

STATI

Úvod do problematiky vyrovnání újmy prospěchem (compensatio lucri cum damno)

Ivo Smrž* – Tomáš Doležal**

Abstrakt: Škodní událost nemusí pro poškozeného vždy znamenat toliko ztrátu (újmu), nýbrž na jeho straně může současně dojít ke vzniku výhody, kupř. zvětšení majetku. Vzniklé výhody mohou dokonce převyšovat i výši způsobené újmy. Otázkou pak je, zda vůbec a v jakém rozsahu lze takové výhody oproti způsobené újmě zohlednit. Touto problematikou se zabývá tzv. teorie vyrovnání újmy prospěchem (lat. *compensatio lucri cum damno*), která je předmětem článku. Pozornost ovšem není zaměřena komplexně na celou šíři této problematiky, cílem je teorii představit v obecných rysech. Nejprve bude v základu nastíněn předmět problematiky teorie vyrovnání újmy prospěchem, včetně jejího systematického zařazení do civilního deliktního práva. Následovat bude představení jejího vývoje, doktrinárních názorů a judikatorních východisek, zákonná pravidla nevyjímaje. V rámci výkladu bude rovněž pojednáno o kritériích, podle kterých se případy vyrovnání újmy prospěchem posuzují, včetně jejich zařazování do skupin (Fallgruppen). V široké míře bude v rámci článku pracováno se zahraničními zdroji (Německo, Rakousko, Velká Británie), jelikož česká doktrína i judikatura není v porovnání s nimi tak obsáhlá a komplexní.

Klíčová slova: vyrovnání újmy prospěchem, výhody, škoda, náhrada škody

Úvodní výklady – pojem a předmět teorie vyrovnání újmy prospěchem

Problematika vyrovnání újmy prospěchem představuje v teorii i praxi civilního deliktního práva jednu z klíčových otázek, která má významné dopady pro chápání celého systému náhrady škody. O tom svědčí například velké množství zdrojů dostupných pro německé,¹ rakouské² či americké právo.³

Pozornost české doktríny a ostatně i judikatury je z koncepčního hlediska oproti uvedeným zahraničním prvním řádům o poznání menší, a to i přesto, že se jedná o oblast nejen s výrazným teoretickým, ale i praktickým potenciálem. Zmiňme v této souvislosti slova Lewise,⁴ že zde nejde pouze o nalezení odpovědi na otázku „zda nahradit“, nýbrž „kolik nahradit“. Z domácích zdrojů lze nicméně zmínit starší práci Lubyho a jeho pasáž

* JUDr. Ivo Smrž, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v.v.i. / Institute of State and Law of the Czech Academy of Sciences, Czech Republic. E-mail: ivo.smrz@ilaw.cas.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0884-094X>. Tento článek byl vypracován s podporou GA ČR v rámci grantového projektu 20-27258S.

** Doc. JUDr. Tomáš Doležal, Ph.D., LL.M., Ústav státu a práva AV ČR, v.v.i. / Institute of State and Law of the Czech Academy of Sciences, Czech Republic. E-mail: tomas.dolezal@ilaw.cas.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2545-4549>. Research ID: 57223291718. Tento článek byl vypracován s podporou GA ČR v rámci grantového projektu 20-27258S.

1 Pro přehled zdrojů viz LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*. 3. neubearbeitete Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, s. 486.

2 Viz KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*. Wien: MANZ, 1997, s. 326.

3 Restatement of torts, Restatement of the Law, Second, Torts § 920.

4 LEWIS, R. *Deducting Benefits from Damages for Personal Injury*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. vii.

v monografii *Prevenca a zodpovednosť v občianskom práve*.⁵ Z aktuální doktríny pak podkapitolu Melzera⁶ v komentáři k občanskému zákoníku,⁷ z níž je zřejmá silná inspirace zejména rakouskou doktrínou (Koziol).

V zahraničí bývá tato problematika souhrnně označována latinským výrazem *compensatio lucri cum damno*,⁸ tedy vyrovnání prospěchu a škody. V německy hovořících zemích se užívá termínů *Vorteilsausgleichung*⁹ či *Vorteilsanrechnung*,¹⁰ což značí vyrovnání, respektive započtení prospěchu. V anglickém právu jde mj. o problematiku tzv. *collateral benefits*,¹¹ vyjadřující existenci výhod vedle způsobené škody, zejména vzniklých plněním třetích osob (donace, pojistná plnění). V České republice se používá např. termínu *vyrovnání újmy prospěchem*, ale s ohledem na relativně nízkou frekvenci používání tohoto institutu se nedá hovořit o zavedené terminologii. Melzer¹² považuje za nejvýstižnější užívat termín *započítání prospěchu*, jelikož v tom podle jeho soudu tkví podstata této problematiky.¹³

Oč v rámci vyrovnání újmy prospěchem v jádru jde? Obecně řečeno, v případě vyrovnání újmy prospěchem se jedná o situace, v nichž událost vyvolávající povinnost k náhradě újmy nezpůsobí toliko újmu, nýbrž dá současně vzniknout určitému prospěchu (výhodě, užitku) na straně poškozeného.¹⁴ Ze starší doktríny lze uvést vymezení Oertmannovo¹⁵ jako oprávnění škůdce započíst za určitých předpokladů prospěch, který získal pro poškozeného, proti újmě, již má nahradit. Podle Grüneberga¹⁶ jde o otázku, zda na nárok na náhradu škody započítat výhody, které vzniknou při škodní události spolu s újmou. Podobnost s Oertmannem je patrná. Švýcarská doktrína reprezentovaná Kuhnem¹⁷ spatřuje jádro této problematiky v zodpovězení otázky, zda má být v rámci posuzování povinnosti k náhradě škody vzata v potaz výhoda, která vznikla stejnou škodní událostí jako nevýhoda (škoda). Melzer¹⁸ v této souvislosti uvádí, zda a do jaké míry má být prospěch vzniklý ze škodní události započítán na vzniklou škodu.

Klíčová otázka, se kterou se tato oblast práva vypořádává, tedy zní, zda je přípustné a obecně vůbec vhodné prospěch nabytý v důsledku téže škodní události při stanovení výše újmy zohlednit. Jinak řečeno, zda je zapotřebí nabytý prospěch odečíst od náhrady

⁵ LUBY, Š. *Prevenca a zodpovednosť v občianskom práve*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1958, s. 353–357.

⁶ MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*. Praha: Leges, 2018, s. 943 an.

⁷ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen jako „o. z.“ nebo „občanský zákoník“.

⁸ Viz např. MUGDAN, B. *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band*. Berlin: R.v. Decker's Verlag, 1899, s. 10. Či EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European tort law, text and commentary*. Wien: Springer, 2005, s. 156.

⁹ Z rakouské doktríny viz KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, s. 326 an. Z německé LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 486 an.

¹⁰ ERM, D. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013, s. 179.

¹¹ Viz *The Law on Damages, Consultation Paper*, CP 9/07, 04/05/2007, s. 44 an.

¹² MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*, s. 943.

¹³ Podle našeho názoru je vhodnější užívat termín *vyrovnání újmy prospěchem*, jelikož *započítání*, respektive započtení indikuje majetkovou povahu výhod a nevýhod, čemuž tak vždy nemusí být, viz podkapitola 4.3.

¹⁴ Viz LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 486.

¹⁵ OERTMANN, P. *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Rechte*. Reprint 2018 (1. April 1901). Berlin: De Gruyter, 2018, s. 12.

¹⁶ PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78. neubearbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 2019, s. 297.

¹⁷ KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*. Bern – Stuttgart: Paul Haupt Bern und Stuttgart, 1987, s. 1.

¹⁸ MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek IX. § 2894–3081*, s. 943.

újmou, či poškozenému přiznat nejen náhradu újmy, ale také mu ponechat nabytý prospěch. A to primárně z důvodu respektování základních funkcí civilního deliktního práva, aby škůdce nenahradil méně, než kolik činí jím skutečně způsobená újma, a současně aby poškozený nebyl skrze poskytnutou náhradu a prospěch bezdůvodně obohacen. Nespravedlivé zvýhodnění škůdce potírající preventivní působení civilního deliktního práva nevyjímaje.

Pro ilustraci šíře a pestrosti této problematiky uvedme několik názorných příkladů, *exempla trahunt*.

První, žokej nadměrně přetížil při závodu koně, a to i přes výslovný zákaz vlastníka. Díky tomu žokej v závodu zvítězil a pro vlastníka vyhrál peněžitou cenu. Bohužel, závodní kůň přepětí sil nezvládl a zemřel.¹⁹

Druhý příklad souvisí s ublížením na zdraví a následnou povinností k náhradě jak nemajetkové, tak i majetkové újmy. „Paletu“ nároků poškozeného v takovém případě obsahuje ustanovení § 2958 a násl. občanského zákoníku. Škůdce ublížil poškozenému na zdraví takovým způsobem, že zdravotní stav poškozeného vyžadoval dvoutýdenní hospitalizaci, nicméně bez trvalých následků. Poškozenému může v této souvislosti náležet náhrada za vytrpěné bolesti (bolestné), náhrada nákladů vynaložených na jeho léčbu (nehrazených z veřejného zdravotního pojištění), nákladů na péči o jeho domácnost či náhrada za ztrátu na výdělků. Současně ale poškozený škodní událostí také určitý majetkový prospěch nabyt. Obdržel dávku nemocenského pojištění vyplácenou z důvodu dočasné pracovní neschopnosti, ušetřil náklady spojené se svou domácností, rovněž mu bylo vyplaceno pojistné plnění z úrazového pojištění a pojištění pro případ nemoci a od svých přátel obdržel peněžité prostředky pro snazší překonání nelehké situace.

Poslední příklad souvisí s usmrcením člověka a vychází z rozhodovací praxe německého Spolkového soudu (BGH).²⁰ V důsledku dopravní nehody zaviněné škůdcem došlo u poškozeného k výpadku příjmů ze zaměstnání, který jako škodu po škůdci také vymáhal. Škůdce namítl, že v důsledku dopravní nehody současně zemřel bratr poškozeného, což znamená, že poškozený bude po svých rodičích dědit jako jediný. Prospěch, který měl být k námitce škůdce odečten od výše náhrady za ztrátu na výdělků, se měl rovnat zvýšené hodnotě nabytého dědictví.

Jak ukazují příklady, množství vzniklých výhod může být vskutku široké a jejich charakter různorodý. Na základě jakých kritérií posoudit, zda se mají výhody na straně poškozeného promítnout do právního poměru se škůdcem? Při pohledu do občanského zákoníku zjistíme, že pravidlo pro univerzální posouzení všech uvedených příkladů neexistuje. Pro určité typy výhod nicméně zákon explicitní nebo implicitní pravidla obsahuje. Vráťme-li se k druhému příkladu, je zřejmé, že dávka nemocenského pojištění (nemocenské) povinnost škůdce k náhradě škody spočívající ve ztrátě na výdělků po dobu pracovní neschopnosti snižuje, viz explicitně ustanovení § 2962 odst. 1 o. z., podle kterého se předmětná škoda vypočte jako rozdíl mezi průměrným výdělkem poškozeného před vznikem újmy a náhradou toho, co poškozenému bylo vyplaceno v důsledku nemoci či úrazu podle jiného právního předpisu. V případě výhody v podobě pojistného plnění vypláceného ze škodového pojištění viz ustanovení § 2820 odst. 1 občanského zákoníku a tam zakotvenou zákonnou cesi – přechod práva na náhradu újmy z poškozeného na pojistitele.

¹⁹ Jde o typický učebnicový příklad, viz např. WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*. Wien: MANZ, 2015, s. 399.

²⁰ BGH VI ZR 180/73 ze dne 16. 12. 1975, dostupné z: <<https://dejure.org/>>.

Co se týče ostatních zmíněných výhod (peněžitá cena, ušetřené náklady, dary, dědictví), zákon patrnou odpověď nedává. Poukazem na smysl pro spravedlnost (*Rechtsgefühl*) a funkce civilního deliktčního práva (kompenzace, satisfakce, prevence, ochrana)²¹ lze odmítnout aplikaci argumentu *a contrario* spočívajícího v pominutí zohlednění těchto výhod při stanovení výše náhrady škody z důvodu, že zákon jejich zohlednění jednoduše nenařizuje.

Ani pohled do zahraničních právních řádů nebude odlišný. Například německý zákonodárce si byl při tvorbě občanského zákoníku²² nemožnosti regulace této problematiky univerzálním zákonným ustanovením vědom, v důvodové zprávě (materiálech) k BGB proto uvádí, že její řešení je nutné ponechat doktríně a rozhodovací praxi soudů, které mohou adekvátně reagovat na konkrétní okolnosti jednotlivých případů. Zda je přípustné vyvážit újmu určitým prospěchem nelze uspokojivě řešit univerzálně, jelikož takové posouzení vyžaduje zohlednění komplexu pravidel, zejména toho, co je třeba rozumět újmou v daném konkrétním případě.²³

Inherentní této problematice je její závislost na hodnotovém úsudku (*wertende Betrachtung, value judgment*). I z tohoto důvodu Thüsing²⁴ uvedl svoji rozsahem i obsahem působivou monografii titulem *Wertende Schadensberechnung*. Jak bude popsáno dále, při řešení jednotlivých případů je třeba vzít v potaz například funkce civilního deliktčního práva, pravidla způsobu výpočtu výše nahrazované újmy, přiměřenost, spravedlnost náhrady atd. Trefně shrnuje Schiemann,²⁵ že vyrovnání újmy prospěchem je branou pro užití hodnot v jinak čistě početním a technicky chápaném právu náhrady újmy. Nejde koneckonců o nic jiného než o spravedlivé vyvážení navzájem protichůdných zájmů škůdce a poškozeného.

1. Doktrinární a judikatorní východiska teorie vyrovnání újmy prospěchem

Problematika vyrovnání újmy prospěchem náleží do komplexu civilního deliktčního práva, jehož primárním cílem je kompenzace (jak mimo jiné v českém právu plyne z interlineární rubriky části čtvrté, prvního dílu třetí hlavy občanského zákoníku, nazvané *Náhrada majetkové a nemajetkové újmy*). Ústředním úkolem civilního deliktčního práva je tedy vyrovnat způsobenou újmu, jinými slovy poskytnout poškozenému plnou náhradu újmy.²⁶ Na tento úkol je možné se podívat i z opačné strany. Poškozenému je třeba sice nahradit veškerou újmu, nikoliv však více. Poškozený nesmí být poskytnutou náhradou bezdůvodně obohacen. Rakouská doktrína tuto skutečnost vyjadřuje termínem *Gewinnabwehr*, značící obecnou nutnost odčítat od náhrady újmy získaný prospěch.²⁷ Nadto, poenální funkci civilního deliktčního práva spočívající v soukromoprávním potrestání

²¹ Viz KOZIOL, H. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 75 an.

²² Dále jen „BGB“.

²³ MUGDAN, B. *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band*, s. 10.

²⁴ THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*. München: C. H. Beck, 2001.

²⁵ SCHIEMANN, G. *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts*, München: C. H. Beck, 1981, s. 122.

²⁶ Viz např. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European tort law, text and commentary*. Wien: Springer, 2005, s. 156. Či WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, s. 399.

²⁷ Viz např. KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*, s. 327.

škůdce za způsobení újmy kontinentální právní řády (včetně českého²⁸) zapovídají,²⁹ poskytovanou náhradu nelze navyšovat pomocí represivního (trestního) prvku (*duplum, triplum...*).³⁰

Ke shodnému závěru dospívají i autoři PETL,³¹ kteří z těchto pravidel odvozují výchozí princip problematiky vyrovnání újmy prospěchem, a to zásadní započitatelnost prospěchu oproti způsobené újmě, odpovídá-li účelu tohoto kterého typu prospěchu, viz článek 10:103 PETL: „*When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.*“³²

S tím koresponduje i tzv. subjektivně-konkrétní metoda výpočtu výše způsobené škody.³³ Výši škody zjišťujeme za pomoci tzv. diferenční hypotézy, již mj. formuloval Mommsen na základě obou výše uvedených pravidel vycházejících z funkcí civilního deliktního práva (plná náhrada bez obohacení) a kterou někteří autoři dodnes považují za metodu vůdčí a nepostradatelnou.³⁴ Škodu určíme jako rozdíl mezi výší hypotetického stavu jmění poškozeného při odmyšlení škodní události a reálného stavu jmění poškozeného po škodní události.³⁵ Někteří autoři lakonicky uvádí, že jde o tzv. *Vermögenssaldo* (saldo jmění).³⁶

Ilustrujme dopady této hypotézy na prvním příkladu žokeje, který přetížil závodního koně (viz úvod). Podle diferenční metody by bylo třeba zjistit výši způsobené škody tak, že od hodnoty usmrceného závodního koně odečteme finanční obnos, který vlastník koně za vítězství obdržel. V jeho jmění se sice negativně projevila „ztráta“ koně, pozitivně ale peněžitá výhra. Celková výše škody je tedy saldem obou hodnot.

Z toho lze jednoznačně vyvodit i případné výchozí pravidlo pro teorii vyrovnání újmy prospěchem, tedy že je třeba při určování výše škody v zásadě zohledňovat veškerý prospěch nabytý poškozeným v důsledku škodní události.

Naproti tomu při aplikaci druhého obecně užívaného pravidla pro určení výše škody dospějeme k závěru opačnému. Objektivně-abstraktní metoda se totiž zaměřuje pouze na obvyklou hodnotu zasaženého právního statku, přičemž souhrn jmění poškozeného jako celek pomíjí. Škodu představuje snížení hodnoty zasaženého právního statku škodní událostí.³⁷ Pro problematiku vyrovnání újmy prospěchem by aplikace této metody znamenala obecnou nepřipustnost zohledňování výhod oproti způsobené škodě. Znázorněno na případu vyčerpaného závodního koně, vlastník koně by na náhradě škody obdržel obvyklou hodnotu koně neponiženou o prospěch v podobě peněžité výhry, jelikož

²⁸ Z aktuální české rozhodovací praxe soudů viz rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 27/2020 ze dne 15. 12. 2020.

²⁹ Viz např. KOZIOL, H. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 75 an.

³⁰ Ve výjimečných případech lze uvažovat o navýšení náhrady pomocí punitivních prvků, nicméně tím nedochází k nabourávání obecné kompenzační funkce.

³¹ Principy evropského deliktního práva. Dostupné zde: <<http://www.egt.org/PETLCzech.html>>.

³² „Je-li určována výše náhrady škody, musí být uvážěn prospěch, který poškozený získal škodnou událostí, ledaže je tato neslučitelná s výhodou.“ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European tort law, text and commentary*. Wien: Springer, 2005, s. 156.

³³ Pro její užití v českém právu viz MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář*. Svazek IX. § 2894–3081, s. 904.

³⁴ KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*, s. 8 an.

³⁵ Viz např. WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, s. 392 a 399.

³⁶ Viz např. LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 486.

³⁷ WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, s. 399.

zasaženým právním statkem bylo vlastnické právo ke koni a nikoliv jmění vlastníka koně jako celek.

Porovnáme-li důsledky obou metod pro zjištění výše způsobené škody ve vztahu k teorii vyrovnání újmy prospěchem, nedospějeme k uspokojivému závěru. Přípustnost zohlednění určité výhody při určování výše škody by závisela toliko na zvolené metodě (subjektivně konkrétní, respektive objektivně abstraktní), což lze sotva považovat za spravedlivé, respektive takový přístup za naplňující kautelu rovnosti. Vrátime-li se zpět k příkladu z dostihové oblasti, v obou případech má přeci vlastník stejnou možnost s výhodou disponovat (užít ji),³⁸ z jakého důvodu ji podle první metody při určení výše škody zohlednit a podle druhé nikoliv?

Shodné by platilo například i u druhého případu a u výhody v podobě daru (peněžitých prostředků), jehož účelem bylo snazší překonání traumatu způsobeného poškozenému ublížením na zdraví, a to například ve vztahu ke ztrátě na výděлку. Podle subjektivně-konkrétní metody určení výše škody by se výhoda zohlednila a vyšší nahrazované ztráty na výděлку snížila, jelikož se jedná o „kladnou položku“ ve jmění poškozeného, která vznikla primárně z důvodu existence škodní události. Takový závěr se nepříčí pouze zjevnému účelu, pro který byl dar poškozenému poskytnut,³⁹ ale také preventivní funkci civilního deliktního práva,⁴⁰ jejímž cílem je odrazovat škůdce od negativního působení na právem chráněné statky. Na druhé straně, při užití objektivně-abstraktní metody bychom museli dar pominout, jelikož zasaženým právním statkem byl jen a pouze výdělek poškozeného. Opět, je zřejmé, že determinantem přípustnosti zohlednění prospěchu nemůže být izolovaně ani jedna z uvedených metod zjišťování výše škody, jelikož bychom dospívali k právem nepřijatelným závěrům a nespravedlivým důsledkům.

Případy vyrovnání újmy prospěchem je tedy třeba posuzovat na základě dalších kritérií. Nelze postupovat čistě „mechanicky“ a výhody jednoduše podle diferenční metody zohledňovat nebo naopak podle objektivně-abstraktní metody odmítat. Rakouská i německá doktrína obecně uznává, že problematika vyrovnání újmy prospěchem je problematikou hodnotovou, tedy že přípustnost zohlednění výhod předně závisí na hodnotovém úsudku (*wertende Betrachtung*),⁴¹ k tomu srov. přístup Thüssinga, jenž tuto problematiku souhrnně označil termínem *Wertende Schadensberechnung*.⁴² Někteří autoři v této souvislosti uvádí, že jde o tzv. *verhinderter Vorteilsausgleich* (omezené vyrovnání výhod), a to podle hodnotových úvah.⁴³ Návnazně na Mommsenovu diferenční hypotézu a subjektivně-konkrétní metodu zjišťování výše škody se jedná o snahu omezení zohledňování veškerého prospěchu oproti újmě.⁴⁴

Podle jakých kritérií tedy případy vyrovnání újmy prospěchem řešit? Německá doktrína i judikatorní praxe se touto otázkou intenzivně zabývaly od přelomu 19. a 20. století,

³⁸ WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, s. 399.

³⁹ K tomu srov. explicitní poukaz na účel výhody v článku 10:103 PETL.

⁴⁰ Viz KOZIOL, H. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 75 an.

⁴¹ Viz např. LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 487. Či PLETZER, R. *Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld?* *Juristische Blätter*. 2007, Vol. 129, No. 7, s. 412.

⁴² THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*.

⁴³ Viz např. WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, s. 400.

⁴⁴ KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*, s. 10.

a to v souvislosti s přijetím BGB. Materiály k BGB totiž poukazují na skutečnost, že řešení problematiky vyrovnání újmy prospěchem je nutné s ohledem na konkrétní okolnosti jednotlivých případů ponechat doktríně a judikatuře. Mimo jiné jde při jejím posuzování o zohlednění komplexu pravidel, zejména toho, co je třeba rozumět újmou v daném konkrétním případě.⁴⁵

Prvotní snahy německé doktríny se nesly ve znamení hledání univerzálního pravidla. Paralelu lze vést s problematikou příčinné souvislosti a nutnosti omezit přičítání škod toliko na základě faktické příčinné souvislosti zjišťované pomocí tzv. *conditio sine qua non* testu,⁴⁶ kdy východisko řešení spočívalo v aplikaci teorie adekvátnosti kauzálního nexu.⁴⁷ Tato snaha se však ukázala v průběhu času jako marná. Jakékoliv komplexní pravidlo bylo vystavěno buď na řadě výjimek, nebo naopak bylo tak široce vymezeno, že v důsledku trpělo absencí vyžadované vypovídací hodnoty.⁴⁸

Nejprve zmiňme Cantzlera⁴⁹ a jeho myšlenku odvozenou od podpory zasaženého právního statku, respektive porušené smluvní povinnosti. Canzler považuje za vnější rámec pro přípustnost vyrovnání újmy prospěchem faktickou kauzalitu mezi škodní událostí a výhodou, avšak s výhradou, že jde o příliš široké (volné) kritérium, které nelze zúžit za pomoci teorie adekvátnosti kauzálního nexu.⁵⁰ Nalezen musí být jiný užší vztah mezi výhodou a nevýhodou. Ten spatřuje v podpoře zasaženého právního statku. Započítávat lze podle tohoto přístupu jen ty výhody, jež současně znamenají podporu zasaženého právního statku, jelikož hlubším smyslem teorie vyrovnání újmy prospěchem je vyrovnání porušení a podpory práva a nikoliv pouze výhody a nevýhody. Výjimkou ze započtení jsou výhody, které vznikly přičiněním poškozeného nebo třetí osoby a jejichž účelem je podpořit výlučně poškozeného a nikoliv škůdce.

Kritika Cantzlerova přístupu vychází z obecné nepoužitelnosti vytvořeného pravidla na všechny případy vyrovnání újmy prospěchem, stejně tak z důvodu, že pravidlo nena-
pomáhá řešení jednotlivých případů, jelikož neurčuje, jak konkrétně zjistit, zda škůdce a jeho protiprávní jednání podpořilo zasažený právní statek.⁵¹

Dále lze předestřít přístup Thieleho⁵² v podobě nerozlučného vnitřního vztahu (*unlösbarer innerer Zusammenhang*). Thiele argumentuje opačně než v té době panující doktrína a vyrovnání újmy prospěchem považuje za výjimku a nikoliv pravidlo. Podle jeho názoru je třeba najít pozitivní kritérium pro přípustnost zohlednění výhody oproti škodě, kterým není ani diferenční hypotéza, ani zákaz obohacení poškozeného. To spatřuje právě v nerozlučném vnitřním vztahu mezi výhodou a nevýhodou (ať už organickém, nebo hospodářském), které vznikly na základě shodné škodní události.

Jak sám Thiele ale uvádí, nelze obecně, pro všechny případy, apriorně říci, kdy předmětný vnitřní vztah mezi výhodou a nevýhodou existuje (může jít o vazbu na základě

⁴⁵ MUGDAN, B. *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band*, s. 10.

⁴⁶ WINIGER, B. – KOZIOL, H. – KOCH, B. – ZIMMERMANN, R. (eds). *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation*. New York – Wien: Springer, 2007, s. 99.

⁴⁷ LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 82.

⁴⁸ KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*, s. 2 an.

⁴⁹ CANTZLER, K. Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1957, Vol. 156, No. 1.

⁵⁰ K tomu viz dále.

⁵¹ Viz např. LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 494.

⁵² THIELE, W. Gedanken zur Vorteilsausgleichung. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1967, Vol. 167, No. 3.

zákona, právního jednání nebo přirozené nebo hospodářské jednoty). Neurčitost tohoto kritéria je nabitelná. Rozhodující jsou vždy okolnosti konkrétního případu a jejich právní hodnocení. Jako vodítko může podle Thieleho sloužit zařazení jednotlivých případů do skupin s obdobnými znaky (*Fallgruppen*), které naplní kautelu právní jistoty a předvídatelnosti práva.

Na posledním místě lze z autorů starší doktríny uvést Rudloffa⁵³ a kritérium zaměřené na způsob, jakým byla výhoda získána, zda přičiněním (námahou) určité osoby nebo shodou náhod (štěstím). Nezhledňují se výhody, které vznikly vynaložením peněz, času, práce či rizika poškozeného nebo třetí osoby. Na druhou stranu je zpravidla třeba zohlednit výhody, které vznikly bez přičinění poškozeného nebo třetí osoby (respektive s lehkou námahou) nebo šťastnou náhodou. V případě šťastné náhody ale pouze v případě, že je pro ni škůdce hoden (*würdig*) a případně, že ji také potřebuje (*bedürftig*).⁵⁴

Kritické ohlasy na myšlenky Rudloffa se daly poměrně snadno očekávat. Ze samotné konstrukce „zohledňování náhody a štěstí“ je zřejmá její umělost, Thüssing⁵⁵ v této souvislosti zmiňuje absenci jakékoliv vazby na zákonná ustanovení a schopnosti právně odůvodnit přípustnost zohlednění výhody oproti nevýhodě. Nadto není jasné, z jakého důvodu by se měla šťastná náhoda přičítat ve prospěch škůdce, když v případech jednání v souladu s právem je tomu přesně naopak.⁵⁶

Předestřené názory Cantzlera, Thieleho či Rudloffa ilustrují snahy o řešení problematiky vyrovnání újmy prospěchem pomocí jednotného a komplexního pravidla. O konkrétnější pravidla se jistě jedná, avšak jak posoudit, zda mezi prospěchem a újmou existuje nerozlučné spojení anebo prospěch podporuje zasažené hodnoty, jinak než kazuisticky, se znalostí okolností jednotlivých případů a hodnotového úsudku, nelze, což se při pohledu na spektrum a různorodý charakter výhod nabízí. Lze říci, že potíže nečiní nedostatek kritérií, nýbrž jejich náležitá aplikace a zaměření na jednotlivé případy, navažme slovy Kuhna: „*Begründungsnotstand trotz Argumentenvielfalt*“.⁵⁷

Co se týče starší německé rozhodovací praxe,⁵⁸ ta svá první odůvodnění navazovala na úvahy zaměřené na faktickou příčinnou souvislost. Po dlouhou dobu se za hlavní kritérium považovalo, zda výhoda vznikla ze stejné škodní události jako nevýhoda, jinými slovy, zda vychází ze stejného „kořene“ a jsou tedy identické.⁵⁹ Následovala adopcí kritéria v podobě adekvátnosti kauzálního nexu, jelikož požadavek na faktickou příčinnou souvislost byl považován za příliš volný.⁶⁰ Nechyběla ani rozhodnutí, která případy vyrovnání újmy prospěchem posuzovala s odkazem na výše uvedenou doktrinární argumentaci,

⁵³ RUDLOFF, K. In: ESSER, J. – THIEME, H. (Hrsg.) *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1967.

⁵⁴ „*Der Vorteilsausgleich ist zumutbar, sofern die Vorteile unumsorgt zufallen, Sorgeleicht erzielt oder glücklich erlangt sind und letzterenfalls der Schädiger dessen würdig und – in Fällen glückbereiter Freigebigkeit – auch bedürftig ist.*“ RUDLOFF, K. In: ESSER, J. – THIEME, H. (Hrsg.) *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, s. 460.

⁵⁵ THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*, s. 48.

⁵⁶ ERM, D. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013, s. 187.

⁵⁷ [Vlastní překlad autorů: „*Nouze o odůvodnění navzdory argumentační mnohosti.*“] KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*, s. 3.

⁵⁸ K podrobnému vývoji starší judikatury viz CANTZLER, K. *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch*, s. 33 an.

⁵⁹ RG 40, 172. Citováno z CANTZLER, K. *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch*, s. 33 an.

⁶⁰ RGZ 80, 155, 160. Citováno z CANTZLER, K. *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch*, s. 33 an.

zejména Thieleho a Rudloffa, v podobě požadavku na kvalifikovaný vztah mezi výhodou a nevýhodou (zakládající se na určité míře početní jednoty).⁶¹

Mladší doktrína⁶², včetně komentářové literatury,⁶³ a současně i rozhodovací praxe soudů⁶⁴ primárně staví na tvorbě skupin případů (*Fallgruppen*) s obdobnými rysy rozhodnými pro jejich posouzení na základě specifických kritérií (a nikoliv dle všeobecně platného, univerzálního pravidla).⁶⁵ Jedná se o snahu ještě určitého zobecňování kauzistiky, která se orientuje na zvláštnosti jednotlivých případů a napomáhá naplňovat kautele právní jistoty precizací právních principů a zákonných generálních klauzulí.⁶⁶ Těžiště problematiky vyrovnání újmy prospěchem se tak přesunulo do náležitého právně-systematického zařazení a odůvodnění jednotlivých případů do skupin s obdobnými markanty.⁶⁷

2. Inventář kritérií pro posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem

Kritéria pro posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem se historicky vyvíjela a formovala, zpočátku ve světle snahy naleznout komplexní a dostatečně odolné pravidlo, připomenout lze úvahy Cantzlera, Thieleho či Rudloffa. Postupem času přibývala další a další kritéria, která určitým způsobem navazovala na kritéria předešlá nebo je modifikovala. Viz například prvotní kritérium v podobě faktické příčinné souvislosti následované adekvátní příčinnou souvislostí a konečně kongruencí, tedy určitého zvláštního užšího vztahu mezi výhodou a nevýhodou.

Problematika vyrovnání újmy prospěchem je problematikou vnitřně závislou na hodnotovém úsudku, což, jak bude nastíněno dále, má své důsledky i pro povahu jednotlivých kritérií, jejichž aplikace více či méně rovněž od hodnotového zvažování odvisí. V důsledku nejde o nic jiného než s ohledem na relevantní okolnosti konkrétního případu

⁶¹ „Als Einschränkung für die Vorteilsanrechnung ist jedoch – mindestens für bestimmte Anspruchsarten – in der neueren Rechtsprechung (im Anschluß an Thiele, AcP 167, 193, 202 sowie in Anlehnung an versicherungsrechtliche Überlegungen) der Gedanke entwickelt worden, daß nur solche Vorteile als anrechenbar in Betracht zu ziehen sind, die gerade mit dem geltend gemachten Nachteil in einem qualifizierten Zusammenhang stehen, der beide, Vorteil und Nachteil, „gewissermaßen zu einer Rechnungseinheit verbindet“ (vgl. BGH NJW 1979, 760 mit Anm. Rudloff in VersR 1979, 1152; vgl. ferner BGH Urteil vom 3. Februar 1970, VI ZR 245/67, WM 1970, 633, 637). [Vlastní překlad autorů: „Jako omezení zohlednění všech výhod oproti škodě se – přinejmenším pro určité druhy škod – v novější soudní praxi (v návaznosti na Thieleho, AcP 167, 193, 202, stejně tak jako na základě úvah z oblasti pojišťovacího práva) vyvinula myšlenka, že lze uvažovat o zohlednění pouze těch výhod, které přímo a kvalifikovaně souvisí s uplatněnou nevýhodou, přičemž tato souvislost se musí zakládat na určité míře početní jednoty mezi výhodou a nevýhodou (srov. BGH NJW 1979, 760 s poznámkou Rudloffa v VersR 1979, 1152; srov. dále rozsudek BGH ze 3. února 1970, VI ZR 245/67, WM 1970, 633, 637).“] BGH V ZR 91/79 ze dne 16. 5. 1980, dostupné z: <<https://dejure.org/>>.

⁶² Uvedme autory jako Thüsing, Kuhn, Lange a Schiemann či Koziol.

⁶³ PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78. neubearbeitete Auflage. München: C. H. BECK, 2019, s. 297 an. Či PRÜTTING, H. – WEGEN, G. – WEINREICH, G. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*. 14. Auflage. Köln: Wolters Kluwer, 2019, s. 394.

⁶⁴ „Die Rechtsprechung ist dementsprechend seit langem darum bemüht, Fallgruppen zu bilden und ihrer jeweiligen Eigenart durch möglichst spezielle rechtliche Wertungsmaßstäbe Rechnung zu tragen. Auch der Senat hält nur dieses Verfahren für geeignet, die Probleme der Vorteilsausgleichung zu bewältigen.“ [Vlastní překlad autorů: „V souladu s tím se judikatura dlouhodobě snaží vytvářet skupiny případů a zohledňovat jejich markanty prostřednictvím co možná nejvíce specifických právních kritérií. Rovněž tento senát považuje takový postup za vhodný způsob, jak se vypořádat s problematikou vyrovnání újmy prospěchem.“] BGH V ZR 91/79 ze dne 16. 5. 1980, dostupné z: <<https://dejure.org/>>.

⁶⁵ Na jednotlivá kritéria se zaměřuje následující kapitola.

⁶⁶ THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*, s. 24.

⁶⁷ KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*, s. 5.

dospět ke spravedlivému rozhodnutí. Proto se zdá, že robustním a odolným způsobem jejich posuzování je aplikace nikoliv jednoho vybraného kritéria na konkrétní případ, nýbrž jejich komplexu, jenž má ambici relevantní okolnosti při uvažování o přípustnosti zohlednění té které výhody oproti škodě zohlednit. Pregnantně tuto skutečnost shrnul německý Nejvyšší soud: „*Es handelt sich vielmehr darum, daß bei der Entscheidung über die Anrechenbarkeit eines Vorteils als einer Rechtsfrage eine Gesamtschau über die Interessenlage vorzunehmen ist, wie sie durch das schädigende Ereignis zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten bestellt.*“⁶⁸

Mezi relevantní kritéria⁶⁹ se řadí:

- (adekvátní) příčinná souvislost mezi škodní událostí a výhodou;
- soulad se smyslem a funkcí civilního deliktního práva (kompenzace, prevence, ochrana);
- zvláštní vnitřní vztah mezi výhodou a nevýhodou (kongruence);
- „obecný“ hodnotový úsudek (spravedlnost, přiměřenost apod.).

2.1 Faktická příčinná souvislost a teorie adekvátnosti kauzálního nexu

Výchozím kritériem pro posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem je podle převažujících názorů ekvivalentní příčinná souvislost mezi škodní událostí a výhodou,⁷⁰ která představuje základ nezbytného vztahu mezi škodou a výhodou. Nejde zde o nic jiného než o aplikaci tzv. *conditio sine qua non* testu na vztah škodní události a výhody.⁷¹ Metoda fiktivní eliminace se vztahuje na výhody a nikoliv nevýhody (újmy).

Ilustrujme důsledky aplikace tohoto kritéria na druhém případě (viz úvodní kapitola) a výhodě v podobě darování peněžitých prostředků, jehož účelem bylo snazší překonání traumatu způsobeného na straně poškozeného ublížením na zdraví. Odmyslíme-li škodní událost, poškozený by dar neobdržel, jelikož mu nebyla způsobena újma a ani trauma, které mělo být za pomoci daru překonáno. Metodou faktické eliminace jsme tudíž zjistili, že výhoda vznikla v důsledku škodní události, proto je možné uvažovat o jejím zohlednění oproti způsobené škodě.

Jelikož je ale ekvivalentní příčinná souvislost poněkud volným kritériem, její izolovaná aplikace vedla k nepřiměřeným a právně neuspokojivým závěrům a v důsledku k zohledňování poměrně značného množství výhod. Ukázala se jako nedostatečný „filtr“. Za příklad může sloužit právě výhoda v podobě darování. Nejen, že záměrem dárce nebylo prostřednictvím daru zbavit škůdce povinnosti k náhradě škody, současně by se vytrácela preventivní funkce civilního deliktního práva, obecnou spravedlnost nevyjímaje.

⁶⁸ [Vlastní překlad autorů: „Jde spíše o to, že při rozhodování o zohlednění výhody jako právní otázky je třeba celkově zvážit veškeré zájmy existující v důsledku škodní události mezi škůdcem a poškozeným.“] BGH VI ZH 90/58 ze dne 24. 3. 1959, dostupné z: <<https://dejure.org/>>.

⁶⁹ Viz např. PRÜTTING, H. – WEGEN, G. – WEINREICH, G. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, s. 396. Či BGH VII ZR 169/82 ze dne 17. 5. 1984, dostupné z: <<https://dejure.org/>>.

⁷⁰ Viz např. LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 492, či PLETZER, R. *Vorteilsausgleich beim Schmerzengeld?*, s. 414, či KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*, s. 327.

⁷¹ ZIMMERMANN, R. In: WINIGER, B. – KOZIOL, H. – KOCH, B. – ZIMMERMANN, R. (eds). *Digest of European Tort Law. Essential Cases on Natural Causation*, s. 99.

Návazně na teorii ekvivalence směřovaly snahy doktríny i judikatury aplikovat na případy vyrovnání újmy prospěchem teorii adekvátnosti kauzálního nexu. Obecným účelem této teorie je omezení relativně bezbřehé kauzality zjišťované pomocí teorie ekvivalence.⁷² Omezení přičitatelnosti povinnosti k náhradě škody se děje za pomoci objektivních determinantů. Škůdce neodpovídá za atypické újmy nastalé za výjimečného (neobvyklého, nepředvídatelného) spojení jevů,⁷³ a to za účelem garance objektivní možnosti zabránit vzniku škodního následku.⁷⁴

Rakouská⁷⁵ i německá doktrína⁷⁶ se nicméně staví proti aplikaci teorie adekvátnosti kauzálního nexu na případy vyrovnání újmy prospěchem poukazem na účel teorie adekvátnosti kauzálního nexu. Škůdci se má přičítat pouze taková škoda, která je obecně předvídatelná, a to z důvodu možnosti zabránit vzniku škodního následku. U zohledňování výhod o přímou regulaci chování škůdce nejde, není zapotřebí škůdci garantovat objektivní možnost vyhnout se způsobení výhody prostřednictvím předvídatelnosti.

U případů vyrovnání újmy prospěchem tedy není obecně vhodné užít princip adekvátní příčinné souvislosti jako pozitivní kritérium pro určení přípustnosti zohlednění výhody oproti újmě. Německá judikatura a část doktríny jej ale připouští jako negativní determinant.⁷⁷ To znamená, že nelze zohlednit nepředvídatelné výhody, avšak pokud je vznik výhody obecně předvídatelný (adekvátní), lze uvažovat o jejím zohlednění oproti nevýhodě, a to při současné aplikaci dalších kritérií. Jinými slovy, teorie adekvátnosti je dalším, ale nikoliv posledním filtrem přípustnosti zohlednění určité výhody proti újmě.⁷⁸

⁷² PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 298; či BGH VII ZR 169/82 ze dne 17. 5. 1984: „Die im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, daß dem Geschädigten – jedenfalls in gewissem Umfang – diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen.“ [Vlastní překlad autorů: „Základní zásady vyrovnání nevýhod prospěchem vytvořené v oblasti práva na náhradu škody spočívají v myšlence, že poškozenému jsou – vždy v určitém rozsahu – přičitatelné takové výhody, které mu vznikají v adekvátní příčinné souvislosti se škodní událostí.“] Dostupné z: <<https://dejure.org/>>.

⁷³ SCHWIMANN, M. *ABGB Praxiskommentar. Band 6. §§ 1293–1502 ABGB. 3. neubearbeitete. Auflage.* Wien: LexisNexis ARD Orac, 2006, s. 59.

⁷⁴ LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 493.

⁷⁵ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil*, s. 329.

⁷⁶ Viz např. již CANTZLER, K. *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch*, s. 45 an.

⁷⁷ Viz např. PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 298; či PLETZER, R. *Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld?*, s. 414; či BGH VIII ZR 150/65 ze dne 15. 11. 1967: „Ob diese Begründung hinreicht, um die Auffassung des Berufungsgerechtes zu stützen, bedarf keiner Entscheidung; denn das Vorliegen eines adäquaten ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Schadensereignis und dem Umstand, der zur Beseitigung des Schadens geführt hat, ist nur die Mindestvoraussetzung für dessen Beachtlichkeit bei der Beantwortung der Frage, ob ein Schaden im Rechtssinne noch vorliegt. Das schadenmindernde oder schadenbeseitigende Ereignis kann vielmehr als zureichender Grund für die Befreiung des Schädigers von der Ersatzpflicht nur anerkannt werden, wenn seine Berücksichtigung bei Würdigung aller Umstände den Schädiger nicht unbillig entlasten würde.“ [Vlastní překlad autorů: „Zdali toto odůvodnění postačuje k podpoře názoru odvolacího soudu, nevyžaduje rozhodnutí; neboť existence adekvátní příčinné souvislosti mezi škodní událostí a okolností, které vedla k odstranění škody, je pouze minimálním požadavkem pro její relevanci při zodpovězení otázky, zda škoda v právním smyslu i nadále existuje. Událost zmírňující nebo odstraňující škodu lze uznat jako dostatečný důvod pro osvobození škůdce od povinnosti k náhradě škody pouze tehdy, pokud by s přihlédnutím ke všem okolnostem nedošlo k nepřiměřenému zvýhodnění škůdce.“] Dostupné z: <<https://dejure.org/>>.

⁷⁸ Viz např. PLETZER, R. *Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld?*, s. 414. Či rozhodnutí BGH VII ZR 169/82 ze dne 17. 5. 1984: „Die im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, daß dem Geschädigten – jedenfalls in gewissem Umfang – diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; das wäre ein unbilliges Ergebnis. Andererseits sind nicht alle durch das

Pro ilustraci negativního působení teorie adekvátnosti kauzálního nexu na případy vyrovnání újmy prospěchem se vraťme k příkladu, v němž škůdce ublížil poškozenému na zdraví a ten následně obdržel výhodu v podobě daru peněžitých prostředků od svých přátel. Skutečnost, že bude ve prospěch poškozeného založena dobročinná sbírka nebo že obdrží od svých blízkých určitý finanční obnos pro snazší překonání způsobeného příkoří je podle našeho názoru obecně předvídatelné, jelikož se tyto případy s určitou mírou pravidelnosti opakují. Vznik výhody v podobě darování tedy nevybočuje z mezí obvyklého a předvídatelného běhu věcí. Pro vyrovnání újmy prospěchem to znamená, že výhoda v podobě darování může být oproti způsobené škodě zohledněna, avšak za užití dalších kritérií (které by zohledňovaly například preventivní působení takového daru na škůdce nebo vůbec účel darování).

2.2 Funkce, smysl a účel civilního deliktního práva

Při posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem je dále zapotřebí zohlednit funkce, smysl a účel civilního deliktního práva, respektive náhrady za způsobenou újmu.⁷⁹ Výhodu je možné oproti nevýhodě zohlednit jen v případě, že je takový postup v souladu s těmito kritérii.⁸⁰ Kuhn⁸¹ v této souvislosti nicméně pochybuje o obecně vypovídací hodnotě tohoto kritéria – jak v konkrétním případě zjistit, jaké řešení nejlépe reflektuje smysl a účel civilního deliktního práva?

V zásadě lze rozlišovat kompenzační (satisfakční), odrazující (prevenční) a poenální funkci civilního deliktního práva, ovšem nikoliv všechny právní řády napříč Evropou uvedené funkce bez dalšího akceptují.⁸² To platí zejména ve vztahu k trestní funkci civilního deliktního práva spočívající v soukromoprávním potrestání škůdce za způsobení újmy, kterou kontinentální právní řády⁸³ obecně zapovídají⁸⁴.

Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet. [Vlastní překlad autorů: „Základní zásady vyrovnání nevýhod prospěchem vytvořené v oblasti práva na náhradu škody spočívají v myšlence, že poškozenému jsou – vždy v určitém rozsahu – přičitatelné takové výhody, které mu vznikají v adekvátní příčinné souvislosti se škodní událostí. Mělo by být dosaženo spravedlivé rovnováhy mezi protikladnými zájmy vznikajícími způsobením škody. Poškozený nesmí být uveden do lepší pozice, než ve které by se nacházel bez škodní události; jednalo by se o nespravedlivý výsledek. Naproti tomu ne všechny výhody způsobené škodní událostí mají být započteny proti nároku na náhradu újmy, ale pouze takové, jejichž započtení se shoduje s příslušným účelem nároku na náhradu újmy; tzn. pro poškozeného je přijatelné a současně škůdce nepřiměřeně nezproštuje povinnosti k náhradě.“] Dostupné z: <<https://dejure.org>>.

⁷⁹ Viz např. BGH VII ZR 169/82 ze dne 17. 5. 1984: „Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; das wäre ein unbilliges Ergebnis. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet.“ [Vlastní překlad autorů: „Poškozený nesmí být uveden do lepší pozice, než ve které by se nacházel bez škodní události; jednalo by se o nespravedlivý výsledek. Naproti tomu ne všechny výhody způsobené škodní událostí mají být započteny proti nároku na náhradu újmy, ale pouze takové, jejichž započtení se shoduje s příslušným účelem nároku na náhradu újmy; tzn. pro poškozeného je přijatelné a současně škůdce nepřiměřeně nezproštuje povinnosti k náhradě.“] Dostupné z: <<https://dejure.org>>.

⁸⁰ PALANDT, O. (Hrsg.). Bürgerliches Gesetzbuch, s. 297 an.

⁸¹ KUHN, R. Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht, s. 3.

⁸² KOZIOL, H. Basic questions of tort law from a Germanic perspective. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 75 an.

⁸³ Včetně českého, viz např. recentní rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 27/2020 ze dne 15. 12. 2020.

⁸⁴ Viz např. KOZIOL, H. Basic questions of tort law from a Germanic perspective. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 75 an.

Vyjdeme-li z předpokladu, že jedním z cílů práva upravujícího povinnost k náhradě újmy je kompenzační funkce, dospějeme k závěru, že poškozený nesmí na náhradě újmy obdržet více, než jaká mu byla skutečně způsobena újma. Jinak řečeno, poškozený nesmí být prostřednictvím náhrady újmy bezdůvodně obohacen (*Bereicherungsverbot*). Při izolované aplikaci této funkce by se mohlo zdát, že je při stanovení výše náhrady újmy primárně nutné zohlednit všechny prospěch nabytý poškozeným v souvislosti se škodní událostí, a to proto, aby nedocházelo k dvojí náhradě.

Další funkcí práva upravujícího povinnost k náhradě újmy je funkce preventivní, respektive odrazující, již lze obecně definovat jako nástroj pro předcházení vzniku újem obecně odrazující škůdce působit negativně na právem chráněné statky. Z této zásady by pak mohlo být bez vztahu k ostatním okolnostem odvozeno, že nelze výši náhrady škody snížit o nabytý prospěch, jelikož by se tím potírala právě preventivní funkce civilního deliktního práva. Patrně se jedná o opačný důsledek, než na který se zaměřuje preventivní funkce.

Nastíněnou diskrepanci mezi oběma funkcemi civilního deliktního práva lze demonstrovat v rámci českého práva, konkrétně například na výhodě v podobě pohřebného⁸⁵ při určení výše náhrady za náklady pohřbu ve smyslu ustanovení § 2961 občanského zákoníku: „*Škůdce nahradí tomu, kdo je vynaložil, přiměřené náklady spojené s pohřbem v rozsahu, v jakém nebyly uhrazeny veřejnou dávkou podle jiného právního předpisu. Přitom se přihlédne k zvyklostem i k okolnostem jednotlivého případu.*“ Podle explicitního pravidla pohřebné *ipso iure* snižuje výši nahrazované škody. To má za důsledek zřetelné oslabení preventivní funkce civilního deliktního práva, tím spíše, že český právní řád v této oblasti práva nezakotvuje regresní nárok poskytovatele veřejné dávky, zákonnou cesi, ani jiný obdobný instrument zajišťující návratnost vyplaceného plnění. Na druhou stranu takové řešení plně odpovídá kompenzační funkci civilního deliktního práva, kdy poškozený získá plnou náhradu škody bez jakéhokoliv obohacení.

Zdánlivý rozpor při působení obou předestřených funkcí civilního deliktního práva v rámci teorie vyrovnání újmy prospěchem lze odstranit již výše uváděným poukazem na potřebu zohlednění všech relevantních okolností při posuzování jednotlivých případů, čemuž napomáhá aplikace celého komplexu kritérií a nikoliv selektivní volba jednoho nebo druhého kritéria.⁸⁶ Při vážení protichůdných zájmů dochází k upozadování určitých zájmů za současné preference těch ostatních. Tyto důsledky potvrzují slova Kuhna o absenci obecného účinku funkcí civilního deliktního práva při posuzování konkrétních případů a závislost této problematiky na hodnotovém úsudku.

⁸⁵ Viz ustanovení § 47 an. zákona č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře, ve znění pozdějších předpisů.

⁸⁶ Výstižně viz BGH VII ZR 169/82 ze dne 17. 5. 1984: „*Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; das wäre ein unbilliges Ergebnis. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet.*“ [Vlastní překlad autorů: „*Mělo by být dosaženo spravedlivé rovnováhy mezi protikladnými zájmy vznikajícími způsobením škody. Poškozený nesmí být uveden do lepší pozice, než ve které by se nacházel bez škodní události; jednalo by se o nespravedlivý výsledek. Naproti tomu ne všechny výhody způsobené škodní událostí mají být započteny proti nároku na náhradu újmy, ale pouze takové, jejichž započtení se shoduje s příslušným účelem nároku na náhradu újmy; tzn. pro poškozeného je přijatelné a současně škůdce nepřiměřeně nezproštuje povinnosti k náhradě.*“] Dostupné z: <<https://dejure.org>>.

2.3 Zvláštní vnitřní vztah mezi výhodou a nevýhodou – kongruence

Pravděpodobně tím nejpodrobněji zkoumaným kritériem je požadavek na existenci určitého zvláštního vztahu mezi výhodou a nevýhodou, který by ospravedlňoval přípustnost zohlednění, respektive nezohlednění výhody při stanovení výše nahrazované škody. Ostatně by do tohoto rámce mohlo být zařazeno i kritérium v podobě (adekvátní) příčinné souvislosti, jelikož i u něho se jedná o určitý specifický vztah mezi výhodou a nevýhodou.

Vedle již výše zmíněných doktrinárních přístupů⁸⁷ Cantzlera (myšlenka odvozená od podpory zasaženého právního statku, respektive porušené smluvní povinnosti), Thieleho (nerozlučný vnitřní vztah mezi výhodou a nevýhodou, ať už organický, nebo hospodářský) nebo Rudloffa (relevance způsobu, jakým byla výhoda získána – přičiněním určité osoby nebo šťastnou náhodou), nalezneme požadavek na existenci zvláštního vztahu mezi výhodou a nevýhodou rovněž v rozhodovací praxi soudů nebo legislativě.

Rakouská judikatura mj. vyžaduje pro zohlednění výhody oproti nevýhodě věcnou a časovou kongruenci.⁸⁸ Ta existuje například mezi ušetřenými náklady na domácnost (výhoda) a náhradou za náklady spojené s pobytem v nemocnici. Shodně platí i pro německou soudní praxi, která se vyjádřila v tom smyslu, že výhoda musí co do své povahy (*Art*) odpovídat nevýhodě, což jinými slovy znamená, že mezi výhodou a nevýhodou musí existovat kongruence.⁸⁹

Požadavek na shodnost druhu (*gleiche Art*) výhody a nevýhody a poukaz na časovou souvislost s povinností k náhradě škody (*derselber Zeitraum*) je v německém právu zakotven i v zákoně, konkrétně v první větě ustanovení § 116 I SGB,⁹⁰ které upravuje zákonnou cesi práva na náhradu újmy v případě poskytovatelů sociální pomoci.

Úzce související kategorií s požadavkem na kongruenci výhod a nevýhod je účel normy, respektive smlouvy,⁹¹ na základě které předmětná výhoda vzniká, typicky může jít o různé

⁸⁷ Viz kapitola 1.

⁸⁸ OGH 8 Ob 298/71 ze dne 23. 11. 1971: „Die Berücksichtigung der Haushaltsersparnis unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung kommt nur gegenüber sachlich und zeitlich kongruenten Schadenersatzansprüchen des Geschädigten, worunter die von ihm zu zahlenden Spitalskosten fallen, in Betracht.“ [Vlastní překlad autorů: „Zohlednění ušetřených výdajů na domácnost z pohledu vyrovnání nevýhod prospěchem přichází v úvahu pouze oproti věcně a časově kongruentním nárokům na náhradu škody poškozeného, mezi něž patří i náklady hrazené poškozeným na pobyt v nemocnici.“] Dostupné z: <<https://www.ris.bka.gv.at>>.

⁸⁹ BGH V ZR 115/96 ze dne 6. 6. 1997: „Die Vorteilsausgleichung erfolgt also nicht bei der Endsaldierung aller Aktiv- und Passivposten gegenüber dem Gesamtbetrag des Schadens, sondern betrifft nur den Schadensposten, dem der Vorteil seiner Art nach entspricht“ (Lange, Schadenersatz, 2. Aufl. § 9 III 12 m.w.N.; Staudinger/Medicus, BGB 12. Aufl., § 249 Rdn. 151), d.h. der mit dem Vorteil ‚kongruent‘ ist (Münch-Komm-BGB/Grunsky, 3. Aufl., Vor § 249 Rdn. 112 b).“ [Vlastní překlad autorů: „Vyrovnání újmy prospěchem neznamená provést saldo veškerých kladných a záporných položek s celkovou výší škody, nýbrž se týká pouze té části škody (škodní položky), které podle svého druhu odpovídá určitá výhoda“ (Lange, Schadenersatz, 2. vyd. § 9 III 12 s dalšími odkazy; Staudinger/Medicus, BGB 12. vyd., § 249 marg. č. 151), tj. té, která je s výhodou ‚kongruentní‘ (Münch-Komm-BGB/Grunsky, 3. vyd., před § 249 marg. č. 112 b).“] Dostupné z: <<https://dejure.org>>.

⁹⁰ „Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Eingliederungshilfe oder der Sozialhilfe über, soweit dieser auf Grund des Schadenereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadenersatz beziehen“ [Vlastní překlad autorů: „Nárok na náhradu škody zakládající se na jiném právním předpisu přechází na pojistitele nebo poskytovatele dávků na začlenění nebo sociální pomoci, pokud tento je povinen v důsledku škodní události poskytnout sociální dávky (plnění), které slouží k napravení škody shodné povahy a které se vztahují ke stejnému časovému období jako škůdcem poskytnutá náhrada škody.“] Dostupné z: <https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_10/_116.html>.

⁹¹ PLETZER, R. *Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld?*, s. 415.

dávky sociálního zabezpečení, pojistná plnění či dary. Inspirací pro tuto kategorii je pro delikt ní právo inherentní ochranný účel normy, respektive smlouvy.⁹² V případě účelu normy, na základě které výhoda vznikla, zkoumáme jeho vztah k nevýhodě (újmě).

Například lze v této souvislosti poukázat na české rozhodnutí Ústavního soudu.⁹³ Skutkově se jednalo o případ, v němž poškozená požadovala náhradu újmy v podobě účelně vynaložených nákladů na léčení podle ustanovení § 449 odst. 1 občanského zákoníku z roku 1964,⁹⁴ konkrétně náhradu nákladů vynaložených na zajištění pomoci při základních životních úkonech a na zajištění chodu domácnosti. Soudy se musely vypořádat s otázkou, zda je třeba od této náhrady odečíst příspěvek na péči poskytovaný podle ustanovení § 7 zákona o sociálních službách.⁹⁵ V odůvodnění zvažovaly ve vztahu ke kategorii účelu normy dvě skutečnosti, proč příspěvek na péči při stanovení výše náhrady zohlednit. Za prvé, smysl a účel výhody podle normy ji upravující („[...] jejím účelem, jak vyplývá z textu zákona i z důvodové zprávy, je umožnit osobě, jejíž dlouhodobě nepříznivý zdravotní stav vyžaduje péči jiných osob, zajištění potřebné pomoci při péči o vlastní osobu a při zajištění soběstačnosti [...]“), a za druhé, smysl a účel výhody ve vztahu k normě regulující povinnost k náhradě újmy („Poškozenému tedy příspěvek na péči náleží ze stejného důvodu, jako je ten, na němž je založena případná povinnost škůdce nahradit škodu [...]“). Ústavní soud dospěl v tomto konkrétním případě k závěru, že je třeba příspěvek na péči od požadované náhrady škody odečíst.

S požadavkem na zohlednění účelu relevantní výhody pracují taktéž autoři PETL, připomeňme již zmiňovaný čl. 10:103 PETL: „When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.“ Zde jde o zkoumání účelu výhody ve vztahu k povinnosti k náhradě škody.

Jak již bylo částečně předestřeno výše v úvodní kapitole, problematika je konkrétní určitostí tohoto kritéria při posuzování jednotlivých případů, jelikož jeho aplikace značně odvisí od hodnotového úsudku osoby posuzující přípustnost vyrovnání újmy prospěchem. Lze říci, že kritérium v podobě zvláštního vnitřního vztahu mezi výhodou a nevýhodou určuje kýžený stav, ale již nepopisuje, jak k němu dospět. Zřejmým důsledkem je následná interpretační a aplikační rozkolísanost.⁹⁶

2.4 „Obecný“ hodnotový úsudek (spravedlnost, přiměřenost apod.)

Posledním kritériem, které bude představeno, je tzv. „obecný“ hodnotový úsudek spočívající v aplikaci kautel spravedlnosti, přiměřenosti, poctivosti apod. na jednotlivé případy vyrovnání újmy prospěchem.

⁹² Viz např. DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016, s. 100: „Zjednodušeně řečeno, vychází teorie o ochranném účelu normy z toho, že jak smluvní povinnosti, tak zákonné normy upravující odpovědnost za újmu a s nimi související konkrétní povinnosti opatrnosti (Verkehrspflichten) slouží ochraně pouze určitých zájmů. Ochrana těchto zájmů je v normách buď přímo vyjádřena, nebo ji lze teleologickým výkladem dovodit.“

⁹³ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 4194/18 ze dne 28. 1. 2020.

⁹⁴ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁹⁵ Zákon č. 108/2006 Sb., o sociálních službách, ve znění pozdějších předpisů.

⁹⁶ „Je-li určována výše náhrady škody, musí být uvážěn prospěch, které poškozený získal škodnou událostí, ledaže je tato neslučitelná s výhodou.“ PLETZER, R. *Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld?*, s. 415.

Při pohledu do relevantní rozhodovací praxe soudů lze téměř v každém rozhodnutí poukaz na tyto kautely naléznout, tak například:

- zohledněním výhody nesmí docházet k *nespravedlivému* zvýhodnění škůdce;⁹⁷
- jde o *spravedlivé* vyrovnání navzájem protichůdných zájmů;⁹⁸
- zohlednění výhody musí být na straně poškozeného *přiměřené* a současně nesmí *nepřiměřeně* zvýhodnit škůdce;⁹⁹
- problematika vyrovnání újmy prospěchem sleduje zásadu *poctivosti*;¹⁰⁰
- při posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem musí být dodržovány hranice *přiměřenosti*.¹⁰¹

Jde o reflexi skutečnosti, že problematika vyrovnání újmy prospěchem je problematikou hodnotovou, tedy že přípustnost zohlednění výhod závisí na hodnotovém úsudku (*wertende Betrachtung*).¹⁰² Připomeňme slova Schiemanna,¹⁰³ že vyrovnání újmy prospěchem je branou pro užití hodnot v jinak čistě početním a technicky chápaném právu náhrady újmy.

V rámci jednotlivých kritérií pro posuzování případů vyrovnání újmy prospěchem se jedná pravděpodobně o nejvíce abstraktní kritéria, jinak řečeno jde o tzv. neurčité právní pojmy. Jejich obsah je vymezován až konkrétními okolnostmi jednotlivého případu, přičemž do popředí vstupuje hodnotový úsudek osoby, jež jejich obsah vykládá. A v rámci teorie vyrovnání újmy prospěchem se jedná o zcela typická kritéria, která celou tuto oblast formují: „*Reichlich schwer fassbare Formeln und Begriffe wie ‚Sinn und Zweck‘, ‚Zumutbarkeit‘ und ‚Billigkeit‘ prägen den Bereich der Vorteilsausgleichung.*“¹⁰⁴

⁹⁷ OGH 10 Ob 209/02m ze dne 18. 7. 2002: „Die Anrechnung eines Vorteils [...] soll nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen.“ [Vlastní překlad autorů: „Započtení výhody nesmí vést k nespravedlivému zproštění škůdce nahradit škodu.“] Dostupné z: <<https://www.ris.bka.gv.at>>.

⁹⁸ BGH VII ZR 169/82 ze dne 17. 5. 1984: „Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstehenden Interessen herbeigeführt werden.“ [Vlastní překlad autorů: „Mělo by být dosaženo spravedlivé rovnováhy mezi protikladnými zájmy vznikajícími způsobením škody.“] Dostupné z: <<https://dejure.org>>.

⁹⁹ „Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet.“ [Vlastní překlad autorů: „Naproti tomu ne všechny výhody způsobené škodní událostí mají být započteny proti nároku na náhradu újmy, ale pouze takové, jejichž započtení se shoduje s příslušným účelem nároku na náhradu újmy; tzn. pro poškozeného je přijatelné a současně škůdce nepřiměřeně nezprošťuje povinnosti k náhradě.“] Ibidem.

¹⁰⁰ BGH VII ZR 140/71 ze dne 16. 4. 1973: „Der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung zielt darauf ab, einen gerechten Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstehenden Interessen herbeizuführen [...] Letztlich beruhen alle diese Regelungen auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).“ [Vlastní překlad autorů: „Problematika vyrovnání újmy prospěchem si klade za cíl nastolit spravedlivou rovnováhu mezi protichůdnými zájmy vznikajícími způsobením škody [...] V konečném důsledku jsou všechna tato pravidla založena na principu poctivosti (§ 242 BGB).“] Dostupné z: <<https://dejure.org>>.

¹⁰¹ BGH VI ZH 90/58 ze dne 24. 3. 1959: „Der Grundsatz, daß ein durch die Schädigungshandlung adaequat kausal verursachter Vorteil anzurechnen sei, kann nämlich nicht ausnahmslos gelten; es müssen die Grenzen der Zumutbarkeit beachtet werden.“ [Vlastní překlad autorů: „Zásada, že je třeba zohlednit výhodu, která vznikla v adekvátní příčinné souvislosti se škodním jednáním, nemůže totiž platit bezvýjimečně; musí být dodržovány hranice přiměřenosti.“] Dostupné z: <<https://dejure.org>>.

¹⁰² Viz např. LANGE, H. – SCHIEMANN, G. Schadensersatz, s. 487. Či PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld?, s. 412.

¹⁰³ SCHIEMANN, G. Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts. München: C. H. Beck, 1981, s. 122.

¹⁰⁴ „Jsou to těžko uchopitelné kategorie jako ‚smysl a účel‘, ‚přiměřenost‘ a ‚spravedlnost‘, které utváří a formují problematiku vyrovnání újmy prospěchem.“ PLETZER, R. Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld?, s. 417.

Ve vztahu k posuzování konkrétních případů je jejich zřejmým úskalím právě neurčitost. Výstižně uvádí Thüssing,¹⁰⁵ že tato a obdobná kritéria jsou pouhými šiframi aplikace hodnotového úsudku, které toliko proklamují, že se hodnotový soud má učinit, nicméně již neříkají, jakým způsobem a s jakými závěry. „Jak“ závisí na další precizaci, jinak řečeno, na konkrétních okolnostech jednotlivých případů, jejichž odůvodnění bude více či méně přesvědčivé a racionálně pochopitelné.

3. Typické skupiny případů (*Fallgruppen*)

Po poměrně obecném, teoretickém výkladu jednotlivých kritérií, pomocí nichž lze jednotlivé případy vyrovnání újmy prospěchem posuzovat, bude další pozornost zaměřena více prakticky, a to na představení relevantních skupin případů (*Fallgruppen*).

Jak již bylo uvedeno v předchozích kapitolách, moderní doktrína i současná judikatorní praxe vycházejí při řešení problematiky vyrovnání újmy prospěchem právě z náležitého zařazení jednotlivých případů do skupin vyznačujících se shodnými rysy. A právě tyto shodné rysy, respektive konkrétní specifické okolnosti případů umožňují jejich hodnocení za pomocí kritérií, která jsou jinak sama o sobě abstraktní až neurčitá.

Cílem je u každé skupiny případů zohlednit všechny relevantní okolnosti a dospět ke spravedlivému rozhodnutí, zda danou výhodu oproti škodě zohlednit, či nikoliv. Zřejmě je, že se tak děje nikoliv pomocí jednoho univerzálně platného pravidla, nýbrž jejich komplexu zohledňujícího právě markanty jednotlivých (skupin) případů.

Ani tento přístup ale není prostý komplikací či názorové nejednotnosti. Základním úskalím je samotná kategorizace jednotlivých případů do té které skupiny, tedy rozhodnutí, na základě jakých okolností budou jednotlivé skupiny vytvořeny. Kuhn¹⁰⁶ v této souvislosti upozorňuje na tendenci zohledňovat pouze vnější markanty jednotlivých případů a vnitřní okolnosti upozadovat. Například lze uvést „typ“ výhod v podobě ušetřených nákladů, jelikož téměř na každou výhodu lze nahlížet určitým způsobem jako na ušetřený náklad. Přesto do skupiny případů týkajících se ušetřených nákladů ne všichni autoři zařazují také například zánik vyživovací povinnosti¹⁰⁷ či různé dávky vyplácené ze systému sociálního zabezpečení (např. pohřebné).¹⁰⁸

Dbát je rovněž třeba na to, aby byly obdobné případy, i když z určitých důvodů zařazené do rámce odlišných skupin, hodnoceny obdobně. Kuhn¹⁰⁹ poukazuje například na diskrepanci v judikatuře švýcarských vysokých soudů, která na jednu stranu připustila vyrovnání ušlé výživy výhodou v podobě výnosů z nabytého dědictví, na druhou stranu nicméně zapověděla tutéž škodu snížit o plnění z obnosového typu soukromoprávního pojištění. Rozdíl v obou případech spočívá v tom, jak zůstavitel za svého života se svým majetkem nakládal, zda jej investoval do životního pojištění (odmítnutí zohlednění výhody) nebo nikoliv a nechal jej na bankovním účtu (připuštění zohlednění výhody v podobě výnosů z dědictví). Podle Kuhna jde o právně velmi spornou diferenciaci, zejména s ohledem na zásadu rovnosti.

¹⁰⁵ THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*, s. 45.

¹⁰⁶ KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*, s. 4.

¹⁰⁷ Viz např. LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 503 a 506; či PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 300. Opačně např. PRÜTTING, H. – WEGEN, G. – WEINREICH G. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, s. 395.

¹⁰⁸ PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 302 a 303; či THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*, s. 64 a 81.

¹⁰⁹ KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*, s. 4.

Při pohledu na doktrinární texty zabývající se problematikou vyrovnání újmy prospěchem zjistíme, jak různorodě mohou být skupiny případů vytvořeny. Tak například:

- s ohledem na původce výhody;
- podle povahy výhody;
- podle právního důvodu vzniku výhody;
- podle toho, zda se jedná o dvou nebo třístranné právní poměry; či
- podle kauzální blízkosti výhody ke škodě.¹¹⁰

Pokud jde o konkrétně vytvořené skupiny případů, lze pro ilustraci předestřít jednak přístup ryze doktrinární (Lange a Schiemann) a jednak přístup zastávaný v komentářové literatuře (Grüneberg).

Lange a Schiemann:¹¹¹

- 1) výhody vzniklé bez přičinění poškozeného ani třetí osoby (např. ušetřené náklady či případy šťastné náhody);
- 2) výhody vzniklé z vlastního jednání poškozeného (např. výdělečná činnost poškozeného);
- 3) vyživovací povinnost třetí osoby;
- 4) dobrovolná plnění třetích osob;
- 5) plnění ze soukromoprávního pojištění;
- 6) plnění ze systému sociálního zabezpečení;
- 7) plnění poskytovaná podle zákona o úřednících;
- 8) plnění vycházející z pracovněprávních vztahů.

Grüneberg:¹¹²

- 1) vlastní výdělečná činnost poškozeného;
- 2) výhodné smlouvy, smluvní řetězce;
- 3) plnění ze soukromoprávního pojištění;
- 4) plnění ze systému sociálního zabezpečení;
- 5) vyživovací povinnost;
- 6) jistoty, hodnota nebo náhrady za poskytnutá plnění;
- 7) dědictví;
- 8) užitky;
- 9) daňové výhody;
- 10) problematika „nové za staré“;
- 11) různé (např. případy šťastné náhody).

¹¹⁰ Pro přehled viz např. THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*, s. 25.

¹¹¹ LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 502 an.

¹¹² PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 298 an.

Z uvedených příkladů je zřejmé, že část případů je zařazována do stejných skupin a část nikoliv. Stejně tak ne vždy doktrína dochází v rámci jednotlivých skupin ke stejnému řešení.¹¹³ A je to pochopitelné, problematika vyrovnání újmy prospěchem, jak bylo již zmíněno, se vyznačuje úzkou spjatostí, respektive závislostí na hodnotovém úsudku, čemuž je názorová rozkolísanost inherentní.

I přesto lze spatřovat východisko řešení problematiky vyrovnání újmy prospěchem jako celku v tvorbě skupin případů s obdobnými rysy a jejich následným posuzováním na základě předestřených kritérií za účelem zohlednění všech relevantních okolností. Orientace na kazuistiku totiž mimo jiné napomáhá naplňovat kautelu právní jistoty a předvídatelnosti práva v tak mnohohrstevné a pestré problematice, jakou je vyrovnání újmy prospěchem.

4. Společné otázky

Závěr článku je věnován vybraným otázkám zasahujícím do problematiky vyrovnání újmy prospěchem jako celku. Nejprve bude pojednáno o důsledcích zařazení této problematiky do systému civilního deliktčního práva, následně o explicitní a implicitní zákonné regulaci některých případů a konečně o otázkách souvisejících s přípustností zohledňování nemajetkových výhod.

4.1 Důsledky zařazení problematiky vyrovnání újmy prospěchem do systému civilního deliktčního práva

Při vlastním určování výše náhrady škody vyvstává otázka právní povahy zohlednění výhody. Jedná se o samostatnou pohledávku vzniklou na základě zvláštního právního titulu, nebo se tak děje na základě námítky (jednostranného právního jednání) škůdce, nebo toliko *ipso iure*?

Zahraniční právní řády zařazují problematiku vyrovnání újmy prospěchem do systému civilního deliktčního práva, pro zohlednění výhody v rámci určení výše škody proto nevyžadují ani samostatné právní jednání,¹¹⁴ ani se nejedná o pohledávku vzniklou na základně zvláštního právního jednání, která se by se proti náhradě škody započítávala.¹¹⁵ Z tohoto důvodu se rovněž v tomto ohledu neužijí pravidla bránící za určitých okolností započtení (např. ustanovení § 1988 odst. 2 občanského zákoníku). Výhoda snižuje vyšší nahrazované škody tzv. *ipso iure*.¹¹⁶

Právním „titulem“ pro zohlednění výhody oproti škodě je tedy samotné civilní deliktční právo, respektive povinnost k náhradě škody. Jak bylo uvedeno v kapitolách výše, poškozený nesmí být poskytnutou náhradou bezdůvodně obohacen, ani zkrácen. Má být, pokud možno, uveden do pozice, v níž by se nacházel při absenci škodní události. A právě

¹¹³ Názorně působí výčet provedený Thüssingem, který analyzoval doktrinární přístupy k řešení některých známých případů, jednou se závěrem 18 pro ke 2 proti, jindy 4 pro ku 3 proti. THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*, s. 24.

¹¹⁴ Viz např. BGH XI ZR 536/14 ze dne 23. 6. 2015: „Inbesondere bedarf es keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schädigers.“ Dostupné z: <<https://dejure.org>>.

¹¹⁵ Viz např. LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 487; či PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 298; či KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*, s. 19 an.

¹¹⁶ LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 487.

mezi okolnosti, které ze zákona snižují výši škody, je třeba řadit i vzniklé výhody. Nejde o to, že by část škody měl nést poškozený ze svého, nýbrž o otázku, zda škoda díky výhodě vznikla v celkově nižší výši.¹¹⁷ Český Nejvyšší,¹¹⁸ respektive Ústavní soud¹¹⁹ v případě výhody vzniklé na základě plnění orgánu sociálního zabezpečení (příspěvek na péči) dospěly k závěru, že škoda v rozsahu předmětné výhody vůbec nevzniká.¹²⁰

4.2 Explicitní a implicitní zákonná regulace případů vyrovnání újmy prospěchem

I když právní řády, včetně českého, neobsahují komplexní pravidlo regulující vyrovnání újmy prospěchem, neznamená to, že neexistují ustanovení reagující na tuto problematiku v konkrétních případech, respektive pro vybrané typy výhod.

V této souvislosti lze rozlišovat jednak explicitní zákonná pravidla a jednak právní úpravu implicitní. V obou případech jde *de facto* o zákonodárcem vyjádřenou hodnotovou kazuistiku, jinými slovy o předem učiněné vážení protichůdných zájmů za typově shodných skutkových okolností v důsledku ulehčující interpretaci i aplikaci práva.

Co se týče explicitních pravidel, lze z českého práva kupř. zmínit oblast soukromoprávního pojištění obnosového typu a ustanovení § 2822 občanského zákoníku: „*Právem na plnění z obnosového pojištění není dotčeno právo na náhradu škody nebo jiné právo proti tomu, kdo je povinen škodu nahradit.*“ Z toho lze bez dalšího odvodit, že výhoda spočívající v plnění z obnosového typu pojištění nesnižuje celkovou výši náhrady škody. Jinými slovy, vyrovnání újmy prospěchem je zde zapovězeno.

Další typickou oblastí práva vyznačující se explicitní regulací případů vyrovnání újmy prospěchem je povinnost k náhradě škody způsobené ublížením na zdraví – viz „katalog“ jednotlivých druhů náhrad.¹²¹ V zásadě platí, že dávka vyplacená ze systému sociálního zabezpečení jako výhoda (pohřebné, nemocenské, invalidní důchod, sirotčí, vdovský a vdovecký důchod) snižuje celkovou výši toho kterého druhu nahrazované škody (nákladů pohřbu, ztráty na výdělků po dobu pracovní neschopnosti a po jejím skončení, ušlou výživu).¹²²

¹¹⁷ Viz KUHN, R. *Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht*, s. 19 an.

¹¹⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1707/2017 ze dne 31. 10. 2018.

¹¹⁹ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 4194/18 ze dne 28. 1. 2020.

¹²⁰ „16. Dále Ústavní soud konstatuje, že interpretace provedená Nejvyšším soudem, dle které nárok podle § 449 občanského zákoníku v rozsahu vypláceného příspěvku na péči podle zákona o sociálních službách nevzniká, není v extrémním rozporu s principy spravedlnosti, tudíž není zde otevřen prostor pro kasační zásah Ústavního soudu [srov. náleze ze dne 8. 7. 1999 sp. zn. III. ÚS 224/98 (N 98/15 SbNU 17), náleze ze dne 11. 9. 2001 sp. zn. II. ÚS 738/2000 (N 134/23 SbNU 273), náleze ze dne 7. 11. 2006 sp. zn. IV. ÚS 369/06 (N 206/43 SbNU 303) a mnoho dalších]. Nelze se v tomto ohledu ztotožnit s argumentací stěžovatelky, že skutečná škoda podle § 442 občanského zákoníku zde vzniká vykonáním úkonu péče a naopak nevznikala za předchozí úpravy příspěvku podle zákona o sociálním zabezpečení, když ten byl vyplácen přímo pečující osobě. Jak vyložil Nejvyšší soud, skutečná škoda podle § 442 občanského zákoníku zde nemůže vzniknout, když poškozený pečující osobě ničeho v rozsahu vypláceného příspěvku na péči nehradil a s ohledem na účelové určení tohoto příspěvku ani hradit nemohl (srov. např. Švestka, Jiří a kol. *Občanský zákoník I, II. 2.* vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2009, s. 1281). Tuto situaci lze připodobnit k těm nákladům spojeným s léčením, které jsou hrazeny ze systému veřejného zdravotního pojištění, když nárok podle § 449 občanského zákoníku poškozenému v tomto rozsahu nevzniká (což neovlivňuje odpovědnostní vztah mezi škůdcem a zdravotní pojišťovnou, která tyto zdravotní služby uhradila). Podobně nelze – jak správně dovedl Nejvyšší soud – dovodit existenci nároku na náhradu nákladů spojených s léčením, které jsou hrazeny příspěvkem na péči podle zákona o sociálních službách.“

¹²¹ Ustanovení § 2960 an. občanského zákoníku.

¹²² Viz ustanovení § 2961, 2962, 2963 a 2966 o. z.

Oproti výslovným pravidlům nalezneme implicitní právní úpravu vyrovnání újmy prospěchem tam, kde zákonodárce zakotvil zákonnou cesí pohledávky na náhradu škody, regresní nárok nebo jiný obdobný instrument zajišťující zdroji výhody její návratnost. Příklad lze opět nalézt v oblasti soukromoprávního pojištění, nicméně škodového typu. Podle ustanovení § 2820 odst. 1 občanského zákoníku zjednodušeně platí, že pokud vzniklo v souvislosti s pojistnou událostí poškozenému proti jinému právo na náhradu škody, přechází tato pohledávka okamžikem výplaty pojistného plnění na pojišťovnu, a to až do výše vyplaceného pojistného plnění. Zákonodárce tedy normuje, že poškozenému současně nenáleží náhrada škody a ještě pojistné plnění (výhoda).

Část doktríny nicméně v těchto případech zastává názor, že uvedený regulační přístup vylučuje vyrovnat újmu prospěchem (výhodu zohlednit), a to poukazem na fakt, že přejít může jen „něco“, co existuje.¹²³ Pokud by totiž došlo vyplacením pojistného plnění k vyrovnání újmy, znamenalo by to současně snížení povinnosti nahradit újmu o toto plnění vyplacené pojišťovnou a zánik pohledávky na (část) náhrady újmy. Přejít by pak zákonnou cesí nemělo co.¹²⁴ Důležité pro účely teorie vyrovnání újmy prospěchem nicméně je, že zákonná cese implicitně zabraňuje zohlednění výhody (pojistného plnění) ve prospěch škůdce a současně explicitně určuje „osud“ povinnosti k náhradě škody.

4.3 Přípustnost zohledňování nemateriálních výhod?

Výhody vzniklé škodní událostí nemusí být vždy pouze majetkového charakteru. Lze si např. představit situace z oblasti zdravotnického práva, v nichž protiprávní postup poskytovatele zdravotních služeb vyústí na straně pacienta vedle újmy na zdraví také vznikem nemajetkové výhody, například v podobě „ušetřených“ bolestí nebo zlepšení zdravotního stavu eliminací určitého onemocnění. V této souvislosti vyvstává otázka, zda je možné nemajetkovou újmu (na zdraví) vyrovnat předmětnými nemajetkovými výhodami.

Německá i rakouská doktrína, a ostatně i judikatura, zastávají názor, že nemajetkové výhody lze oproti nemajetkové újmě na zdraví zohledňovat, i když nikoliv *stricto sensu* podle teorie vyrovnání újmy prospěchem.¹²⁵ Například německá doktrína podpořená judikaturou BGH pro toto tvrzení vychází z dikce ustanovení § 253 odst. 2 BGB,¹²⁶ podle něhož může být za nemajetkovou újmu požadováno *spravedlivé odškodnění* v penězích. A právě odkaz na *spravedlnost* odškodnění znamená zohlednění všech v potaz přicházejících

¹²³ Např. LANGE, H. – SCHIEMANN, G. *Schadensersatz*, s. 495.

¹²⁴ WELSER, R. – ZÖCHLING-JUD, B. *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, s. 400–401.

¹²⁵ THÜSING, G. *Wertende Schadensberechnung*, s. 37. ERM, D. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013, s. 237, či PLETZER, R. *Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld?*, s. 423, či SCHIEMANN, G. In: HUBER, Ch. – JAEGER, D. – LUCKEY, J. *Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag*. Luchterhand Verlag, 2014, s. 413. Z judikatury viz např. OGH 6 Ob 558/91 ze dne 4. 7. 1991, dostupné z: <<https://www.ris.bka.gv.at>>, nebo BGHZ 86, 240 (241) ze dne 18. 1. 1983, dostupné z: <<https://dejure.org>>.

¹²⁶ „Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.“ [Vlastní překlad autorů: „Má-li být v důsledku zásahu na těle, zdraví, svobodě nebo sexuálním sebeurčení poskytnuta náhrada újmy, může být i za újmu, která není újmou majetkovou, požadováno spravedlivé odškodnění v penězích.“]

okolností případu, kterými jsou zřetelně i z protiprávního jednání vzniklé výhody.¹²⁷ V českém právu v této souvislosti srov. druhou větu ustanovení § 2958 občanského zákoníku navazující odškodnění za nemajetkovou újmu při ublížení na zdraví na zásady *slušnosti*, které směřují k zohlednění všech okolností jednotlivého případu.¹²⁸

Takovému postupu ostatně odpovídá i požadavek na určitý vnitřní vztah (kongruenci) mezi výhodou a nevýhodou, jelikož oba zasažené právní statky jsou stejného druhu, jsou ideální.

Závěr

Cílem předkládaného článku bylo obecně představit problematiku vyrovnání újmy prospěchem. Úvodní výklady byly věnovány základnímu vymezení této problematiky, včetně jejího předmětu. Následovalo shrnutí vývoje teorie vyrovnání újmy prospěchem, doktrinární názory a judikatorní východiska nevyjímaje. V rámci výkladu bylo rovněž pojednáno o kritériích, podle kterých se případy vyrovnání újmy prospěchem posuzují, stejně tak jako o jejich zařazování do skupin (*Fallgruppen*). Závěr článku se zaměřil na vybrané společné otázky, zejména na důsledky zařazení této problematiky do systému civilního deliktního práva a na explicitní a implicitní zákonnou regulaci.

V široké míře bylo v rámci článku pracováno se zahraničními zdroji, zejména německými a rakouskými. V porovnání s českými zdroji se uvedené právní řády problematikou vyrovnání újmy prospěchem zabývají dlouhodobě a koncepčně, což značí nejen robustní doktrinární základnu a judikatorní praxi, ale také potenciál argumentační přesvědčivosti. Za inspiraci pro české právo tak mohou sloužit nejen z těchto důvodů, ale rovněž pro svoji kulturní i geografickou blízkost a s tím související vliv na formování našeho práva.

Z provedeného výkladu vyplynula zřetelná závislost problematiky vyrovnání újmy prospěchem na hodnotovém posuzování (*wertende Betrachtung, value judgment*), s čímž koreluje nejen argumentační rozkolísanost, ale také přítomná diskrepance při posuzování jednotlivých případů. V rámci problematiky vyrovnání újmy prospěchem nejde v konečném důsledku o nic jiného než o vyvažování navzájem protichůdných zájmů a o spravedlivé rozhodování konkrétních případů. Tomu mají napomáhat nejen předestřená kritéria, ale také zařazování jednotlivých případů do skupin s podobnými rysy.

¹²⁷ Viz rozhodnutí BGH GSZ 1/55 ze dne 6. 7. 1955: „Bei der Festsetzung dieser billigen Entschädigung dürfen grundsätzlich alle in Betracht kommenden Umstände des Falles berücksichtigt werden [...]“ [Vlastní překlad autorů: „Při stanovení tohoto spravedlivého odškodnění mohou být v zásadě zohledněny všechny v úvahu připadající okolnosti případu [...].“] Dostupné z: <<https://dejure.org>>.

¹²⁸ Podrobněji viz MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník – velký komentář*. Svazek IX. § 2894–3081, s. 998.

Hranice autonomie vůle v právu obchodních korporací (strukturální úvahy)

Bohumil Havel* – Vlastimil Pihera**

*Freiheit sei nicht begründungsbedürftig.*¹

Pravda jest souhlas myšleného (představ) se skutečným.

Skutečné není než myšlené (duševní).

*Pravda jest souhlas myšleného s myšleným;
není tedy než dobré uspořádání myšleného.*²

Abstrakt: Současné české soukromé právo zpravidla nedostatečně odlišuje tzv. statusové otázky od jiných případných důvodů neplatnosti autonomní regulace obchodních společností. V článku se autoři pokouší i s využitím německé doktríny prokázat, že obsah skupiny statusových otázek je omezený a váže na princip numerus clausus, což je v občanském zákoníku kategorie odlišná od veřejného pořádku. Článek současně poukazuje na to, že je vždy potřeba zkoumat konkrétní okolnosti případu, zejména má-li být aplikován veřejný pořádek, a snaží se popsat možnou obecnou interpretační metodologii.

Klíčová slova: autonomie vůle, soukromé právo, soukromí, kapitálová společnost, smlouva, kogentní normy, dispositivní normy

Úvodem

Máme za to, třeba společně s Kallabem, že cesta k poznání má/musí odlišit poznatek a zážitek,³ protože pokud skutečnost jen zažijeme, málokdy ji skutečně poznáme. Ostatně i uchopení člověka civilistickou normativitou předpokládá dichotomii rozumu a citu (§ 19 o. z.), tedy schopnost jednotlivce obě tyto složky nejen odlišit, ale také využít (prožít). Máme rovněž za to, že významnou z cest, kterak ze zážitků a pocitů dovodit replikovatelné poznání, je vytvoření a/nebo využití metody, zejména hledáme-li abstraktní či alespoň zobecňující model, který by měl být použitelný pro různé budoucí skutečnosti (jevy). A konečně, máme za to, že metoda má smysl i tehdy, pokud se poznatky učiněné bez ní a poznatky učiněné s ní obsahově překrývají, a to nejen pro předvídatelnost metody, ale zejména pro její věrohodnost. Vždyť, řečeno velkým Karteziánem „*mnohem lepší je na*

* Doc. JUDr. Bohumil Havel, Ph.D., je výzkumným pracovníkem Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., a of counselem v PRK Partners. Článek byl zpracován v rámci projektu Grantové agentury ČR reg. č. 19-24949S *Srovnání českého korporálního práva s OECD principy Corporate Governance jakožto mezinárodního standardu a vybranými evropskými jurisdikcemi*.

** JUDr. Vlastimil Pihera, Ph.D., je výzkumným pracovníkem Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., a partnerem v advokátní kanceláři Kocián Šolc Balaščík. Článek byl zpracován v rámci projektu Grantové agentury ČR reg. č. 19-24949S *Srovnání českého korporálního práva s OECD principy Corporate Governance jakožto mezinárodního standardu a vybranými evropskými jurisdikcemi*.

1 Dle zprávy o diskusi in: LUTTER, M. – WIEDEMANN, H. (Hrsg.) *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europa und USA / 11. ZGR-Symposion „25 Jahre ZGR“*. Berlin – New York: de Gruyter, 1997, s. 148.

2 TILSCH, E. *Aforismy a myšlenky*. Praha: Jednota právnická, 1916, s. 48.

3 KALLAB, J. *Úvod ve studium metod právnických*. Brno: Barvič & Novotný, 1920, s. 53 an.

*hledání pravdy nějaké věci radši nikdy ani nepomyslet, než to podnikat bez metody: je totiž naprosto jisté, že následkem bádání vedeného bez řádu a temných meditací se zamlžuje přirozené světlo, rozum se oslepuje. A kdokoliv si zvykne takto chodit v temnotách, otupí natolik ostrost svého zraku, že potom ani nemůže snést nezastřené světlo.*⁴

Víme samozřejmě, že metod poznání je (dnes) mnoho, často souvisí s osobním nastavením, vkusem či ambicemi poznávajícího, nicméně je-li zvolená metoda korektní, dává obhajitelné závěry a je pak věcí hodnotové úvahy, zda se má použít. Ani v metodologii se tak neztrácí onen austenovský rozum a cit, protože metoda dává obhajitelnost cestě, nikoliv nutně jejím závěrům. Nesnažíme se proto v dalších řádcích stavět metodu nade vše, jen se pokusíme vysvětlit, proč máme za potřebnou metodu (metody) mít a používat ji (je), aby se lidé neztratili v oněch temnotách, zejména pokud platí, že jednou z klíčových rolí soudů je redukovat komplexitu práva.⁵

Role autonomie vůle, kterou vnímáme nejen jako kantovsky zásadní, ale zejména jako „kompetenci a právo jednotlivce utvářet si vlastní záležitosti samostatně a na vlastní odpovědnost podle jeho vlastní vůle“,⁶ a to i prostřednictvím právnické osoby, představuje jednu ze základních otázek postavení právnických osob, která byla a zůstává (především v souvislosti s právem obchodních korporací) hojně diskutována v řadě jurisdikcí. Dotýká se samotné povahy zákonné úpravy obchodních korporací, v níž se setkávají různé myšlenkové proudy. Koncepční myšlenka právnické osoby představující určitý transcendentní prvek⁷ spojený tradičně s veřejnou mocí nachází historický odraz v koncepci obchodních společností s právní osobností a (tedy) s omezeným ručením společníků. Jejich vývoj skrze náboženské a cechovní organizace veřejného práva byl historicky vázán na akt veřejné moci ve formě koncese, jejíž udělení bylo podmíněno splněním určitých zákonných požadavků kladených na obsah stanov a organizaci obchodní společnosti, přičemž povaha těchto ustanovení byla svou povahou zásadně kogentní. Na druhou stranu společnosti bez právní osobnosti (*societas*) a (tedy) bez omezeného ručení společníků jsou tradičně pevně zakotveny v soukromém smluvním právu, a tedy se v nich prosazoval zásadně princip smluvní svobody.⁸ Tyto původně protichůdné historické koncepty se v moderním právu obchodních korporací organicky mísí, což vytváří specifické prostředí, které ponechává velký prostor interpretaci a současně klade vyšší nároky na její kvalitu a metodologickou obhajitelnost.

Ani český diskurs v tomto ohledu není výjimkou. Otázkou hranic autonomie vůle v právu obchodních korporací a právnických osob vůbec se v posledních letech zabývala řada autorů.⁹ Specifickou roli v tuzemských diskuzích hraje § 1 odst. 2 o. z., který zakazuje

4 DESCARTES, R. *Pravidla pro vedení rozumu*. Praha: OIKOYMENH, 2000, pravidlo IV., s. 29.

5 Aplikací konkrétních norem, konkrétních interpretačních metod a závěrů – srov. např. ONDŘEJEK, P. In: SOBEK, T. – HAPLA, M. a kol. *Filosofie práva*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2020, s. 218 an.

6 ELIÁŠ, K. *První zásada soukromého práva. Zásada autonomie vůle: respekt ke způsobilosti člověka tvořit si vlastní životní poměry*. Praha: Linde, KJT, 2019, s. 17 an., nebo ELIÁŠ, K. *První zásada soukromého práva (Zásada autonomie vůle: respekt ke způsobilosti člověka tvořit si vlastní životní poměry)*. *Právní obzor*. 2019, roč. 102, č. 5, s. 375–389.

7 Ostatně první s dnešním pojetím funkčně srovnatelnou právnickou osobou byla zřejmě (katolická) církev, později rovněž univerzity, ať již založené akademickým stavem (např. Univerzita v Cambridge) nebo panovníkem (např. Univerzita Karlova).

8 HOPT, K. J. *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa*. In: LUTTER, M. – WIEDEMANN, H. *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europa und USA / 11. ZGR-Symposium „25 Jahre ZGR“*, s. 124.

9 Např. PELIKÁN, R. *Kogentní a dispozitivní ustanovení v novém zákonu o obchodních korporacích*. *Obchodněprávní revue*. 2012, č. 9, s. 246 an.; HAVEL, B. *O kogentnosti, vypořádání újmy a ručení vlivné osoby ve světle nového soukro-*

„*ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob*“. Podle převládajících názorů se zde stanoví kritéria pro určení kogentních norem, kterým je tedy též „*právo týkající se postavení právnických osob*“¹⁰ – hovoří se zde o statusových otázkách. Je pak proto logické, že nikoli každé pravidlo ze skupiny ustanovení upravujících poměry právnických osob patří současně do skupiny statusových otázek, tedy ne každé takové ustanovení má být kogentní. Ostatně nejen Nejvyššího soud konstatoval, že patří mezi statusové otázky jen některá z nich,¹¹ ale obdobnou stratifikaci provádí i doktrína. Mezi statusové otázky právnických osob tak různí autoři řadí „*stanovení jejich typů*“,¹² „*základní organizační strukturu jednotlivých forem korporací*“,¹³ „*základní soubor jejich charakteristických znaků, mj. i organizační struktura, resp. její typové minimální znaky*“,¹⁴ „*základní otázky týkající se orgánů obchodní korporace*“,¹⁵ „*minimální kompetenční strukturu povinných orgánů právnické osoby*“¹⁶ nebo „*jádro – podstatu podílu*“ ve společnosti.¹⁷

Ve světle výše uvedeného přehledu je dobré se tedy ptát, zda koncept statusových otázek právnických osob přináší zvláštní korektiv autonomie vůle, který by přistupoval, respektive jakkoli modifikoval obecnou úpravu neplatnosti právních jednání, jak naznačuje logická struktura § 1 odst. 2 o. z.? Je proto existence „statusových otázek“ něčím, co odlišuje úpravu právnických osob od jiných soukromoprávních institutů? Nebo jsou statusové otázky pouhou reflexí fiktivnosti¹⁸ právnické osoby v rámci obecných, všeobecně platných kritérií pro určení hranic autonomie vůle a právní úprava právnických osob se tak v žádném ohledu nevyvíjí metodologickým konceptům jiných oblastí soukromého práva? Odpověď na tyto otázky považujeme za zásadní pro další posun diskuse, jejíž kontury se

mého práva. *Obchodněprávní revue*. 2013, č. 1, s. 13 an.; MELZER, F. Dispositivní a kogentní normy v novém občanském zákoníku. *Právní rozhledy*. 2013, č. 7, s. 253 an.; HAVEL, B. Úvahy ke statusovým limitům smluvní podstaty korporace. *Právní obzor*. 2014, č. 4, s. 377 an.; HURDÍK, J. Kogentnost a dispositivnost ustanovení nového občanského zákoníku o právnických osobách. Ke vzájemné použitelnosti ustanovení o nadacích a nadačních fondech. *Právní rozhledy*. 2014, č. 7, s. 229 an.; ELIÁŠ, K. K pojetí dispositivního práva v občanském zákoníku. *Bulletin advokacie*. 2015, č. 9, s. 13 an.; EICHLEROVÁ, K. Může být jednatel ustanoven do funkce jinak než valnou hromadou? In: *Dny práva 2015. Část I. – Zákonná regulace v. smluvní úprava?* Brno: Acta Universitas Brunensis, 2016, s. 41 an.; RONOVSKÁ, K. – HAVEL, B. Kogentnost úpravy právnických osob a její omezení autonomie vůle, nebo vice versa? *Obchodněprávní revue*. 2016, č. 2, s. 33 an.; HURYCHOVÁ, K. Schvalování odměn členů orgánů akciových společností. *Obchodněprávní revue*. 2016, č. 11–12, s. 305 an.; HAVEL, B. Statusové otázky při správě obchodních korporací. In: EICHLEROVÁ, K. a kol. (eds). *Rekodifikace obchodního práva – pět let poté. Svazek I. Pocta Stanislavě Černé*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 3 an.; ŠUK, P. Kogentnost a dispositivita korporátního práva – hledání hranic. *Ad Notam*. 2019, č. 3, s. 3 an.; LÁLA, D. *Druhy podílů v kapitálových společnostech*. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 30 an.

¹⁰ Srov. např. MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník. Velký komentář. Svazek I*. Praha: Leges, 2013, s. 63; PETROV, J. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 12.

¹¹ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. 7. 2018, sp. zn. 29 Cdo 3307/2016.

¹² ELIÁŠ, K. *K pojetí dispositivního práva v občanském zákoníku*, s. 17.

¹³ PELIKÁN, R. *Kogentní a dispositivní ustanovení v novém zákonu o obchodních korporacích*, s. 246.

¹⁴ HURDÍK, J. *Kogentnost a dispositivnost ustanovení nového občanského zákoníku o právnických osobách. Ke vzájemné použitelnosti ustanovení o nadacích a nadačních fondech*, s. 229.

¹⁵ EICHLEROVÁ, K. *Může být jednatel ustanoven do funkce jinak než valnou hromadou?*, s. 46.

¹⁶ RONOVSKÁ, K. – HAVEL, B. *Kogentnost úpravy právnických osob a její omezení autonomie vůle, nebo vice versa?*, s. 35.

¹⁷ LÁLA, D. *Druhy podílů v kapitálových společnostech*, s. 47.

¹⁸ Dříve než budeme napadáni, že preferujeme teorii fikce, jedno že tak skutečně činíme, uvádíme, že dále uvedené závěry jsou podle našeho názoru aplikovatelné na právnické osoby podle § 20 odst. 1 o. z., respektive obchodní společnosti bez ohledu na tyto teoretické preference. Normativní odraz právnické osoby v otázce jejího statusu podle § 1 odst. 2 o. z. je myslíme nezávislý na to, zda vyjdeme z teorie fikce, reality nebo smíšené koncepce.

dnes poněkud ztrácejí v oparu nejasných představ a neurčitých pojmů, kdy se mnozí až příliš snadno uchylují v podstatě jen ke knappovskému intuitivismu.¹⁹

Podotýkáme pro pořádek, že by bylo jistě možné metodologicky také uvažovat, že občanský zákoník ve vztahu k statusovým otázkám uvažoval pouze o statusu člověka (jak ostatně implikuje i čl. 19 švýcarského obligičního zákona využitím slov *Recht der Persönlichkeit / droits attachés à la personnalité*)²⁰ a otázky právnické osoby ponechal v režimu veřejného pořádku, a to protože výslovně odmítl antropologizaci právnické osoby. Tento metodologický přístup bychom chápali jako pochopitelný a důsledný, nicméně protože snad veškerá doktrína o aplikovatelnosti statusových otázek na právnické osoby nepochybuje, pouze ho zmiňujeme a dále nerozvíjíme.

1. Podstata obchodní společnosti, závazné typy a institucionální teorie

Velký myšlenkový vliv na úvahy o hranicích autonomie vůle v oblasti obchodních společností má zákonná typologie právnických osob, respektive úvahy o určující povaze těchto typů. To je zjevné i z dosavadní tuzemské diskuse, kdy, pokud se nehovoří přímo o typech právnických osob jako určujícím kritériu, zřejmě s touto myšlenkou mnozí pracují, hovoří-li o statusových otázkách coby „základních“ či „minimálních“ prvcích zákonné úpravy obchodních korporací. V této souvislosti lze funkčně odkázat především na německou právní teorii, která se již od padesátých let minulého století opakovaně zabývala otázkou, zda lze existenci určitých hranic autonomie vůle v oblasti obchodních společností vymezit odkazem na povahu společnosti nebo její určité formy, případně na její zákonnou typologii nebo její funkci coby právní instituce. Argumentace těmito kategoriemi se pokouší postihnout určitý fenomén, který představuje nad jednotlivými právními normami stojící holistický koncept.²¹

Podstatou věci (*Wesen der Sache*) nebo určitého právního institutu bývá myšlena určitá zvlášť výrazná vlastnost, respektive úhrn nebo kvintesence těchto vlastností.²² Podstatu právního institutu pak nevyjadřují všechny jej definující znaky, ani znaky nejběžnější, ale pouze znaky podstatné, které současně představují vůdčí zákonodárný záměr.²³ Též se hovoří o povaze věci (*Natur der Sache*), které někteří, především pod vlivem přirozeno-právní teorie, přiznávají normativní povahu.²⁴ Tyto úvahy dále vedou k závěru, že žádné

¹⁹ Srov. KNAPP, V. O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*. 1995, č. 1 s. 2 an.; odkazovaný in mj. ELIÁŠ, K. *K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku*, s. 15, nebo in ŠUK, P. *Kogentnost a dispozitivita korporátního práva – hledání hranic*, s. 6.

²⁰ Lze citovat čl. 19 odst. 2 švýcarského obligičního zákona, vč. jeho anglického překladu na oficiálních federálních stránkách FedLex – „Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.“ / „La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité“ / „Clauses that deviate from those prescribed by law are admissible only where the law does not prescribe mandatory forms of wording or where deviation from the legally prescribed terms would contravene public policy, morality or rights of personal privacy.“

²¹ KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, s. 222.

²² WESTERMANN, H. P. *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*. Berlin: Springer-Verlag, 1970, s. 57.

²³ *Ibidem*, s. 93.

²⁴ KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 223.

ujednání se nesmí přičít podstatě obchodní společnosti nebo jejího typu. Nezdá se však, že by byl argument podstatou, případně povahou věci metodologicky přínosným. Pokud totiž stojí sám o sobě bez toho, aby současně určoval konkrétní obsahová kritéria pro vymezení oné podstaty/povahy obchodní společnosti, je příliš neurčitý, a proto v podstatě nepoužitelný „kryptoargument“.²⁵ „Každý pokus popsat povahu společnosti končí u jejích konkrétních znaků s tím, že pokud vůbec, pak jen tyto konkrétní znaky a nikoli jakási abstraktní povaha společnosti mohou být vodítkem pro stanovení hranic smluvní volnosti v právu obchodních společností“.²⁶ Kunz konstatuje, že odůvodňovat omezení autonomie vůle konceptem, kterému ve všech ohledech chybí jasné kontury, hrozí vyprázdněním principu svobodného utváření soukromoprávních vztahů.²⁷

Určitou variantou argumentu povahou věci je vyvozování samostatného (nepsaného) korektivu autonomie ze zákonné typologie obchodních korporací (*Typenlehre*). Vychází z úvahy, že „zákonné typy společností by měly být chráněny před právní ochrany nehodnými nebo její strukturu cizími prvky. Toto institucionální omezení smluvní autonomie by mělo zajistit, aby forma a obsah představ zákonodárce a zakladatelů o fungování společnosti zůstaly v nezbytně nutném rozsahu vzájemně slučitelné.“²⁸ „Podstatou typologického pojetí je naznat vnitřní konstrukci komplexu zákonných norem, jeho strukturu. Struktura určitého typu je dále chápána jako projev podřízení určitého aspektu jednotlivé normy hlavnímu principu [orig. *Leitprinzip*], který související normy spojuje.“²⁹ Ani tato ambiciózní a vágní konstrukce se však ve výsledku nedočkala obecného přijetí. Jednotlivé prvky určitého typu právnické osoby jsou stupňovatelné, mohou se vyskytovat s různou intenzitou, a tedy nelze jednoduše usuzovat na to, zda jsou či nejsou přítomny. I úplná absence jednoho z prvků může být vyvážena posílením jiného, aniž by se tím celek dostal mimo rámec hlavního východiska daného typu.³⁰ Jak podotýká Kunz, „již sama skutečnost, že zastánci této teorie dodnes nebyli schopni definovat jasná kritéria, která by umožňovala definovat kritickou hranici nepřijatelného odchýlení se od zákonného typu, mluví sama za sebe. Co se týká donucujících účinků zákonných typů v právu obchodních korporací, je diskuse dnes již uzavřena.“³¹

Poněkud odlišné úvahy o limitech autonomie vůle kladou na stůl zastánci sociologizující institucionální teorie. Ta pracuje s pojmem právního institutu, jímž rozumí „objektivním právem uspořádaný typický společenský vztah“.³² Právní institut je výsledkem procesu institucionalizace, jímž je mu vtisknuta určitá závazná podoba (*Gestalt*), čímž jsou současně stanoveny mantinely smluvní svobody³³. Tento proces³⁴ probíhá jednak v rovině zákonodárné, jednak v rovině aplikační praxe. Objektivní právo, které formuje právní

²⁵ WEBER, Ch. *Privatautonomie und Ausseneinfluss im Gesellschaftsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, s. 151.

²⁶ *Ibidem*, s. 151.

²⁷ KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, 228.

²⁸ KUHNS, O. *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1964, s. 37.

²⁹ WESTERMANN, H. P. *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, s. 110.

³⁰ WEBER, Ch. *Privatautonomie und Ausseneinfluss im Gesellschaftsrecht*, s. 151.

³¹ KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 229.

³² RAISER, L. *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht* In: UNIVERSITÄT TÜBINGEN (Hrsg.). *Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*. Tübingen: Mohr, 1963, s. 126 (cit. dle KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 233).

³³ SCHMIDT, K. *Gesellschaftsrecht*. 3. Auflage. Köln: Heymanns, 1997, s. 124.

³⁴ Ne nepodobný hayekovské tezi o spontánní genezi společnosti, kterou některé soukromoprávní instituce udržují v rovnováze.

instituty, zůstává vázáno na rozhodující společenský vztah coby sociologický jev.³⁵ Právní institut je v tomto smyslu chápán tedy funkcionálně, jako vyjádření sociálního účelu jednotlivých norem objektivního práva.³⁶ Narušení těchto účelů je pak vnímáno jako institucionální zneužití práva.³⁷ Mezi těmito účely se nejčastěji uvádí veřejný zájem, zájem na ochraně společníků a věřitelů, dále též zájem na zachování funkce určitých mechanismů ve společnostech.³⁸ Institucionální úvahy pak mají vést k „překonání zastaralých premís a zlepšení materiální spravedlnost pozitivního práva“.³⁹ Jak však uvádí Teichmann, jeden z jejích průkopníků, není myšlenka institucionální teorie v podstatě odlišná od teorie závaznosti zákonné typologie právnických osob, je spíše jen pokusem poskytnout těmto úvahám určitá materiální kritéria.⁴⁰

Přesto, anebo právě proto institucionální teorie problémy argumentu povahy nebo typu právnických osob neodstraňuje a je spíše intuitivním odleskem některých tezí hraničních věd z konce 19. století a začátku 20. století v Německu, které vytvářely dobovou (*völkisch*) metodologii stavící na podstatě německého národa a jeho institucí. Proto institucionální teorie neposkytuje odpověď na otázku, kde přesně takový právní institut začíná a kde končí,⁴¹ jaké konkrétní právní normy institut vytváří, ani na otázku, kdy určité odchýlné ujednání přestane korespondovat jeho určité funkci.⁴² Historické motivy, které se podílely na procesu institucionalizace, jsou jen omezeně relevantní pro aktuální výklad. Navíc zpravidla nelze identifikovat jediný, kontinuálně uplatňovaný ideový záměr. V mnoha případech nelze takové záměry, které by plně odůvodňovaly existenci určitého právního institutu, vůbec identifikovat. Identifikace těchto záměrů nás současně zpravidla nezbaví nutnosti další, definovanější argumentace. Za tímto účelem se pak jeví zbytečné odvolávat se na myšlenku historického sociálního vývoje, přičemž tedy nelze chápat institucionální teorii jako samostatnou metodu.⁴³

Skutečnost, že se teorie závaznosti zákonné typologie právnických osob ani institucionální teorie v německé doktríně neprosadily, bývá demonstrována na otázce přípustnosti komanditní společnosti, jejímž komplementářem by byla společnost s ručením omezeným (*GmbH&Co*). Jak uvádí Schmidt, ještě v padesátých letech byl této teorii v německé doktríně přikládán velký význam. Významné publikace o právu obchodních společností měly pak svorně za to, že existence takové komanditní společnosti je vyloučená, právě proto, že popírá neomezené ručení komplementáře coby hlavního principu komanditní společnosti.⁴⁴ Německý nejvyšší soud však již ve známém rozhodnutí ve věci *Rektorfall*

³⁵ KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 234.

³⁶ Tento přístup později obdobně rozvíjí např. G. Teubner v jeho tezích o reflexivním právu, kde preferuje institucionální pluralitu různých zdrojů normativity s akcentem na sociální spolupráci – TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law and Society Review*. 1983, Vol. 17, s. 255 an. – dostupné např. na SSRN: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896509> [cit. 2021-11-05].

³⁷ KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 234.

³⁸ SCHMIDT, K. *Gesellschaftsrecht*, s. 124.

³⁹ REUTER, D. FS Mestmäcker, s. 271 (cit. dle KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 235).

⁴⁰ TEICHMANN, A. *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*. München: Beck, 1970, s. 140 (cit. dle SCHMIDT, K. *Gesellschaftsrecht*, s. 124).

⁴¹ KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 237.

⁴² *Ibidem*, s. 238.

⁴³ *Ibidem*, s. 240.

⁴⁴ SCHMIDT, K. *Gesellschaftsrecht*, s. 119.

z roku 1966 tyto úvahy odmítl s tím, že „zákonná úprava typů právnických ponechává stranám široký prostor smluvní autonomii, a tedy i možnost stranám, aby ve větší či menší míře rozvolnily dispozitivní vztah mezi oprávněním jednat za společnost a ručením. Pokud by zákon zamýšlel něco jiného, formuloval by i zde, stejně jako v případech společností s ručením omezeným a ve větší míře v případě akciové společnosti, závazné právní zásady týkající se oprávnění jednat a odpovědnosti“.⁴⁵ Weber upozorňuje na podobné rozhodnutí německého nejvyššího soudu ve vztahu ke komanditní společnosti na akcie (KGaA) z roku 1997,⁴⁶ přičemž uzavírá, že „právo obchodních společností nespočívá na zákonné typologii, ale na svobodě jejich typů [orig. Typenfreiheit], kdy zákonem upravené typy společností jsou sice nazírány jako vyjádření určitých ideových východisek [orig. Leitbilder], které však jako celek nemají žádnou závaznost“.⁴⁷

Lze myslíme říci, že český diskurs je výše uvedenými tezemi některých německých doktrín ovlivněn, byť nejspíše intuitivně, a proto je zásadně přenositelná i jejich odborná kritika, při plném vědomí toho, že je-li stanovisko platného zákona suverénní, „není žalostnějších podniků než pokusy, vinterpretovati do slov zákona myšlenky jinde čerpané, byť o sobě dobré“.⁴⁸ Pravidlo obsažené v § 1 odst. 2 o. z. je však pochopitelně vágní, proto si myslíme, že využití myšlenek německé doktríny není jejich násilným přenosem, za který by nás Emil Svoboda pokáral.

Domníváme se proto, že stejně tak nemůže být zákonná úprava různých typů právnických osob samostatným východiskem pro vymezení okruhu statusových otázek v českém právu. To nicméně neznamená, že by rozdíly mezi různými modelovými typy právnických osob neměly v této diskusi hrát žádnou roli, nemohou však hrát roli autonomní, a nemožou se tak stát samostatným argumentem odůvodňujícím omezení autonomie vůle v oblasti právnických osob. Její hranice totiž není typologie právnických osob ze své vlastní povahy schopna vymezit. Především její reflexe v kontextu institucionální teorie však může být užitečná ve vztahu k dalšímu hledání materiálních kritérií limitů autonomie vůle v oblasti práva obchodních korporací.⁴⁹ Zákonem nastavená typologie totiž může mj. pomoci najít a popsat právní politiku, kterou zákonodárce při její formulaci zvolil, a tím sledovat i minimum toho, co zákonodárce pro existenci právnické osoby považoval za nutné (kogentně) stanovit, ať již v režimu statusových otázek nebo veřejného pořádku.

2. Statusové otázky jako vyjádření principu *numerus clausus*

V diskusích o kogentnosti právní úpravy právnických osob se v této souvislosti často objevuje argument uzavřeným výčtem (*numerus clausus*) právních forem právnických osob. Jeho význam zde může být různý. Předně je jím reflektována skutečnost, že právnická osoba představuje coby struktura ve smyslu § 20 odst. 1 o. z. právní fikci, kterou může založit / relevantně uznat pouze zákon. Zákon pak právní osobnost váže k jednotlivým právním formám právnických osob, přičemž každou právnickou osobu musí být možné podřadit pod některou z přípuštěných právních forem. Schmidt v této souvislosti hovoří

⁴⁵ Rozhodnutí sp. zn. II ZR 282/63 ze dne 17. 3. 1966.

⁴⁶ Rozhodnutí sp. zn. II ZB 11/96 ze dne 24. 2. 1997.

⁴⁷ WEBER, Ch. *Privatautonomie und Ausseneinfluss im Gesellschaftsrecht*, s. 153.

⁴⁸ SVOBODA, E. *Vůle vnitřní a vůle projevená právním činem*. Praha: nákladem vlastním, 1911, s. 6.

⁴⁹ WEBER, Ch. *Privatautonomie und Ausseneinfluss im Gesellschaftsrecht*, s. 155.

o absorpční funkci principu *numerus clausus* s tím, že v případě korporací musí být „každé sdružení osob – je-li to nutné bez nebo dokonce proti vůli zakladatelů – přiřazeno k některé z připuštěných právních forem“.⁵⁰ V tomto smyslu tedy představuje uzavřený výčet právních forem právnických osob základní hranice svobody ustavování, respektive specifické hranice autonomie vůle zakladatelů a případně společníků právnických osob.

V nejobecnější rovině nachází princip *numerus clausus* výraz již v samotné konstrukci právnické osoby jako právní fikce ve formě základních pravidel občanského zákoníku o vzniku, zániku, sídle, názvu nebo stanovení zakázaných účelů, včetně předběžné právnické osoby či její neplatnosti. Tato pravidla vymezují normativní existenci právnické osoby, vytvářejí její kosterní podstatu, a jsou tak součástí vymezení uzavřeného výběru právnických osob. K nim pak přistupuje jako další projev principu *numerus clausus* vymezení jednotlivých forem právnických osob.

Princip *numerus clausus* je nicméně nutné rozlišovat od výše diskutované teorie závazné zákonné (obsahové) typologie právnických osob. Zákonné vymezení právní formy právnické osoby je na místě chápat úzce, jako výhradně obecné vymezení definičních prvků dané právní formy, jakým je např. § 95 odst. 1 z. obch. korp., přičemž ani podstatné odchýlení se od zákonného modelu určitého typu právnické osoby ještě neznamena *per se* narušení principu *numerus clausus*. Jak konstatuje Westermann, princip závazné typologie právnických osob (*Typenzwang*) by se nemohl prosadit bez uzavřeného výčtu právních forem právnických osob, protože by pak mohl být jednoduše obejit vytvořením jiné, zákonem neupravené formy právnické osoby.⁵¹ Naopak *numerus clausus* je myslitelný i bez existence závazné typologie právnických osob. „V tomto smyslu lze vycházet z toho, že povolené typy právnických osob jsou definovány s relativně malým počtem vnějších nebo formálních znaků, zatímco ve všech ostatních ohledech pak převažuje svoboda ustavování. Obrazně řečeno, *numerus clausus* dává k dispozici řadu nádob, které dávají vnější tvar, avšak jež lze naplnit jakýmkoli obsahem.“⁵² Kunz shrnuje, že *numerus clausus* má v německém právu zásadní význam pouze v tom ohledu, že neumožňuje založit takovou formu právnické osoby, kterou německé právo nezná. „To je vše, co lze od principu *numerus clausus* požadovat. *Numerus clausus* nebrání kombinování různých právních forem společností ani dalekosáhlé deformaci jednotlivých prvků jejich zákonných modelů.“⁵³

Domníváme se, že takto chápaný význam principu *numerus clausus* je zřejmě nejbližší významu statusových otázek ve smyslu § 1 odst. 2 o. z. „Právo týkající se postavení osob“ je nutné chápat ve významu práva vymezujícího právní formy právnických osob, tedy jako vyjádření principu *numerus clausus*, kdy se zakazují ujednání tento princip porušující.⁵⁴ Jen uzavřený a konkrétní výčet znaků definujících určitou právní formu právnické osoby totiž může být samostatným korektivem autonomie vůle, který nepotřebuje oporu dalších hodnotových úvah a dalších kritérií, a současně se odlišuje od korektivů jiných, jako je především korektiv veřejného pořádku nebo dobrých mravů. Význam statusových otázek je tak podle našeho názoru oproti mnohým představám relativně omezený.

⁵⁰ SCHMIDT, K. *Gesellschaftsrecht*, s. 108.

⁵¹ WESTERMANN, H. P. *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, s. 115.

⁵² *Ibidem*, s. 117.

⁵³ KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 231.

⁵⁴ Máme navíc za to, že toto pojetí odpovídá i tomu, že toto pravidlo, v souladu se svoji švýcarskou předlohou, kryje primárně osobnost člověka (srov. výše).

Jako samostatné kritérium kogentnosti právní úpravy právnických osob představují statusové otázky relativně úzký segment definičních norem vymezujících jednotlivé právní formy právnických osob. Samotný okruh přípustných forem právnických osob je výrazem politického rozhodnutí zákonodárce. Ten může tento okruh přípustných forem rozšiřovat (např. uzákoněním společnosti s ručením omezeným), zužovat (např. zrušením historických forem těžebních společností nebo odmítnutím znovuzavedení komandit na akcie) nebo jinak modifikovat (např. evolucí občanských sdružení ve spolky).⁵⁵ Vymezení statusových otázek samo o sobě nereflktuje hodnotová východiska ani strukturální principy⁵⁶ práva obchodních korporací nebo jiných forem právnických osob. Tyto úvahy předkládaná koncepce statusových otázek nevytěsňuje, ale odkazuje je do role argumentů o hranicích autonomie vůle v rámci obecné soukromoprávní úpravy neplatnosti právních jednání ve smyslu § 580 a 588 o. z. I v právu obchodních korporací se prosazuje primárně koncept autonomie vůle s tím, že každé její omezení musí být přesvědčivě odůvodněno shodně jako v jiných odvětvích soukromého práva. Pak je současně nezbytné vymezit konceptu statusových otázek, jako autonomnímu limitu autonomie vůle, jasně ohraničený prostor. V opačném případě se jeho význam rozplyne, což by ve výsledku vedlo k popření normativního významu § 1 odst. 2 o. z. a k synkrezí.

Výše uvedené odlišení jednotlivých důvodů kogentnosti je proto třeba přesněji sledovat, protože je součástí metody, kterou docházíme k možné neplatnosti odchylojícího se ujednání. Např. dle Pelikána⁵⁷ a Šuka⁵⁸ je „*modifikace základní organizační struktury jednotlivých forem korporací*“ v rozporu s veřejným pořádkem, neboť – jak argumentuje Pelikán – by taková dohoda ve svém důsledku vedla ke vzniku právních forem, se kterými zákonodárce nepočítal. V tomto směru lze připustit, že narušení principu *numerus clausus* představuje bez dalšího narušení veřejného pořádku. Současně je však nutné pochybovat, že by takové důsledky mohla mít jakákoli „*modifikace základní organizační struktury jednotlivých forem korporací*“. Je totiž zřejmé, že zde jde obsahově o argument závaznou zákonnou typologií právnických osob, nikoli principem *numerus clausus*. Modifikací „základní organizační struktury“ se v logice tohoto argumentu vzdalují konkrétní poměry určité korporace od jejího zákonného modelu natolik, že slovy Kunze přestává být „*a-typisch*“ a stává se „*extra-typisch*“.⁵⁹ Jak jsme již výše ilustrovali, modelové typy právnických osob však nemohou být samostatným korektivem autonomie vůle, a tedy ani samostatným důvodem narušení veřejného pořádku.

3. Hodnotová východiska práva obchodních společností

Ustanovení § 1 odst. 2 o. z. chápe „právo týkající se postavení osob“ jako samostatný korektiv vedle dobrých mravů a veřejného pořádku. Přesto se tyto kategorie obsahově překrývají. V tom rozsahu, v jakém představuje status právnických osob samostatný korektiv autonomie vůle, tj. kdy dojde k narušení principu *numerus clausus*, povede jeho narušení

⁵⁵ Srov. SCHMIDT, K. *Gesellschaftsrecht*, s. 105.

⁵⁶ WIEDEMANN, H. Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht. In: LUTTER, M. – WIEDEMANN, H. *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europa und USA / 11. ZGR-Symposium „25 Jahre ZGR“*, s. 19.

⁵⁷ PELIKÁN, R. *Kogentní a dispozitivní ustanovení v novém zákonu o obchodních korporacích*, s. 248.

⁵⁸ ŠUK, P. *Kogentnost a dispozitivita korporátního práva – hledání hranic*, s. 5.

⁵⁹ KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 231.

též bez dalšího k narušení veřejného pořádku. To má důsledky i ve vztahu k aplikaci § 588 o. z., respektive dovození absolutní neplatnosti takových ujednání. Proto je zásadně důležité vymezit okruh statusových otázek velmi úzce. V ostatních případech je nutné posuzovat smysl a účel každé jednotlivé normy, přičemž případný závěr o neplatnosti určitého ujednání musí být odůvodněn narušením jiné hodnoty, než je „status“ právnické osoby. Tyto hodnoty nacházejí reflexi v ochranné funkci relevantních norem, tedy zpravidla jde o zájem na ochraně třetích osob nebo minoritních společníků coby slabší strany.

Pomineme-li přímé výslovné⁶⁰ zákazy, je pro určení povahy právní normy rozhodující její teleologický výklad, přičemž, nemá-li se právo změnit v čistě estetickou kategorii, nelze na tuto argumentaci rezignovat odkazem na pouhou právní intuici.⁶¹ Tento výklad rámuje v oblasti obchodních společností specifická hodnotová východiska definující jejich účel, které mohou případně sloužit jako argumenty pro jejich kogentnost, a které své „morální“ ohnisko nacházejí v principu poctivosti (§ 6 o. z.), zákazu zjevného zneužití práva (§ 8 o. z., § 212 odst. 2 o. z.) a požadavku na korporační loajalitu (§ 212 odst. 1 o. z.). Platí totiž, že obchodní společnost je zpravidla nástrojem dosahování zisku, a to nástrojem kombinujícím smluvní a zákonná pravidla, který není nositelem přirozených práva, která primárně statusová pravidla podle § 1 odst. 2 o. z. chrání, ale je pouhou technikou a lidským derivátem. Na druhé straně samozřejmě i tento nástroj vstupuje do vztahů s třetími a jedná se o korporaci, což implikuje tu nízký, tu vysoký stupeň rizika a napětí, které má právo umět uhlazovat, respektive internalizovat jeho negativní důsledky. Logicky pak platí, že míra zásahu veřejné moci do autonomie vůle zřizovatelů, respektive společníků musí být nižší tehdy, kdy se jejich autonomní právo dotýká jen jejich vztahů, a vyšší tehdy, pokud zasahuje do práv třetích, případně do práv toho, kdo požívá kvalifikované ochrany (minorita).

Posuzujeme-li tedy ujednání, jímž se poměry obchodní společnosti odchylují od jejího zákonného modelu, není takové odchýlení samo o sobě důvodem pro prohlášení takového ujednání za neplatné, pokud jím není popírán princip *numerus clausus*. Typologie obchodních společností sama o sobě není dostatečným argumentem pro její kogentnost, protože neobsahuje pravidla, která by měla být kogentní *per se*, mj. protože taková základní pravidla, jako typicky základní vymezení definičních znaků konkrétní obchodní korporace, kryje princip *numerus clausus*. Zákonem výslovně upravené typy obchodních společností jsou tak vyjádřením určitých ideových východisek (*Leitbilder*), které však jako celek nemají žádnou závaznost a jsou interpretačním nástrojem pro případnou aplikaci jiných testů kogentnosti.

Důvody případné neplatnosti je v těchto případech nutné hledat případ od případu v kontextu hodnotových východisek ovládajících soukromé právo. Vzhledem k tomu, že neexistují žádné samostatné specifické teoretické koncepty pro vymezení hranic kogentního práva obchodních korporací, je nutné u každého jednotlivého ustanovení zkoumat, jaké argumenty přicházejí v úvahu pro řešení konkrétního případu. V případě obchodních korporací musí výklad respektovat, že v kapitálových společnostech se prosazuje princip většinového rozhodování, přičemž v souladu s principem autonomie vůle je každý zodpo-

⁶⁰ Případně i nepřímé zákazy při aplikaci závěrů Melzera a Téglu – MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník. Velký komentář. Svazek I*. Praha: Leges, 2013, s. 55.

⁶¹ Srov. *ibidem*, s. 51.

vědny za svoji vlastní ochranu.⁶² To platí zvláště, pokud někdo s vědomím možných rizik dobrovolně přijme účast na společnosti, a těžko lze předpokládat, že by tak činil bezdůvodně. Na druhou stranu soukromé právo současně v některých případech chrání člověka před sebou samým. Právo například omezuje možnost pořídit dědickou smlouvou o celé pozůstalosti, máme právní úpravu neúměrného zkrácení, lichvy, spotřebitelské smlouvy. Někteří nejsou mnohdy dostatečně informováni, avšak lidé jsou bez ohledu na rozsah dostupných informací notoricky špatní ve vyhodnocování důsledků dlouhodobých rozhodnutí. I když rozhodují s „chladnou hlavou“, jejich rozhodování je zatíženo kognitivní nedostatečností, již se lze v podstatě jen stěží vyhnout.⁶³ Tzv. problém kolektivní akce, tedy pasivity neumožňující kolektivní prosazování zájmů, může vést k tomu, že některá ustanovení přestanou být funkční nebo se stanou neférovými.⁶⁴ Některá ustanovení se mohou dotýkat zájmů třetích stran nebo jinak narušovat obchodní styk.

Tak například pravidla upravující orgány obchodní společnosti nejsou zpravidla projevem principu *numerus clausus*, protože tvoří zákonný korzet právnické osoby, ale jsou již projevem typologie obchodních společností, tedy nikoliv nutně věcí statusu obchodní společnosti coby právnické osoby. Budeme-li proto zkoumat např. kogentnost pravidel o valné hromadě, není podle nás správné odkázat na statusové otázky, ale je třeba zkoumat, zda např. změna v její kompetenci narušuje jiné hodnoty odrážející veřejný pořádek nebo dobré mravy. Považujeme proto za z metodologického pohledu sporný např. závěr judikatury, že zákonem vymezená kompetence valné hromady (§ 190 odst. 2 z. obch. korp. či § 421 odst. 2 z. obch. korp.) je *per se* kogentní, protože spadá pod statusové otázky,⁶⁵ a to právě proto, že se jedná o pravidlo možné typologie obchodní společnosti.

V této souvislosti je zajímavé sledovat judikatorní výklad vztahu kategorií statusových otázek a veřejného pořádku. Trochu to působí jako by se i Nejvyšší soud stal sám obětí příliš širokého pojetí statusových otázek, které zde kritizujeme. Konstatuje, že „*právní normy upravující osobní status (fyzických i právnických osob) spadají mezi normy chránící veřejný pořádek*“⁶⁶ přičemž odkazuje na teze Melzera s Téglem, že „*mezi normy chránící veřejný pořádek spadají např. typicky normy, které upravují veřejný status*“⁶⁷ a také na Eliáše, který chápe důraz na statusové otázky jako průmět respektu k veřejnému pořádku.^{68, 69} V jiném pozdějším rozhodnutí konstatuje, že „*ne každé odchylení od právní normy chránící veřejný pořádek lze bez dalšího kvalifikovat jako její porušení, resp. jako narušení veřejného pořádku. Zakázána (nepřípustná) jsou podle § 1 odst. 2, části věty před středníkem o. z., pouze taková ujednání, která odporují smyslu a účelu určité právní normy, [...]*“

⁶² K minimalizaci zásahů veřejné moci do vnitřních poměrů mezi společníky srov. např. ŠUK, P. Ingerence soudů do vnitřních poměrů obchodních korporací. *Bulletin advokacie*. 2017, č. 11, s. 13 an.

⁶³ Např. KUNZ, T. *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, s. 448 an.

⁶⁴ KRAAKMANN, R. et al. *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional Approach*, 3rd edition. Oxford: 2017, s. 19.

⁶⁵ Srov. např. rozhodnutí NS ČR sp. zn. NS Cpjn 204/2015 (Rc 31/2016).

⁶⁶ Srov. rozhodnutí sp. zn. 29 Cdo 387/2016.

⁶⁷ MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník. Velký komentář. Svazek I*, s. 61.

⁶⁸ ELIÁŠ, K. *K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku*, s. 22.

⁶⁹ Platí navíc, že jak Eliáš, tak Melzer s Téglem, poukazují v citovaných pasážích na to, že součástí veřejného pořádku či důrazu na něj je v řadě jurisdikcí typicky i regulace osobního statusu, nicméně dodávají, že český občanský zákoník toto pravidlo upravuje explicitně. Jinými slovy máme za to, že jejich úvaha nesměřovala k tomu, aby smísili statusové otázky s veřejným pořádkem, na to jsou tito autoři příliš přesní, pouze poukazali na jejich teoretickou ideovou shodu (překryv).

*Stejně jako v případě jiných hodnot (účelů) chráněných právními normami, i v případě veřejného pořádku je vždy třeba posuzovat, zda odchýlné ujednání jde proti smyslu a účelu dané právní normy, či zda tento smysl a účel zachovává, byť tak činí prostřednictvím odchýlné – autonomní – úpravy.*⁷⁰ Lze ale pochybovat o tom, že lze vymezit takový okruh „norem chránících veřejný pořádek“ stejně tak jako okruh „norem upravujících status“. Zákon se současně nezabývá otázkou odchýlení se od takových norem, ale jednoznačně bez dalšího zakazuje narušení veřejného pořádku nebo úpravy osobního statusu.

Domníváme se, že ačkoliv byl a je Nejvyšší soud veden rozumným úmyslem, jeho argumentace je v tomto nepřesná. Pomineme-li synkretické slučování statusu a veřejného pořádku, neříká v zásadě nic jiného, než že otázkou, zda odchýlením se od statusové úpravy (v jejím širokém pojetí) dochází k narušení veřejného pořádku, a je tedy na místě dovést absolutní neplatnost, je vždy nutné zodpovědět s ohledem na smysl a účel dané konkrétní právní normy. To je zcela banální závěr. My však vycházíme z toho, že narušení statusu ve formě narušení principu *numerus clausus* vede bez dalšího k narušení veřejného pořádku (narušením principu *numerus clausus* došlo samozřejmě současně k narušení zákona). Pokud bude tento princip narušen, další test smyslem a účelem porušeného pravidla se v tomto případě neuplatní, protože prostě není věcně možný. Věcná argumentace Nejvyššího soudu, shrnuta jedním z jejích tvůrců také v literatuře,⁷¹ však neztrácí v konkrétních případech validitu, nicméně jen tehdy, pokud zkoumaná pravidla nebudeme chápat jako statusové otázky, ale jako případy, kdy odchýlení se od modelového typu obchodní společnosti zakládá porušení veřejného pořádku či dobrých mravů.

Hledání hranic autonomie vůle je proto komplexním úkolem spočívajícím především na bedrech metodologie a soudů. Řešení řady otázek musí respektovat nejen zákonnou úpravu jednotlivých právních forem právnických osob, ale též konkrétní poměry, v nichž jsou relevantní ustanovení aplikována. Proto je na místě odlišně přistupovat k jejich hodnocení v případě *private equity* společností, v jejichž vnitřních poměrech se projektují obchodní dohody několika málo obchodních partnerů, a v případě společností s rozptýlenou akcionářskou strukturou. Zatímco v druhém z uvedených případů lze asi s odkazem na veřejný pořádek dovést zásadní kogentnost pravidel na ochranu minorit, v prvně uvedeném případě je zjevně na místě připustit možnost jejich *ad hoc* vyloučení se souhlasem dotčených osob (ať již při zřízení obchodní společnosti nebo při nabytí podílu v obchodní společnosti, která takovéto modifikace v zakladatelském právním jednání má). Ještě komplikovanější jsou pak otázky standardu péče, respektive následků jeho porušení, otázka jednání za společnost a další. Jejich řešení vyžaduje vždy v každém jednotlivém případě důkladné zvážení a odpovídající odůvodnění konečného závěru. Cílem tohoto příspěvku však není tyto úvahy dále rozvíjet, a proto se omezuje jen na jejich naznačení a popis myšlenkové a hodnotové metodologie.

Závěr

V tomto příspěvku vymezujeme kategorii statusových otázek jako samostatného korektivu autonomie vůle v oblasti práva obchodních korporací, tedy korektivu, který stojí

⁷⁰ Rozhodnutí NS ČR sp. zn. 31 ICdo 36/2020.

⁷¹ ŠUK, P. In: ŠTENGOVÁ, I. – HAVEL, B. – CILEČEK, F. – KUHN, P. – ŠUK, P. *Zákon o obchodních korporacích. Komentář*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 470 an.

samostatně vedle korektivu veřejného pořádku a dobrých mravů. Toto vymezení je relativně úzké. Statusové otázky chápeme výhradně jako projekci principu *numerus clausus*. Současně s odkazem na dlouholetou diskusi v německém právním prostoru upozorňujeme, že obecně je třeba sice zvažovat povahu zákonných modelů obchodních korporací, jejich zákonnou typologii, nicméně rovněž zdůrazňujeme, že ujednání, jímž se poměry obchodní korporace odchylojí od jejího zákonného modelu, není samo o sobě důvodem pro prohlášení takového ujednání za neplatné, není-li současně a v konkrétně popírán princip *numerus clausus*. To samozřejmě neznamená, že by takové odchýlení nemohlo být shledáno jako nepřijatelné, nicméně v takovém případě musí být závěr o neplatnosti odůvodněn narušením jiné hodnoty, než je typologie právnických osob. Toto rozlišování a trvání na materiálním odůvodňování formulovaných limitů autonomie vůle je nezbytným předpokladem pro to, aby se české právo vyhnulo synkrezi a stalo se pro své adresáty dostatečně předvídatelným.

Elektronické důkazy jako výzva pro trestní proces

Václav Stupka* – Jan Provazník** – Jakub Vostoupal***

Abstrakt: Článek se věnuje problematice využití elektronických důkazů v rámci trestního řízení. Analyzuje aktuální právní úpravu procesních nástrojů v českém, evropském a mezinárodním právu a praxi využívání těchto procesních nástrojů českými orgány činnými v trestním řízení. Následně mapuje hlavní praktické, technické, teoretickoprávní a ústavněprávní výzvy, kterým aktuální teorie a praxe ve vztahu k tomuto typu důkazů čelí. Cílem článku je vyvolat odbornou diskusi k jednotlivým identifikovaným výzvám a vytvořit základ pro další výzkum.

Klíčová slova: elektronické důkazy, trestní řízení, využitelnost důkazu, důkazní síla, digitální forenzní věda, instrumenty mezinárodního práva, trestní proces, kriminalistika

Úvod

V rámci rozvoje takzvané informační společnosti realizuje stále větší množství lidí podstatnou část svého života v online prostředí a za využití informačních a komunikačních technologií, jejichž prostřednictvím komunikují s přáteli, rodinami, kolegy, se státními institucemi, sdílí a uchovávají informace, realizují ekonomické aktivity a podobně. Technologie rovněž do značné míry zajišťují chod naší společnosti a ekonomiky. Důsledkem vývoje je, že každý z nás produkuje stále větší množství digitálních stop. Proto je při dokazování stále častěji využíváno důkazů v elektronické formě, a to samozřejmě i v trestním řízení. Ačkoliv orgány činné v trestním řízení s elektronickými důkazy pracují již poměrně dlouhou dobu a využívají relativně efektivní postupy produkující kvalitní a zákonné důkazy, a přestože došlo v minulosti k mnoha legislativním i nelegislativním počinům upravujícím související procesní nástroje a jejich využití, lze stále identifikovat mnoho výzev, kterým praxe v souvislosti s využíváním elektronických důkazů v trestním řízení čelí. Cílem článku je tyto výzvy identifikovat a tím přispět k odborné i celospolečenské diskusi, která je poháněna snahou o nalezení obecného konsenzu o pravidlech práce s elektronickými důkazy.

* Mgr. Václav Stupka, Ph.D. Autor působí v Ústavu práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity a na Fakultě informatiky Masarykovy univerzity. Je rovněž členem expertních skupin zaměřených na kyberkriminalitu a elektronické důkazy při OSN, Europolu, Agentuře Evropské unie pro kyberbezpečnost a Ministerstva spravedlnosti ČR. E-mail: vaclav.stupka@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1458-1507>. Tento článek vznikl v rámci projektu č. VJ01010084 *Elektronické důkazy v trestním řízení* realizovaného v programu Strategická podpora rozvoje bezpečnostního výzkumu ČR 2019–2025 (IMPAKT-1). Článek je stanoviskem autorů a projektového týmu, nejde o oficiální stanoviska jimi reprezentovaných institucí ani Ministerstva vnitra ČR.

** JUDr. Jan Provazník, Ph.D. Autor je odborným asistentem na katedře trestního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, odborným asistentem Centra vzdělávání, výzkumu v informačních a komunikačních technologiích Fakulty informatiky Masarykovy univerzity a asistentem místopředsedy Ústavního soudu České republiky. E-mail: jan.provaznik@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2253-8958>.

*** Mgr. Jakub Vostoupal. Autor je doktorandem v Ústavu práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity a působí rovněž jako odborný pracovník Centra vzdělávání, výzkumu a inovací v informačních a komunikačních technologiích Fakulty informatiky Masarykovy univerzity. E-mail: jakub.vostoupal@law.muni.cz, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1669-9931>.

1. Elektronické důkazy a nakládání s nimi

Důkazy mohou mít různé formy a jejich zákonná definice je velmi široká; pojem elektronické důkazy pak není jednoznačně definován vůbec. Ani odborná literatura či judikatura ať již v ČR nebo v zahraničí s ním nepracuje konsistentně. Obecně relativně přijímanou definici tohoto pojmu nabízí například projekt EU *Evidence*,¹ který za elektronické důkazy označuje „[...] jakákoliv data, která jsou výstupem analogového nebo digitálního zařízení potenciální důkazní hodnoty, která jsou generována, zpracována, uchována, nebo přenášena jakýmkoliv elektronickým zařízením“². K pojmu elektronické důkazy tak můžeme přistupovat poměrně zešíroka a považovat za ně digitalizované fyzické nebo jiné tradiční důkazy (např. digitální záznam rozhovoru, digitální fotografie zbraně, analogové záznamy převedené do elektronického formátu apod.) a samozřejmě původně generovaná elektronická data bez ohledu na to, jaká zařízení jsou jejich zdrojem.³

Za zpracování elektronických důkazů pak můžeme považovat sběr, uchovávání, využití a předávání důkazů; někdy je tento proces popisován jako *chain of custody* důkazů⁴ v trestním řízení. Sběrem důkazů se rozumí sběr relevantních zařízení, úložišť a dat, které obsahují elektronické důkazy. To lze realizovat prostřednictvím mnoha procesních nástrojů včetně zajištění a ohledání věci, v rámci domovní prohlídky, v rámci sledování osob a věcí, ale rovněž může dojít k získání takových důkazů například od ISP nebo jiných správců systémů a dat, prostřednictvím různých mechanismů spolupráce se soukromým i veřejným sektorem a podobně. Ve chvíli, kdy dojde k zajištění důkazu, musí tento být uchován pro další použití v trestním řízení, kdy je nutné zajistit a zabezpečit integritu a původní podobu potenciálního důkazu⁵. Jakákoliv manipulace s důkazem nebo jeho zdrojem musí být prováděna tak, aby se předešlo znehodnocení důkazu nebo snížení jeho důvěryhodnosti a důkazní síly. Především by měl být důkazní materiál zpřístupněn jen oprávněným osobám, měla by být vedena evidence o manipulaci s ním a jakékoliv úkony by měly být prováděny vhodnými postupy a za využití vhodných nástrojů. Aby mohly být elektronické důkazy využity u soudu v rámci trestního řízení, je zpravidla nutné provést jejich analýzu. Ta je často prováděna znalcem, který vypracuje znalecký posudek bezprostředně využitelný u soudu. Elektronický důkaz a jeho zdroj je tak během svého životního cyklu často v držení nebo zpracováván prostřednictvím různých osob a dochází k jeho předávání. I v této fázi je nutné zajistit integritu důkazu. Je-li tedy důkazní materiál předáván (například mezi jednotlivými složkami policie, znalci, jinými subjekty či v rámci

¹ Jde o výzkumný projekt financovaný z prostředků EU s názvem *European Informatics Data Exchange Framework for Court and Evidence*, který se komplexně věnoval problematice elektronických důkazů. Více informací viz online z: <<http://www.evidenceproject.eu>>.

² Viz EVIDENCE PROJECT CONSORTIUM. *EVIDENCE Semantic Structure*. 2015, s. 7. Dostupné také z: <<http://s.evidence-project.eu/p/e/v/evidence-ga-608185-d2-1-410.pdf>>. Pojem data je zde chápán ve smyslu údaje – zahrnuje jak spojitě signály generované analogovými zařízeními, tak diskrétní data generovaná technologiemi digitálními.

³ Pojem důkaz ve výčtech zde zmíněných pracujeme s pojmem důkaz v širším smyslu slova a zahrnujeme pod něj i prameny důkazu či důkazní prostředky.

⁴ Tento pojem je definován v různých zdrojích různě, kde v zásadě sledování nakládání s důkazy a související dokumentaci. Viz např. AYERS, Rick – BROTHERS, Sam – JANSEN, Wayne. *NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. Guidelines on Mobile Device Forensics*. USA, 2014, 75 s. Dostupné také z: <<https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/SpecialPublications/NIST.SP.800-101r1.pdf>>.

⁵ K problematice zajišťování integrity elektronického důkazu viz rovněž např. zde: AMIRIDU, Radka. *Zajištění integrity elektronického důkazu: technické a organizační prostředky*. Diplomová práce. Brno: Masarykova univerzita, 2021.

přeshraniční spolupráce), mělo by k tomu docházet technicky i právně správným způsobem, aby byla zachována využitelnost důkazu.⁶

Elektronické důkazy jsou v mnoha ohledech specifické, z čehož plynou požadavky na specifické postupy a techniky aplikované při jejich zpracování, na technické a personální kapacity orgánů činných v trestním řízení a na mechanismy zapojení dalších subjektů do celého procesu. Odlišnost od jiných druhů důkazů spočívá u elektronických důkazů zejména v jejich charakteru, konkrétně v dosažitelnosti, obsahu a integritě, informační hodnotě, skrytosti, časové trasovatelnosti, komplexnosti a replikovatelnosti.

Technologií, zařízení a formátů, které slouží k elektronickému zpracování informací, existuje obrovské množství. Jinak se přistupuje například ke SCADA systémům využívaným k řízení průmyslových celků,⁷ jinak k mobilnímu telefonu a jinak k systémům postaveným na umělé inteligenci či kvantovém zpracování dat. Díky mimořádně dynamickému rozvoji ICT je navíc nutné počítat s dalším vývojem, kdy se mohou využívané nástroje, technologie i mechanismy jejich fungování fundamentálně měnit. To vše klade mimořádně vysoké nároky na orgány činné v trestním řízení – především z hlediska dostupnosti potřebného technického vybavení k vytěžování těchto technologií a z hlediska schopnosti všech osob zúčastněných na procesu dokazování pochopit jejich fungování a interpretovat získaný důkazní materiál. I samotné postupy vyšetřování a sběru důkazů musí často zohledňovat vazby mezi jednotlivými technologiemi. Jsou-li například v zajištěném mobilním zařízení uchována data v zašifrované podobě, mohou být dostupná rovněž v cloudovém úložišti, ke kterému může být přes poskytovatele služby snadnější přístup než k samotnému zařízení prostřednictvím nástrojů pro překonání šifry.

Velmi významnou roli pak hraje rovněž související vliv charakteru informačních sítí či kyberprostoru.⁸ Celosvětové informační sítě umožňují zcela decentralizované a distribuované fungování služeb, které jsou často zneužívány a využívány pachateli trestné činnosti k nejrůznějším účelům (od komunikace po páchání kybernetické kriminality). Získávání důkazů z těchto služeb je však komplikované právě kvůli jejich distribuovanému charakteru. Sídlo provozovatele služby, bydliště pachatele, místo spáchání trestného činu, bydliště poškozených a místo, kde se nachází relevantní data a důkazy o příslušné trestné činnosti, se mohou nacházet v různých zemích a jurisdikcích. To způsobuje nejen potíže při určování příslušnosti orgánů činných v trestním řízení (dále také jako „OČTŘ“),⁹ ale rovněž i při sběru důkazního materiálu, ke kterému musí být využíváno mechanismů mezinárodní policejní a justiční spolupráce, které jsou ve většině případů nedostatečně efektivní.¹⁰

⁶ V současné době však nejsou mechanismy zajištění integrity důkazu závazně stanoveny. V praxi se tedy vychází zejména z toho, co státní zástupce v přípravném řízení a soudce v soudním řízení akceptuje a považuje za adekvátní ochranu a zajištění integrity. Viz dále.

⁷ Jde o zkratku anglického pojmu „*supervisory control and data acquisition*“, což je počítačový systém schopný sběru a zpracování dat a uplatnění operativních pokynů na velké vzdálenosti. Tyto systémy se využívají v různých odvětvích průmyslu.

⁸ Informační sítě, respektive jimi tvořený kyberprostor není možné chápat jako pouhé médium, nýbrž jako prostředí, které neslouží jenom k přenosu informací, ale jako prostor pro kompletní realizaci informačních transakcí. Více k teorii informačních sítí viz např. POLČÁK, Radim. *Internet a proměny práva*. Praha: Auditorium, 2012, s. 72.

⁹ Kybernetická kriminalita je například páchána zejména v podobě tzv. distančních deliktů (jiné místo spáchání a jiné místo následku). Zejména „majetková kybernetická kriminalita“ je páchána tzv. sériově (§116 tr. z.), proto nelze hledět jen na příslušnost OČTŘ u jednotlivých skutků, ale zaměřit se i na zjištění totožných znaků spáchání (*modus operandi*), které mohou prokazovat sériovou trestnou činnost jednoho pachatele či jedné skupiny pachatelů.

¹⁰ Viz dále.

S charakterem informačních technologií souvisí i problematika významu poskytovatelů služeb. Ty Polčák označuje za definiční autority,¹¹ které vykonávají přímý vliv na informační síť a uživatele informačních služeb, protože nastavují pravidla prostřednictvím technických limitů a podmínek poskytování svých služeb. Současně je často nutné elektronické důkazy získávat od definičních autorit nebo ve spolupráci s nimi, neboť mají technické prostředky k jejich získání nebo mají příslušná data přímo v držení na svých úložištích. V rámci důkazního řízení je tak ze strany orgánů činných v trestním řízení v mnoha případech nutné spolehnout se na součinnost či spolupráci s poskytovateli služeb, a to buďto napřímo, nebo prostřednictvím mezinárodní spolupráce.

2. Specifická právní úprava

Rozvoj využívání informačních a komunikačních technologií představuje pro trestní řízení a proces dokazování zjevnou výzvu. V některých případech jej komplikuje uplatnění zavedených postupů, v některých případech vyžaduje vytváření nových přístupů a postupů. Poměrně rigidní proces dokazování a jeho pravidla se na tyto výzvy snaží reagovat jak na národní, tak i na mezinárodní úrovni, zpravidla však z pochopitelných důvodů nepružně a pomalu.

Právní úprava trestního řízení je realizována na úrovni jednotlivých států, které vycházejí z různých právních kultur, tradic a právních mechanismů, může se proto napříč jurisdikcemi poměrně významně lišit. Na druhou stranu se národní legislativy často inspiroují zahraničními přístupy či mezinárodními instrumenty nebo přímo mezinárodními instrumenty implementují – může jít o implementaci mezinárodních úmluv, komunitárního práva apod. Úprava trestního procesu v České republice je ovlivněna především jejím členstvím v Evropské unii a instrumenty uplatňovanými v evropské právní kultuře. Při popisu právní úpravy relevantní pro uplatnění elektronických důkazů je proto vhodné zohlednit tyto instrumenty.

Na mezinárodní ani evropské úrovni neexistuje žádný komplexní právní rámec věnovaný (elektronickému) dokazování. Sběr, uchovávání, užívání a předávání důkazů tak probíhá v souladu s národními právními úpravami trestního řízení, které byly mnohdy konstruovány před mnoha lety, před tím, než vznikl internet nebo technologie generující elektronické důkazy. To platí i pro Českou republiku, jejíž úprava, ačkoliv mnohokrát novelizovaná, pochází z šedesátých let minulého století.¹² Český trestní řád tak sice místy obsahuje specifická ustanovení zavádějící procesní nástroje k zajišťování některých druhů elektronických důkazů,¹³ ve většině případů jsou však orgány činné v trestním řízení často odkázány na „ohýbání“ tradičních procesních nástrojů pro potřeby dokazování těmito důkazy.¹⁴ Podobně tomu je často i v jiných státech, což vede k poměrně zásadním rozdílům v přístupech, které způsobují problémy při přeshraničním nakládání s elektro-

11 Definičními autoritami mohou být nejrůznější poskytovatelé informačních služeb, kteří mají kompetenci přímo ovlivňovat pravidla chování v informačních sítích prostřednictvím kódu, respektive pravidel využívání jejich služeb. Více k problematice definičních autorit viz POLČÁK, Radim. *Internet a proměny práva*, s. 88 an.

12 Viz zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád).

13 Jde například o ust. § 7b trestního řádu o uchování a znepřístupnění dat, či § 88a trestního řádu o příkazu k zjištění údajů o telekomunikačním provozu.

14 Zajišťování dat uchovávaných v počítačových systémech je například zhusta realizováno jako operativně pátrací činnost sledování osob a věcí. Zde jde však o nástroj původně konstruovaný pro zcela jiné situace a procesní úkony. Viz dále.

nickými důkazy. I OSN ve své studii k problematice kyberkriminality konstatovala poměrně významné rozdíly v národních legislativách, a to i mezi státy s podobnou právní kulturou.¹⁵ Mezinárodní a nadnárodní organizace se tak zaměřují především na harmonizaci národních právních úprav, budování mechanismů spolupráce a budování institucionální podpory.

V Česku jsou mechanismy nakládání s elektronickými důkazy ovlivněny dvěma hlavními mezinárodními právními režimy, a to právem EU a dalšími mezinárodněprávními instrumenty, především z pera Rady Evropy.

2.1 Mezinárodní právo

Patrně nejúspěšnější instrument mezinárodního práva trestního věnující se mimo jiné i problematice elektronických důkazů pochází z pera Rady Evropy. Jde o notoricky známou Úmluvu o kyberkriminalitě¹⁶ z roku 2001, kterou ČR podepsala v roce 2005 a ratifikovala pak po dosažení plné harmonizace v roce 2013.¹⁷ Úmluva je v podstatě hlavní a jedinou mezinárodní smlouvou,¹⁸ která definuje konkrétní činy, které mají signatářské státy považovat za (kybernetickou) kriminalitu, a rovněž obsahuje procesní úpravu poskytující nástroje pro prevenci, detekci a stíhání těchto trestných činů. I když nemusí být elektronické důkazy nutně generovány jen pachateli kyberkriminality, je úmluva v podstatě klíčovým rámcem, který zefektivňuje vyšetřování kriminality, kde se pracuje s tímto druhem důkazů.

Ve vztahu k elektronickým důkazům úmluva vybavuje příslušné orgány procesními nástroji, formuluje pravidla pro určení jurisdikce a nastavuje mechanismy pro mezinárodní spolupráci. Ačkoliv se úmluva vyjadřuje k pravidlům pro určení jurisdikce, fakticky nejde o skutečnou delimitaci jurisdikce nebo založení nějaké procesní povinnosti, nýbrž pouze o uplatnění principů teritoriality a personality, kdy mají státy uplatňovat jurisdikci u trestných činů formulovaných v úmluvě, byly-li spáchány na jejich území nebo jejich občany. Úprava mezinárodní spolupráce v úmluvě směřuje na situace, kdy stát stíhající příslušnou trestnou činnost potřebuje přistupovat k elektronickým důkazům nacházejícím se v jiné jurisdikci. Ačkoliv úmluva nevytváří nové mechanismy a spoléhá se na standardní nástroje mezinárodní justiční spolupráce v trestních věcech založené národními právními úpravami a multilaterálními či bilaterálními smlouvami a dohodami, snaží se orgány činné v trestním řízení vybavit sadou nástrojů umožňujících co nejširší a efektivní využití těchto nástrojů. Signatářské státy proto mají povinnost příslušným orgánům umožnit realizaci forem spolupráce konkrétně vyjmenovaných v článcích 29.–35., které upravují i konkrétní pravidla pro přeshraniční uchování dat, sdělování provozních dat, zajištění přístupu k obsahovým datům, jejich shromažďování a odposlech. Mechanismy

¹⁵ Srov. ORGANIZACE SPOJENÝCH NÁRODŮ – KANCELÁŘ PRO DROGY A KRIMINALITU. *Comprehensive Study on Cybercrime (draft)* [online]. Vídeň: OSN, 2013, s. 158 [cit. 2021-10-11]. Dostupné z: <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf>.

¹⁶ Jde o Úmluvu Rady Evropy o kyberkriminalitě (CETS č. 185), známou rovněž jako Budapeštská úmluva. Dostupná online z: <<https://rm.coe.int/1680081561>> a český překlad z: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804931c0>>. Dále též jako „úmluva“.

¹⁷ Viz Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 104/2013 Sb. m. s., o sjednání Úmluvy o počítačové kriminalitě.

¹⁸ Není podepsaná jen státy Rady Evropy, ale i mnoha dalšími. Aktuálně má úmluva celkem 48 ratifikací a 2 podpisy bez ratifikace.

mezinárodní justiční spolupráce v trestních věcech jsou však obvykle limitovány zdlouhavými procedurami a ověřováním požadavků. V praxi se proto často před využitím tohoto nástroje uplatňuje vzájemná policejní spolupráce nebo jiný mechanismus výměny informací, často zprostředkovaný mezinárodními organizacemi, například Interpolem nebo Europolem. Tyto zdlouhavé procedury úmluva bohužel nijak neeliminuje, vytváří však síť nonstop dostupných kontaktních bodů, které by měly příslušné požadavky urychleně zpracovávat.

Vlastní procesní nástroje, které musí být na úrovni signatářských států implementovány, mají být využitelné pro vyšetřování trestných činů vyjmenovaných v úmluvě, ale i pro zajišťování jakýchkoliv elektronických důkazů o trestné činnosti.¹⁹ Konkrétně pak úmluva signatářské státy zavazuje, aby se vybavily pro zajišťování elektronických důkazů procesními nástroji k urychlenému uchování uložených počítačových dat, urychlenému zachování a částečnému zpřístupnění provozních dat, vydání příkazu k předložení dat, realizaci prohlídky a zajištění uložených počítačových dat, shromažďování provozních dat v reálném čase a k odposlechu obsahových dat. Podobně jako některé jiné státy přistoupila ČR k tomuto závazku tak, že některé z požadavků splnila již dříve platnými procesními nástroji, které byly dostatečně obecně formulované a umožňovaly samostatně nebo v kombinaci s jinými procesními nástroji orgánům činným v trestním řízení získat přístup k příslušné kategorii důkazů, v některých případech bylo nutné pro zajištění souladu pro změnu provést potřebnou aktualizaci nebo rozšíření pravomocí.

Samotná Rada Evropy si je vědoma, že Úmluva o kyberkriminalitě, vytvořená v roce 2001, již v současné době zasluhuje aktualizaci. Proto byla Výborem smluvních stran Úmluvy (T-CY) sestavena v roce 2017 pracovní skupina, která dostala za úkol vypracovat návrh dodatkového protokolu k úmluvě, který by reagoval na technologický a společenský vývoj a vybavil orgány signatářských států dodatečnými nástroji pro sběr a zpracování elektronických důkazů. Pracovní skupina na základě tohoto mandátu připravila návrh „Druhého dodatkového protokolu k Úmluvě o kyberkriminalitě o posílené spolupráci a zpřístupnění elektronických důkazů“,²⁰ který byl výborem T-CY schválen v květnu letošního roku. V současné chvíli je posuzován jednotlivými orgány Rady Evropy a měl by být formálně schválen a zpřístupněn k podepisování v první polovině roku 2022.²¹

Dodatkový protokol reaguje především na to, že standardní mechanismy mezinárodní justiční spolupráce v trestních věcech jsou v mnoha případech zdlouhavé, což vede k jejich neefektivitě a často i přetížení orgánů, které žádosti zpracovávají. Elektronické důkazy jsou volatilní a hrozí jejich znehodnocení, trvá-li z procesních důvodů jejich zajišťování příliš dlouho. Může totiž dojít k jejich smazání nebo změně jejich uživateli, k jejich expiraci a podobně. Dodatkový protokol proto vytváří nové nástroje, které jsou méně formální a pro specifické situace či kategorie důkazů zavádějí zrychlený proces jejich získávání a předávání. Nejčastěji získávané údaje od poskytovatelů informačních služeb jsou údaje k uživatelským účtům, respektive síťovým identifikátorům.²² Pro tyto případy

¹⁹ Srov. článek 14. Úmluvy o kyberkriminalitě.

²⁰ Dodatkový protokol je ve formě návrhu dostupný online z: <<https://rm.coe.int/0900001680a2aa1c>>. Dále též „návrh dodatkového protokolu“.

²¹ Tento termín je však podle názoru autorů poněkud optimistický vzhledem k tomu, jak rychlé jsou schvalovací procesy Rady Evropy a k tomu, že je dodatkový protokol i v současném znění obsahuje poněkud kontroverzní nástroje.

²² Např. údaje k doménám, IP adresám, emailům apod.

dotatkový protokol vytváří mechanismus přímé součinnosti, kdy příslušné orgány jednoho státu mohou žádat informace o doménách a uživateli přímo od poskytovatelů služeb na území jiného signatářského státu. Došlo by tak k přemostění celého procesu žádání o mezinárodní spolupráci,²³ což by mohlo potenciálně vést ke zefektivnění především procesu trasování digitální stopy pachatelů trestné činnosti. Dodatkový protokol rovněž vytváří mechanismy posilující stávající mezinárodní spolupráci při získávání a předávání elektronických důkazů. Ty by měly urychlit získávání informací o uživateli a provozních dat prostřednictvím nastavení lhůt pro poskytnutí této spolupráce ze strany dožadovaných států a získávání obsahových dat od poskytovatelů služeb a další spolupráce v naléhavých případech prostřednictvím využití sítě nonstop kontaktních bodů vytvořených v rámci úmluvy. V neposlední řadě dodatkový protokol počítá se zavedením nástrojů pro poskytování výpovědí prostřednictvím videokonferenčních nástrojů a zavádí mechanismy pro budování společných vyšetřovacích týmů.

Ačkoliv je návrh dodatkového protokolu díky komplikovanému procesu draftování v případě některých navrhovaných institutů poněkud vágní a není zatím jasné, zda je toto jeho finální podoba, kdy bude otevřen k podpisům a jak dlouho bude trvat implementace nových nástrojů, lze tuto iniciativu považovat jednoznačně za přínosný krok k posílení mezinárodní spolupráce při práci s elektronickými důkazy.

2.2 Evropské právo

Dalším zdrojem výrazného vlivu pro českou praxi práce s elektronickými důkazy je jednoznačně právo Evropské unie. Ačkoliv EU nemůže přijímat společnou unijní trestní legislativu, díky Lisabonské smlouvě²⁴ a v rámci navazujícího budování takzvaného Prostoru svobody, bezpečnosti a práva²⁵ může v rámci svých kompetencí budovat určité specifické právní nástroje aplikovatelné na úrovni členských států. Ve vztahu k elektronickým důkazům určitě není možné na úrovni EU hovořit o komplexním právním rámci. Existuje ale několik instrumentů a iniciativ, které jsou přímo nebo nepřímo relevantní pro nakládání s elektronickými důkazy v trestním řízení.

Dosavadním klíčovým legislativním počinem EU je v tomto směru Směrnice o Evropském vyšetřovacím příkazu²⁶ z roku 2014, která je účinná od roku 2017. Směrnice vytváří v zásadě nový komplexní systém umožňující členským státům získat v trestních věcech s přeshraničním prvkem důkazy z ostatních členských států. Evropský vyšetřovací příkaz²⁷ je konstruován na principu vzájemného uznávání a nahrazuje dosavadní nástroje

²³ V návrhu dodatkového protokolu však stále existuje možnost zavést povinnost notifikace takové žádosti odpovědným orgánům ve státě příslušného ISP.

²⁴ Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství, podepsaná v Lisabonu dne 13. prosince 2007 (2007/C 306/01).

²⁵ *The area of freedom, security and justice* (AFSJ) je souborem politik věnujících se otázkám spravedlnosti, které jsou navrženy za účelem zajištění bezpečnosti, práv a svobodného pohybu v rámci Evropské unie. Zahrnují především oblasti harmonizace soukromého mezinárodního práva, smlouvy o extradicí mezi členskými státy, politiku ochrany vnitřních a vnějších hranic, společná cestovní víza, politiku imigrace a azylů a politiku justiční spolupráce. Více viz např. zde: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/150/an-area-of-freedom-security-and-justice-general-aspects>>.

²⁶ Viz Směrnice Evropského parlamentu a rady č. 2014/41/EU ze dne 3. dubna 2014 o evropském vyšetřovacím příkazu v trestních věcech. Dostupné online z: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:32014L0041>>. Dále též „směrnice“.

²⁷ Dále též EIO z anglického *European Investigation Order*.

– především evropský důkazní příkaz.²⁸ Konkrétně zde EU cílí především na zjednodušení a zrychlení přeshraničního vyšetřování trestných činů.

Evropský vyšetřovací příkaz je rozhodnutí justičního orgánu vydané či potvrzené justičním orgánem jednoho členského státu za účelem provedení jednoho nebo několika konkrétních vyšetřovacích úkonů v jiném členském státě s cílem získat důkazy v souladu s touto směrnicí. Vydaný příkaz je pak uznatelný na straně vykonávajícího členského státu a musí být tímto státem promptně vykonán. Lze jej navíc využít k realizaci téměř jakéhokoliv vyšetřovacího úkonu kromě sestavení a činností společného vyšetřovacího týmu.²⁹ Jednoznačnou výhodou tohoto nástroje nejen při zajišťování elektronických důkazů je, že jsou ve směrnici jasně nastaveny lhůty pro vykonání příslušných úkonů a omezeny důvody k odmítnutí uznání nebo výkonu příkazu. EIO má rovněž potenciál snížit administrativní zátěž celého procesu spolupráce, neboť je vydáván v podobě jednoho standardizovaného formuláře, jehož prostřednictvím se příslušným orgánům dostává pomoci při získávání důkazů. Vzniká tedy potenciál díky tomuto nástroji zrychlit a zefektivnit proces získávání důkazů ze zahraničí, přinejmenším ze států EU. Směrnice však neřeší některé potenciálně významné záležitosti. Není například nijak upraven způsob předávání a uchovávání důkazů, zde tedy budou nadále uplatňovány postupy běžné v jednotlivých členských státech, které se však mohou v podstatných rysech lišit.

Významný krok by mohlo představovat přijetí navrhovaného Nařízení o evropských předávacích a uchovávacích příkazech pro elektronické důkazy v trestních věcech,³⁰ které má za cíl usnadnit zajištění a shromažďování elektronických důkazů pro trestní řízení uchovávaných nebo držných poskytovateli služeb v jiné jurisdikci v rámci EU. Vzhledem k tomu, že navrhovaný mechanismus je postaven na principu vzájemného uznávání a že by byly příkazy směřovány přímo poskytovatelům služeb, eliminovala by se tím stále relativně komplikovaná a zdouhavá procedura realizovaná přes orgány vykonávajícího nebo dožádaného státu. Oba navrhované příkazy by mohly být adresovány přímo poskytovatelům služeb usídleným nebo poskytujícím služby na území EU a mohly by požadovat uchování elektronických důkazů, které mají příslušní poskytovatelé služeb v držení, respektive jejich následné vydání příslušným orgánům činným v trestním řízení. Adresáty příkazů by podle návrhu nařízení měli být „poskytovatelé služeb“, tedy poskytovatelé služeb elektronických komunikací, služeb informační společnosti a služeb číslování IP adres a domén. Jde navíc o jakékoliv poskytovatele služeb na území EU. Přístup je zde podobný jako v případě GDPR,³¹ tedy takový, že povinnost vykonat vydané příkazy budou mít i subjekty usídlené mimo EU a podnikající podle mimoevropského práva. Za elektronické údaje pak návrh nařízení označuje poměrně širokou paletu dat zahrnující údaje o účastníkovi, údaje o přístupu, údaje o transakcích a údaje o obsahu.

²⁸ Zavedený Rámcovým rozhodnutím Rady 2008/978/SVV ze dne 18. prosince 2008 o evropském důkazním příkazu k zajištění předmětů, listin a údajů pro účely řízení v trestních věcech. Dostupné online z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2008.350.01.0072.01.ENG>.

²⁹ K tomu nadále dochází v souladu s ustanovením čl. 13 Úmluvy o vzájemné pomoci v trestních věcech mezi členskými státy Evropské unie z roku 2000. Viz zde: <<https://op.europa.eu/cs/publication-detail/-/publication/31c5655f-4ea3-44a1-985e-2ce7f67f3b96/language-cs>>.

³⁰ Navrhované znění je online dostupné z: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0225&from=EN>>. Dále též „návrh nařízení“.

³¹ Srov. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů).

Návrh nařízení je v současné době stále v legislativním procesu a současně je stále poměrně kontroverzním předpisem. Kritika například směřuje na nedostatečný právní základ pro přijetí takové legislativy na straně EU,³² nedostatečnou ochranu práv a svobod osob,³³ kterých se data mohou týkat, či na problematiku rozporu požadavku na součinnost ze strany mimoevropských poskytovatelů s limity právních předpisů v zemích, kde sídlí.³⁴

2.3 České právo

Dokazování v trestním řízení upravuje v České republice především trestní řád,³⁵ který vybavuje orgány činné v trestním řízení sadou nástrojů k zajišťování důkazů, kterými může být obecně cokoli, co může přispět k objasnění věci. Jak bylo ovšem uvedeno již výše, český trestní řád je poněkud zastaralým právním předpisem, který je polepen značným množstvím novelizovaných ustanovení, jež tento handicap zmírňují. V oblasti právní úpravy elektronických důkazů však zcela jednoznačně ne dokonale. Základním problémem trestního řádu je v tomto ohledu skutečnost, že chybí nejen ucelená regulace elektronických důkazů, ale i regulace, byť jen zcela obecná, zakotvující základní definici, principy atd.

Trestní řád s elektronickými důkazy výslovně nepočítá,³⁶ a proto si aplikační praxe musí vystačit s kreativním výkladem procesních institutů, které původně nebyly k zajišťování či provádění elektronických důkazů určeny. V důsledku toho je právní úprava aplikovaná na elektronické důkazy roztržštěná, neintuitivní a nepřehledná. Dokonce lze říci, že je do určité míry i nahodilá podle toho, pod kterou právní normu se zrovna určitá situace ohledně elektronického důkazu dá nejlépe subsumovat s nejmenší pochybností o tom, zda ještě do jejího rozsahu spadá. Jak orgány činné v trestním řízení, tak povinné osoby často tápají v tom, podle jakého ustanovení a jak postupovat.

Situaci ztěžuje dále i to, že Nejvyšší soud jakožto orgán povoláný ke sjednocování judikatury v oboru trestního řízení má jen omezené možnosti přezkumu provedeného dokazování, neboť vady dokazování zpravidla nelze podřadit pod žádný dovolací důvod dle § 265b trestního řádu.³⁷ Dovolání je přitom mimořádným opravným prostředkem, který se na nápadu Nejvyššího soudu podílí patrně největším dílem a který mu poskytuje nejširší možnost zaujmout k určité výkladové otázce právní názor. Obdobná situace pak panuje i v řízení o ústavní stížnosti před Ústavním soudem.

³² Na nedostatečný právní základ ve svém stanovisku poukazuje například Rada evropských advokátních komor (CCBE). Viz plné znění stanoviska online z: <https://www.cak.cz/assets/priloha_7_2018_11.pdf>.

³³ Na kterou poukazuje například Stanovisko Evropského inspektora ochrany osobních údajů č. 7/2019 dostupné online z: <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19-11-06_opinion_on_e_evidence_proposals_en.pdf>.

³⁴ Například americké telekomunikační předpisy zakazují v některých případech americkým poskytovatelům služeb bez dalšího poskytovat data zahraničním orgánům a vyžadují využití mechanismů mezinárodní justiční spolupráce. Teoreticky by v tomto případě dal tento rozpor vyřešit uzavření exekutivní smlouvy podle *Cloud Act*, ke kterému ale zatím mezi EU a USA nedošlo.

³⁵ Viz zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád).

³⁶ Výjimkou je § 7b trestního řádu, který však dle důvodové zprávy zajišťuje provedení požadavků Úmluvy o kyberkriminalitě, tedy nejde o projev snahy koncepčně danou problematiku vyřešit, ale pouze v duchu nejlepších tradic salámové metody vytvořit ustanovení, které zapracovává mezinárodněprávní požadavek v minimální nutné míře při rezignaci na komplexní přístup a přehodnocení i všech dalších souvisejících oblastí trestního řízení, které se elektronických důkazů dotýkají.

³⁷ Otázky dokazování nicméně často souvisí s právem na spravedlivý proces, kterému podle ustálené judikatury musí i Nejvyšší soud poskytovat ochranu. V tomto směru tedy vady dokazování na základě podaných dovolání přezkoumávat může, ačkoliv to příliš často nečiní.

Neznamená to jistě, že by Nejvyšší soud či Ústavní soud byly zcela vyloučeny z možnosti vyjádřit se k aplikaci právní úpravy trestního řádu ve vztahu k elektronickým důkazům (viz i jejich judikáty, na něž odkazujeme níže). U Nejvyššího soudu tuto možnost otevírá především řízení o stížnosti pro porušení zákona a u obou těchto vrcholných orgánů moci soudní se pak nabízí možnost k zásahu v případě vad dosahujících intenzity porušení základních lidských práva a svobod. Tyto příležitosti jsou však spíše sporadické. Chybí zde tolik potřebná „masa“ judikatury, která postupně s narůstajícím množstvím precizuje přístup aplikační praxe a ustaluje výklad i aplikaci předmětných právních norem.

Byť takový stav věcí jistě není optimální, aplikační praxe si dokáže poradit i za něj a zejména v posledních přibližně dvou dekadách v ní došlo k vytvoření pragmaticky fungujícího přístupu k elektronickým důkazům. Nevděčný úkol hlavního tvůrce aplikační architektury právní úpravy trestního řízení ve vztahu k elektronickým důkazům na sebe vzalo Nejvyšší státní zastupitelství (dále jen „NSZ“), které v rámci své metodické činnosti vydalo stěžejní dokumenty, které poprvé měly ambici uchopit tento problém systémově a komplexně.³⁸ Tento přístup pak v podstatě aplikační praxe převzala. Současný stav lze obecně shrnout tak, že procesní nástroje využívané pro zajišťování elektronických důkazů se uplatňují v závislosti na:

- a) charakteru získávaného elektronického důkazu (zejména jde-li o přepravovanou či doručenou zprávu, data uložená na pevném nosiči, data uložená v cloudu, tzv. metadata elektronické komunikace atd.),
- b) způsobu získávání elektronického důkazu (zda se data extrahují přímo z elektronického zařízení jako je mobilní telefon či laptop, zda se získávají od poskytovatele služeb elektronické komunikace či služeb informační společnosti, od třetí osoby, u níž se data nachází atd.),
- c) okamžiku, v němž se zajištění provádí (typicky v případě zpráv přepravovaných prostřednictvím služeb elektronické komunikace, zda byly doručeny ještě před okamžikem zajištění nebo až po něm).

Základní (a pro přehlednost notně zjednodušené) schéma struktury přístupu aplikační praxe k elektronickým důkazům lze shrnout následovně:

V případech zajišťování a vyhodnocování obsahu a metadat souvisejících s elektronickou komunikací se uplatňují ustanovení § 88 trestního řádu o odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu a § 88a trestního řádu upravující postupy při zjišťování provozních a lokalizačních údajů o telekomunikačním provozu. Obě ustanovení se pak vztahují na širokou škálu služeb elektronických komunikací – od telefonické komunikace, přes datový přenos po sítích elektronických komunikací až po zajišťování obsahu komunikace prostřednictvím e-mailu a jiných typů komunikačních služeb.³⁹

³⁸ Jedná se zejména o stanovisko poř. č. 1/2015 Sb. v. s. Nejvyššího státního zastupitelství ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů, k problematice zjišťování obsahu mobilních telefonů a jiných datových nosičů, včetně obsahu e-mailových schránek (dostupné z: <https://verejnazaloba.cz/wp-content/uploads/2020/03/1_SL_760-2014.pdf>), navazující na starší stanovisko poř. č. 4/2005 Sb. v. s. Nejvyššího státního zastupitelství ke sjednocení výkladu zákonů a jiných právních předpisů k postupu v případech, kdy je třeba pro účely trestního řízení zjistit obsah údajů uložených v nalezeném, vydaném či odňatém mobilním telefonu, včetně údajů uložených na SIM kartě.

³⁹ Viz stanovisko poř. č. 1/2015 Sb. v. s. Nejvyššího státního zastupitelství, s. 8.

Získání obsahu elektronické komunikace od poskytovatele příslušné služby do budoucna (respektive v reálném čase) je možné toliko na základě příkazu dle § 88 trestního řádu. K získání metadat o elektronické komunikaci pak slouží § 88a trestního řádu, který má v porovnání s § 88 trestního řádu poněkud benevolentnější podmínky a lze jej uplatnit jak na metadata, která mají do budoucna na zájmovém zařízení vzniknout, tak na metadata, která vznikla již v minulosti a byla poskytovatelem příslušné služby uchována.

Minulý obsah elektronické komunikace (e-mail, zprávy přes messengery či sociální síť, ale v zásadě i celý obsah e-mailové schránky včetně zpráv teprve rozepsaných atd.), k němuž již měl adresát přístup, je zajišťován dle § 158d odst. 3 trestního řádu. Na získání obsahu takové komunikace, který ještě nebyl adresátovi zpřístupněn (s jejímž obsahem se ještě neseznámil, tedy typicky doručená, ale nepřečtená zpráva) se vztahuje opět § 88 trestního řádu, neboť jde v podstatě o dosud neukončenou komunikaci, případně neměl-li adresát ani příležitost se s obsahem zprávy seznámit (např. byla doručena až po jeho zadržení), je možné uvažovat o aplikaci § 8 odst. 5 trestního řádu⁴⁰ jako o určitém východisku z nouze.

Data, která nemají povahu elektronické komunikace, ale jsou získávána od třetích subjektů (typicky dokumenty uložené v cloudových úložištích či na vzdálených serverech, např. informace z profilů sociálních sítí atd.), mají v zásadě dvojí režim. Nejde-li o data, vůči nimž by poskytovatel předmětné služby byl vázán povinností mlčenlivosti (např. data zveřejněná samotným uživatelem), postačí k jejich zajištění tzv. dožádání dle § 8 odst. 1 trestního řádu; pokud zde tato povinnost je, je nutno postupovat dle § 158d odst. 3 trestního řádu.⁴¹

Ve vztahu k poskytovatelům předmětných služeb či k jiným třetím osobám, které mají ve své dispozici zájmové elektronické důkazy, je pak v této souvislosti relevantní ještě relativně nový institut tzv. „zmrazení dat“ dle § 7b trestního řádu, umožňující orgánům činným v trestním řízení uložit takové osobě povinnost uchování zájmových dat po dobu až 90 dní, případně znemožnit jiným osobám přístup k nim. Tento institut slouží toliko k zajištění dat u této třetí osoby, nikoliv i k jejich vydání orgánu činnému v trestním řízení. To je pak třeba realizovat s využitím jednoho ze shora nastíněných procesních institutů podle toho, o jakou situaci jde z hlediska výše uvedených parametrů rozlišujících použitelnost jednotlivých procesních institutů ve vztahu k elektronickým důkazům. Právě proto, že jde o toliko zajištění integrity dat, a nikoliv o jejich zpřístupnění orgánům činným v trestním řízení, je i procesní standard záruk zajištění práv třetích osob poměrně nízký, neboť v přípravném řízení postačí příkaz policejního orgánu se souhlasem státního zástupce, a při nebezpečí z prodlení i bez něj.

Specifickou otázkou je získávání informací z neveřejných částí profilů či stránek sociálních sítí. K této problematice se již vyjadřoval Ústavní soud, podle jehož obecných závěrů je třeba vždy důsledně rozlišovat u každého konkrétního příspěvku, zda byl učiněn soukromě nebo veřejně, a aplikovat příslušná ustanovení trestního řádu.⁴² Toto pilotní rozhodnutí však neposkytovalo příliš přesné směrnice, podle nichž by měly orgány činné v trestním řízení postupovat. Neproblematické jsou příspěvky učiněné veřejně tak, že si

⁴⁰ Viz stanovisko poř. č. 1/2015 Sb. v. s. Nejvyššího státního zastupitelství, s. 10–11.

⁴¹ Srov. STUPKA, Václav. In: POLČÁK, Radim – PŮRY, František – HARAŠTA, Jakub a kol. *Elektronické důkazy v trestním řízení*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, s. 107.

⁴² Viz náleží Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 3844/13 (N 201/75 SbNU 259).

je může zobrazit kdokoliv bez dalších zvláštních omezení. V těchto případech lze nepochybně jejich obsah zajistit bez potřeby vyžadování jakéhokoliv souhlasu. Jde-li o uzavřené komunikace činěné prostřednictvím aplikací typu messenger, uplatní se všechna pravidla uvedená výše pro zajišťování obsahu elektronické komunikace.

Složitější situaci musela aplikační praxe řešit již ve vztahu k příspěvkům publikovaným v rámci uzavřených, „poloveřejných“ stránek (tzv. skupin), které určitá omezení vstupu ze strany veřejnosti vztyčují (např. nutností schválení přístupu ze strany administrátora stránky, který tak učiní pouze za splnění určitých podmínek), nejedná se však o ryze soukromou konverzaci typu vyměňování zpráv či hovorů v reálném čase. Stěžejním vodítkem při řešení těchto situací je právní závěr Ústavního soudu, že data z takových poloveřejných stránek (typicky ve formě *printscreenu*), která Policii ČR předá informátor ve smyslu § 73 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, který takovou stránku infiltroval, nevyžadují k použití pro důkazní účely v trestním řízení žádný souhlas ani příkaz soudu a je možno je využít bez dalšího.⁴³ Tento závěr lze patrně rozšířit i na situace, v nichž data nebudou předána osobou přímo v postavení policejního informátora, ale někoho, kdo měl k těmto datům legální přístup (např. poškozený, který jako člen neveřejné stránky měl přístup k příspěvku jiného uživatele, jehož prostřednictvím na něm byl spáchán trestný čin). V praxi bývají rovněž data z poloveřejných či neveřejných stránek rovněž prostřednictvím operativních profilů, které si vytvářejí vyšetřovatelé. Pokud pak nedochází k umístování nevhodného obsahu do těchto stránek ani k podněcování k nevhodné komunikaci či distribuci nevhodného obsahu, ale pouze k dokumentaci již probíhajícího trestněprávního jednání a zajišťování obsahu, nejedná se o tzv. policejní provokaci.⁴⁴

Poslední typizovanou a v praxi častou situací je extrakce dat přímo z jejich hmotného nosiče majícího podobu hmotného datového nosiče v jakékoliv podobě (USB, přenosné pevné disky, snad ještě i DVD či CD, telefony, tablety, notebooky atd.). Tento postup nastává tehdy, je-li při realizaci jiného zajišťovacího úkonu (domovní prohlídka a prohlídka jiných prostor, vydání či odnětí věci, osobní prohlídka atd.) takový datový nosič nalezen a zajištěn. Co se týče elektronické komunikace vedené tímto nosičem, uplatní se ohledně komunikace, k níž dochází od okamžiku zajištění takového nosiče do budoucna, výše uvedený režim § 88 trestního řádu.

Ohledně ostatních dat (uložené dokumenty, obrazové, zvukové i audiovizuální soubory, programy atd., ale i v paměti uložené akty minulé elektronické komunikace) se dosavadní přístup kloní ke stanovisku, že za těchto okolností není třeba pro extrakci dat z datového nosiče žádný další zvláštní procesní postup.⁴⁵ Orgány činné v trestním řízení pak typicky vlastními silami či s využitím externích expertů na informační technologie ze zajištěného datového nosiče extrahují zájmová data, je-li to technicky možné.

Nezdá se, že by se tento přístup v aplikační praxi soudů setkával s odporem či odmítáním, naopak má oporu v judikatuře,⁴⁶ ostatně dobře zapadá do dosavadní koncepce věc-

⁴³ Viz náleze Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 3564/18 (N 101/94 SbNU 229).

⁴⁴ K policejní provokaci viz např. usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 1. 2014, sp. zn. 7 Tdo 1106/2013.

⁴⁵ Viz výrok shora citovaného výkladového stanoviska poř. č. 4/2005 a jeho s. 11 a výrok I. citovaného výkladového stanoviska poř. č. 1/2015.

⁴⁶ Srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 12. 2000, sp. zn. 7 Tz 9/2000, potvrzené i usnesením Nejvyššího soudu ze dne 16. 3. 2016, sp. zn. 7 Tdo 173/2016.

ných důkazů v trestním řízení. Orgány činné v trestním řízení totiž běžně se zajištěnými věcnými důkazy nakládají bez dalšího tak, jak je pro potřeby dokazování nutné (např. využití fyzikálních a chemických metod kriminalistické techniky na zajištěné věcné nosiče důkazů s cílem objevení mikrostop), a to včetně takových postupů, při nichž jsou odhalovány rovněž citlivé informace osobní povahy (např. analýza DNA s využitím zajištěného biologického materiálu či analýza zajištěného osobního deníku, fotografií se sexuálním obsahem atd.), a podrobují je znaleckému zkoumání a jiným expertizním činnostem v podstatě bez omezení (jistě však v mezích obecných limitů zásady přiměřenosti, hospodárnosti atd.).

Přesto lze v tomto přístupu spatřovat zřejmá úskalí z hlediska ochrany základních lidských práv a svobod osoby, u níž byl takový datový nosič zajištěn, jakož i osob, jejichž data jsou na něm uložena (nemusí se totiž nutně jednat o stejné osoby), a do budoucna lze pochybovat, zda tento přístup obстоjí. Nedostatečná se zdá především absence jakékoliv diferenciaci jednak typu nosiče (zpřístupnění obsahu pracovního flash disku zpravidla nelze mírou zásahu do soukromí srovnávat se zpřístupněním obsahu např. celého mobilního telefonu či počítače), jednak způsobu zabezpečení (tj. zda např. daný datový nosič nebyl nijak zabezpečen a ke zpřístupnění jeho obsahu postačovala pouhá dispozice s ním, zda je třeba k jeho zpřístupnění prolomit heslo či provést dešifrování obsahu atd.) a jednak i možnou extenzi zpřístupnění na další data, která nejsou uložena fyzicky na daném nosiči (tj. např. zda zpřístupnění obsahu telefonu, tabletu či počítače umožňuje i zpřístupnění dat uložených v cloudu či na vzdáleném úložišti díky tomu, že jsou v něm uloženy přístupové údaje).

Dalším bílým místem současné právní úpravy v těchto situacích je i absence úpravy intruzivních (penetračních) postupů orgánů činných v trestním řízení při překonávání softwarového zabezpečení, a to zejména s ohledem na to, že tento problém dříve či později narazí (respektive v praxi již naráží) nutně na limity vybavenosti Policie ČR v porovnání s možnostmi světových technologických leaderů zabezpečovat své produkty. I kdyby totiž bylo možno připustit, že jakmile se datový nosič dostane do dispozice orgánů činných v trestním řízení, tyto mají pravomoc s ním nakládat (při zachování zásady přiměřenosti atd.), jak nejlépe umí, a prolamovat jeho zabezpečení i bez souhlasu soudu, jsou-li toho technicky schopny, nejsou tím pokryty případy, kdy toho technicky schopny nejsou a zpřístupnění obsahu datového nosiče by vyžadovalo součinnost s jeho výrobcem (např. při nemožnosti prolomit šifrování uložených dat). Nešlo by zde totiž o vydání dat třetím subjektem, u něž je využitelný § 158d odst. 3 trestního řádu, ale pouze o poskytnutí součinnosti při zpřístupňování předmětného datového nosiče. Dílčí pravomoc orgánů činných v trestním řízení něco takového nařídit a procesní záruky práv dotčených osob v platné a účinné právní úpravě chybí.

Poslední potřebná „vstupní“ informace k domácí právní úpravě se týká elektronických důkazů *de lege ferenda* v návrhu nového trestního řádu, jehož paragrafované znění je již veřejně přístupné.⁴⁷ Z dosud zveřejněných informací se zdá, že zvažovaný nový trestněprocesní kodex hodlá na elektronické důkazy výslovně pamatovat, avšak příliš ambiciózní v tomto ohledu není. Východiskem je právní konstrukce ustanovení pracovně označeného jako § e42 odst. 2, podle něž: „*Ustanovení o věcech se vztahují i na data uchovávaná*

⁴⁷ Online na adrese: <<https://tpp.justice.cz/>>.

v elektronické podobě, nevyplývá-li z jednotlivých ustanovení trestněprocesního zákona něco jiného.“ I v řadě dalších ustanovení se objevuje pojem „data“ samostatně vedle listin a věcí, což značí odlišování jejich svébytnosti od jiných nosičů důkazu. Alfou a omegou připravované nové právní úpravy však bude pochopitelně především to, jak toto odlišení bude provedeno v části týkající se zajišťovacích institutů ve vztahu k elektronickým důkazům, nicméně část návrhu týkající se zajišťovacích institutů nebyla ještě v době psaní tohoto článku veřejně přístupná.

3. Hlavní právní výzvy

Z předchozího textu je patrné, že ačkoliv došlo v minulosti k poměrně dynamickému rozvoji legislativy a praxe uplatňované při nakládání s elektronickými důkazy, výzev lze vnímat stále velké množství. Tyto výzvy lze v ČR identifikovat hned v několika oblastech. První oblast se týká samotné právní úpravy – ta je nucena reagovat na aktuální technologický vývoj a poskytnout orgánům činným v trestním řízení efektivní nástroje pro stíhání kriminality a současně zohlednit požadavky na ochranu ústavních práv. Do této oblasti lze rovněž zahrnout výzvy související s implementací stávajících a budoucích právních nástrojů konstruovaných na úrovni mezinárodní komunity a Evropské unie. Druhá oblast souvisí s problematikou uplatňované kriminalistické techniky a metodiky při zajišťování elektronických stop, která je i přes evidentní snahy na všech úrovních orgánů činných v trestním řízení stále poněkud nekonzistentní a mnohdy i neefektivní. Poslední oblast navazuje na vývoj nových technologií, které mohou znamenat zásadní zásah do trestního procesu i vnímání elektronických důkazů jako takových. Ačkoliv je úprava procesních nástrojů zásadně technologicky neutrální, může rozvoj umělé inteligence, kvantových počítačů či neurotechnologií vyžadovat nejen budování nových procesních nástrojů a postupů, ale i kritický přístup při konstrukci ústavních limitů při využívání těchto technologií pro dokazování v trestním řízení.

Tento článek se věnuje především právním otázkám, proto se zaměříme na první identifikovanou oblast.

Prvním a základním předpokladem nastavení vhodné úpravy a postupů pro nakládání s elektronickými důkazy je jejich pojmové zakotvení. Aktuální právní úprava pojem elektronický důkaz nezná, což je i v zahraničním srovnání spíše pravidlem než výjimkou. Problém je spíše s rozdělením jednotlivých elektronických důkazů podle jejich právní povahy. Trestní řád pracuje s pojmy jako jsou telekomunikační provoz, údaje o telekomunikačním provozu, počítačový systém, data, záznamy uchovávané v soukromí a podobně. Na vazbě konkrétní kategorie elektronických důkazů na tyto pojmy závisí i volba procesního nástroje k jejich zajištění, související úroveň ochrany lidských práv potenciálně dotčených osob i procesní náročnost pro orgány činné v trestním řízení. To v minulosti vedlo k tomu, že se jednotlivé zúčastněné strany – ať již šlo o orgány činné v trestním řízení, povinné osoby poskytující součinnost či obhajobu – snažily se všemi možnými prostředky prosadit využití těch procesních nástrojů, které jim nejvíce vyhovovaly.⁴⁸ Důsledkem je nekonsistence v trestním řízení, úrovni ochrany lidských práv, uplatnitelnosti a důkazní

⁴⁸ Na straně ISP například ve vztahu k jejich obchodnímu modelu, *public relations* nebo riziku vlastní odpovědnosti, na straně OČTŘ z hlediska procesní dostupnosti příslušných procesních nástrojů.

síle elektronických důkazů a dalším problémům. Přestože k určitým snahám o klasifikaci a zřehlednění těchto vazeb dochází (například prostřednictvím výkladových stanovisek NSZ⁴⁹ nebo v odborné literatuře), nebyly tyto snahy doposud systematické s vazbou na zahraniční iniciativy⁵⁰ a realie českého právního prostředí.

Podobné nekonsistence jsou patrné v nastavení jednotlivých procesních institutů v trestním řádu, které jsou běžně pro zajišťování elektronických důkazů využívány. Jak je zřejmé z předchozího výkladu, různé instituty vznikaly v různé době a s různou teleologií, a ačkoliv zákonodárce v těchto kontextech vyhodnocoval míru rizika zásahu do práv a svobod osob dotčených při jejich využití a podle toho je konstruoval, jejich využití při dokazování elektronickými důkazy může být poněkud problematické. Zajištěním a analýzou některých elektronických důkazů, respektive jejich zdrojů totiž mnohdy dochází k zásadnímu zásahu do některých ústavně zaručených práv. Například mobilní telefon, osobní počítač nebo soukromé cloudové úložiště může obsahovat větší množství informací o soukromí člověka než jeho domácnost. Přesto jsou záruky uplatňované v případech zajištění a ohledání věci či při zajišťování dat z cloudových úložišť v rámci sledování osob a věcí nesrovnatelně nižší než ty, které se uplatňují při domovní prohlídce.⁵¹ Tento stav není ojedinělý, i v mezinárodním srovnání je patrné, že při uplatňování tradičních procesních institutů jsou mnohdy uplatňovány nedostatečné záruky ve vztahu k charakteru zajišťovaných a zpracovávaných elektronických důkazů.⁵² Může však nastat i opačná situace, tedy že úroveň záruk bude nepřiměřeně vysoká a v jejím důsledku budou příslušné procesní nástroje pro orgány činné v trestním řízení v některých situacích nedostupné nebo obtížně dostupné.⁵³ Před ratifikací Úmluvy o kyberkriminalitě například limity nastavené u odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu neumožňovaly využití tohoto nástroje ke sběru dat při vyšetřování kyberkriminality,⁵⁴ což mohlo do značné míry svazovat ruce při stíhání takové trestné činnosti.

Stávající instituty trestního práva procesního by z výše uvedených důvodů měly být podrobeny analýze právě z hlediska rozsahu ochrany práv dotčených osob a využitelnosti k zajištění příslušných elektronických důkazů. Podobně by bylo vhodné provést syntézu s kategorizací elektronických důkazů doporučenou výše, v jejímž rámci by byly identifikovány mezery v právní úpravě, které způsobují nemožnost získávání některých kategorií důkazů nebo naopak umožňují využití pro jednu kategorii důkazů využití více procesních nástrojů, které mají různou míru ochrany práv a procesní náročnost. Podobný analytický přístup by umožnil formulovat konkrétní doporučení *de lege ferenda* jak pro aktualizaci současné právní úpravy trestního procesu, tak pro aktuálně probíhající přípravu rekodifikace.

⁴⁹ Výkladová stanoviska Nejvyššího státního zastupitelství jsou dostupná online z: <<https://verejnazaloba.cz/nsz/cinnost-nejvyšsiho-statniho-zastupitelstvi/vykladova-stanoviska/stanoviska-z-trestniho-prava-procesniho/>>.

⁵⁰ Například na projekty realizované v EU, snahy o kategorizaci ze strany Evropolu, Evropské agentury pro kyberbezpečnost apod.

⁵¹ K problematice nedostatečné ochrany soukromí v případě využití dat z mobilního telefonu viz např. MAREŠOVÁ, Eliška. Problematika získávání informací z mobilních telefonů v rámci trestního řízení. *Trestněprávní revue*. 2021, č. 3, s. 146.

⁵² Viz např. srovnávací studie projektu EVIDENCE, dostupná online z: <<http://s.evidenceproject.eu/p/e/v/evidence-ga-608185-d8-1-423.pdf>>.

⁵³ Například aplikace postupu podle § 158d/3 p. a. § 88/1 tr. ř. u získávání obsahu e-mailu nelze aplikovat na bagatelní trestné činy (např. Majetkovou trestnou činnost), protože postup podle § 88/1 je limitován jen na vybrané případy (sazbou, na vyjmenované trestné činy, či činy trestné podle mezinárodní smlouvy).

⁵⁴ Do té doby totiž nebylo stíhání příslušných skutkových podstat vyžadováno žádnou vyhlášenou mezinárodní smlouvou.

Kromě samotného nakládání s elektronickými důkazy je z hlediska praxe i podle dostupné odborné literatury⁵⁵ výzvou i hodnocení elektronických důkazů. Elektronické důkazy jsou na jednu stranu mnohdy hodnoceny jako nespolehlivé kvůli slabé ochraně integrity elektronických dat, v některých případech je k nim naopak přistupováno poněkud nekriticky, obzvlášť jsou-li prezentovány soudu prostřednictvím znaleckého posudku. Doktrína pro kritéria hodnocení elektronických důkazů neexistuje, nevyplývá ani z judikatury ani z odborné literatury. Přitom kritéria jsou klíčová jak pro přisuzování hodnoty závažnosti (důležitosti) elektronického důkazu pro rozhodnutí, tak hodnoty zákonnosti elektronického důkazu i hodnoty pravdivosti (popřípadě věrohodnosti) elektronického důkazu. Hodnocení elektronických důkazů je závislé především na technických parametrech – na charakteru příslušných dat, jejich zdroji, metodě jejich získání a uchování, využitých interpretačních, analytických a forenzních nástrojích apod. Tyto faktory mohou ovlivňovat důkazy oběma směry: nejenže nevhodný postup při zajištění důkazů může způsobit jejich znehodnocení nebo snížení jejich důkazní síly, ale může nastat i opačná situace, kdy například využitý forenzní nástroj vygeneruje nespolehlivé nebo nesprávné výstupy.⁵⁶ Kvalita hodnocení elektronických důkazů je tedy výrazně ovlivněna schopnostmi a zkušenostmi osob, které jej provádějí, a dostupným technickým vybavením. Dostupných právních řešení, která by mohla přispět k řešení těchto výzev je relativně málo. Jedním je určitě dobře postavený znalecký zákon. Ten český, který byl publikován ve Sbírce zákonů před dvěma lety,⁵⁷ nahradil v letošním roce velmi dlouho kritizovaný a zastaralý znalecký zákon z roku 1967.⁵⁸ Nový znalecký zákon je nesporně krokem správným směrem. Zavedení nových zkoušek pro znalce, rozšíření jejich odpovědnosti i lepší úprava náležitostí posudků jistě přispějí ke zvýšení kvality znalecké činnosti, a tedy i ke zvýšení kvality důkazů. Zákon však v některých oblastech lze považovat za promarněnou příležitost, neboť většinu připomínek ze strany odborné veřejnosti, které směřovaly ke zkvalitnění znalecké činnosti, stát přislíbil vyřešit formou vyhlášek a jiných podzákonných norem. Samotný zákon však tyto specifické požadavky neadresuje a je proto otázkou, zda k tomu budou mít v tomto směru příslušné orgány veřejné moci dostatek potřebné vůle, kvalifikace, prostředků a kapacit.⁵⁹ Současně je potřeba počítat se souvisejícím rizikem, že zvýšením kvalifikačních předpokladů a nároků na znalce dojde k faktickému snížení

⁵⁵ Viz např. zde: MASON, Stephen. Electronic evidence: A proposal to reform the presumption of reliability and hearsay. *Computer Law & Security Review* [online]. 2014, Vol. 30, Iss. 1, s. 80–84 [cit. 2021-10-12]. Dostupné z: doi:10.1016/j.clsr.2013.12.005. Online dostupné také z: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364913002057?casa_token=jUrSqEeyRDgAAAAA:xw-jROONSJZ5d6UH_GQ2qZtUURyiGmkewxs_L3-6A2slI9DqcrzoHAbx1zy4O8aSIKptQCLMcA>.

⁵⁶ Viz např. zde: VAN BUSKIRK, Eric – LIU, Vincent T. Digital Evidence: Challenging the Presumption of Reliability. *Journal of Digital Forensic Practice* [online]. 2006, Vol. 1, No. 1, 19–26 [cit. 2021-10-12]. Dostupné z: doi:10.1080/15567280500541421. Online dostupné také z: <https://www.bishopfox.com/files/articles/2006/Journal_of_Digital_Forensic_Practice-Challenging_the_Presumption_of_Reliability-Mar2006.pdf>.

⁵⁷ Viz zákon č. 254/2019 Sb., o znalcích, znaleckých kancelářích a znaleckých ústavech z 9. října 2019.

⁵⁸ Viz zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících.

⁵⁹ Více k problematice kvality znalecké činnosti ve vztahu k novému znaleckému zákonu viz např. zde: SVETLÍK, Marián, jr. Dorazil nový zákon o znalcích. Tak nějak po česku. *Digital Forensic Review*. 2020, roč. 4, Vol. 6–7, č. 1–2, s. 21–23. Dostupné také z: <https://d6scj24zvfbo.cloudfront.net/5d65ad9dd870a17415aa5ba965f32d66/200000055-c77ecc77ee/6_1-2020-021-024.pdf?ph=03c57292e5> nebo <<https://www.dforeview.cz/l/dfr-c-6-1-2-2020/>>, a/nebo zde: SVETLÍK, Marián, sr. Kvalita znalců očima návrhu zákona. *Digital Forensic Review*. 2019, roč. 3, Vol. 4, č. 1, s. 7. Dostupné také z: <https://d6scj24zvfbo.cloudfront.net/5d65ad9dd870a17415aa5ba965f32d66/200000012-b2756b2759/2019_1-1.pdf?ph=03c57292e5> nebo <<https://www.dforeview.cz/l/dfr-4/>>.

jejich dostupnosti a tím k dalším procesním průtahům. Dalším nástrojem, který by mohl potenciálně proces hodnocení elektronických důkazů zkvalitnit, je koordinace a tvorba metodických materiálů. Již v současné době jsou některé postupy harmonizovány pomocí interních aktů řízení Policie ČR,⁶⁰ ty jsou však veřejnosti nedostupné a věnují se jen omezenému rozsahu postupů. V rámci Národní centrály proti organizovanému zločinu byl vybudován tým metodiků, kteří by mohli přinejmenším přispět k uplatňování vhodné metodiky práce s elektronickými důkazy, což by mohlo v konečném důsledku vést i k vyšší kvalitě jejich zpracování, provádění i hodnocení.

Zásadní výzvy jednoznačně souvisí s problematikou dostupnosti elektronických důkazů zpracovávaných zahraničními subjekty a uchovávaných v zahraničí. Jak bylo uvedeno výše, současné mechanismy pro mezinárodní spolupráci jsou mnohdy poměrně neefektivní a s rozvojem nových technologií, především cloudu, dochází k posilování decentralizace uchovávání dat a ke snižování jejich lokální dostupnosti. Tuto výzvu není v podstatě možné řešit na úrovni jednoho státu, což je reflektováno v rámci mezinárodní komunity snahami o přípravu nejrůznějších instrumentů umožňujících efektivní přeshraniční práci s elektronickými důkazy. Klíčovou roli v tomto směru budou pro ČR v budoucnosti hrát snahy Evropské unie v podobě Evropských předávacích a uchovávacích příkazů a Rady Evropy v podobě institutů druhého dodatkového protokolu k úmluvě o kyberkriminalitě. Obě tyto iniciativy v podstatě směřují k přemostění standardních procedur mezinárodní justiční spolupráce tak, aby mohly příslušné orgány činné v trestním řízení získávat důkazy a součinnost přímo od poskytovatelů služeb působících v zahraničí. Navržené mechanismy zatím ale nejsou dostupné, navíc jsou podrobovány poměrně intenzivní kritice pro nesystémovost, slabou ochranu práv dotčených osob či neexistenci autentizačních mechanismů.⁶¹ Proto je v současnosti nutné spoléhat na klasické a široce dostupné mechanismy mezinárodní justiční spolupráce, respektive nově dostupný evropský vyšetřovací příkaz v rámci EU. I v případě těchto tradičních a ověřených nástrojů lze však identifikovat rezervy, zejména z hlediska existujících formálních postupů při přípravě žádostí a poskytování součinnosti. Především v rámci projektů EU⁶² je často realizována komparativní analýza, jejímž prostřednictvím jsou identifikována praktická, organizační i právní opatření, jimiž je možné procesy související s elektronickým dokazováním zefektivnit. Ačkoliv jsou tato opatření zpravidla formulována spíše obecně, mohou po působení najít uplatnění i v českém prostředí.

Závěr

Rozvoj informační společnosti vede k stále většímu využívání informačních a komunikačních technologií ve všech společenských aktivitách. Nejinak tomu je v případě trestné činnosti; ve stále větší míře se ICT objevují jako cíle nebo prostředky pachatelů. Z toho

⁶⁰ Více viz zde: VYSKOČIL, Ladislav. *Zajišťování a analýza digitálních důkazů*. Diplomová práce. Zlín: Univerzita Tomáše Bati ve Zlíně, Fakulta aplikované informatiky, 2013, s. 18, například jde o Metodický pokyn ředitele KÚP č. 7/2001, kterým se upravuje činnost orgánů Policie ČR při zajišťování výpočetní techniky a dat pro účely následného znaleckého zkoumání. Je však otázkou, do jaké míry jsou tyto postupy uplatňovány v praxi, zpravidla totiž mají jen nezávazný charakter doporučení.

⁶¹ Viz výše.

⁶² Příkladem může být projekt *Evidence* (<<https://evidenceproject.eu>>), zaměřený obecně na elektronické důkazy, nebo projekt *For-mobile* (<<https://formobile-project.eu>>), věnovaný problematice mobilních zařízení.

důvodu stoupá význam dokazování prostřednictvím elektronických důkazů, což představuje v mnoha ohledech velkou výzvu pro právní teorii i praxi. Odborná literatura se však této problematice po hříchu věnuje jen v poměrně omezené míře.

Tento článek si proto klade za cíl vyvolat odbornou diskusi prostřednictvím identifikace souvisejících právních výzev, které jsou z pohledu autorů významné a mohou do budoucna výrazně ovlivňovat kvalitu trestního procesu. Autoři nejprve mapují aktuální právní prostředí ovlivňující práci s elektronickými důkazy tvořené mezinárodními, evropskými i českými prameny práva a identifikují, jaké důsledky má toto prostředí v kombinaci s charakteristickými znaky elektronických důkazů pro praxi v trestním řízení.

Následně identifikují hlavní výzvy, které z právního hlediska současný stav představuje. Ty lze rozdělit do několika skupin. První skupinou jsou výzvy související s procesně-právní úpravou trestního řádu a limity její aplikace na reálné situace při práci s elektronickými důkazy a při zohlednění nezbytné ochrany práv osob, vůči kterým jsou příslušné procesní nástroje uplatňovány. Do druhé spadá problematika přeshraničního zajišťování elektronických důkazů a související obecné i specifické mezinárodní právní úpravy a její aplikace v českých podmínkách. Třetí skupinu tvoří výzvy související s hodnocením jednotlivých typů elektronických důkazů co do jejich kvality a spolehlivosti ve vazbě na jejich charakter a postupy při jejich zajišťování, analýze a hodnocení.

Autoři jsou si vědomi toho, že článek nenabízí řešení identifikovaných výzev, to ostatně není ani jeho cílem. Článek by měl být vnímán jako příspěvek do potřebné diskuse o problematice elektronického dokazování a jako východisko a mapa pro další výzkumné a analytické práce.

Intuice v soudním rozhodování

Linda Tvrdíková*

Abstrakt: V rámci právní teorie a právní filosofie se téměř nesetkáme s tím, že by se někdo blíže zabýval intuicemi, city nebo emocemi. Tyto naše lidské „schopnosti“ jsou často odbyty tím, že pouze zatemňují úsudek a jsou nikoli objektivní, ale zcela subjektivní. I pokud se podíváme do historie, setkáváme se s těmito tématy spíše zřídka – výjimkou jsou právní realisté, jejichž pracím není v rámci naší tradice a právní teorie věnována příliš velká pozornost, ať už se jedná o americký právní realismus, či skandinávský právní realismus. Právě otázce intuicí byla věnována pozornost u amerických právních realistů, a jelikož se v tomto textu budeme touto problematikou zabývat, jejich myšlenky si v první části představíme. Cílem tohoto textu je seznámit čtenáře s myšlenkami amerického právního realismu v jejich nekarikované formě, zejména ve vztahu k ústřednímu tématu, tedy intuicím, a následně ukázat, že jejich postřehy jsou víceméně v souladu s tím, jak na ně dnešní věda nahlíží a jak nám je představuje. Americký právní realismus tak může být označen jako poměrně úspěšná deskriptivní teorie, což bylo jeho aspirací, a je tedy s podivem, že se mu nevěnuje i v rámci teorie a filosofie práva více pozornosti a sklízí spíše kritiku. Další věcí, na kterou poukážeme, je to, že intuice nejsou pouze zdrojem zkreslení, ale i naší velice silnou stránkou. Podle autorky pak není na místě odbývat je konstatováním toho, že v právním myšlení nemají co dělat. Jsou součástí každého myšlení, tedy i toho právního, a proto by jim měla být věnována pozornost.

Klíčová slova: intuice, myšlení, rozhodování, právní realismus, kognitivní věda

Úvod

Pokud se podíváme na literaturu, která se zabývá interpretací práva a soudním rozhodováním, bezpochyby narazíme na texty, které se věnují problematice právní argumentace, rozebírají jednotlivé argumenty nebo se věnují logice. Pokud totiž hovoříme o soudním rozhodování a právním myšlení, nezřídka je zdůrazňován rozum, logické¹ a racionální myšlení.² Interpretace a aplikace práva je velice často vylíčena jako logická operace, kdy pouze subsumujeme nějaká fakta pod obecnou právní normu, tu analyzujeme skrze její jazykové vyjádření, kdy se nám pak z těchto pojednání může zdát, že práce soudce spočívá pouze v důkladné analýze textu. Jak uvádí Bartosz Brożek, po přečtení metodologických

* Mgr. Bc. Linda Tvrdíková. Doktorandka na katedře právní teorie Masarykovy univerzity v Brně. E-mail: Linda.Tvrdikova@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9115-1052>. Tento text vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Role intuice v soudním rozhodování* číslo MUNI/A/1524/2020 podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2021.

1 Může se zdát, že právě tyto naše schopnosti logického myšlení by nás mohly odlišovat od zvířat. Pokud se však podíváme do zvířecí říše, pak zjistíme, že u vyšších primátů (minimálně u nich) nalezneme podobné schopnosti. Tomasello hovoří o protologice. Viz např. TOMASELLO, Michael. *A Natural History of Human Thinking*. Cambridge: Harvard University Press, 2014, s. 19.

2 Jak uvádí například Diana Richardsová, už samotný název současného paradigmatu právní myšlení (v angličtině *legal reasoning*) svádí k tomu, abychom uvažovali o racionálním aktu. Podle ní, stejně jako podle Brožka, je to ale v současné době, kdy dochází k rozvoji poznatků v oblasti kognitivních věd, neudržitelná pozice, neboť tyto výzkumy naznačují, že lidé často uvažují intuitivně. Těto problematice se budeme i my v tomto textu věnovat. “[N]owadays one major paradigm in legal theory is that of “legal reasoning” – even its title suggests a paradigm where one considers the act of judging a rational act [...]” RICHARDS, Diana. When Judges Have a Hunch: Intuition (and Some Emotion) in Judicial Decision Making. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. 2016, Vol. 102, No. 2, s. 245–260.

učebnic můžeme nabýt dojmu, že svět práva je čistě lingvistický a právníci jsou výbornými analyzátoři textu.³

S čím se v rámci právní teorie a právní filosofie setkáme méně často, je pak to, že by se někdo blíže zabýval intuicemi, city nebo emocemi. Tyto naše lidské „schopnosti“ jsou často odbyty tím, že pouze zatemňují úsudek a jsou nikoli objektivní, ale zcela subjektivní.⁴ Pokud se podíváme i do historie, pak se s těmito tématy setkáváme spíše zřídka – výjimkou jsou pak právní realisté, jejichž pracím není v rámci naší tradice a právní teorie věnována příliš velká pozornost,⁵ ať už se jedná o americký právní realismus,⁶ či skandinávský právní realismus.⁷ Právě otázce intuicí byla věnována pozornost u amerických právních realistů, a jelikož se v tomto textu budeme touto problematikou zabývat, tak si jejich myšlenky v první části představíme.

V podání amerických právních realistů se může zdát, že se jedná o jakousi mystickou schopnost, nějaký soudcovský šestý smysl. Ostatně i sám Joseph C. Hutchenson tak tento

³ BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 1–2. „[Z] metodologických učebnic jasně vyplývá, že právní uvažování se věnuje zejména [...] výkladu jednotlivých ustanovení, jejich aplikaci na konkrétní případy [...]. Jedná se tak o myšlenkové operace, které vyžadují jazyk. Když člověk potřebuje vědět, co je platným právem, je třeba ověřit [...], která zákonná ustanovení byla řádně přijata [...]. Když člověk vykládá právo, zabývá se jazykovými výrazy a zvažuje jejich doslovný, nebo funkční význam. Aplikace práva je často zobrazována jako logický postup spočívající v „podřazení“ daných skutečností pod obecnou právní normu. [...] Zdá se, že právní svět je lingvistický a že právníci jsou skvělí v analýze textů.“ Překlad vlastní. To, že se zaměřujeme zejména na „racionální“ stránku a argumentaci, samozřejmě dává jistý smysl, neboť soudce po tom, co rozhodne nějaký případ, musí své rozhodnutí odůvodnit. Pokud však chceme jít více do hloubky a analyzovat a explikovat samotné rozhodnutí, pak je dle mého názoru vhodné zaměřit se i na ony „skryté“ stránky a motivy soudních rozhodnutí, kterými jsou například intuice. Samozřejmě je otázkou, jak tyto odhalovat a zkoumat, ovšem samotná náročnost zkoumání není dle mého názoru důvodem k tomu, abychom o těchto věcech nepojednávali a diskutím o těchto fenoménech se vyhýbali. Tento text lze chápat jako seznámení se s danou problematikou, kde může sloužit jako základ pro další zkoumání. Samotná autorka textu se hodlá touto problematikou i nadále zabývat. Po vytvoření teorie má v úmyslu tuto ověřit i prostřednictvím empirických výzkumů.

⁴ Wright uvádí ve svém článku příklady vyjádření amerických soudců, kde je debata ohledně intuicí celkem živá. Na tomto místě uvedu pouze „negativní“ hodnocení zaznívající na adresu intuicí. V případě „*State v. Martini*, 651 A.2d 949, 997-1000 (N.J. 1994) (Handler, J., disenting judge) (na několika místech spojuje intuici s pouhou subjektivitou při kritice přezkumu přiměřenosti trestu smrti a odkazuje také na „nevyšvětlitelné intuitivní morální reakce“ soudců na konkrétní trestné činy). [...] *Shaffer v. Farm Fresh, Inc.*, 966 F.2d 142, 145-46 (4th Cir. 1992) (zastává názor, že „je zapotřebí nějakého silnějšího objektivního důvodu [...] než pouhé soudcovské intuice [...]“), *Squires v. Squires*, 854 S.W.2d 765, 775 (Ky. 1993) (Leibson, J., disenting judge) (uvádí, že „stanovisko většiny [...] je spíše intuitivní než objektivní“).“ Překlad vlastní. WRIGHT, George R. *The Role of Intuition in Judicial Decisionmaking*. *Houston Law Review*. 2006, Vol. 42, Iss. 5, 2006 [cit. 2021-06-08]. Dostupné z: <<https://houstonlawreview.org/article/4799-the-role-of-intuition-in-judicial-decisionmaking>>.

⁵ Samozřejmě existují výjimky. Například skandinávskému právnímu realismu věnovali kapitolu v knize *Filosofie práva* Tomáš Gábriš a Marek Káčer. GÁBRIŠ, Tomáš – KÁČER, Marek. *Právní realismus*. In: SOBEK, Tomáš – HAPLA, Martin a kol. *Filosofie práva*. Iurium Handbook Series, 2020, 485 s.

⁶ V současné době však dochází alespoň v angloamerické literatuře k „renesanci“ myšlenek amerických právních realistů, kde se jejich myšlení věnuje například Brian Leiter. Dále se zde začíná tvořit „směr“, kde sami sebe nazývají novými právními realisty. Případně zájemce o literaturu ohledně amerického právního realismu mohou odkázat na: LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, 275 s. K novému právnímu realismu jsou pak zejména sborníky. Můžeme uvést například: MERTZ, Elisabeth – MACAULAY, Stewart – MITCHELL, Thomas W. (eds). *The New Legal Realism: Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

⁷ Zde zase můžeme uvést, že myšlenky těchto realistů inspirují současné italské právní teoretiky, kde například Chiassoni ve své knize přímo zmiňuje jméno Karla Olivecrony, kterého považuje za předchůdce pragmatického realismu, což byl pohled, který prezentoval ve své knize *Interpretation without Truth*, kterou mohu vřele doporučit. CHIASSONI, Pierluigi. *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry*. Springer, 2019.

„cit“ nazývá.⁸ My si však v tomto textu ukážeme, že je můžeme vysvětlit za pomoci kognitivních věd. A pokud se na ně podíváme touto optikou, pak nám nebudou připadat vůbec záhadné. V posledních letech se spousta kognitivních vědců věnovala právě otázce intuicí, citů a emocí a začíná se ukazovat, že naše myšlení je možná úplně jiné, než jsme si mysleli, že je mnohem více zakořeněné právě v citech a emocích⁹ a že intuice jsou nevyhnutelnou součástí našeho myšlení.¹⁰ Bude představen model, který tvrdí, že intuice vycházejí z našich zkušeností¹¹ a z toho důvodu je pak důležitá i zpětná vazba,¹² aby se formovaly co nejpřesněji.

V poslední části textu se zaměříme na to, co se v souvislosti s nimi často uvádí, což je, že mohou často vést ke zkreslením a nesprávným výsledkům. Pokud si někdo přečte například práce Kahnemana a Tverského,¹³ může nabýt dojmu, že intuice jsou opravdu spíše přítěží. Kahneman a Tversky se totiž zaměřovali právě na tato selhání. Některá tato selhání intuic si představíme. Uvidíme, o jaká „zkreslení“ se jedná, a čtenář může zhodnotit, zda je v rámci práva můžeme označit jako zásadní. Další věcí je, že se jich lze vyvarovat, pokud si jich budeme vědomi, k tomuto vědomí může přispět právě i tento text.

Cílem tohoto textu je tak seznámit čtenáře s myšlenkami amerického právního realismu v jejich nekarikované formě, zejména ve vztahu k ústřednímu tématu, tedy intuicím, a poukázat na to, že tyto postřehy a myšlenky jsou relevantní i pro naši právní kulturu. Dále pak ukázat, že postřehy amerických právních realistů jsou víceméně v souladu s tím, jak na intuice dnešní věda nahlíží a jak nám je představuje. Americký právní realismus tak může být označen jako poměrně úspěšná deskriptivní teorie, což bylo jeho aspirací,

⁸ “I recognized, of course, that in the preparation of the facts of a case there was room for intuition, for feeling, that there was a sixth sense which must be employed in searching for the evidence [...]” (s. 275). “[...] would hunch out just verdict after verdict by the use of that sixth sense, that feeling, which flooding the mind with light, gives the intuitional flash necessary for the just decision.” (s. 277). HUTCHENSON, Joseph C., Jr. The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision. *Cornell Law Review*. 1929, Vol. 14, Iss. 3, April [cit. 2021-06-08]. Dostupné z: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1282&context=clr>>.

⁹ “[L]egal reasoning, just as any other kind of thinking is deeply rooted in our emotionality”. BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 37.

¹⁰ Jak zdůrazňují i kognitivní vědci. Viz např. KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. Penguin, 2012, KLEIN, Gary. *The Power of Intuition: How to Use Your Gut Feelings to Make Better Decisions at Work*. Currency, 2004.

¹¹ Viz např. EPSTEIN, Seymour. Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory. In: PLESSNER, Henning – BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilmann (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*. London: Routledge, Taylor and Francis Group, 2014, BETSCH, Tilmann. The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making. In: PLESSNER, Henning – BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilmann (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*. London: Routledge, Taylor and Francis Group, 2014. Stejně tak přistupuje k intuicím ve své knize i Bartosz Brożek, který uvádí, že považuje intuici za mechanismus, který je založen na zkušenostech. BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 6.

¹² HOGARTH, Robin M. On the Learning of Intuition, s. 101–103. In: PLESSNER, Henning – BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilmann (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*.

¹³ Např. TVERSKY, Amos – KAHNEMAN, Daniel. Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*. 1974, Vol. 185, No. 4157, s. 1124–1131 [cit. 2021-06-08]. Dostupné z: <<https://science.sciencemag.org/content/185/4157/1124>>. Naopak třeba Gary A. Klein ukazuje zcela opačnou stránku intuic ve své knize *Sources of Power: How People Make Decisions*, kde uvádí, že byla napsána spousta knih o tom, jaké jsou naše limity, kde naše schopnosti selhávají a jak toto můžeme vylepšit a vyvarovat se chyb a selhání. Jsou popisovány metody, které nás naučí přemýšlet více „čistě“, byly vyvíjeny i podpůrné systémy, které by nám měly pomoci při našem rozhodování se, a expertní systémy, které měly nahradit nás – nedokonalé lidi – v rozhodování. Gary Klein uvádí, že tuto svou knihu napsal, aby tuto literaturu trochu vyvážil a ukázal nám jinou perspektivu. Chce nám ukázat, že my – nedokonalí lidé – máme schopnosti, které jsou naopak našimi silnými stránkami. Takovou schopností je podle něho právě i intuice. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*. Cambridge: The MIT Press, 2017, úvod ke kap. 1.

a je tedy s podivem, že se mu nevěnuje i v rámci teorie a filosofie práva více pozornosti a sklízí spíše kritiku. Další věcí, na kterou poukážeme, je to, že intuice nejsou pouze zdrojem zkreslení, ale i naší velice silnou stránkou, a že jsou mnohem běžnější, než si myslíme. Podle autorky pak není na místě obdivovat je konstatováním toho, že v právním myšlení nemají co dělat. Jsou součástí každého myšlení, tedy i toho právního, a proto by jim měla být věnována pozornost.

1. Intuice a americký právní realismus

Myšlení amerických právních realistů se v našem právním prostředí nevěnuje příliš velké pozornosti. Pokud už ano, je podáván poměrně zjednodušený, někdy až karikující obraz. Nutno podotknout, že k tomu přispěl právě jeden z jejich členů,¹⁴ a to Jerome Frank, což je poměrně paradoxní. My sice dnes, pokud hovoříme o americkém právním realismu, sem řadíme právě i Jeroma Franka, ovšem každé takovéto škatulkování s sebou nese jistá úskalí a nepřesnosti. Samotný Frank o sobě totiž nesmyslel tak, že by byl jedním z realistů. Pokud hovoří o realitech, tak jako o nějaké skupině, jejíž součástí spíše není, na což upozornil například Neil Duxbury ve svém článku *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*.¹⁵ Brian Leiter pak hovoří o tom, že dochází k „frankifikaci“ myšlenek amerických právních realistů, i když třeba myšlenky jiných členů byly odlišné.¹⁶

Leiter shrnuje Frankovy myšlenky takto: „*Jak soudci rozhodují případy? Podle Franka nejprve vyberou řešení, které chtějí, které se jim líbí, a pak hledají premisy, kterými by je podložili.*“¹⁷ Soudci jsou tak zaměřeni na nějaký svůj závěr, který se jim zalíbil, a až následně vyhledávají nějaké skutečnosti, nějaká fakta a nějaká pravidla, kterými by svůj závěr justifikovali. Při této justifikaci dochází z jejich strany k tomu, že s těmito fakty a pravidly manipulují zcela podle svého a nejsou ničím omezeni – mají tak ničím neomezenou dis-

¹⁴ „Frank se totiž považoval za člověka, který stojí mimo ‚hlavní proud‘ realismu. [...] Pokoušel se zřejmě zaútočit nejen na Langdella [...], ale i na realismus jako takový. [...] Psal o těchto myslitelích do značné míry spíše jako pozorovatel [...] jejich intelektuálního prostředí. Pro Franka to byli spíše ‚oni realisté‘, než ‚my realisté‘.“ (s. 178). Překlad vlastní. DUXBURY, Neil. Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism. *Journal of Law and Society*. 1991, Vol. 18, No. 2, Summer, s. 175–205 [cit. 2021-06-08]. Dostupné z: <https://www.jstor.org/stable/1410136?seq=1#metadata_info_tab_contents>.

¹⁵ K odkazu Jeroma Franka např. DUXBURY, Neil. *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*. I Duxbury zde, podobně jako Leiter ve svých esejích (viz poznámka pod čarou č. 17 tohoto textu), zmiňuje nepřilíš pozitivní úlohu, kterou Jerome Frank v dějinách amerického právního realismu sehrál.

¹⁶ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 16–17. Rozdílnost Frankova myšlení a myšlení dalších právních realistů rozebírá i Duxbury ve svém článku o Frankovi a jeho odkazu. Frank byl totiž skeptikem *par excellence*, nebyl skeptický jen ohledně pravidel, ale i ohledně faktů. Viz DUXBURY, Neil. *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*, zejména s. 178 an. To souvisí pak i s tím, kde spatřovali zdroje neurčitosti práva. Leiter ve své poznámce *A Note on Legal Indeterminacy* uvádí, že pokud chceme říct, že právo je neurčité, pak to může být ze čtyř hlavních důvodů. Prvním je to, že řekneme, že prameny práva jsou neurčité, druhou možností je říci, že legitimní metody interpretace práva jsou neurčité, třetí možností je říci, že legitimní způsoby charakteristiky faktů vzhledem k jejich právní relevanci (důležitosti) jsou neurčité, a čtvrtou možností pak může být neurčitost legitimních cest odůvodňování právními pravidly a právně kvalifikovanými fakty. Frank se od ostatních právních realistů lišil tím, že zdůrazňoval neurčitost vyplývající zejména z třetího zdroje neurčitosti – tedy faktů, zatímco ostatní právní realisté zdůrazňovali neurčitost zejména ve vztahu k možnosti druhé – tedy legitimních metod interpretace práva. Zde existují, jak víme, různé teorie, ať se již jedná o intencionalismus, originalismus, purposivismus a další. Viz LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 9.

¹⁷ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, poznámka č. 12 k první esejí.

kreci.¹⁸ K tomuto závěru dospěl svou vlastní dedukcí a interpretací tvrzení Josepha C. Hutchensona, který ve svém článku zmínil, že soudce, který je na cestě za spravedlivým řešením, bude následovat své tušení (intuici, *hunch*), kamkoli ho povede.¹⁹ Frank z toho dovodil, že cokoli, co vytváří tato soudcova tušení, vytváří i právo.²⁰ Právo tak není vůbec jisté, ale je ponecháno na milost, či nemilost ničím neomezené soudcovské diskreci.²¹

My se dále touto frankifikovanou verzí amerického právního realismu nebudeme zabývat,²² i když většina kritiky, která se vznáší proti americkému právnímu realismu, míří právě proti této jeho verzi,²³ ale zaměříme nyní svou pozornost, vzhledem k našemu ústřednímu tématu, zejména na Josepha C. Hutchensona, Jr. Ten napsal v roce 1929 kratičký článek *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*.²⁴ Jak uvidíme v druhé části, i když se samotný Hutchenson neopíral o dnešní vědecké teorie (což objektivně nemohl), tak to, co ve svém kratičkém článku popisuje, zapadá do obrazu myšlení a rozhodování tak, jak je dnes přijímáno vědeckou komunitou, a na základě nejrozumnějších experimentů se jeví jako skutečný popis toho, jak přemýšlíme a jak činíme rozhodnutí.

Na tomto místě si tedy představíme Hutchensonův článek. Začíná tím, že popisuje, jak jako mladý absolvent opustil školu a měl jasné představy o tom, jak právo funguje. Uvádí, že byl na univerzitě vyškolen tak, aby dodržoval právo, přičemž se o právu hovořilo jako o systému pravidel a precedentů, kategorií a pojmů. Obraz soudce, který si z univerzity odnesl, byl takový, že se jedná o úředníka, který je strohý a chladný, je to spíše takový logický stroj, který svým logickým uvažováním určoval vztah mezi fakty jednotlivých případů a předešlými precedenty.²⁵ Byl pak udiven, když mu při rozhodování jednoho velmi složitěho případu soudce sdělil, že počká na své „tušení“ (anglicky *hunch*), a považoval to pouze za vtip, a to ještě hodně špatný, jelikož ctil právo kvůli jeho logické rigiditě a přesnosti, které předpokládal.²⁶

Přitom už například Oliver Wendell Holmes v roce 1881 ve své knize *The Common Law* napsal, že život práva není logika, ale zkušenost, pocit – soudce a jeho rozhodování ovlivňuje to, co pocituje jako potřeby doby, je ovlivněn i převládajícími morálními a politickými teoriemi,²⁷ intuicemi, a to ať už vědomě či nevědomě. Holmes uvádí, že soudci kromě

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*, s. 278.

²⁰ FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. 1949, s. 112.

²¹ DUXBURY, Neil. *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*, s. 184.

²² Případné zájemce pak odkazují na již výše citovaný článek Neila Duxburyho *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*.

²³ Když se např. podíváme na „charakteristiku“ amerického právního realismu Ronalda Dworkina, který tvrdí, že podle realistů soudci ve skutečnosti rozhodují případy na základě svých vlastních politických nebo morálních názorů a až posléze vybírají nějaké právní pravidlo, které by sloužilo jako racionalizace jejich rozhodnutí. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, s. 3. Nebo například když Frederick Schauer popisuje realisty jako někoho, kdo tvrdí, že soudci jsou do značné míry neomezení a neovlivnění vlivy a silami, které jsou externí jejich vlastním názorům. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press, 1991, s. 191.

²⁴ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*, s. 278.

²⁵ Ibidem, s. 274. Na tomto místě si dovolím poznamenat, že podobný výklad a představu podle Brožka nalezneme v našich metodologických učebnicích. Viz pozn. pod čarou 3 tohoto textu, nebo přímo BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 1–2.

²⁶ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*, s. 274.

²⁷ Tento pohled je v souladu se současným působením kultury a společnosti na jednotlivce. Některé faktory máme zděděné, máme tedy inklinaci k nějakému uvažování a smýšlení, ale spoustu věcí se učíme ze svého prostředí, a to ať už

tohoto ovlivnění teoriemi a intuicemi sdílí s ostatními spoluobčany dokonce i předsudky.²⁸ A toto všechno má podle něho větší podíl na určování toho, jakými pravidly by se měl člověk řídit, než nějaký sylogismus.²⁹ Sám Hutchenson uznává, že moudrost těchto mužů, kteří hovořili o pocitu a intuicích, začal poznávat až postupem času, když získával více zkušeností.³⁰

Když začínal, tak právo viděl jako něco, co už je plně vytvořené, plně „dospělé“, a že veškeré procesy jsou již plně ustálené. Zcela odmítal to, že by právo stále mělo mít nějaký „svůj život“, mělo by se vyvíjet a růst. Uvádí, že si byl samozřejmě vědom, že v minulosti

explicitně, nebo implicitně. Tato naše schopnost je ostatně velmi důležitá právě i pro intuice. Díky tomu, že jsme takto skvělými „napodobiteli“, podle kognitivních vědců u lidí dochází ke vzniku a vývoji kultury, kde se v posledních dekáдах hovoří o kulturní evoluci. Na tomto místě nebudeme kulturní evoluci blíže rozebírat, neboť není ústředním tématem našeho textu, mohu ovšem doporučit následující literaturu, kde se může čtenář s tímto konceptem seznámit: např. PEREGRIN, Jaroslav. Rules as the Impetus of Cultural Evolution. *Topoi*. 2013, No. 33 [cit. 2020-09-03]. Dostupné z: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11245-013-9219-2>>. TOMASELLO, Michael. *The Cultural Origins of Human Cognition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. PINKER, Steven. *The Blank Slate: Modern Denial of Human Nature*. New York: Penguin Books, 2003. BLACKMORE, Susan. *The Meme Machine*. Oxford: Oxford University Press, 2000. RAKOCZY, Hannes – TOMASELLO, Michael. The Ontogeny of Social Ontology: Steps to Shared Intentionality and Status Function. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (ed.) *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*. Springer, 2007, s. 120 an. Toto souvisí i s tím, že jsme velice dobří v objevování vzorců a pravidel v našem prostředí, které následně následujeme a i vynucujeme. Této naší schopnosti si všímá už například Ludwig Wittgenstein a v této souvislosti hovoří o „Form of Life“ – formě života, kde si např. v § 241 všímá, že komunální shoda není shodou v názorech, ale ve formě/způsobu života. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. New York: Prentice Hall, 1973, § 241. Tato forma života může být spatřována tím způsobem, že je vytvářena prostřednictvím nějakých vzorců chování, zvyků a praktik, které nějaká komunita sdílí. Tyto formy života jsou pak kontingentní, my si je nevybíráme, ale rodíme se do nějaké společnosti, která tyto formy života sdílí. Mohly by být jiné, kdybychom byli jinak biologicky konstruováni, nebo kdyby například historické okolnosti byly jiné. My jsme těmito vzorci a svým okolím ovlivnění a ovlivňováni. BROŻEK, Bartosz. *Rule-following. From Imitation to the Normative Mind*. Krakow: Copernicus Center Press, 2013, s. 41.

²⁸ Jelikož samotnému tématu předsudků se v následujících částech textu nebudeme explicitně věnovat, byť s intuicemi a implicitním učním se souvisejí, na tomto místě uvedeme několik postřehů a poznámek z dnešní doby. Předsudky – sociální stereotypy jsou tak běžnou součástí našeho života a našeho vnímání, že je někteří kognitivní psychologové a neurovědci označují jako „chronicky přístupné“. Viz např. BARGH, John A. – LOMBARDI, Walter J. – HIGGINS, Tory E. Automaticity of person X Situation effects on impression formation: It's just a matter of time. *Journal of Personality and Social Psychology*. 1988, Vol. 55, No. 4 [cit. 2021-06-10]. Dostupné z: <<https://pdfs.semanticscholar.org/b549/1d6400ac794c2d24c4c93ce84e2009c54cc.pdf>>. To znamená, že často tyto stereotypy, které přijmeme z našeho okolí v raném věku, fungují implicitně. Dochází k tomu, že si nejsme vědomi zkreslení našeho hodnocení stereotypem. Viz BREST, Paul – KRIEGER, Linda Hamilton. *Problem solving, decision making and professional judgment: A Guide for Lawyers and Policymakers*, s. 306–307. Toto probíhá na intuitivní úrovni, je velice těžké to ovlivnit. Vědci zjistili, že dokonce i některým členům takto stereotypizovaných skupin se toto stereotypické schéma aktivuje. Viz BREST, Paul – KRIEGER, Linda Hamilton. *Problem solving, decision making and professional judgment: A Guide for Lawyers and Policymakers*, s. 334–335. Pro právníky může být mimo jiné zajímavé i to, že aby došlo k aktivaci tohoto systému, stačí pouze použít slova, která jsou s těmito sociálními stereotypy spojena. K tomuto zjištění dospěli John A. Bargh, Mark Chan a Lara Burrows. Ti prováděli experiment, kdy měli skupinu lidí, kterým řekli, že mají za úkol dešifrovat nějaké věty. Těmto byly opravdu předloženy věty, kde v některých byla použita slova, která si lidé v Americe asociují se staršími – například „bingo“, „Florida“ – a jiným byla předkládána slova s neutrálním významem – například „písek“, „obyčejný“. Po tom, co rozšiřovali věty, věřili, že experiment a jejich úkol již skončil, a mohli jít k výtahu. Ti, kteří měli věty, kde se vyskytovala slova, která si asociují se staršími lidmi, šli k výtahu mnohem pomaleji než ti, kterým byla předkládána slova neutrální. Proto se můžeme domnívat, že tato schémata aktivovaná těmito sociálními stereotypy v naší mysli ovlivňují dokonce i naše vlastní chování a jednání. Viz BARGH, John A. – CHEN, Mark – BURROWS, Lara. Automaticity of social behavior: Direct effects of trait construct and stereotype activation on action. *Journal of Personality and Social Psychology*. 1996, Vol. 71, No. 2 [cit. 10. 6. 2021]. Dostupné z: <https://www.psychologytoday.com/files/attachments/5089/bargh_chenburrows1996.pdf>.

²⁹ HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law* 1. 1881, citováno podle WRIGHT, George R. *The Role of Intuition in Judicial Decisionmaking*, s. 1382–1383.

³⁰ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*, s. 278 an., nebo BROŻEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 12.

bylo právo tvořeno soudci, byl si vědom i toho, že soudci musí rozhodnout ve všech případech, ale myslel si, že veškerá kreativní činnost soudců a evoluce práva³¹ je již u konce a že v moderním právu má své místo pouze dedukce a soudci musí rozhodovat pouze na základě toho, jak rozhodovali jejich předchůdci.³²

Když se ale dostal víc do praxe, tak se jeho názor začal měnit. Začal si uvědomovat, že je to jinak, než si jako mladičkový absolvent myslel. Potkával skvělé právníky, kteří byli úspěšní právě díky svým intuitivním schopnostem, které nabyli prostřednictvím své praxe, trénování a kultivování jejich imaginace. Začal přicházet na to, že právo se opravdu mění a modifikace je „životem“ práva. Díky svým zkušenostem už nepochyboval o tom, že opravdu dobrý soudce „cítí“, jak má případ rozhodnout.³³ Jak uvedl Oliver Wendell Holmes: „*obecné propozice nerozhodují konkrétní případy. Rozhodnutí závisí na úsudku, nebo intuici, která je mnohem jemnější než jakákoli hlavní premisa.*“³⁴ Samozřejmě, nejen dobří soudci jsou obdařeni touto schopností, ale například i advokáti. Ti se však od soudců liší tím, že mají jasný cíl, a to vyhrát pro svého klienta soudní spor. Nebudou tedy následovat své intuice, které je vedou směrem opačným. Soudci na rozdíl od nich nemají takto stanovený směr, soudci mají rozhodnout spravedlivě v souladu s právem, proto mohou následovat své intuice, kamkoli je zavedou.³⁵

Intuice je pak světlem, které soudce vede cestou, „*když je případ obtížný, [...] když je mnoho závaží na jedné i druhé straně.*“³⁶ V tom případě pak Hutchenson popisuje, že „*[...] po tom, co jsem prozkoumal všechny dostupné materiály a řádně jsem nad nimi rozvažoval a přemýšlel, tak jsem nechal prostor své imaginaci [...] a čekal na ten pocit, na to tušení – ten intuitivní záblesk porozumění, který spojí otázku s rozhodnutím, a v místě, které je pro soudcovy nohy nejtemnější, vrhá světlo na jeho cestu.*“³⁷ Hutchenson si je jistý tím, že intuice jsou naší špičkovou schopností, kterou disponují nejen ti nejlepší soudci a právníci, ale i ti nejlepší hráči, detektivové, nebo i vědci a matematici. Intuice podle něho otevírají

31 Jako příklad toho, že tato kreativní činnost soudců a evoluce práva nekončí, může být spatřováno to, že i v dnešní době se neustále judikatorně vyvíjejí některé doktríny, a to nejen v rámci *common law*, ale i v naší právní kultuře. V našem prostředí můžeme uvést například doktrínu „prozařování“ základních lidských práv. Ostatně toto bude diskutováno v části 1.1 tohoto textu, kdy se budeme snažit poukázat na to, že myšlení právních realistů, byť se vztahovalo k jiné právní tradici, má svou relevanci i pro naši právní kulturu.

32 Hutchenson zde hovoří i o slibu, který soudci skládají. Ten, jak víme, skládají i soudci v České republice. K tomuto slibu se ještě v textu dostaneme, ale i na tomto místě si dovoluji upozornit, že soudce slibuje to, že se bude řídit právním řádem České republiky, tedy nikoli výslovným zněním toho kterého ustanovení, ale právním řádem jako celkem, a bude ho vykládat nikoli podle jeho jazykového znění, ale podle „*svého nejlepšího vědomí a svědomí*“ a v souladu s tímto jeho výkladem bude rozhodovat „*nezávisle, nestranně a spravedlivě.*“ Slib viz § 62 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

33 HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 276–277.

34 HOLMES, Oliver. Wendell dissenting in the case *Southern Pacific v. Jensen*, 244 U. S. 205, 221, 37 Sup. Ct. 524 (1917) citováno podle HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 277. Překlad vlastní. Holmes zde naráží opět na to, že životem práva není logika a sylogismus, kde právě v sylogismu máme hlavní premisu (“major premise”), ale spíše zkušenost a cit.

35 HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 278. Jak bylo uvedeno výše, tak této Hutchensonovy poznámky využil Jerome Frank k tomu, aby dovedl, že právo je absolutně nedeterminované a není možné určit, jak bude soudní spor rozhodnut, neboť to záleží čistě na osobě soudce. Domnívám se však, že až takto extrémně to Hutchenson nemyslel. Chtěl pouze poukázat na to, že právní zástupci zastupující některou ze stran mají pevně daný směr, kterým se jejich argumentace má ubírat, zatímco soudce takto daný směr nemá, jeho cílem není výhra jedné, nebo druhé strany, ale spravedlivé vyřešení případu.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

dveře, které byly předtím zavřené. Díky nim dochází k rozšiřování našich obzorů.³⁸ Z člověka, který si myslel, že pocity a intuice nemají v právu své místo, že právo je jisté a předem determinované, se tak stal člověk, který dospěl k tomu, že intuice jsou velice užitečné a v soudním rozhodování přítomné.

1.1 Jsou tyto postřehy relevantní i pro naši právní kulturu?

V předchozím textu jsme se seznámili se základními myšlenkami právního realismu, které se dotýkají tématu intuic v soudním rozhodování. Někteří by si mohli říci: „Dobře, ale to jsou myšlenky *common law* soudců, a proto je nemusíme brát v potaz, neboť my v České republice, nebo celkově zde na kontinentě, máme jinou právní kulturu.“ V této části se proti takovéto skeptické poznámce pokusíme „bránit“, aby i takovýto skeptik uznal, že nás intuice i v rámci naší právní kultury, konkrétně pak v prostředí České republiky, mohou a mají zajímat.

Už v rámci poznámek pod čarou bylo uvedeno, že ani v našem prostředí není ukončena ona evoluce práva, ke které dochází prostřednictvím soudního rozhodování a judikatury. Pokud se podíváme, tak i dnes soudy vytvářejí doktríny, které jsou pro vývoj práva a judikatury zcela zásadní. Jako příklad můžeme uvést „prozařování“ ústavy, zejména pak základních lidských práv a svobod, celým právním řádem České republiky. S odkazem na toto „prozařování“ se můžeme setkat v judikatuře Ústavního soudu, který „[...] *konstatuje [stejně jako v mnoha předchozích rozhodnutích], že jednou z funkcí Ústavy, zvláště ústavní úpravy základních práv a svobod, je její „prozařování“ celým právním řádem. Smysl Ústavy spočívá nejen v úpravě základních práv a svobod, jakož i institucionálního mechanismu a procesu utváření legitimních rozhodnutí státu (resp. orgánů veřejné moci), nejen v přímé závaznosti Ústavy a v jejím postavení bezprostředního pramene práva, nýbrž i v nezbytnosti státních orgánů, resp. orgánů veřejné moci, interpretovat a aplikovat právo pohledem ochrany základních práv a svobod. V posuzované věci to znamená povinnost soudů interpretovat zákonná ustanovení a právní principy v první řadě z pohledu účelu a smyslu ochrany ústavně garantovaných základních práv a svobod [...]*“.³⁹ Tuto evoluci práva prostřednictvím doktríny vytvářené judikatorně můžeme sledovat nejen v rámci právních řádů národních, ale i v prostředí evropském, kde mohou být uvedeny doktríny *acte claire* a *acte éclairé*.⁴⁰ Ostatně nemusíme hovořit pouze o doktrínách, ale dochází i k vývoji obsahu pojmů a jednotlivých práv, například v oblasti lidských práv je otázka jejich obsahu stále živá. Zdá se tedy, že tato evoluce a jistá „kreativní“ činnost soudců, o které se zmiňoval Hutchenson,⁴¹ stále probíhá, tento jeho postřeh je tak stále relevantním.

Další věcí, která může podpořit relevanci myšlenek a postřehů amerických právních realistů i pro naši právní kulturu, je to, co opakovaně zdůrazňuje i náš Ústavní soud, totiž

³⁸ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 279, nebo BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 13.

³⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 24. dubna 2014, sp. zn. IV. ÚS 2265/13.

⁴⁰ K tomu například ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 31–33, kde Žák Krzyžanková tyto doktríny nejen popisuje a vysvětluje jejich obsah, ale zároveň poukazuje na jejich limity a nedostatky. Například to, že tím Soudní dvůr Evropské unie zatěžuje vnitrostátní soudy, které jsou už tak mnohdy dosti zatížené, když mají porovnávat všechna jazyková znění a mají rovněž zohlednit „cíle a celkový stav vývoje [...] práva Evropské unie“. Ibidem, s. 33.

⁴¹ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 276–277.

že „[...] naprosto neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace, vycházející pouze z jeho jazykového výkladu. Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad *e ratione legis* atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně, nebo v důsledku nevzdělanosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odčizení a absurdity.“⁴² Na tomto místě Ústavní soud zdůrazňuje, že existuje poměrně široká škála postupů, jak lze v případě interpretace a aplikace práva postupovat. Na tomto místě si dovolím upozornit na to, že ani v praxi, ani v teorii se nedospělo k nějaké shodě, který postup by byl nějak obecně tím privilegovaným a jediným správným.⁴³ Existuje více možných postupů, které jsou uznávány jako přípustné.⁴⁴ V závislosti na zvoleném postupu (interpretační metodě) se může dospět i k velice odlišným závěrům. To se může zdát jako problém, ale na stranu druhou to umožňuje rozhodnout každý jeden případ tak, aby dané řešení bylo co nejpriléhavější danému případu.⁴⁵ Rozhodnutí je pak na samotném interpretovi.

Přesně tohoto faktu si všímají už i američtí právní realisté, z nichž, jak bylo uvedeno už výše v textu, většina spatřovala neurčitost práva právě v tom, že legitimní způsoby interpretace práva jsou neurčité,⁴⁶ a mnohdy pak může být rozhodujícím faktorem onen

⁴² Nález Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97.

⁴³ Což není jediný problém. V podstatě každý z těchto uznávaných postupů má své vlastní problémy. Například pokud při interpretaci práva hovoříme o úmyslu zákonodárce, tak se můžeme snažit zkonstruovat úmysl historického zákonodárce – v takovém případě je pak otázkou, do jaké míry a jak je legitimní to, že bychom my dnes měli být vázáni úmysly lidí, kteří žili před několika lety, nebo i před několika desítkami let? Například Andrei Marmor si pokládá otázku, zda má úmysl zákonodárce hrát nějakou roli při interpretaci práva, nebo spíše jestli vůbec takovou roli hrát může. K této problematice viz např. MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford – Portland: Oregon, 2005, kapitola 8, Legislative Intent and the Authority of Law, s. 119 an. V souvislosti s touto problematikou jde například ještě dál například Brian Leiter, který se zabývá samotnou otázkou legitimacy zvolených zástupců, tedy zákonodárce. Uvádí, že sice žijeme v tom, že žijeme v demokracii, kde si vládne lid sám sobě, kdy projevuje lid svou vůli ve svobodných, rovných volbách – to ovšem není podle Leitera a některých výzkumů zaměřených na chování a rozhodování voličů tak zcela pravda. Voliči jsou ovlivňováni spoustou irelevantních faktorů, kdy v důsledku toho jejich volba není ta, že by zvolili někoho, kdo by nejlépe odpovídal jejich preferencím a vůli. Viz LEITER, Brian. *The Role of Judges in Democracies: A Realistic View*. In: CHIASSONI, Perluigi – SPAIČ, Bojan. *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*. Switzerland: Springer Nature Switzerland, 2021, s. 7 an. Tato otázka mně osobně přijde jako poměrně dost zásadní a musím přiznat, že podobné úvahy mě rovněž napadly, byť v souvislosti s trochou jinými aspekty a příčinami toho, že by zvolená reprezentace vůbec nemusela odpovídat „vůli“ lidu, rovněž jsem své úvahy neměla podloženy nějakými většími empirickými výzkumy (prováděla jsem pouze několik rozhovorů s lidmi ve svém okolí). Na tomto místě není prostor se této otázce věnovat. Tato poznámka může být spatřována jako námět na zamyšlení se i nad dalšími aspekty, které by mohly pohled nejen na interpretaci a aplikaci práva posunout a možná i změnit, ale celkově i na postavení soudců a jejich úlohy, kdy nejčastějším argumentem proti „právo tvorbě“ soudců je to, že nejsou voleni lidem. Pokud by ani zákonodárce nebyl volen tak, aby to odpovídalo vůli lidu, pak by dle mého skromného názoru byl tento argument poměrně dost oslaben.

⁴⁴ BURAZIN, Luka – RATTI, Giovanni Battista. *Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation*. In: CHIASSONI, Perluigi – SPAIČ, Bojan. *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, s. 134.

⁴⁵ James Kent prohlásil, že se nejprve musel stát mistrem faktů a následně viděl, kde je spravedlnost. Podle něj ho často při rozhodnutích vedl morální cit. Pak si sedl a hledal, čím své rozhodnutí odůvodnit, a téměř vždy nalezl nějaký princip, který jeho rozhodnutí podporoval. LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 22. Podobně Hutchenon napsal, že intuice, onen cit byl impulsem pro jeho rozhodnutí, díky němu věděl, co je správné a co špatné pro ten konkrétní případ, pro tu konkrétní „příčinu“. HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 285.

⁴⁶ Viz LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 9. Výjimkou byl například výše zmíněný Jerome Frank, který byl i skeptikem ohledně faktů, ten se tak svým pohledem

„pocit“, kdy pak víme, že tak je to správně. Následně je napsáno odůvodnění, které je přesvědčivé a znělé, neboť je v souladu s přesvědčeními ostatních. Ústavní soud pak v této souvislosti uvádí, že *„při výkladu a aplikaci právních předpisů nelze opomíjet jejich účel a smysl. Ústavní soud považuje za samozřejmé a určující pro nalézání práva, že vždy je nezbytné vycházet z individuálních rozměrů každého jednotlivého případu, které jsou založeny na zjištěných skutkových okolnostech. Mnohé případy a jejich specifické okolnosti mohou být – jako v dané věci – značně komplikované a netypické; to však nevyvazuje obecné soudy z povinnosti udělat vše pro spravedlivé řešení, jakkoliv se to může složitě jevit. Psané právo je třeba vykládat tak, aby plnilo svoji funkci spočívající v rozumném a spravedlivém vyřešení problému, aby obstálo měřítky tzv. zdravého rozumu a podle fundovaných představ spravedlnosti panujících ve společnosti.“*⁴⁷ Ústavní soud zde krom rozumného a spravedlivého řešení zdůrazňuje i to, že je velice důležité vycházet z individuálních rozměrů každého jednotlivého případu. To, že řešení a rozhodnutí závisí právě na jednotlivých okolnostech případu, spíše než na nějakém obecném pravidlu, američtí právní realisté rovněž zdůrazňovali.⁴⁸

Pokud se dále podíváme na judikaturu Ústavního soudu, tak zdůrazňuje, že soudy nemají postupovat přehnaně formalisticky. Pokud tak postupují, pak jde podle Ústavního soudu o sofistikované odůvodňování zřejmě nespravedlnosti. Obecný soud není *„absolutně vázán doslovným zněním zákona, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit, pokud to vyžaduje účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku, povinnost soudů nalézat právo neznámá pouze vyhledávat přímé a výslovné pokyny v zákonném textu [...]. Při výkladu a aplikaci právních předpisů nelze opomíjet jejich účel a smysl, který není možné hledat jen ve slovech a větách toho kterého předpisu, ve kterém je třeba vždy nalézat i principy uznávané demokratickými státy.“*⁴⁹ Na toto se lze podívat i v kontextu slibu soudce, kde soudce slibuje nejen to, že se bude řídit právním řádem České republiky, ale i to, že ho bude vykládat podle svého nejlepšího vědomí a svědomí a v souladu s ním bude rozhodovat nezávisle, nestranně a spravedlivě.⁵⁰ V žádném případě pak neslibuje to, že se bude řídit doslovným zněním toho kterého ustanovení bez ohledu na cokoli jiného. Ústavní soudci pak slibují, že budou chránit *„neporušitelnost přirozených práv člověka*

značně liší od velké části amerických právních realistů, ale i přes to je mnohými současnými teoretiky, filozofy, nebo praktiky spatřován jako typický představitel amerického právního realismu. Opět odkazují na tento text výše, kde naleznete i odkazy na relevantní literaturu k tomuto tématu.

⁴⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 24. dubna 2014, sp. zn. 2265/13.

⁴⁸ *“The Core Claim of Legal Realism consists of the following descriptive thesis about judicial decision-making: judges respond primarily to the stimulus of the facts. Put less formally – but also somewhat less accurately – the Core Claim of Realism is that judges reach decisions based on what they think would be fair on the facts of the case, rather on the basis of the applicable rules of law.”* LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 21–22. Oliphant pak uvádí, že soudy reagují právě spíše na stimuly, které jsou jim zprostředkovány fakty/skutečnostmi v tom kterém konkrétním případě, spíše než na stimuly, které by jim zprostředkovaly příliš obecné a ořeptané abstrakce. OLIPHANT, Herman. *A Return to Stare Decisis. American Bar Association Journal*. 1928, s. 75, cit. podle LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 22.

⁴⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 16. 11. 2020, sp. zn. II. ÚS 1648/10.

⁵⁰ *„Slibuji na svou čest a svědomí, že se budu řídit právním řádem České republiky, že jej budu vykládat podle svého nejlepšího vědomí a svědomí a že v souladu s ním budu rozhodovat nezávisle, nestranně a spravedlivě.“* § 62 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

*a práv občana, řídit se ústavními zákony a rozhodovat podle svého nejlepšího přesvědčení nezávisle a nestranně.*⁵¹ Jejich úkolem tak není „chránit“ zákonodárce a jeho vůli, ať je, jaká je, ale zejména chránit přirozená práva člověka a práva občana. Za povšimnutí rovněž stojí to, že slibují nikoli, že budou rozhodovat v souladu s vůlí zákonodárce, ale že budou rozhodovat podle nejlepšího přesvědčení, či vědomí a svědomí, nestranně a spravedlivě.

1.2 Intuice v rozhodování soudů – demonstrace, že i v rámci rozhodování českých soudů hrají roli

V předchozích řádcích bylo poukázáno na to, že by argument ohledně jiné právní kultury nemusel a neměl obstat, že i v naší právní kultuře by měli být právní realisté reflektováni a s jejich myšlenkami by mělo být pracováno, neboť se můžeme domnívat, že intuice hraje svou roli i v rozhodování našich soudců, což bude v následujících řádcích demonstrováno. Když Bartosz Brożek diskutuje intuice a snaží se poukázat na jejich roli, uvádí velice dobře známý precedent z anglického prostředí *Donoghue v. Stevenson* z roku 1932, tedy přibližně z téže doby, kdy Hutchenson napsal svůj článek. V tomto případě byla dovozena objektivní odpovědnost výrobce.

Jednalo se o to, že paní Donoghue navštívila podnik *Wellmeadow Café*. Byla tam společně se svou kamarádkou a tato kamarádka si objednala zázvorové pivo. Paní Donoghue si od ní část odlila a když dolívala, tak z láhve vypadl šnek. Paní Donoghue to způsobilo zdravotní potíže. Paní Donoghue se tak rozhodla podat žalobu na výrobce piva a žádala kompenzace. Z právního hlediska to bylo poměrně komplikované, protože paní Donoghue nebyla v právním vztahu ani s prodejcem, to byla její kamarádka, která pivo koupila, ani s výrobcem. V té době bylo možno žádat kompenzaci pouze tehdy, pokud zde existoval právní vztah, pokud tedy existovala právně závazná obchodní smlouva. Paní Donoghue nakonec soudní spor i přes to vyhrála, ale nutno říci, že velmi těsně (z 5 možných hlasů získala paní Donoghue 3). Brożek argumentuje, že v tomto případě hrála intuice svou roli, že soudci „cítili“, že někdo musí být odpovědný za potíže, které paní Donoghue vznikly, jelikož to zapadá do celkového většího obrazu anglického práva, pokud se berou v potaz principy, pravidla a precedenty. K tomuto rozhodnutí tak byla potřeba velká znalost práva jako takového, nikoli pouze jednotlivých ustanovení.⁵²

Obdobnou situaci, kde soudci musí mít velkou znalost práva jako takového, můžeme vysledovat i v judikatuře našich soudů. Na tomto místě uvedeme příklad nabývání vlastnického práva k nemovitým věcem od neoprávněného,⁵³ k čemuž existuje z režimu zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, bohatá judikatura. Dle ustanovení § 123 zákona č. 40/1964 Sb. bylo možno nabýt vlastnické právo pouze od vlastníka.⁵⁴ Docházelo k situa-

⁵¹ Čl. 85 odst. 2 Ústavy České republiky.

⁵² BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 15–16.

⁵³ Někdy též označováno jako „nabytí vlastnického práva od nevlastníka“. To, že někdo, kdo věc nevlastní, nemůže převést vlastnické právo na další osobu, je v souladu se zásadou, že nikdo nemůže na jiného převést více práv, než sám má. Tedy se zásadou známou již z římského práva: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

⁵⁴ Výjimkou bylo ust. § 486 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, kde byl chráněn ten, kdo nabyl od nepravého dědice: „Kdo v dobré víře něco nabyl od nepravého dědice, jemuž bylo dědictví potvrzeno, je chráněn tak, jako by to nabyl od oprávněného dědice.“ Dále jsme mohli nalézt výjimky v ust. § 656 a 773 tohoto zákona. „Nový“ občanský zákoník, tedy zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, již explicitně upravuje nabytí vlastnického práva k věcem movitým, které nejsou zapsány do veřejného seznamu, v ust. § 1109–1113. Tím došlo oproti zákonu č. 40/1964 Sb. k posunu.

cím, kdy byly vedeny spory, zda třetí osoba vlastnické právo nabyt od neoprávněného mohla a nabyta, či nikoli. Ústavní soud navzdory „chybějícím“ zákonným ustanovením nakonec dovedl, že pokud byla třetí osoba, tedy nabyvatel, v dobré víře, pak je třeba k této přihlížet a nelze chránit pouze vlastnické právo původního vlastníka, „*jelikož princip ochrany dobré víry nového nabyvatele působí proti principu ochrany vlastnického práva původního vlastníka [...]*“.⁵⁵ Z toho důvodu je pak „*nutno najít praktickou konkordaci mezi oběma protikladně působícími principy tak, aby zůstalo zachováno maximum z obou, a není-li to možné, pak tak, aby výsledek byl slučitelný s obecnou představou spravedlnosti*“.⁵⁶

Je vhodné podotknout, že tento právní názor Ústavního soudu byl v rozporu s judikaturou Nejvyššího soudu. Nejvyšší soud například ve svém rozsudku ze dne 21. 8. 2000, sp. zn. 22 Cdo 536/2000, řešil případ, kdy byl žalovaný povinen vyklidit nemovitosti a ty předat navrhovateli. Jednalo se o to, že na žalovaného nemohlo dle Nejvyššího soudu přejít vlastnické právo k předmětným nemovitostem. Žalovaný uzavřel dne 5. 3. 1992 kupní smlouvu (dále „kupní smlouva 2“) s firmou, která nemovitosti koupila dne 5. 4. 1991 (uzavřela kupní smlouvu – dále „kupní smlouva 1“) od T. s. města H. Problém byl v tom, že kupní smlouva 1 byla rozsudkem Krajského soudu v Ostravě ze dne 9. 11. 1995, sp. zn. 13 Co 756/95, určena za absolutně neplatnou. Tím pádem nebyla firma, s kterou žalovaný uzavřel kupní smlouvu 2, nikdy vlastníkem předmětných nemovitostí, ale pouze oprávněným držitelem. Nejvyšší soud tak dospěl k závěru, že jelikož neexistuje ustanovení, které by nabytí vlastnického práva od neoprávněného umožňovalo, tak se žalovaný vlastníkem nikdy nestal.

Co je na tomto místě důležité zmínit, je to, že podle Nejvyššího soudu na tomto závěru nic nemění ani případná dobrá víra žalovaného (nabyvatele na základě kupní smlouvy 2). Nejvyšší soud uvádí, že „*otázka, zda žalovaný byl v dobré víře ohledně vlastnického práva prodávajícího, může mít vliv jen na posouzení oprávněnosti jeho držby, jako námitka proti vlastnické žalobě je však právně nevýznamná*“.⁵⁷ Nejvyšší soud zde řešil zejména otázku prolomení zásady, že nikdo nemůže na druhého převést více práv, než on sám má. To ostatně zdůraznil, když tvrdil, že „*za právní otázku, na jejímž řešení spočívá napadené rozhodnutí a která z něj činí rozhodnutí zásadního významu, považuje dovolací soud [...] otázku, zda osoba, která je se zřetelem ke všem okolnostem v dobré víře, že převodce je vlastníkem věci, může od převodce, který je oprávněným držitelem, nabytí vlastnické právo k věci*“.⁵⁸ Dospěl k tomu, že tuto zásadu neměl zákonodárce v úmyslu prolomit, neboť se o této možnosti nezmiňuje ani v důvodové zprávě, a že ani odborná literatura s prolomením této zásady nepočítá.⁵⁹ Na základě toho dospívá k závěru, že dobrá víra není relevantní ve vztahu k otázce nabytí vlastnického práva na základě kupní smlouvy 2.

⁵⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II. ÚS 165/11.

⁵⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II. ÚS 165/11.

⁵⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 8. 2000, sp. zn. 22 Cdo 536/2000.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*. „*Dovolací soud dospívá k závěru, že zákonodárce v § 130 odst. 2 obč. zák., ani v obdobném ustanovení § 146 obč. zák. z roku 1950, nesledoval prolomení zásady, že nikdo nemůže na jiného převést více práv, než má sám, tak, aby oprávněný držitel měl právo převést vlastnictví k věci. Lze poukázat na důvodové zprávy ke shora uvedeným ustanovením, které se o opuštění této zásady nezmiňují; je nepochybné, že tak zásadní průlom by důvodová zpráva neponechala bez komentáře. Ze zmíněných učebnic občanského práva, jejichž autory jsou přední odborníci, se též podává, že s prolomením této zásady nepočítá ani právní věda. Konečně je třeba poukázat na skutečnost, že ani vlastník, který má podle § 123 obč. zák. právo s věcí nakládat, nemůže převádět více práv, než kolik jich sám má. Je-li například k jeho*

Jak ale bylo zmíněno výše, Ústavní soud se od tohoto názoru odklání, když kromě explicitních ustanovení zákona bere v potaz i další principy, zásady a právo jako celek. Kromě zásady, že nikdo nemůže na jiného převést více práv, než sám má, upozorňuje právě i na dobrou víru třetí osoby (konečného nabyvatele). Ústavní soud na rozdíl od Nejvyššího soudu považuje otázku toho, „zda stěžovateli jakožto nabyvateli nesvědčí v dané věci dobrá víra, byť nabyt předmětné nemovitosti od nevladníka,“⁶⁰ za stěžejní. Spatřuje totiž princip dobré víry, který chrání účastníky soukromoprávních vztahů, „jako jeden z klíčových projevů principu právní jistoty, který je odvoditelný z normativního principu právního státu (čl. 1 odst. 1 Ústavy)“.⁶¹

Ústavní soud argumentuje vývojem judikatury (zejména Ústavního soudu), která se posunuje od absolutní ochrany vlastnického práva původního nabyvatele k tomu, že se rozšiřuje i ochrana dobré víry nabyvatelů dalších. Je si vědom i toho, že s tímto posunem a právním názorem Ústavního soudu nesouhlasí Nejvyšší soud, což v odůvodnění zmiňuje, ale uvádí, že tato praxe Ústavního soudu je v souladu s tím, jakým způsobem jsou tyto záležitosti upraveny v právních řádech vyspělých, demokratických zemí. Uvádí německou úpravu, kde je poskytována ochrana dobré víře nabyvatele a původní vlastník se pak hojí na převodci za pomoci námitky bezdůvodného obohacení. Ústavní soud zdůrazňuje, že toto řešení je vhodnější, neboť „by v případech nabytí od nevladníka bylo krajně nespravedlivé neposkytovat ochranu právům nabytým v dobré víře. Osoby, jimž dobrá víra svědčí, totiž nenesou žádný díl odpovědnosti za neplatnost smlouvy uzavřené mezi právními předchůdci [...]. Osobě, která učinila určitý právní úkon s důvěrou v určitý, jí druhou stranou prezentovaný skutkový stav, navíc potvrzený údaji z veřejné, státem vedené evidence, musí být v materiálním právním státě poskytována ochrana.“⁶²

Na tomto místě tak vidíme, že tento názor byl ovlivněn mimo jiné tím, že soudci „cítili“, že je krajně nespravedlivé, aby osoba, která nabyla nemovitost od neoprávněného v dobré víře, byla následně „potrestána“ tím, že přijde jak o nemovitost, tak případně i o své peníze, které za ni vydala. Toto je posíleno navíc tím, že tato osoba jednala s důvěrou v údaje zapsané v katastru nemovitostí, tedy ve veřejné evidenci. Tím spíše by následně měla být její dobrá víra chráněna a neměla by nést odpovědnost za něco, co nemohla zcela objektivně žádným způsobem ovlivnit, tedy za neplatnost smlouvy, kterou uzavřeli její právní předchůdci. V tomto příkladu kromě toho, že Ústavní soud nezohledňoval pouze ustanovení zákona, ale i principy a právo jako takové, spatřujeme i onu kreativní činnost soudců, o níž hovořil Hutchenson, kdy dochází k evoluci práva prostřednictvím soudních rozhodnutí.

domu zřízeno věcné břemeno, které oprávněnému zaručuje bezúplatné a výlučné užívání celého domu, nemůže vlastník převést na jiného neomezené vlastnické právo, zahrnující i právo věc užívat. Nemůže-li vlastník převádět více práv, než sám má, nemá takové oprávnění ani oprávněný držitel. Proto je na místě restriktivní výklad § 130 odst. 2 obč. zák. Skutečnost, že oprávněný držitel má k věci stejná práva jako vlastník, který má též právo nakládat s předmětem vlastnictví (§ 123 obč. zák.), je tedy třeba vykládat v souladu s uvedenou zásadou tak, že oprávněný držitel má právo na takovou dispozici s věcí, při které nedochází ke změně vlastnického práva. Pokud oprávněný držitel věc prodá, může nabyvateli vzniknout jen právo oprávněné držby, nikoliv právo vlastnické (nejde-li o výjimky výslovně stanovené zákonem – např. § 446 obchodního zákoníku).“

⁶⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II. ÚS 165/11.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Nález Ústavního soudu ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II. ÚS 165/11. Problémem bylo i to, že zde byla velice nedostatečně upravena i zásada materiální publicity. Zákonodárce byl na toto upozorňován odbornou veřejností i soudy, ale mnoho let s tím nic nedělal.

2. Intuice očima vědy

V podkapitolách 1.1 a 1.2 jsme se snažili ukázat, že myšlenky právních realistů jsou relevantní i pro naši právní kulturu. Na tomto místě uvedeme poslední a dle mého názoru nikterak kontroverzní argument, a to, že nejen soudci v angloamerickém prostředí jsou lidé, ale i soudci u nás na kontinentě jsou lidmi. Pokud toto uznáme, pak můžeme přikročit k dalšímu kroku, tedy k poukázání na to, že intuice jsou v našem životě a v našem rozhodování všudypřítomné. Díky tomu, že jde o automatický proces, nelze se mu vyhnout. Následující část textu se tak bude věnovat této problematice perspektivou kognitivní vědy. Rovněž poukážeme na to, že intuice nemusíme spatřovat pouze jako zdroje zkresení, ale i jako naši velice silnou stránku.

Jak bylo uvedeno, například Hutchenson o intuicích a onom „pocitu“ hovoří jako o jakémisi šestém smyslu,⁶³ nějaké mystické schopnosti. Domnívám se, že i dnes mnozí lidé, kteří se intuicemi nezabývají, mají podobnou představu. Tilmann Betsch uvádí definici intuice z *Encyclopaedia Britannica*, kde je intuice definována jako „schopnost získávat znalosti, které nelze získat ani pomocí inferencí nebo pozorování, ani prostřednictvím rozumu nebo zkušenosti“.⁶⁴ V *Oxford English Dictionary* můžeme nalézt, že intuice znamená dívat se na věci prostřednictvím duše.⁶⁵ Pokud se podíváme na tyto definice, pak rovněž nabudeme dojem, že se jedná o mystickou schopnost. Betsch vysvětluje, že tento „tradiční“ pohled má náboženské kořeny, kdy intuice jsou něčím, co nás spojuje s „tím nahoře“ a jedná se o nějakou nadpřirozenou schopnost.⁶⁶ Podle mého názoru je právě i tento pohled na intuice zdrojem toho, že je v rámci teorie a filosofie povětšinou nebereme příliš vážně a moc se jimi nezaobíráme.

V rámci kognitivních věd je tomu právě naopak. V posledních dekádách se mnoho vědců zabývá právě touto problematikou. Začíná se měnit pohled na to, jak funguje lidské myšlení. Ukazuje se, že intuice, ale i city nebo emoce⁶⁷ hrají velice důležitou roli. Mnohem důležitější, než jsme si byli schopni připustit a než si mnozí i dnes jsou schopni připustit.⁶⁸

⁶³ Viz HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 275 nebo 277.

⁶⁴ *Encyclopaedia Britannica*. 15th edition. 1989, cit. podle BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*. In: PLESSNER, Henning – BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilmann (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*. New York: Routledge, 2014, s. 3. Překlad vlastní. V originále: „the power of obtaining knowledge that cannot be acquired either by inference or observation, by reason or experience“.

⁶⁵ *The Oxford English Dictionary*. 1989, cit. podle BROŽEK, Bartosz. *The Architecture of Legal Mind*. In: BROŽEK, Bartosz – HAGE, Jaap – VINCENT, Nicole (eds). *Law and Mind: A Survey of Law and the Cognitive Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, s. 124.

⁶⁶ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 3.

⁶⁷ Poměrně podrobně se úlohou emocí zabývá ve své knize například Edmund T. Rolls. Případně zájemce tak odkazují na jeho zajímavou knihu *The Brain and Emotion*. Pokládá si otázky, co to emoce jsou, proč je máme, jaká jsou pravidla, na základě nichž emoce fungují, jaké mechanismy v mozku můžeme spojovat s emocemi, jak rozumět poruchám emocí a další. Na tyto otázky se snaží ve své knize odpovědět. ROLLS, Edmund T. *The Brain and Emotion*. Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 1. Dalším autorem, který píše poměrně srozumitelně i pro zainteresované laiky je například Antonio Damasio. Od tohoto autora mohou čtenáře odkázat na velice zajímavé knihy. DAMASIO, Antonio. *Descartes's Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*. New York: Penguin Books, 2005, DAMASIO, Antonio. *The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness*. Mariner Books, 2000, DAMASIO, Antonio. *Looking for Spinoza: Joy, Sorrow, and the Feeling Brain*. Mariner Books, 2003, nebo DAMASIO, Antonio. *Self Comes to Mind: Constructing the Conscious*. Cornrstone Digital, 2011.

⁶⁸ To ovšem v žádném případě neznamená, že jsme iracionální, pouze to, že nemůžeme naše myšlení a rozhodování pospat prostřednictvím modelu racionálního aktéra. KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 594.

V následujících řádcích si představíme základní poznatky v této oblasti a uvidíme, že intuice nejsou žádná mystická schopnost, že nás opravdu nespojují s něčím nebo někým nadpřirozeným,⁶⁹ ale že se vyvinuly zcela přirozeně a jsou úzce spojeny s našimi zkušenostmi.⁷⁰ Tím se intuice odlišují od ostatních automatických a vrozených procesů, od kterých je nutno je rozlišovat. Těmito procesy, které nejsou intuicemi, ale mohli bychom je s nimi zaměnit, jsou reflexy a instinkty – ty jsou ale vrozené.⁷¹

Tilmann Betsch shrnuje základní rysy intuice takto: „*intuice je procesem myšlení. Vstup [orig. ‚input‘] do tohoto procesu je získáván prostřednictvím znalostí, které jsou uloženy v dlouhodobé paměti a které byly předtím získány prostřednictvím asociativního učení se.*⁷² *Jedná se o automatický proces, který probíhá na nevědomé úrovni. Výstupem tohoto procesu je pak pocit, který může sloužit jako základ pro náš úsudek a naše rozhodnutí.*“⁷³ Vědci se totiž shodují na tom, že musíme rozlišovat mezi dvěma mody našeho myšlení,⁷⁴ a to právě intuitivním a deliberativním. Tyto jsou pak nazývány většinou jako „Systém 1“ (intuitivní) a „Systém 2“ (deliberativní),⁷⁵ Seymour Epstein je pak nazývá jako „zkušenostní systém“ a „racionální systém“.⁷⁶ Deliberativní systém je poměrně pomalý, verbální, abstraktní, analytický, náročný na energii a čas a probíhá vědomě.⁷⁷

Oproti tomu je zde systém intuitivní, zkušenostní (dále jen „intuitivní“), který je naopak velice rychlý, automatický, neverbální, nenáročný na energii, holistický a probíhá nevědomě.⁷⁸ Daniel Kahneman uvádí, že se začíná ukazovat, že právě tento automatický proces, tedy intuice, má větší vliv na naše rozhodování, než bychom si mohli myslet a myslíme. Označuje intuice za tajného autora mnoha našich výběrů, úsudků a rozhodnutí.⁷⁹ Jak píše Seymour Epstein „*zkušenostní systém může ovlivnit racionální systém, aniž by si toho byl racionální systém vědom*“.⁸⁰ To ovšem nemusí být spatřováno jako nějaký lidský

⁶⁹ Jak uvádí Daniel Kahneman, intuice nejsou spojeny s žádnou magií (tedy nadpřirozenem, něčím mystickým). KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 21.

⁷⁰ Např. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 5 a 6. EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 24, 25, 29. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, s. 19, 21, 24 aj.

⁷¹ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 5.

⁷² Asociativní učení je schopnost organismů vnímat vztahy mezi událostmi v jejich prostředí. Jedná se o poměrně kognitivně sofistikovanou schopnost, dnešní pohled se tak liší od původního čistě behavioristického pojetí, které zde bylo do 70. let. Viz JOZEFOWIEZ, Jeremie. Associative learning. In: SEEL, N. M. (ed.) *Encyclopedia of the Sciences of Learning* [online]. Boston: Springer, 2012 [cit. 2021-06-15]. Dostupné z: <https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-1-4419-1428-6_703>.

⁷³ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 4.

⁷⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, část I.

⁷⁵ Viz např. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 4, nebo KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 24. Tyto dva mody myšlení jsou rozlišovány nejen na základě jejich různých funkcí, ale jsou spojovány s různými částmi mozku, a to s limbickým systémem (Systém 1) a kortexem (Systém 2). TALEB, Nassim Nicolas. *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*. Londýn: Penguin Books, 2008, s. 82–83. Limbický systém je pak evolučně starší. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 5. To, že je evolučně starší, ovšem automaticky neznamená, že ho můžeme označit za „horší“. Jedná se o velice složitý, vzájemně propojený komplex různých struktur.

⁷⁶ V originále „*experiential system*“ a „*rational system*“. EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 24.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 25.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 24.

⁷⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 24.

⁸⁰ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 27. Daniel Wegner uvádí, že zřejmě nemůžeme vědět, jaké neskutečné množství mechanismů ovlivňuje naše jednání a chování, protože obýváme

nedostatek,⁸¹ neboť například už Herbert Alexander Simon nevyločoval to, že intuice mohou být naší silnou stránkou a že „nevědomí může být lepší tvůrce rozhodnutí než vědomí“.⁸² Pokud se totiž podíváme na deliberativní systém, tak ten je nejen pomalejší, ale je rovněž omezený tím, že nejsme schopni věnovat pozornost všemu a zaměřit se na všechno, co se kolem nás děje, nebo na všechny informace, které jsou nám vědomě dostupné. Tak je toto „myšlení vyššího řádu“ omezeno kapacitou naší pozornosti a rovněž paměti. Nejsme schopni se vědomě zaměřit v jeden jediný okamžik na všechny relevantní informace, ale v rámci deliberativního procesu je musíme postupně procházet jednu po druhé, jsou tedy zpracovávány sekvenčně.⁸³ Další věcí je, že někdy může být řešený problém „natolik komplexní, nebo strukturovaný tak, že není možné objektivně analyzovat všechny jeho komponenty, že holistické, zkušenostní/intuitivní úsudky můžou být tím jediným možným přístupem“.⁸⁴

Intuitivní systém oproti tomu funguje jinak, zde nejsou informace zpracovávány sekvenčně, ale paralelně. Díky tomu je tento systém schopen zpracovat obrovské množství informací. Tyto informace jsou získávány prostřednictvím zkušeností a ty pak vytvářejí velice bohatou databázi. Tyto informace jsou ukládány v dlouhodobé paměti. Pokud jsou předchozí zkušenosti dostatečně reprezentativní, tedy podobné problému, který je řešen, pak jsou intuice velice přesné.⁸⁵ Z tohoto je zřejmé, že intuice nejsou něco, co by nám bylo vrozené, ale naopak se je musíme naučit, vznikají až na základě našich zkušeností. Jejich kvalita pak „závisí na tom, jak dobře jsme v minulosti uvažovali, [...] a také na tom, jak jsme reflektovali úspěšnost či neúspěšnost našich předešlých intuicí. Intuice je prostě rychlá kognice, kde jsou potřebné znalosti tak trochu schované (nejsme si jich vědomi), s laskavým svolením emocí a spoustou minulých zkušeností (praxe)“.⁸⁶

velice složitý mechanismus. WEGNER, Daniel. *The Illusion of Conscious Will*. Cambridge: MIT Press, 2002, s. 27. Tvrdí, že náš pocit toho, že máme vůli, je způsob, jakým nám naše mozky zobrazují své operace, ale nejsou to samy tyto operace. Ibidem, s. 96. Daniel Dennett pak tvrdí, že náš přístup k zjištění toho, jak skutečně myslíme, není o nic lepší, než náš přístup k tomu, jak funguje náš zažívací systém. Musíme se spoléhat na poměrně přímocáré a upravené poznatky, na jejichž základě si vytváříme *user-friendly* teorie. DENNETT, Daniel. *From Bacteria to Bach and Back. The Evolution of Minds*. New York: W. W. Norton and Company, 2017, s. 348–349. Tedy, náš racionální systém si není vědom toho, že byl ovlivněn systémem intuitivním/zkušenostním, ale dokáže si vytvořit teorii, na základě čeho dospěl k rozhodnutí, k jakému dospěl, aniž by si tedy byl vědom, že rozhodl intuitivní systém.

⁸¹ A rovněž se zdá, že bez emocí a zkušenostního systému bychom nemohli fungovat tak, jak fungujeme ve společnosti, neboť se zdá, že například empatie a mezilidské vztahy závisejí právě na těchto. Ibidem, nebo pak knihy od Antonia Damasia uvedené v poznámce pod čarou č. 57.

⁸² SIMON, Herbert Alexander. *A Behavioral Model of Rationality Choice*, 1950, s. 104, cit. podle BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 18. Seymour Epstein se pak nepřiklání na stranu ani jednoho systému a upozorňuje na to, že každý z nich má své silné a slabé stránky. EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 26.

⁸³ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 6.

⁸⁴ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 33.

⁸⁵ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 6. Zde si dovoluji upozornit na tvrzení Douglase Hofstadtera a Emmanuela Sander, kteří tvrdí, že tím, co je v našem myšlení nejdůležitější, je to, že jsme schopni myslet analogicky. Tvrdí, že kognice je možná díky stálému toku kategorizací, jejichž základem ovšem není klasifikace, která se snaží rozřadit věci do zafixovaných a rigidních mentálních krabic, ale kategorizace probíhá právě díky tvoření analogií, díky kterému je naše myšlení pozoruhodně fluidní. Právě díky analogickému myšlení jsme schopni najít podobnosti a využívat toho k tomu, abychom byli schopni řešit nové a neznámé. Využíváme našich minulých zkušeností, které máme uloženy v paměti, k tomu, abychom se orientovali v současnosti. HOFSTADTER, Douglas – SANDER, Emmanuel. *Surfaces and Essences: Analogy as the Fuel and Fire of Thinking*. New York: Basic Books: A Member of the Perseus Books Group, 2013, s. 34. Hofstadter a Sander tak rovněž zmiňují důležitost našich zkušeností ve vztahu k našemu myšlení.

Dobré intuice jsou výsledkem tréninku a praxe.⁸⁷ V takovém případě pak záleží i na tom, zda jsou tento trénink a tato praxe vedeny dobře, zde hraje důležitou roli i zpětná vazba,⁸⁸ které se nám dostává, a prostředí, ve kterém své zkušenosti získáváme. Pokud chceme formovat naše intuice, pak je důležité, abychom vědomě byli v prostředí, kde získáme potřebné zkušenosti a informace.⁸⁹ Dostatek relevantních zkušeností a výběr vhodného prostředí se zdá být o to důležitější, když vezmeme v potaz to, že intuitivní systém je poměrně rezistentní ve vztahu k nějakým změnám. Změní se pouze, pokud máme opakovaně zkušenosti, které přebijí ty původní, nebo pokud máme nějakou velmi intenzivní zkušenost.⁹⁰

Pokud je praxe dostatečně dlouhá a získáme dostatek zkušeností, pak se z nás mohou stát experti v tom kterém oboru, kdy díky těmto zkušenostem vidíme velice rychle věci, které začátečníci nevidí,⁹¹ nebo dokážeme udělat rozhodnutí, které by začátečník nebyl schopen učinit, nebo alespoň nikoli tak rychle.⁹² Začátečníci využívají spíše deliberativního systému a potřebují si srovnat různé možnosti.⁹³ V této souvislosti můžeme uvést často uváděný příklad šachových velmistřů, s nimiž prováděl výzkumy Herbert Simon a ukázal, že po tisících hodinách hraní⁹⁴ (tedy praxe) vidí šachové figurky na šachovnici jinak než zbytek hráčů. Simon pak popisuje tuto expertní intuici tak, že „*situace poskytla nápoředu [orig. ‚cue‘], tato nápoředa poskytla expertovi přístup k informacím uloženým v paměti a tyto informace mu poskytly odpověď. Intuice není ničím více a ničím méně než rekognicí.*“⁹⁵ Čeho si ovšem musíme všimnout, je to, že k tomu, aby někdo dosáhl úrovně „experta“, je většinou potřeba dlouhá doba praxe a získávání zkušeností. Daniel Kahneman to vysvětluje tím, že stát se expertem v nějaké oblasti neznámá, že získáme a osvojíme si nějakou jednu schopnost, ale spíše to, že si osvojíme velkou spoustu minischopností.⁹⁶

⁸⁶ DAMASIO, Antonio. *Descartes' Error. Emotion, Reason and the Human Brain*. Revised edition with a new preface. London: Vintage Books, 2006, s. XVIII–XIX. Překlad vlastní.

⁸⁷ BROŽEK, Bartosz. *The Architecture of Legal Mind*, s. 145.

⁸⁸ “One important form is paying attention to feedback and particularly, understanding whether it is relevant.” HOGARTH, Robin M. On the Learning of Intuition. In: PLESSNER, Henning, BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilmann (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*, s. 102.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 101–103.

⁹⁰ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 26. Oproti tomu je racionální/deliberativní systém vůči změnám mnohem méně rezistentní.

⁹¹ KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, s. 238.

⁹² Například Gary Klein se věnuje ve své knize velitelům hasičů, kteří byli schopni učinit velmi rychlé rozhodnutí, které zachránilo život celé jednotce. Velitel pak popisuje situaci tak, že vůbec nevěděl, co se děje, ale věděl, že je něco špatně. Tak zavelel k tomu, aby se jednotka z hořícího domu stáhla. Chvilí po tomto rozkazu se zborčila podlaha. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, kapitola 2.

⁹³ Gary Klein uvádí, že ještě než začali provádět své výzkumy, kde se zaměřovali na rozhodování expertů a nováčků, měli hypotézu, že experti budou zvažovat různé možnosti a využívat spíše deliberace a nováčci impulzivně „skočí“ po první možnosti, která jim přijde na mysl. Když pak ovšem začali provádět výzkumy, tak se ukázalo, že je tomu spíše opačně, že experti dokáží vygenerovat jednu jedinou možnost, zatímco nováčci porovnávají různé možnosti a zvažují je. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, s. 52.

⁹⁴ Uvádí se 10 000 hodin, tedy 6 let po 5 hodinách denně, zasvěcených praxi, kdy se seznamuje se stovkami různých konfigurací figurek, které jsou ještě v nějaké konfiguraci s figurkami dalšími, které je mohou ohrozit, nebo které si navzájem brání v postupu. KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 336.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 24.

⁹⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 336. “The acquisition of expertise in complex tasks [...] is intricate and slow because expertise in a domain is not a single skill but rather a large collection of miniskills.”

Náš intuitivní systém nám pak poskytuje odpovědi na řešené problémy, a to zcela automaticky a nevědomě. Není to ovšem tak, že by v našem myšlení neměl místo i deliberativní systém, ten totiž kontroluje kvalitu těchto řešení – může je „*schválit, upravit, nebo zamítnout*“.⁹⁷ Steven Sloman však upozorňuje na to, že díky tomu, že je intuitivní systém tak rychlý a automatický, tak je jeho „*názor vždy vyslyšen [...] a díky své rychlosti často předchází a neutralizuje odpověď*“⁹⁸ deliberativního systému.

2.1 Krátké shrnutí – americký právní realismus a dnešní věda

Když jsme si nyní představili intuice tak, jak je vnímá dnešní věda, konečně můžeme porovnat myšlenky a tvrzení amerických právních realistů právě se zjištěními vědců. Čtenář jistě mohl vypožorovat spojnice, ale pro větší přehlednost je zde v krátkosti uvedeme, abychom to měli na jednom místě. Jak bylo uvedeno, američtí právní realisté zdůrazňovali důležitost zkušeností, ať už si vezmeme výrok Olivera Wendella Holmese, že životem práva není logika, ale zkušenost,⁹⁹ nebo když James Kent prohlásil, že se musí stát nejprve mistrem faktů, aby následně viděl, kde se nachází spravedlnost.¹⁰⁰ Z toho je tedy zřejmé, že zkušenosti jsou pro něj velice důležité. Jak bylo uvedeno v části, která se intuicemi zabývala z pohledu současné vědy, vědci se shodují na tom, že zkušenosti tvoří základ intuicí.¹⁰¹ Ostatně například Seymour Epstein intuitivní systém označuje za zkušenostní.

Tento systém se odlišuje od druhého, deliberativního systému v tom, že k operacím v něm dochází nevědomě a automaticky,¹⁰² výsledkem tohoto procesu je pak pocit,¹⁰³ že něco je tak a tak. O tomto pocitu pak hovoří například Joseph C. Hutchenson, když píše, že „*[...] po tom, co jsem prozkoumal všechny dostupné materiály a řádně jsem nad nimi rozvažoval a přemýšlel, tak jsem nechal prostor své imaginaci [...] a čekal na ten pocit, na to tušení – ten intuitivní záblesk porozumění, který spojí otázku s rozhodnutím, a v místě, které je pro soudcovy nohy nejtěmnější, vrhá světlo na jeho cestu.*“¹⁰⁴ V tomto Hutchensonově výroku můžeme nalézt i další tvrzení, které vědci potvrzují, a to, že když je případ velice komplexní a není v našich schopnostech objektivně analyzovat všechny jeho komponenty, pak je právě intuice to jediné, co nám zbývá.¹⁰⁵

⁹⁷ KAHNEMAN, Daniel – FREDERICK, Shane. Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment. In: GILOVICH, Thomas – GRIFFIN, Dale W. – KAHNEMAN, Daniel (eds). *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, s. 51.

⁹⁸ SLOMAN, Steven. Two Systems of Reasoning. In: GILOVICH, Thomas – GRIFFIN, Dale W. – KAHNEMAN, Daniel (eds). *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, s. 391.

⁹⁹ HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law* 1, 1881, cit. podle WRIGHT, George R. *The Role of Intuition in Judicial Decisionmaking*, s. 1382–1383.

¹⁰⁰ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 22.

¹⁰¹ Např. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 5–7, 16 aj., EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 24, 25, 29 aj., HOGARD, Robin M. *On the Learning of Intuition*, s. 93, 98.

¹⁰² Např. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 4, 6, EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 24, 29, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 24, 77, 82 aj.

¹⁰³ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 4.

¹⁰⁴ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 278.

¹⁰⁵ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 33.

Zdá se tak, že američtí právní realisté, kteří chtěli popsat, jak soudní rozhodování probíhá, šlo jim tedy o deskriptivní teorii, byli poměrně úspěšní, pokud vezmeme v potaz výsledky a teorie dnešní vědy. Tyto poznatky jim samozřejmě nebyly dostupné, takže jich nemohli využít. Nám dnes však dostupné jsou, a proto můžeme i prostřednictvím nich některé fenomény vysvětlit. A lépe pochopit, jak některé procesy probíhají.

2.2 Zkreslení a selhání intuice

V předchozích řádcích byly popsány intuice a vysvětlili jsme si jejich fungování, bylo uvedeno, že je lze považovat nejen za zdroj zkreslení, jak bývají označovány, ale lze je vidět i jako naši silnou stránku. V této části, aby to bylo vyvážené, si představíme i některá „selhání“ intuic, kde ve vztahu k těmto konkrétním selháním provedli Chris Guthrie, Andrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski i empirický výzkum, kterého se účastnilo několik desítek soudců. Přišli na to, že i soudci jsou intuitivními úsudky ovlivněni,¹⁰⁶ což vlastně není překvapivé zjištění, jelikož, jak bylo uvedeno, každý člověk uvažuje prostřednictvím intuitivního systému a není důvod se domnívat, že zrovna mozky soudců nebo právníků se odlišují od mozků ostatních lidí.

Pokud se hovoří o intuitivním versus deliberativním myšlení, pak se můžeme setkat s takzvaným CRT¹⁰⁷ testem. Tento test má ověřit schopnost, nebo dispozici člověka odolat odpovědi, která mu jako první přijde na mysl.¹⁰⁸ Jinými slovy, zda člověk inklinuje spíše k intuitivnímu, nebo deliberativnímu myšlení. Test se skládá ze tří otázek, na něž nám náš intuitivní systém dá rychlé odpovědi, které se ovšem po zapojení deliberativního systému ukáží jako nesprávné.¹⁰⁹ Těmito otázkami jsou následující (čtenář si může vyzkoušet, jak na tom on konkrétně je):

- 1) Pálka a balónek stojí dohromady \$ 1,10. Pálka stojí o \$ 1,00 více než balónek. Kolik stojí balónek?
- 2) Pokud výroba 5 produktů trvá 5 strojům 5 minut, jak dlouho by trvala výroba 100 výrobků 100 strojům?
- 3) V jezeře se nachází místo plné leknínů. Velikost tohoto místa se každý den zdvojnásobuje. Pokud trvá 48 dní, než lekníny pokryjí celé jezero, jak dlouho bude trvat, než bude lekníny pokryta polovina jezera?

Řešení těchto otázek není nikterak složité, ale k tomu, abychom byli schopni správně odpovědět, musíme potlačit chybnou odpověď, která většinu lidí vytane jako první na mysli.¹¹⁰ Těmito intuitivními odpověďmi jsou u první otázky odpověď, že balónek stojí 10 centů (správně je 5 centů), u druhé otázky je chybnou intuitivní odpovědí 100 minut (správně je 5 minut) a u poslední otázky je chybná intuitivní odpověď 24 dní (správně je 47 dní).¹¹¹

¹⁰⁶ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition* [online], [cit. 2021-06-21]. Dostupné z: <https://law.vanderbilt.edu/files/archive/Judicial_Intuition.pdf>.

¹⁰⁷ CRT je zkratka pro *Cognitive Reflection Test*.

¹⁰⁸ FREDERICK, Shane. *Cognitive Reflection and Decision Making* [online]. *Journal of Economic Perspectives*. 2005, Vol. 19, No. 4, s. 27 [cit. 2021-06-21]. Dostupné z: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/089533005775196732>>.

¹⁰⁹ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 11.

¹¹⁰ FREDERICK, Shane. *Cognitive Reflection and Decision Making*, s. 27.

Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski použili tento test a nechali ho zodpovědět 295 soudci.¹¹² Došli k tomu, že i soudci obecně používají spíše intuitivní, než deliberativní myšlení – pouze asi 1/7 z nich odpověděla na všechny 3 otázky za použití deliberativního myšlení.¹¹³ Jak však správně uvádějí, to, že soudci takto uvažují při řešení běžných, každodenních problémů, ještě automaticky neznamená, že tak postupují i v případech řešení problémů právních, proto uvádějí i své další výzkumy, které indikují, že používají intuitivní úsudky i v právním kontextu.¹¹⁴ Některé z nich si stručně představíme v dalších řádcích.

2.2.1 Statistické inference

V případě statistických inferencí se jedná o to, že lidé upřednostňují své intuitivní úsudky před deduktivní logikou a statistickými inferencemi v případě, kdy mají usoudit, co je nejpravděpodobnější.¹¹⁵ Asi nejznámějším, podle Daniela Kahnemana i nejkontroverznějším experimentem, který prováděli s Amosem Tverským, je takzvaný *Linda problem*.¹¹⁶ V tomto experimentu představili Lindu – fiktivní postavu, kterou popsali následovně:

„Lindě je 30 let, je svobodná, otevřená, upřímná a velice bystrá. Vystudovala filosofii. Když byla studentkou, tak se zabývala hlavně otázkami diskriminace a sociální spravedlnosti, rovněž se účastnila antinukleárních demonstrací.“¹¹⁷

Účastníci experimentu pak dostali na výběr z 8 možností, co Linda dělá. Linda mohla být:

- 1) učitelkou na základní škole,
- 2) pracovat v knihkupectví a účastnit se lekcí jógy,
- 3) aktivní ve feministickém hnutí,
- 4) psychiatrickým sociálním pracovníkem,
- 5) členkou League of Women Voters,
- 6) bankovním poradcem,
- 7) pojišťovacím zprostředkovatelem, nebo
- 8) bankovním poradcem a být aktivní ve feministickém hnutí.

Zajímavé na výsledcích bylo, že více lidí odhadovalo, že Linda je bankovní poradkyně, která je aktivní ve feministickém hnutí, než že je pouze bankovním poradcem. Přitom, pokud to vezmeme čistě statisticky, pak je větší pravděpodobnost, že bude pouze bankovním poradcem, než že bude bankovním poradcem aktivním ve feministickém hnutí.¹¹⁸

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 15.

¹¹³ Ibidem, s. 17.

¹¹⁴ Ibidem, s. 18.

¹¹⁵ Např. KAHNEMAN, Daniel – TVERSKY, Amos. Subjective Probability: A Judgment of Representativeness, 1972, s. 430, cit. podle GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 18.

¹¹⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 230.

¹¹⁷ Ibidem, s. 230.

¹¹⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 231–233.

I po tom, co tento experiment „zjednodušili“ a nechali pouze dvě možnosti, a to bankovní poradkyni a feministickou bankovní poradkyni, kdy si mysleli, že si lidé lépe uvědomí logické pravidlo, byl výsledek víceméně stejný.¹¹⁹ Kahneman uvádí, co na tento problém řekl Stephen Jay Gould. Ten prohlásil, že i když věděl správnou odpověď, uvnitř jeho hlavy neustále skákal malý homunculus a křičel na něj: „Ale Linda nemůže být pouze bankovním poradcem – přečti si její popis!“¹²⁰

Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski převedli tento experiment do právního kontextu, kde se inspirovali případem *Byrne v. Boadle*. Jednalo se o to, že žalobce procházel kolem skladu, který vlastnil žalovaný, a byl zraněn sudem, který spadl. Zaměstnanci žalovaného si nejsou jisti, jak je možné, že sud spadl, ale shodují se na tom, že buď byl nedbale zajištěn, nebo bylo vadné lano. Ve skladu tak byla provedena inspekce a výsledkem bylo, že:

- 1) pokud jsou sudy nedbale zajištěny, pak existuje 90% šance, že se uvolní,
- 2) pokud jsou sudy dobře zajištěny, šance, že se uvolní, je pouze 1%,
- 3) pracovníci zabezpečují nedbale sudy pouze v 1 z 1000 případů.

Tyto informace poskytli soudcům a zeptali se jich, jaká je pravděpodobnost, že sud, který spadl na žalobce, spadl kvůli nedbalosti některého z dělníků. Na výběr měli ze 4 odpovědí: 0–25 %, 26–50 %, 51–75 %, nebo 76–100 %. Většina soudců odpověděla špatně, protože předpokládali, že když dojde k nějakému zranění, tak to musí být něčí nedbalost (správnou odpověď zvolilo pouze 40 % z nich). Nejvíce z nich odhadovalo pravděpodobnost kolem 90 %, i když ve skutečnosti je na základě těchto dat pravděpodobnost pouze 8,3 %.¹²¹

2.2.2 Rámování (Framing)

Dalším příkladem, který se v souvislosti se selháním intuic uvádí, je takzvaný *framing effect* – rámování. Zde se jedná o to, že lidé často hodnotí výsledky svého rozhodování v termínech zisků a ztrát a pokud mají vybrat z nabízených možností, tak se snaží vybrat takové, které se zdají být nejméně riskantní, neboť máme averzi k riziku.¹²² U tohoto efektu je pak důležitým faktorem i to, jak lidem podáme možné výsledky nebo jak prezentujeme různé možnosti – je tak důležitý rámec, do kterého jsou tyto možnosti zasazeny. Důležitou roli hraje to, zda je tento rámec pozitivní, nebo negativní.

Daniel Kahneman uvádí, že pokud stejnou informaci prezentujeme jiným způsobem, pak to může mít efekt na emoce, které tato informace evokuje, a tedy i na naše rozhodnutí a jednání. Pokud lidem řekneme, že „šance na přežití jeden měsíc po operaci je 90%“, tak je to pro ně více uklidňující a spíše operaci podstoupí, než když jim sdělíme totéž, pouze zasazené do negativního rámce. Tedy, když jim řekneme, že „úmrtnost do jednoho měsíce po operaci je 10%“. Stejně tak je tomu například u uzenin nebo dalších výrobků. Pokud je na nich napsáno „90 % bez tuku“, tak jsou pro lidi více atraktivní, než když je na nich

¹¹⁹ Ibidem, s. 233.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 20–21.

¹²² Ibidem, s. 21.

napsáno „10 % tuku“. To, že jsou tyto informace v podstatě ekvivalentní, je podle Kahnemana zřejmé, ale lidé obvykle vidí jen jednu z těchto alternativ. A to, co vidí, je vše, co tu je.¹²³

Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski pak hovoří o tom, že pokud to převedeme do právního kontextu, jde o to, že žalobce je většinou v pozici toho, kdo si vybírá z možností, které se zdají být jako zisky, a to buď přijmout nabídku nějakého mimosoudního vypořádání, nebo přistoupit k soudnímu sporu, kde mohou doufat v ještě více příznivý výsledek. Oproti tomu žalovaní jsou většinou v pozici, kdy vybírají spíše z možností, které se jeví jako ztráty, a to buď nabídnout nějaké mimosoudní vypořádání, nebo riskovat a účastnit se soudního sporu, kde mohou doufat, že se tato suma sníží. I v tomto případě provedli experiment se soudci, kteří měli posoudit, zda je rozumné přijmout mimosoudní vypořádání, jedna skupina z pozice žalobce a druhá z pozice žalovaného. Výsledky naznačují, že i soudci jsou tímto efektem ovlivněni.¹²⁴

2.2.3 Ukotvení (Anchoring)

Posledním příkladem zkreslení, který si v tomto textu uvedeme, je tzv. ukotvení. V tomto případě jde o to, když lidé mají dělat nějaké číselné odhady, tyto odhady jsou ovlivněny sumou nebo číselnou informací, která je jim před tím uvedena,¹²⁵ tedy „číslo, které zahajuje generování nějakého úsudku, má silnější dopad než následné číselné informace“.¹²⁶ Daniel Kahneman pak uvádí, že se nemusí jednat ani o číselné informace, které jsou nějakým způsobem relevantní pro danou otázku. Jako příklad uvádí opět experiment, který prováděli s Amosem Tverským. Připravili si kolo štěstí, na kterém byla čísla od 0 do 100. Toto kolo bylo zkonstruováno tak, aby se zastavilo pouze na hodnotách 10, nebo 65. Účastníci přišli do místnosti a kolo štěstí bylo roztočeno. Poté se účastníků zeptali, jaký je jejich nejlepší odhad toho, jaké je procento afrických národů v OSN. Ti, kteří viděli na kole štěstí 10, odpovídali v průměru, že 25 %, ti, kteří viděli na kole číslo 65, odpovídali v průměru, že 45 %. Stejně tak uvádí, že pokud se někoho zeptáme, jestli Gandhímu bylo 134 let, když zemřel, tak jeho odhad, kolika let se skutečně dožil, bude mnohem vyšší, než pokud bychom se ho zeptali, zda zemřel v 35 letech.¹²⁷

Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski opět převedli i toto do právního prostředí, když rozdělili soudce do dvou skupin – jedna kontrolní skupina a druhá, kde se měl tento efekt projevit. Představili soudcům případ, kdy žalobce, muž, 31 let, učitel ve škole, utrpěl mnohonásobná zranění při automobilové nehodě, kterou z nedbalosti způsobil řidič nákladního vozidla, které patří velké dopravní firmě. Žalobce měl tři zlomená žebra a následkem zranění mu musela být amputována pravá ruka (byl pravák). Strávil týden v nemocnici a 6 týdnů nemohl do práce. Soudci měli vyřešit otázku náhrady škody. Soudcům z kontrolní skupiny bylo sděleno, že právní zástupce žalobce jim sdělil, že

¹²³ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 132.

¹²⁴ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 23–24.

¹²⁵ *Ibidem*, s. 29.

¹²⁶ STRACK, Fritz – MUSSWEILER, Thomas. *Heuristic Strategies for Estimation Under Uncertainty: The Enigmatic Case of Anchoring*, s. 79–80, cit. podle GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 29.

¹²⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 177.

bude žádat velice vysokou náhradu bez uvedení sumy. Oproti tomu druhé skupině bylo sděleno, že právní zástupce žalobce uvedl, že bude žádat 10 000 000 dolarů. Uvedení sumy mělo dost velký efekt na rozhodnutí soudců. Soudci v kontrolní skupině průměrně přiznali náhradu škody ve výši 808 000 dolarů, v druhé skupině by přiznali v průměru 2 210 000 dolarů.¹²⁸

2.2.4 Dílčí zhodnocení

Představili jsme si tři základní „zkreslení“, která se v souvislosti s intuicemi uvádějí a je na ně upozorňováno. Rovněž jsme si představili i výsledky empirického výzkumu, který prováděli Chris Guthrie, Andrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski. Jak bylo uvedeno, zjistili, že i soudci jsou při svém rozhodování a formaci svých úsudků intuicemi ovlivňováni. To samozřejmě pro nás, po tom, co jsme se seznámili s intuicemi i prostřednictvím kognitivní vědy, není překvapivé, neboť jsme se dozvěděli, že intuitivní myšlení probíhá nevědomě, automaticky a velmi rychle. Samozřejmě že výše uvedená zkreslení se mohou zdát jako problém, ale pokud o nich víme, tak si na ně můžeme dát pozor a těchto „chyb“ se vyvarovat a své rozhodnutí v těchto případech více rozmyslet.

Znamená to však, že máme na intuitivní myšlení zanevít a nemůžeme mu věřit? Společně s Bartoszem Brożkem se domnívám, že afirmativní odpověď by byla chybou.¹²⁹ A věřím, že skoro nikdo, kdo přečetl tento text, by neodpověděl kladně. Jak jsme si ukázali, tak intuice jsou i naší silnou stránkou, nejsou žádným šestým smyslem, ale jejich základním stavebním kamenem jsou naše zkušenosti. Jak uvádí Seymour Epstein, tak „*nikdo nemůže reagovat na nějakou situaci nezávisle na svých minulých zkušenostech. Navíc, lidé mohou existovat pouze se zkušenostním systémem, jak nám potvrzují zvířata, ale nemohou existovat pouze s racionálním systémem.*“¹³⁰ Pokud bychom neměli tento zkušenostní systém, tak by naše schopnost dělat efektivní rozhodnutí byla vážně ohrožena.¹³¹ Takže „*je možná těžké žít se zkušenostním systémem, ale bez něj by to bylo nemožné*“.¹³²

2.3 Implikace pro právo

V této části se zamyslíme nad tím, co poznatky kognitivních věd znamenají pro nás jakožto pro právníky. Pokud budeme vycházet z jejich zjištění, pak nám může být zřejmé, že intuice jsou v rozhodování, i tom soudním rozhodování, mnohem více běžné a přítomné, než jsme si mysleli. Jak bylo napsáno, tak intuice využívají předešlé zkušenosti jako databázi pro rozhodování¹³³ a jedná se o rychlý, automatický proces. Pokud se na ně podíváme touto optikou, pak je možné o intuicích hovořit nejen v souvislosti s rozhodováním vyšších a nejvyšších soudů, kde toto rozhodování popisovali američtí právní realisté,

¹²⁸ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 30.

¹²⁹ BROŹEK, Bartosz. *The Architecture of Legal Mind*, s. 148.

¹³⁰ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 32.

¹³¹ Ibidem. Více k tomu například Antonio Damasio, na kterého odkazuje i Seymour Epstein ve svém textu, v knize *Descartes' Error* (DAMASIO, Antonio. *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*), kde rozebírá případ Phinease Gage, jehož mozek byl poškozen a zcela se mu změnila osobnost. Mohl mluvit, psát, ale nebyl schopen činit společensky akceptovatelná rozhodnutí.

¹³² EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 32.

¹³³ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 6.

neboť to byli zejména soudci těchto soudů, ale i v případech soudů nižších,¹³⁴ kde je pro formování intuicí ještě mnohem vhodnější prostředí, neboť se zde rozhodují většinou případy, které si jsou dosti podobné a je tak jednodušší rozeznat podobnost jednotlivých případů.

Jak bylo uvedeno, tak intuice nejsou vrozené, ale musíme je trénovat. Abychom se stali experty v oboru, je potřeba poměrně dlouhá doba praxe.¹³⁵ Stejně tak jako se šachovým mistrem nestaneme jen díky tomu, že se naučíme pravidla šachu, tak se výborným soudcem nebo právníkem nestaneme jen díky tomu, že budeme znát nebo si umět vyhledat právní pravidla. Ostatně, pokud se podíváme na to, jak se lidé, kteří hrají šachy na vyšší úrovni, učí a připravují na své hry, tak je to i prostřednictvím toho, že si procházejí hry šachových vel mistrů a dívají se na to, jak hráli a jak reagovali na jednotlivé situace. V právu bychom za takové hry vel mistrů mohli považovat judikaturu nejvyšších soudů a Ústavního soudu. Samozřejmě, vždy je co zlepšovat, ale mohou sloužit k vytříbení argumentace a k tréninku zjišťování toho, co je v jednotlivých případech právně relevantní.

Jako by si toho byl zákonodárce vědom. Pokud se totiž podíváme na požadavky, aby se někdo mohl stát soudcem, pak je praxe vyžadována. Justiční čekatelé mají přípravnou službu, jejímž „účelem [...] je odborně připravit justiční čekatele pro výkon funkce soudce“¹³⁶ a tato „přípravná služba trvá 36 měsíců“.¹³⁷ Pro přeřazení ke krajskému, vrchnímu, nebo nejvyššímu soudu je pak vyžadována praxe ještě delší,¹³⁸ což dává smysl, neboť, jak bylo uvedeno výše, k těmto vyšším soudům se mohou dostat případy, které jsou více komplexní, a je složitější hledat podobnosti s předešlými kauzami.

Při získávání této praxe je důležité i to, v jakém prostředí k získávání zkušeností dochází a jak kvalitní máme zpětnou vazbu, jestli vůbec nějakou.¹³⁹ Pokud se nad tím zamyslíme, tak v rámci naší soustavy soudů by se dalo hovořit o zpětné vazbě, kterou mohou soudci nižších soudů získat prostřednictvím rozhodnutí soudů vyšších, ty zase mohou získat zpětnou vazbu prostřednictvím soudů nejvyšších a všichni tito následně prostřednictvím nálezů Ústavního soudu. Tato zpětná vazba je však poměrně omezená a často k ní může docházet i po několika letech. V tomto momentě spatřuji jako velice důležité to, že zde máme odbornou veřejnost, která vývoj judikatury sleduje, komentuje a kriticky reflektuje.¹⁴⁰ To je podle mého názoru velice důležitá úloha právní vědy a soudci by měli tyto debaty, alespoň ty, co se nějakým způsobem týkají jejich rozhodování, sledovat. Problémem však může být, že tyto odborné debaty a odborná kritika rozhodnutí se týká právě rozhodnutí nejvyšších soudů a Ústavního soudu, soudci nižších soudů si tak musejí

¹³⁴ Toho si všímá například i Diana Richards. Viz RICHARDS, Diana. *When Judges Have a Hunch: Intuition (and Some Other Emotion) in Judicial Decision Making*, s. 8–9.

¹³⁵ Např. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, s. 238, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 336.

¹³⁶ § 109 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

¹³⁷ § 110 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

¹³⁸ § 71 odst. 2 a 3 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

¹³⁹ HOGARTH, Robin M. *On the Learning of Intuition*, s. 101–103.

¹⁴⁰ Kdy může docházet k cenné kritice, na což jsem upozornila již v článku *Důležitost kontextu při používání judikatury: „Na správnost, či nesprávnost interpretace pak může být poukazováno prostřednictvím kritiky ze strany akademiků, praktiků či veřejnosti. Odlišný názor může být vyjádřen i prostřednictvím disentu. Všechny tyto formy konstruktivní kritiky mají své opodstatnění a své místo.“* TVRDÍKOVÁ, Linda. *Důležitost kontextu při používání judikatury*. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2020, roč. 28, č. 4, s. 591, 592 [cit. 2021-06-21]. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/13649>>.

počkat na zpětnou vazbu skrze možné zrušení jejich rozhodnutí, kde tím, co je důležitou zpětnou vazbou, není samotné zrušení rozhodnutí, ale měli by věnovat pozornost tomu, jak je odůvodněno to, že rozhodli nesprávně. Dalším způsobem, jak je možné získat zpětnou vazbu, je neformální dotaz u svých kolegů, jak by případ řešili a proč, tak se mohou učit od sebe navzájem.¹⁴¹

Se získáním dostatečně dlouhodobé praxe a expertízy se však pojí riziko, a to, že čím více máme zkušeností, tím sice máme větší databázi a můžeme snadněji vyhledávat podobnosti, ale na stranu druhou hrozí to, že přehlédneme nějaké nápovědy, které by nás mohly nasměrovat jinam. Jak upozorňuje Tilmann Betsch „*čím větší je předchozí vzorek našich zkušeností, tím větší mají lidé tendenci být ve svých úsudcích a rozhodnutích konzervativní a podceňují pak nové indicie a skutečnosti*“.¹⁴² To, že dochází k tomu, že jsme konzervativnější v našich rozhodnutích a úsudcích, můžeme spatřovat jako poměrně příznivou zprávu pro soudní rozhodování, neboť soudní rozhodnutí by měla být předvídatelná. Na stranu druhou, každý případ se má posuzovat zvlášť, aby nedocházelo k tomu, že je aplikována norma nepřiléhající na daný případ. Pokud pak nebudeme obezřetní, může nás právě tento konzervatismus vést nesprávným směrem. Je tedy třeba každému případu věnovat náležitou pozornost.

Závěr

V tomto textu jsme se zaměřili na myšlení amerického právního realismu zejména ve vztahu k ústřednímu tématu, tedy intuicím v soudním rozhodování. Byly představeny základní myšlenky v jejich nefrankifikované podobě. Argumentovali jsme, že tyto postřehy jsou relevantní i pro naši právní kulturu. Představili jsme si i případy z judikatury, kde se můžeme domnívat, že intuice hrály svou roli. Byl představen případ, který diskutoval Bartosz Brożek (*Donoghue v. Stevenson*), kde se snažil demonstrovat, že k rozhodnutí případu bylo potřeba více než jen znát zákonná ustanovení. Bylo potřeba brát právo jako celek včetně principů a zásad, na kterých spočívá. Ukázali jsme si, že obdobně můžeme nahlížet i na některá rozhodnutí našich soudů, kde byla uvedena judikatura Ústavního soudu k problematice nabytí vlastnického práva od neoprávněného. Zdá se tak, že i v našem právním prostředí hrají intuice důležitou roli v rámci soudního rozhodování. Můžeme tak tvrdit, že naše tvrzení, že bychom je neměli ignorovat a měli bychom se jimi zabývat, můžeme považovat za oprávněné.

Následně byly intuice představeny očima moderní vědy, kde v posledních dekadách dochází k velkému posunu a přichází se na nové poznatky, které mohou změnit náš pohled na to, jak funguje naše myšlení. V rámci prezentace těchto poznatků bylo vysvětleno, že intuice nejsou nějakým naším šestým smyslem, který by nám byl vrozený a prostřednictvím něhož bychom byli nějak napojeni na nějaké nadpřirozeno či jiný svět. Naopak, ukázalo se, že intuice jsou úzce spjaty s našimi zkušenostmi. Nejsou nám vrozené, ale musíme se jim učit. V rámci tohoto učení je důležitým faktorem i to, v jakém prostředí získáváme naše zkušenosti a jakou máme ke svým rozhodnutím zpětnou vazbu. Rovněž jsme

¹⁴¹ Diana Richards uvádí, že soudci ani nechtějí, aby jejich rozhodnutí byla zrušena, a proto u nich dochází k neformálnímu způsobu získávání zpětné vazby, a to tak, že se zeptají svých kolegů soudců, jak by případ řešili. Viz RICHARDS, Diana. *When Judges Have a Hunch: Intuition (and Some Other Emotion) in Judicial Decision Making*, s. 12.

¹⁴² BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 16.

zjistili, že intuicím se v podstatě nelze vyhnout, jsou automatické a nevědomé. Odlišili jsme tento mód myšlení od myšlení deliberativního a ukázali si, že mnohdy náš racionální systém nemusí ani vědět, že je ovlivněn systémem zkušenostním.

Po představení poznatků kognitivní vědy jsme si ukázali spojnice mezi myšlenkami právních realistů a zjištěními vědy. Na základě tohoto srovnání se ukázalo, že teorie amerických právních realistů může být alespoň v souvislosti s touto problematikou spatřována jako poměrně úspěšná deskriptivní teorie, což bylo jejich aspirací. Aby byl text vyvážený, zaměřili jsme se i na selhání intuic. V této části jsme si představili nejzákladnější z nich, a to prostřednictvím experimentů Daniela Kahnemana a Amose Tverského a následně byly představeny i experimenty, které provedli Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski v právních kontextech s 295 soudci. I jejich experimenty se soudci potvrdily, že soudci inklinují k intuitivnímu myšlení.

Na závěr jsme se zamysleli nad možnými implikacemi těchto zjištění pro právo, přičemž jsme se zaměřili zejména na otázku získávání těchto zkušeností, kde je důležitým faktorem prostředí, ve kterém zkušenosti získáváme, a rovněž zpětná vazba. Poukázali jsme na to, že zpětná vazba je možná něco, co může při získávání zkušeností soudcům chybět. Pokud soudci chtějí své intuice formovat co nejlépe a nejpřesněji, pak je třeba, aby sledovali rozhodování jiných soudců, ale rovněž i kritickou reflexi těchto rozhodnutí, ke které dochází v rámci odborných diskusí.

Jaké ctnosti by měl mít dobrý soudce?

Jana Stehlíková*

Abstrakt: V tomto článku se z hlediska etiky ctnosti zamýšlím nad tím, jaký by měl být dobrý soudce. Domnívám se, že dobrý soudce by měl usilovat o to, aby vše, co dělá, přispívalo k funkčnosti justice. O dobrotě soudce tak svědčí mnohdy jeho činy a projevy. S pomocí těchto projevů se snažím poukázat na to, že důležitými soudcovskými ctnostmi jsou odvaha, zdrženlivost a schopnost srozumitelně se vyjadřovat. Každá z těchto ctností napomáhá soudci na různých úrovních jeho profesní cesty, aby on i celá justice působili důvěryhodně. Důvěra veřejnosti je pro funkčnost soudnictví stěžejní. Soudci by proto měli o tyto ctnosti usilovat, ať už při přípravě na soudcovské povolání, či přímo při jeho výkonu.

Klíčová slova: etika ctnosti, dobrý soudce, funkčnost justice, důvěra veřejnosti v soudnictví, odvaha, zdrženlivost, srozumitelné vyjadřování, výchova soudců

Úvod

„Soudce je osoba, která rozhoduje spory, jež jsou jí předloženy.“¹ „Soudce nejen rozhoduje spory, ale také překlenuje propast mezi právem a společností.“² „Soudce chrání ústavu a demokracii.“³ Roli soudce lze popsat různými způsoby, stejně jako náplň soudcovy práce. Jaký by ale soudce měl být? To už je těžší otázka. Většinou dokážeme rozpoznat, jestli se nám líbí, nebo nelíbí, co soudce dělá nebo říká. Umíme možná i posoudit, zda by to soudce dělat měl, či neměl. Hůř už se nám hledá odpověď na otázku: „Proč?“. Znat důvody, kvůli kterým některé jednání a projevy soudců schvalujeme a jiné odsuzujeme, je však velmi důležité. Bez nich čelíme pokušení vynášet o ostatních unáhlené soudy a bezmyšlenkovitě moralizovat. Jedním z důvodů, proč se nám některé počínání soudců nemusí jevit správné, je, že neodpovídá tomu, jak by si počínal ideální soudce. Pokud však soudce a jeho činy posuzujeme podle měřítka, kterým je „ideální soudce“, měli bychom být schopni tohoto ideálního soudce popsat. Právě o to se v tomto článku alespoň částečně pokusím.

Jaký by měl být soudce, budu zjišťovat z pohledu etiky ctnosti. Vycházím z obecných úvah, které o etice ctnosti vedla Phillipa Foot,⁴ jedna z propagátorek současného pojetí etiky ctnosti. Při výkladu morálních pojmů jako „dobro“ či „dobrý“ následuji R. M. Hareho, jehož výkladem se inspirovala právě Phillipa Foot. Na rozdíl od Phillipy Foot však nepracuji s pojmem ctnosti jako s „lidskou dokonalostí“ či „dobrem“ samým o sobě.⁵ V kontextu hodnocení osobnosti soudce a jeho úlohy se mi jeví vhodnější teleologické pojetí etiky ctnosti, pro které je typické, že ctnosti směřují k nějakému jinému dobru.⁶

* Mgr. Jana Stehlíková, doktorandka na katedře právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně. E-mail: jana.stehlikova@mail.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5330-9229>.

1 BARAK, A. *The Judge in Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006, s. 306.

2 Srov. *Ibidem*, s. xvii.

3 *Ibidem*, s. xviii.

4 Například v: FOOT, P. *Virtues and Vices: And Other Essays in Moral Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2003, 161 s.

5 VELAZCO Y TRIANOSKY, G. What is virtue ethics all about? In: STATMAN, Daniel. *Virtue Ethics*. Edinburgh University Press, 1997, s. 49.

6 *Ibidem*, s. 50.

O tom, že má smysl uvažovat o výkonu funkce soudce také z pohledu etiky ctnosti mě přesvědčila práce Justina Oakleyho a Deana Cockina, *Virtue Ethics and Professional Roles*.⁷ Autoři se v ní snaží ukázat, že etické normy různých profesí lze odůvodnit podle etiky ctnosti přinejmenším stejně dobře jako z hlediska deontologické etiky či konsekvenencialismu.⁸ Tyto skupiny etických teorií primárně hledají odpověď na otázku: „*Jak by měl člověk jednat, aby jednal správně?*“⁹ na rozdíl od etiky ctnosti, která se ptá: „*Jaký by měl člověk být?*“¹⁰ Domnívám se, že obě otázky spolu souvisejí a že z toho, jak člověk soustavně jedná, lze leccos usoudit i o tom, jaký ve skutečnosti je.¹¹

Proto některé své závěry o tom, jaký by měl soudce být, opírám o příklady jednání či projevů, které by soudce měl či neměl činit. Kritériem, podle kterého určuji, jestli projev odpovídá praxi dobrého soudce, je, zda projev přispívá k funkčnosti justice.¹² Justice v demokratické společnosti musí zajišťovat nezávislé, nestranné a spravedlivé rozhodování sporů. Lidé pak musejí tomuto systému důvěřovat, aby v jejich očích obstála i ta rozhodnutí, s nimiž se vnitřně neztotožňují.¹³ Právě důvěra veřejnosti je nezbytnou podmínkou pro plnění soudcovské úlohy.¹⁴ Pokud k tomuto soudce svými projevy přispívá, pak jedná správně a lze ho považovat podle tohoto kritéria za ctnostného.

Vlastnosti či charakterové rysy,¹⁵ o kterých budu hovořit v souvislosti s různými projevy soudců, podle mě toto kritérium splňují. Tento článek neposkytne čtenáři úplný seznam soudcovských ctností. Dát takový seznam dohromady by snad ani nebylo možné. Ctnostný soudce může mít nespočet dobrých charakterových rysů, které různí lidé mohou nazývat různě a které může projevovat v rozličných situacích. Vybrala jsem proto alespoň tři ctnosti, které by měl soudce mít: odvahu, zdrženlivost a srozumitelnost. Tyto tři ctnosti jsou příklady toho, co je podstatné na různých úrovních soudcovy osobnostně profesní cesty.

Odvaha je předpokladem pro to, aby se člověk vůbec odhodlal vykonávat soudcovskou funkci a aby byl poté schopen naplnit podstatu této funkce (samostatně se rozhodovat, čelit politickým a jiným tlakům,¹⁶ stát si za názorem, nebát se říkat pravdu apod.). *Zdrženlivost* je nezbytná k tomu, aby soudce dokázal své povinnosti plnit v souladu se zákonem a nevystupoval příliš ze své soudcovské role ve prospěch vlastního ega. Zajišťuje tedy určitý základní standard výkonu soudcovské funkce. Tato ctnost se významně promítá téměř do všeho, co soudce činí, a je na ni také kladen velký důraz v kárné judikatuře

7 OAKLEY, J. – COCKIN, D. *Virtue Ethics and Professional Roles*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 3.

8 Podobně to vidí také Daniel Statman. Srov. STATMAN, D. *Virtue Ethics*. Edinburgh University Press, 1997, s. 2.

9 SUIKKANEN, J. *This Is Ethics: An Introduction*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2014, s. 53.

10 *Ibidem*, s. 124.

11 Na to, že podle některých přístupů spolu ctnosti a jednání souvisejí, poukazuje také Velazco y Trianosky, VELAZCO Y TRIANOSKY, G. What is Virtue Ethics All About? In: STATMAN, D. *Virtue Ethics*, s. 50.

12 Funkčnost justice chápe Martin Hapla jako klíčový cíl rovněž při výkladu pojmu soudcovské důstojnosti. HAPLA, M. Může soudce dělat divné věci? Funkční soudnictví jako limit kárné odpovědnosti. *Jurisprudence*. 2020, č. 2, s. 43.

13 BARAK, A. *The Judge in Democracy*, s. 109.

14 *Ibidem*, s. 109.

15 Pro jednoduchost a srozumitelnost budu v textu hovořit o pozitivních charakterových rysech a vlastnostech jako o ctnostech. Ctnostného soudce však vnímám jako osobu, která má (nejen) tyto vlastnosti dohromady.

16 To považuje za nezbytné také Soudcovská unie ČR pro zachování nezávislosti soudců. Srov. Soudcovská unie ČR. *Etické zásady chování soudce. bod I. Nezávislost*. Brno, schválené 26. 11. 2005. Dostupné z: <<http://www.soudci.cz/o-nas/eticke-zasady-chovani-soudce.html>>. Stejně požadavky zahrnuje také etický kodex vytvořený při Nejvyšším soudu ČR. Viz: ANGYALOSSY, P. – HAVELEC, R. a kol. *Etický kodex*. NS: červenec 2020. Dostupné z: <[https://www.nsoud.cz/judikatura/ns_web.nsf/0/480C6A02F818B1DCC12586B00029183B/\\$file/ETICK%C3%9D%20KODEX%20\(2\).pdf](https://www.nsoud.cz/judikatura/ns_web.nsf/0/480C6A02F818B1DCC12586B00029183B/$file/ETICK%C3%9D%20KODEX%20(2).pdf)>.

i v judikatuře Ústavního soudu.¹⁷ Schopnost *srozumitelně*¹⁸ se vyjadřovat (přesnost ve vyjadřování, stylistická a rétorická obratnost apod.) je pak příkladem ctnosti, která plyne čistě z profesněetických norem. Vyplývá z toho, že soudce musí při výkonu své funkce komunikovat především s účastníky řízení. Není nijak vynutitelná, ale zlepšuje morální úroveň soudcovy počínání a, jak si ukážeme, může mít značný vliv na fungování celého soudnictví.¹⁹

Tyto ctnosti odůvodním různými příklady chování soudců a pokusím se vysvětlit, jaký je přínos těchto ctností pro výkon soudcovské funkce. Rovněž upozorním na to, jaké problémy mohou v jednotlivých případech vyvstat, když se snažíme zjistit, jaký soudce je z hlediska etiky ctnosti.

Jde tedy o práci především etickou, která nutně vychází ze zákonných požadavků kladených na soudcovskou funkci. Tím se však právní otázky v tomto textu vyčerpávají. Proto v něm čtenář nenajde odpovědi na to, co se stane, když se soudce nezachová správně nebo když nemá vhodné charakterové rysy. Právo tyto neduhy žádnými sankcemi nepostihuje. Navíc nedává smysl trestat někoho za to, jaký je (což je otázka, na kterou hledá odpověď etika ctnosti). Text poukazuje na to, že dobří soudci přispívají k funkčnosti justice (a špatní z logiky věci nikoliv). Argumentace ve prospěch jednotlivých soudcovských ctností, je vedena v duchu etiky, respektive morálky. Dílčí argumenty jsou však ovlivněny zákonnými požadavky na funkci soudce, takže řada argumentů směřuje k ochraně hodnot a zájmů, na něž pamatuje i právo. Některé z těchto právních pojmů mají navíc sociologickou či psychologickou konotaci (např. důvěra veřejnosti). Proto i argumenty, které se s nimi pojí, v sobě obsahují určitý sociologický, respektive psychologický aspekt této problematiky. To však nic nemění na tom, že všechny dílčí argumenty pomáhají najít odpověď na to, jak si představit dobrého soudce podle etiky ctnosti.

1. „Dobry“ soudce

Důvod, proč se ptáme po soudcovských ctnostech, je ten, že se s jejich pomocí snažíme odpovědět na otázku, jaký by měl být dobrý soudce. Co to ale znamená být „dobry“ soudce? Na to se pokusím odpovědět v této části textu.

Nejdříve si objasňeme, proč není řeč pouze o „soudci“, ale o „dobrém soudci“. Phillipa Foot rozlišuje tzv. funkční a nefunkční pojmy.²⁰ Funkční pojmy v sobě obsahují typické vlastnosti, lze je již podle jejich názvu nějak charakterizovat, protože označují osoby či věci, které mají jasně danou funkci, k níž slouží. Například nůž plní jasnou funkci: krájí, řeže věci. Jde tedy o funkční slovo. Řekneme-li o nějakém noži, že je dobrý, znamená to, že dobře krájí a řeže. Nefunkční pojmy jednoznačnou informaci o vlastnostech osoby či věci neposkytují. Abychom pochopili jejich význam, musíme nejdříve pochopit význam

¹⁷ Například náleží Ústavního soudu ze dne 5. 9. 2016, sp. zn. I. ÚS 2617/15.

¹⁸ Tato ctnost nelze vyjádřit snadno jednoslovně, jako to můžeme vidět u „odvahy“ nebo „zdrženlivosti“. Jedním z důležitých projevů této ctnosti je podle mě *srozumitelné* rozhodnutí. Pro jednoduchost a stručnost budu v textu hovořit o ctnosti „srozumitelnosti“ a „srozumitelném“ soudci, přestože to není přesné a úplné vyjádření toho, co tato vlastnost obnáší.

¹⁹ To, že je srozumitelné vyjadřování soudce důležité, si uvědomuje i Soudcovská unie. Dobry ústní i písemný projev je podle ní atribut soudcovské důstojnosti. Srov. Soudcovská unie ČR. *Otevřený soubor etických dilemat soudce*. Odst. IV. Důstojnost, bod 1. Důstojnost v průběhu řízení. Dostupné z: <<http://www.soudci.cz/o-nas/otevreny-soubor-etick%C3%BDch-dilemat-soudce.html>>.

²⁰ FOOT, P. *Virtues and Vices: And Other Essays in Moral Philosophy*, s. 108.

činnosti, které se věnují. Například farmář je dobrým farmářem, pokud dobře obstarává práce na farmě. Co tyto práce obnášejí, se ale může lišit podle místa, situace a dalších faktorů. Totéž platí i pro soudce. Dobrý soudce je ten, který dobře vykonává funkci soudce. Může být zavádějící, že mluvíme o jeho funkci, a přitom jej podřazujeme pod nefunkční pojem. Dává to však smysl, protože je nutné mnoho dalšího vysvětlit, doplnit, zasadit do kontextu, abychom zjistili, jaký soudce musí být, aby dobře soudil.

Pojem „dobře“ nebo „dobrý“ může působit výkladové problémy. Podle Hareho jej lze vnímat dvěma způsoby: 1) dobrý sám o sobě, ze své podstaty, anebo 2) dobrý ve smyslu „dobře sloužící určitému účelu“.²¹ Hare připouští, že je velmi atraktivní ptát se po podstatě dobroty něčeho či někoho.²² Na rozdíl od dobroty odvozené od účelu však mohou vlastnosti a schopnosti, které pod dobrotu něčeho ze své podstaty podřadíme, podléhat osobním preferencím a názorům každého člověka.²³ Druhé pojetí pojmu „dobrý“ tak umožňuje poněkud objektivnější přístup k tomu, abychom mohli někoho charakterizovat jako dobrého.

U soudce je tedy potřeba říct, co od něj a od jeho výkonu soudcovské funkce očekáváme. Nejjasněji to říká zákon o soudech a soudcích: soudce musí rozhodovat nezávisle, nestranně a spravedlivě, nesmí podřívát důvěru veřejnosti v justici ani dehonestovat ostatní soudce.²⁴ Zákon pak dále upravuje konkrétnější pravidla, která mají přispět k tomu, aby soudce těmto povinnostem dostál. Na zákonné požadavky také navazují etické kodexy,²⁵ které nezávazně radí soudcům, jak by se měli v různých situacích chovat. Jednotlivá doporučení pomáhají soudcům nejen dodržovat zákonné požadavky, ale kladou důraz i na hodnoty a zájmy, díky nimž může justice požívat větší důvěry a lépe pak fungovat.²⁶

K tomuto cíli musí tedy ctnostný soudce směřovat. Jednání ve vztahu ke kýženému cíli je podle etiky ctnosti správné tehdy, je-li konáno ctnostným člověkem.²⁷ Proto je třeba najít charakterové rysy (ctnosti), s jejichž pomocí mohou soudci usilovat o řádné plnění povinností plynoucích ze soudcovské funkce. Pro ctnosti je podle Phillipy Foot typické, že svědčí lidským bytostem, respektive přináší užitek,²⁸ ať už jednotlivci, nebo společnosti.²⁹ Soudcovské ctnosti by tedy měly být takové, které prospívají soudci, a díky jeho práci pak celé společnosti, pro kterou se soudce snaží zajišťovat spravedlnost. Domnívám se proto, že prospěch z dobra nelze u osoby vykonávající funkci soudce chápat pouze tak, že díky němu žije naplněným životem.³⁰ Nehodnotíme ji totiž jen jako lidskou bytost, ale právě jako někoho, kdo plní určitou roli ve společnosti, jejíž podstatou je zajistit fungování

²¹ HARE, R. M. *The Language of Morals*. New York: Oxford University Press, 1952, s. 93.

²² *Ibidem*, s. 98.

²³ Srov. *ibidem*, s. 138–139.

²⁴ § 80 odst. 4, 5 a 6 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

²⁵ U nás jsou to etické kodexy vytvořené Soudcovskou unií ČR a kolektivem autorů vytvořeným při Nejvyšším soudu ČR.

²⁶ K tomu směřují například různá doporučení, která se týkají komunikace s médii či s veřejností, prezentace vlastních názorů, sdělování a přijímaná kritiky související s justicí apod. Podle otevřeného souboru etických dilemat soudce se tyto otázky vztahují rovněž k tomu, zda se soudce chová důstojně, či nikoliv. Srov. Soudcovská unie ČR. *Otevřený soubor etických dilemat soudce*. Odst. IV. Důstojnost, body 5, 6 a 8. Důstojnost v průběhu řízení. Dostupné z: <<http://www.soudci.cz/o-nas/otevreny-soubor-etick%c3%bdch-dilemat-soudce.html>>.

²⁷ OAKLEY, J. – COCKIN, D. *Virtue Ethics and Professional Roles*, s. 9.

²⁸ V tomto případě není užitek chápán tak jako v kontextu konsekvencialismu, respektive utilitarismu.

²⁹ OAKLEY, J. – COCKIN, D. *Virtue Ethics and Professional Roles*, s. 16.

³⁰ O naplněném životě hovoří etici ctnosti jako o cíli každého člověka, to však nevylučuje to, aby etika ctnosti ospravedlňovala i jiný cíl v užším kontextu, než je široce vymezený život člověka. S pojmem „*flourishing life*“ se setkáme například i v: OAKLEY, J. – COCKIN, D. *Virtue Ethics and Professional Roles*, s. 4.

justice tím, že bude svou funkci řádně vykonávat. Z tohoto úhlu pohledu soudci nejvíce svědčí takové ctnosti, které mu pomohou tento cíl naplňovat.

Ctnosti, jako charakterové rysy, se skládají ze tří různých částí: intelektuální složky (která člověku umožňuje formulovat své cíle a přesvědčení, v jejichž prospěch chce jednat), emoční složky a motivační složky.³¹ Intelektuální složka slouží k tomu, aby byl člověk schopen uvážit, co, kdy, případně v jaké míře je vhodné udělat, aby to bylo v souladu s nějakou konkrétní ctností. Emoční složka zodpovídá za to, že se člověk cítí provinile, když v souladu s touto ctností nejednal, a naopak se cítí dobře, když jí svým jednáním učinil za dost. Motivační složka pak znamená, že člověk touží jednat v souladu s určitou ctností a nejednat v rozporu s ní.³² Aristoteles shrnuje ctnostné jednání takto: je vědomé, konané ze správných důvodů a vyplývá ze stabilních charakterových vlastností.³³

To je samozřejmě ideální stav, o který by i soudci měli usilovat, aby díky potřebným ctnostem dobře vykonávali funkci soudce. Pokud jim některé z potřebných ctností nejsou vlastní, mohou se snažit o to, aby je nabyli.³⁴ Zprvu se soudce může uchýlovat k určitému jednání, které je správné z hlediska nějaké ctnosti, čistě ze sobeckých pohnutek. Postupně si však díky tomuto vědomému jednání může tu či onu ctnost osvojit, a díky ní být lepším soudcem a lépe vykonávat svou funkci.³⁵ I kdyby se mu však nepovedlo osvojit si některou ze ctností, nemusí to znamenat, že není dobrým soudcem. Pokud se snaží jednat v jejich duchu tak, aby přispíval k funkčnosti justice, pak osvědčuje jednu naprosto stěžejní vlastnost pro výkon soudcovské funkce. Znamená to, že soudce je oddaný myšlence dobře fungující justice a je odhodlaný jednat tak, jak by jednal soudce, který by měl třeba i jiné charakterové rysy prospěšné pro naplnění tohoto cíle. A to je to, oč tu běží: soudce může být dobrým nejen díky svým dílčím predispozicím, ale i proto, že mu na tom záleží a chce jím být.³⁶ I to je velmi důležitá vlastnost.

Přesto je užitečné si říct, které konkrétní charakterové rysy pomáhají soudci plnit jeho roli co nejlépe. Stávajícím soudcům může diskuse o nich pomoci s určitou sebereflexí,³⁷ ale i ve snaze kultivovat svou osobnost.³⁸ Budoucím soudcům zase mohou napovědět, na čem na sobě mají pracovat a proč, aby soudcovskou funkci vykonávali dobře. Vědět, jaké vlastnosti u sebe a ostatních rozvíjet hraje důležitou roli i při výchově a vzdělávání dalších generací. Velmi dobře se vhodné způsoby chování učí nápodobou vzorů, ať už

³¹ SUIKKANEN, J. *This Is Ethics: An Introduction*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2014, s. 126.

³² Srov. ibidem, s. 126.

³³ ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Kniha druhá, část čtvrtá. Dostupné z: <<http://classics.mit.edu/Aristotle/nicomach-aen.2.ii.html>>.

³⁴ K prohlubování a rozvíjení nejen odborných, ale právě i osobních kvalit, nabádá také Soudcovská unie ČR. Srov. Soudcovská unie ČR. *Etické zásady chování soudce. bod VI. Odbornost*. Brno, schválené 26. 11. 2005. Dostupné z: <<http://www.soudci.cz/o-nas/eticke-zasady-chovani-soudce.html>>.

³⁵ SUIKKANEN, J. *This Is Ethics: An Introduction*, s. 127.

³⁶ Jeden z citátů ředitele školy čar a kouzel v Bradavicích, Albus Brumbála, (respektive autorky knih o Harrym Potterovi, J. K. Rowling), zní: „O tom, jací jsme doopravdy, mnohem víc než naše schopnosti vypovídá to, co si sami zvolíme.“ Tento výrok lze vztáhnout i na výše popsanou situaci. Srov. ROWLING, J. K. *Harry Potter a tajemná komnata*. 6. vydání. Praha: Albatros, 2016, s. 261.

³⁷ O tom, že se soudci musejí zodpovídat především a nejčastěji svému svědomí a že je třeba, aby na sobě neustále pracovali, hovořila Daniela Zemanová. In: LÉKO, K. Daniela Zemanová: Nahodilost výběru soudců je neudržitelná. In: *ceskapozice.cz* [online]. 23. 9. 2014 [2015-03-23]. Dostupné z: <https://ceskapozice.lidovky.cz/tema/daniela-zemanova-nahodilost-vyberu-soudcu-je-neudrzitelna.A140921_223414_pozice-tema_lube>.

³⁸ Podle Aharona Baraka musí soudce sám sebe neustále podrobovat kontrole a kritice, aby dobře plnil svou úlohu. Viz BARAK, A. *The Judge in Democracy*, s. 102.

lidských či profesních. Učení podle morálních vzorů je dokonce považováno za mnohem efektivnější než učení na základě vštěpování principů a smyslu pro povinnost.³⁹ Proto má smysl pojmenovat charakterové rysy, které by tyto vzory měly mít.

Nakonec být dobrým ve své profesi je podle Oakleyho a Cockina dobrem, které významně přispívá i k dosažení klíčového dobra pro všechny lidské bytosti: žít naplněný život.⁴⁰ Dále se tedy v textu podíváme alespoň na některé ctnosti, které mohou pomoci soudcům se k tomuto cíli přiblížit.

2. Odvážný soudce

Jednou ze ctností, která by soudci neměla být cizí, je odvaha. Soudce by měl být odvážný. Proč? Důvodů je řada. Než se k nim ale dostaneme, musíme si objasnit, co „odvaha“ znamená. Je mnoho různých druhů odvahy.⁴¹ Někdy může být odvážné něco říct, když ostatní mlčí, jindy zas nechat si věci pro sebe, když jiní naléhají. Je zapotřebí znát kontext, v jakém se tato ctnost uplatňuje. Obecně ale lze odvahu popsat tak, že jde o ochotu riskovat v situacích, které za to stojí.⁴² Někdy může risk znamenat to, že člověk upřednostní ostatní před sebou samým, respektive cizí či veřejné zájmy před vlastními zájmy. Jindy může risk spočívat v tom, že člověk projeví nesouhlas s přáteli či kolegy, aniž ví, zda tím jeho vztahy s ostatními neutrpí značnou újmu apod.

Odvaha soudci napomáhá už v situaci, kdy se rozhoduje, zda bude funkci soudce vykonávat. Soudce díky odvaze podstupuje riziko, že na něj bude vyvíjen tlak ze strany účastníků, médií, politických představitelů apod. Rovněž na sebe bere zodpovědnost za to, že eliminuje riziko, že se mu nepodaří spravedlivě řešit a rozhodovat případy. Také musí projevovat odvahu, když si chce stát za svým názorem, ať už na místě soudce rozhodujícího či disentuujícího, anebo když přizná, že jeho právní názor nebyl správný a rozhodne se přijmout jiné řešení.⁴³ Odvážné je i to, přijmout úděl soudce být někdy sám: nehovořit s lidmi, s nimiž by rád mluvil, nestýkat se s lidmi, jejichž společnost by mohla vrhat špatné světlo na jeho nestrannost, nebo jen zůstat sám se svými názory proti názorům jiných.

Někdy může být obtížné rozpoznat, z jakých pohnutek soudce jedná, a tedy zda je skutečně odvážný. To je úskalí etiky ctností. Nalézt morální důvody lidského jednání podle této etiky ztěžuje skutečnost, že se lidé mohou přetvařovat (nevíme, zda má soudce kladný emoční vztah k odvaze – tj. zda je u něj ve vztahu k této ctnosti přítomna emoční složka) a nejsou ve svém jednání vždy konzistentní. To nám nemusí vadit, spočívá-li soudcova motivace k určitému jednání či projevu v tom, že chce, aby jeho činy přispívaly k fungování justice. Když se soudce snaží dělat odvážné věci, aby rozhodoval nezávisle, nestranně a spravedlivě nebo aby mu veřejnost důvěřovala, přestože se odvážným být necítí, je jeho počínání veskrze dobré.

³⁹ V tomto by měl spočívat velký přínos etiky ctností oproti deontologickým a konsekvenencialistickým etikám. Srov. STATMAN, D. *Virtue Ethics*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997, s. 13.

⁴⁰ Takže kromě dílčího cíle – dobrého fungování justice – může být dobrým výkonem profese dosaženo i dobrého života. OAKLEY, J. – COCKIN, D. *Virtue Ethics and Professional Roles*, s. 4.

⁴¹ To se dozvídáme i díky populárně umělecké tvorbě, jako například ve filmu *Petr Pan*. Srov. HOGAN, P. J. *Petr Pan*. Universal, 2003 [cit. 2021-08-25], cca 11. minuta an. Dostupné z: <<https://www.csfd.cz/film/44829-petr-pan/prehled/>>, „There Are Many Different Kinds of Bravery:“ <<https://www.youtube.com/watch?v=IgF00x89s6k>>, čas 0:40 an.

⁴² SUIKKANEN, J. *This Is Ethics: An Introduction*, s. 126.

⁴³ Aharon Barak věří, že když soudce čestně přizná svou chybu, získá tím větší důvěru veřejnosti. Srov. BARAK, A. *The Judge in Democracy*, s. 111–112.

Situace se liší, když soudce motivují jeho sobecké zájmy. Tento problém s přetvářkou a tím, jak ji rozpoznat, se zřejmě nepodaří nikdy úplně odstranit. Mohli bychom jej ale alespoň částečně vyřešit, když budeme sledovat, jak se člověk (soudce) chová po delší dobu (jak jedná, co říká, co píše, jak rozhoduje apod.). Navíc lze očekávat, že soudcovy „odvážné“ projevy, které by byly motivovány něčím nekalým, by s sebou nenesly žádoucí efekt, tj. nepřispívaly by k lepšímu fungování justice (nebudily by větší důvěru veřejnosti v soudnictví, ale naopak by justici vykreslovaly v nepěkných barvách: jako nesoudržnou, rozhádanou, nekompetentní apod.).⁴⁴

Další obtíž spočívá v tom, jak kdo odvahu chápe a jak si představuje, že díky této ctnosti naplní svou profesní roli. Soudce si například může myslet, že odvážně hájí před kolegy svůj názor, když se nepodřídí většině a proti většinovému názoru důrazně disentuje. Může jít o projev odvahy. Ale stejně tak se může v některých situacích plést a projevovat tak spíše svou tvrdohlavost. Nebo sice může mít pravdu, ale svůj nesouhlas projevuje takovým způsobem, že podrývá důvěru veřejnosti ve své kolegy a ve spravedlivé rozhodování soudu.

Kontroverzní případ představuje například disentní stanovisko skupiny ústavních soudců k mediálně sledovanému nálezu,⁴⁵ který se týkal úpravy volebního systému a relativně krátce před volbami zrušil část volebního zákona. Šlo o rozhodnutí, které vyvolalo řadu otázek, a debata o něm byla zcela namístě. Rovněž je pochopitelné, že i mezi ústavními soudci se našli odpůrci většinového názoru. Část soudců se tedy vůči závěrům nálezu vymezila.⁴⁶ Zvolili však takový způsob vyjádření nesouhlasu (expresivní jazyk a poměrně agresivní vyznění textu), že tím vyvolali řadu otázek nad soudržností soudu a kompetencí jednotlivých soudců.⁴⁷

Jde v takovém případě stále o odvahu soudce, když je tím narušen jiný zájem, jiná hodnota, k jejíž ochraně by mělo fungování soudnictví přispívat? Domnívám se, že ne. Soudce nesmí zapomínat na intelektuální složku odvahy, která se projevuje mj. tak, že je třeba vždy zvážit, jak se v různých situacích projevovat, jak moc se brát za své názory a jak silně a hlasitě je prosazovat. Má-li soudce zajišťovat nezávislé, nestranné a spravedlivé rozhodování sporů v systému, kterému lidé věří, pak nesmí zaměňovat odvahu s urputným až sobeckým prosazováním vlastních zájmů, snahou mít za každou cenu poslední slovo a potřebou zviditelnit sebe sama.⁴⁸ Soudce je odvážný, když před svými zájmy upřednostní zájem na přispění k funkčnosti justice.

⁴⁴ Podle etických zásad soudce z dílny Soudcovské unie: „Soudce se při plnění své funkce vyvaruje nevhodného vystupování, projevů, i všeho, co by mohlo vzbudit takový dojem.“ Podle zásad takové projevy nejsou v souladu s důstojností soudce. Nevhodně motivované jednání soudce se tak může narušovat dobrý výkon jeho funkce z více důvodů (narušení důstojnosti, ohrožení důvěry veřejnosti aj.). tyto důvody spolu nezřídka souvisejí. Srov. Soudcovská unie ČR. *Etické zásady chování soudce. bod IV.1 Důstojnost*. Brno, schválené 26. 11. 2005.

⁴⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 3. 2. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 44/17.

⁴⁶ Odlišné stanovisko k nálezu Ústavního soudu ze dne 3. 2. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 44/17.

⁴⁷ Stanovisko upoutalo ihned pozornost médií. Srov. například Disentní stanovisko: Vrchol arogance a ponurý obraz o rozhodování ÚS. In: *Česká justice* [online]. 3. 2. 2021 [18. 10. 2021]. Dostupné z: <<https://www.ceska-justice.cz/2021/02/disentni-stanovisko-vrchol-arogance-a-ponury-obraz-o-rozhodovani-us/>>, nebo RAMBOUSKOVÁ, M. – ŠVIHEL, P. Čtyři ústavní soudci se změnou voleb nesouhlasí. Jaké jsou jejich výhrady? In: *Seznam.cz* [online]. 3. 2. 2021 [cit. 2021-10-18]. Dostupné z: <<https://www.seznamzpravy.cz/clanek/ctyri-ustavni-soudci-se-zmenou-voleb-nesouhlas-i-jake-jsou-jejich-vyhrady-140596>>.

⁴⁸ Etický kodex sepsaný při Nejvyšším soudu poukazuje na potřebu určité zdrženlivosti při soudcových veřejných projevech (srov. ANGYALOSSY, P. – HAVELEC, R. a kol. *Etický kodex*, s. 23). V *Otevřeném souboru etických dilemat soudce* zase najdeme úvahy o tom, že by měl soudce dobře zvážit, jak se jeho kritika promítne do chodu soudu nebo jaký

To například znamená, že i když cítí potřebu vystoupit proti domnělému nesprávnému názoru, musí zvážit, zda (má k tomu skutečně dobrý důvod?) a jak to udělat. Řešením může být odvážně zvolit ta správná slova, riskovat zhoršení vztahů v budově soudu a vysvětlit veřejnosti, že „i mistr tesař se někdy utne“... Anebo soudce může situaci vyhodnotit tak, že právně možných řešení bylo více a to, které on preferoval, zkrátka neuspělo. Pak by bylo nanejvýš vhodné a odvážné postavit se vlastnímu egu a nechat si své pochyby pro sebe. Veřejnost tak nebude vystavena nepřehledné situaci, která v ní pouze vzbudí pochybnosti o tom, zda jsou soudci odborně schopni rozhodovat jejich spory.

3. Zdrženlivý soudce

Další soudcovskou ctností je zdrženlivost. Že by měl být soudce zdrženlivý, plyne mj. z judikatury kárného soudu i soudu ústavního.⁴⁹ Zdrženlivost je nutné chápat vždy v kontextu nějakého konkrétního jednání, respektive typu jednání nebo projevu. S trochou nadsázky by se dalo říct, že ctnost zdrženlivosti vystihují v různých situacích rčení jako: „někdy méně je více“, „dvakrát měř, jednou řež“ nebo „mluviti stříbro, mlčeti zlato“. Zdrženlivost je tedy brzdou, která nutí soudce, aby se občas držel trochu zpět, přestože může mít někdy nutkání udělat nějaký rázný či výstřední čin,⁵⁰ nekompromisní rozhodnutí⁵¹ nebo pronést plamenný či kontroverzní projev.⁵² Jak říká Aharon Barak: „*Soudce musí respektovat řetězy, které ho svazují.*“⁵³ I tak lze vyjádřit podstatu zdrženlivosti.

Zdrženlivé patrně nebylo například počínání soudkyně Volopichové, když se odhalila při soutěži Miss monokiny.⁵⁴ Martin Hapla chápe jako přinejmenším rozporuplné potrestání této soudkyně kvůli narušení soudcovské důstojnosti.⁵⁵ Připouští však, že její chování může být vnímáno tak, že postrádala určitou citlivost na společenské normy a to, co svým počínáním způsobí.⁵⁶ Domnívám se, že právě zdrženlivost by jí pomohla situaci lépe vyhodnotit a tyto společenské normy nepřekročit. K dobrému fungování justice tím totiž zjevně nepřispěla, protože veřejnost si na základě jednání této soudkyně mohla učinit o justici obrázek, který nepůsobil příliš důvěryhodně. O důvěru veřejnosti přitom musí

bude mít dopad na rozhodování soudu. (srov. SOUDCOVSKÁ UNIE ČR. *Otevřený soubor etických dilemat*. Odst. IV. Důstojnost, bod 8.).

⁴⁹ Například rozhodnutí kárného senátu NSS ze dne 6. 6. 2016, čj. 11 Kss 6/2015-53, náleží Ústavního soudu ze dne 5. 9. 2016, sp. zn. I. ÚS 2617/15, v odlišném kontextu například rozhodnutí kárného senátu NSS ze dne 22. 10. 2014, čj. 13 Kss 5/2014-122 atd.

⁵⁰ Problematická by mohla být případná účast soudce na politicky zaměřené demonstraci.

⁵¹ Tomáš Friedel poukazuje na to, že soudci projevují svou zdrženlivost i při souzení (respektive netrestání) kárných věcí, protože už jen kárné řízení má dopady na soudcovu reputaci. Srov. FRIEDEL, T. Jak čeští soudci (ne)smí jednat? Praxe kárného senátu ve věcech kárných řízení se soudci v letech 2008–2014. *Jurisprudence*. 2015, č. 1, s. 22–23.

⁵² A to jak písemný či ústní. Na nedostatek zdrženlivosti poukázal kárný senát právě třeba ve věci soudce Zbránka, který psal satiricky laděné a značně kontroverzní povídky o migrantech na svém blogu. Viz rozhodnutí kárného senátu NSS ze dne 6. 6. 2016, čj. 11 Kss 6/2015-53.

⁵³ BARAK, A. *The Judge in Democracy*, s. 102.

⁵⁴ NĚMĚČEK, T. Kárná řízení od Miss monokini k alkoholu v síni. In: *Ihned.cz* [online]. 24. 1. 2007 [cit. 2021-10-07]. Dostupné z: <<http://archiv.ihned.cz/c1-20252110-karnarizeni-od-miss-monokini-k-alkoholu-v-sini>>.

⁵⁵ Oba etické kodexy (Od Nejvyššího soudu i Soudcovské unie) kladou na soudcovskou důstojnost velký význam, nijak blíže tento pojem však nevysvětlují. Soudce by však podle nich měl respektovat určitý standard vhodného oblékání a pamatovat na autoritu, s níž soudci potřebují rozhodovat. Srov. ANGYALOSSY, P. – HAVELEC, R. a kol. *Etický kodex*, s. 2 an., a SOUDCOVSKÁ UNIE ČR. *Otevřený soubor etických dilemat*. Odst. IV. Důstojnost, bod 2.

⁵⁶ Srov. HAPLA, M. *Může soudce dělat divné věci? Funkční soudnictví jako limit kárné odpovědnosti*, s. 45.

soudce usilovat jak v soudní síni, tak mimo ni.⁵⁷ A to se soudkyni v tomto případě s ohledem na mediální ohlas⁵⁸ nepodařilo.

Zdrženlivost nepředstavuje absolutní zákaz cokoli dělat (kdyby se soudkyně nesvlékla, ale účastnila by se běžné soutěže krásy, možná by její účast v soutěži nijak důvěru veřejnosti v justici nepoznamenala). Ukládá ale soudci povinnost pečlivě zvážit situaci a dopady jednání či projevů na zájmy, které justice chrání a naplňuje. Může se stát, že soudce chce dělat vše správně a s dobrým úmyslem, ale špatně vyhodnotí, jaké jednání ještě zdrženlivé je, a jaké už není. V takovém případě selhává intelektuální⁵⁹ složka, která zodpovídá za to, jak soudce zdrženlivost chápe. Aby se soudce takové chybě vyhnul, může se pokusit napodobit jednání nějakého svého morálního vzoru⁶⁰, kterému je zdrženlivost vlastní.

Také v případě zdrženlivosti není namístě hodnotit soudce pouze na základě ojedinělé situace či události. Opět je třeba sledovat soudcovu počínání po delší čas. S ohledem na to, že drtivá většina soudců se nepotýká s kárnými žalobami kvůli tomu, že by při nějakém nežádoucím jednání byli příliš horliví, můžeme většinu českých soudců označit za zdrženlivé.⁶¹ Setkáváme se však i s případy opakovaných kárných řízení a opakovaných prohřešků soudců, kteří sebekontrolu postrádají. Nechvalně známým se častými prohřešky stal soudce Miroslav Čapek. Nedávno svým počínáním (účastí na oslavě podnikatele v době koronavirové pandemie) přiměl předsedu svého soudu k další kárné žalobě (soudce v minulosti čelil již kárným žalobám⁶² a několika výtkám předsedy soudu). O tom, že není zdrženlivý ani ve svých projevech, svědčí to, že svůj nejaktuálnější prohrěšek barvitě líčil do médií namísto toho, aby se kál či o průběhu události raději mlčel.⁶³

Nedostatek zdrženlivosti se může projevat i tak, že soudce neodolá pokušení využít výhodu, kterou mu jeho postavení skýtá. V jednom případě šlo o to, že soudce kontaktoval exekutora, který měl vést exekuci proti soudcovu synovi. Exekutor poté exekuci zastavil a soudce se až pak vyloučil z věci pro podjatost.⁶⁴ V jiné věci zase soudce opakovaně naléhal na svého kolegu, aby vyslechl svědka, a snažil se kolegu přesvědčit o tom, že celá věc je vykonstruovaná.⁶⁵ V obou případech se soudci snažili ovlivnit výsledek řízení, v němž však nijak figurovat neměli.

⁵⁷ BARAK, A. *The Judge in Democracy*, s. 110.

⁵⁸ Bulvární média na celou situaci upozorňovala a pozastavovala se nad tím, že tato soudkyně má rozhodovat rodinně-právní spory. Soudkyně nebyla v článcích vykreslena jako osoba na svém místě. Nelze tedy hovořit o tom, že by svým příkladem přispěla k posílení důvěry v justici. Nic na tom nemění ani to, že někteří účastníci internetových diskusí měli pro soudkyni pochopení (nutno podotknout, že zpravidla nepohlíželi na tuto ženu jako na soudkyni). Srov. například: Nahá Volopichová. Kvůli jejím prsům se změnil zákon. In: *Blesk.cz* [online]. 26. 3. 2010 [cit. 2021-10-18]. Dostupné z: <<https://promuze.blek.cz/clanek/pro-muze-holky/133779/naha-volopichova-kvuli-jejim-prsum-se-menil-zakon.html>>.

⁵⁹ Kdyby soudce postrádal u této činnosti emoční či motivační složku, bude bez výčitek a záměrně jednat aktivisticky a bez zábran. V takovém případě asi není třeba diskutovat o tom, že nejedná tak, jak by dobrý soudce jednat měl.

⁶⁰ Ostatně stejně jako v případě jakéhokoliv jiného činnostního jednání.

⁶¹ Tomáš Friedel píše o „andělských povahách“ soudců. Z jeho zkoumání kárných provinění v letech 2008–2014 vyplynulo, že bylo úspěšných „pouze“ 63 kárných žalob (při celkovém počtu cca 3000 soudců na českých soudech). Na tomto výsledku má ale svou zásluhu právě i zdrženlivost kárných soudců při posuzování sporných činů obžalovaných soudců. Viz FRIEDEL, T. *Jak čeští soudci (ne)smí jednat? Praxe kárného senátu ve věcech kárných řízení se soudci v letech 2008–2014*, s. 21.

⁶² Rozhodnutí kárného senátu NSS ze dne 20. 5. 2015, čj. 13 Kss 1/2015-112, a ze dne 2. 11. 2016, čj. 13 Kss 5/2016-75.

⁶³ DIMUN, P. Předseda teplického soudu chce soudce Čapka zbavit taláru. In: *Česká justice* [online]. [cit. 2021-08-24]. Dostupné z: <<https://www.ceska-justice.cz/2021/07/predseda-teplickeho-soudu-chce-soudce-capka-zbavit-talaru/>>.

⁶⁴ Rozhodnutí kárného senátu ze dne 19. 10. 2011, čj. 11 Kss 1/2011-131.

⁶⁵ Rozhodnutí kárného senátu ze dne 10. 5. 2012, čj. 13 Kss 13/2011-169.

Když se soudce takto chová, nezůstává „jen“ u toho, že není zdrženlivým (a tedy dobrým) soudcem. Lidé si v návaznosti na to nutně musejí klást otázku: Proč bychom měli věřit, že soudnictví funguje nezávisle, nestranně a spravedlivě, když ti, kteří ho vykonávají, nectí pravidla a jde jim jen o vlastní zájmy? Soudci se proto nesmějí nechat zlákat vidinou vlastního prospěchu, ale vykonávat svou funkci zdrženlivě, aby se důvěra veřejnosti v justici nevytrácela.

4. „Srozumitelný“ soudce

Poslední ctností, kterou v tomto článku zmíním, je schopnost vyjadřovat se srozumitelně. Chci se jí tu alespoň krátce věnovat proto, že některé její projevy nejsou vždy brány v potaz a není na ně tedy ani kladen dostatečný důraz. Přitom je to právě srozumitelnost, která soudcům může usnadnit to, aby jejich práce a úsilí rozhodovat spravedlivě byly veřejností co nejlépe vnímány.⁶⁶

Srozumitelné vyjadřování je i určitým druhem ohleduplnosti.⁶⁷ To znamená, že člověk bere ohledy nejen na sebe, vlastní zájmy a potřeby, ale také (a někdy hlavně) na ostatní lidi, věci či zájmy. Soudci nemá jít jen o to, aby měl svou práci hotovou (aby ukončil jednání či dopsal rozsudek). Mělo by být jeho cílem, aby byla jeho práce přijata a pochopena těmi, kterým je určena. Soudce svou srozumitelnost může projevat různě. Velmi dobrým příkladem srozumitelnosti soudce může být jeho způsob komunikace s účastníky. A to nejen ústní při jednáních,⁶⁸ ale i písemná, ať už v průběhu řízení či na jeho konci: při psaní rozhodnutí. Soudce by neměl dopustit, aby se účastníci řízení nemohli jednoduše seznámit s tím, co jim soudce chce sdělit. To se bohužel může snadno stát, když se soudce nevyjádří dostatečně srozumitelně.

Důvodů, proč se soudci nevyjadřují srozumitelně, může být víc. Soudce nemusí být srozumitelného vyjadřování intelektuálně schopen a může být limitován nedostatečnou znalostí jazyka i chabými odbornými znalostmi. Snaží-li se tyto své nedostatky zastříť složitými obraty a větnými konstrukcemi, nejenže se ani neblíží schopnosti srozumitelně se vyjadřovat, ale postrádá další, pro soudce zcela nezbytné vlastnosti, jako například čestnost, pravdivost⁶⁹ i odbornou zdatnost.⁷⁰ Nedostatečná srozumitelnost tak v případě takového soudce není zdaleka jediným důvodem, proč jej nemůžeme označit za dobrého soudce.

Totéž by se dalo říct v případě, že soudce nechce přiznat skutečné důvody svého rozhodnutí, nebo se snaží dospět k závěru, který text zákona neumožňuje. Lawrence M. Solan se domnívá, že soudce se občas vyjadřuje záměrně nesrozumitelně tehdy, když by rozhod-

⁶⁶ Jak známo, „nestačí, když je spravedlnosti učiněno zadosť. Musí být také vidět, že spravedlnost byla zajištěna.“ Je to naprosto stěžejní pro důvěru veřejnosti v soudní systém a jeho fungování.

⁶⁷ S tím souvisí i požadavky Soudcovské unie, že soudcův projev má být kultivovaný a jeho mediální vystupování má být důstojné. Srov. SOUDCOVSKÁ UNIE ČR. *Otevřený soubor etických dilemat*. Odst. IV. Důstojnost, body 1 a 8.

⁶⁸ Při jednáních by se měl soudce nejen srozumitelně a samozřejmě slušně vyjadřovat, ale měl by kontrolovat i své neverbální projevy. Soudci svou řečí tělo mohou naznačovat svůj postoj k účastníku řízení, a tím ho dostat do nepříjemné situace. V podstatě mu tím nastaví nerovné podmínky vůči protistraně a ohrožují tak i svou nestrannost. Srov. MARCOTTE, P. Body language: Do judges give silent cues? *ABA Journal*. 1986, č. 7, s. 30.

⁶⁹ Aharon Barak je přesvědčen, že důvěra veřejnosti roste, když je jí sdělována ze strany justice pravda. Srov. BARAK, A. *The Judge in Democracy*, s. 112.

⁷⁰ Proto je důležité, aby se soudce snažil prohlubovat i své odborné znalosti. Srov. Soudcovská unie ČR. *Otevřený soubor etických dilemat*. Odst. VI. Odbornost.

nutí čistě podle textu zákona vedlo k nespravedlivému řešení situace.⁷¹ Otázkou je, zda je toto jednání skutečně správné. Domnívám se, že ne. S takovou situací se lze zpravidla vypořádat zdařilou argumentací za pomoci nepsaných principů a zásad. I v těchto případech soudci postrádají nejednu potřebnou soudcovskou ctnost (mj. i odvahu přiznat své skutečné důvody) a také motivaci k tomu, aby se o srozumitelnost alespoň pokusili.

I když je cílem soudců vyjadřovat se srozumitelně, aby byla justice pro veřejnost přístupná, a tedy i důvěryhodná (nikoliv nahodilá),⁷² není výjimkou, že se jim tento cíl nedaří naplnit. Srozumitelné vyjadřování je druh dovednosti, která není každému soudci vlastní a která se nezískává snadno a rychle. Právní texty, a tedy i rozhodnutí, proto nezřídka postihuje určitý neduh. Jsou plné krkolomných souvětí, cizích výrazů, které však lze snadno sdělit i česky, mnohdy jsou delší, než je nutné, a kvůli tomu jsou i méně přehledné. Právní jazyk není občas z povahy věci jednoduchý. Obsahuje řadu neurčitých pojmů, bez nichž se zkrátka právo neobejde. Není však nutné dělat jej ještě složitější. Proč říkat „*inter alia*“, když lze napsat „*mimo jiné*“? Proč „*condicio sine qua non*“, když se dá říct „*nezbytná podmínka*“?⁷³ Neprávník českým výrazům jistě porozumí mnohem lépe. Chápeme-li výkon soudcovské funkce jako určitou službu lidem ve společnosti, pak by měl soudce dbát i na to, aby byla tato služba lidem srozumitelná. Díky tomu totiž bude justice pro veřejnost přístupnější a důvěryhodnější,⁷⁴ a tak bude moci lépe plnit svou funkci.

Závěr

Tento článek pojednával o tom, jak lze na funkci soudce pohlížet z hlediska etiky ctnosti. Zamyslela jsem se nad tím, jaký by měl být dobrý soudce. K tomu bylo nejdříve zapotřebí vysvětlit, co si představuji pod pojmem „dobrý“. Následně jsem představila tři různé ctnosti (odvahu, zdrženlivost a srozumitelnost vyjadřování), s jejichž pomocí může soudce svou funkci vykonávat dobře, a být tak nazýván „dobrým“ soudcem.

Ctnost odvahy, zdrženlivosti a srozumitelného vyjadřování jsem pro účely tohoto textu vybírala systematicky a podle logických kritérií (na jaké úrovni soudcovy osobnostně profesní cesty se nejvíce uplatňují a jak se projevují ve prospěch lepšího výkonu soudcovské funkce i celého systému). Nutno ale přiznat, že jde čistě o můj výběr. Jiní autoři mohou přijít s jinými, dalšími příklady soudcovských ctností. Tím však nijak nemusejí být zpochybněny myšlenky tohoto textu. Jen může být kladen důraz pro změnu na úplně jiné charakterové rysy a vlastnosti, kterým by se tak dostalo více pozornosti. Domnívám se, že je vždy lepší diskutovat alespoň o nějakých vybraných, dobře zdůvodněných ctnostech a postupně debatu o nich prohlubovat, než ji vůbec nevést.

⁷¹ SOLAN, L. M. *The Language of Judges*. Chicago: University of Chicago Press, 1993, s. 62.

⁷² Podle Terezie Smejkalové je srozumitelnost soudních rozhodnutí velmi důležitá pro legitimitu justice jako celku. Ta se odvíjí od toho, jak je lidem přístupná a zda nepůsobí její rozhodnutí nahodile. Viz SMEJKALOVÁ, T. Srozumitelnost práva. *Právník*. 2013, č. 5, s. 463.

⁷³ GARNER, B. A. *Právní psaní srozumitelným jazykem*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2021, s. 67.

⁷⁴ Ukazuje se, že lidé více věří tomu, čemu rozumějí. Dobře se to projevuje na průzkumech důvěry v instituce EU. Srov. ČT24: Proč Češi nevěří EU? Stále ještě nerozumí tomu, jak funguje, míní Vladimír Špidla. In: *Česká televize* [online]. 29. 4. 2016 [cit. 2021-10-18]. Dostupné z: <<https://ct24.ceskatelevize.cz/domaci/1770976-proc-cesi-neveri-eu-stale-jeste-nerozumi-tomu-jak-funguje-mini-vladimir-spidla>>, nebo o tom leccos vypovídá citát Karla Čapka: „*Nevěř tomu, čemu nerozumíš, ale nezavrhuj, cos neprozkoumal.*“

Všechny zmíněné ctnosti mají své specifické projevy, každou je nutno chápat v určitém kontextu. Také je různě obtížné u každé z nich rozeznat, zda právě tuto ctnost soudce má, či zda v souladu s ní jedná. Společně však přispívají k tomu, aby soudce mohl co nejlépe plnit své povinnosti a rozhodovat nezávisle, nestranně, spravedlivě, a aby nepodryval důvěru veřejnosti v justici. Důvěra veřejnosti je totiž stěžejní pro to, aby justice fungovala dobře. K tomuto cíli by se proto soudci měli snažit soustředit své úsilí a ctnosti, které mají nebo se je snaží získat či napodobit.

Článek měl za cíl přiblížit etiku soudců z pohledu etiky ctnosti, kterou však chápu teleologicky (tj. ctnostný soudce musí podle mě přispívat svými činy ke konkrétnímu cíli: funkčnosti justice). Domnívám se, že jde o vhodný příspěvek do širší debaty o profesně-etických otázkách soudců. U etiky ctnosti se více než u jiných etických teorií nabízí využití například při výchově a vzdělávání budoucích soudců. Etika ctnosti umožňuje učení nápodobou morálních vzorů, což může být nejen vhodné, ale i dosti efektivní.

Nejde-li nám o budoucí soudce a jejich výchovu, může tento přístup komplikovat to, že není vždy snadné rozpoznat, z jakých pohnutek soudce jedná a zda skutečně má určité charakterové rysy. Pro to, abychom soudce považovali za ctnostného, to nemusí být problém, je-li soudce motivován snahou učinit vše pro dobré fungování justice, a nikoliv sobeckými zájmy. V opačném případě nezbývá než doufat, že pravda vyjde najevo nejpozději tehdy, když se soudci soustavně nebude dařit těmito sobeckými kroky podílet na funkčnosti justice tím, že bude podryvat důvěru veřejnosti v ni. Snad se i tento článek stane součástí širší diskuse, která přispěje k tomu, aby se tak dělo co nejméně.

RECENZE

Matejka Ján – Bárta Jan – Havel Bohumil – Malíř Jan – Kramář Květoslav – Hálová Miloslava. Zákon o veřejných výzkumných institucích. Komentář. Wolters Kluwer, 2021, 453 s.

Nakladatelství Wolters Kluwer vydalo na přelomu léta a podzimu 2021 publikaci, která by neměla ujít z mnoha důvodů pozornosti odborné veřejnosti. Jde o komentář k zákonu č. 341/2005 Sb., o veřejných výzkumných institucích. Tento zákon sice není nový (nabyl ve své původní podobě účinnosti již v září 2005), ale v průběhu následujících 15 let doznal řadu podstatných změn, stejně jako český právní řád a vůbec celá společnost, která vlastně neustále prochází kontinuální proměnou.

Při výběru autorů komentáře bylo postupováno velmi uvážlivě. Autorský kolektiv byl sestaven vyváženě tak, aby se v něm mohly setkávat a tříbit názory odborníků působících dlouhodobě nejen ve výkonných a akademických pozicích veřejných výzkumných institucí, ale i mimo tuto oblast: ve státní správě, legislativě, advokacii apod. Znalost prostředí (zevnitř i z vnějšku) pak přispívá ke hledání a nacházení rozumných náhledů na řešení některých sporných otázek, se kterými se aktuálně právní praxe potýká.

Komentáře autorů k jednotlivým ustanovením nezdídko podporují převládající názorový proud, jindy přináší zcela nový pohled (např. v pasážích, které věnují pozornost postavení členů volených orgánů v. v. i.). Autoři mnohdy upozorňují na nedokonalosti zákonné úpravy a navrhuji *de lege ferenda* její případné úpravy (např. při vymezení účelu, respektive činnosti a hospodaření v. v. i.). Mimo to podrobují kritické analýze současný stav poznání a upozorňují na posuny v právní úpravě, což by mohlo/mělo vést k přehodnocení některých dosud v odborné veřejnosti panujících závěrů. Tam, kde to autoři považují za vhodné a prospěšné, využívají na podporu svých závěrů mj. i názorů zahraniční právní doktríny.

Recenzovaná publikace je přehledně rozčleněna (mimo úvodní slova spoluautorů a předsedkyně AV ČR, prolegomena pro práci s komentářem a další náležitosti spíše technického rázu) do 10 částí, které vhodně kopírují systematiku komentovaného zákona. Ač počet ustanovení zákona o veřejných výzkumných institucích není nijak vysoký (čítá cca 40 paragrafů), komentáře jsou velmi obsáhlé a fundované. U úvodních ustanovení je patrné, že jejich autoři mapují fungování výzkumných institucí od jejich prvopočátku (tj. nejen od jejich transformace do aktuální právní formy v. v. i.).

Na celém komentáři je proto třeba zdůraznit (a ocenit) jeho *holistický přístup*. Autoři reflektují fakt, že „vše souvisí se vším“, že zákon o veřejných výzkumných institucích je „pouze“ dílčí zvláštní součástí (*lex specialis*) právního řádu jako celku. Při výkladu (komentování) jednotlivých ustanovení je patrné na jedné straně vnímání specifík postavení a fungování veřejně výzkumných institucí, na straně druhé však i vědomí o vzájemné provázanosti s jinými právními předpisy z oblasti práva veřejného i soukromého, a to vše (pokud je to možné s ohledem na zákonnou dikci) v duchu principu jednotnosti a bezrozpornosti právního řádu.

Snad proto je zvláštní pozornost věnována mj. i použitelnosti občanského zákoníku (jeho obecné úpravy o právnických osobách) na právní poměry právnických osob veřejného práva (tedy i veřejných výzkumných institucí). Jeho aplikace přichází v úvahu, slučuje-li se to s *právní povahou těchto osob*, což má pro veřejné výzkumné instituce řadu významných dopadů a implikací.

Ačkoli zákonodárce v § 159 občanského zákoníku formuluje objektivizovaný standard péče řádného hospodáře, právě ona výše zmiňovaná „povaha“ v. v. i. tento standard dotváří a částečně modifikuje. Rozsah úvah nad fiduciárními povinnostmi spojenými s výkonem funkcí členů volených, jmenovaných či jinak ustavených orgánů v. v. i. je skutečně značný. Ocenit lze snahu autorů neomezit se pouze na konstatování, že člen orgánu v. v. i. musí svou funkci vykonávat s nezbytnou loajalitou a potřebnými znalostmi a pečlivostí, ale definovat a vyargumentovat skutečný obsah těchto povinností: zvlášť pro ředitele, členy rady a dozorčí rady dané instituce.

Mimo pozornost autorů nezůstala ani problematika následků při porušení standardu péče řádného hospodáře, o které je pojednáno velmi podrobně. Také proto je komentář vhodným zdrojem poznání pro všechny, kdo se rozhodnou funkci v některé z veřejných výzkumných institucí přijmout.

Pro postavení veřejných výzkumných institucí mají – mimo rámec stanovený zákonem – zcela zásadní význam pravidla stanovená zřizovatelem ve zřizovací listině. Ta často jdou nad rámec náležitostí upravených v § 15, kde je upraven demonstrativní výčet těchto kompetencí. Je otázkou, zda a pokud ano, do jaké míry může zřizovatel dotvořit právní rámec pro fungování dané instituce, včetně určitých specifík, která souvisejí se zvoleným předmětem činnosti a oblastí výzkumu, na kterou je zaměřen? S ohledem na fakt, že se pohybujeme v oblasti práva veřejného, jsou tyto možnosti spíše omezené. Postavení zřizovatele je i tak za trvání existence v. v. i. poměrně silné: je nadán nejen kompetencemi stanovenými v § 15 zákona o v. v. i., ale též dalšími, které jsou zřizovateli stanoveny jinými předpisy (a v jejich mezích).

V komentáři věnovaném hospodaření veřejných výzkumných institucí se projevuje jejich majetková provázanost s jejich zřizovatelem. Zákon stanoví, že v. v. i. je povinna využívat svůj majetek především k realizaci hlavní, tj. vědecko-výzkumné činnosti; za podmínek v zákoně stanovených může v. v. i. vykonávat i „další činnosti“ a „jinou činnost“. Nejasnosti ve vymezení těchto pojmů jsou podrobeny kritické analýze a dány do souvislosti s jinými veřejnoprávními předpisy (vyhláška k zákonu o účetnictví č. 504/2002 Sb.). Ke škodě věci není z komentáře patrné navázání na vymezení těchto pojmů v občanském zákoníku (§ 144) a právnické osoby ustavované za nevýdělečným účelem tam upravené, u kterých se řeší obdobné problémy (např. rozlišování mezi hlavní a vedlejší činností). Zároveň nenacházím v komentáři jasné hranice mezi pojmy „podnikání“ a „hospodářská“ či „ekonomická činnost“, které nepovažuji v žádném případě za synonyma. Příkladem ekonomické/hospodářské činnosti, která není podnikáním, neboť nenaplnuje materiální definici podnikatele (§ 420 odst. 1 občanského zákoníku), je správa (vlastního nebo svěřeného) majetku. I takovou činnost v. v. i. bezpochyby vykonávají a bylo by zajímavou otázkou, v rámci které z „činností“ ji vykonávají.

Nejen internet, ale i knižní trh, je v poslední době zaplaven množstvím informací (a publikací), ve kterých lze nalézt řadu rozličných (někdy více, jindy spíše méně) vyargumentovaných a často protichůdných názorů, ve kterých se lze často jen stěží orientovat. Proto je vždy osvěžující (na straně jedné) a též uklidňující (na straně druhé), pokud lze narazit na kvalitní publikaci, jakou je recenzovaný komentář k zákonu o v. v. i.

Závěrem si proto dovolím shrnout, že recenzovanou publikaci považuji za zdařilé dílo, ve kterém jeho autorský kolektiv fundovaně zpracoval nelehkou materii k poměrně specifickému tématu, kterou problematika postavení veřejných výzkumných institucí bezpochyby je. Komentář poskytuje čtenáři zajímavý a praktický „vhled do světa“ jejich fungování a snaží se hledat odpovědi i na dosud opomíjené související otázky.

V současné době existuje v České republice na osmdesát veřejných výzkumných institucí, z nichž většinu tvoří vědecká pracoviště Akademie věd ČR. I když jsou co do oborů a sfér výzkumů velmi různorodé, je to – mimo jejich zřizovatele – i jejich právní forma a systém fungování, co je spojuje. I proto lze považovat za vhodné, že je komentář psán (i pro neprávnický) srozumitelnou formou a že je přehledně rozčleněn do jednotlivých částí. Vše je pečlivě utříděno a zasazeno do širších souvislostí právní úpravy postavení výzkumných institucí v českém právním prostředí.

S ohledem na výše uvedené mám za to, že komentář bude jistě užitečný členům orgánů veřejných výzkumných institucí a jejich zaměstnancům, ale i pracovníkům veřejné správy (zejména zřizovatelům těchto institucí, poskytovatelům veřejné podpory vědy, výzkumu a inovací, daňové správě atd.). Lze mít za to, že přispěje ke zvýšení kvality správy vnitřních věcí jednotlivých institucí, při současném uvědomění si vlastní odpovědnosti související s výkonem funkcí členů volených orgánů v. v. i., jakož i následků porušení povinností s takovými pozicemi spjatými.

Své čtenáře si bezpochyby najde i mezi advokáty, daňovými poradci, auditory a účetními, kteří v. v. i. poskytují související odborné služby. V neposlední řadě by se mohl hodit i akademikům a studentům podílejícím se na řešení projektů napříč výzkumnými obory, kteří si jeho přečtením mohou rozšířit své znalosti o „nové obzory“.

Kateřina Ronovská*

* Prof. JUDr. Kateřina Ronovská, Ph.D. Katedra občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: katerina.ronovska@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1936-3077>.

Introduction to the *compensatio lucri cum damno* Doctrine

Ivo Smrž (<https://orcid.org/0000-0002-0884-094X>) –
Tomáš Doležal (<https://orcid.org/0000-0002-2545-4549>)

Abstract: The damaging event may cause not only the damage, but also could give rise to some kind of benefit (advantage) for the injured party. The benefits may even exceed the amount of damage. The key question is whether it is permissible and generally appropriate to take into account all benefits caused by the damaging event when determining the extent of damages. The so-called *compensatio lucri cum damno* doctrine deals with this issue, which is the subject of the following article. However, the attention is not focused comprehensively on the doctrine as a whole; the aim is to present the doctrine in general. First, the subject of the doctrine will be outlined, including its systematic inclusion in the tort law system. This will be followed by the presentation of its development, doctrinal opinions, case law and statutory rules. The criteria according to which individual cases are assessed and their classification into groups will also be discussed. The article works with foreign sources (Germany, Austria, Great Britain), as Czech doctrine and case law are not as extensive and complex in comparison to them.

Keywords: introduction, benefits, damage, deduction, damages

Limits of Autonomy of Will in the Law of Business Corporations (Structural Considerations)

Bohumil Havel – Vlastimil Pihera

Abstract: Current Czech private law generally does not sufficiently distinguish the so-called status norms from other possible grounds for invalidity of autonomous regulation of commercial companies. In the article, the authors attempt to prove, also using German doctrine, that the content of the group of status issues is limited and linked to the *numerus clausus* principle, which as a category in the Civil Code is different from public order. At the same time, the article points out that it is always necessary to examine the specific circumstances of the case, especially if public order is to be applied, and tries to describe a possible general interpretive methodology.

Keywords: autonomy of will, private law, privacy, corporation, contract, mandatory norms, dispositive norms

Electronic Evidence as a Challenge to Criminal Proceedings

Václav Stupka (<https://orcid.org/0000-0003-1458-1507>) –
Jan Provazník (<https://orcid.org/0000-0002-2253-8958>) –
Jakub Vostoupal (<https://orcid.org/0000-0002-1669-9931>)

Abstract: This article deals with the use of electronic evidence in criminal proceedings. It analyzes the current legal regulation of relevant procedural tools in Czech, European and international law, and the practice of using these procedural tools by Czech law enforcement authorities. Subsequently, the article maps the main practical, technical, theoretical, and constitutional challenges that current theory and practice face in relation to this type of evidence. The aim of the article is to provoke an expert discussion on identified challenges and to create a basis for further research.

Keywords: electronic evidence, criminal proceedings, evidence admissibility, evidentiary value, digital forensics, international law instruments, criminalistics

Intuition in Judicial Decision-Making

Linda Tvrdíková (<https://orcid.org/0000-0002-9115-1052>)

Abstract: Within legal theory and legal philosophy, we hardly ever see anyone dealing with intuitions, feelings, or emotions. These human “faculties” of ours are often disposed of by merely clouding judgment and are not objective but entirely subjective. If we also look at history, we rather rarely encounter these topics – the exception being legal realists whose work has not received much attention within our tradition and legal theory, whether it be American legal realism or Scandinavian legal realism. It is the question of intuitions that has received attention from the American legal realists, and since this text will deal with this issue, we will introduce their ideas in the first part. The aim of this paper is to introduce the ideas of the American legal realism in its uncaricatured form, particularly in relation to the central theme of this paper, therefore intuitions and then show that the observations of American legal realists are consistent with how modern science views intuition and how intuition is presented. Thus, American legal realism can be seen as a successful descriptive theory, which was its aspiration, and it is therefore surprising that it does not have more attention within the theory and philosophy of law and that it rather reaps criticism. Another thing we will point out is that intuitions are not only a source of bias but they are also our very strong capability. According to the author, it is not appropriate to ignore them or just say intuitions have nothing to do in legal thinking. They are part of every thought, including the legal one, and should therefore be given room and attention.

Keywords: intuition, thinking, decision-making, legal realism, cognitive science

What Virtues should the Good Judge have?

Jana Stehlíková (<https://orcid.org/0000-0001-5330-9229>)

Abstract: In this paper I deal with the question of what a good judge should be like from the perspective of virtue ethics. I believe a good judge should aspire to support the functionality of the justice. Judicial acts and speeches express the goodness of a judge. With the help of these I try to demonstrate that courage, self-restraint and ability to express oneself understandably and clearly are important judicial virtues. Each of them helps a judge and the justice itself look trustworthy. Public confidence in justice is essential to the functionality of the justice. That is why judges should aim for these character traits as soon as they prepare to take office and for the whole time they hold it.

Keywords: virtue ethics, good judge, the functionality of the justice, public confidence in the justice, courage, self-restraint, understandable expression, education of judges