariéry, které omezují možnost přijetí nadnárodního soutěžního rámce obdobného soutěžnímu právu EU, zejména neformálnost postupů v rámci ASEAN, absence centralizovaného „zákonodárství“ a orgánů, které by závazná pravidla vynucovaly. Přijetí modelu nadnárodního soutěžního práva v ASEAN by vyžadovalo změnu principů fungování ASEAN a hlubší politickou a ekonomickou integraci. Taková hlubší integrace však není v současnosti politickou prioritou.⁶⁷

⁶¹ Ekonomická teorie chápe jednotný trh jako fázi ekonomické integrace, v níž členské státy mezi sebou odbouraly cla, používají společný celní sazebník vůči třetím zemím a je mezi nimi zabezpečen volný pohyb zboží, služeb, kapitálu a pracovníků. Nejsou tolerovány žádné výjimky z povinnosti zajistit rovný přístup na trh, či zákazu uplatňování diskriminační národní regulatorní úpravy. Státy si nicméně ponechávají pravomoc nad svými rozpočtovými výdaji. Viz PELKMANS, Jacques. *The ASEAN Economic Community: A Conceptual Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 25. Viz také JETSCHKE, Anja. Institutionalizing ASEAN: Celebrating Europe Through Network Governance. *Cambridge Review of International Affairs*. 2009, Vol. 22, No. 3, s. 407–26. Tomu odpovídá pojetí jednotného trhu v rámci EU. Srov. článek 26 odst. 2 SFEU definující vnitřní trh jako „prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu“.

⁶² FTA-plus zahrnuje zónu volného obchodu, celní unii a také všechny závazky převzaté v rámci architektury Světové obchodní organizace. Viz PELKMANS, Jacques. *The ASEAN Economic Community: A Conceptual Approach*, s. 8–74.

⁶³ ISHIKAWA, Koichi. The ASEAN Economic Community and ASEAN economic integration. *Journal of Contemporary East Asia Studies*. 2021, Vol. 10, No. 1, s. 24–41.

⁶⁴ PELKMANS, Jacques. Understanding the ASEAN economic community: pragmatism versus conceptualism. *Asia Pacific Business Review*. 2019, Vol. 25, No. 5, s. 619–636.

⁶⁵ Srov. ORCALLI, Gabriele. Market Building through Regional Integration Agreements: The EU and the ASEAN Way. *Journal of Economic Integration*. 2017, Vol. 32, No. 1, s. 160–92.

⁶⁶ To navazuje na specifický rozvojový model, který ASEAN jako prosazuje. Ten sleduje zejména podporu účasti členských států ASEAN v globálních obchodních řetězcích a model „létající husy“ („flying geese“ model). Cílem tohoto modelu je zatrativnit ASEAN jako region pro zahraniční investice a zároveň usnadnit propojení uvnitř regionu. PELKMANS, Jacques. *The ASEAN Economic Community: A Conceptual Approach*, s. 62.

⁶⁷ Viz např. SUKMA, Rizal. *ASEAN Beyond 2015: The Imperatives for Further Institutional Changes*. Srov. také BECKMAN,

Nadto i kdyby se politickou prioritou stala, lze pochybovat, že by byla uskutečnitelná s ohledem na velké rozdíly nejen ekonomického, ale i politického či sociokulturního charakteru mezi členskými státy.⁶⁸ Dokud nebudou takové rozdíly alespoň pro účely ekonomické spolupráce překonány, ASEAN by měl hledat jiné formy regionálního soutěžního práva.

2.2 Harmonizace národních soutěžněprávních předpisů

Alternativou k nadnárodnímu regionálnímu soutěžnímu právu je postupné sbližování či harmonizace národních soutěžních režimů a pravidel.⁶⁹ Může se týkat hmotného práva, procesního práva, jakož i implementační praxe.⁷⁰ Harmonizace či sbližování je zmiňována ve strategických dokumentech ASEAN jako konečný cíl, o který by měla regionální soutěžněprávní spolupráce usilovat.⁷¹ Tato forma regionálního soutěžního práva má ve vztahu k ASEAN své výhody i nevýhody.

Výhodou harmonizačního přístupu je, že jej lze provádět bez toho, aniž by se členské státy ASEAN musely nutně zavazovat k hlubší politické a ekonomické integraci. Nevyžaduje totiž centralizované právní předpisy ani centralizované vynucování.⁷² Uplatňování a prosazování práva hospodářské soutěže by zůstalo v rukou národních soutěžních úřadů. Harmonizace by se dotkla pouze práva přijímaného na národní úrovni v tom smyslu, že by toto národní právo muselo respektovat určité standardy odrážející společný postoj na úrovni ASEAN.⁷³ Sjednocení na společných standardech by nutně učinilo soutěžní právo v regionu transparentnější.

Nicméně ukládání takových standardů lze v kontextu členských států ASEAN považovat rovněž za určitou nevýhodu. Značné rozdíly v úrovni ekonomického rozvoje, a tedy i „vhodného“ soutěžního práva na úrovni členských států, mohou být překážkou k tomu, aby se členské státy odhodlaly k přijetí „ambicióznějších“ pravidel, která by přispěla k efektivnějšímu naplňování integračních cílů ASEAN. Někteří autoři se obávají, že členské státy by jako harmonizační standard přijaly jen „nejmenší společný jmenovatel“, tedy úpravu, která odpovídá nejméně sofistikovanému a propracovanému režimu soutěžního práva.⁷⁴ To by mohlo vést k tomu, že takové „slabé“ soutěžní právo bude uplatňováno

Robert a kol. *Promoting Compliance: The Role Of Dispute Settlement And Monitoring Mechanisms In ASEAN Instruments*, s. 40.

⁶⁸ Srov. obdobně např. KIMURA, Fukunari. Reconstructing the Concept of “Single Market and Production Base” for ASEAN beyond 2015. *ERIA discussion paper, Economic Research Institute for ASEAN and East Asia*. 2013, 25 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<http://www.eria.org/ERIA-DP-2013-25.pdf>>.

⁶⁹ Srov. např. TOMÁŠEK, Michal a kol. *Právo Evropské unie*, s. 109.

⁷⁰ CUNNINGHAM, Richard – LaROCCA, Anthony. Harmonization of Competition Policies in a Regional Economic Integration. *Law and Policy of International Business*. 1996, No. 27, s. 879.

⁷¹ Harmonizace je stanovena jako poslední, pátý cíl ACAP, který má nastat poté, co všechny členské státy přijaly národní soutěžněprávní úpravu a efektivně ji vynucují.

⁷² KLAMERT, Marcus. What We Talk About When We Talk About Harmonisation. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2015, No. 17, s. 360–379.

⁷³ SILALAH, Udin. The Harmonization of Competition Laws towards the ASEAN Economic Integration. In: LEE, Eric Y. J. (eds). *ASEAN International Law*. Singapore: Springer, 2022.

⁷⁴ CHEW, Corinne. Diversity of National Competition Laws in the ASEAN Region and the Resulting Challenges for Businesses Operating in the Region. In: ONG, Burton (ed.). *The Regionalisation of Competition Law and Policy within the ASEAN Economic Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 58–93.

v rámci celého regionu ASEAN, tedy i v členských státech, jejichž soutěžněprávní expertíza je vyšší. Nadto byl-li by uplatňován systém minimální harmonizace, jak je znám z práva EU,⁷⁵ mohlo by celé harmonizační úsilí přijít nazmar, protože režimy soutěžního práva by se mezi členskými státy lišily v závislosti na tom, zda by se tyto státy odhodlaly jít nad rámec minimálních společných standardů. Mohly by se tedy lišit více méně stejně, jako kdyby k žádné harmonizaci nedošlo.

Pokud by harmonizace nebyla omezena na minimum sdílené všemi členskými státy ASEAN, mohla by paradoxně členské státy svazovat více než nadnárodní princip. Autoři upozorňují, že nadnárodní princip může umožnit členským státům ucházet se o výjimky z aplikace konkrétních pravidel, aby byly zohledněny jejich specifické tržní prostředí a podmínky.⁷⁶ Lze uvažovat i o stanovení výjimek ve vztahu ke specifickým skupinám protisoutěžních praktik. Například nadnárodní regionální právo může opravňovat členské státy k uplatňování přísnějších pravidel v oblasti zneužití dominantního postavení.⁷⁷ Je otázkou, zda by bylo možné takovou flexibilitu v rámci harmonizačního přístupu docílit. Přitom byla-li by harmonizace založena na mezinárodních „osvědčených“ postupech soutěžního práva, které obvykle odpovídají principům soutěžního práva EU či antitrustového práva Spojených států amerických,⁷⁸ není vyloučeno, že bude jako standard přijata úprava, která není pro členské státy „vhodná“ s ohledem na jejich odlišné ekonomické a tržní prostředí. Literatura zabývající se právními „transplantáty“ totiž naznačuje, že „západní“ soutěžní právo není zejména pro rozvojové státy vhodné, neboť nedostatečně zohledňuje jejich specifické tržní podmínky a rozvojové potřeby.⁷⁹

Lze shrnout, že model založený na harmonizaci má své výhody a nevýhody a v rámci ASEAN by záviselo na jeho konkrétním nastavení, tedy zda by například zakotvoval jen minimální standardy nebo pevně daný standard, zda by se týkal všech oblastí soutěžního práva nebo jen vybraných apod. Oproti nadnárodnímu právu zachovává členským státům určitou nezávislost, která však může být zároveň nevýhodou v případě, že členské státy nebudou odhodlány dobrovolně harmonizační úsilí naplňovat.

2.3 Model spolupráce

Třetí alternativou nastavení regionálního soutěžního práva je forma koordinace či spolupráce při tvorbě a aplikaci národních soutěžních pravidel.⁸⁰ Jako v případě harmonizace

⁷⁵ CRAIG, Paul – DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law: Text, Cases, and Materials*. 5. vydání. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 600. Viz také např. rozsudek Soudního dvora ze dne 12. listopadu 1996, *Spojené království v. Rada*, C-84/94, EU:C:1996:431, odst. 42. Viz také např. článek 153 odst. 2 písm. b), článek 169 odst. 4 nebo článek 193 Smlouvy o fungování Evropské unie, OJ C 326, 26. 10. 2012, s. 47–390 (SFEU).

⁷⁶ DREXL, Josef. *The Transplantability of the EU's Competition Law Framework into the ASEAN Region*.

⁷⁷ Ostatně tento přístup je uplatňován v EU, kde členské státy EU mohou uplatňovat přísnější pravidla týkající se zneužití dominance, než jsou pravidla stanovená v rámci EU. Srov. nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy, Úř. věst. L 1, 4. 1. 2003, s. 1–25, čl. 3 odst. 2.

⁷⁸ PAPADOPOULOS, Anestis S. *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 258–267.

⁷⁹ Viz např. GAL, Michal S. – FOX, Eleanor M. *Drafting Competition Law for Developing Jurisdictions: Learning from Experience*. In: GAL, Michal S a kol. *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law*. UK: Edward Elgar Publishing, 2015, s. 296–356.

⁸⁰ Srov. např. THANADSILLAPAKUL, Lawan. *The Harmonisation of ASEAN Competition Laws and Policy and Economic Integration*, s. 479–500.

by neexistovala samostatná přímo aplikovatelná právní úprava na regionální úrovni, nadto by ale také nebyl uložen členským státům závazek svou národní právní úpravu sblížovat dle dohodnutých společných standardů. Členské státy by se na úrovni ASEAN mohly uchýlit k přijetí nezávazných pokynů či vzorových „zákonů“ či modelů. V rámci prosazování národních předpisů by si soutěžní úřady členských států mohly vyměňovat informace, důkazy či dokumentaci relevantní pro šetření (zejména přeshraničního) protisoutěžního jednání či jej koordinovat. Taková spolupráce by mohla rovněž zahrnovat sdílení obdobných znalostí a zkušeností či rozvoj společných výzkumných či vzdělávacích programů v oblasti práva hospodářské soutěže.⁸¹

V kontextu ASEAN by tento přístup nejvíce respektoval národní suverenitu členských států.⁸² Zároveň může umně nastavená spolupráce vést k postupnému sblížování vnitrostátních právních předpisů v hmotném i procesním smyslu, tedy dosáhnout obdobných výsledků jako cílená harmonizace.⁸³ Jak již bylo naznačeno výše, dosavadní aktivity ASEAN v rámci politiky hospodářské soutěže se odehrávají právě v této formě. Inherentní nevýhodou tohoto modelu je však absence jakéhokoli donucujícího rámce či závaznosti.⁸⁴ Uskutečnění všech iniciativ je plně závislé na ochotě členských států tyto iniciativy honorovat. Zkušenosti z aplikace obdobně nezávazných iniciativ v jiných oblastech spolupráce v rámci ASEAN však naznačují, že míra dobrovolného naplňování nezávazných iniciativ je v rámci ASEAN jen velmi nízká.⁸⁵ Autoři obecně poznamenávají, že „měkká“ spolupráce může být užitečná pouze tam, kde jsou všechny zainteresované strany pevně odhodlány k dosažení společných cílů.⁸⁶ Ačkoli všechny členské státy přijaly soutěžněprávní regulaci na národní úrovni, míra jejího skutečného vynuovení a naplňování v praxi se velmi liší.⁸⁷ Roli v tomto ohledu může hrát i vypěstlost národních soutěžních režimů (včetně doby, po kterou existují), jakož i úroveň a dostupnost vynuovení kapacity.⁸⁸ Členské státy, které přijaly soutěžněprávní regulaci jen nedávno, či které nemají dostatek dedikovaných kapacit k jejímu prosazování či které se potýkají s jinými obtížemi na národní úrovni, nemusí považovat regionální aktivity za svou prioritu. Model založený čistě na dobrovolné spolupráci tak může v rámci ASEAN narazit na velmi rozdílné zájmy členských států a obecnou nižší ochotu dobrovolně přebírat závazky, které nejsou právně vynutitelné.

⁸¹ BOTH, G. Deniz. *Models of Regional Cooperation in Competition Law and Policy from Around the World: Lessons for the ASEAN Region*, s. 165–209.

⁸² WOOD, Diane P. International Harmonization of Antitrust Law: The Tortoise or the Hare. *Chicago Journal of International Law*. 2002, Vol. 3, No. 2, 391–407.

⁸³ Ostatně někteří autoři označují spolupráci ve formě přijímání právně nezávazných doporučení a pokynů jako model tzv. „měkké“ harmonizace. Srov. např. WOOD, Diane P. *International Harmonization of Antitrust Law: The Tortoise or the Hare*.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Viz např. JONES, Lee. Explaining the failure of the ASEAN economic community: the primacy of domestic political economy. *The Pacific Review*. 2016, Vol. 29, No. 5, s. 647–670.

⁸⁶ BOTH, G. Deniz. *Models of Regional Cooperation in Competition Law and Policy from Around the World: Lessons for the ASEAN Region*, s. 173.

⁸⁷ Viz např. OECD, *OECD Asia-Pacific Competition Law and Enforcement Trends*, 2021 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-asia-pacific-competition-law-enforcement-trends-2021.pdf>>.

⁸⁸ BOTH, G. Deniz. *Models of Regional Cooperation in Competition Law and Policy from Around the World: Lessons for the ASEAN Region*, s. 205.

2.4 Model *sui generis*

Jako poslední z modelů regionálního soutěžního práva přichází v úvahu model *sui generis*, který by kombinoval prvky ostatních modelů zmíněných výše. Ve vztahu k ASEAN jsou v literatuře navrhovány různé permutace. Drexl například navrhuje model, který by principiálně vycházel z modelu nadnárodního regionálního soutěžního práva obdobnému soutěžnímu právu EU, jež by však byl uzpůsoben tak, aby zohledňoval specifika ASEAN jako mezinárodní organizace. Konkrétně navrhuje i) centralizované vynucování v oblasti spojování podniků a státní podpory, ii) nadnárodní právní úpravu aplikovanou na přeshraniční protisoutěžní jednání zahrnující jak protisoutěžní dohody, tak zneužití dominantního postavení (což by rovněž vyžadovalo zřízení specifického regionálního orgánu pro vynucování a dohled) a iii) souběžné uplatňování domácích soutěžněprávních předpisů na protisoutěžní dohody a zneužití dominantního postavení.⁸⁹ Tento přístup má své výhody i nevýhody.

Výhodou je jeho potenciál významně přispět k dokončení jednotného trhu a výrobní základny, jak si ASEAN předsevzal ve strategických dokumentech. Mohl by tedy pomoci naplnit konečnou integrační ambici regionu. Centralizovaná kontrola spojování podniků by slibovala snížení nákladů podniků působících v regionu na soutěžní *compliance*, tedy dodržování právních předpisů v oblasti hospodářské soutěže. Podniky by zejména nemusely nadále kontrolovat a zajišťovat soulad jejich přeshraničních podnikatelských záměrů ve vícero právních rádech. To by mohlo obecně přispět k zatraktivnění regionu pro zahraniční investory. Centralizovaná státní podpora by slibovala rovné soutěžní podmínky pro všechny podniky v rámci ASEAN, tedy k obecnému zvýšení konkurenčního prostředí. Jednotná pravidla pro přeshraniční protisoutěžní jednání by slibovala postižení potenciálně velmi škodlivých protisoutěžních jednání, na která současná roztržitá právní úprava na jednotlivých národních úrovních není schopna dosáhnout (když například nemůže zohledňovat dopady určitého jednání na sousední trhy apod.). Nakonec paralelní aplikace národního práva na jiné protisoutěžní dohody a jednostranné praktiky dominantních podniků by slibovala náležité zohlednění národních specifik. To může být užitečné zejména ve vztahu ke státně vlastněným podnikům a odvětvím, v nichž působí, jež jsou mnohdy klíčová pro rozvojové politiky jednotlivých členských států a kde nelze předpokládat jednotný přístup.

Drexlem navržený přístup však má i své nevýhody. Centralizace pravidel kontroly spojování podniků může členské státy připravit o možnost používat práva hospodářské soutěže jako nástroje pro uskutečňování svých rozvojových cílů. V některých členských státech není spojování podniků soutěžním právem vůbec upraveno, a to právě s odvoláním na jejich rozvojový charakter a zejména nutnost posílit domácí podniky a zvýšit jejich konkurenceschopnost vůči zahraničním investorům.⁹⁰ Obdobně regulace veřejné podpory bývá úzce spojena s rozvojovou politikou, a může být naopak prostředkem k úpravě soutěžního prostředí tak, aby bylo v souladu s ostatními odvětvovými a průmyslovými politikami. Zřízení centralizované vynucovací agentury pak může narazit na různé představy členských států na její složení, organizaci, pravomoci apod. Takto v minulosti

⁸⁹ DREXL, Josef. *The Transplantability of the EU's Competition Law Framework into the ASEAN Region*, s. 324–235.

⁹⁰ Např. malajské soutěžní právo spojování podniků nereguluje. Srov. např. TAY, Wilson – VERN, Tze. *Competition Law in Malaysia: Renaissance and the Road Ahead. Malayan Law Journal Articles*. 2013, No. 2, s. 23.

v ASEAN narazily například iniciativy k zavedení centralizovaného mechanismu řešení sporů.⁹¹

Návrhy jiných autorů, pokud jde o specifický model pro ASEAN, jsou méně ambiciózní, když nevyžadují vytvoření nadnárodního, třebaže přizpůsobeného či jen částečného, společného práva. Za vhodný spíše považují současný rámec založený na spolupráci a právně nezávazných iniciativách. Both například poznamenává, že zaměřením na soutěžní advokacii a jiné mechanismy „měkkého“ zákonodárství současný režim odpovídá cílům rozvoje regionální politiky hospodářské soutěže v ASEAN.⁹² Obdobně Luu se domnívá, že režim založený na strategických dokumentech a specifických pokynech a vytváření sítí pro kooperaci a spolupráci jsou s ohledem na stupeň integrace ASEAN prozatím vhodné.⁹³ Jelikož však současný režim staví na ochotě členských států dobrovolně dodržovat právně nevytíkatelná pravidla, může se ukázat v praxi jako zcela bezvýznamný. Ostatně i Both si všímá, že již v této rané fázi spolupráce se členské státy pokyny pro regionální politiku hospodářské soutěže ne zcela striktně řídí.⁹⁴

Budování soutěžního práva v kontextu ASEAN tak zřejmě bude největší překážkou nedostatečné dobrovolné dodržování striktně právně nezávazných doporučení a iniciativ. Řešením této situace by mohla být právě hlubší integrace jen ve vybraných oblastech, tedy jen v omezeném rozsahu. Hranice takové hlubší integrace by mohly být vymezeny účelem, ke kterému ASEAN jako regionální organizace směřuje, tedy vytvoření jednotného trhu a výrobní základny ASEAN.

3. Doporučený přístup

Jak naznačeno v části 3.1 výše, pojetí jednotného trhu v rámci ASEAN se od obdobného termínu používaného ve vztahu k vnitřnímu trhu EU odlišuje mj. i tím, že se vymezuje „směrem ven“ vůči zahraničním investorům či jiným regionálními hráčům namísto „směrem dovnitř“ ve vztahu zejména k podnikům působícím na takovém trhu, jako je tomu v EU. Jednotný trh nemá primárně sloužit k podpoře obchodu v rámci regionu, ale spíše ke zvýšení atraktivnosti regionu jako celku a podpoře obchodních aktivit zahraničních investorů v něm.

Nabízí se tedy, že pro dosažení cílů jednotného trhu, jak je chápán v souvislosti s ASEAN, by postačovalo, kdyby prosazování soutěžněprávní regulace na národní úrovni jednotlivých členských států bylo dostatečně účinné natolik, aby byly podchyceny ty praktiky, které tvoří překážku přístupu na trh ASEAN jako celku, a aby v rámci tohoto trhu poté byly zaručeny rovné podmínky soutěže. Je tomu proto, že tyto metriky jsou zvláště důležité

⁹¹ BECKMAN, Robert a kol. *Promoting Compliance: The Role of Dispute Settlement and Monitoring Mechanisms In ASEAN Instruments*, s. 56, nebo LOOIAND, Janet – WEN, Tan Shi. *Merger Control 2020: Malaysia. Global Legal Insights*. 2020 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/malaysia>>.

⁹² BOTH, G. Deniz. *Models of Regional Cooperation in Competition Law and Policy from Around the World: Lessons for the ASEAN Region*, s. 204.

⁹³ LUU, Ly Huong. *Regional Harmonization of Competition Law and Policy: An ASEAN Approach. Asian Journal of International Law*. 2012, Vol. 2, No. 2, s. 291–321.

⁹⁴ BOTH, G. Deniz. *Models of Regional Cooperation in Competition Law and Policy from Around the World: Lessons for the ASEAN Region*, s. 208. Srov. také McEWIN, R. Ian. *Introduction to CPI Special Issue on ASEAN Competition Law. Antitrust Chronicle, Competition Policy International*. 2015, No. 12, s. 3.

pro zahraniční investory a obchodní partnery.⁹⁵ V tomto ohledu mohou nástroje tzv. negativní integrace dosáhnout požadovaných účinků, aniž by nadměrně zasahovaly do suverenity členských států ASEAN volně spravovat vnitřní záležitosti týkající se hospodářské soutěže na jejich národních trzích. Negativní integraci se obecně rozumí zejména odstranění bariér, které hlubší integraci brání.⁹⁶ V případě ASEAN taková negativní integrace relevantní z pohledu soutěžního práva může spočívat zejména v odstranění přeshraničních překážek vstupu a obdobných diskriminačních praktik, které brání přístupu na jednotlivé národní trhy.⁹⁷ ASEAN tuto metodu používá i v rámci jiných iniciativ směřujících k vybudování „jednotného trhu“. Usiluje tak například o odstranění tarifních i netarifních bariér mezi členskými státy, které ztěžují volný pohyb zboží a služeb v regionu.⁹⁸ Rozdílná úprava hospodářské soutěže by mohla být považována za druh netarifní překážky, k jejichž odstranění se členské státy ASEAN rovněž zavázaly.⁹⁹

Negativní integrace může být doprovázena pozitivní integrací (tedy již aktivním přičiněním ve formě regulatorní)¹⁰⁰ tam, kde se to v průběhu času ukáže nezbytné nebo žádoucí. V kontextu ASEAN by například mohly být zřízeny koordinační či poradní soutěžní instituce na mezivládní úrovni bez zvláštních donucovacích pravomocí, mohlo by být zavedeno společné monitorování účinnosti soutěžních režimů apod.¹⁰¹ Členské státy by také mohly přistoupit k bližší integraci formou sektorových mezivládních smluv, které by zakotvily společné standardy v těch oblastech, které jsou v členských státech na obdobném stupni rozvoje nebo které vykazují shodnou soutěžní dynamiku.¹⁰² Mezivládní spolupráce by mohla být zejména prospěšná v případě postihu přeshraničního protisoutěžního jednání.¹⁰³ Nakonec projevem pozitivní integrace je i harmonizace.¹⁰⁴ Proto v těch oblastech, které by ještě nebyly „zralé“ pro unifikovaná pravidla přijatá v rámci mezivládní spolupráce, by členské státy mohly přistoupit k dílčímu sladění alespoň regulatorního základu, na kterém by v budoucnu mohly dále stavět.

Takový „postupný“ přístup je citlivější národní suverenitě a autonomii, kterou si členské státy ASEAN tak přísně střeží. Umožnil by například členským státům zachovat rozdílná pravidla pro významné státně vlastněné podniky, které jsou v regionu tradičně používány k naplňování jiných průmyslových politik.¹⁰⁵ Dílčí iniciativy také slibují postupně zvyšovat obecné povědomí o hospodářské soutěži a jejich benefitech pro ekonomickou

⁹⁵ ISHIKAWA, Koichi. *The ASEAN Economic Community and ASEAN economic integration*, s. 24–41.

⁹⁶ CRAIG, Paul – DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law: Text, Cases, and Materials*, s. 687–689.

⁹⁷ PELKMANS, Jacques. *The ASEAN Economic Community: A Conceptual Approach*, s. 25.

⁹⁸ Například usiluje o odstranění tarifních a netarifních překážek obchodu, jako například diskriminačních poplatků, rozdílů v technických normách či standardů apod. Srov. např. SUKEGAWA, Seiya. ASEAN's initiatives for free trade in East Asia under AEC. *Journal of Contemporary East Asia Studies*. 2021, Vol. 10, No. 1, s. 42–64.

⁹⁹ ISHIKAWA, Koichi. *The ASEAN Economic Community and ASEAN economic integration*, s. 24–41.

¹⁰⁰ CRAIG, Paul – DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law: Text, Cases, and Materials*, s. 687–689.

¹⁰¹ Srov. např. FOX, Eleanor M. *Can ASEAN Achieve a Single Market with National-Only Competition Law?*, s. 163.

¹⁰² Srov. obdobně např. DEVAHASTIN NA AYUDHAYA, Phanomkwan. ASEAN Harmonization of international competition law: what is the most efficient option? *International Journal of Business, Economics and Law*. 2013, Vol. 2, No. 3, s. 1–5 [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<http://ijbel.com/wp-content/uploads/2014/07/Asean-Harmonization-Of-International-Competition-Law-%E2%80%93-What-Is-The-Most-Efficient-Option-Phanomkwan-Devahastin-Na-Ayudhaya.pdf>>.

¹⁰³ S koordinací při potírání přeshraničního protisoutěžního jednání ostatně počítá i ACAP (srov. bod 3.2).

¹⁰⁴ Srov. např. de SOUSA, Pedro Caro. Negative and Positive Integration in EU Economic Law: Between Strategic Denial and Cognitive Dissonance? *German Law Journal*. 2012, Vol. 13, No. 8, s. 979–1012.

¹⁰⁵ Na to ostatně pamatuje i čl. 3.5.4 regionálních pokynů pro hospodářskou soutěž, když stanoví, že státní autority a podniky by neměly být považovány za podniky podléhající soutěžnímu právu.

integraci regionu. Ta je přitom v regionu jen nízká.¹⁰⁶ Silnější „soutěžní“ kultura v regionu by podpořila nejen dobrovolné dodržování soutěžního práva, ale mohla by také položit základy pro budoucí užší spolupráci či sblížování tam, kde by to členské státy považovaly za žádoucí s ohledem na cíle regionální integrace.¹⁰⁷ Již zřízená expertní skupina pro hospodářskou soutěž může fungovat jako platforma pro výměnu informací a jako kontaktní místo mezi stranami zúčastněnými na tvorbě či prosazování práva hospodářské soutěže v regionu, a to i v zájmu transparentnosti a soudržnosti aplikační praxe v regionu. Konkrétní výměna a spolupráce v rámci jednotlivých případů může probíhat již v ustavené síti soutěžních úřadů ASEAN, kterou expertní skupina zřídila.¹⁰⁸

Kombinace nástrojů negativní a pozitivní integrace umožňuje integraci „různou rychlostí“ v závislosti na prioritách členských států a jejich ochotě se v některých případech částečně vzdát své plné suverenity ve prospěch společného regionálního postupu. Zároveň umožňuje upřednostnit ty oblasti, které považují za významné z hlediska budování regionálního „jednotného trhu“.

Závěr

Z výše uvedeného se podává, že v současné fázi regionální integrace ASEAN se nezdá být nadnárodní soutěžní právo typu soutěžního práva EU pro ASEAN vhodné. Nadnárodní režim vyžaduje institucionální a regulatorní podpůrnou infrastrukturu, která v ASEAN prozatím chybí a jejíž zřízení se ani nezdá být v blízké budoucnosti na politickém programu. Vzhledem k odlišnosti ekonomické integrace v rámci ASEAN oproti EU, a to jak z hlediska samotného fungování a integračních cílů, tak okolností týkajících se samotných členských států (zejména velké regionální roztržitosti v případě ASEAN), ASEAN bude muset spíše najít svůj vlastní přístup *sui generis*. Ideální model regionálního soutěžního práva ASEAN by měl najít správnou rovnováhu mezi potřebou reflektovat ty rysy národní politiky hospodářské soutěže, které jsou klíčové pro hospodářský rozvoj jednotlivých členských států na jedné straně, a potřebou určitého stupně spolupráce na regionální úrovni, která bude podporovat integrační cíle ASEAN jako společenství. Přitom není vyloučeno, že některé z těchto cílů se budou překrývat. Například hlubší integrace a konektivita mohou přispět k inkluzivnímu hospodářskému růstu, když umožní zapojení širšího okruhu ekonomických hráčů a zvýšení konkurenceschopnosti. Jednotnému přístupu ve všech oblastech nicméně brání velké rozdíly v úrovni hospodářského rozvoje mezi členskými státy.

Vhodnější se proto jeví přístup založený na spolupráci a případném sladování pravidel jen postupně, ve vybraných oblastech. Princip spolupráce je ostatně navrhován i v aktuálních strategických dokumentech na úrovni ASEAN. Substantivní harmonizace je zvažována pouze jako potenciální finální stav, ke kterému by měly jednotlivé dílčí aktivity směřovat. Proto současné iniciativy týkající se harmonizace nezahrnují sblížování konkrétních

¹⁰⁶ SILALAH, Udin. Accelerating The Development of An ASEAN Competition Culture. *Law Review*. 2012, Vol. 7, No. 2, s. 242.

¹⁰⁷ K významu soutěžní kultury v regionu srov. také např. HUDA, Mokhamad Khoiril – NUGRAHENI, Ninis – KAMARUDIN. Harmonizing competition law in the ASEAN economic community. *International Journal of Business, Economics and Law*. 2016, Vol. 9, No. 4.

¹⁰⁸ Tisková zpráva ASEAN ze dne 11. října 2018, *ASEAN Establishes Competition Enforcers' Network, Regional Cooperation Framework, and Virtual Research Centre* [cit. 2022-03-31]. Dostupné z: <<https://asean.org/asean-establishes-competition-enforcers-network-regional-cooperation-framework-and-virtual-research-centre/>>.

právních norem. Raději identifikují obecný společný základ, na kterém může v budoucnu být stavěno v rámci harmonizace, uzrají-li základní podmínky nezbytné pro hlubší integraci, zejména přijímání společných norem. Mnohdy namítaná pomalost celého procesu tedy může být s ohledem na potřeby ASEAN spíše výhodou. To tím spíše, že v některých členských státech byla soutěžní legislativa zavedena teprve nedávno. Pečlivá shoda na takových společných základech je pro úspěch regionálního soutěžního práva klíčová. S ohledem na aktuální stav hospodářské integrace v rámci ASEAN není vhodné se upínat k regionálnímu modelu EU založenému na nadnárodních principech, ale postupovat pomaleji metodou spolupráce na vytvoření „podhoubí“, ze kterého by následně mohly případné harmonizační regionální politiky čerpat. Jedině pevně zakořeněný soutěžní rámec totiž může být oporou budování jednotného trhu a výrobní základny, které si ASEAN předsevzal.

Medzinárodná delimitácia námorných zón (1969–2009)

Viktor Vaculčík*

Abstrakt: Článok zameriava svoju pozornosť na vývoj medzinárodnej námornej delimitácie medzi prelomovými rozhodnutiami Medzinárodného súdneho dvora v prípade “The North Sea Continental Shelf cases” (1969) a “The Maritime Delimitation in the Black Sea” (2009). Hoci právnym základom námornej delimitácie bol článok 6 ženevského Dohovoru o pevninskej plytčine (1958), medzinárodná judikatúra čoskoro vyvinula svoju vlastnú metodológiu, ktorá sa myšlienkovovo vzdialila od nevyhnutnosti stotožnenia námornej delimitácie s equidistančnou líniou. Na druhej strane je prekvapivé, že hoci equidistančná línia vypadla z ustanovení delimitačných článkov Dohovoru OSN o morskom práve (1982), bola to práve equidistančná línia, ktorá bola v plnej miere zachovaná a akceptovaná i v neskoršej judikatúre ako myšlienkový základ každej námornej delimitačnej línie, a to bez toho, aby boli medzinárodné súdy limitované jej relevantnou modifikáciou v jednotlivých prípadoch. Inkorporácia spravodlivosti ako princípu v metodológii námornej delimitácie sa javilo ako perspektívny krok na začiatku šesťdesiatich rokov 20. storočia. Neskôr sa však ukázalo, že takýto progresívny vývoj išiel pravdepodobne príliš rýchlo vzhľadom na následnú absenciu kritického pochopenia tohto nového princípu námornej delimitácie a v neposlednom rade doviedol svojou bezbrehou aplikáciou samotnú námornú delimitáciu do slepej uličky začiatkom osemdesiatich rokov 20. storočia. Našťastie neskoršia jurisprudencia v námornej delimitácii sa postupom času stala viac štruktúrovanou a predvídateľnou. Rozhodovacia prax medzinárodných súdov začiatkom 21. storočia vytvorila postupne celý metodologický systém námornej delimitácie, umožňujúca medzinárodným súdom jednotný postup v námornej delimitácii s jeho modifikáciou zodpovedajúci každému danému prípadu námornej delimitácie. Napriek tomu je delimitácia svoju imanentnou podstatou vždy jedinečná a komplexná, rešpektujúc špecifickú charakteristiku každého individuálneho prípadu.

Kľúčové slová: delimitácia, equidistančná línia, relevantné okolnosti, disproporcionalita, spravodlivý výsledok

Úvod

Delimitácia námorných zón patrí bezpochyby k najkontroverznejším, najkomplexnejším a najviac dynamicky rozvíjajúcim sa oblastiam morského práva, ktoré tvorí významnú časť rozhodovacej činnosti medzinárodných súdov – Medzinárodného súdneho dvora (*International Court of Justice* – ICJ), Medzinárodného tribunálu pre morské právo (*International Tribunal for the Law of the Sea* – ITLOS) a Stáleho rozhodcovského dvora (*Permanent Court of Arbitration* – PCA).¹ Zo siedmich námorných zón sa delimitujú najviac tri (pobrežné more,² výlučná ekonomická zóna,³ kontinentálny šelf⁴), zvyšok z rôznych dôvodov

* JUDr. Mag. iur. Viktor Vaculčík, LL.M., PhD. Morskému právu sa venuje od svojho štúdia medzinárodného morského práva u prof. Lagoniho na Univerzite v Hamburgu (2003/2004) ako hlavnej oblasti svojho vedeckého záujmu. V rokoch 2020–2021 pôsobil ako hlavný štátny radca na Námornom úrade (odbor Ministerstva dopravy a výstavby SR). Názory vyjadrené v tomto článku sú výlučne súkromnými názormi autora a nevyjadrujú názor Námorného úradu. E-mail: viktor.vaculcik@centrum.sk. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2284-5904>.

¹ Štáty, ktoré pristúpili k Dohovoru OSN o morskom práve (*United Nations Convention on the Law of the Sea* – UNCLOS), si môžu podľa časti XV čl. 287 vybrať, či prijímajú jurisdikciu ITLOS, ICJ, či arbitrážneho tribunálu podľa Prílohy (Annex) VII k UNCLOS, respektíve pre špecifické spory podľa prílohy XVIII k UNCLOS. Štáty si môžu zvoliť aj všetky tri (štyri) možnosti, minimálne však jednu. Štáty, ktoré si nezvolili ani ITLOS, ani ICJ, si vybrali (a to aj konkludentne) arbitrážny tribunál podľa Prílohy VII UNCLOS. V poslednom menovanom prípade sa prípad spravida prejedná na PCA. Pokiaľ si sporové strany zvolili rôzne *forum*, rozhodovať bude arbitráž podľa Prílohy VII UNCLOS.

neprihádza do úvahy (vnútorné vody,⁵ šíre more,⁶ oblasť⁷). Špecifickou oblasťou delimitácie sú morské zálivy.⁸ V posledných rokoch sa množia prípady, kde sporové strany žiadajú súdnu inštanciu (ICJ, ITLOS, arbitrážny tribunál Príloha VII) delimitovať všetky tri námorné zóny, a to aj za hranicou 200 nm, čím sa takéto požiadavky stávajú otáznymi aj vzhľadom na príslušnosť Komisie pre morské dno (CLCS).⁹

Článok sa venuje analýze genézy delimitácie námorných zón medzi dvoma mílnikmi medzinárodnej judikatúry – rozhodnutiu ICJ v prelomových prípadoch *North Sea Continental Shelf cases* (1969) a *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)* (2009).

1. Relevantná právna úprava

Jedným z dôvodov, prečo delimitácia námorných zón bola a je už desaťročia tak komplexnou, a niekedy až rozporuplnou záležitosťou, je bezpochyby veľmi strohá pozitívnoprávna úprava.

Prvým zakotvením delimitácie bol čl. 6 Dohovoru o pevninskej plytčine (1958).¹⁰ Najprv sa mali štáty na delimitácii dohodnúť, ak by dohoda nebola možná, a niet osobitných

2 Pobrežné more sa rozprestiera najviac 12 námorných míľ (nm) od základných línií, od ktorých sa meria (čl. 3 UNCLOS). Základná línia je spravidla čiara najväčšieho odlivu, ktorá je zakreslená v úradných námorných mapách veľkej mierky pobrežného štátu (čl. 5 UNCLOS).

3 Výlučná ekonomická zóna sa nachádza za pobrežným morom, respektíve príľahlou zónou (ak pobrežný štát vyhlási), pričom nesmie byť širšia ako 200 nm od základných línií (čl. 55 v spojení s čl. 57 UNCLOS).

4 Kontinentálny šelf *de iure* (UNCLOS) nie je (vždy a spravidla ani nie je) totožný s geologickou definíciou prirodzeného predĺženia pevninského územia pod hladinou mora. Ohraničenie kontinentálneho šelfu podľa čl.76 UNCLOS patrí k najkomplikovanejším oblastiam právnej úpravy UNCLOS. Jeho šírka je podľa všeobecného pravidla čl.76 ods.1 UNCLOS najviac 200 nm od základných línií, a tam, kde (pevninský) okraj presahuje 200 nm, je hranica vymedzená osobitnou úpravou tzv. Írskych vzorcov (Hedbergov a Gardinerov) ods. 4, ktoré sú zase ohraničené 2500 m izobatou, respektíve šírkou max. 350 nm od základných línií, čo sa však zase nevzťahuje (výnimka z výnimky, čl. 76 ods. 6 posl. veta) na tzv. podmorské vyvýšeniny (*submarine elevations*), ktoré tvoria prirodzenú časť kontinentálneho okraja.

5 Vnútorné vody sa rozprestierajú od základných línií (čiara najväčšieho odlivu) smerom (späť) k pevnine (čl. 8 UNCLOS). Pobrežný štát má vo vnútorných vodách plnú neobmedzenú suverenitu v plnom rozsahu (morské podložie, vody a vzdušný priestor nad morom), aká by mu prislúchala ako na jeho suchozemskom teritóriu. Vnútorné vody sa spravujú vnútroštátnymi právnymi predpismi pobrežného štátu. Akonáhle sú základné línie zakreslené do máp veľkej mierky, a nie sú predmetom sporu, je definovanie vnútorných vôd jasné a jednoznačné záležitosť, delimitácia preto neprihádza do úvahy.

6 Šíre more je definované negatívne odpočítaním ostatných zón ako všetky časti svetového mora, ktoré nepatria do výlučnej ekonomickej zóny, do pobrežného mora, alebo vnútorných vôd (čl. 86 UNCLOS). Keďže sa na šíre more vzťahujú ďalekosiahle slobody všetkých štátov sveta (plavby, preletu, kladenia káblov, potrubí, umelých ostrovov, rybolovu, vedeckého výskumu) a morské dno podlieha špecifickej právnej úprave a medzinárodnej správe, neprihádza delimitácia medzi (len) dvoma štátmi do úvahy.

7 Oblasťou sa podľa UNCLOS rozumie hlbokomorské dno morí a oceánov vrátane ich podložia (čl. 1 ods.1 UNCLOS) za hranicou kontinentálneho šelfu. Podlieha medzinárodnej správe a úplne špecifickej právnej úprave podľa časti XI UNCLOS, respektíve neskoršou (1994) Dohodou o uplatňovaní časti XI Dohovoru OSN o morskom práve z 10. decembra 1982, ktorá ju v mnohých ohľadoch významne pozmenila.

8 Bezpochyby najznámejším prípadom (a taktiež pomerne kontroverzným) je delimitácia zálivu Fonseca Medzinárodným súdnym dvorom (ICJ) známym ako *Case concerning land, island and maritime frontier dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*. I. C. J Reports 1992.

9 *Commission on the Limits of the Continental Shelf*.

10 Článok 6 vyhlášky ministra zahraničných vecí z 27. júna 1964 o Dohovore o pevninskej plytčine: „1. Kde je tá istá pevninská plytčina príľahlá k územiám dvoch alebo viacerých štátov, pobrežie ktorých leží proti sebe, rozdelenie pevninskej plytčiny medzi tieto štáty sa určí dohodou medzi nimi. Ak nedôjde k dohode, a pokiaľ osobitné okolnosti neoprávňujú iné rozhraničenie, hranicu tvorí stredná čiara, každý bod ktorej je rovnako vzdialený od najbližších bodov základných línií, od ktorých sa meria šírka územných vôd každého z týchto štátov.“

okolností (definícia chýba), delimitačná čiara mala byť stredová línia (*median line*), ktorú tvoria body rovnako vzdialené od najbližších bodov na základných líniách (*baselines*).¹¹ Na tomto mieste treba poznamenať, že stredová línia a equidistančná línia sú v konečnom efekte zameniteľné.

Aj equidistančná, aj stredová delimitačná línia vychádzajú z tej istej metodológie delimitácie, t. j. označenie za jednu alebo druhú líniu, nemá žiaden vplyv na výsledok delimitácie.¹² V doktríne sa medzi stredovou a equidistančnou líniou v podstate veľmi nedi-ferencuje.¹³ Rozdiel medzi oboma označeniami je vyložene terminologický a súvisí skôr s rozdielnou geografickou situáciou pri delimitácii, ako by bol inherentne spätý so samotnou metódou.¹⁴ Ak by sme chceli byť úplne presní, čl. 6 Dohovoru o pevninskej plytčine (1958) rozlišuje medzi delimitáciou štátov ležiacich oproti sebe – v takom prípade sa aplikuje stredová línia (*median line*) a medzi delimitáciou medzi štátmi s priľahlým pobrežím, kde sa aplikuje equidistančná línia (*equidistance line*).¹⁵

Znenie napriek judikatúre 60.–70. rokov 20. storočia nebolo prekvapivo prebraté do nového znenia Dohovoru OSN o morskom práve (UNCLOS¹⁶ 1982) v úprave delimitácie výlučnej ekonomickej zóny, či kontinentálneho šelfu, naopak bolo inkorporované v zakotvení delimitácie pobrežného mora (čl. 15), kde sa však medzi stredovou a equidistančnou metódou už nerozlišuje a používa sa jednotný pojem stredová línia (*median line*) pre priľahlé aj oproti sebe ležiace pobrežia.

Delimitácia výlučnej ekonomickej zóny (čl. 74), respektíve kontinentálneho šelfu (čl. 83) sa má dosiahnuť dohodou s odkazom na všeobecné riešenie medzinárodných sporov (čl. 36 Štatútu Medzinárodného súdneho dvora/ICJ), respektíve osobitné riešenie sporov morského práva (časť XV UNCLOS) s cieľom dosiahnuť spravodlivé riešenie (*equitable solution*).

2. Kde je tá istá pevninská plytčina priľahlá k územiám dvoch susedných štátov, rozhraničenie pevninskej plytčiny sa určí dohodou medzi nimi. Ak nedôjde k dohode, a pokiaľ osobitné okolnosti neoprávňujú iné rozhraničenie, hranica sa určí podľa zásady rovnakej vzdialenosti od najbližších bodov základných línií, od ktorých sa meria šírka územných vôd každého z týchto štátov.

3. Pri rozhraničení pevninskej plytčiny by sa každá demarkačná čiara určená v zmysle zásad uvedených v odsekoch 1a2 tohto článku mala určiť podľa námorných máp a zemepisných údajov existujúcich k určitému dátumu, pričom by sa mali uviesť pevné a stále orientačné body na zemi.“

11 Dohovor o pevninskej plytčine, dnes by sme ho terminologicky správnejšie nazvali Dohovor o kontinentálnom šelfe (publikovaný vo vtedajšej ČSSR vyhláškou ministra zahraničných vecí z 27. júna 1964 č. 144/1964 Zb. o Dohovore o pevninskej plytčine) bol jedným zo štyroch dohovorov (Dohovor o pobrežnom mori a priľahlej zóne, Dohovor o kontinentálnom šelfe, Dohovor o širom mori, Dohovor o rybolove) prijatých na 1. konferencii OSN o morskom práve (UNCLOS I), ktorá prebiehala od 24. 2. – 27. 4. 1958 na pôde OSN. Nasledovala neúspešná 2. konferencia (UNCLOS II, 17. 3. – 26. 4. 1960). Až 3. konferencia OSN (UNCLOS III, 1973–1982) bola naozaj úspešnou, keďže sa jej podarilo v podstate kodifikovať celé morské právo prijatím Dohovoru OSN o morskom práve (1982). NORDQUIST, H. M. *United Convention on the Law of the Sea 1982 – A Commentary. Volume 1*. Dordrecht – Boston – London: Martin Nijhoff Publishers, 1985, s. 29–134; DINH, Q. N. – DAILLER, P. – PELLET, A. *Droit international public*. Paris: E. J. A., 1999, s. 1095–1097; IPSEN, K. *Völkerrecht*. München: C. H. Beck, 1999, s. 713; YTURRIAGA, A. J. de. *The International Regime of Fisheries, From UNCLOS to the Presential Sea*. Hague – Boston – London: Martin Nijhoff Publishers, 1997, s. 16.

12 Maritime Delimitation in the Black Sea (*Romania v. Ukraine*), Judgment, I. C. J. Reports 2009, ods. 116.

13 IPSEN, K. *Völkerrecht*, s. 727.

14 CALFLISH, L. In: DUPUY, René-Jean – VIGNES, Daniel (ed.). *A Handbook on the New Law of the Sea. Volume 1*. Dordrecht – Boston – Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, s. 427.

15 V prvom prípade sa stredová línia definuje ako „čiara, každý bod ktorej je rovnako vzdialený od najbližších bodov základných línií, od ktorých sa meria šírka územných vôd každého z týchto štátov“ (čl. 6 ods. 1 Dohovoru o pevninskej plytčine). V druhom prípade sa equidistančná línia definuje ako čiara určená podľa „zásady rovnakej vzdialenosti od najbližších bodov základných línií, od ktorých sa meria šírka územných vôd každého z týchto štátov“ (čl. 6 ods. 2 Dohovoru o pevninskej plytčine). Prakticky sa teda jedná o jednu a tú istú delimitačnú metódu.

16 *United Nations Convention on the Law of the Sea*.

V doktríne bola táto úprava delimitácie kritizovaná ako princíp bez obsahu.¹⁷

Ako veľmi kontroverznou sa ukázala otázka aplikácie spoločnej delimitácie pre kontinentálny šelf a výlučnú ekonomickú zónu (*common boundary line*). Časť doktríny (McRae, Bowett) sa prikláňa k názoru, že rozdielne právne režimy majú vplyv aj na samotnú delimitáciu, a teda majú byť delimitované nezávisle od seba.¹⁸ Prevažuje však aplikácia jednotnej delimitačnej línie pre obe zóny naraz aj v doktríne (Evans, Orrego Vicuña, čiastočne Churchill, Lowe), aj v judikatúre (Tunisia/Libya, Libya/Malta, Gulf of Maine, Guinea/Guinea Bissau, St. Pierre et Miquelon a mediácia pápeža Jána Pavla II. medzi Argentínou a Čile). Hoci je samozrejme teoreticky možné určiť rozdielne delimitačné línie, spoločná línia pre obe zóny je jednoducho pragmatické a praktické riešenie,¹⁹ práve preto sa aj stala tak veľmi obľúbenou voľbou. V judikatúre bol dokonca vyslovený názor (Oda), že jednotná delimitačná línia je priam nevyhnutnou z hľadiska princípu *ordre public*.²⁰

Na opačnom konci kritického názorového spektra (Churchill, Lowe) je zase zdôrazňovaná podmienka spravodlivého riešenia (*equitable solution*) pri delimitácii výlučnej ekonomickej zóny a kontinentálneho šelfu zakotveného aj v čl. 74 a 83 UNCLOS, ktoré môže byť v konkrétnom prípade ťažko aplikovateľné pri voľbe jednotnej delimitačnej línie; spravodlivá delimitácia kontinentálneho šelfu nemusí byť nutne spravodlivým riešením pre výlučnú ekonomickú zónu a naopak.²¹

Zdá sa, že napriek istej kontroverzii je spoločná delimitačná línia skôr posudzovaná súdom v každom jednotlivom konkrétnom prípade delimitácie, a bude iste závisieť od návrhu strán a špecifických okolností prípadu.

Ako ešte ďalej uvidíme, práve požiadavka *expressis verbis* spravodlivosti (*equity*) vniesol do delimitácie námorných zón pojem prirodzeného práva,²² ktorý s pozitívno-právnou úpravou občas aj koreluje, zväčša však vnáša do delimitácie veľkú dávku neistoty, keďže spravodlivé riešenie nemusí byť v konkrétnom prípade len jedno.

Bezpochyby zaujímavým javom je úplné prebratie čl. 6 Dohovoru o pevninskej plytčine (1958) – equidistančnej línie nielen do staršej judikatúry (kde je to logické, UNCLOS v tom čase ešte nebol prijatý), ale aj ako samozrejmosť v delimitácii v novej judikatúre, a to práve s odkazom na staršiu medzinárodnú judikatúru. Hoci medzinárodné súdy zatiaľ *expressis verbis* equidistančnú líniu zatiaľ nevyhlásili za obyčajové právo, je už aplikovaná s takou pravidelnosťou a samozrejmosťou (reflektované podaniami štátov v delimitačných sporoch), s tak silným právnym presvedčením (*opinio iuris*), s viac ako 50 ročnou aplikačnou praxou (*consuetudo*), že možno túto základnú metódu delimitácie považovať už za súčasť medzinárodného obyčajového práva.

¹⁷ YTURRIAGA, J. A. de. *Ámbitos de Soberanía en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar-una perspectiva española*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores-Secretaría General Técnica, 1993, s. 167; EVANS, M. *International Law*. 2nd edition. Oxford University Press, 2006, s. 647.

¹⁸ KAYE, S. K. The Use of Multiple Boundaries in Maritime Boundary Delimitation: Law and Practice. *The Australian Year Book of International Law*. 1998, Vol. 19, s. 57–58.

¹⁹ EVANS, M. D. Delimitation and the Common Maritime Boundary. *The British Yearbook of International Law*. 1993, Vol. 64, No. 1, s. 297; ORREGA VICUÑA, F. La zone économique exclusive: Régime et nature juridique dans le droit international. *Recueil des Cours, Académie de Droit International*. 1986, Vol. 199, s. 123; CHURCHILL, R. R. – LOWE, A. V. *The Law of the Sea*. Manchester University Press, 2014, s. 196.

²⁰ Dissenting opinion of Judge Oda In Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya). *I. C. J. Reports*. 1982, ods. 126.

²¹ CHURCHILL, R. R. – LOWE, A. V. *The Law of the Sea*, s. 196.

²² V rámci širokého názorového prúdu právnej filozofie prirodzeného práva.

2. Metódy delimitácie

2.1 Delimitácia na základe princípu spravodlivosti (equity) a relevantných okolností (relevant circumstances)

Prvým významným prípadom delimitácie, v tom čase prelomovým, a ešte stále aktuálne citovaným prípadom delimitácie námorných zón aj v súčasnosti,²³ je spor z konca 60. rokov 20. storočia o delimitáciu kontinentálneho šelfu na Medzinárodnom súdnom dvore, Holandska, Dánska a vtedajšej SRN, jednotne označované ako *The North Sea Continental Shelf cases* (1969).

Dôsledná aplikácia čl. 6 Dohovoru o pevninskej plytčine (1958) by v tomto prípade viedla k výraznému nepomeru medzi delimitovaným kontinentálnym šelfom v pomere k dĺžke pobrežia daného pobrežného štátu. V predmetnom prípade by tak Dánsku s pobrežím dlhým 247 km pripadlo 56 700 km² kontinentálneho šelfu, zato Nemecku s 273 km dlhým pobrežím len polovica dánskeho kontinentálneho šelfu (24 600 km²), Holandsku s 285 km dlhým pobrežím dokonca až 61 400 km² kontinentálneho šelfu. S takýmto výsledkom sa však väčšina sudcov Medzinárodného súdneho dvora nechcela stotožniť, pretože delimitáciu nepokladali ako vypracovanú na základe spravodlivých princíпов (equity).

Práve preto ICJ vyhlásil čl. 6 Dohovoru (1958) za neaplikovateľný v danom prípade.²⁴

Súd interpretoval spravodlivé princípy mimoriadne extenzívne, dokonca sú podľa jeho názoru úplne neobmedzené, pričom jednotlivé zváženie toho ktorého argumentu na takomto základe bude v konečnom dôsledku závisieť od konkrétneho prípadu.²⁵ Práve tu sa dostávajú do popredia relevantné okolnosti (*relevant circumstances*) konkrétneho prípadu pri tvorbe delimitácie v súlade so spravodlivými princípmi (*equitable circumstances*), čím bol významnou mierou ovplyvnený vývoj delimitácie námorných zón v ďalších desaťročiach.²⁶

Súd za rozhodujúce faktory považoval konfiguráciu pobrežia štátov, geologickú štruktúru delimitovanej oblasti a taktiež rozumnú mieru proporcionality.²⁷

Dôležitý princíp, ktorý bol rešpektovaný v medzinárodnej judikatúre aj v ďalších desaťročiach je princíp *pevnina dominuje moru* (*the land dominates the sea*), pretože práve pevnina (súš) je zdrojom projekcie (suverénnych) práv štátu, ktoré smerujú z pevniny von na more, a nie azda naopak.²⁸

Kontinentálny šelf bol rozsudkom rozdelený medzi všetky tri pobrežné štáty tak, aby každý z nich dostal spravodlivý podiel na kontinentálnom šelfu (*just and equitable share*).²⁹ Spravodlivosť delimitácie má však svoje limity – nerovná sa automaticky rovnosti pri delimitácii (*equity does not necessarily imply equality*), preto nemôžu byť nikdy prírodné podmienky v rozpore s tým, ako sú objektívne (vopred) dané, úplne pozmenené.³⁰

²³ CHARNEY, I. J. L. – ALEXANDER, M. *International Maritime Boundaries. Volume 1*. Dordrecht – Boston – London: Martin Nijhoff Publishers, 1993, s. 166–171; RESEARCH CENTER FOR INTERNATIONAL LAW. *International Boundary Cases: The Continental Shelf. Volume 1*. Cambridge Grotius Publication Limited, 1992, s. 77.

²⁴ North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment of 20 February 1969, ods. 34.

²⁵ Ibidem, ods. 93.

²⁶ North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment of 20 February 1969, ods. 101.

²⁷ Ibidem, ods. 94.

²⁸ Ibidem, ods. 96.

²⁹ KLEMM, U.-D. Allgemeine Abgrenzungsprobleme verschiedener seerechtlich definierter Räume. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht – Heidelberg Journal of International Law (HJIL)*. 1978, s. 527.

2.2 Zohľadnenie equidistance (equidistance), špeciálnych okolností (special circumstances) a test disproporcionality

Kým prípad *The North Sea Continental Shelf cases* zaviedol do judikatúry medzinárodných súdov uznávaný princíp *equity / relevant circumstances*, progresívny posun v delimitácií v ďalšom významnom rozhodnutí *Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic)*³¹ viedol arbitrážny súd k aplikácii alternatívneho princípu *equidistance / special circumstances* (špeciálne okolnosti). V danom prípade bola poloha Normanských ostrovov (Channel Islands) v zátok Seiny a predovšetkým ostrovov Scilly pri britskom pobreží natoľko špecifická – spôsobovala nespravodlivú okolnosť, ktorú bolo treba napraviť vhodnou formou delimitácie.³²

Súd nakoniec uprednostnil z mnohých možných faktorov predovšetkým špeciálne geografické okolnosti prípadu. Odklonil sa v konečnom dôsledku výrazným spôsobom od aplikácie *equity* pri delimitácii ako spravodlivého rozhodnutia (*just and equitable*),³³ a naopak dal väčšiu váhu špeciálnym okolnostiam a vyrovnaní disproporcionality³⁴ pri delimitácii.

Arbitrážny súd považoval disproporcionalitu dokonca za najrelevantnejší princíp pri delimitácii.³⁵ Spravodlivá delimitácia (*equitable delimitation*) nie je podľa názoru súdu ani zdieľanie delimitovanej námornej zóny (v danom prípade kontinentálneho šelfu), ani jej proporcionálne pridelenie vzhľadom na dĺžku pobrežia daného štátu v zmysle distributívneho rozdelenia podielov.

V súlade s predchádzajúcou judikatúrou³⁶ však taktiež nie je možné pri delimitácii ignorovať prírodné danosti pobreží daných štátov. Test disproporcionality je práve preto (len) nápravou disproporciónálnych a nespravodlivých výsledkov vyplývajúcich z (objektívnych) geografických konfigurácií pobreží daných štátov.³⁷

Test disproporcionality bol na vtedajšiu dobu veľmi progresívny, a to až na toľko, že bol akceptovaný a aplikovaný ešte aj v novej judikatúre 21. storočia.³⁸

Konkrétne bol test disproporcionality ako vedúci princíp delimitácie aplikovaný na Scilly Islands – ostrovy s veľmi špecifickou polohou v delimitovanej oblasti. Miesto podrobných výpočtov objektívnych geografických daností³⁹ arbitrážny súd upriamil svoju

³⁰ North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment of 20 February 1969, ods. 91.

³¹ RESEARCH CENTER FOR INTERNATIONAL LAW. *International Boundary Cases: The Continental Shelf*, s. 353 an. CHARNEY, I. J. L. – ALEXANDER, M. *International Maritime Boundaries. Volume 2*. Dordrecht – Boston – London: Martin Nijhoff Publishers, 1993, s.1737.

³² KLEMM, U.-D. *Allgemeine Abgrenzungsprobleme verschiedener seerechtlich definierter Räume*, s. 529.

³³ RESEARCH CENTER FOR INTERNATIONAL LAW. *International Boundary Cases: The Continental Shelf*, s. 355.

³⁴ SHAW, N. M. *International Law*. Cambridge University Press, 1997, s. 438.

³⁵ “In short, it is disproportion rather than any general principle of proportionality which is the relevant criterion or factor.” In: *Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic)*. *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. XVIII, ods. 101.

³⁶ North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment of 20 February 1969, ods. 91.

³⁷ “[I]t is rather a question of remedying the disproportionality and inequitable effects produced by particular geographical configurations or features.” In: *Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic)*. *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. XVIII, ods. 101.

³⁸ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment. I. C. J. Reports. 2009, ods. 210.

³⁹ *Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic)*. *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. XVIII, ods. 250.

pozornosť práve na polohu Scilly Islands, ktorá až dvakrát predlžuje dĺžku pobrežia Spojeného kráľovstva,⁴⁰ oproti polohe francúzskeho ostrova l'Île d'Ouessant.⁴¹ Arbitrážny súd tento daný geografický faktor považoval za disproporcionálnu špeciálnu okolnosť (*special circumstance*)⁴² vedúcu k nespravodlivej (*unjust and inequitable*) aplikácii všeobecného pravidla equidistančnej línie,⁴³ a práve preto ho zohľadnil pri delimitácii len čiastočne (polovične), v zmysle tzv. *half-effect*. Arbitrážny súd tu videl jasnú koreláciu so spravodlivosťou (*equity*), ktorá nemá za úlohu dosiahnuť úplnú rovnosť pri delení, ale len vhodne napraviť nespravodlivé dôsledky daností geografickej konfigurácie pri delimitácii.⁴⁴

Aj posledné menované polovičné započítanie ostrovov so špecifickou polohou pri delimitácii našlo všeobecnú akceptáciu a súhlas aj v neskoršej medzinárodnej judikatúre.⁴⁵

2.3 Delimitácia neobývaných skalísk

Delimitácia námorných zón môže byť veľkou mierou ovplyvnená existenciou neobývaných skalísk. Hoci štatút takýchto geomorfologických útvarov prešiel predovšetkým po známom kontroverznom prípade *Rockall*⁴⁶ (podobným, hoci neskorším prípadom sú ostrovy *Sala y Gómez*⁴⁷) pomerne dlhým vývojom, spôsobuje právna kvalifikácia neobývaných ostrovov naďalej problémy.

Preto aj bola kategória neobývaných skál⁴⁸ zakotvená jednak v ženevskom Dohovore o pobrežnom mori a Dohovore o kontinentálnom šelfe (1958)⁴⁹ ako aj v neskoršom UNCLOS v čl. 121 ods. 3, pričom takéto geomorfologické útvary nemajú vlastnú výlučnú ekonomickú zónu ani kontinentálny šelf, prislúcha im len pobrežné more. V praxi pretrvávajú problémy s legálnou definíciou neobývaných skalísk, ktorá požaduje, aby boli „*trvale neobývatel'ne alebo neposkytujúce možnosť samostatnej ekonomickej existencie*“ (čl. 121 ods. 3 UNCLOS).

⁴⁰ BROWN, E. D. The Anglo-French Continental Shelf Case. *The Year Book of World Affairs*. 1979, s. 510.

⁴¹ Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic). *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. XVIII, ods. 243.

⁴² *Ibidem*, ods. 245.

⁴³ *Ibidem*, ods. 235.

⁴⁴ *Ibidem*, ods. 251.

⁴⁵ Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment. *I. C. J. Reports*. 1985, ods. 78; Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment. *I. C. J. Reports*. 2009, ods. 110.

⁴⁶ Len tridsať metrov vysoké skalisko Rockall s rozlohou iba 30 m² nachádzajúce sa 320 nm od Faerských ostrovov a 300 nm od Spojeného kráľovstva (Škótska) sa stalo predmetom územných nárokov Spojeného kráľovstva, Dánska a Írska. Spojené kráľovstvo sa muselo uspokojiť iba s vyhlásením pobrežného mora. SHAW, N. M. *International Law*. Cambridge University Press, 1997, s. 399; STUMMEL, D. In: BERNHARDT, R. *Encyclopedia of Public International Law. Volume 4*. North-Holland, 2000, s. 265.

⁴⁷ Vyhlásené deklaráciou čilskej vlády 15. 9. 1985 za ostrov s vlastným 350 nm kontinentálnym šelfom, hoci sa jedná o ostrov neobývaný a pústy, s rozlohou 1190m x 152m, a to 2000 nm (!) od čilského pobrežia. KARAGIANNIS, S. Les rochers qui ne se prêtent pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre et le droit de la mer. *Revue belge de droit international*. 1996, Vol. XXIX, s. 612.

⁴⁸ Definíciou ostrova (prírodným spôsobom vytvorená súš obklopená vodou, ktorá z nej vyčnieva aj počas prílivu, čl. 10) bola doktrínou vyčítaná prílišná vágnosť, takže by sa (ilustratívne nadnesene povedané) vzťahovala aj na geomorfologické útvary, „na ktorých môže čajka stáť len jednou nohou“. KLEMM, U.-D. *Allgemeine Abgrenzungsprobleme verschiedener seerechtlich definierter Räume*, s. 546.

⁴⁹ Vyhlásený vo vtedajšej ČSSR ako Vyhláška ministra zahraničných vecí z 31. júla 1965 č. 101/1965 Zb. o Dohovore o územných vodách a osobitnom pásme, respektíve ako Vyhláška ministra zahraničných vecí z 27. júna 1964 č. 144/1964 Zb. o Dohovore o pevninskej plynčine.

Prima facie napomohlo zakotvenie týchto nových faktorov pretriedeniu „skutočných“ ostrovov od trpasličích ostrovčekov, avšak aj požiadavka obývateľnosti a ekonomickej samostatnosti sú v konečnom dôsledku len otázkou vynaložených finančných prostriedkov.⁵⁰

Niekedy je však rozhodovanie v medzinárodných sporoch (až príliš) benevolentné. Tak ako v medzinárodnom spore medzi Islandom a Nórskom o delimitáciu kontinentálneho šelfu ostrova Jan Mayen.

Hoci zmierovacia komisia (*conciliation commission*) neuznala argumentáciu Islandu, že sa jedná iba o neobývanú skalu, samotná delimitácia bola špecifická v tom, že na určenie základných línií (*baselines*) bol používaný neobývaný skalný ostrov Kolbeinsey ako aj ostrov Hvalbakur, ktorý sa nachádzal pomerne dosť ďaleko od pobrežia, avšak obe strany vcelku prekvapivo pokladali delimitáciu ako takú za spravodlivú (*equitable*).⁵¹

K určeniu stredovej línie (*median line*) ako východiskového bodu delimitácie so zohľadnením špeciálnych okolností (*special circumstances*) komisia pristúpila skoro automaticky.⁵²

Rozhodnutie komisie takisto prispelo k istému zhrnutiu dovtedy aplikovaných metód delimitácie kontinentálneho šelfu: princípu prirodzeného predĺženia kontinentálneho šelfu, uznanie stredovej línie (*median line*) za spravodlivé (*equitable*) riešenie, uznanie prípadných špeciálnych okolností (*special circumstances*), aplikácia princípu enklávy pre ostrovy, ktoré sa nachádzajú vo výlučnej ekonomickej zóne druhej strany ako aj princíp vzájomnej kooperácie pri ťažbe nerastného bohatstva z kontinentálneho šelfu. Island aj Nórsko odporúčanie komisie zmluvne prijali.⁵³

2.4 Aplikácia spravodlivých princípov (*equitable principles*)

Prípád delimitácie kontinentálneho šelfu medzi Tuniskom a Líbyou⁵⁴ (1982) patrí bezpochyby k najvýznamnejším rozhodnutiam delimitácie a je citovaný do dnešných dní ako významný precedens. Nejednalo sa ani o spor v úzkom slova zmysle, ale o žiadosť Tuniska a Líbye, aby Medzinárodný súdny dvor určil princípy a zásady, podľa ktorých má delimitácia prebiehať.⁵⁵

Zdôraznením tézy, že kontinentálny šelf *de iure* nemusí byť nutne totožný s geomorfologickým poňatím šelfu,⁵⁶ dospel súd k záveru, že delimitácia kontinentálneho šelfu ako prirodzeného pevninského predĺženia sa neobmedzuje len na kopírovanie prírodných daností daného šelfu. Naopak ako podstatné sa do popredia dostávajú spravodlivé princípy (*equitable principles*), ktoré majú prednosť pred prirodzeným predĺžením, toto môže len potvrdiť správnosť danej delimitácie toho-ktorého prípadu.⁵⁷ Geologické charakte-

⁵⁰ KLEMM, U.-D. *Allgemeine Abgrenzungsprobleme verschiedener seerechtlich definierter Räume*, s. 560.

⁵¹ CHARNEY, I. J. L. – ALEXANDER, M. *International Maritime Boundaries. Volume 2*, s. 1737.

⁵² DIPLA, H. L'arrêt de la Cour Internationale de Justice en l'Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen. *Revue Générale de droit international public*. 1994, s. 911.

⁵³ RESEARCH CENTER FOR INTERNATIONAL LAW. *International Boundary Cases: The Continental Shelf*, s. 699–700. CHARNEY, I. J. L. – ALEXANDER, M. *International Maritime Boundaries. Volume 2*, s. 1759; IPSEN, K. *Völkerrecht*, s. 699, 761.

⁵⁴ Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya). *I. C. J. Reports*. 1982, s. 18.

⁵⁵ RESEARCH CENTER FOR INTERNATIONAL LAW. *International Boundary Cases: The Continental Shelf*, s. 879, 921.

⁵⁶ Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya). *I. C. J. Reports*. 1982, ods. 41.

⁵⁷ *Ibidem*, ods. 44.

ristiky kontinentálneho šelfu nie sú sami o sebe rozhodujúcim faktorom pri delimitácii, slúžia len ako pomocné kritérium pri aplikácii medzinárodného práva. Naopak, pri delimitácii sú významné aj ďalšie faktory ako geomorfológia, všeobecná geografická charakteristika pobrežia či súčasné fyzikálne vlastnosti morského dna.⁵⁸

Špecifikom daného prípadu je bezpochyby rozhodovanie *in abstracto* so zohľadnením všetkých faktorov, pričom však ich skutočná aplikácia *in concreto* bola mnohokrát rozporuplná, niektoré faktory súd zohľadnil, niektoré vôbec nevzal do úvahy, alebo len z časti, pričom samotná argumentácia súdu nebola vždy jasná a presvedčivá.⁵⁹

Delimitácia musí byť postavená na spravodlivých princípoch (*equitable principles*), pričom aj samotný výsledok musí byť spravodlivý (*equitable*). Nie však každý princíp, ktorým sa riadi delimitácia, je sám o sebe spravodlivým princípom, svoju vlastnosť *spravodlivý* získa až koreláciou k spravodlivosti výsledku. Spravodlivé princípy teda nesmú byť interpretované *in abstracto*, ale je práve na rozhodovaní súdu, aby vybral vhodné princípy delimitácie pre konkrétny prípad, ktoré povedú k spravodlivému výsledku.⁶⁰

Takáto aplikácia kritérií pri delimitácii samozrejme pri hore uvedenom postupe nutne vedie k mimoriadnemu subjektivismu rozhodovania.⁶¹

Prípad delimitácie *Tunisia/Libya* je príkladom azda až extrémne vyhranenej aplikácie spravodlivých princíпов. Súd šiel dokonca úplne za hranu pozitívneho práva, keď legálny koncept spravodlivosti (*equity*) dal na úroveň spravodlivosti súdneho rozhodnutia (*idea of justice*). Toto prirodzené právo spravodlivosti (*equity*) sa pritom podľa súdu nedostáva do konfliktu s pozitívnym právom, ale má byť dokonca ako všeobecne aplikovateľný princíp medzinárodného práva priamo aplikovateľný. Medzinárodný súdny dvor však zároveň odlíšil rozhodovanie na základe spravodlivosti (*equity*) od rozhodovania *ex aequo et bono*, pričom posledne menovaný spôsob je možný len na základe návrhu strán.⁶²

Nie je však jasné, kde presne prebieha pomyselná hranica, pretože robiť rozdiely iba na základe formálnych kritérií (návrhu strán) nie je práve prínosné, najmä keď obsah rozhodovania (*equity*) je v podstate identický.

Nie je prekvapením, že prípad delimitácie *Tunisia/Libya* bol v doktríne všeobecne kritizovaný,⁶³ treba však na druhej strane zdôrazniť názorovú nejednotnosť sudcov.⁶⁴

Aplikácia spravodlivosti bez rozdielu⁶⁵ v každom prípade priniesla do medzinárodnej judikatúry obrovskú mieru nepredvídateľnosti, ak nie záhadnosti⁶⁶ podľa čoho súd vôbec dospel k riešeniu v konkrétnom prípade. Takisto boli týmto spôsobom spochybnené samotné právne základy, ktoré už nemusia byť formálne objektívne, lebo stačilo, ak bol výsledok *spravodlivý*. Napriek jasnému presvedčeniu Medzinárodného súdneho dvora v prípade *Tunisia/Libya* o spravodlivom výsledku v danom prípade by bolo azda možné

⁵⁸ Ibidem, ods. 61, 68.

⁵⁹ ZOLLER, E. Recherche sur les méthodes de délimitation du plateau continental: À propos de l'affaire Tunisie-Libye. *Revue Générale de Droit International Public*. 1982, s. 656–659.

⁶⁰ Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya). *I. C. J. Reports*. 1982, ods. 70.

⁶¹ DINH, Q. N. – DAILLER, P. – PELLET, A. *Droit international public*, s. 1138–1139.

⁶² Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya). *I. C. J. Reports*. 1982, ods. 71.

⁶³ ZOLLER, E. Recherche sur les méthodes de délimitation du plateau continental: À propos de l'affaire Tunisie-Libyes, s. 645–678.

⁶⁴ Dissenting opinion of Judge Oda In Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya). *I. C. J. Reports*. 1982, s. 157, ods. 1.

⁶⁵ RESEARCH CENTER FOR INTERNATIONAL LAW. *International Boundary Cases: The Continental Shelf*, s. 43.

⁶⁶ EVANS, M. *International Law*, s. 648–649.

namietaf, že spravodlivých riešení môže byť nekonečne veľa,⁶⁷ najmä keď základ spravodlivosti bolo treba hľadať viac v prirodzenom práve ako v práve pozitívnom.⁶⁸

Súčasná doktrína sa snaží o formálne rozlišovanie medzi hľadaním spravodlivého rozhodnutia (*equity*), ktoré je ešte súčasťou práva (*praeter legem*), a rozhodovaním *ex aequo et bono* mimo práva (*extra legem*).⁶⁹ Rozdiel medzi nimi je aj procesný, keďže na rozhodovanie *ex aequo et bono* je potrebný podľa čl. 38 ods. 2 Štatútu Medzinárodného súdneho dvora návrh oboch strán.⁷⁰ Vyplýva to aj z judikatúry Medzinárodného súdneho dvora, ktorá dôsledne rozlišuje medzi *ex aequo et bono*, na čo treba návrh oboch strán, a hľadaním spravodlivého riešenia – *equity* v rámci práva, t. j. výberom takej interpretácie z viacerých možných interpretácií, ktorá dosiahne najspravodlivejší výsledok v danom prípade.

Jedná sa o rozhodovanie *infra legem*, výslovná žiadosť strán nie je potrebná.⁷¹ Cieľom nie je nájsť jednoduché spravodlivé riešenie (*equitable solution*), ale práve takého spravodlivého riešenia, ktoré vyplýva z aplikovateľného práva v danom prípade.⁷² *Equity* je teda v takomto ponímaní chápaná ako metóda interpretácie platného medzinárodného práva, pričom je zároveň jedným z jeho atribútov,⁷³ ktoré sa s ním implicitne spája.

2.5 Sociálnoekonomické faktory

Je istým prekvapením, že argumentácia sociálnymi a predovšetkým ekonomickými faktormi ako významný argument pri delimitácii dala na seba pomerne dosť dlhú dobu čakať.

Zástancovia tohto argumentu, ktorý však nemá zakotvenie v UNCLOS, ba ani nijak priamo nevyplýva z medzinárodnej obvyčaj, obhajujú jeho dôležitosť kvôli priamemu vplyvu delimitácie (najmä výlučnej ekonomickej zóny) na existenčnú možnosť obživy miestneho obyvateľstva žijúceho na pobreží, s čím sú imanentne spojené aj sociálne vplyvy na miestne komunity obyvateľstva.

Vo významnom precedense *Gulf of Maine (1984)*⁷⁴ dokonca obe strany v spore o delimitáciu – Kanada a Spojené štáty Americké žiadali uznať socioekonomické faktory za jeden z významných faktorov v zmysle relevantných skutočností (*relevant circumstances*) pri delimitácii rybárskej zóny.⁷⁵ Boli aj naozaj vzaté do úvahy pri skúmaní, či bol delimi-

⁶⁷ IPSEN, K. *Völkerrecht*, s. 765.

⁶⁸ Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya). *I. C. J. Reports*. 1982, ods. 71.

⁶⁹ TRAKMAN, L. Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept. *Chicago Journal of International Law*. 2008, Vol. 8, No. 2, Article 11, s. 627.

⁷⁰ How the Court Works. In: *icj-cij.org* [online]. [cit. 2022-06-13]. Dostupné z: <www.icj-cij.org/en/how-the-court-works>.

⁷¹ Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment. *I. C. J. Reports*. 2002, Separate opinion of Judge Iwasawa, ods. 5, 6.

⁷² Fisheries Jurisdiction case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland, Judgment. *I. C. J. Reports*. 1974, ods. 78.

⁷³ Case concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali). *I. C. J. Reports*. 1986, ods. 28.

⁷⁴ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment. *I. C. J. Reports*. 1984, s. 246.

⁷⁵ Rybárske zóny boli predchodcom výlučných ekonomických zón podľa UNCLOS. Vznikli jednostranným vyhlásením pobrežných štátov hlavne v 50. rokoch 20. storočia. Významná je v tomto ohľade *Santiago Declaration* (1952), kde Peru, Ekvádor, Čile vyhlásili spoločne 200 míľové rybárske zóny pri svojich pobrežiach. Costa Rica vyhlásila 200 nm rybársku zónu ešte v roku 1948 a Brazília, Honduras v roku 1950. Tento dynamický vývoj bol vyústením vyhlásením prezidenta USA Harryho Trumana z 28. septembra 1945, ktorý vyhlásil ochranu biologických zdrojov mora a jeho podložia. Vydal tým rozhodujúci impulz na právnú úpravu jednak kontinentálneho šelfu, jednak rybárskych zón, ktoré sa neskôr vyvinuli do výlučných ekonomických zón. YTURRIAGA, A. J. de. *The International Regime of Fisheries, From UNCLOS to the Presential Sea*, s. 3, 5–10.

táciou dosiahnutý spravodlivý výsledok (*equitable result*).⁷⁶ Rybárstvo bolo v danej oblasti vykonávané dlhodobo a bolo významným socioekonomickým faktorom pre Kanadu,⁷⁷ kým USA sa zase odvolávali na historickú prítomnosť amerických občanov (rybárov) v danej oblasti.⁷⁸ Napriek tomu, že aj Kanada, aj USA mali v tomto ohľade vo svojej podstate veľmi podobnú argumentáciu, súd prekvapivo socioekonomické faktory ako relevantnú skutočnosť neuznal, pretože miera dopadu na miestne obyvateľstvo by nebola natoľko závažná, že by ekonomický výpadok mal až katastrofický dopad na živobytie a životnú úroveň.⁷⁹ *Argumentum ad contrario* z tohto rozhodnutia Medzinárodného súdneho dvora vyplýva, že socioekonomický faktor, aj keď by bol v danom prípade závažný, musí na to, aby bol vzatý do úvahy ako relevantná skutočnosť, mať až katastrofálny dopad na miestne obyvateľstvo. To však v prípade vyspelých krajín zrejme nenastane nikdy, pretože vyspelé hospodárstva majú ekonomické nástroje, aj reálne možnosti dopady na miestne obyvateľstvo zmierniť, respektíve preorientovať miestnu ekonomiku. Takýto veľmi úzky výklad zrejme *de facto* obmedzuje uplatnenie socioekonomických faktorov len na slabo rozvinuté krajiny tretieho sveta a v prípade vyspelých krajín robí uplatnenie kritéria socioekonomických faktorov vyložene iluzórnym.

Zaujímavosťou prípadu je, že súd síce uznal metódu delimitácie equidistanciou, korigovanej špeciálnymi okolnosťami (*equidistance/special circumstances*), avšak najväčšiu váhu dal spravodlivým kritériám, vedúce k spravodlivému výsledku (*equitable result*) delimitácie. Tým sa veľmi priblížil k prípadu delimitácie *Tunisia/Libya*.⁸⁰

Prípad bol taktiež špecifickým tým, že prebiehala delimitácia dvoch morských zón naraz (vtedajšej rybárskej a kontinentálneho šelfu),⁸¹ pričom sa jednalo o prvý prípad v judikatúre, ktorý sa podrobne vyjadril k eventuálnym podmienkam takejto línie.⁸² Súd došiel k záveru, že spoločná delimitačná línia nie je zakázaná žiadnou normou medzinárodného práva, a je teda dovolená, pričom v danom prípade bola aj reálne možná.⁸³ V doktríne bol však prípad v tomto ohľade kritizovaný za prílišné zdôrazňovania spravodlivosti (*equity*) z geografického hľadiska, pričom spravodlivé rozdelenie hospodárskych zdrojov sa tak dostalo úplne do úzadia.⁸⁴

Problémom daného prípadu bola v podstate absencia prirodzených (geologických, geomorfologických, prírodných) hraníc⁸⁵ a požiadavka strán zohľadniť faktory ekonomické, vojenské a vedeckého výskumu, pričom rozhodovanie *ex aequo et bono* bolo predom stranami vylúčené.

⁷⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment. *I. C. J. Reports*. 1984, ods. 230.

⁷⁷ *Ibidem*, ods. 234, 236.

⁷⁸ *Ibidem*, ods. 233.

⁷⁹ *Ibidem*, ods. 237, 238.

⁸⁰ Samotný ICJ to však takto nevidel. Ako rozdiel uvádza, že v prípadoch *Tunisia/Libya* a *North Sea Continental Shelf* sa musel súd len vyjadriť vzhľadom na faktory, ktoré ovplyvňujú samotnú delimitáciu, nie však vykonať samotnú delimitáciu a prípad sa podobá skôr na prípad *Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French republic)*. To je samozrejme z formálneho hľadiska pravda. Z obsahovej stránky však argumentačne súd používa úplne iné argumenty, reagujúc na vtedy najnovší vývoj v oblasti delimitácie, ktoré arbitrážny súd (United Kingdom/French Republic) v tom čase nepoužil.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment. *I. C. J. Reports*. 1984, ods. 24–25.

⁸¹ *Ibidem*, ods. 26.

⁸² ORREGA VICUÑA, F. La zone économique exclusive: Régime et nature juridique dans le droit international. *Recueil des Cours, Académie de Droit International*. 1986, Vol. 199, s. 126.

⁸³ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, ods. 27.

⁸⁴ CHURCHILL, R. R. – LOWE, A. V. *The Law of the Sea*, s. 196.

⁸⁵ *Ibidem*, ods. 56.

Podľa názoru súdu pozitívna právna úprava vyžaduje iba aplikáciu spravodlivých kritérií (*equitable criteria*) pri delimitácii, ktoré predstavujú predovšetkým geografické kritéria. Až po ich aplikácii pri určení samotnej línie delimitácie je možné pristúpiť k aplikácii ďalších kritérií, ktoré, stále v súlade s právom (*rule of law*), povedú k spravodlivému výsledku (*equitable result*).⁸⁶

Spravodlivé kritéria delimitácie pritom nemôžu byť dopredu určené, pretože sa prispôbujú konkrétnemu prípadu⁸⁷ a ich aplikácia môže tým pádom v rôznych prípadoch viesť úplne k rozdielnym výsledkom,⁸⁸ napriek tomu však ICJ považoval za základnú normu delimitácie práve spravodlivé princípy (*equitable principles*).⁸⁹

Socioekonomické faktory, hoci aj predkladané stranami, nakoniec predsa len neboli považované za relevantné skutočnosti (*relevant circumstances*) pri delimitácii.⁹⁰

2.6 Vzdialenosť od pobrežia a odmietnutie proporcionality

Hoci sa judikatúra medzinárodných súdov v polovici 80. rokov 20. storočia začínala kryštalizovať do konzistentnej podoby, významný rozsudok ICJ v prípade delimitácie kontinentálneho šelfu medzi Líbyou a Maltou (1985)⁹¹ skôr svedčil o opaku.

Špecifikom prípadu bol bezpochyby fakt, že hoci Líbya nepodpísala v tom čase už starší Dohovor o pevninskej plytkčine (správnejšie kontinentálnom šelfe, 1958), UNCLOS (1982) v čase sporu z pochopiteľných dôvodov ešte nestihol nadobudnúť účinnosť.

ICJ však napriek tomu považoval ustanovenie čl. 76 UNCLOS o hraniciach kontinentálneho šelfu dokonca už za medzinárodné obyčajové právo,⁹² hoci doktrína ešte ani dnes, štyridsať rokov neskôr, dané ustanovenie za obyčajové právo nepovažuje, práve kvôli inherentnej komplikovanosti a rozporuplnosti predmetného ustanovenia.⁹³

Ďalším špecifikom rozsudku bolo zahrnutie určenia maximálnej šírky výlučnej ekonomickej zóny⁹⁴ ako relevantná skutočnosť (*relevant circumstance*) pri delimitácii samotného kontinentálneho šelfu.⁹⁵ Právny režim výlučnej ekonomickej zóny podľa znenia UNCLOS *mutatis mutandis* zodpovedá kontinentálnemu šelfu. Práve preto niet výlučnej ekonomickej zóny bez príslušného kontinentálneho šelfu,⁹⁶ avšak naopak je to práve možné.⁹⁷

⁸⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, ods. 59.

⁸⁷ Ibidem, ods. 157.

⁸⁸ Ibidem, ods. 158.

⁸⁹ Ibidem, ods. 230.

⁹⁰ Ibidem, ods. 237.

⁹¹ Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment. *I. C. J. Reports*. 1985, s. 13.

⁹² Ibidem, ods. 27. CHARNEY, I. J. L. – ALEXANDER, M. *International Maritime Boundaries. Volume 1*, s. 1650.

⁹³ YTURRIAGA, J. A. de. *Ámbitos de Jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar-una perspectiva española*, s. 263; EVANS, M. *International Law*, s. 642; GLORIA, CH. In: IPSEN, K. *Völkerrecht*. München: C. H. Beck, 1999, s.756; DINH, Q. N. – DAILLER, P. – PELLET, A. *Droit international public*, s. 1136.

⁹⁴ Hoci strany nič také nežiadali.

⁹⁵ Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment. *I. C. J. Reports*. 1985, ods. 33.

⁹⁶ Právny režim kontinentálneho šelfu vzniká *ipso facto et ab initio*, na rozdiel od výlučnej ekonomickej zóny. V prípade poslednej menovanej zóny je však názor v doktríne nie celkom jednotný.

⁹⁷ “Although there can be a continental shelf where there is no exclusive economic zone, there cannot be an exclusive economic zone without a corresponding continental shelf.” Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment. *I. C. J. Reports*. 1985, ods. 34. Je to jedna z najcitovanejších téz v neskorších, vrátane súčasných rozhodnutiach.

Tak ako v predchádzajúcich prípadoch sa ICJ pri delimitácii kontinentálneho šelfu odvolal na aplikáciu spravodlivých princípov (*equitable principles*) vo všetkých relevantných skutočnostiach (*relevant circumstances*) s cieľom dosiahnuť spravodlivý výsledok (*equitable result*).⁹⁸

ICJ neuznal akékoľvek ekonomické faktory Malty (ostrovná krajina bez energetických surovín naviazaná na rybolov) pri delimitácii kontinentálneho šelfu, ako absolútne neko-relujúce s aplikovateľnými pravidlami medzinárodného práva v súvislosti s kontinentálnym šelfom, či jeho delimitáciou, ktoré ani len neposkytuje priestor na takéto úvahy.⁹⁹

Naopak, ICJ uznal koreláciu (vojenskej) bezpečnosti pri delimitácii kontinentálneho šelfu, pričom však dospel k záveru, že v danom prípade takýto problém nenastal.¹⁰⁰

Rozhodnutie ICJ v prípade *Libya/Malta* je zároveň prvým precedensom, kde súd odmietol uznať nadradenosť geologickej charakteristiky kontinentálneho šelfu a dal naopak vyložené prednosť kritériu vzdialenosti od pobrežia.¹⁰¹

ICJ taktiež odmietol uznať celkovú rozlohu štátov (*landmass*), zato však dĺžky relevantných pobreží (*relevant coasts*) pre delimitáciu.¹⁰²

ICJ posúdil geografické okolnosti prípadu tak, že vzal do úvahy nielen samotné dva štáty (čo by bolo možné rozumne očakávať), ale hľadel na prípad ako na delimitáciu medzi severným a južným pobrežím Stredozemia, pričom Malta mala vystupovať ako nepatrný geografický element celého regiónu.¹⁰³ ICJ vyhlásil, že pri takto zohľadnenej delimitácii nenastala žiadna disproporcja,¹⁰⁴ samotný test proporcionality odmietol vykonať,¹⁰⁵ a to práve kvôli priveľmi rozdielnym dĺžkam relevantných pobreží.¹⁰⁶

Nakoniec však dospel k záveru, že test proporcionality bol splnený (v skutočnosti však aplikoval test disproporcionality) a delimitácia viedla k spravodlivému výsledku (*equitable result*).¹⁰⁷

Odvolávanie sa súdneho dvora na spravodlivosť (*equity*) ako na princíp medzinárodného práva sa v doktríne nestretlo s veľkým pochopením, skôr sa stal pohodlným argument v aplikačnej praxi pri rozhodovaní prípadu, v ktorom súd nemal právomoc rozhodnúť *ex aequo et bono*.¹⁰⁸

Napriek uznanej téze medzinárodného práva rovnosti štátov (*equality*), ICJ úplne odmietol požiadavku Malty, aby rozsah námorných zón bol projekciou suverenity štátu a dokonca jej nepriznal vôbec žiadnu váhu pri delimitácii.¹⁰⁹

⁹⁸ Ibidem, ods. 45.

⁹⁹ Ibidem, ods. 50.

¹⁰⁰ Ibidem, ods. 51.

¹⁰¹ DIPLA, H. *L'arrêt de la Cour Internationale de Justice en l'Affaire de la délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, s. 902.

¹⁰² Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment. I. C. J. Reports. 1985, ods. 66.

¹⁰³ Ibidem, ods. 69.

¹⁰⁴ Tzv. test disproporcionality bol zavedený do medzinárodnej judikatúry rozhodnutím *Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic)*.

¹⁰⁵ Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment. I. C. J. Reports. 1985, ods. 75.

¹⁰⁶ CHARNEY, I. J. L. – ALEXANDER, M. *International Maritime Boundaries. Volume 1*, s. 1658.

¹⁰⁷ Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment. I. C. J. Reports. 1985, ods. 78.

¹⁰⁸ CONFORTI, B. *L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire de la délimitation du plateau continental entre Libye et Malte*, s. 320–322.

¹⁰⁹ RESEARCH CENTER FOR INTERNATIONAL LAW. *International Boundary Cases: The Continental Shelf. Volume 2*, s. 1526; Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment. I. C. J. Reports. 1985, ods. 54.

ICJ tak ako vo všetkých predchádzajúcich prípadoch postupoval úplne rovnako, a hoci to nepovažoval za pravidlo (ktoré však nikdy nebolo ešte porušené), narysoval stredovú líniu (*median / equidistance line*), ktorú potom prispôbil vzhľadom na relevantné okolnosti (*relevant circumstances*) daného prípadu – nepomer medzi pobrežiami a ich vzájomná vzdialenosť, poloha bodov, z ktorej bola stredová línia určená, a konečne všeobecný geografický kontext.¹¹⁰

Dané rozhodnutie, hoci je stále ešte citované v novších rozhodnutiach, je považované kvôli inherentnej rozporuplnosti a nie vždy presvedčivej argumentácii súdu za veľmi kontroverzné.¹¹¹ Nemožno mu však uprieť svoje miesto v genéze medzinárodnej námornej delimitácie – v danom prípade sa ICJ posunul z tézy spravodlivosti princípov pri delimitácii na spravodlivosť výsledku.¹¹² Práve zdôrazňovanie spravodlivého výsledku (*equitable result*) vnieslo do medzinárodnej judikatúry veľkú mieru neistoty a subjektivismus rozhodovania.¹¹³

2.7 Trojstupňový test delimitácie

Delimitácia morských zón dospela nakoniec v súčasnosti do stabilizovanej medzinárodnej judikatúry do podoby trojstupňového testu, ktorý našiel všeobecnú podporu a bol prebratý, aspoň vo svojej základnej štruktúre, vo všetkých ďalších prípadoch delimitácie až do súčasnosti.

Precedens, ktorý tento trojstupňový test vytvoril, je prípad *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*¹¹⁴ v spore medzi Rumunskom a Ukrajinou na začiatku 21. storočia.

ICJ vychádzal zo známej východiskovej tézy „súš ovláda more“ (*the land dominates the sea*) – premietnutie pobrežia na rozsah námorných zón, téza, ktorá je prítomná v sporoch o námornú delimitáciu od prípadu *North Continental Shelf cases* až po súčasnosť.¹¹⁵

Práve relevantné pobrežia pobrežných štátov v spore plnia dvojakú úlohu – jednak určujú špecifické podmienky každého prípadu, jednak sú použité pri vzájomnom pomere dĺžky pobreží a prisúdených morských zón – tzv. test disproportionality, ktorý bol zavedený do medzinárodnej judikatúry prípadom *Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic)*.

Práve chýbajúca projekcia pobrežia na delimitované zóny (kontinentálny šelf, výlučná ekonomická zóna) bola dôvodom na vylúčenie ukrajinského ústia rieky Dneper,¹¹⁶ naopak, v plnej miere bolo zohľadnené celé rumunské pobrežie.¹¹⁷

Dĺžka relevantných pobreží bola v danom prípade 248 km (Rumunsko) a 705 km (Ukraina), pomer dĺžky pobreží 1 : 2,8.¹¹⁸

¹¹⁰ Ibidem, ods. 77–78.

¹¹¹ CONFORTI, B. *L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire de la délimitation du plateau continental entre Libye et Malte*, s. 314.

¹¹² Ibidem, s. 319.

¹¹³ Ibidem, s. 323, 325.

¹¹⁴ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment. I. C. J. Reports. 2009, s. 61.

¹¹⁵ Ibidem, ods. 77, 99.

¹¹⁶ Ibidem, ods. 100.

¹¹⁷ Ibidem, ods. 88.

¹¹⁸ Ibidem, ods. 88, 103, 104.

ICJ najprv pristúpil z hľadiska metodologického postupu delimitácie k určeniu relevantnej oblasti (*relevant area*) delimitácie. Právna podstata relevantnej oblasti spočíva jednak v konfigurácii relevantných pobreží v celkovom geografickom kontexte ako aj v jednotlivých metódach projekcii (premietnutia) týchto pobreží na morské zóny, podľa okolností konkrétneho prípadu (v staršej judikatúre by to boli špeciálne okolnosti – *special circumstances*). Relevantná oblasť je však aj nevyhnutná na hore spomínaný test disproporcionality. ICJ ho nepokladal za metódu delimitácie *stricto sensu*,¹¹⁹ aj keď v skutočnosti sa stal imanentnou a neoddeliteľnou súčasťou metodológie delimitácie posledných štyridsať rokov medzinárodnej judikatúry.

V súlade so staršou judikatúrou,¹²⁰ zmyslom delimitácie nie je rozdeliť stranám rovnaké, ba ani dokonca proporcionálne podiely na morských zónach v relevantnej oblasti, lež práve testom disproporcionality sa má zabrániť eventuálnej výraznej disproporcionalite (*significant disproportionality*) pomeru relevantných pobreží k morským zónam na základe delimitácie. Praktický výpočet pomeru je pritom približný, s cieľom dosiahnuť spravodlivú delimitáciu (*delimitation that is equitable*).¹²¹

Hlavným prínosom rozsudku ICJ v spore *Maritime Delimitation in the Black Sea* (2009) je bezpochyby zavedenie jednotnej precíznej (a konečne aspoň v hrubých rysoch predvídateľnej) metodológie delimitácie kontinentálneho šelfu, výlučnej ekonomickej zóny, respektíve vytýčenie spoločnej delimitačnej línie pre viaceré námorné zóny.¹²²

V prvom kroku metodológie delimitácie sa najprv vytýči provizórna delimitačná línia, zohľadniac objektívne geometrické metódy aplikované v reálnej geografickej situácii, spravidla sa jedná vždy o equidistančnú líniu (*equidistance line*), respektíve stredovú líniu (*median line*) v prípade delimitácie medzi protihľými pobrežiami.¹²³

ICJ zdôraznil predovšetkým geografické faktory pri vytýčení tejto línie ako aj najvzdialenejšie body pevniny smerom von na more.¹²⁴

V prvom kroku metodológie nie sú zatiaľ zohľadnené žiadne relevantné skutočnosti (*relevant circumstances*), naopak do úvahy sa berú iba výlučne geometrické kritéria na základe objektívnych skutočností daného prípadu.¹²⁵

V danom prípade bolo zvláštnosťou, že pobrežia Ukrajiny a Rumunsko aj priliehali k sebe (keďže Rumunsko a Ukrajina susedia), aj sa nachádzali oproti (Krymský polostrov), takže equidistančná línia (pri priliehajúcich pobrežiach) a stredová línia (pri oproti sebe ležiacich pobrežiach) vytvárali tú istú (provizórnu) delimitačnú líniu. Línia smer zásadne zmenila až polohou pobrežia na opačnej strane Čierneho mora.¹²⁶

V druhom kroku metodológie delimitácie sa v súlade so staršou judikatúrou skontroluje, či delimitácie vedie k spravodlivému výsledku (*equitable solution*). V tomto druhom štádiu sa už zohľadnia faktory daného prípadu, ktoré môžu viesť k úprave provizórnej equidistančnej línie. V tomto ohľade sa v plnej miere preberá staršia medzinárodná judi-

¹¹⁹ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment. *I. C. J. Reports*. 2009, ods. 110.

¹²⁰ Pozri hore *North Sea Continental Shelf cases*, ods. 18. Pozri hore *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, ods. 64.

¹²¹ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment. *I. C. J. Reports*. 2009, ods. 110, 111.

¹²² *Ibidem*, ods. 115 an.

¹²³ *Ibidem*, ods. 116.

¹²⁴ *Ibidem*, ods. 117.

¹²⁵ *Ibidem*, ods. 118.

¹²⁶ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment. *I. C. J. Reports*. 2009, ods. 128.

katúra morskej delimitácie v zmysle metódy spravodlivých princípov / relevantných okolností (*equitable principles / relevant circumstances*).¹²⁷

V danom prípade nepomer dĺžky pobreží však nebol tak závažný, aby bola provizórna equidistančná/stredová línia modifikovaná.¹²⁸

Úvahy o bezpečnosti ICJ sice uznal za legitímne, avšak v danom prípade taktiež neopplynili provizórnu delimitačnú líniu.¹²⁹

Zaujímavým delimitačným problémom bol Hadí ostrov, ktorý však Rumunsko považovalo len za opustené skalisko podľa čl. 121 ods. 3 UNCLOS, bez nároku na kontinentálny šelf, či výlučnú ekonomickú zónu.¹³⁰ ICJ sa právnej kvalifikácii skaliska/ostrova však vyhlo, argumentujúc, že projekcia ukrajinského pobrežia nebola polohou ostrova/skaliska narušená, a preto nebolo potrebné tomu prispôbiť provizórnu equidistančnú líniu.¹³¹

V treťom kroku metodológie delimitácie sa skontroluje, či provizórna equidistančná línia (pôvodná, alebo upravená relevantnými okolnosťami v druhom kroku delimitácie) nevedie k nespravodlivému výsledku (*inequitable result*) z dôvodu výrazného nepomeru (*great disproportionality*) medzi danými pobrežiami štátov a námornými zónami vzhľadom na delimitačnú líniu.¹³²

Zároveň to však nemá znamenať splniť obligatórnu podmienku proporcionality medzi pobrežiami a morskými zónami, čo je však inherentný rozpor vzhľadom na požiadavku odstránenia závažnej disproporcionality. Rozpor by sa dal odstrániť úzkym výkladom tak, že myslené sú len markantné disproporcie, a na malé nezrovnalosti si medzinárodné súdy vyhradzuju možnosť špecifickej úpravy podľa okolností daného prípadu, čo však nevyhnutne potom vedie k nepredvídateľnosti rozhodnutí delimitácie, nelichotivá charakteristika staršej judikatúry najmä v 80. rokoch 20. storočia. Umožňuje to koncept spravodlivosti (*equity*), ktorá však už svojou podstatou, najmä ak je aplikovaná nekriticky v prípadoch delimitácie vedie k totálnemu subjektivismu,¹³³ keďže absolútnu spravodlivosť v konkrétnom prípade sotva možno niekedy dosiahnuť. Obetovať z tohto dôvodu predvídateľnosť rozhodnutí sa preto javí ako veľmi otázne.

V teste disproporcionality ICJ *ex post facto* skontroloval spravodlivosť delimitačnej línie, pričom táto kontrola je len približná a nejaké presnejšie pravidlá v podstate neexistujú.¹³⁴

Judikatúra je v tomto ohľade nejednoznačná, a preto je aj na posúdení súdu v konkrétnom spore, ako sa s touto otázkou vysporiada.¹³⁵

V danom prípade bol pomer medzi danými pobrežiami Rumunska a Ukrajiny 1 : 2,8 a pomer relevantnej (delimitovanej) oblasti 1 : 2,1.

Práve preto považoval súd v danom prípade test disproporcionality za splnený, keďže nenašiel žiadnu relevantnú skutočnosť odôvodňujúcu modifikáciu provizórnej equidistančnej línie.¹³⁶

¹²⁷ Ibidem, ods. 120.

¹²⁸ Ibidem, ods. 168.

¹²⁹ Ibidem, ods. 204.

¹³⁰ Ibidem, ods. 180.

¹³¹ Ibidem, ods. 188.

¹³² Ibidem, ods. 122.

¹³³ RESEARCH CENTER FOR INTERNATIONAL LAW. *International Boundary Cases: The Continental Shelf. Volume 1*, s. 43–45; DINH, Q. N. – DAILLER, P. – PELLET, A. *Droit international public*, s. 1138–1139; EVANS, M. *International Law*, s. 648–649.

¹³⁴ *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment. I. C. J. Reports. 2009, ods. 211–212.

¹³⁵ Ibidem, ods. 213.

¹³⁶ Ibidem, ods. 215, 216.

Provizórna equidistančná línia bola tým pádom vyhlásená za konečnú delimitačnú líniu.¹³⁷

Záver

Periódou rokov 1969–2009 bola zatiaľ najdynamickejším obdobím delimitácie námorných zón.

Dôvod možno hľadať okrem iného v samotnom historickom vývoji morského práva ako odvetvia medzinárodného práva verejného, ktorého čiastočná, respektíve temer úplná kodifikácia tesne predchádzala (1958), alebo práve prebiehala v tomto období (1982).

Samotný progresívny vývoj v oblasti delimitácie bol však spôsobený najmä medzinárodnou judikatúrou od 60. rokov 20. storočia, ktorá práve aplikačnou praxou postupne vytvorila metódy delimitácie tak ako ich poznáme dnes, na začiatku 21. storočia.

Už prvé rozhodnutia medzinárodných súdov sa neuspokojili so strohou formálnou aplikáciou čl. 6 Dohovoru o pevninskej plytčine, lež sa snažili naplniť princíp spravodlivosti (*equity*).

Pojem spravodlivosti a jeho neohraničená aplikácia v konkrétnych prípadoch je problematická z dvoch hľadísk. Jednak sa nejedná o pojem pozitívneho práva, s čím úzko súvisí jeho nie úplne jednoznačný obsah.

Okrem toho však imanentne skrýva v sebe riziko subjektivismu jednotlivých rozhodnutí, ktoré vyústilo časom až do ich úplnej nepredvídateľnosti.

Prílišná nekritická aplikácia spravodlivosti je vo svojej podstate už veľmi blízka rozhodovaniu *ex aequo et bono*, na ktoré však medzinárodné súdy vzhľadom na chýbajúcu formálnu požiadavku strán v medzinárodnom spore zatiaľ nenašli oprávnenie.

Hoci aplikácia prirodzeného práva po vyše sto rokov trvajúcej ére pozitivizmu prekvapuje, možno pozorovať paralelný vývoj aplikácie princípov delimitácie, ktoré nevychádzajú z prirodzeného práva, ani *expressis verbis* z pozitívnoprávnej úpravy, ale z podstaty a zmyslu delimitácie morských zón.

Medzi takéto nové princípy možno zaradiť napríklad aplikáciu negatívneho princípu disproporcionality, špeciálnych a relevantných skutočností, pomer dĺžky pobrežia k rozsahu delimitovaných zón a zohľadnenie objektívnych (prírodných) charakteristík toho ktorého prípadu.

Spravodlivý výsledok je tak skôr možné rozumnými argumentmi odôvodniť, najmä za predpokladu, ak postupy medzinárodných súdov dodržiavajú osvedčenú postupnosť krokov morskej delimitácie.

Samozrejme, vzhľadom na geografické, geologické, geomorfologické, ekonomické a vojenské úvahy každého konkrétneho prípadu, už svojou podstatou jedinečnom, sotva niekedy môže nastať dokonale jednotný, nikdy sa nemeniaci spôsob delimitácie.

Zásluhou neskorej judikatúry na konci skúmaného obdobia na začiatku 21. storočia bol však vytvorený aspoň celkový metodologický rámec a zaužívaná postupnosť krokov delimitácie, spôsob aplikácie delimitačných princípov tak získal významne na racionálnosti, a najmä na aspoň čiastočnej predvídateľnosti, čím bol naplnený jeden z najdôležitejších aspektov rozhodovania medzinárodných súdov.

¹³⁷ Ibidem, ods. 219.

Analýza přístupu Francie k polygammnímu manželství jako islámskému institutu rodinného práva

Radovan Malachta*

Abstrakt: Počet osob, které pocházejí ze států ovlivněných islámským náboženstvím, se na evropském kontinentu z různých důvodů zvyšuje. V důsledku toho mohou být v evropských státech přítomny islámské instituty, které jsou právním řádům těchto států zakázány či neznámé, jako například polygammní manželství. Praktické zkušenosti jednotlivých států s polygamií se liší. Jedním ze států, který má takové zkušenosti, je Francie. Článek analyzuje francouzský přístup na základě zásadní judikatury i odborné literatury k polygammnímu manželství, a to od 50. let minulého století do současnosti. Článek se zaměřuje na uznání účinků polygammního manželství platně uzavřeného v zahraničí, jako je například právo na výživné, dědictví či pozůstatostní důchod, a to s ohledem na případný rozpor s francouzským mezinárodním veřejným pořádkem. Článek se dále zabývá přizpůsobením francouzského hmotného práva, které je určeno pro monogammní manželství, na polygammní manželství. V závěrečných kapitolách je představen přístup další frankofonní země (Belgie) a možný význam pro Českou republiku.

Klíčová slova: polygamie, Francie, mezinárodní veřejný pořádek, výhrada veřejného pořádku, adaptace

Úvod

Přítomnost islámu ve Francii má dlouhou historii. První skupina muslimů, která vstoupila na geografické území dnešní Francie, se datuje do roku 716.¹ V dnešní době počet muslimů ve Francii dosahuje několika milionů. Přesná čísla nejsou známa, protože neexistuje žádná oficiální statistika náboženské příslušnosti. Absence takové statistiky je důsledkem francouzského ústavního principu oddělenosti státu od církve (poslední sčítání, které se dotazovalo na náboženskou příslušnost, se odehrálo v roce 1872).² Počet se pouze odhaduje na základě veřejných i soukromých statistik. Podle *Pew Research Center* žilo v roce 2016 ve Francii 5,72 milionů muslimů, což představuje 8,8 % francouzské populace.³ Francie v tomto ohledu obsazuje z evropských zemí první příčku z hlediska celkového počtu muslimů, a druhou příčku (po Kypru) z hlediska procentního zastoupení v populaci. Situace na Kypru je však odlišná, neboť zde historicky žijí kyperští Turkové.⁴

* JUDr. Bc. Radovan Malachta, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, doktorand na katedře mezinárodního a evropského práva. Email: malachta@mail.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8428-2946>. Tento článek vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Analýza přístupu Francie a dalších vybraných evropských zemí k islámským institutům rodinného práva*, číslo MUNI/A/1696/2020 podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2021.

1 CLEMENT, Jean-François. L'Islam en France. In: ÉTIENNE, Bruno (ed.). *L'Islam en France*. Paris: Éditions du centre national de la recherche scientifique, 1990, s. 89.

2 BOYER, Alain. La diversité et la place de l'islam en France après 1945. In: ARKOUN, Mohammed. *Historie de l'islam et des musulmans en France du Moyen Âge à nos jours*. Paris: Albin Michel, 2006, s. 773.

3 HACKETT, Conrad. 5 facts about the Muslim population in Europe. In: *Pew Research Center* [online]. 29. 11. 2017 [cit. 2021-09-29]. Dostupné z: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/11/29/5-facts-about-the-muslim-population-in-europe/>>.

4 Ibidem.

Hlavním důvodem zvýšení počtu muslimů v Evropě v letech 2010 až 2016 o více jak 6 milionů byla migrace. Byly vypracovány tři scénáře vývoje počtu muslimů v Evropě, které předpokládaly dva hlavní faktory – migraci a přirozený přírůstek.⁵ Nicméně k dubnu 2022 nejsou dostupná statistická data, která by ukázala, jak se změnil počet muslimů v Evropě od roku 2016. Ačkoliv migrační krize pokračovala i po roce 2016, příliv migrantů byl zpomalen v důsledku pandemie koronaviru a omezených možností pohybu osob přes hranice. Migrace z muslimských zemí však probíhá nadále – z událostí roku 2021 stojí za zmínku převzetí moci Tálibánem v Afghánistánu, v jehož důsledku někteří Afghánci uprchli do zahraničí. Potřeba je také počítat s přirozeným přírůstkem.

Muslimové mají odlišnou kulturu, než která je tradičně spojena s evropským kontinentem. Mají jiné náboženství, jiné společenské zvyky a tradice, což se promítá i do jejich právní kultury. V této souvislosti můžeme hovořit o střetu evropské právní kultury a islámské právní kultury. Muslimům jsou známy takové instituty, které jsou v Evropě zakázané či dokonce neznámé. Oblastí, ve které se obě zmíněné právní kultury významně liší, je rodinné manželské právo. Jako příklad lze uvést polygamní manželství. Zatímco v Evropě je manželství tvořeno výlučně dvěma osobami, v islámském právu je přípustná polygamie. Polygamní manželství bylo vybráno pro rozbor v tomto článku.

Polygamní manželství bude analyzováno primárně pohledem francouzského přístupu, a to z důvodu, že Francie je země, ve které se v současnosti vyskytuje největší komunita muslimů a rovněž historicky má zkušenost s přítomností muslimů na svém území (kromě výše zmíněné migrace plyne zkušenost s muslimy ze zemí bývalých francouzských kolonií, jako jsou například Alžírsko, Maroko, Mali, Senegal či Mauritanie).⁶ Vzhledem k tomu, že přítomnost muslimů v Evropě se nedotýká jen Francie, bude pro srovnání polygamní manželství stručně analyzováno také pohledem jiné frankofonní země – Belgie.

Česká republika nemá doposud rozhodnutí soudních orgánů, jak nahlížet na tento institut, pokud polygamní manželství bude uzavřeno v zahraničí. Rovněž neexistuje v českém právním prostředí odborná literatura, která by do hloubky uvedené analyzovala. Cílem článku je tak představit zacházení s polygamním manželstvím z pohledu mezinárodního práva soukromého. Základními možnostmi jsou uznat takový svazek, nebo jej neuznat či jej v nějaké míře nebo v nějakých situacích tolerovat. Tolerance záleží na tom, do jaké míry představuje polygamní manželství, respektive dílčí nároky plynoucí z takového manželství, rozpor s veřejným pořádkem státu, před jehož orgány se daný spor či otázka dostane. Z uvedeného důvodu článek obrací pozornost na země, které se zabývaly polygamním manželstvím. Dílčími cíli jsou 1) uvést situace, ve kterých polygamní manželství nebo nároky z něj plynoucí nepředstavují zjevný rozpor s veřejným pořádkem; 2) analyzovat, jakým způsobem by měly být aplikovány právní normy evropských států, které jsou určeny pro monogamní manželství, v situacích, ve kterých bude nárok plynoucí pro polygamní manžele příznán.

1. Polygamní manželství, veřejný pořádek – pojem

Polygamní manželství je manželství jedné osoby s více osobami opačného pohlaví. Rozlišována je polygynie, tedy svazek jednoho muže a více žen, a polyandrie, což je svazek

⁵ Ibidem.

⁶ EDWIGE, Rude-Antoine. La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée. *Journal des anthropologues*. 1997, n°. 71, bod 1.

jedné ženy a více mužů. Polyandrie je velmi vzácná, čtenější je polygynie.⁷ Nicméně ani ta není tolik častá, jak by se mohlo zdát. Údaje se odlišují. Zatímco starší zdroj udává, že 60 až 80 % manželství v polygamních společnostech je monogamních (*a contrario* 20 až 40 % manželství je polygamních),⁸ jiné zdroje uvádí, že polygamních manželství je do 12 % ze všech manželství v arabském světě.⁹ Podle *Pew Research Center* a čísel uveřejněných v roce 2019 na základě analýzy v letech 2010 až 2018 žijí 2 % celkové světové populace v polygamních domácnostech, nejvíce pak v subsaharské Africe, kde v průměru 11 % populace žije v polygamním uspořádání (Burkina Faso 36 %, Mali 34 %, Nigérie 28 %). Zajímavostí je, že v zemích severní Afriky, jejichž občané se dostávají před francouzské soudy ohledně řízení ve věcech polygamie, není statistika dostupná (Maroko, Libye), nebo dosahuje méně jak půl procenta (Alžírsko).¹⁰ V samotné Francii nejsou rovněž vedeny statistiky, kolika osob se polygamie dotýká. Dostupná čísla se odvolávají na starší zprávu francouzské Národní poradní komise pro lidská práva z roku 2006, která odhadla až 20 000 polygamních rodin na území Francie, tj. polygamie se mohla tehdy dotýkat až 180 000 osob včetně dětí narozených v těchto rodinách, což odpovídalo přibližně 0,3 % francouzské populace.¹¹

Pro účely tohoto článku užívám souhrnný název polygamie. Tu je vhodné odlišit od významu pojmu bigamie. Polygamie bývá s bigamií zaměňována, přesto mezi pojmy rozdíl existuje. Polygamní osoba je osoba, která může uzavřít vícero manželství, protože jí to dovoluje její osobní statut (právní řád, kterým se řídí mimo jiné otázky právní osobnosti a svéprávnosti, mezi nimi i způsobilost osob uzavřít manželství). Bigamní osoba je osoba, která uzavře druhé manželství, aniž by bylo rozvedeno její první manželství, přičemž právní řád, kterým se řídí osobní statut, stojí na principu monogamie.¹²

Princip monogamie je historicky spojován s křesťanstvím jako náboženstvím převládajícím v Evropě.¹³ Všechny smluvní státy Evropské úmluvy o lidských právech povolují bez výjimky pouze monogamii.¹⁴ Zacházení s polygamií na evropském kontinentě znamená konfrontaci s veřejným pořádkem ve smyslu mezinárodního práva soukromého. Pokud by nenastal civilizační konflikt (monogamie a křesťanství na straně jedné, polygamie a islám na straně druhé), polygamie by nevyvolala onu konfrontaci s veřejným pořádkem. Nutno podotknout, že tento konflikt je představitelný na evropském kontinentě, kde převažujícím náboženstvím je křesťanství a výlučným principem je monogamie.

⁷ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*. *Répertoire de droit international*. 2013, bod 1.

⁸ HILT, Patrice. *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, bod 271. Zdroj výslovně neuvádí, zda se jedná o statistiku jen v arabských zemích. Uvádí obecně „polygamních společností“. Vzhledem k zaměření zdroje na analýzu francouzského přístupu se domnívám, že se bude jednat o statistiku nikoliv všech polygamních společností na světě, ale zřejmě těch, které měly či mají vazbu na Francii.

⁹ BEZOUŠKOVÁ, Lenka. *Islámské rodinné právo se zaměřením na právo manželské*. Praha: Leges, 2013, s. 77.

¹⁰ KRAMER, Stephanie. *Polygamy is rare around the world and mostly confined to a few regions*. In: *Pew Research Center* [online]. 7. 12. 2020 [cit. 2021-05-02]. Dostupné z: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/12/07/polygamy-is-rare-around-the-world-and-mostly-confined-to-a-few-regions/>>.

¹¹ Étude et propositions: la polygamie en France. In: *Commission nationale consultative des droits de l'homme* [online]. 9. 3. 2006 [cit. 2021-12-29]. Dostupné z: <<https://www.cncdh.fr/sites/default/files/rapportpolygamie.pdf>>.

¹² EDWIGE, Rude-Antoine. *La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée*, bod 3.

¹³ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, bod 6; HILT, Patrice. *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme*, bod 260.

¹⁴ HILT, Patrice. *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme*, bod 259.

O tomto konfliktu nelze hovořit v některých afrických zemích, kde je polygamie praktikována bez ohledu na náboženství. Například v Čadu žije v polygammním uspořádání 15 % jeho obyvatel, z nichž 21 % vyznává křesťanství. V Burkině Faso 24 % osob žijících v polygammním manželství jsou křesťané.¹⁵ Obě zmíněné země byly současně francouzskými koloniemi. Při tvrzení ohledně civilizačního konfliktu je potřeba tak zohlednit teritoriální a historicko-spoločenské aspekty.

V rámci evropského kontinentu polygamie odporuje jedné ze základních koncepcí, kterou je právě princip monogamie.¹⁶ Lze se setkat s tvrzením, že zatímco v některých státech je monogamie základní princip, v jiných zemích je polygamie takovým principem.¹⁷ Je otázkou, do jaké míry je toto tvrzení z konce osmdesátých let minulého století použitelné v dnešní době. Podmínky pro uzavírání polygammního manželství se zpřísňují. Některé země polygamií zakázaly, a to již v docela dávné době (Tunisko v roce 1956).¹⁸ V Maroku polygamie zakázána není, mimo jiné z obav faktické nelegální polygamie, nicméně je povolena jen za určitých podmínek (například je potřeba povolení soudu, které bude uděleno, pokud soud bude přesvědčen, že manžel se bude chovat k druhé manželce a dětem stejně spravedlivě a rovnocenně jako k první ženě; nebo první manželka může manželství podmínit tím, že se muž zdrží uzavírání dalších manželství, případně by měla být první manželce dána možnost požádat o rozvod, pokud se její manžel ožení s druhou ženou).¹⁹ V Alžírsku oba manželé mohou stanovit podmínky ohledně polygamie v manželské smlouvě či smlouvě pozdější.²⁰ I v zemích, kde je polygamie poměrně rozšířená, jako Mali, je umožněna volba monogamie, která je nenávratná, aniž by manželka odsouhlasila něco jiného.²¹ V řadě muslimských zemí je polygamie tedy povolena, ale právní předpisy těchto muslimských států ji určitým způsobem omezují či kladou podmínky pro to, aby muž mohl takový svazek uzavřít. Proto nelze tvrdit, že polygamie je zásadním principem v některých státech a nelze ji stavět do kontrastu s monogamií v muslimských státech. Tyto státy monogamií samozřejmě umožňují a podle dostupných statistik *Pew Research Center*²² jsou monogammní svazky v těchto státech převažující.

Jak bylo naznačeno, polygamie je v rozporu se základní koncepcí monogamie, která převládá v Evropě. Polygamie tak může vyvolat konfrontaci s veřejným pořádkem jednotlivých evropských zemí. Veřejný pořádek se nicméně neuplatňuje vůči všem aspektům polygammního manželství. Je potřeba rozlišit od sebe platnost polygammního manželství uzavřeného v zahraničí a jeho účinky, které může vyvolat ve státě fóra. V rozporu s veřej-

¹⁵ KRAMER, Stephanie. Polygamy is rare around the world and mostly confined to a few regions. In: *Pew Research Center* [online]. 7. 12. 2020 [cit. 2021-05-03]. Dostupné z: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/12/07/polygamy-is-rare-around-the-world-and-mostly-confined-to-a-few-regions/>>.

¹⁶ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, bod 7.

¹⁷ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General course of private international law: selected problems. In: *Recueil des cours 1988*. Dordrecht – Boston – London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, Vol. 210, s. 91.

¹⁸ Článek 18 tuniského zákona o osobním statutu. In: *ILO* [online]. 2012 [cit. 2022-02-05]. Dostupné z: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/73374/74946/F-1287339442/TUN-73374.pdf>>.

¹⁹ Preamble bod 4 a články 40 až 42 marockého zákona o rodině. In: *Právní a soudní portál Ministerstva spravedlnosti Marockého království* [online]. Konsolidovaná verze z dne 4. 2. 2016 [cit. 2022-02-05]. Dostupné z: <<https://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/Code%20de%20la%20Famille.pdf>>.

²⁰ Článek 19 alžírského zákona o rodině. In: *Generální sekretariát vlády Alžírské demokratické a lidové republiky* [online]. Verze z roku 2005 [cit. 2022-02-05]. Dostupné z: <<https://www.joradp.dz/trv/ffam.pdf>>.

²¹ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, bod 5.

²² Viz výše poznámku pod čarou č. 10.

ným pořádkem není, alespoň ve Francii, tzv. potenciálně polygamní manželství. Jedná se o manželství, které je ve skutečnosti monogamní, ale muž je způsobilý podle svého práva uzavřít další manželství, i když k tomu nemusí ve skutečnosti dojít.²³

Ze zajímavosti doplním, že onen rozpor může nastat i opačně – tj. něco, co bude v souladu s právními předpisy evropských zemí, ale bude v rozporu s veřejným pořádkem muslimských zemí. Jako příklad je uváděna situace, ve které muslimská žena uzavře manželství v Evropě s nemuslimským mužem. Takového svazku by se v islámu dovolávat nemohla a vedlo by to k odmítnutí manželství.²⁴ Zákaz takového sňatku vyplývá z Koránu a v případě jeho uzavření by bylo manželství absolutně neplatné.²⁵ Možná se nejedná přímo o veřejný pořádek dané muslimské země, ale spíše o zákaz plynoucí z Koránu, nicméně důsledky jsou stejné – manželství nebude uznáno. Tím se dostávám k podstatě veřejného pořádku.

Veřejným pořádkem v tomto článku se rozumí institut mezinárodního práva soukromého. Ten může být uplatněn v rovině kolizní a procesní. Kolizní veřejný pořádek se aplikuje tehdy, pokud soud (či jiný orgán) má na základě kolizní normy použít ustanovení cizího práva, přičemž toto ustanovení se zjevně přičí veřejnému pořádku. Takové ustanovení soud nepoužije, protože odporuje zásadě právního řádu, na které je potřeba bezvýhradně trvat. Procesní veřejný pořádek představuje důvod pro odepření uznání například cizího rozhodnutí či cizích veřejných listin.²⁶ V oblasti polygamního manželství připadá v úvahu aplikace obou zmíněných podob institutu veřejného pořádku.

Jelikož článek analyzuje primárně francouzský přístup, je potřeba stručně uvést pojetí veřejného pořádku ve francouzském právu. Rozlišováno je mezi národním veřejným pořádkem (*ordre public interne*) a mezinárodním veřejným pořádkem (*ordre public international*). Vnitrostátní veřejný pořádek zahrnuje kogentní normy právního řádu, tedy ty, které nemohou být měněny dohodou stran. Aplikuje se pouze ve vnitrostátních právních vztazích. Mezinárodní veřejný pořádek je aplikován ve vztazích s mezinárodním prvkem.²⁷ Současně ale mezinárodní veřejný pořádek zůstává institutem národním, protože chrání nejdůležitější hodnoty francouzského práva,²⁸ tedy zásady francouzského právního řádu, na kterých je potřeba bezvýhradně trvat. Platí, že to, co je vnitrostátním veřejným pořádkem, nemusí být nutně také mezinárodním veřejným pořádkem. Dále platí, že to, co je mezinárodním veřejným pořádkem, musí být současně také vnitrostátním veřejným pořádkem.²⁹ Jinými slovy, mezinárodní veřejný pořádek je užší než vnitrostátní veřejný pořádek. Dělení je uvedeno proto, že některé státy, včetně České republiky, mohou používat pojem mezinárodní veřejný pořádek v jiném významu.³⁰

²³ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, bod 12.

²⁴ DÉPREZ, Jean. *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques*. In: *Recueil des cours 1988*. Dordrecht – Boston – London: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, Vol. 211, s. 105.

²⁵ BEZOUŠKOVÁ, Lenka. *Islámské rodinné právo se zaměřením na právo manželské*, s. 99.

²⁶ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 176.

²⁷ CLAVEL, Sandrine. *Droit international privé*. 5^e édition. Paris: Dalloz, 2018, s. 156–157.

²⁸ GUILLAUMÉ, Johanna. *Ordre public international – Notion d'ordre public international*. *JurisClasseur Droit international*, 2018, fasc. 534–10, s. 4.

²⁹ GUILLAUMÉ, Johanna. *Le droit international privé en tableaux*. Paris: Ellipses, 2017, s. 77.

³⁰ Srov. např. KUČERA, Zdeněk a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. 8. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2015, s. 192; DRLIČKOVÁ, Klára. *Vliv legis arbitri na uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 157–159; BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 504 an.

2. Uzavření polygamního manželství

Francie není v rámci Evropy žádnou výjimkou. Jednou ze zásad francouzského právního řádu je monogamie. Článek 147 francouzského občanského zákoníku stanoví, že nelze uzavřít druhé manželství, aniž by první bylo zrušeno.³¹ Není možné uzavřít polygamní manželství před francouzskými orgány, i když vnitrostátní právní předpisy dotyčných osob povolují polygamii na základě jejich osobního statutu (a toto právo se aplikuje na základě kolizní normy). V takovém případě se určené cizí právo vyloučí prostřednictvím výhrady veřejného pořádku.³² V rovině veřejnoprávní je uzavření druhého manželství ve Francii skutkovou podstatou, která naplňuje znaky trestného činu.³³

Rovněž není přípustné, aby francouzský občan uzavřel druhé manželství v zemi, která polygamii povoluje. To zakazuje francouzský trestní zákoník, podle kterého francouzské trestní právo se aplikuje na všechny trestné činy spáchané francouzským státním příslušníkem mimo území republiky.³⁴

Možnost uzavřít polygamní manželství je záležitostí osobního práva (*loi personnelle*) obou osob, které vstupují do manželství. Jinými slovy, osobní statut (budoucího) manžela i osobní statut (budoucí) manželky musí povolovat uzavření druhého manželství. Odmítnuto bylo zvažování práva, kterým se řídí účinky prvního manželství, respektive osobní statut všech zúčastněných osob (nejen tedy manžela a budoucí druhé manželky, ale i první manželky), stejně tak pozitivní právo nepřipouští autonomii vůle stran v této oblasti.³⁵

Polygamní manželství jako takové nemůže být ve Francii uznáno, ale je možné přiznat nějaké účinky polygamního manželství či nároky, které plynou manželům z takového svazku. Aby uznání účinků ve Francii mohlo být připuštěno, musí být manželství platně uzavřeno v zahraničí (čili je potřeba, aby vnitrostátní cizí právo, kterým se řídilo uzavření manželství, potvrdilo platnost takového svazku). Uznání ve Francii je ovlivněno přijetím koncepce tzv. oslabených účinků veřejného pořádku (*un effet atténué de l'ordre public*), jehož aplikace je podmíněna vzdáleností fóra, ve kterém došlo k uzavření polygamního manželství, a respektováním práv platně nabytých v zahraničí. Uznání ovšem nezaručuje respektování všech účinků, které polygamní manželství má podle práva státu, ve kterém bylo manželství uzavřeno.³⁶

3. Účinky polygamního manželství – vývoj ve 20. století

Jedním z návrhů bylo, aby se uznávaly účinky polygamního manželství platně uzavřeného v zahraničí bez ohledu na to, zda se jedná o účinky majetkové či nemajetkové povahy. Plné uznání a ztotožnění následků polygamního manželství s monogamním manželstvím bylo odmítnuto. V situacích, ve kterých se jedná o majetková práva, která se dotýkají jen

³¹ Článek 147 francouzského občanského zákoníku.

³² HILT, Patrice. *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme*, bod 262; EDWIGE, Rude-Antoine. *La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée*, bod 9.

³³ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, body 15 an.; EDWIGE, Rude-Antoine. *La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée*, bod 10.

³⁴ Článek 113-6 francouzského trestního zákoníku; FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, bod 22.

³⁵ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, body 26–27, 30. Viz také JOUBERT, Natalie. *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*. Dijon: Credimi, 2007, s. 221–222.

³⁶ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, body 33–34.

polygamního manželství, je francouzské právo neutrálnější a snaží se přizpůsobit své hmotněprávní normy polygamnímu manželství.³⁷

Ovšem i francouzský přístup zaznamenal v této otázce vývoj a argumentace francouzského Kasačního soudu se postupem času měnila. V 50. letech minulého století Kasační soud prosadil v praxi koncept oslabených účinků veřejného pořádku.³⁸ Základní myšlenka konceptu zní: „*Reakce oproti ustanovení, které je v rozporu s veřejným pořádkem, není stejná. Liší se podle toho, zda brání nabytí práva ve Francii, nebo zda se jedná o otázku vyvolání účinků ve Francii práva nabytého v zahraničí bez podvodu.*“³⁹ Pokud by bylo uzavřeno na území Francie polygamní manželství mezi osobami, jejichž osobní statut povoluje polygamii, pak se jedná o vytvoření situace (nabytí práva) ve Francii a byla by aplikována výhrada veřejného pořádku. Francouzské orgány by se podílely na vzniku zakázané situace, přičemž tato situace by vykazovala dostatečně intenzivní vztah k francouzskému území. Naopak koncept oslabených účinků veřejného pořádku je obecně aplikován tehdy, pokud má posuzovaná situace vzdálenější vztah od fóra (zde od území Francie), respektive intenzita případu k území fóra je slabší, ať již z hlediska časového či teritoriálního. V takovém případě ohrožení hodnot, na kterých je potřeba bezvýhradně trvat v daném právním řádu, není tak vysoké. Jedná se typicky o situace, ve kterých je polygamní manželství platně uzavřeno v zahraničí a ve Francii mají být uznány některé účinky polygamního manželství, nikoliv polygamní manželství samo o sobě. Situace vykazuje nižší intenzitu k francouzskému území. Pokud francouzské soudy dospějí k tomu, že manželství bylo platně uzavřeno v zahraničí, musí následně případ od případu ověřit, zda účinek, který polygamní manželství vyvolá, není v rozporu s veřejným pořádkem.⁴⁰

V oblasti polygamního manželství byl koncept oslabených účinků poprvé aplikován v roce 1958 v případě nazývaném *Chemouni*. Ačkoliv se jedná o případ, ve kterém muž není muslimem, nýbrž židovského vyznání, považují tento případ za nutné uvést, a to s ohledem na první případ aplikace oslabených účinků veřejného pořádku u polygamie a také s ohledem na další vývoj a přístup k polygamnímu manželství, protože obdobný skutkový stav byl v následujících letech u jiného případu řešen jinak.

³⁷ Ibidem, bod 37.

³⁸ Uvedený koncept oslabených účinků veřejného pořádku je starší a netýká se jen polygamie. Nejčastěji je však aplikován v oblasti rodinného práva. Významné je rozhodnutí francouzského Kasačního soudu již z roku 1860. Rozvedená žena anglické státní příslušnosti chtěla uzavřít nové manželství ve Francii. Ve Francii však tehdy rozvod nebyl povolen a z pohledu francouzského práva se tak jednalo o zakázaný institut. Nicméně Kasační soud rozhodl, že rozvod, který nastal v Anglii, a jeho účinky musí být respektovány ve Francii. Francouzský soud nemůže sám rozhodnout ve věci rozvodu, ale musí ve Francii přijmout důsledky rozvodu prohlášeného v zahraničí. Srov. LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J. C. Mohr, 1991, Vol. 3, s. 38 a literatura tam citovaná. Jinými slovy, francouzský veřejný pořádek nemůže bránit účinkům práv, která byla platně nabytá v zahraničí, ačkoliv by jinak bránil nabytí takových práv ve Francii. Jsou však uznávána pouze práva, která byla v zahraničí řádně nabyta, tj. v souladu s rozhodným právem určeným podle kolizních norem. Viz BATIFFOL, Henri. *Droit international privé*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, s. 435–437. Jak můžeme vidět, koncept byl aplikován již v šedesátých letech 19. století, nicméně výrazněji byl prosazen až v padesátých letech 20. století. V těchto letech francouzský Kasační soud naformuloval základní myšlenku, a to v rozhodnutí ve věci Rivière, ve které se jednalo o rozvod manželství dohodou v zahraničí, přičemž ve Francii byl rozvod dohodou zakázán.

³⁹ COUR DE CASSATION. L'ordre public. In: *Rapport annuel 2013*. Paris: La documentation française, 2013, s. 129. Tato podstata byla naformulována v rozhodnutí ve věci Rivière „*La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger.*“

⁴⁰ JOUBERT, Natalie. *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, s. 223.

Chemouni byl tuniský izraelita, který byl od roku 1940 ženatý s Francouzkou, a i přesto v roce 1945 uzavřel v Tunisku druhé manželství s tuniskou ženou. S oběma ženami se usadil ve Francii, přičemž druhou manželku opustil, aby žil pouze s první ženou. Druhá manželka požadovala před francouzskou jurisdikcí, aby jí Chemouni platil výživné. Soudy nižšího stupně odmítly použít tuniské právo, které by bylo aplikovatelné na základě kolizních norem a přiznávalo by druhé manželce výživné, neboť takové právo je v rozporu s francouzským mezinárodním veřejným pořádkem. Kasační soud nicméně rozhodl, že nárok druhé manželky spočívá pouze v tom, aby jí bylo přiznáno ve Francii výživné, které jí vyplývá z postavení manželky, přičemž toto postavení získala bez podvodu a v souladu s rozhodným tuniským právem. Státní příslušník Tuniska neztrácí svůj osobní statut tím, že se usídí ve Francii. Z uvedených důvodů Kasační soud zrušil napadený rozsudek, přičemž v úvodu svého rozhodnutí ocitoval výše vymezenou myšlenku oslabeného veřejného pořádku.⁴¹ V této situaci se tak nejednalo o rozpor s francouzským mezinárodním veřejným pořádkem.

Dalším známým případem je případ nazývaný *Beneddouche* z roku 1980. Jednalo se o muže alžírské národnosti, který se v Alžírsku v roce 1936 oženil s Alžířankou, se kterou měl sedm dětí. S rodinou se přestěhoval do Francie, kde získal do svého vlastnictví nemovitý majetek. Vrátil se do Alžírsku, kde v roce 1969 uzavřel druhé manželství s jinou Alžířankou, se kterou měl dvě děti. Druhé manželství mohlo být uzavřeno, protože uzavření umožňoval osobní statut manželů (oba byli Alžířané; alžírský právní řád povoluje polygamii). V roce 1974 muž zemřel. Soud nižšího stupně rozhodl, že první i druhá manželka a jejich děti mají právo dědit nemovitý majetek ve Francii. Rozhodnutí bylo jednou stranou napadeno opravným prostředkem, neboť alžírské právo se nemělo aplikovat ve jménu francouzské koncepce mezinárodního veřejného pořádku, protože alžírské právo umožňuje polygamní manželství a uznává druhou manželku. Kasační soud nicméně uvedené zamítl. Zopakoval ve svém rozhodnutí základní myšlenku konceptu oslabených účinků veřejného pořádku. Soud se při uznání nezabýval platností polygamního manželství (platnost na základě kolizních norem musel posoudit podle alžírského práva), ale hodnotil účinky uzavřeného manželství, které nastávají ve Francii (zde konkrétně dědické nároky podle francouzského práva, které bylo určeno jako právo rozhodné pro dědictví nemovitého majetku). Závěr byl takový, že polygamní manželství je v souladu s osobním statutem stran. Druhá manželka a její děti tak mohou uplatňovat práva přiznaná francouzským právem stejně tak jako první manželka a její děti.⁴²

Koncept oslabených účinků veřejného pořádku zde hrál roli v oblasti kolizního práva bez ohledu na to, že polygamie jako taková představuje rozpor s francouzským mezinárodním veřejným pořádkem.⁴³ Pokud přiznáme dědické nároky (či nárok na výživné) více ženám, vyvstane následně otázka, zda francouzské právo (které je jinak určeno pro monogamní manželství) může být aplikováno na polygamní manželství. O aplikaci práva v takových situacích je pojednáno v kapitole 5.

⁴¹ Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 28. ledna 1958. In: *Interjurisnet* [online]. [cit. 2021-12-18]. Dostupné z: <http://www.interjurisnet.eu/html/dip/civ1_28_01_58.pdf>.

⁴² Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 3. ledna 1980, věc. č. 78–13.762. In: *Légifrance* [online]. [cit. 2021-12-18]. Dostupné z: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007004780/>>.

⁴³ BUREAU, Dominique – MUIR WATT, Horatia. *Droit international privé*. 4^e édition. Paris: Presses universitaires de France, 2017, s. 565; PARISOT, Valérie. *Le droit international privé en schémas*. Paris: Ellipses, 2017, s. 118.

Změna přístupu francouzského Kasačního soudu nastala v roce 1988, kdy bylo rozhodnuto ve věci *Baaziz*. V této otázce se řešilo rozdělení důchodu zesnulého muže jeho dvěma pozůstalým manželkám. Muž francouzské státní příslušnosti s muslimským vyznáním uzavřel v roce 1954 první manželství s ženou francouzské státní příslušnosti ve Francii. Po nezávislosti Alžírsku na Francii získal muž alžírskou státní příslušnost a uzavřel v Alžírsku druhé manželství s Alžírčankou v souladu s alžírským právem. V roce 1978 muž zemřel. Případ se dostal ke Kasačnímu soudu dvakrát. Poprvé v roce 1982, kdy soud konstatoval, že druhé manželství je platné a může vyvolávat účinky ve Francii v té míře, v jaké nenarušuje mezinárodní veřejný pořádek. Současně bylo rozhodnuto, že pouze první manželka může být zapsána do úmrtního listu. Podruhé v roce 1988, kdy podle Kasačního soudu nelze použít na daný spor dvoustrannou smlouvu uzavřenou mezi Francií a Alžírskem z roku 1965, která stanovuje rozdělení důchodu pozůstalým manželkám rovným dílem. Bylo stanoveno, že polygamní manželství nemůže vyvolávat ve Francii účinky, pokud nejsou slučitelné s francouzským mezinárodním veřejným pořádkem. Francouzská koncepce výhrady veřejného pořádku brání tomu, aby polygamní manželství uzavřené mužem v zahraničí, který je již manželem Francouzky, mělo vůči této manželce účinky, zejména pokud účinky jsou v její neprospěch.⁴⁴

V případě *Baaziz* se objevila tendence chránit první manželku – Francouzku. Francouzská žena nemůže uzavřít manželství s mužem, který je již ženatý. Ale může se stát, že francouzská žena uzavře manželství s mužem, který se následně ožení podruhé s jinou ženou v zemi, které povoluje polygamii. Pak je nutné omezit ony účinky, které druhé manželství může vyvolat vůči první manželce.⁴⁵ Je zde posílena role mezinárodního veřejného pořádku v situacích, které mají úzkou vazbu na stát fóra. Ve Francii se tento typ veřejného pořádku označuje jako veřejný pořádek blízkosti (*ordre public de proximité*) – v případech, které mají úzké vazby na fórum, jsou požadavky mezinárodního veřejného pořádku zesíleny. Jinými slovy, princip, který není *in abstracto* považován za součást mezinárodního veřejného pořádku, se jím může stát, pokud má situace blízké vazby na Francii. Intenzita případu k francouzskému území je zde vyšší. Ve věci *Baaziz* byla vazba na Francii dána státní příslušností první manželky, která byla Francouzka.⁴⁶ Nad rámec příspěvku podotýkám, že ona vazba či kritérium blízkosti nejsou definovány a určují se pro různé situace *ad hoc*. V oblasti polygamie je to právě státní příslušnost první ženy.⁴⁷ Je otázkou, zda úzká vazba na Francii může být založena nikoliv na státní příslušnosti, ale na obvyklém bydlišti první manželky ve Francii. O tomto však francouzský Kasační soud nerozhodoval.⁴⁸

Od případu *Baaziz* by se francouzské soudy neměly zabývat povahou daného účinku, ale nevýhodou, která z toho vyplývá pro první francouzskou manželku. Většina účinků týkajících se práv druhé manželky může být odepřena a redukována, pokud vztah tvoří

⁴⁴ Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 6. července 1988, věc č. 85-12.743. In: *Légifrance* [online]. [cit. 2021-12-19]. Dostupné z: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007083576/>>; EDWIGE, Rude-Antoine. *La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée*, bod 13; JOUBERT, Natalie. *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, s. 226.

⁴⁵ EDWIGE, Rude-Antoine. *La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français: une question théorique controversée*, bod 13.

⁴⁶ CLAVEL, Sandrine. *Droit international privé*, s. 164; PARISOT, Valérie. *Le droit international privé en schémas*, s. 120.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ JOUBERT, Natalie. *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, s. 233.

první manželka Francouzka,⁴⁹ nebo přinejmenším tehdy, pokud účinky jdou proti zájmům první manželky.⁵⁰

4. Účinky polygamií manželství – vývoj ve 21. století

4.1 Nárok na pozůstalostní důchod

Posledně zmíněný přístup byl mírně modifikován v 21. století. V roce 2011 řešil francouzský Kasační soud obdobný případ jako ve věci *Baaziz*. Muž alžírské národnosti se oženil v roce 1970 s manželkou francouzské národnosti. V červnu 1989 uzavřel druhé manželství v Alžírsku s ženou alžírské národnosti. Rozvod s první francouzskou ženou nastal až v lednu 1990 ve Francii. Muž v roce 2003 zemřel. Francouzská žena rok poté požádala o pozůstalostní důchod, který pobíral či by mohl pobírat zemřelý muž (pojištěnec). Tento typ důchodu jí byl přiznán.⁵¹ Druhá manželka požádala také o vypořádání tohoto nároku, ale její žádost byla zamítnuta, a proto se obrátila v roce 2006 na soud. Alžírská žena mimo jiné argumentovala, že situace měla být posuzována ke dni vypořádání důchodu, tedy v době, kdy polygamií manželství již 17 let netrvalo, a navíc tehdy trvalo jen půl roku. Argumentace dále upozorňovala na to, že v roce 2003 získala francouzské občanství a během tohoto řízení o nabytí státního občanství správní orgány nenamítaly krátké polygamií manželství. Stěžovala si tak na diskriminaci a nerovné zacházení, neboť i ona byla v době rozhodování již Francouzka. Kasační soud uvedené odmítl a potvrdil rozhodnutí nižších soudů. V den uzavření druhého manželství bylo stále nerozvedeno první manželství s francouzskou ženou. Nedochozí tak k diskriminaci či porušení zásady rovnosti, neboť francouzská koncepce mezinárodního veřejného pořádku brání tomu, aby druhé manželství vyvolávalo ve Francii účinky, neboť muž v době uzavření věděl, že má uzavřené ještě jedno manželství s Francouzku.⁵²

Lagarde ve svém komentáři k tomuto rozhodnutí poukazuje na téměř shodný skutkový stav s případem ve věci *Baaziz*. Zatímco v případě *Baaziz* byly vyloučeny ty účinky, které byly v neprospěch první francouzské manželky, v této věci byly vyloučeny všechny důsledky, které by mohlo polygamií manželství vyvolávat ve Francii, což představuje poměrně přísné řešení. Lagarde upozorňuje, že veřejný pořádek blízkosti upřednostňuje první francouzskou manželku, nicméně soudce vždy musí před uplatněním výhrady veřejného pořádku zvážit konkrétní okolnosti případu. Jako příklad uvádí dvě situace. Zaprvé, muž uzavře druhé manželství krátce před svou smrtí – první francouzská manželka by byla tímto zbavena poloviny důchodu. Zadruhé, první manželství s francouzskou manželkou trvá jen pár měsíců a druhé manželství s ženou jiné státní příslušnosti trvá několik let po zbytek života manžela.⁵³ V prvním případě lze nepochybně vnímat nespravedlnost vůči první manželce, která by měla přijít o polovinu důchodu. V druhém případě

⁴⁹ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, bod 38.

⁵⁰ JOUBERT, Natalie. *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, s. 229.

⁵¹ Tzv. *la pension de réversion* je část důchodu, která může být při splnění určitých podmínek vyplácena i bývalé manželce. Srov. *Pension de réversion*. In: *Service-Public.fr* [online]. [cit. 2021-12-21]. Dostupné z: <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/N378>>.

⁵² Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 1. prosince 2011, věc č. 10-27864. In: *Légifrance* [online]. [cit. 2021-12-21]. Dostupné z: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000024917509>>.

⁵³ LAGARDE, Paul. *Jurisprudence – Conflits de lois. Revue critique de droit international privé*. 2012, n° 2, s. 341, 343.

můžeme spatřovat nerovnost naopak vůči druhé manželce. V uvedené věci žila druhá manželka s mužem 14 let a první manželka s ním byla již 13 let rozvedená. Lagarde se ptá, zda dělení důchodu by bylo skutečně v rozporu s mezinárodním veřejným pořádkem, zvláště v této situaci, ve které polygamie trvala krátkou dobu a bez vědomí druhé manželky. Případné dělení umožňuje dvoustranná smlouva z roku 1980 uzavřená mezi Francií a Alžírskem, která stanovuje rozdělení na polovinu. Spravedlivější by ovšem bylo rozdělit důchod v poměru k délce společného života.⁵⁴

Sporů, ve kterých vystupovaly francouzsko-alžírské páry a které se řešily před Kasačnickým soudem, bylo několik. Jedná se přitom o případy také z posledního desetiletí, tudíž se zdá, že polygamie co do četnosti řešených případů je ve Francii stále aktuální otázkou (nejen mezi alžírskými občany).

V roce 2014 a 2015 francouzský Kasační soud vydal dvě rozhodnutí, která měla obdobný skutkový stav.⁵⁵ V obou případech muž alžírské národnosti uzavřel své první manželství s francouzskou ženou a druhé manželství s alžírskou ženou. První manželství bylo následně rozvedeno, druhé skončilo smrtí manžela po letech života ve Francii. Druhé manželky požádaly o pozůstalostní důchod, který jim nebyl přiznán na základě francouzského zákona o sociálním zabezpečení, neboť údajně nebyly manželkami z důvodu bigamie. Soud prvního stupně sice nároky přiznal, ale proti rozhodnutí se orgán, který má na starost vyplácení této dávky, odvolal. Každá věc se posuzovala samostatně. Problém nastal v tom, že v jednom případě odvolací soud zamítl nárok manželky, v druhém případě nárok manželce přiznal. Neúspěšné strany se obrátily na Kasační soud.

V prvním případě se na Kasační soud obrátila druhá manželka, které nebyl nárok přiznán. Podle názoru Kasačnického soudu měla pozůstalá manželka postavení manželky, protože manželství nebylo prohlášeno za neplatné. Z tohoto důvodu odvolací soud věc nespřícně posoudil a nárok měl přiznat. Manželství by muselo být prohlášeno za neplatné, aby nárok nebyl přiznán. V druhém případě se na Kasační soud obrátil orgán pro vyplácení dávek. Podle názoru Kasačnického soudu odvolací soud postupoval správně, když přiznal druhé manželce pozůstalostní důchod. Manželství nebylo prohlášeno za neplatné, proto má druhá manželka postavení pozůstalého manžela a má tak nárok na pozůstalostní důchod.⁵⁶ V obou zmíněných případech bylo manželství považováno za platné, a tudíž nemůže být zbaveno všech svých účinků. Závěr je takový, že francouzská koncepce mezinárodního veřejného pořádku nebrání uznání postavení druhé manželky jako manželky, pokud je pozůstalostní důchod přiznáván podle zákona o sociálním zabezpečení.⁵⁷

V obou případech byly nároky přiznány, i když byla první žena Francouzka. Státní příslušnost první ženy je obvykle důvodem aplikace veřejného pořádku blízkosti – blízkosti situace k fóru. Ani výhrada veřejného pořádku v kolizním smyslu nemohla být uplatněna, neboť ta se používá vůči aplikaci ustanovení cizího práva a zde se nárok na důchodovou dávku řídil francouzským vnitrostátním právem. V druhém případě bylo navíc zajímavostí, že francouzská první žena se chtěla vzdát svého nároku, a přesto jí byl přiznán.

⁵⁴ Ibidem, s. 343.

⁵⁵ Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 9. října 2014, věc. č. 13-22.499. In: *Légifrance* [online]. [cit. 2021-12-23]. Dostupné z: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029566916/>>; Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 12. února 2015, věc. č. 13-19.751. In: *Légifrance* [online]. [cit. 2021-12-23]. Dostupné z: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000030240933/>>.

⁵⁶ RALSER, Élise. Jurisprudence – Conflits de lois. *Revue critique de droit international privé*. 2015, n° 3, s. 626.

⁵⁷ Ibidem, s. 628.

Jinými slovy, první manželce byl přiznán nárok plynoucí z polygammního manželství, který sama nepožadovala. Druhé manželce, která s manželem žila 13 let a vychovala děti, nebyl v původním řízení nárok přiznán.⁵⁸

V úvahu by připadala aplikace francouzsko-alžírské dvoustranné mezinárodní smlouvy. Ta se však nepoužila, neboť dopadá na manželství, ve kterých je současně více manželek. Jelikož v obou uvedených případech polygamie zanikla rozvodem prvního manželství, a tudíž v manželství v době rozhodování byla už jen jedna manželka, nebyla splněna působnost příslušného ustanovení úmluvy.⁵⁹

Ačkoliv rozhodnutí mají zřejmě omezenou působnost, neboť se vztahují k zákonu o sociálním zabezpečení, svoji relevanci si ponechávají.⁶⁰ Případy, ve kterých se rozhoduje o nárocích pro druhou manželku na základě zákona o sociálním zabezpečení, se dostávají před francouzský Kasační soud dodnes. V roce 2021 řešil soud obdobnou situaci s prakticky stejným řešením u francouzsko-marockého páru.⁶¹

Rozhodnutí ohledně dávek podle zákona o sociálním zabezpečení systematicky doplňuje rozhodnutí Kasačního soudu z října 2021. Závěr rozhodnutí je následující: i když je druhé manželství prohlášeno za neplatné, ale současně bude prohlášeno jako putativní, má tato druhá manželka ve smyslu zákona o sociálním zabezpečení postavení manželky. Pak se pozůstalostní důchod rozdělí mezi pozůstalé manžele v poměru k délce trvání obou manželství bez ohledu na to, že se manželství překrývala. Tento klíč byl určen soudem, protože na tyto případy nedopadá žádná mezinárodní úmluva či jiný právní text.⁶² Na tomto místě doplním, že o situacích, kdy manželství bylo prohlášeno za neplatné a současně za putativní, rozhodovaly francouzské soudy již dříve. Obecně také platí, že výhody putativního manželství jsou četné – putativní manželka může využívat jako oprávněná osoba svého druhu zdravotní pojištění, což je nárok, který bývá druhé manželce v polygammním manželství odepírán. V případě dobré víry ženy jsou jí zachována i dědická práva, pokud bylo manželství prohlášeno za neplatné až po smrti manžela.⁶³

4.2 Promlčení bigamie?

V prezentovaných případech v této podkapitole bylo zpravidla první manželství s francouzskou ženou rozvedeno, v jednom z případů trval stav bigamie pouze přibližně půl roku. I takovou situaci, ve které trvá polygammní manželství jen krátkou dobu, řešil francouzský Kasační soud v roce 2016. Závěr se dá vyjádřit spojením „jednou bigamista, navždy bigamista“, jak příhodně vyjadřuje odborná literatura.⁶⁴

⁵⁸ Ibidem, s. 629–630.

⁵⁹ Ibidem, s. 631.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 23. září 2021, věc č. 20-11.745. In: *Cour de cassation* [online]. [cit. 2021-12-28]. Dostupné z: <<https://www.courdecassation.fr/en/decision/614c18209b7cbebe948da267>>.

⁶² Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 21. října 2021, věc. č. 20-17.462. In: *Cour de cassation* [online]. [cit. 2022-1-8]. Dostupné z: <<https://www.courdecassation.fr/decision/617253f26a56d842c4929198>>; *Resumé* rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 21. října 2021. In: *Dalloz* [online]. [cit. 2022-01-08]. Dostupné z: <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2021-10-21_2017462#>>.

⁶³ JOUBERT, Natalie. *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, s. 231.

⁶⁴ GALLANT, Estelle. Refus de transcription de l'union bigamique protégée par la prescription trentenaire. *Revue critique de droit international privé*. 2017, n°. 4, s. 535.

Francouz uzavřel v roce 1964 manželství s Francouzskou. Podruhé se oženil v dubnu roku 1971 v Alžírsku s ženou alžírské národnosti, aniž by rozvedl své první manželství. K rozvodu došlo až v březnu 1973. Francouz tak žil dva roky v polygamním manželství. V roce 2014 chtěli manželé zapsat jejich oddací list do francouzského konzulárního registru. Žádosti bylo vyhověno, protože manželství bylo uzavřeno před více jak 30 lety, a tudíž žaloba na absolutní neplatnost manželství z důvodu bigamie je promlčena. Státní zástupce ovšem namítal přepis manželství do registru s ohledem na porušení mezinárodního veřejného pořádku. Kasační soud zamítl žádost o zapsání manželství do registru, neboť nižší soudy nesprávně interpretovaly aplikovatelnou francouzskou právní normu. Závěr je takový, že proti bigamnímu manželství, které je v rozporu s francouzským mezinárodním veřejným pořádkem a je tak důvodem pro absolutní neplatnost, může státní zástupce platně vznést námitku přepisu do francouzských matrik, i když je promlčena možnost podat žalobu na absolutní neplatnost.⁶⁵

Argumentace v tomto rozhodnutí z roku 2016 se částečně liší od argumentace v předchozích rozhodnutích, ve kterých bylo judikováno, že pokud manželství není prohlášeno za neplatné, pak nemůže být zbaveno účinků. Odlišnost spočívá v tom, že platné manželství nelze zapsat, protože narušuje francouzský mezinárodní veřejný pořádek. Další rozdíl spočívá ve skutečnosti, že v tomto rozhodnutí bylo aplikovatelné francouzské právo, protože muž byl Francouz. Francouzské právo nepovoluje polygamii – v předchozích případech osobní statut muže a druhé ženy povoloval polygamii.⁶⁶ Odmítnutí zapsat manželství do matriky znamená nepříjemnosti pro daný pár – žena například nemůže požadovat francouzské občanství či nemůže získat povolení k pobytu ve Francii.⁶⁷

Komentáře upozorňují, že francouzský Kasační soud v této věci aplikoval článek 6 francouzského občanského zákoníku, který se ale týká vnitrostátního veřejného pořádku.⁶⁸ Připomínám, že ten je francouzskou teorií i praxí chápán soubor norem, které nemohou být zrušeny dohodou stran (tzv. kogentní normy). Ne všechno, co je vnitrostátním veřejným pořádkem, je současně mezinárodním veřejným pořádkem (čili veřejným pořádkem ve smyslu mezinárodního práva soukromého). Nutno podotknout, že polygamie spadá do obou kategorií.⁶⁹ Francouzský Kasační soud by měl uplatnit správně mezinárodní veřejný pořádek vůči ustanovení zahraničního práva, které je zjevně v rozporu se základními francouzskými koncepcemi. V tomto případě bylo ale rozhodné právo francouzské a aplikace veřejného pořádku mířila proti potlačení nežádoucích účinků, které francouzské právo způsobuje v situaci vytvořené v zahraničí. Navíc veřejný pořádek by měl být zohledněn ve vztahu ke konkrétnímu skutkovému stavu, nikoliv abstraktně. Soud měl při zohlednění veřejného pořádku vzít v potaz běh času (trvání manželství, dobu od rozvodu). Druhé manželství v době jeho uzavření by bylo neplatné z důvodu existence prvního manželství, ale francouzské právo stanovuje třicetiletou promlčecí lhůtu, která uplynula (zde přes 40 let). Kdyby byl zohledněn veřejný pořádek v návaznosti na konkrétní skutkový

⁶⁵ Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 19. října 2016, věc č. 15-50.098. In: *Légifrance* [online]. [cit. 2021-12-28]. Dostupné z: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000033297169/>>.

⁶⁶ GALLANT, Estelle. *Refus de transcription de l'union bigamique protégée par la prescription trentenaire*, s. 536–537.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 538.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 539; MONÉGER Françoise. *Mariage. – Bigamie. – Transcription. – Ordre Public International. – Nullité Absolue. – Prescription*. *Journal du droit international*. 2017, n° 2, s. 5.

⁶⁹ *Srov. např. GUILLAUMÉ, Johanna. Le droit international privé en tableaux*, s. 77.

stav, možná by nebyl aplikován, a to s ohledem na jeho vlastnost relativity v čase – to, co bylo kdysi v rozporu s mezinárodním veřejným pořádkem, nemusí být nutně dnes.⁷⁰

4.3 Rozhodnutí v dalších oblastech souvisejících s polygamií

Další rozhodnutí Kasačního soudu, které doplňuje různé oblasti související s polygamií, pochází z listopadu 2021. Skutkový stav byl jednoduchý – již ženatý libyjský muž uzavřel v Libyi s ženou libyjské národnosti druhé manželství. Tato manželka následně podala žádost o rozvod ve Francii. Soud první instance označil žádost za nepřipustnou, protože se jednalo o bigamii, kterou francouzské právo nepřipouští. Manželství tudíž právně neexistovalo, a nemohlo tak být rozvedeno. Tuto argumentaci Kasační soud odmítl. Soud nižší instance vůbec neaplikoval kolizní normy, aby určil rozhodné právo pro způsobilost osob uzavřít manželství. Dospěl by k závěru, že způsobilost se řídí libyjským právem, které připouští polygamií (podle státní příslušnosti každého z manželů, která v tomto případě odkazovala v obou případech na libyjské právo). Použití práva nesmí být v rozporu s francouzským mezinárodním veřejným pořádkem. Zde Kasační soud připomněl oslabené účinky veřejného pořádku – právo bylo platně nabyto v zahraničí bez podvodu. Francouzskému soudu tedy nebránilo, aby manželství zrušil. Rozhodnutí bylo vydáno, aby byla doplněna stávající judikatura do výčtu práv, která jsou ve Francii přiznávána druhé manželce – v tomto případě právo na zrušení manželství. Navíc tím, že soud zruší bigamní manželství, přispěje k tomu, že bude ve Francii přítomen svazek v podobě monogamního manželství.⁷¹

V době uzavření článku (leden 2022) vynesl francouzský Kasační soud rozhodnutí, které se týkalo muže, jenž uzavřel první manželství v roce 1988, druhé následně v roce 2003, přičemž první rozvedl v roce 2009. Druhá manželka získala mezitím francouzské státní občanství, proti čemuž se vyslovalo v roce 2017 státní zastupitelství. Bigamie je překážkou pro získání francouzského státního občanství. Bylo také konstatováno, že polygamie francouzských manželů sama o sobě stačí, abychom dospěli ke konstatování absence životního společenství manželů – což je jedním z kritérií při nabývání státního občanství tímto způsobem.⁷²

Závěrem lze říci, že Francie má četné zkušenosti s otázkami spojenými s polygamním manželstvím, které se řešily až u Kasačního soudu. Protože se jedná také o otázku politikou, objevily se v posledních dvou letech na úrovni zákonodárné i výkonné moci diskuze, jak polygamií ve Francii omezit. Návrhy jsou takové, aby polygamním osobám nebylo

⁷⁰ GALLANT, Estelle. *Refus de transcription de l'union bigamique protégée par la prescription trentenaire*, s. 539–541; MONÉGER Françoise. *Mariage. – Bigamie. – Transcription. – Ordre Public International. – Nullité Absolue. – Prescription*, s. 8.

⁷¹ Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 17. listopadu 2021, věc č. 20-19.420. In: *Légifrance* [online]. [cit. 2022-01-08]. Dostupné z: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000044352185?isSuggest=true>>; Bigamie: des règles de conflit de lois en matière de divorce. In: *Dalloz* [online]. 6. 12. 2021 [cit. 2022-01-08]. Dostupné z: <<https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/bigamie-des-regles-de-conflit-de-lois-en-matiere-de-divorce/h/14fa637cfee5bc3442bc87f572b87869.html>>; k veřejnému pořádku a rozvodu založeném na druhém manželství viz také JOUBERT, Natalie. *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, s. 236 an.

⁷² Rozhodnutí francouzského Cour de Cassation ze dne 12. ledna 2022, věc č. 20-50.036. In: *Cour de cassation* [online]. [cit. 2022-01-23]. Dostupné z: <https://www.courdecassation.fr/decision/61de7d4dfc57de8d136e0674?judilibre_chambre%5B0%5D=civ1&search_api_fulltext=&expression_exacte=&date_du=&date_au=&sort=datedesc&items_per_page=&op=Filter&page=1&previousdecisionpage=1&previousdecisionindex=0&nextdecisionpage=1&nextdecisionindex=2>.

vydáváno povolení k pobytu. Pokud se vypátrají osoby, které žijí v polygammním manželství a mají povolení k pobytu, může jim být toto povolení odebráno.⁷³

5. Adaptace francouzského hmotného práva na polygammní manželství

Výše bylo uvedeno, že nastávají situace, ve kterých je oběma manželkám přiznán určitý nárok plynoucí z polygammního manželství. Například obě ženy mají nárok na dědictví majetku, který se nachází ve Francii. Nicméně pokud je rozhodným právem pro dědictví francouzské právo, které je vytvořeno pro monogammní manželství, jak může být aplikováno na dvě ženy?

Otázka, kterou je vhodné nejdříve zodpovědět, zní, zda polygammní manželství může být zařazeno do francouzského pojetí manželství, aby vyvolávalo stejné účinky jako manželství.⁷⁴ Jedná se o rozšíření konceptu pojmu manželství. Aby bylo možné zacházet s polygammním manželstvím ve Francii, musí být pojem manželství prohlouben tak, aby pod něj bylo možné polygammní manželství podřadit.⁷⁵ V tomto smyslu se hovoří o tzv. substituci. Ta je dána v případě, pokud cizí institut (polygammní manželství) je dostatečně ekvivalentní s tuzemským institutem (monogammní manželství). Následně polygammní manželství může vyvolat účinky ve Francii.⁷⁶ Substitute předpokládá existenci dostatečných společných znaků, což náleží soudu, aby určil, co tvoří podstatu daného institutu. Aby právo určené pro monogammní manželství mohlo poskytovat požadovaný účinek, musí toto právo být ochotno upustit od určitých požadavků, které klade na pojetí monogammní povahy manželství za předpokladu, že existuje celková či podstatná ekvivalence s polygamií nastavenou podle cizího práva.⁷⁷ Postačí přitom, pokud je ekvivalence dostatečná. Mezi monogammním a polygammním manželstvím lze najít stejné základní rysy, jako je výměna souhlasu manželů s úmyslem uzavřít manželství, jehož cílem je vyvolat osobní a majetkové účinky. I když je ekvivalence připuštěna, účinky nemohou být stejné, protože v polygammním manželství jsou alespoň dvě manželky.⁷⁸ Je potřeba adaptovat (přizpůsobit) francouzské hmotné právo této situaci.

V odborné francouzské literatuře se objevuje zpravidla příklad s dědickým právem v návaznosti na případ *Bendeddouche* z roku 1980, kde bylo rozhodnuto, že nárok na dědictví mají obě alžírské manželky, přičemž rozhodné právo pro dědické poměry je právo francouzské. Stále se aplikuje francouzské dědické právo, ale je potřeba zahrnout do definice manželky pluralitu manželek.⁷⁹ Toto francouzské hmotné právo je nutno upravit (adaptovat) tak, aby obě manželky sdílely nároky plynoucí z dědického práva, které jim náležejí po

⁷³ Srov. novinové články dostupné na internetu, např. Le gouvernement veut s'attaquer à la «polygamie de fait». In: L'OBS [online]. 5. 10. 2020 [cit. 2022-01-04]. Dostupné z: <<https://www.nouvelobs.com/politique/20201005.OBS34316/le-gouvernement-veut-s-attaquer-a-la-polygamie-de-fait.html>>; Le Sénat vote pour le renforcement de la lutte contre la polygamie en France. In: *Public Senat* [online]. 2. 4. 2021 [cit. 2022-01-04]. Dostupné z: <<https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/le-senat-vote-pour-le-renforcement-de-la-lutte-contre-la-polygamie-en-france>>.

⁷⁴ GUILLAUMÉ, Johanna. *Le droit international privé en tableaux*, s. 70.

⁷⁵ ALLAROUSSE, Veronique. A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law. *Case Western Reserve Journal of International Law*. 1991, Vol. 23, No. 3, s. 504; FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, bod 12.

⁷⁶ GUILLAUMÉ, Johanna. *Le droit international privé en tableaux*, s. 70.

⁷⁷ BUREAU, Dominique – MUIR WATT, Horatia. *Droit international privé*, s. 566.

⁷⁸ GUILLAUMÉ, Johanna. *Le droit international privé en tableaux*, s. 71.

⁷⁹ FADLALLAH, Ibrahim – TEXIDOR, Christine. *Polygamie*, bod 43.

pozůstalém manželovi.⁸⁰ Stejným způsobem, rozdělením, lze vypořádat i jiné než dědické nároky (například výživné či pozůstalostní důchod), pokud to povaha nároku umožňuje. Limity jsou dány mezinárodním veřejným pořádkem, zejména veřejným pořádkem blízkosti, pokud je dána úzká vazba na stát fóra, který o účincích rozhoduje.

V osmdesátých letech minulého století uváděl Droz jako příklad účinků polygamního manželství, které není možné adaptovat, účinky v oblasti sociálního zabezpečení právě v situaci, pokud je dána vazba na stát v podobě státní příslušnosti první manželky. Jeho odůvodnění směřovalo také do ekonomické roviny. Podle něj konflikty civilizací znamenají současně ekonomický konflikt, protože sociální zákonodárství evropských zemí není uzpůsobeno z ekonomického hlediska tomu, aby podporovalo nároky pro polygamní rodiny.⁸¹ Tento názor se zdá v některých oblastech, alespoň pokud jde o pozůstalostní důchod, překonán, jak analyzovala výše uvedená judikatura. V jiných oblastech, jako je zdravotní pojištění, nejsou obě manželky uznávány jako oprávněné osoby, nýbrž je uznána pouze první z manželek.⁸²

V této souvislosti se může objevit a také se objevuje otázka případné diskriminace. V souvislosti s pozůstalostním důchodem ji v belgické literatuře představil Carlier. Žena marocké národnosti a žena belgické národnosti mají sdílet pozůstalostní důchod. Kdyby nebyla polygamie či by nebyly příznány účinky z polygamního manželství, náležel by belgické manželce celý pozůstalostní důchod. Pokud příznáme účinky polygamního manželství, budou muset pozůstalostní důchod sdílet a každá žena dostane polovinu. Tím by belgická manželka mohla být diskriminována. Na druhou stranu, pokud preferujeme ženu belgické národnosti a příznáme jí celý důchod, pak je situace diskriminační pro marockou ženu, která místo poloviny nedostane nic.⁸³

6. Stručné představení belgického přístupu

Další stát, který má rovněž zkušenosti s polygamním manželstvím před svými soudy, je Belgie. Belgie je stát, který má v různých ohledech blízko k Francii. Belgické soudy využívají k argumentaci při uznání účinků různé podoby veřejného pořádku obdobně jako soudy francouzské.

Belgický Kasační soud potvrdil v roce 2007 rozhodnutí soudu nižší instance, že belgický mezinárodní veřejný pořádek brání uznání účinků manželství platně uzavřeného v zahraničí, pokud jeden z manželů měl v době vzniku manželství uzavřené již jedno manželství, ještě nerozvedené, s osobou, jejíž osobní statut nepřipouští polygamii. Jednalo se o situaci, ve které zemřel muž marocké státní příslušnosti, který měl první ženu Belgičanku a druhou ženu Maročanku. V době smrti nebylo rozvedeno žádné manželství. Druhá žena žádala o pozůstalostní důchod. Soud odmítl uznat jakékoliv účinky polygamního manželství platně uzavřeného v zahraničí. Byl aplikován veřejný pořádek blízkosti, který přesahoval územní spojení s Belgií – blízkost k belgickému teritoriu byla dána nejen státní

⁸⁰ GUILLAUMÉ, Johanna. *Le droit international privé en tableaux*, s. 71.

⁸¹ DROZ, Georges. *Regards sur le droit international privé comparé. Recueil des cours 1991*. Dordrecht – Boston – London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, Vol. 229, s. 370–371.

⁸² JOUBERT, Natalie. *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, s. 224.

⁸³ CARLIER, Jean-Yves. *Quand l'ordre public fait désordre. Revue Générale de Droit Civil Belge*. 2008, an. 22, n°. 9, s. 530.

příslušností první manželky, ale byla by dána také s jakýmkoliv právem, které respektuje princip rovnosti pohlaví.⁸⁴

V roce 2014 belgický Kasační soud řešil opět spor o pozůstalostní dávky. Muž marocké státní příslušnosti se oženil v roce 1950 s první manželkou Maročankou v Maroku. Tato žena žila od roku 1971 v Belgii a v roce 2001 získala belgické státní občanství. Muž, který pobíral v Belgii starobní důchod, v roce 2009 zemřel. Manželce byl přiznán pozůstalostní důchod. Současně tentýž rok požádala o pozůstalostní důchod druhá žena, Maročanka, která se oženila s mužem v roce 1987 a měla s mužem tři děti. Orgán, který vyplácí dávky, snížil první ženě důchod na polovinu a přiznal druhé ženě také polovinu důchodu. První žena se obrátila na soud, který rozhodl, že má nárok na celý důchod. Spor se dostal až před belgický Kasační soud. Ten uvedl, že belgický mezinárodní veřejný pořádek zpravidla nebrání uznání účinků manželství platně uzavřeného v zahraničí v souladu s vnitrostátním právem manželů, i když jeden z manželů měl v době vzniku manželství uzavřené již jedno manželství, ještě nerozvedené, přičemž toto první manželství bylo uzavřeno v zahraničí s osobou, jejíž osobní statut povoluje polygamii.⁸⁵ Kasační soud zjevně aplikoval koncept oslabených účinků veřejného pořádku. Bylo rozhodnuto, že důchod se měl rozdělit mezi dvě manželky. Soud nižšího stupně nezdůvodnil své rozhodnutí, proč jsou účinky druhého manželství v rozporu s belgickým mezinárodním veřejným pořádkem. Neučinil tak ani s poukazem na to, že první manželka, která žila v Belgii od roku 1971, získala belgické státní občanství, ani s ohledem na to, že nebyla informována o druhém manželství muže. Nebylo poukázáno ani na skutečnost, že druhá manželka žila vždy v Maroku a manželství oznámila až následně.⁸⁶

Jako poslední uvedu rozhodnutí belgického soudu nižšího stupně (*Tribunal de famille*) z října roku 2019. Muž marocké státní příslušnosti se oženil s první ženou Belgičankou v roce 1978 a následně v roce 1981 uzavřel druhé manželství v Maroku s druhou ženou Maročankou, aniž by své první rozvedl. První manželství bylo rozvedeno dva roky po uzavření druhého manželství. Muž získal belgickou státní příslušnost v roce 2000, druhé manželství bylo zapsáno v příslušné belgické matrice. Muž měl nárok na důchod, ale orgán pro vyplácení důchodu odmítl důchod přiznat, protože muž uzavřel druhé manželství v době, kdy byl stále ženatý s první belgickou ženou. Podle orgánu se jedná o rozpor s mezinárodním veřejným pořádkem, jelikož polygamie není v Belgii povolena. Druhé manželství však bylo platně v zahraničí uzavřeno (rozhodné právo bylo marocké, které tehdy povolovalo polygamii, muž i druhá žena byli maročtí občané). Soud připomněl, že judikatura se v této oblasti posunula a polygamie není již absolutně zakázána, některé

⁸⁴ Ibidem, s. 525, 530.

⁸⁵ Rozhodnutí belgického Cour de cassation ze dne 15. prosince 2014, věc. č. S.14.0030.F. In: *Juricaf* [online]. [cit. 2022-01-25]. Dostupné z: <<https://juricaf.org/arret/BELGIQUE-COURDECASSATION-20141215-S140030F>>.

⁸⁶ Ibidem. V tomto případě byla docela pestrá argumentace stran i soudu nižší instance. Diskuse se vedla okolo povahy výhrady veřejného pořádku a existence mezinárodní úmluvy mezi Belgií a Marokem, která stanovuje rozdělení pozůstalostního důchodu rovným dílem. Rozdělení je možné tehdy, pokud není aplikována výhrada veřejného pořádku. Soud nižší instance připomněl princip veřejného pořádku blízkosti. Mimo jiné zazněla argumentace, že výhrady veřejného pořádku se lze dovolávat jen za okolností, které jsou rovnocenné okolnostem z případu roku 2007 (belgická státní příslušnost první manželky ke dni uzavření druhého manželství). Nicméně připomíná se hodnocení účinků vždy v konkrétním případě. Blízkost k belgickému právnímu řádu je nutné posuzovat na základě kombinace několika kritérií, například podle délky pobytu v Belgii či úmyslu stran. Navíc vyplácení dávek sociálního zabezpečení je zpravidla podmíněno výkonem činnosti nebo pravidelným pobytem na území státu, nikoliv státní příslušností stran.

situace mohou být připuštěny. Výslovně se odkazuje na rozhodnutí z roku 2014. Belgické orgány se nepodílí na vytvoření neslučitelné situace (polygamie), ale pouze hodnotí účinky situace platně vzniklé v zahraničí. Situace by se měla hodnotit *ad hoc*, a to na základě intenzity spojení s Belgií a závažnosti vyvolaných účinků. Intenzita situace byla slabá (muž i druhá žena byli Maročané, druhá žena žila v Maroku, do Belgie se přestěhovala až několik let po rozvodu jejího muže s první ženou), stejně tak účinky nebyly tolik závažné (v Belgii žili přes 30 let, budovali stabilní rodinný život, měli čtyři děti). Rovněž první manželce nebyla tímto způsobena škoda. Soud odmítl aplikaci mezinárodního veřejného pořádku.⁸⁷

Rozhodnutí belgických soudů či argumentace stran v nich uvedená často odkazuje na předchozí judikaturu. Belgické soudy znají koncept oslabených účinků veřejného pořádku i veřejného pořádku blízkosti. Ohledně druhého konceptu nastal posun – zatímco v rozhodnutí z roku 2007 nebyly uznány žádné účinky polygammního manželství s ohledem na mezinárodní veřejný pořádek, protože první žena byla Belgičanka, v rozhodnutí z roku 2019 je připomínáno, že při aplikaci veřejného pořádku je potřeba jako vodítka brát v úvahu intenzitu situace k Belgii a závažnost účinků, které by mohly být uznáním vyvolány.

7. Význam pro Českou republiku

České soudy doposud neřešily případy, ve kterých by musely rozhodnout o platnosti či účincích polygammního manželství. To je dáno jak historickými, tak současnými společenskými událostmi. Specifikum Francie spočívá v tom, že dříve kolonizovala africké země, z nichž v některých byla či je povolena polygamie. Vliv na četnost výskytu těchto manželství na území Francie má i geografická vzdálenost mezi Francií a zeměmi severní Afriky (zejména Alžírsko, Maroko či Libye). Uvedené však neznamena, že ani v budoucnu se české orgány nebudou vypořádávat s polygammním manželstvím. To se na našem území může vyskytnout například v souvislosti s migrací muslimů na evropský kontinent.

Rozbor francouzské judikatury může být pro české orgány inspirující, protože analyzované principy jsou poměrně lehce přenositelné i na české poměry. K polygammnímu manželství na území České republiky se doposud jen stručně vyjadřuje především odborná literatura, která v základu shrnuje a potvrzuje zde zmíněná zacházení. Například Rozehnalová v souvislosti s aplikací institutu výhrady veřejného pořádku uvádí, že jinak bude hodnocena otázka vzniku polygammního manželství a jinak dědické či vyživovací nároky vzniklé na základě takového manželství.⁸⁸ Obdobně Kučera uvádí možnost přiznat například dědické nároky manželce z polygammního manželství. Argumentuje tvrdostí a nespravedlivým zacházením s takovou manželkou v případě nepřiznání nároku a nedostatečně intenzivním vztahem případu k tuzemskému území, což je jedna z podmínek aplikace výhrady veřejného pořádku.⁸⁹ O substituci polygammního manželství za monogammní manželství podle českého práva a následné adaptace českých hmotněprávních norem literatura nepíše.

⁸⁷ Rozhodnutí bruselského Tribunal de famille ze dne 24. října 2019. In: *lpr.be* [online]. [cit. 2022-01-25]. Dostupné z: <https://www.ipr.be/sites/default/files/rechtspraak/20194_20191024.pdf>.

⁸⁸ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Institut českého mezinárodního práva soukromého*, s. 180.

⁸⁹ KUČERA, Zdeněk a kol. *Mezinárodní právo soukromé*, s. 194.

Po vzoru francouzských soudů bych doporučil českým orgánům vyhodnotit vždy pečlivě skutkový stav případu a v návaznosti na to rozhodnout. Pokud se v polygamním manželství nachází jen osoby, jejichž osobní statut povoluje polygamií, můžeme nároky polygamních osob přiznat, a to na základě oslabených účinků veřejného pořádku. Typicky v situaci, pokud muž zanechá na území České republiky nemovitý majetek. Nárok na dědění majetku by byl přiznán oběma polygamním manželkám v případě, že manželství byla platně uzavřena v zahraničí bez podvodu. České orgány by měly respektovat práva plynoucí manželkám a neměly by uplatnit výhradu veřejného pořádku v plné své podobě, protože vazba případu k území České republiky není natolik intenzivní.

Jiná situace by nastala, pokud by první žena byla české státní příslušnosti. V takovém případě je vazba na území České republiky intenzivnější. První žena by mohla být diskriminována, pokud by určité nároky (výživné, dědictví či pozůstalostní důchod) měly být rozděleny mezi ni a druhou manželku. Místo celého nároku by dostala určitou část. Současně druhá manželka, jejíž osobní statut povoluje polygamií, by mohla být diskriminována, pokud by neměla dostat nic, protože by legitimně jako manželka očekávala, že nároky jí budou rovněž přiznány. V obecné rovině se lze přiklonit ke dvěma skutečnostem. Zaprvé, pokud druhé manželství není prohlášeno za neplatné, mělo by nějaké účinky vyvolávat – alespoň ty, ze kterých neplyne nevýhoda pro první českou ženu. Zadruhé, měly by být brány v úvahu všechny rozhodné okolnosti případu, kam bych zařadil délku obou manželství, délku trvání stavu bigamie, zda bylo některé manželství rozvedeno, zda první manželka věděla o tom, že muž uzavřel další manželství či zda druhá manželka věděla, že muž má již uzavřeno nějaké manželství, nebo zda osoby pracovaly na území České republiky pro nároky plynoucí ze sociálního zabezpečení.

Rozdíl v přístupu Francie a České republiky může spočívat také v právním základu. Francie má uzavřeny bilaterální smlouvy s některými zeměmi, které povolují polygamií. Tyto smlouvy upravují i rozdělení některých nároků. Pokud neupravují, může princip rozdělení určit soud. Česká republika nemá uzavřeny žádné bilaterální smlouvy, ve kterých by byla stanovena pravidla pro rozdělení nároků plynoucích polygamním manželkám. Nicméně ono pravidlo může soud stanovit právě se zohledněním skutkových okolností každého případu a nároky poměrně rozdělit například podle délky trvání manželství. Připouštím, že tento způsob by mohl vést až k soudcovské libovůli. Nicméně tu je možné minimalizovat, pokud rozdělení bude dané na základě objektivního kritéria podle délky obou (či více) manželství. Soud vezme či vypočítá částku, která má být rozdělena, a tu poměrně manželkám rozdělí. Soudcovská libovůle by mohla nastat při zohledňování dalších rozhodných okolností případu – nicméně to by mohla nastávat soudcovská libovůle při řešení jakéhokoliv sporu, protože každý případ by měl být rozhodován na základě individuálního skutkového stavu případu bez ohledu na to, zda je řešena před soudy polygamie či jakákoliv jiná věc. V případě budoucího četnějšího výskytu české judikatury ohledně polygamie je pak na Nejvyšším soudu ČR, aby případnou judikaturu sjednocoval.

Závěr

Francie má poměrně bohatou zkušenost s výskytem polygamního manželství na svém území. Ačkoliv počet polygamních manželství tvoří zanedbatelnou část populace, před soudy včetně francouzského Kasačního soudu se otázky související s polygamií dostávají docela často. To je dáno zejména historickými okolnostmi v podobě kolonizace části Afriky, kde byla či dodnes je v některých zemích polygamie povolena.

Postoj Kasačního soudu k polygamnímu manželství se v minulosti průběžně vyvíjel. Ralsler uvedl, že rodinné peripetie francouzsko-alžírských párů ve Francii jsou dobrým příkladem různých odstínů mezinárodního práva soukromého jak pro teoretiky, tak praktiky této disciplíny.⁹⁰ Jak dokazuje tento článek, nelze nic jiného než s tímto názorem souhlasit.

Pokud bylo polygamní manželství uzavřeno v zahraničí, nemusí být proti němu vždy uplatněna výhrada veřejného pořádku v plné své podobě, ale v závislosti na skutkovém stavu mohou být uplatněny oslabené účinky veřejného pořádku či veřejný pořádek blízkosti. Oslabené účinky veřejného pořádku soud aplikuje tehdy, pokud polygamní manželství bylo platně uzavřeno v zahraničí bez podvodu a intenzita případu k francouzskému území je slabá. Jedná se o situace, ve kterých polygamní manželství je tvořeno výlučně osobami, jejichž osobní statut povoluje polygamií, a soud rozhoduje například o dědickém nároku v důsledku majetku nacházejícího se na území Francie.

Vazba na francouzské území je silnější, pokud první manželka má francouzskou státní příslušnost. V těchto případech soudy aplikují veřejný pořádek blízkosti. Původně nemohly být přiznány ve Francii ty účinky polygamního manželství, které byly v neprospěch první manželky. Později byl tento přístup zpřísněn, a to tak, že žádné účinky nemohou být přiznány, pokud je první manželka Francouzka. Dalším přístupem bylo (a stále je), že dokud není manželství prohlášeno za neplatné, vyvolává určité účinky. Tento názor byl upřesněn tak, že vybrané účinky mohou být uznány ve Francii i tehdy, pokud je manželství prohlášeno sice za neplatné, ale současně za putativní. Francouzský Kasační soud neřeší jen nároky jako jsou dědictví, pozůstalostní důchod či výživné, ale vyjadřuje se k dalším otázkám souvisejících s polygamií – bydlení ve společné domácnosti, možnosti požádat o rozvod či důsledkům do veřejného práva v podobě práva na pobyt či získání státního občanství.

V jednom případě stojí za povšimnutí, že smysl a účel veřejného pořádku francouzský Kasační soud použil tehdy, když bylo rozhodné právo francouzské, což je pozoruhodná aplikace, neboť veřejný pořádek se aplikuje proti nežádoucím účinkům cizího práva určeného na základě kolizních norem.

Pokud jsou nároky přiznány, musí dojít k adaptaci francouzského hmotného práva, které je jinak určené pro monogamní manželství, tak, aby bylo zachováno právo plynoucí dvěma (či více) manželkám.

Závěrem lze konstatovat, že výše uvedené přístupy je možné aplikovat i před českými orgány. Postoj francouzského Kasačního soudu by měl být inspirující pro soudy jiných zemí, neboť přístup soudu byl formulován celá desetiletí a lze jej považovat za propracovaný. Skutečnost, že se jedná o stále aktuální téma, dokazuje několik rozhodnutí z roku 2021. Lze očekávat, že judikatura bude přibývat i v následujících letech.

⁹⁰ RALSER, Élise. *Jurisprudence – Conflits de lois*, s. 623.

RECENZE

Lacko Miloš. Koordinácia systémov sociálneho zabezpečenia v Európskej únii. Praha: Leges, 2021, 175 s.

Česká republika stejně jako ostatní členské státy Evropské unie a další smluvní státy Evropského hospodářského prostoru (s výjimkou Velké Británie) se účastní unijním právem koordinované aplikace národních předpisů upravujících zajištění pro případ sociálních událostí. Jako je již na první pohled patrné, jedná se o komplikovanou problematiku.

Zakládající smlouvy stanoví pro sociální politiku Evropské unie (pouze) koordináční pravomoc. V důsledku toho existuje v rámci Evropské unie (EU) stále minimálně¹ 28 rozdílných systémů sociální ochrany, které se EU snaží koordinovat. Tato koordinace je ovšem z dlouhodobého hlediska jediným politicky i ekonomicky možným přístupem, který je současně kladem i záparem. Neexistence uceleného systému unijního sociálního práva, tedy pracovního práva a práva sociálního zabezpečení, znamená překážku ve fungování jednotného trhu, současně však vytváří komparativní výhody pro rozdílnost v ochraně i ceně práce v jednotlivých členských státech. Diverzita mezi členskými státy je ovšem potlačována sblížením životních úrovní a produktivity v jednotlivých členských státech, které je doprovázeno sladováním a někdy i unifikací práva v různých členských státech. To je i druhý cíl, který unijní zákonodárce sociální politikou sleduje. Posílením ekonomické spolupráce mezi členskými zeměmi má růst prosperita všech, což následně má posílit jednotu členských států a úsilí na unifikaci jejich právních řádů. Cílem unijní sociální politiky je tak opětovně hledat ekvilibrium možného v zájmu posílení sociálních práv občanů EU při zvyšování produktivity a konkurenceschopnosti vůči ostatním nečlenským zemím. Unijní zákonodárce se přesto snaží z dlouhodobého hlediska dosáhnout více méně unifikované právní úpravy, která jediné může zabezpečit plné uplatnění jednotného trhu i sociálních výdobytků.

Z krátkodobého hlediska ovšem unijnímu zákonodárci nezbyvá než pouze koordinovat systémy, což v řadě případů i dnes vede lokálního zaměstnavatele k odmítnutí přeshraničního zaměstnávání pracovníků právě pro celou řadu praktických problémů, jež unijní právo neřeší, ať již z důvodu nedostatku kompetence, či pro nemožnost účinného řešení na celounijní úrovni. Základním právním předpisem je nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 883/2004 ze dne 29. dubna 2004 o koordinaci systémů sociálního zabezpečení a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 987/2009 ze dne 16. září 2009, kterým se stanoví prováděcí pravidla k nařízení (ES) č. 883/2004 o koordinaci systémů sociálního zabezpečení. Koordinace je postavena na tzv. otevřené metodě koordinace a na základních zásadách, kterými jsou především zásada aplikace jednoho právního řádu (není možná volba práva) a rovnost zacházení mezi migrujícím pracovníkem a pracovníky hostitelského státu. V oblasti sociálního a zdravotního pojištění unijní právo konkrétněji reguluje výši dávek, které náleží migrujícím pracovníkům, jakož i významně limituje členské státy v limitaci nároků na dávky. Pokud se jedná o nepojistné systémy, tam je míra intervence

¹ Je nutno zohlednit, že některé státy jako např. Belgie jsou vnitřně rozděleny i v oblasti sociálního zabezpečení.

unijního zákonodárce menší, neboť v těchto subsystémech práva sociálního zabezpečení jde více o zabezpečení obyvatel, kteří mají intenzivnější kontakt s daným členským státem.

V československém prostoru je zatím poměrně málo odborných publikací srovnatelných s představovanou monografií. Učebnice práva sociálního zabezpečení z důvodu nedostatku časové dotace pro výuku nemohou pochopitelně jít do hloubky koordinace systému sociálního zabezpečení, přičemž odborníci z praxe alespoň zatím neměli dostatek času a prostoru k takto obsáhlému uchopení této problematiky v českém a slovenském jazyce. Odborná monografie *Koordinácia systémov sociálneho zabezpečenia v Európskej únii*, která byla zpracována Milošem Lackem, je proto co do svého obsahu a rozsahu jedinečným literárním počinem v česko-slovenském jazykovém prostoru. Předmětná publikace o celkovém rozsahu 175 stran se podrobně věnuje novým výzvám, s nimiž je na počátku 21. století konfrontována sociální politika Evropské unie, respektive některých vybraných členských států Evropské unie, pokud jde o tzv. otevřenou metodu koordinace.

Autorovi Miloši Lackovi, docentu Právnické fakulty Trnavské Univerzity, se podařilo v předmětné publikaci analyzovat nejen složitý vývoj unijní úpravy (v kapitole 1), ale především předkládá důkladný popis a rozbor platné úpravy otevřené metody koordinace, a to v celé její šíři. Autor tak pojednává nejen o předmětu koordinace (osobním a věcném), platných pravidlech pro určení rozhodného práva, ale především analyzuje dostatečně podrobně praktické situace a problémy, kterým jsou adresáti této úpravy vystaveni, rozhodnou-li se zaměstnat cizího státního příslušníka, který spadá do působnosti této unijní úpravy. Z celé řady aplikačních problémů je možno vyzdvihnout praktické a efektní řešení nabídnuté autorem pro případy tzv. překvapivého neoznámení souběžné výdělečné činnosti ve více členských státech EU. Spolu s autorem si lze povzdechnout, že ač je ochrana před hmotnou nouzí národní kompetencí, její existence (na rozdíl od neexistující unijní mzdové politiky) téměř ve všech členských státech ovšem činí koordinaci na unijní úrovni nezbytnou. Přesto opakované snahy EU s vytvořením unijní dávky i v této oblasti zatím selhávají.

I tak, jak autor správně uzavírá, je rozsah pokrytí sociálních rizik garantován unijním primárním a sekundárním právem v souladu s mezinárodně akceptovaným obsahem pojmu sociální zabezpečení v tzv. minimální normě (Úmluva MOP č. 102). EU se tak hlásí k sociální bezpečnosti v duchu západoevropského modelu sociálního státu, což ovšem právě ve střední a východní Evropě naráží na četná úskalí. Skutečný přínos a nezastupitelná role EU je v koordinaci národních systémů sociální ochrany, neboť tyto systémy obvykle neumožňují účastníkům řešit pozitivní či negativní konflikty vznikající v souvislosti s ekonomickou a jinou migrací mezi členskými státy. Základem unijního přístupu je netolerance členských států vůči neohlášeným migrantům. Až na naprosté výjimky členské státy neposkytují dávky a služby sociálního zabezpečení osobám, které se dostaly na jejich území protiprávním jednáním. Občané EU a osoby, které vstoupí na území EU oprávněně, mohou využít výhod sociální unie, kde jednotlivé národní systémy sociálního zabezpečení jsou koordinovány na základě společných principů a beneficiářům je umožněno, aby absence sociální ochrany spojená s opuštěním domovského státu byla minimalizována či úplně odstraněna.

Koordinace je postavena na tzv. otevřené metodě koordinace a na základních zásadách, kterými jsou především zásada aplikace jednoho právního řádu (není možná volba práva) a rovnost zacházení mezi migrujícím pracovníkem a pracovníky hostitelského státu. Pokud se jedná o nepojistné systémy, tam je míra intervence unijního zákonodárce

menší, neboť v těchto subsystémech práva sociálního zabezpečení jde více o zabezpečení obyvatel, kteří mají intenzivnější kontakt s daným členským státem.

Nelze zapřít, že autor je nejen zkušeným teoretikem, který již vychoval doslova generaci právníků na Slovensku, ale je též praktikem, který se zabývá aplikací unijní úpravy jak v rámci slovenského nositele pojištění, tak u jednotlivých případů, které se k němu dostanou jako advokátovi. Rozsah analyzovaných problémů umožňuje rovněž čtenáři vyhlédnout do „národních“ problémů řady států ve střední a východní Evropě.

Těžiště předložené publikace spočívá v hledání ospravedlnitelných limitů modernizace otevřené metody koordinace. Modernizací je přitom nutno rozumět všeobecné volání po snížení rigidity koordinačních norem, které nedostatečně reagují na pandemii covidu-19 nemožností řešit určení rozhodného práva volbou. V předmětné publikaci je obsažen popis a hodnocení „slovenské“ cesty vedoucí k liberalizaci unijního sociálního práva. Podnětné jsou rovněž doporučení autora k řešení současné složité situace, v níž se zaměstnavatelé nejen na Slovensku nachází, zahájí-li s nimi doměřovací řízení cizí nositel pojištění. Pro nejednoho čtenáře může být překvapením, že za zde analyzovaných podmínek může, či dokonce musí domácí kompetentní instituce přistoupit k exekuci cizozemského rozhodnutí. Předmětná kniha je tak zejména obohacením pro ty zaměstnavatele usídlené v České republice, kteří využívají zaměstnance na Slovensku, a u nichž tak bude přicházet v úvahu příslušnost ke slovenskému sociálnímu zabezpečení. Zaměstnavatelé by neměli opomenout praxi nejen slovenských orgánů, kdy se zjištěné nedoplatky na pojistném doměřují zpětně i za více než 10 let. Autor se poměrně obsáhle věnuje též soudobé snaze některých orgánů skrze v hostitelském státě vedené trestní řízení (příkladem může být Belgie) přesvědčit kompetentní instituci ve státě, který vystavil potvrzení A1 o příslušnosti k právním předpisům daného státu, aby toto potvrzení kompetentní instituce zrušila. K této velmi diskutabilní praxi zaujímá autor jednoznačné stanovisko a v této souvislosti činí podnětná doporučení, která obvykle napomůžou limitovat související právní riziko (s. 90 a násl. předmětné publikace).

Autor se rovněž dostatečně vypořádává s existencí praxe, kdy se některé hostitelské státy (např. Rakousko) snaží postihovat poživatelé rodinných dávek, kteří tyto dávky čerpají, současně však nežijí v hostitelském státě. Hostitelské státy tuto praxi vnímají negativně (považují ji za příklad nešvaru v podobě sociální turistiky) a snaží se dlouhodobě vytvořit dostatečný právní základ pro odlišnou a relativně restriktivní politiku vůči těmto poživatelům dávek. Pro českého zákonodárce a pro kompetentní instituci by mohl být podnětný též přístup slovenských kompetentních orgánů v toto kontextu, kdy lze i na Slovensku rozeznat jisté antipatie mezi různými národnostními menšinami, na což se aplikační orgány v rámci přiznávaných dávek ze systému sociálního zabezpečení rovněž snaží adekvátním způsobem reagovat. Autor tento přístup nejen mapuje, ale dochází na základě dostatečné analýzy relevantních postupů kompetentních institucí k formulaci podnětných námětů *de lege ferenda* na straně 100 a násl. předmětné publikace. Tyto závěry jsou v zakončení odborné publikace doplněny o teoretické úvahy k funkčnosti unijního modelu sociálního státu, které jsou velmi inspirativní a vystihují současnou „skoro“ krizi, v níž se evropský sociální model kvůli pandemii covidu-19 a následně vojenské konfrontaci na Ukrajině ocitl. Autor nejen trefně pojmenovává problém a klade vážné otázky k jeho budoucnosti, ale též na tyto otázky odpovídá (v části označené Shrnutí).

Je pochopitelné, že autor v celé publikaci provádí vedle analýzy právní úpravy též řetězi relevantní judikatury, zejména SDEU, a doporučení správní komise pro koordinaci systémů sociálního zabezpečení. Tato rozhodnutí nepřejímá paušálně, ale po důkladném

uvážení a s potřebným komentářem, jenž čtenáři napomáhá se ve složité právní situaci dostatečně zorientovat. Text je navíc z hlediska grafické práce uvážlivě strukturován a klíčové pasáže jsou vždy tučně zvýrazněny. Autor se při tvorbě předmětné publikace inspiroval relevantními primárními zdroji dostupnými zejména v německé právní doktríně, cituje však též odbornou literaturu českou a slovenskou.

Publikace *Koordinácia systémov sociálneho zabezpečenia v Európskej únii* je bohužel nedostupná u normálních prodejců z důvodu záměrné limitace distribuce na českou a slovenskou akademickou obec. I já sám jsem se tak k ní dostal pod rukou. Důvodem je to, že publikace vznikla v rámci aplikovaného vědeckého výzkumu a poskytovatel dotace nedovolil komerční distribuci v největších knihkupectvích. Nad tímto bohužel častým nešvarem si lze jen povzdechnout, neboť předmětná publikace představuje pozoruhodný počín vědy slovenského sociálního práva umožňující se poučit z řešení podobných problémů v jiných členských státech Evropské unie, a proto by měla být k dispozici odborné veřejnosti v dostatečném počtu výtisků. Jedinou výtku k obsahu knihy představuje uživatelsky nevstřícný rejstřík, který neumožňuje dostatečně rychle dohledat potřebné praktické dílčí informace. Bez zřetele na slabší redakční práci v tomto ohledu je nutno závěrem podotknout, že tato publikace by rozhodně neměla uniknout pozornosti všech odborníků věnujících se teoreticky i prakticky sociálnímu unijnímu právu a jako takovou ji lze jen doporučit ke hlubšímu studiu.

Martin Štefko*

* Doc. JUDr. Martin Štefko, Ph.D., DSc. Autor působí na katedře pracovního práva a práva sociálního zabezpečení Právnické fakulty Univerzity Karlovy a je advokátem v Kocián Šolc Balaščík advokátní kanceláři, s. r. o. E-mail: stefkom@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1060-6682>.

Knowledge in the Civil Law

Luboš Brim (<https://orcid.org/0000-0001-8441-1824>)

Abstract: Knowledge is an important juridical fact of civil law. In this article, I analyse some general issues associated with the role of knowledge in the civil law, especially in the Civil Code. Firstly, I introduce basic definition of the concept of knowledge; however, I also argue that the purpose of individual norms that tie legal consequences to knowledge (knowledge norms) can require different interpretation of this concept. Substantial differences in the understanding of the concept of knowledge usually cannot be inferred from differences in wording of various provisions of the Civil Code, as these dissimilarities result predominantly from attempted stylistic variation. Exception to this is the key dichotomy between positive (real) and normative (legally construed) knowledge which is consistently reflected in the text of the Civil Code. As a result of the anchoring of the general rule in § 4 subs. 2 CC, stating that knowledge should be assessed objectively, norms based on normative knowledge outnumber norms based on real knowledge in the Czech law. Nevertheless, the purpose of a particular knowledge norm can justify disapplication of § 4 subs. 2 CC and strict association of legal consequences with positive knowledge. The article further deals with specific evidential problems arising from the necessity to produce proof of positive knowledge, with relevance of loss of knowledge (forgetting) and with the proposition that knowledge of a certain fact could be equated with the possession of the source of information concerning the fact in question.

Keywords: positive knowledge, normative knowledge, proof of knowledge, forgetting, stored information

The Right of Resistance in the Context of a Democratic Rechtsstaat

Lukáš Kollert (<https://orcid.org/0000-0002-7135-0353>)

Abstract: The following paper focuses on the right of resistance, which is next to the state of exception one of the main exceptional legal instruments designed for resolving crises. It differs from a state of exception in particular in that it may not be invoked by public authorities in a democratic Rechtsstaat, but only by citizens as subjects to its authority. Given the existing regulation in the Czech Republic and our historical experience, the right of resistance may seem quite natural a legal institute. However, its regulation is actually quite rare in the European context and a number of prominent legal theorists expressed strong reservations about it or even rejected it outright. In this paper, I make a distinction between the right of resistance, right of revolution and civil disobedience. Subsequently, I present four basic types of arguments raised against the right of resistance, namely arguments from i) contradiction, ii) anarchy and regression, iii) redundancy, iv) “absorption”. After assessing them, I offer in conclusion of this paper answer to the question of whether the right of resistance has its place in a democratic Rechtsstaat. One of the starting points for my analysis is the distinction between *pouvoir constituant* and *pouvoir constitué* put forward by Sieyès.

Keywords: right of resistance, right of revolution, resistance, revolution, civil disobedience, democratic Rechtsstaat, constituent power, constituted power

In Search of a Regional Competition Law Model for the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)

Barbara Dufková (<https://orcid.org/0000-0001-5807-5783>)

Abstract: The article considers the question of what model of regional competition law the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) should choose as a part of its economic integration and single market building. Current regional initiatives rely on a cooperation regime subsisting particularly in the development of strategic plans and non-binding guidelines. However, critics point out that a deeper integration cannot be achieved without a single competition regime, similar to that of the European Union (EU), at a regional level. The article considers that the creation of a supranational legal regime similar to that of the EU is not appropriate for ASEAN, given differences in their institutional and operational conditions. The paper considers

potential alternative models, i.e., models based on harmonization, or on cooperation and concludes that ASEAN should choose its own, sui generis approach. It could rely mainly on the tools of the so-called negative integration, i.e., removing barriers to market access within ASEAN and ensuring a level playing field in this market, supplemented by possible positive integration in selected areas where it proves necessary in the future. The article concludes that the current model based on cooperation and prospective harmonization allows such integration and therefore seems more appropriate than the supranational model applied in the EU.

Keywords: EU, ASEAN, competition law, economic integration

The International Delimitation of Maritime Zones (1969–2009)

Viktor Vaculčík (<https://orcid.org/0000-0003-2284-5904>)

Abstract: This article explores the development of maritime delimitation between the breakthrough decisions of the International Court of the Justice in the North Sea Continental Shelf cases (1969) and the Maritime Delimitation in the Black Sea (2009). Being based on the Art.6 of the Geneva Convention on the Continental Shelf (1958), the international jurisprudence rather quickly developed its own methodology which has made a long way from the simple assumption that the final delimitation must be always the equidistance line. On the other hand, whilst the equidistance line disappeared from the wording of the delimitation clauses incorporated in the later United Nations Convention on the Law of the Sea (1982), the delimitation line of the equidistance line survived in the later jurisprudence, being the starting point for all delimitations without limiting the international courts of a relevant adjustment because of the particular characteristics of every single case. The adoption of equitableness in the methodology of maritime delimitation seemed to be a perspective step forward in the late 1960's. However, this progressive development went probably too fast to enable a full apprehension of the various possibilities of this new approach and came with its limitless application of equity into a dead-end in the decisions of the early 1980's. Gradually, the later international jurisprudence in maritime delimitation has become more structured, respecting more the natural characteristics of each particular case. Finally, a structured framework of a methodological system appeared in the early years of the 21st century, enabling the courts a more common approach, whilst modifying the delimitation system regarding the particularities of each individual maritime delimitation case.

Keywords: delimitation, equidistance line, relevant circumstances, disproportionality, equitable result

Analysis of the French Approach to Polygamous Marriage as an Islamic Family Law Institute

Radovan Malachta (<https://orcid.org/0000-0001-8428-2946>)

Abstract: The number of persons who come from countries influenced by the Islamic religion is increasing in Europe for various grounds. As a result of this, Islamic institutes that are forbidden or unknown to the European legal systems, such as polygamous marriage, may be present in European states. The practical experience of each state with polygamy varies. One of the states that has such experience is France. The paper analyses the French approach based on pivotal case law and literature to polygamous marriage from the 1950s to the present. The article focuses on the recognition of the effects of a polygamous marriage validly concluded abroad, such as the right to maintenance, inheritance or pension, with respect to any possible conflict with French international public policy. The article further deals with the adaptation of French substantive law, which is determined for monogamous marriage, to polygamous marriage. In the final chapters, there is introduced the approach of another francophone country (Belgium) and the possible relevance for the Czech Republic.

Keywords: polygamy, France, international public policy, ordre public exception, adaptation