

STATI

Explicativní zdůvodnění lidských práv

Tomáš Sobek*

Abstrakt: Ve svém textu se budu zabývat tzv. explicativním argumentem, který zformuloval Robert Alexy. Tento argument ukazuje, že každý pokus o intersubjektívni zdůvodnění neexistence lidských práv se nutně dopouští tzv. performativní kontradikce. Jenomže proti Alexyho argumentu lze vznést námitku: Co když se lidskoprávní skeptik vyhýbá diskurzivním závazkům? Alexy odpovídá, že jednotlivec musí udělat existenciální rozhodnutí, že plně realizuje svůj diskurzivní potenciál. Ale námitka pokračuje: Co když takové rozhodnutí neudělá? Problém lze řešit analýzou řečového aktu tvrzení. Tvrdit A znamená prezentovat A jako pravdu pro kohokoli. Tvrzení, které není otevřené k univerzální komunitě všech racionálních aktérů, nemůže být zaměřené na sdílení objektivních faktů. Jenomže toto řešení má omezenou použitelnost pro morální diskurz, protože je zatíženo nesamozřejmým metaetickým předpokladem, že existují univerzální a objektivní morální fakty. A to je velmi závažné omezení, protože lidskoprávní skeptici se rekrutují zejména mezi morálními subjektivisty, relativisty a nihilisty. K překonání tohoto omezení jsem navrhl tzv. askriptivní argument, který je více metaeticky inkluzivní: Jednotlivec bere své vlastní morální názory vážně jenom tehdy, když bere vážně také cizí morální názory. A jediný efektivní způsob, jak zprostředkovat tuto interakci, je participace na morálním diskurzu. Alexyho explicativní argument je použitelný jenom proti lidskoprávním skeptikům, kteří se účastní diskurzu. Askriptivní argument jej vhodně doplňuje, protože je použitelný proti skeptikům, kteří se vyhýbají diskurzu. Je namířený proti diskurzivní izolaci, ale přitom může být citlivý ke společenským kontextům morálních názorů.

Klíčová slova: Robert Alexy, diskurzivní teorie, lidská práva, morální relativismus, explicativní argument, askriptivní argument

Úvod

Ve svém textu se budu zabývat tzv. explicativním argumentem, který zformuloval Robert Alexy. Tento argument ukazuje, že každý pokus o intersubjektívni zdůvodnění neexistence lidských práv se nutně dopouští tzv. performativní kontradikce. Jenomže proti Alexyho argumentu lze vznést námitku: Co když se lidskoprávní skeptik vyhýbá diskurzivním závazkům? Alexy odpovídá, že jednotlivec musí udělat existenciální rozhodnutí, že plně realizuje svůj diskurzivní potenciál. Ale námitka pokračuje: Co když takové rozhodnutí neudělá? Problém lze řešit analýzou řečového aktu tvrzení. Tvrdit A znamená prezentovat A jako pravdu pro kohokoli. Jenomže mnozí skeptici ohledně lidských práv jsou současně skeptiky ohledně univerzálních a objektivních morálních pravd. Navrhnou tzv. *askriptivní argument* jako alternativní řešení: Jednotlivec bere své vlastní morální názory vážně jenom tehdy, když bere vážně také cizí morální názory. A jediný efektivní způsob, jak zprostředkovat tuto interakci, je účast na morálním diskurzu. Askriptivní argument je metaeticky inkluzivní, takže dopadá i na morální subjektivisty, relativisty a nihilisty.

* Doc. Tomáš Sobek, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i., Právnická fakulta Masarykovy univerzity. Vznik tohoto článku byl podpořen Masarykovou univerzitou v rámci projektu specifického výzkumu MUNI/A/1590/2020.

Výrazně zužuje metaetický prostor, ve kterém je možné se vyhnout Alexyho explikativnímu argumentu.

1. Alexyho explikativní argument

Profesor Alexy chápe lidská práva jako druh morálních práv. Morální práva samozřejmě neexistují fyzicky. Nejsou položkami v inventáři fyzických objektů (věcí) přírodního světa. Morální práva existují normativně jako morálně platné nároky. A tyto nároky jsou morálně platné jenom tehdy, když jsou morálně zdůvodnitelné. Tvrdit, že lidská práva existují objektivně, znamená zavázat se k jejich zdůvodnění v režimu poskytování objektivních důvodů. Za účelem zdůvodnění lidských práv Alexy zformuloval tzv. explikativní argument. Tento argument je explikativní, protože „pouze“ explicitně formuluje to, co je již nutně implicitní ve společenské praxi. Diskurzivní praxe tvrzení je společenskou praxí poskytování a požadování důvodů. A tato praxe nutně předpokládá uznání rovnosti a svobody diskusních partnerů.

Alexyho explikativní argument má ambici ukázat, že každý pokus o intersubjektivní zdůvodnění neexistence lidských práv se nutně dopouští tzv. performativní kontradikce. Představme si, že skeptik se snaží mě argumentačně přesvědčit, že lidská práva neexistují. Jenomže již samotným předkládáním svých argumentů implicitně uznává, že jsme v rovném postavení jako diskusní partneři.¹ Tím se liší asertorický diskurz od komunikace příkazů, která je založena na vztazích autority a podřízenosti. Skeptik současně uznává, že jsem svobodná bytost, protože přijetí argumentu plní svoji funkci pouze tehdy, když mám možnost volby, tedy nejen přijetí, ale také odmítnutí.² Jediný legitimní tlak v argumentaci je normativní síla předložených důvodů. Výhrůžky a manipulativní strategie jsou v rozporu s pravidly argumentační diskuse. Nyní lze proti skeptikovi použít kaskádu úsudků: „*Uznat druhého jednotlivce jako svobodného a rovného znamená uznat ho jako autonomního. Uznat ho jako autonomního znamená uznat ho jako osobu. Uznat ho jako osobu znamená přiznat mu důstojnost. Ovšem přiznáním důstojnosti mu také přiznávám lidská práva.*“³ Skeptik se dopustil performativní kontradikce, protože presupozice jeho řečového aktu je v rozporu s obsahem tohoto aktu. Na jedné straně obsahem své argumentace obecně popírá lidská práva, včetně těch mých. Ale na druhé straně presupozicí každé argumentace, včetně té jeho, je uznání diskusního partnera jako svobodné a rovné bytosti, což v konečném důsledku implikuje uznání mých lidských práv.

Explikativní argument je atraktivní již proto, že není zatížený robustními metafyzickými břemeny. Nicméně, sám Alexy přiznává, že nepostačuje pro zdůvodnění lidských práv. Identifikuje přitom dva jeho zjevné nedostatky. První problém je možnost vyhnout se diskurzivním závazkům. Buď tak, že člověk zcela rezignuje na svoji účast v jazykové hře tvrzení, kladení otázek a zdůvodňování. Nebo tak, že člověk sice hraje tuto hru, ale jen s omezenou komunitou, takže některé osoby neuznává jako diskusní partnery. Ovšem to znamená, že explikativní argument negarantuje univerzalitu lidských práv. Druhý problém se týká dosahu diskurzivních závazků. Lidská práva se neomezují na morální nároky v rámci diskuse. Závazek respektovat druhého jako diskusního partnera sám o sobě

¹ ALEXY, R. Discourse Theory Human Rights. *Ratio Juris*. 1996, Vol. 9, No. 3, s. 216.

² Skeptik také implicitně uznává, že jsem rozumná bytost, jinak bych nebyl schopen pochopit jeho argumenty.

³ ALEXY, R. Law, Morality, and the Existence of Human Rights. *Ratio Juris*. 2012, Vol. 25, No. 1, s. 11.

neimplikuje obecný závazek jednat s ním jako s rovnou a svobodnou bytostí ve všech oblastech společenského života. Ostatně, diskutovat je možné i s otrokem.⁴ Ten, kdo používá své argumentační schopnosti jen pro účely excelentní diskuse, přehlíží společenský význam diskurzu. Argumentace není samoučelná zdatnost, ale způsob, jak legitimně řešit reálné problémy společenského života. Lidská práva bereme vážně teprve tehdy, když máme obecný zájem o správnost a jsme ochotni řešit rozmanité společenské konflikty diskurzivně. To znamená, že obecný zájem o správnost je spojený s rozhodnutím jednotlivce plnohodnotně rozvinout svůj diskurzivní potenciál. Jednotlivec rozpozná svoji diskurzivní přirozenost jako ideální dimenzi svého lidství a akceptuje ji jako normativní regulativ svého jednání. Alexy tento čin označuje jako „existenciální rozhodnutí“. To ale není definitivní řešení problému, protože můžeme položit otázku: Co když jednotlivec takové rozhodnutí neudělá?

2. Problém univerzality I.

Explicativní argument má ohledně zdůvodnění lidských práv jakožto univerzálních práv zřejmou výhodu. Když někdo tvrdí, že všechny autonomní bytosti mají lidská práva, nese závazek své tvrzení zdůvodnit. Proč si myslí, že všechny autonomní bytosti mají lidská práva? Explicativní argument poskytuje elegantní odpověď: Postačí poukázat na skutečnost, že my všichni, ve své aktivní roli účastníků diskurzivní praxe, již implicitně uznáváme lidská práva všech autonomních bytostí.⁵ Explicativní argument je ale také zatížený alespoň dvěma nevýhodami. První nevýhodou je, že nesplňuje ortodoxní pojetí lidských práv, podle kterého každá lidská bytost má lidská práva, a nikoli jen autonomní bytosti (respektive osoby v Kantově smyslu).⁶ Např. člověk s vrozenou těžkou demencí není autonomní bytost. Nedokáže se účastnit diskurzivní praxe, takže implicitní uznání se na něj nevztahuje.⁷ Nicméně, je to lidská bytost, a proto je nositelem lidských práv.⁸ Z hlediska ortodoxního chápání lidských práv, Alexyho explicativní argument nezdůvodňuje univerzalitu lidských práv v plném rozsahu, což vypadá jako selhání.⁹

⁴ ALEXY, R. Menschenrechte ohne Metaphysik? *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*. 2004, Vol. 52, No. 1, s. 20; ALEXY, R. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 151.

⁵ ALEXY, R. *Law, Morality, and the Existence of Human Rights*, s. 20, pozn. 10.

⁶ ALEXY, R. *Discourse Theory Human Rights*, s. 209.

⁷ „K určení, zda je někdo osobou nebo členem diskurzivní komunity, nepotřebujeme zkoumat jeho zvláštní kognitivní, tělesné, nebo jiné charakteristiky, které ho činí vhodným diskusním partnerem. Důkazem osobnosti [personhood] je spíše úspěch ve snaze oslovit ho a angažovat ho v diskurzu, přičemž celkový neúspěch v této snaze ho už z definice vykazuje mimo diskurzivní komunitu.“ Viz KUKLA, R. – LANCE, M. 'Yo!' and 'Lo!' – *The Pragmatic Topography of the Space of Reasons*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, s. 192–193.

⁸ Doris Schroeder argumentuje, že snaha založit lidská práva na lidské důstojnosti v Kantově smyslu znamená obětování univerzality lidských práv, protože tato koncepce lidské důstojnosti se netýká všech lidí, ale pouze autonomních bytostí. Viz SCHROEDER, D. Human Rights and Human Dignity: An Appeal to Separate the Conjoined Twins, *Ethical Theory and Moral Practice*. 2012, Vol. 15, No. 3, s. 323–335. Viz také WOLTERSTORFF, N. Why Naturalism Cannot Account for Natural Human Rights. In: CLARK, K. (ed.). *The Blackwell Companion to Naturalism*. Chichester: Wiley Blackwell, 2016, s. 447–461.

⁹ Na tento problém (*under-inclusiveness*) Alexyho argumentu upozorňuje Martin Hapla. Zároveň ale připouští, že stejným problémem trpí i mnohé další teorie zdůvodnění lidských práv. Viz HAPLA, M. Explicative-Existential Justification of Human Rights. Analysis of Robert Alexy's Argument in Context of Is-Ought Problem, *The Age of Human Rights Journal*. 2020, Vol. 15, s. 105–116; HAPLA, M. The Problem of Recognition of Human Rights: Does Explicative-Existential Justification Really Work? *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*. 2021, Vol. 2, s. 5–15.

Druhou nevýhodou explikativního argumentu je již zmíněná možnost vyhnout se diskurzivním závazkům. V radikálnější verzi to znamená, že člověk zcela rezignuje na praxi tvrzení, kladení otázek a zdůvodňování. Co by taková rezignace znamenala? Např. Karl-Otto Apel píše, že i běžné lidské jednání na základě smysluplného rozhodnutí předpokládá podmínky pro kritickou komunikaci. Takže úplná rezignace na kritickou komunikaci je zároveň rezignací na sebeidentifikaci a sebedoporozumění.¹⁰ Podobně se vyjadřuje Jürgen Habermas, podle kterého jednotlivci nabývají a udržují svoji identitu tak, že se podílejí na diskurzivních praktikách. Domnívá se, že úplná rezignace na tyto sociální interakce by z dlouhodobého hlediska byla pro jednotlivce sebedestruktivní.¹¹ Alexy je v této záležitosti opatrnější. Jednotlivec se sice může diskurzivní praxi zcela vyhnout, ale zaplatí za to vysokou cenu, protože ztratí důležitý aspekt svého lidství. Mnohem závažnější námitka proti explikativnímu argumentu se podle Alexyho skrývá v možnosti částečného vystoupení z diskurzivní praxe. To znamená, že jednotlivec by se diskurzivně angažoval pouze v rámci své vlastní komunity a ke všem ostatním by uplatňoval jen příkazy, pohrůžky, propagandu, násilí a teror. Alexy se domnívá, že cena takové částečné redukce diskurzu je mnohem nižší než cena úplného vystoupení.¹² Věc je ovšem komplikovanější. Jednak proto, že vzhledem k univerzalistické podstatě diskurzivity je pochybné, zda je vůbec možné udržet neprostupnou hranici mezi vnitřním okruhem diskurzivity a vnějším okruhem násilí.¹³ A hlavně proto, že částečná redukce, o které mluví Alexy, neznamena pouze omezení personálního rozsahu diskurzu, ale také významně mění jeho samotnou povahu. Jestliže máme tuto věc adekvátně vysvětlit, potřebujeme zaměřit svoji pozornost na řečový akt tvrzení.

3. Řečový akt tvrzení

Diskurzivní teorie má velmi blízko k tzv. závazkovému pojetí tvrzení.¹⁴ Východiskem tohoto pragmatického přístupu je otázka: Co děláme, když něco tvrdíme? Základní odpověď je vcelku jednoduchá: Když někdo tvrdí *A*, prezentuje navenek *A* jako pravdu. Ale to není všechno. Mluví tvrzením *A* také dává najevo, že má adekvátní důvody si myslet, že *A* je pravda. Zároveň se staví do role epistemického garanta pravdivosti svého tvrzení.¹⁵ To znamená, že tvrzením *A* se diskurzivně zavazuje, že v případě vhodného požádání poskytne adekvátní důvody ve prospěch názoru, že *A* je pravda. Mluví nese diskurzivní odpovědnost (tj. povinnost odpovědět) nejen za své původní tvrzení, ale také poskytuje osobní

¹⁰ APEL, K.-O. *Towards Transformation of Philosophy*. Marquette University Press, 1998, s. 269 (překlad Adey, G. – Fisby, D.).

¹¹ HABERMAS, J. *Moral Consciousness and Communicative Action*. Polity Press, 1990, s. 102 (překlad Lenhardt, Ch. – Nichol森, S. W.).

¹² ALEXY, R. *Law's Ideal Dimension*, s. 151.

¹³ ALEXY, R. *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, s. 21.

¹⁴ BRANDOM, R. *Asserting*. *Noûs*. 1983, Vol. 17, No. 4, s. 637–650; BRANDOM, R. *Making It Explicit*. Cambridge: Harvard University Press, 1994; RESCROLA, M. A Linguistic Reason for Truthfulness. In: GREIMANN, D. – SIEGWART, G. *Truth and Speech Acts*. London: Routledge, 2007, s. 250–279; RESCROLA, M. Assertion and Its Constitutive Norms. *Philosophy and Phenomenological Research*. 2009, Vol. 79, s. 98–130; MacFARLANE, J. What Is Assertion? In: BROWN, J. – CAPPELEN, H. *Assertion*. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 79–96; SHAPIRO, L. Assertoric Force Perspectivalism: Relativism without Relative Truth. *Ergo*. 2014, Vol. 1, s. 139–168; SHAPIRO, L. Commitment Accounts of Assertion. In: GOLDBERD, S. C. (ed.). *The Oxford Handbook of Assertion*. Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 75–98.

¹⁵ „Mluví, když bere odpovědnost za pravdivost toho, co říká, nenabízí svému posluchači evidenci, ale garanci pravdivosti. A když posluchač věří tomu, co bylo řečeno, znamená to, že tuto garanci akceptuje.“ Viz ROSS, A. Why do we Believe what we are Told? *Ratio*. 1986, Vol. 28, No. 1, s. 69–88.

záruku všem ostatním, kteří budou jeho tvrzení opakovat. Ostatní tak získávají oprávnění odvolávat se na něj jako na svůj zdroj, který garantuje pravdivost předávané informace.¹⁶ Takže kdokoli, nejen bezprostřední adresát původního tvrzení, se může na mluvčího obrátit s otázkou typu: „Opravdu?“ „Proč si to myslíš?“ „Jak to víš?“ „Na základě čeho to tvrdíš?“ Takové otázky vznášejí požadavek na zdůvodnění.¹⁷ Pravdivost sice nelze pojmově zredukovat na zdůvodnitelnost, ale své závazky k pravdivosti plníme v prostoru požadování a poskytování důvodů.¹⁸ Řečový akt tvrzení jakožto společenská instituce plní důležitou epistemickou funkci. Jednotlivec většinu svých znalostí nezískává na základě své osobní evidence, ale cestou společenského sdílení informací.¹⁹ Lidé sdílejí nejen svět jakožto společný životní prostor, ale také informace o světě na základě důvěry a přehodnocování důvěryhodnosti.²⁰ Když někdo odmítne nebo nedokáže na výzvu adekvátně zdůvodnit své tvrzení, společenskou sankcí je přinejmenším oslabení jeho důvěryhodnosti v očích ostatních. Ve hře ovšem není jen epistemická autorita mluvčího, ale také normativní požadavek na racionální sebekorekci: Jestliže nemáš adekvátní důvody pro své tvrzení, pak bys to tvrzení měl vzít zpět.

Požadavek na zdůvodnění neznámá, že každá položená otázka musí být zodpovězená, ale že každé tvrzení je v principu vystaveno možným námitkám od kohokoli.²¹ Bylo by příliš zatěžující, kdybychom museli každému kdykoli odpovědět na každou jeho otázku. V některých případech máme dobré důvody zdržet se odpovědi. Typickým důvodem je nevhodnost otázky. Např. položená otázka byla již adekvátně zodpovězena, takže je zbytečně repetitivní. Nebo je otázka položena urážlivým způsobem, a proto si nezaslouží odpověď. Nebo je nesrozumitelná, takže není jasné, co přesně se problematizuje. Nebo otázka nevhodně mění téma diskuse, takže je, vzhledem k danému kontextu tvrzení, irelevantní.²² Nebo je položena v nevhodný okamžik, protože dotazovaná osoba zrovna velmi pospíchá. Nebo je špatně adresovaná, a proto postačuje odkázat tazatele na toho mluvčího, který je garantem pravdivosti tvrzení. Některé otázky neaktivují požadavek na bezprostřední zdůvodnění, ale to nic nemění na obecném diskurzivním pravidle, že v principu kdokoli může namítnout jakékoli tvrzení. Toto pravidlo ztělesňuje samotnou povahu tvrzení. Velmi úzce to souvisí se skutečností, že vlastním účelem tvrzení je prezentovat něco jako objektivní pravdu.²³

¹⁶ BRANDOM, R. *Asserting*, kap. 3.

¹⁷ „Šeky, které vystavujeme na pravdivost výroku, můžeme proplatit pouze v měně důvodů. I když dobré důvody mohou prokázat pouze racionalitu toho, že něco prezentujeme jako pravdu, neexistuje jiný způsob, jak určit pravdivost výroku.“ Viz HABERMAS, J. *Philosophical Introductions: Five Approaches to Communicative Reason*. John Wiley & Sons, 2018, s. 94 (překlad Cronin, C.).

¹⁸ „Jestliže mám konkrétní, specifické, pochybnosti, zda některý z mých názorů je pravdivý, můžu tyto pochybnosti vyřešit jen tázáním se, jestli jsou adekvátně zdůvodněné – nalézáním a hodnocením dalších důvodů ve prospěch nebo neprospěch toho názoru. Nemůžu obejít zdůvodnění a omezit svoji pozornost na pravdu. Posouzení pravdy a posouzení zdůvodnění, když se tematizuje, co bych si nyní měl myslet [...], je stejná aktivita.“ Viz RORTY, R. *Is truth a goal of enquiry?* Davidson vs. Wright. *Philosophical Quarterly*. 1995, Vol. 45, No. 180, s. 281.

¹⁹ GOLDBERG, S. C. *Assertion: On the Philosophical Significance of Assertoric Speech*. Oxford University Press, kap. 3.

²⁰ Srovnej HILLER, F. R. *Assertion, Justificatory Commitment, and Trust*. *Análisis Filosófico*. 2016, Vol. 36, No. 1, s. 29–53.

²¹ ALEXY, R. In: ADLER, R. – McCORMICK, N. (eds). *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Oxford University Press, 1989 (1978), s. 128, 192.

²² Zhodnocení relevance vznesené otázky či námitky může být netriviální záležitost již proto, že je citlivá k danému kontextu diskuse. Viz WALTON, D. *Relevance in Argumentation*. LEA, 2004, kap. 9.

²³ Vezměme, že Alice řekne, že Limburger je skvělý sýr. Karel proti tomu namítne, že je odporný, protože smrdí. Alice může vnímat Karlovu námitku jako nevhodnou, protože svoji promluvu adresovala pouze milovníkům zrajících sýrů.

Srovnejme řečový akt tvrzení s řečovým aktem příkazu. Všimněme si, že příkaz předpokládá určitý vztah podřízenosti a má působnost pouze v rámci tohoto vztahu. Někdo z pozice své autority něco příkazuje svému podřízenému nebo skupině podřízených. Příkaz pak vytváří určitou povinnost pouze svým adresátům. Když ale tvrdím, že něco je pravda, prezentuji to jako pravdu pro kohokoli.²⁴ Kdokoli, nejen bezprostřední adresát mé promluvy, může mé tvrzení přijmout jako pravdivé, nebo naopak odmítnout jako nepravdivé. A když k tomu dodám, že to je objektivní pravda, pouze připomínám, že to není ani moje, ani tvoje, ani naše pravda, ale nezávislý fakt. Zároveň připomínám pojmový rozdíl mezi názorem a faktem, který znamená, že každý se může mýlit. Můžeme se mýlit jako jednotlivci, ale také jako kolektiv.²⁵ Když něco prezentuji jako objektivní pravdu, dávám najevo, že případná názorová neshoda bude znakem omylu.²⁶ Jestliže jeden mluvčí tvrdí *A*, pak prezentuje navenek *A* jako pravdu. Jestliže druhý mluvčí tvrdí *nonA*, pak prezentuje navenek *A* jako nepravdu. Jenomže *A* nemůže být současně pravda i nepravda.²⁷ To znamená, že někdo z nich se *musí* mýlit.

Pojem pravdy vytváří nesmiřitelné hrany, což není jeho vada, ale jeho vlastní diskurzivní funkce.²⁸ „*Klíčová pointa tedy spočívá v tom, že dialog v modu tvrzení vyžaduje netoleranci k názorové neshodě.*“²⁹ Pojem pravdy je neslučitelný s nezodpovědným tvrzením čehokoli. Tvrdit, že něco je pravda, znamená vystavit se možnosti otázek, námitek, popírání, protitvrzení a kritiky. Žijeme ve společném světě, a proto se záležitosti pravdy mohou týkat kohokoli z nás. V tomto smyslu je pravda veřejný statek. Spokojený subjektivismus, že každý má svoji pravdu, nejen ignoruje skutečnost, že žijeme ve společném světě, ale také je nebezpečný, protože znemožňuje vzájemnou kritiku. Stejně problematický je i radikální skupinový relativismus, podle kterého každá komunita má svoji pravdu, takže meziskupinová názorová neshoda a kritika jsou již z definice vyloučené.³⁰ Nyní zvažme následující dvě věty:

- 1) Tvrdím *A* na základě důvodu *R*, který nepodporuje názor *A*.
- 2) Ale to nevádí, protože jste hloupí, takže to nechápete.³¹

Je zřejmé, že promluva 1) je vadná, i když je uvažována samostatně. Mluvčí tvrdí *A*, takže prezentuje navenek *A* jako pravdu. Zároveň ve prospěch svého tvrzení poskytuje důvod *R*. Jenomže následně otevřeně přiznává, že *R* ve skutečnosti nepodporuje názor, že *A* je pravda. Mluvčí se dopustil performativní kontradikce. Co pak znamená věta 2)?

Nicméně, měli bychom rozlišovat dva výklady. 1) Alice pouze vyjádřila svoji osobní preferenci. A Karel také jen vyjádřil svoji osobní preferenci. 2) Alice tvrdí, že Limburger má určité kvality ve srovnání s ostatními zrajícími sýry. Ale pak je Karlova námitka věcně irelevantní, protože všechny zrající sýry smrdí. Ale srovnej SHAPIRO, L. *Assertoric Force Perspectivalism: Relativism without Relative Truth*, s. 139–168.

²⁴ KUKLA, R. – LANCE, M. 'Yo' and 'Lo' – *The Pragmatic Topography of the Space of Reasons*, kap. 1.

²⁵ Viz např. KRAMER, M. *Moral Realism as a Moral Doctrine*. Blackwell Publishing, 2009, kap. 2.

²⁶ Ale srovnej KÖLBEL, M. Faultless Disagreement. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*. 2003, Vol. 104, No. 1, s. 53–73.

²⁷ Ale srovnej PRIEST, G. What is so Bad about Contradictions? *The Journal of Philosophy*. 1998, Vol. 95, No. 8, s. 410–426.

²⁸ Hannah Arendt se domnívá, že pojem pravdy je v politickém životě škodlivý, protože rozděluje společnost na ty, kteří údajně mají pravdu, a na ty, kteří se údajně mýlí. Viz ARENDT, H. *Between Past and Future*. Penguin, 1977, s. 241. Ale srovnej COHEN, J. Truth and Public Reason. *Philosophy & Public Affairs*. 2009, Vol. 37, No. 1, s. 2–42.

²⁹ PRICE, H. Truth as Convenient Friction. *The Journal of Philosophy*. 2003, Vol. 100, No. 4, s. 186.

³⁰ KUKLA, R. – LANCE, M. 'Yo' and 'Lo' – *The Pragmatic Topography of the Space of Reasons*, s. 21, 197.

³¹ Alexy uvádí tento příklad performativní kontradikce: „*Důvod R, na který se odvolávám na podporu svého tvrzení, podle mě není dobrým důvodem, ale ve světě své nízké inteligence, bys jej měl akceptovat jako dobrý důvod pro toto tvrzení.*“ Viz ALEXY, R. *Discourse Theory Human Rights*, s. 216.

Zdá se, že mluvčí zde už jen potvrzuje, že promluvou 1) sleduje jiný účel než sdílení pravdy. Jestliže někdo tvrdí A, prezentuje A jako zdůvodnitelné nejen vůči svým aktuálním partnerům v diskusi, ale vůči všem potenciálním diskusním partnerům.³² Když předkládá důvody pro pravdivost svého názoru, předkládá je jako důvody, které mají ambici obstát i v perfektní diskusi s ideálním publikem. Pravda, která je jen pro bláznů, není pravda, stejně jako tzv. kočičí zlato (*fool's gold*) není zlato. Zvažme ještě tyto dvě věty:

- 3) Svě tvrzení zdůvodním každému, kdo mě k tomu vyzve.
- 4) Jsem k tomu ochotný jen proto, že jsem nejchytřejší, takže to bude snadné.

Promluva 3), uvažovaná samostatně, je v pořádku. Mluvčí jen potvrzuje svoji ochotu plnit svůj závazek k pravdivosti svého tvrzení. Promluvou 4) ale přiznává svoji motivaci, která je problematická. *A contrario*, kdyby nebyl nejchytřejší, nebyl by ochoten své tvrzení zdůvodňovat vůči každému. Jinými slovy, kdyby měl možnost konfrontovat své důvody s chytřejšími lidmi, než je on sám, odmítl by to. Nejspíš proto, že taková konfrontace by výrazně zvýšila pravděpodobnost odhalení chyb v jeho zdůvodnění, takže by musel vzít své tvrzení zpět. Mluvčí imunizuje své tvrzení před možností falzifikace, ale tím zároveň zpochybňuje svůj závazek k pravdě. Kombinace 3) – 4) je tedy performativní kontradikce. Pro pojem pravdy je podstatné, že odkazuje k objektivním faktům, které jsou nezávislé na nahodilostech kognitivních omezení lidských bytostí.³³ Mluvčí bere svůj závazek k pravdě vážně, když je připraven zdůvodňovat své tvrzení vůči ostatním nepodmíněně, tedy i kdyby byli chytřejší a lépe informovaní než on.

Předkládání příkladů performativních kontradikcí může být velmi užitečné, protože jsou ilustrativní. Ale když se podají nevhodně, mohou snadno zamlžit skutečný problém. Nejde o to, s kým si *de facto* povídáme. Samozřejmě, že nemůžeme diskutovat se všemi lidmi na světě. Skutečný problém je normativní. Mluvčí se dopouští diskurzivního selhání už tím, že někomu upírá právo požadovat zdůvodnění. To by znamenalo, že si přisvojuje pravdu, jakoby to byla *jeho* pravda, se kterou si může nakládat, jak se mu zlíbí. Jenomže když je to jeho pravda, kterou má pod vlastní kontrolou, pak ztrácí svoji objektivní povahu. Takovým přisvojením dělá z pravdy něco jiného, co již nemůže plnit svoji základní diskurzivní funkci. Závazek k pravdě je spojený se závazkem k univerzalitě. Řečový akt, který není normativně otevřený k univerzální komunitě všech racionálních aktérů, nemůže být zaměřený na sdílení objektivních faktů. A důsledně vzato, jestliže řečový akt není spojený se závazkem k pravdě, pak to prostě není tvrzení. „*Je-li nějaké tvrzení učinně uvnitř nějaké subkomunity tak, že je aplikovatelné pouze na členy této subkomunity, pak to není tvrzení pravdy.*“³⁴

Nyní se můžeme vrátit k námitce proti Alexyho explikativnímu argumentu, že existuje možnost skupinové redukce diskurzivní praxe. Jednotlivec by vedl diskurz jenom v rámci své vlastní komunity a ke všem ostatním by uplatňoval pouze příkazy, pohružky, propagandu, násilí a teror. Alexy zdůrazňuje, že cena takové redukce diskurzu je mnohem nižší než cena úplného vystoupení z diskurzu. Když ale problém pečlivě analyzujeme,

³² ALEXY, R. A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason. *Ratio Juris*. 1992, Vol. 5, No. 3, s. 240.

³³ Habermas se původně domníval, že pojem pravdy lze ztotožnit s ideální zdůvodnitelností tvrzení. Nicméně, po mnoha letech zajímavých diskusí změnil názor a uznal, že pravdivostní podmínky tvrzení musí být splněné objektivními fakty samotné reality. Viz HABERMAS, J. *Truth and Justification*. The MIT Press, 2003, s. 248 (překlad Fultner, B.)

³⁴ KUKLA, R. – LANCE, M. 'Yo!' and 'Lo!' – *The Pragmatic Topography of the Space of Reasons*, s. 201.

přestává být jasné, proč je mnohem nižší. Příмым důsledkem ztráty univerzality diskurzu je rezignace na pojem pravdy. A to je vážný problém, protože pojem pravdy je centrálním pojmem diskurzivních praktik. Můžeme pokračovat v něčem, co se bude navenek podobat diskurzivní praxi, ale ve skutečnosti to bude mít velmi odlišnou povahu. Už to nebude diskurz, ale něco docela jiného. To znamená, že výsledkem ztráty univerzality nebude menší diskurz, ale žádný diskurz. Můžeme pak ještě pokračovat námitkou: Dobře, už to není diskurz, ale proč by nám mělo vadit, že děláme něco jiného než diskurz?³⁵ Ovšem tato námitka, jakkoli závažná, již neodlišuje skupinovou redukci diskurzivní praxe od úplného vystoupení z diskurzu.

4. Problém univerzality II.

Výše bylo řečeno, že Alexyho explikativní argument nesplňuje ortodoxní pojetí lidských práv, podle kterého každá lidská bytost má lidská práva, a nikoli pouze autonomní (respektive racionální) bytosti.³⁶ „Lidská práva jsou morální práva, která náleží všem lidským bytostem již na základě jejich lidství.“³⁷ Např. člověk s vrozenou těžkou demencí není a nikdy nebyl autonomní bytost. Nedokáže se účastnit diskurzivní praxe, takže implicitní uznání explikativního argumentu se na něj nevztahuje. Nicméně, je to lidská bytost, a proto je (podle ortodoxního pojetí) také nositelem lidských práv. Nabízí se alespoň tři možnosti, jak se k problému nedostatečné univerzalizace postavit:

- a) Ortodoxní pojetí lidských práv je mylné.
- b) Neautonomní lidské bytosti mají lidská práva na základě diskurzivní idealizace.
- c) Rozsah nositelů lidských práv je věcná etická otázka, o které rozhoduje diskurz.

Ad a) Ortodoxní pojetí je založeno na tezi, že množina nositelů lidských práv je identická s množinou všech lidských bytostí. Nejznámější morální argument proti této tezi je tzv. argument z marginálních případů. Která lidská vlastnost je morálně relevantním důvodem, že lidská práva mají všichni lidé a zároveň pouze lidé? Některé morálně relevantní vlastnosti mají všichni lidé, ale tyto vlastnosti nemají pouze lidé. A některé morálně relevantní vlastnosti mají pouze lidé, ale tyto vlastnosti nemají všichni lidé.³⁸ Obhájece diskurzivního přístupu může argumentovat, že ortodoxní pojetí není koherentní, a proto není vhodným kritériem pro hodnocení explikativního argumentu.³⁹ Dokud stoupenci

³⁵ Srovnej ENOCH, D. Agency, Shmagency: Why Normativity Won't Come from What Is Constitutive of Action, *Philosophical Review*. 2006, Vol. 115, No. 2, s. 169–198.

³⁶ Mluvíme zde o zdůvodnění lidských práv jakožto morálních práv, takže nás zajímají morální důvody. Mnohé lidskoprávní dokumenty vymezují lidská práva jakožto práva všech lidských bytostí. Zřejmě vychází z předpokladu, že ortodoxní pojetí lidských práv je morálně zdůvodněné. Úkolem filozofie lidských práv je kriticky zkoumat, zda je tento předpoklad splněný. Srovnej FORST, R. The Justification of Human Rights and the Basic Right to Justification: A Reflexive Approach. *Ethics*. 2010, Vol. 120, s. 726.

³⁷ TASIOLAS, J. On the nature of human rights. In: GERHARD, E. – HEILINGER, J.-Ch. (eds). *The Philosophy of Human Rights: Contemporary Controversies*. Walter de Gruyter, 2011, s. 26. „Lidská práva jsou práva, která má někdo prostě proto, že je lidská bytost.“ Viz DONNELLY, J. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 3rd edition. Cornell University Press, 2013, s. 10. „Lidská práva jsou založená na statusové důstojnosti, kterou mají všechny lidské bytosti.“ Viz GILBERT, P. *Human Dignity and Human Rights*. Oxford, 2018, s. 181–182. „Lidská práva jsou práva lidských bytostí na základě toho, že jsou lidé.“ Viz BILETZKI, A. *Philosophy of Human Rights*. London: Routledge, 2020, s. 3.

³⁸ „Např. všichni lidé, ale nikoli pouze lidé, jsou schopni cítit bolest; a zatímco pouze lidé jsou schopni řešit komplexní matematické problémy, ne všichni lidé to dokáží.“ Viz SINGER, P. *Animal Liberation*. New York: Ecco, 1975, s. 265.

ortodoxního pojetí neidentifikují morálně relevantní vlastnost, kterou mají všichni lidé a zároveň pouze lidé, pak není zřejmé, jaká morální hodnota je v diskurzivní teorii údajně přehlížena. Nicméně, argument z marginálních případů je také předmětem kritické diskuse.⁴⁰ Přitom tvrzení, že někteří lidé nemají lidská práva, je silně kontroverzní, takže vyžaduje důkladné zdůvodnění. To nás odkazuje k c).

Ad b) Diskurzivní přístup neznamená, že přestáváme rozlišovat mezi lidskými bytostmi, které postrádají schopnost autonomního jednání, a zvířaty (*non-human animals*). Např. věta „Kdybys netrpěl duševní nemocí, zodpověděl bych ti každou tvoji otázku.“ dává perfektní smysl, když je adresována člověku, ale zřejmě není smysluplná, když je adresována psovi. Výše bylo řečeno, že mluvčí bere svůj závazek k pravdě vážně, když je připraven zdůvodňovat své tvrzení vůči ostatním bez ohledu na nahodilosti jejich kognitivních omezení. Diskurzivní praxe se neobejde bez určitých idealizací. Svůj závazek ke zdůvodnění bych měl vůči svému adresátovi, i kdyby byl chytřejší, lépe informovaný a vnímavější, než jaký aktuálně je. Jinými slovy, v diskurzivní praxi uznáváme nejen aktuální diskusní partnery, ale také jejich idealizované dvojníky. Nevím, jestli to lze obrátit i směrem dolů. Nevylučuji možnost, že pronikavá analýza diskurzivních závazků ukáže, že implicitně uznáváme i neautonomní lidské bytosti.

Ad c) Otázku, jak určit rozsah nositelů lidských práv, lze chápat jako etickou otázku, kterou lze odpovědět jen cestou substantivní morální argumentace. Úkol diskurzivní teorie se pak omezí na identifikaci pravidel korektní argumentace, na základě kterých lze zhodnotit, zda proces morální diskuse proběhl správně. Morální názory nelze testovat empirickým zkoumáním přírodních faktů. Morální názor je správný, když dokáže obstát („přežít“) v konkurenci s odlišnými názory v prostředí racionálního diskurzu.⁴¹ Není přitom *a priori* vyloučeno, ale ani zaručeno, že autonomní lidské bytosti dospějí v ideální morální diskusi k závěru, že nejen ony mají lidská práva, ale také neautonomní lidské bytosti.

5. Askriptivní argument

Výše bylo řečeno, že spokojený subjektivismus, podle kterého každý jednotlivec má svoji pravdu, nejen ignoruje skutečnost, že žijeme ve společném světě, ale je také potenciálně škodlivý, protože vylučuje možnost interpersonální kritiky. Totéž platí pro radikální skupinový relativismus, podle kterého každá komunita má svoji pravdu, takže meziskupinová názorová neshoda a kritika je již z definice vyloučena. Nicméně, měli bychom rozlišovat empirické a morální soudy. Je absurdní, aby měl každý svoji pravdu ohledně toho,

³⁹ Větší, ale nekoherentní univerzalizace samozřejmě není lepší než menší, ale koherentní univerzalizace. Jiná otázka je, zda univerzalizace pro všechny autonomní bytosti je maximální koherentní univerzalizace lidských práv.

⁴⁰ Viz např. BECKER, L. The priority of human interests. In: MILLER, H. – WILLIAMS, W. (eds). *Ethics and animals*. Clifton, 1983, s. 225–242; REGAN, T. *The case for animal rights*. University of California Press, 1983; DOMBROWSKI, D. A. *Babies and Beasts: The Argument from Marginal Cases*. University of Illinois Press, 1997; ANDERSON, E. *Animal Rights and the Values of Nonhuman Life*. In: SUNSTEIN, C. R. – NUSSBAUM, M. C. (eds). *Animal Rights. Current Debates and New Directions*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 277–298; NUSSBAUM, M. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: Harvard University Press, 2006; GARNER, R. *A Theory of Justice for Animals: Animal Rights in a Nonideal World*. Oxford: Oxford University Press, 2013; KORSGAARD, CH. *Fellow Creatures: Our Obligations to the Other Animals*. Oxford, 2018; KAGAN, S. *How to Count Animals, more or less*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

⁴¹ „Morální názory nejsou problematizovány kvůli rezistenci objektivního světa, o kterém všichni účastníci předpokládají, že je jeden a tentýž. Spíše jsou problematizovány kvůli neřešitelnosti normativní neshody mezi stranami, které sice žijí ve sdíleném sociálním světě, ale jsou vzájemně v opozici.“ Viz HABERMAS, J. *Truth and Justification*, s. 256.

kteřá hora je nejvyšší v Evropě. Morální relativismus je ovšem více delikátní záležitost, protože morální myšlení je vždy myšlení z hlediska nějaké morální perspektivy.⁴² Alexy vnímá morální relativismus jako jeden z potenciálních zdrojů skepse k lidským právům.⁴³ Tento problém není snadné obecně uchopit, protože existuje mnoho druhů morálního relativismu.⁴⁴ Naštěstí, my se zde nepotřebujeme věnovat všem jejich subtilním distinkcím. Následující úvaha bude vycházet z vlivné Harmanovy definice morálního relativismu: „*Morálně správné a špatné (dobro a zlo, spravedlnost a nespravedlnost, ctnost a neřest atd.) jsou vždy relativní k volbě morálního systému. Co je morálně správné ve vztahu k jednomu systému, může být morálně špatné ve vztahu k odlišnému morálnímu systému. A žádný morální systém není objektivně privilegovaný jako jediná pravdivá morálka.*“⁴⁵ Alexy se explicitně vymezuje proti morálnímu relativismu Hanse Kelsena, který definoval relativismus podobně: „*[Morální relativismus] znamená, že neexistuje pouze jeden, ale více odlišných morálních systémů, a že se nakonec musí udělat volba mezi nimi. Takže relativismus ukládá jednotlivci obtížný úkol, aby pro sebe rozhodl, co je správné a co je špatné.*“⁴⁶

Vezměme, že Petr a Kamila spolu diskutují otázku, zda je morálně správné dělat A. Petr obhájí názor, že to je správné. Kamila obhájí opačný názor, že to není správné. Petr předkládá morální důvody ve prospěch A, Kamila v neprospěch A. Jejich diskuse vykazuje znaky morální neshody. Jejich morální neshoda se ale netýká jenom konkrétní morální otázky, kterou právě diskutují. Petr akceptuje morální systém MS1, ze kterého čerpá své morální důvody. Kamila akceptuje konkurenční morální systém MS2, ze kterého čerpá své morální důvody. Jestliže někdo zastává relativismus ohledně morální pravdy, pak může říct, že Petr má pravdu relativně k MS1 a Kamila má pravdu relativně k MS2. Každý z nich má, podle své morální perspektivy, pravdu. To ale nic nemění na skutečnosti, že jsou ve sporu. Petr je pro dělán A, zatímco Kamila je proti dělán A. Dosažení konsenzu není vyloučeno. Petr může přesvědčit Kamilu, aby změnila svoji perspektivu a přijala MS1, a naopak. A když už spolu diskutují, měli by přitom alespoň předstírat, že společně usilují o dosažení konsenzu a že oba seriózně zvažují perspektivu toho druhého.⁴⁷ Jinak by se

⁴² Samozřejmě nevylučují, že alternativní perspektivy se uplatňují i v myšlení o běžných empirických faktech. Nicméně, perspektivismus je více nálehavý problém pro morální myšlení.

⁴³ Alexy si spojuje morální relativismus na prvním místě se skeptickou teorií Hanse Kelsena. Viz ALEXY, R. *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, s. 17; ALEXY, R. *Law, Morality, and the Existence of Human Rights*, s. 10. Nicméně, na základě Kelsenova morálního relativismu lze také vybudovat nějakou teorii lidských práv. Viz INVERNIZZI-ACCETTI, C. *Reconciling legal positivism and human rights: Hans Kelsen's argument from relativism*. *Journal of Human Rights*. 2018, Vol. 17, Iss. 2, s. 215–228. Srovnej CHWASZCZA, CH. *Kelsen on Democracy in Light of Contemporary Theories of Human Rights*. In: LANGFORD, P. – BRYAN, I. – MCGARRY, J. (eds). *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*. Springer, 2017, s. 193–212.

⁴⁴ Viz např. HARMAN, G. – THOMPSON, J. *Moral Objectivism and Moral Objectivity*. Blackwell, 1996; LEVY, N. *Descriptive Relativism: Assessing the Evidence*. *The Journal of Value Inquiry*. 2003, Vol. 37, Iss. 2, s. 165–177; WONG, D. B. *Natural Moralities: A Defense of Pluralistic Relativism*. Oxford: Oxford University Press, 2006; TÄNNISJÖ, T. *Moral Relativism*. *Philosophical Studies*. 2007, Vol. 135, Iss. 2, s. 123–143; BROGAARD, B. *Moral Contextualism and Moral Relativism*. *The Philosophical Quarterly*. 2008, Vol. 58, No. 232, s. 385–409; OLINDER, R. F. *Moral and Metaethical Pluralism: Unity in Variation*. *The Southern Journal of Philosophy*. 2012, Vol. 50, Iss. 4, s. 583–601; ROVANE, C. *The Metaphysics and Ethics of Relativism*. Cambridge: Harvard University Press, 2013; MacFARLANE, J. *Assessment Sensitivity: Relative Truth and its Applications*. Oxford, 2014; MUDERS, S. *Richtig und doch falsch? Der wahrheits- und Rechtfertigungsbegriff des metaethischen Relativismus*. Mentis, 2015; WENDELBOHN, CH. *Der metaethische Relativismus auf dem Prüfstand*. De Gruyter, 2016; WREEN, M. *What Is Moral Relativism?* *Philosophy*. 2018, Vol. 93, Iss. 3, s. 361–376.

⁴⁵ HARMAN, G. *Moral Relativism*. In: HARMAN, G. – THOMPSON, J. J. *Moral Objectivism and Moral Objectivity*, s. 3.

⁴⁶ KELSEN, H. *What is Justice? Justice Law and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley, 1957, s. 22.

⁴⁷ Srovnej SCHAFFER, K. *Assessor Relativism and the Problem of Moral Disagreement*. *The Southern Journal of Philosophy*. 2012, Vol. 50, Iss. 4, s. 602–620.

dopustili performativní kontradikce. Ale nabízí se otázka: Proč by se morální relativista měl vůbec pouštět do takové diskuse? Nebo alternativně: Proč by se měl zajímat o morální perspektivu někoho jiného?

Alexy může z repertoáru své diskurzivní teorie nabídnout dvě odpovědi: 1) Morální relativista má dobrý důvod se zajímat o morální perspektivy druhých osob, protože má zájem o správnost. Chce zjistit, který z morálních systémů je objektivně správný, aby jej osobně akceptoval a realizoval v praxi. 2) Morální relativista má dobrý důvod se zajímat o morální perspektivy druhých osob, protože to maximalizuje jeho osobní užitek. Vychází z rozumného předpokladu, že konsenzuální přístup k druhým lidem se z dlouhodobého hlediska vyplácí.⁴⁸ Ad 1) Jestliže chápeme morální relativismus tak, že morální správnost je relativní k volbě morálního systému a že žádný morální systém není jediný objektivně správný, pak odpověď 1) nedává dobrý smysl. Ad 2) Morální relativista si nemusí zvolit zrovna maximalizaci svého osobního užitku, ale je to jedna z možností, které má k dispozici. Hlavní problém ryze instrumentálního přístupu je jeho oportunismus. Dokud se to aktérovi vyplácí, chová se konsenzuálně, ale když se mu to přestane vyplácet, ochotně přestoupí na predátorské strategie.⁴⁹ To znamená, že jestliže aktér má zájem o cizí morální perspektivu, je to jen podmíněný zájem. Může mít morální relativista nepodmíněný důvod vážně se zajímat o cizí morální perspektivy? Myslím, že ano. Ale nejprve si uděláme krátkou odbočku. Představme si, že mladý muž Michal poprvé ve svém životě ochutnal víno a bezprostředně vyslovil následující dvě věty:

- 5) Toto víno mi chutná.
- 6) Toto je nejchutnější víno pro mě.

Promluva 5) není problematická. Michal pouze vyjadřuje svůj pozitivní chuťový zážitek. Ale promluva 6) je v daném kontextu podivná, ne-li směšná. Je těžké brát takový ukvapený soud vážně. Vždyť Michal zatím ochutnal pouze toto jedno víno. Jak může vědět, že žádné jiné víno mu nebude chutnat lépe?⁵⁰ Vezměme, že Michal později vyzkouší další víno, které mu bude chutnat víc než to první. Jeho původní promluva 5) zůstává nedotčená. To první víno mu tenkrát opravdu chutnalo, a na této minulé skutečnosti se nic nemění. Nicméně, promluva (6) byla vyvrácena, takže Michal by ji měl vzít zpět. Důležitější je, že promluva 6) byla již od začátku vadná, protože takové obecné hodnocení bez relevantního srovnání je iracionální. Nyní se můžeme vrátit k morálnímu relativismu. Představme si, že Petr řekne následující čtyři věty:

- 7) Zvolil jsem si morální systém *MSI*.
- 8) Nezávázil jsem žádnou alternativu k *MSI*.
- 9) Nezájímám se o žádnou alternativu k *MSI*.
- 10) Respektujte moji osobní volbu *MSI*.

⁴⁸ ALEXY, R. *Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason*, s. 243; ALEXY, R. *Discourse Theory Human Rights*, s. 219.

⁴⁹ ALEXY, R. *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, s. 18; ALEXY, R. *Law's Ideal Dimension*, s. 148. Viz také RAWLS, J. *The Idea of an Overlapping Consensus*. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1987, Vol. 7, No. 1, s. 10.

⁵⁰ „Neinformovaný souhlas prostě není souhlas.“ Viz BERNSTEIN, B. E. – HARTSELL, T. L., Jr. *The portable lawyer for mental health professionals*. John Wiley & Sons, 2004, s. 41.

Z hlediska morálního relativismu je promluva 7) v pořádku, pokud ji uvažujeme samostatně. Nicméně, každá volba je volbou mezi nějakými alternativami. A to znamená, že promluva 8) explicitně popírá presupozici promluvy 7). Jinými slovy, Petr se kombinací 7) – 8) dopouští performativní kontradikce. Ale možná je to příliš přísné hodnocení. Když budeme vstřícní, můžeme chápat *MSI* jako Petrův *default*. To znamená, že Petr předběžně akceptoval *MSI* jako svůj výchozí morální systém, který teprve bude testovat. To by dávalo dobrý smysl, kdyby byl připraven a ochoten porovnávat *MSI* s konkurenčními morálními systémy. Jenomže tuto možnost výslovně vylučuje promluvou 9). Petr se navenek prezentuje tak, že rezignuje na autonomní aktérství ohledně své volby morálního systému.⁵¹ Kombinací 8) – 9) přiznává, že je zakletý v morálním systému *MSI*, který si ve skutečnosti nezvolil. Poslední promluva 10), vzhledem k předchozí kombinaci 8) – 9), již nedává dobrý smysl. Petr požaduje, aby ostatní respektovali jeho osobní volbu, tedy aby respektovali něco, co podle jeho vlastních slov neexistuje.

Morální relativismus, jak byl výše definován, není založený na závazku k univerzálně sdílené morální pravdě, ale na volbě morálního systému. Když někdo prezentuje určitý morální názor jako svůj názor, vystupuje v roli autonomního aktéra, který si zvolil určitou morální perspektivu jako svoji perspektivu. A když my ostatní respektujeme tento názor jako jeho nebo její názor, respektujeme ho nebo ji jako autonomního aktéra. Důležité je, že konstatování „ty máš svoji pravdu, já mám svoji pravdu“ nemůže být obecným důvodem k vyhýbání se morální diskusi. Je to právě naopak. Diskuse je efektivní způsob, jak posilovat svoji morální autonomii.⁵² V diskusi poznáváme alternativní morální perspektivy, takže máme epistemickou kontrolu nad dostupnými možnostmi volby. Když beru cizí perspektivu vážně, neznamená to, že ji automaticky přijmu jako svoji. Znamená to, že k ní přistupuji s otevřenou myslí a bez předsudků. Kdykoli někdo takto vstřícně zváží cizí perspektivu, a přesto svoji perspektivu zhodnotí pro sebe jako lepší, potvrzuje tím svoji minulou volbu své perspektivy. Posiluje tak svoji osobní vazbu ke své perspektivě. Jeho morální perspektiva je pak o kousek víc *jeho* než předtím. Diskuse posiluje jeho morální autonomii také proto, že obhajováním svých morálních názorů proti námitkám je nucen své názory lépe promyšlet a případně korigovat. Čím lepší racionální kontrolu má nad svými názory, tím více to jsou *jeho* názory. Jednotlivec, který nebere vážně cizí morální názory, nebere vážně ani vlastní morální názory. V extrémním případě je pochybné, zda to jsou opravdu *jeho* názory.

V morálním myšlení a jazyku jsou přivlastňovací zájmena velmi důležitá. Askripce morálního názoru k osobě je totiž znakem morální autonomie. Když nevím, která hora je nejvyšší v Evropě, prostě si tuto informaci vygoogluji. Kladu si přitom pouze otázku, zda určitý zdroj je spolehlivý pro tento druh informace. Budu pak vědět, že to je Mont Blanc,

⁵¹ Autonomní aktérství je graduální kategorie. Jednotlivec může být více nebo méně autonomním aktérem. V ideálním případě perfektně pozná všechny dostupné alternativy, které následně pečlivě zváží, aby pak udělal své vlastní rozhodnutí. Paradoxně, v reálném světě by snaha o takové ideální rozhodování byla iracionální, protože lidé mají omezené zdroje, zejména omezený čas a omezené kognitivní schopnosti. Nicméně, Petr svými promluvami (8)–(9) popírá elementární předpoklady autonomní volby. Viz např. VIALE, R. (ed.) *Routledge Handbook of Bounded Rationality*. London: Routledge, 2020.

⁵² Diskuse samozřejmě není jediný způsob, jak posilovat svou morální autonomii. Např. John S. Mill doporučoval, abychom si vyzkoušeli různé způsoby života. Viz ANDERSON, E. S. John Stuart Mill and Experiments in Living. *Ethics*. 1991, Vol. 102, No. 1, 1991, s. 4–26; BRINK, D. O. *Mill's Progressive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 157–158.

ale nebudu zdůrazňovat, že to je *můj* názor. Když budu řešit morální otázku, nevygoogluji si informaci jako hotovou odpověď. Nicméně, mohu si vygooglovat různé morální názory a argumenty, které pak zvážím, abych si vytvořil svůj vlastní názor. To neznamená, že to je originální názor, který jsem nově vymyslel. Originální morální názory jsou velmi vzácné. Spíše to znamená, že jsem ten názor zváženě přijal za svůj. Jestliže někdo namítne můj morální názor, pak nestačí, že pouze odkážu na nějakou vnější morální autoritu, která garantuje jeho pravdivost.⁵³ Kdybych se v morálních záležitostech jen slepě spoléhal na vnější zdroje informací, oslaboval bych svoji morální integritu.⁵⁴ Postrádal bych koherentní morální perspektivu a nerozuměl bych morálním důvodům svého jednání.⁵⁵ Takovým přístupem bych rezignoval na svou morální autonomii a také na svou morální odpovědnost. Moje jednání by již nebylo jednáním z morálního hlediska. Jestliže nemám *vlastní* morální názory, pak nemám žádné *morální* názory.

Připomeňme si Alexyho *explikativní argument*: Jestliže s někým diskutuji, implicitně ho nebo ji uznávám jako svobodného a rovného diskusního partnera. A uznat někoho jako svobodného a rovného diskusního partnera znamená uznat ho nebo ji jako osobu. K doplnění a posílení navrhuji další argument, který označuji jako *askriptivní argument*: Jednotlivec bere své vlastní morální názory vážně jen tehdy, když bere vážně také cizí morální názory. A neefektivnější způsob, jak zprostředkovat tuto interakci, je participace na morálním diskurzu. Alexy se vymezuje proti řadě metaetických teorií, které označuje jako skeptické ohledně existence lidských práv.⁵⁶ Askriptivní argument je metaeticky inkluzivní, a proto dokáže vtáhnout do hry tyto lidskoprávní skeptiky. Dokonce i morální nihilista, je-li nihilismus *jeho* názor, spadne do pasti askriptivního argumentu.⁵⁷ Morální nihilismus je opravdu jeho názor pouze za předpokladu, že bere vážně konkurenční etické teorie. Jenomže on tyto alternativy nebere vážně, když systematicky odmítá účast na morálním diskurzu. Askriptivní argument je kladivo proti každému, kdo chce svůj morální názor diskurzivně izolovat. Alexyho explikativní argument se aktivuje teprve v okamžiku, když se nihilista zapojí do výměny argumentů v morální diskusi. Výhodou askriptivního argumentu je, že se aktivuje i v případě diskurzivního dezertérství. Aktivuje se již v okamžiku, když se nihilista pokusí vyhnout diskusi, aby ochránil svůj nihilistický názor před konfrontací s konkurenčními názory.

⁵³ WOLFF, R. P. *In Defense of Anarchism*. California University Press, 1998 (1970), s. 14.

⁵⁴ Nicméně, když rozpoznám sociální determinanty svých morálních názorů a zváženě je akceptuji jako spolehlivé, posílují tím svoji morální autonomii, protože zvyšují svoji racionální kontrolu nad tím, jak moje morální názory závisí na druhých lidech. Viz WILAND, E. *Guided by Voices: Moral Testimony, Advice, and Forging a 'We'*. Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 88.

⁵⁵ NICKEL, P. Moral Testimony and Its Authority. *Ethical Theory and Moral Practice*. 2001, Vol. 4, s. 253–266; DRIVER, J. Autonomy and the Asymmetry Problem for Moral Expertise. *Philosophical Studies*. 2006, Vol. 128, s. 619–644; HILLS, A. Moral Testimony and Moral Epistemology. *Ethics*. 2009, Vol. 120, s. 94–127; HOWELL, R. J. Google Morals, Virtue, and the Asymmetry of Deference. *Noûs*. 2014, Vol. 48, s. 389–415; McGRATH, S. The Puzzle of Pure Moral Deference. *Philosophical Perspectives*. 2009, Vol. 23, s. 321–344; CRISP, R. Moral Testimony Pessimism: A Defence. *Aristotelian Society*. 2014, Vol. 88, s. 129–143. Srovnej ENOCH, D. A Defense of Moral Deference. *Journal of Philosophy*. 2014, Vol. 111, s. 229–258; SLIWA, P. In Defense of Moral Testimony. *Philosophical Studies*. 2012, Vol. 158, s. 175–195; LILLEHAMMER, H. Moral Testimony, Moral Virtue, and the Value of Autonomy. *Aristotelian Society*. 2014, Vol. 88, s. 111–127.

⁵⁶ „Skepticismus bude mít své kořeny ve formách emotivismu, decizionismu, subjektivismu, relativismu, naturalismu, nebo dekonstruktivismu.“ Viz ALEXY, R. *Law, Morality, and the Existence of Human Rights*, s. 10.

⁵⁷ Někdo může být morálním nihilistou v tom smyslu, že je morálně netečný („morálně mrtvý“), aniž by přijal nihilismus jako svůj názor. Na takového nihilistu se askriptivní argument nevztahuje. Nicméně, vztahují se na něj psychiatrické příručky.

Výše jsme věnovali pozornost problému univerzalizace. Z hlediska askriptivního argumentu platí, že jakýkoli konkurenční morální názor mohu odmítnout teprve poté, co jej vezmu vážně. V opačném případě bych rezignoval na kritickou reflexi vůči své vlastní morální pozici, takže bych přestal brát vážně svůj vlastní názor. Dokonce i velmi hloupé morální názory musím vzít aspoň na okamžik vážně, abych je mohl korektně zhodnotit a oprávněně odmítnout jako hloupé.⁵⁸ Askriptivní univerzalizace znamená, že jsme v principu otevření vůči každému, kdo dokáže zformulovat nějaký morální názor, včetně stupidních názorů. Takže se vztahuje na každého potenciálního účastníka morálního diskurzu. Askriptivní univerzalizaci nevysvětlují závazkem k univerzálně sdílené morální pravdě, ale závazkem k autonomní volbě morálního názoru. Vezměme, že někdo popírá existenci univerzálních morálních pravd. Nicméně, asi nebude popírat, že určité morální názory jsou *jeho* názory, protože je pro sebe zvažene preferuje před konkurenčními morálními názory. Tím se potvrzuje metaetická inkluzivnost askriptivního argumentu.⁵⁹

6. Pluralita morálních světů

Proti dosavadní úvaze lze namítnout, že nezohledňuje tzv. multimundialismus, což je radikální pojetí morálního relativismu, které obhajuje Carol Rovane. Vraťme se k příkladu s Petrem a Kamilou. Petr zastává morální názor, že *A* je správné, zatímco Kamila zastává opačný morální názor, že *A* není správné. Každý z nich má pravdu relativně ke své morální perspektivě. Lze to chápat i tak, že Petr a Kamila žijí v odlišných, ale stejně reálných morálních světech. Petr žije v morálním světě, ve kterém je pravda, že *A* je správné, zatímco Kamila žije v jiném morálním světě, ve kterém je pravda, že *A* není správné. Názor, že *A* je správné, je neslučitelný s názorem, že *A* není správné, v tom smyslu, že není logicky přípustné, aby jedna osoba současně zastávala oba názory. Takže Petr si nemůže zachovat svůj názor a zároveň pro sebe přijmout také názor Kamily. Nicméně, morální světy jsou logicky oddělené.⁶⁰ Logické vztahy mezi morálními názory existují jen v rámci stejného morálního světa. Petrův názor odkazuje k jinému morálnímu světu než názor Kamily, a proto jejich názory nejsou vzájemně ani konzistentní, ani inkonzistentní. Petr si může zachovat svůj názor ve svém světě a zároveň respektovat, že názor Kamily je pravdivý v jejím světě.

Rovane nechápe morální perspektivu jako záležitost arbitrární volby, ale jako kulturní adaptaci na životní podmínky dané společnosti. Komunity, které žijí ve velmi odlišných společenských kontextech, musí řešit odlišné praktické problémy života. Jestliže tyto komunity nesdílejí morální perspektivu, pak postrádají společné měřítko pro hodnocení morálních názorů a jejich zdůvodnění. Rovane odvozuje radikální závěr, že lidé z různých

⁵⁸ Nemusím vést nekonečné debaty s fašisty, abych rozumně odmítl fašismus. Ale nemohu rozumně odmítnout fašismus, aniž bych jej aspoň na chvíli vzal vážně.

⁵⁹ Ostatně, Habermasova diskurzivní teorie se zřetelně vymezuje proti morálnímu realismu. Viz HABERMAS, J. *Truth and Justification*, kap. 6.

⁶⁰ Rovane se zčásti inspiroje u Rudolfa Carnapa. Ten připouštěl pluralitu jazykových schémat, která jsou definovaná odlišnými jazykovými konvencemi, včetně odlišných logických pravidel, a proto jsou vzájemně logicky oddělená. Carnap se domníval, že volba jazykového schématu je záležitost praktické vhodnosti. Viz CARNAP, R. *Empiricism, Semantics, and Ontology*. In: BENACERRAF, P. – PUTNAM, H. (eds). *The Philosophy of Mathematics: Selected Readings*. Cambridge, 1984, s. 241–257. Viz také KÁČER, M. Načo sa trápiť s otázkou existencie ľudských práv? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2020, Vol. 28, No. 4, s. 547–564.

ných morálních světů se nemají vzájemně co naučit ohledně morálky.⁶¹ Proti morálnímu multimundialismu lze namítnout, že je přehnaně skeptický ohledně možnosti komunikace napříč morálními kontexty.⁶² Navíc, metafyzická teze, že kulturně odlišné komunity žijí v různých morálních světech, může být škodlivá, protože imunizuje morálně pochybné praktiky (např. ženská obřizka) před vnější morální kritikou. Rovněž to vnímá naopak jako výhodu své teorie, protože se vzpírá imperiálním ambicím morálního univerzalizmu, který bývá necitlivý ke kulturním kontextům. Můžeme pochybovat, zda výhody morálního multimundialismu převažují nad jeho nevýhodami. Nyní mě ale zajímá, jaký morální postoj vyjadřujeme ke druhým lidem, když se od nich diskurzivně izolujeme, protože údajně žijí v jiném morálním světě.

Alexyho explikativní argument ukazuje, že když s někým diskutuji, implicitně ho uznávám jako osobu. Proti tomu lze namítnout, že diskutovat lze i s otrokem. Zdá se, že multimundialismus obrací herní plán. Když uznávám morální svět druhého člověka jako nezávislou morální alternativu, uznávám tím jeho nezávislé morální aktérství. Uznávám ho jako autonomního aktéra, tedy jako osobu, ale nepolemizuji s ním o tom, co je morálně správné. Nezdůvodňuji mu své morální principy, ani se nesnažím argumentačně prolomit do jeho morálního světa. Morální postoj zahrnuje ohleduplnost k druhým osobám, i když mají odlišnou morální perspektivu. Tuto ohleduplnost lze realizovat nejen angažovanou interakcí, ale též vhodným zdržením se takové interakce. Nyní lze formulovat nový explikativní argument: Když se zdržuji morální diskuse s někým, protože respektuji, že žije v odlišném morálním světě, implicitně ho uznávám jako osobu. Můžeme jej označit jako *multimundiální argument*. Všimněme si, že je komplementární k Alexyho explikativnímu argumentu. Někoho mohu implicitně uzнат jako osobu nejen tím, že s ním diskutuji, ale za určitých podmínek také tím, že se vhodně zdržím společné diskuse. V obou uvažovaných případech aktivuji Alexyho kaskádu směrem k uznání jeho lidských práv.⁶³

Askriptivní argument jsem výše prezentoval jako argument proti osobám, které chtějí diskurzivně izolovat svůj morální názor. Multimundiální argument připouští, že diskurzivní izolace je za určitých podmínek morálně korektní. Jestliže odmítneme morální multimundialismus, pak se multimundiální argument prostě neuplatní. Ale co když jej akceptujeme? V tom případě se askriptivní argument použije jenom v rámci stejného morálního světa. Praktický problém, kdy je vhodná diskurzivní angažovanost a kdy je naopak vhodná diskurzivní zdrženlivost, pak závisí na posouzení, zda se dva morální aktéři pohybují ve stejném morálním světě nebo v odlišných morálních světech. Zastánci morálního multimundialismu by měli poskytnout jasné kritérium pro takové posouzení. Ale to není snadný úkol. Důležité je, že askriptivní argument nemusí být slepý k morální

⁶¹ „Když žijeme relativismus, definovaný jako multimundialismus, chápeme vlastní zkoumání tak, že probíhá v rámci určitých hranic. A jestliže něco leží mimo tyto hranice, pak to není vhodným předmětem našeho zkoumání, i když to může být vhodným předmětem zkoumání někoho jiného. Korelativně to znamená mít vůči některým druhým lidem tu nejhlubší epistemickou lhostejnost, jakou si lze představit, což zahrnuje přesvědčení, že se od nich nemáme co naučit a my je nemáme co naučit, protože jejich pravdivé názory jsou pravdivé pro ně, ale nikoli pro nás (a naopak).“ Viz ROVANE, C. *The Metaphysics and Ethics of Relativism*, s. 100.

⁶² LUDWIG, K. *The Sources of Relativism. Ethics*. 2015, Vol. 126, s. 175–195.

⁶³ Nebudu zde řešit otázku, zda lze implicitně uzнат lidská práva i v rámci morálního světa, který s pojmem lidských práv nepočítá. Rovněž sice popírá, že morální pravdy jsou univerzální, ale zároveň připouští, že pojem osoby je univerzální. A v tom případě by měla také připustit univerzální použitelnost Alexyho kaskády. Viz ROVANE, C. *The Metaphysics and Ethics of Relativism*, s. 266.

relevanci společenských podmínek. A neměl by být. Vnímavost ke specifickým morálním kontextům, ve kterých žijí jiné společnosti, významně přispívá k morálnímu sebezporozumění. Pochopení, že cizí morální perspektiva je historicky a kulturně situovaná, je příležitost k uvědomění si, že ani naše morální perspektiva není hlediskem Božího oka. Brát cizí kontexty vážně je zásadním podnětem k tomu, abychom vzali vážně své vlastní kontexty.

Závěr

Alexyho explikativní argument ukazuje, že každý pokus o intersubjektivní zdůvodnění neexistence lidských práv se nutně dopouští tzv. performativní kontradikce. Jestliže s někým diskutuji, pak ho nebo ji implicitně uznávám jako svobodného a rovného diskusního partnera. A uznat někoho jako svobodného a rovného diskusního partnera znamená uznat jeho nebo její lidská práva. Nicméně, sám Alexy otevřeně přiznává, že jeho explikativní argument nepostačuje pro zdůvodnění lidských práv. Jedním z hlavních problémů je splnění požadavku na univerzalitu. Tento problém lze řešit pragmatickou analýzou řečového aktu tvrzení. Tvrdit *A* znamená prezentovat *A* jako pravdu. Závazek k pravdě je spojený se závazkem k univerzalitě. Tvrzení, které není otevřené k univerzální komunitě všech racionálních aktérů, nemůže být zaměřené na sdílení objektivních faktů. Jenomže toto řešení má omezenou použitelnost pro morální diskurz, protože je zatíženo nesamozřejmým metaetickým předpokladem, že existují univerzální a objektivní morální fakty. A to je velmi závažné omezení, protože lidskoprávní skeptici se rekrutují zejména mezi morálními subjektivisty, relativisty a nihilisty.

K překonání tohoto omezení jsem navrhl tzv. *askriptivní argument*, který je více metaeticky inkluzivní: Jednotlivec bere své vlastní morální názory vážně jenom tehdy, když bere vážně také cizí morální názory. A jediný efektivní způsob, jak zprostředkovat tuto interakci, je participace na morálním diskurzu. Alexyho explikativní argument je použitelný jenom proti lidskoprávním skeptikům, kteří se účastní diskurzu. Askriptivní argument jej vhodně doplňuje, protože je použitelný proti skeptikům, kteří se vyhýbají diskurzu. Je namířený proti diskurzivní izolaci, ale přitom může být citlivý ke společenským kontextům morálních názorů. Vlastně je to součást jeho funkce, neboť porozumění kontextové ukotvenosti cizích morálních názorů pomáhá k porozumění kontextové ukotvenosti vlastních morálních názorů. Poznej druhé, abys poznal sám sebe.

Právní úprava interrupcí v Polsku a (ne)možnost jejího obcházení cestou potratové turistiky

Jakub Valc*

Abstrakt: Tento článek se zabývá vývojem právní úpravy umělého ukončení těhotenství v Polsku, která je dlouhodobě považována za jednu z nejpřísnějších v Evropě. V této souvislosti věnuji zvýšenou pozornost nedávnému rozhodnutí tamního Ústavního tribunálu, který omezil výjimky z legálního provedení interrupce, když zrušil ustanovení zakotvující důvod spočívající ve vývojových vadách či nevyléčitelné nemoci plodu. Zaobírám se především argumentací tribunálu, která se do značné míry opírá o vágnost napadeného ustanovení a řeší lidskoprávní otázky ohledně ochrany důstojnosti a života nenarozeného dítěte. Jednotlivé poznatky konfrontuji s mezinárodními smlouvami a judikaturou Evropského soudu pro lidská práva, který se k situaci v Polsku opakovaně vyjadřoval. Kromě toho poukazuji nejen na právní a společenské důsledky zpříšňování polské interrupční legislativy, ale také na její dopady na rozvoj potratové turistiky, jejíž přípustnost lze ve vazbě na české právní předpisy interpretovat různým způsobem.

Klíčová slova: interrupce, Polsko, Ústavní tribunál, potratová turistika

Úvod

Jen málo témat vyvolává od nepaměti tolik kontroverzí a otázek jako problematika umělého ukončení těhotenství.¹ Stále se však nedá hovořit o tom, že by se podařilo dosáhnout konsensu ohledně jejich zodpovězení. Jedná se o důsledek mnoha okolností, mezi které můžeme bezpochyby zařadit nejen všeobecně negativní dopady provádění interrupcí, ale také jejich interdisciplinární povahu a společensko-kulturní podmíněnost. Ať už dochází k záměrnému ukončení těhotenství z jakýchkoliv příčin, je důsledkem takového postupu vždy ztráta začínajícího lidského života, včetně více či méně závažného zásahu do tělesné a psychické integrity ženy, která s ním byla až do tohoto okamžiku nerozlučně spojená. Právě dané spojení vytváří zcela jedinečný, byť časově omezený, vztah dvou lidských bytostí, který je někdy označován jako dualita v jednotě. Jeho význam však není pouze biologický. Samotná podstata interrupcí je totiž z povahy věci založena na řešení střetu či kolize práv a zájmů těhotné ženy a jejího nenarozeného dítěte. Ochrana jednoho práva či zájmu tak v mnoha případech zákonitě vede k zásahu do toho druhého. To dává interrupcím lidskoprávní charakter a vyvolává současně potřebu hledání optimálního řešení konfliktních situací, které se mohou během prenatálního období vývoje člověka v různých podobách vyskytovat.

* JUDr. Mgr. Jakub Valc, Ph.D. Odborný asistent na katedře právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity; asistent soudce na Krajském soudu v Brně. E-mail: 380851@mail.muni.cz (jakubvalc@seznam.cz). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4080-2679>.

1 Záměrně v celém textu používám vedle pojmu interrupce označení umělé ukončení těhotenství, přestože zákonná terminologie v České republice daný lékařský zákrok popisuje jako umělé přerušování těhotenství. Domnívám se, že takové pojmenování nekoresponduje s povahou a důsledky poskytování dané zdravotní služby, protože je ostatně od jeho používání v odborné diskusi postupně upouštěno.

V této souvislosti nelze odhlédnout od již naznačené kulturní podmíněnosti interrupcí, respektive způsobu jejich právní regulace. V důsledku toho se v rámci mezinárodního společenství nesetkáme s jednotným přístupem, ale naopak nepřeborným množstvím národních alternativ, které se pomocí konkrétních důvodů, lhůt nebo jiných podmínek snaží stanovit rovnováhu mezi právní ochranou ženy a jejího dítěte.² Mým záměrem není zabývat se primárně srovnáním přístupů v jednotlivých státech, které jsou v doktríně často zjednodušeně rozlišovány jako restriktivní a liberální. Naopak se ve svém výkladu zaměřím výhradně na polskou legislativu, která je v této oblasti po dlouhou dobu považována za jednu z nejprísnejších v Evropě. Za tímto účelem nejprve představím historický vývoj dotčené právní úpravy, a to ve vazbě na její zpřísnění po změně politického systému v 90. letech minulého století. Zvýšenou pozornost budu věnovat zejména nálezu polského Ústavního tribunálu z minulého roku, který využil své kompetence k tomu, aby taxativně stanovené důvody k podstoupení interrupce ještě více omezil.

Z právního hlediska je dále nutné zodpovědět otázku, zda současná koncepce právní úpravy interrupcí v Polsku skutečně odporuje evropským a mezinárodním závazkům, či nikoliv. Za tímto účelem se budu zabývat tím, zda lze z jednotlivých lidskoprávních dokumentů dovozovat právo na podstoupení umělého ukončení těhotenství, popřípadě za jakých podmínek. V této souvislosti se zaměřím zejména na související judikaturu Evropského soudu pro lidská práva (dále též „ESLP“), který již byl v minulosti konfrontován s řadou stížností dotýkajících se argumentovaného práva ženy na rozhodování o své tělesné integritě. Závěrem budu věnovat pozornost souvisejícím dopadům zpřísnění polské právní úpravy. Tím mám na mysli rovněž důsledky spojené s dalším rozvojem potratové turistiky do jiných evropských států, včetně České republiky. Ačkoliv bylo dané řešení podpořeno také ze strany Evropské unie, ukážu na potenciální problémy právního a politického charakteru, které mohou provázet případné rozhodnutí českých orgánů veřejné moci danou výzvou vyslyšet, tedy *de facto* organizovat a podporovat obcházení polského zákazu interrupcí, což bylo doposud výhradně záležitostí organizací neziskového charakteru.

1. Historický vývoj polské interrupční legislativy

Stejně jako v případě jiných států, také polská právní úprava interrupcí prošla v průběhu času svébytným vývojem. Ten reflektoval mimo jiné politické a společenské okolnosti. Pokud budu mapovat pouze období moderních dějin, můžeme vycházet z toho, že z dnešního pohledu restriktivní přístup k interrupcím panoval ve většině evropských států v zásadě až do padesátých let minulého století.³ Polsko v tomto ohledu nebylo výjimkou. Přesto se jednalo o druhý stát na světě, který již roku 1932 umožnil prostřednictvím změny trestního zákoníku provádění interrupcí nejen v případě ohrožení života a zdraví ženy,

² Někteří autoři v tomto ohledu terminologicky rozlišují indikační, termínové nebo smíšené přístupy či modely právní úpravy. Viz také DUDOVÁ, Radka. *Interrupce: zápas o ženská těla*. Praha: Sociologický ústav AV ČR, 2012, s. 9–10.

³ Jednalo se mimo jiné o důsledek postupného zesilování tendencí ke zrovnoprávnění žen ve společnosti, a to ve vazbě na různé oblasti společenského života a postavení jednotlivce, mezi které patří nejen otázky volebního práva či pracovních podmínek, ale také reprodukce a vedení sexuálního života. Viz FIALA, Christian. Abortion in Europe: Are the laws and practices patient centred? *Entre Nous: The European Magazine for Sexual and Reproductive Health*. 2005, No. 59, s. 23 [cit. 2021-11-23]. Dostupné z: <https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/69763/en59.pdf>.

ale také za situace, pokud bylo těhotenství důsledkem trestného činu znásilnění nebo incestu.⁴ Na druhou stranu nelze hovořit o tom, že by polská právní úprava v rozhodné době umožňovala podstoupení daného lékařského zákroku rovněž z jiných důvodů, typicky osobního nebo sociálně-ekonomického charakteru. Výjimkou bylo poměrně krátké období nacistické nadvlády v Evropě během druhé světové války, kdy nebylo provádění interrupcí v případě polských žen postihováno, respektive bylo dekriminlizováno. Současně byly polské ženy k umělému ukončení těhotenství často nuceny. Jednalo se o důsledek uplatňování nacistické ideologie a politiky, jejíž součástí byla mimo jiné snaha omezit reprodukci populace ve východních (okupovaných) oblastech, k čemuž bylo vytvoření širokého přístupu k interrupcím vhodným nástrojem. Z logiky věci tak nebyla důvodem dané regulace ani zvýšená ochrana nenarozených dětí, protože se podle nacistů rovněž jednalo o příslušníky rasy, kterou považovali za méněcennou.⁵

Po skončení druhé světové války nicméně nedošlo k oficiálnímu zmírnění podmínek pro přístup k interrupcím. Změna nastala přes odpor katolické církve až v roce 1956, kdy byl do polské právní úpravy nově zakotven sociální důvod k podstoupení umělého ukončení těhotenství, a to pomocí neurčitěho právního pojmu „obtížné životní podmínky“.⁶ Přesto byla pro ženu povinná konzultace alespoň se dvěma lékaři, kteří naplnění zákonných podmínek osvědčovali. Hlavním motivem pro rozvolnění měla být snaha o řešení situace spojené s poměrně velkým výskytem mateřské mortality, a to ve vazbě na ukončování těhotenství nelegálním a neodborným způsobem. Na druhou stranu nelze opomenout ani politické souvislosti, včetně zesilujícího aspektu socialistického řízení státu a společnosti. O tom svědčí mimo jiné skutečnost, že podobným způsobem došlo k dekriminlizaci a rozvolnění interrupčních předpisů také v jiných socialistických státech, včetně Československa (později ČSSR).⁷ V roce 1959 následně došlo k další dílčí změně polské právní úpravy v této oblasti, když bylo prostřednictvím normativního právního aktu tamního Ministerstva zdravotnictví *de facto* umožněno podstoupit umělé ukončení těhotenství na prostou žádost, čímž se z interrupcí stal relativně snadno dostupný zákrok.⁸

⁴ NOWICKA, Wanda. The Struggle for Abortion Rights in Poland. In: PARKER, R. et al. (eds). *SexPolitics: Reports from the Front Lines*. Sexuality Policy Watch, s. 169 [cit. 2021-11-23]. Dostupné z: <<https://www.sxpolitics.org/frontlines/book/pdf/sexpolitics.pdf>>.

⁵ Uvedená a její povahou systematická forma prevence porodnosti byla v rámci následně proběhlých Norimberských procesů považována za součást zločinů proti lidskosti, kterých se nacisté na okupovaných územích v různých formách dopouštěli v rámci realizace celkového programu genocidy. Blíže viz JOSEPH, Rita. *Human Rights and the Unborn Child*. Leiden, 2009, s. 72–74.

⁶ HUSSEIN, Julia et al. Abortion in Poland: politics, progression and regression. *Reproductive Health Matters: An international journal on sexual and reproductive health and rights*. 2018, Vol. 26, No. 52 [cit. 2021-11-23]. Dostupné z: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09688080.2018.1467361>>.

⁷ V Československu byly interrupce dlouhou dobu přípustné pouze z důvodu ochrany života a zdraví ženy, popřípadě za situace, kdy byly zjištěny na straně plodu negativní genetické predispozice. V ostatních případech bylo provedení umělého ukončení těhotenství kriminalizováno, a to včetně zakotvení odpovědnosti samotné ženy. Ke změně uvedeného přístupu došlo podobně jako v Polsku až v 50. letech minulého století. Jednalo se o důsledek přijetí zákona č. 68/1957 Sb., o umělém přerušení těhotenství, ve znění do 1. 1. 1987, včetně prováděcího právního předpisu, a to ve smyslu vyhlášky č. 71/1973 Sb., kterou se provádí zákon č. 68/1957 Sb., o umělém přerušení těhotenství, taktéž ve znění do 1. 1. 1987. Na základě těchto právních předpisů totiž došlo po vzoru Sovětského svazu ke zmírnění interrupční legislativy, a to zavedením tzv. interrupčních komisí, které mohly ženám udělit souhlas s provedením daného zákroku za předpokladu, že k tomu byly dány „důvody zvláštního zřetele hodné“, mezi které byla zařazena mimo jiné nepříznivá socioekonomická situace neprovdané matky dítěte. Blíže viz DUDOVÁ, Radka. Interrupce v socialistickém Československu z foucaultovské perspektivy. *Gender, rovné příležitosti, výzkum*. 2009, roč. 10, č. 1, s. 28.

⁸ NOWICKA, Wanda. *The Struggle for Abortion Rights in Poland*, s. 169.

Výše uvedená liberalizace právní úpravy měla za následek to, že interrupce nebyly v Polsku po dlouhou dobu stěžejním společenským tématem. Přestože bylo možné pozorovat v 80. letech minulého století konkrétní snahy o zpřísnění zavedených pravidel, nebyly úspěšné. K obratu došlo až v důsledku změny politického systému. V této souvislosti bylo mezi lety 1989 až 1992 projednáváno velké množství návrhů na změnu právní úpravy, přičemž některé z nich počítaly dokonce s tím, že dojde k omezení provádění umělého ukončení těhotenství pouze na případy, kdy je reálně ohrožen život těhotné ženy. Celý vývoj provázely rovněž neúspěšné snahy o vyvolání celostátního referenda za účelem rozhodnutí o dalším osudu polských interrupčních předpisů.⁹ Za milník lze nicméně považovat až přijetí dodnes diskutovaného zákona o plánování rodiny, ochraně lidského plodu a podmínkách přípustnosti přerušování těhotenství z roku 1993 (dále též „polský interrupční zákon“), což výrazně ovlivnilo obnovení silného postavení katolické církve,¹⁰ včetně jejího vlivu na tamní legislativu.¹¹ Revoluční charakter daného zákona měl spočívat v tom, že došlo k odstranění možnosti podstoupit umělé ukončení těhotenství ze sociálních důvodů, které byly zavedeny zákonem z roku 1956. Tento krok měl samozřejmě za následek vznik názorového konfliktu napříč společností a politickým spektrem, přičemž vedl k zásadnímu snížení počtu interrupcí, které byly oficiálně prováděny. Záměrně hovořím o oficiálních zákrocích, protože byly současně diskutovány problémy spojené s rozvojem poskytování dotčených služeb v mimoprávní rovině.¹²

Navzdory popisovanému vývoji došlo v roce 1996 k úspěšné snaze některých zákonodárců dotčenou právní úpravu novelizovat, respektive opětovně zakotvit možnost legálního provedení interrupce z důvodů sociálního charakteru, což bylo několik předcházejících let znemožněno. K prosazení této změny došlo díky politické situaci, a to za podpory nově zvoleného a v tomto směru liberálně smýšlejícího prezidenta, kterým byl Aleksander Kwaśniewski. Bez ohledu na tuto skutečnost nelze hovořit o tom, že by se vývoj polské interrupční legislativy obrátil opačným směrem než doposud. Záhy po svém přijetí byla totiž změna zákona na návrh skupiny zákonodárců zrušena, a to nálezem polského Ústavního tribunálu ze dne 28. 5. 1997, K 26/96. Podle názoru příslušného tribunálu totiž není dán prostor k jinému výkladu, než že právní ochrana lidského života musí být vztažena na všechna vývojová stádia člověka, tedy rovněž před narozením. Jedná se o základní postulát demokratického právního státu, který je ústavně zakotven, respektive vychází již z požadavku na péči a ochranu manželství a rodiny. V této souvislosti poté soudní tribunál poukázal také na v referendu nově přijatou Ústavu z roku 1997, která sice ještě nebyla v platnosti, ale v čl. 38 *pro futuro* stanovila, že: „Polská republika poskytuje každému člověku právní ochranu života.“¹³ Z toho podle tribunálu výslovně vyplývá rovnocenná

⁹ Ibidem, s. 170–171.

¹⁰ CZERWINSKI, Alicia. Sex, Politics, and Religion: The Clash between Poland and the European Union over Abortion. *Denver Journal of International Law & Policy*. 2020, Vol. 32, No. 4, s. 657.

¹¹ Podobný vliv katolické církve lze dlouhodobě pozorovat například na Maltě, v San Marinu nebo v Irsku, kde se však původně velmi přísná právní úprava interrupcí výrazně liberalizovala, a to ve vazbě na referendum z roku 2018. Blíže viz DRUCIAREK, Małgorzata. »Schwarzer Protest« – in Richtung eines neuen »Kompromisses« beim Abtreibungsrecht? Bremen: Deutsches Polen-Institut Darmstadt und Forschungsstelle Osteuropa, 2016, s. 2; SUITER, Jane. Deliberation in Action – Ireland's Abortion Referendum. *Political Insight* [online]. 2018, Vol. 9, No. 3, s. 30–32. Dostupné z: <https://www.researchgate.net/publication/326903763_Deliberation_in_Action_-_Ireland%27s_Abortion_Referendum> [cit. 24. 11. 2021].

¹² NOWICKA, Wanda. *The Struggle for Abortion Rights in Poland*, s. 171.

¹³ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*. Dostupné z: Strona główna Sejmu [cit. 2021-11-24].

ochrana života každého člověka, která musí být při tvorbě prostých zákonů respektována a nemůže být opomíjena za účelem provádění interrupcí z nespécifikovaných důvodů sociálního charakteru.¹⁴

Po zásahu Ústavního tribunálu tedy zůstal nadále v platnosti polský interrupční zákon založený na taxativním výčtu důvodů pro podstoupení umělého ukončení těhotenství, byť bez zrušeného ustanovení, které mělo umožňovat řešení složitých životních situací těhotné ženy. Ve své preambuli právní předpis poukazuje na právo ženy rozhodovat o svém rodinném životě, ale spíše ve vazbě na potřebu poskytování adekvátních informací, vzdělání a poradenství v kontextu předcházení nechtěnému těhotenství. S tím souvisí také dále zakotvený požadavek na zařazení vhodné sexuální výchovy do školních vzdělávacích programů, včetně povinnosti orgánů veřejné moci a samosprávy poskytovat těhotným ženám nejen zdravotní, ale také adekvátní sociální a finanční podporu. Za významnou lze pak považovat rovněž skutečnost, že polský interrupční zákon ve vztahu k péči o těhotné ženy vyžaduje spolupráci orgánů veřejné moci mimo jiné s církevními organizacemi, což jen potvrzuje dlouhotrvající a silný vliv katolické církve v dané oblasti.¹⁵

Pro účely tohoto článku je však podstatné vymezit zejména důvody, které byly daným zákonem pro umělé ukončení těhotenství v rozhodné době stanoveny. Prvním z nich reflektuje již tradičně uznávanou ochranu života a zdraví ženy, pakliže by byla průběhem těhotenství přímo ohrožena. V takovém případě může být interrupce provedena výhradně lékařem v nemocnici, a to na základě informovaného souhlasu ženy, pakliže se nejedná o nezletilou či plně nesvéprávnou osobu. Za daných okolností je nutné získat rovněž souhlas zákonného zástupce, popřípadě opatrovnického soudu. Nejedná se však o jediné podmínky, které jsou zákonem stanoveny. Přestože má být těhotenství ukončeno z důvodu ochrany života nebo zdraví ženy, musí být za tímto účelem poskytnut souhlas jiného lékaře než toho, který zákrok provede. Jedinou výjimkou je situace, kdy je život ženy bezprostředně ohrožen, což vyžaduje okamžitou lékařskou pomoc. Kromě toho lze provést interrupci také za předpokladu, že těhotenství je důsledkem trestného činu, typicky znásilnění nebo incestu. Podstoupení daného lékařského zákroku je pak kromě souhlasu ženy limitováno lhůtou 12 týdnů a podmíněno osvědčením ze strany státního zastupitelství. Posledním důvodem pro provedení interrupce byla až do roku 2020 skutečnost, že prenatální diagnostika či jiné formy vyšetření nasvědčovaly tomu, že je dána vysoká pravděpodobnost výskytu těžké a nenávratné vady plodu nebo nevyléčitelné nemoci, která ohrožuje jeho život.¹⁶ Porušování stanovených pravidel je pochopitelně postihováno prostřednictvím příslušných skutkových podstat trestných činů, které však nezahrnují samotnou matku dítěte, jejíž odpovědnost je v tomto směru stále vyloučena.¹⁷

¹⁴ Současně bylo v daném rozhodnutí zdůrazněno, že pojem „člověk“ není v rámci mezinárodních lidskoprávních dokumentů definován. Viz Nález Ústavního tribunálu Polska ze dne 28. 5. 1997, K 26/96 [online]. Wolters Kluwer [cit. 2021-11-24].

¹⁵ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion Act of 7 January 1993* [online]. Center for Reproductive Rights [cit. 2021-11-26].

¹⁶ Podrobnosti jsou v tomto směru stanoveny prováděcími právními předpisy, a to konkrétně vyhláškou ministra zdravotnictví ze dne 22. 1. 1997 o kvalifikaci lékařů oprávněných provádět umělé přerušování těhotenství a vyhláškou ze dne 21. 12. 2004 o některých lékařských službách.

¹⁷ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion Act of 7 January 1993* [online]. Center for Reproductive Rights [cit. 2021-11-26].

Výše uvedená právní úprava platila v Polsku déle než dvacet let, přestože stále přetrvávaly snahy jak o její další restriktci, tak liberalizaci. V této souvislosti bylo rozhodné období po roce 2001, kdy se ve volbách dostala k moci levicově orientovaná koalice (SLD-UP), která disponovala zásadní většinou hlasů v obou komorách polského Parlamentu, tedy rovněž dostatečnou silou k tomu, aby deklarované záměry ohledně rozvolnění interrupční legislativy prosadila. Nakonec se však v tomto ohledu žádná výrazná iniciativa neuskutečnila, a to až do roku 2004, kdy bylo ze strany tzv. Ženské parlamentní skupiny neúspěšně usilováno o přijetí konkrétního návrhu na změnu interrupčního zákona, který však nebyl v důsledku následně vzniklé politické situace přijat. Konkrétně mám na mysli rok 2005, kdy v parlamentních i prezidentských volbách uspěla konzervativně orientovaná strana Právo a spravedlnost (PiS), čímž byla snaha o liberalizaci právní úpravy umělého ukončení těhotenství potlačena. Přestože v následujících volbách neuspěla, stále bylo možné pozorovat pokračující tendence ke zpřísnění stanovených podmínek, a to za podpory velké části občanské společnosti, která je ve vztahu k tomuto tématu dlouhou dobu silně polarizována.¹⁸ Nakonec však nebyl žádný z pokusů o legislativní změnu (cestou novelizace stávajícího zákona) úspěšný. Zásadní obrat nastal až v roce 2020, kdy se ke slovu znovu dostal polský Ústavní tribunál, který dosavadní výčet důvodů pro podstoupení interrupce ještě více zredukoval.¹⁹

2. Rok 2020: Ústavní tribunál (opět) v roli negativního zákonodárce

V předcházejícím výkladu jsem poukázal na postupný vývoj interrupční právní úpravy v Polsku, přičemž jsem zdůraznil, že se po dlouhou dobu nepodařilo v rámci legislativního procesu prosadit zásadní změny vedoucí k její liberalizaci nebo naopak k další restriktci. Přesto došlo před krátkou dobou k omezení zákonných důvodů, ze kterých může být umělé ukončení těhotenství provedeno. Jednalo se o důsledek rozhodnutí polského Ústavního tribunálu ze dne 22. 10. 2020, K 1/20, kterým byl na návrh skupiny 118 poslanců²⁰ dolní komory zákonodárského sboru (Sejm) zrušen čl. 4a odst. 1 bod 2 polského interrupčního zákona. Podle daného ustanovení bylo možné podstoupit interrupci za situace, že prena-

¹⁸ Konkrétně je v tomto ohledu poukazováno zejména na období mezi lety 2011 až 2016, kdy bylo opakovaně usilováno o prosazení změny právní úpravy, která by provádění interrupcí ještě zpřísnila, respektive vedla v podstatě k jejich úplnému zákazu. Výjimkou měla být pouze možnost upuštění od trestního stíhání za situace, kdy byl život ženy vážně ohrožen. Stejná situace nastala v roce 2016, kdy bylo za podpory katolické církve a konzervativních organizací *Ordo Iuris* a *Stop Abortion* shromážděno na 400 000 petičních podpisů, které měly za cíl podpořit obdobný návrh zákona, který počítal rovněž s možností trestního postihu samotné ženy, a to trestem odnětí svobody až na 5 let. Podle názoru odborníků nebylo na základě daného návrhu možné vyloučit ani případy postihu žen, jejichž nedbalostní jednání by bylo považováno za příčinu spontánního potratu, respektive nutného ukončení těhotenství. Přestože nebyl žádný z obdobných návrhů přijat, vyvolal důraznou reakci těch organizací, které zastávají opačné stanovisko a požadují liberalizaci v dané oblasti. Jednalo se především o organizaci *All-Poland Women's Strike*, která v září roku 2016 iniciovala tzv. Černý protest (*Black Protest*), do kterého se postupně zapojilo několik set tisíc osob. Jeho důsledkem bylo také zpracování a masivní podpora neúspěšného návrhu zákona, který měl naopak interrupce legalizovat na prostou žádost ženy v prvních 12. týdnech těhotenství, jako je tomu v řadě evropských států, včetně České republiky. Viz KOROLCZUK, Elżbieta. Explaining mass protests against abortion ban in Poland: the power of connective action. *Zoon politikon*. 2016, No. 7, s. 92–98.

¹⁹ MECHLINSKA, Anna. Polish Constitutional Tribunal Abortion Judgment. *Human Rights Pulse* [online]. 14. 12. 2020 [cit. 2021-12-03]. Dostupné z: <<https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/polish-constitutional-tribunal-abortion-judgment>>.

²⁰ Podpisů bylo na návrhu obsaženo 119, a to kvůli duplicitě jednoho z nich.

tální vyšetření nebo jiné zdravotní stavy naznačují, že existuje vysoká pravděpodobnost těžké a nezvratné vady nebo nevyléčitelné nemoci plodu, která ho ohrožuje na životě.²¹

Argumentace navrhovatelů zpochybňovala ústavní konformitu daného ustanovení, neboť podle nich vede k eugenickým praktikám a diskriminaci nenarozeného dítěte na základě jeho zdravotního stavu, respektive ve vazbě na nejednoznačně vymezené tělesné postižení, aniž by byl dán legitimní důvod spočívající v ochraně jiných ústavních hodnot.²² V této souvislosti navrhovatelé zejména zdůraznili, že ochrana důstojnosti a života člověka má výsostné postavení a musí být respektována, aniž by mohla být její úroveň kvalitativně odstupňována. V opačném případě dochází k porušení čl. 30, čl. 32 a čl. 38 Ústavy Polské republiky, které ve vzájemné souvislosti zakotvují přirozenoprávní charakter práva na život každého člověka, a to bez jakékoliv formy diskriminace.²³ Současně je podle navrhovatelů provádění interrupcí z uvedených (vágních) důvodů v rozporu s požadavky na přípustné omezování lidských práv a základních svobod, přičemž vede ke vzniku aplikačních problémů ohledně stíhání trestných činů v hraničních případech.²⁴ K uváděným důvodům protiústavnosti napadeného ustanovení se dále vyjádřilo více kompetentních subjektů. Jejich relevantnost podpořili rovněž generální prokurátor, maršálek Sejmu Polské republiky či ombudsman pro děti (RPD). Kromě toho vyjádřila svoji podporu také řada nestátních Pro-Life organizací, včetně Institutu pro právní kulturu Ordo Iuris. Naopak se proti návrhu vyslovila skupina levicově orientovaných členů zákonodárního sboru, která poukazovala mimo jiné na porušování ústavně zaručeného práva ženy na rozhodování o své tělesné integritě.²⁵

V rámci předestření právních důvodů pro zrušení napadeného ustanovení polského interrupčního zákona nejprve příslušný tribunál poukázal na skutečnost, že stěžejní námitkou byla neslučitelnost dané právní úpravy s ústavním požadavkem na ochranu důstojnosti a života nenarozeného dítěte, jejíž vypořádání podmiňuje další přezkum souvisejících námitek. V této souvislosti příslušný soudní orgán zdůraznil, že jsou ohledně dané problematiky zastávány různé eticko-právní přístupy, které jsou kulturně podmíněny. Úlohou Ústavního tribunálu je nicméně řešit pouze ústavněprávní rozměr předestřených otázek. Za tímto účelem tribunál nejprve zrekapituloval historický vývoj vnitrostátní právní úpravy umělého ukončení těhotenství, včetně aspektů trestněprávního postihu. Následně připomněl, že provedení interrupce z důvodů liberálně-eugenického charakteru je podmíněno vysokou pravděpodobností výskytu těžkých a nenávratných vývojových vad nebo nevyléčitelného onemocnění ohrožujícího život plodu. Absence požadavku na jednoznačné prokázání existence diagnostikovaných obtíží pak vede k nejistotě

²¹ Rozhodnutí Ústavního tribunálu Polska ze dne 22. 10. 2020, K 1/20 [online]. *Internetowy Portal Orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego* [cit. 2021-12-04].

²² Současně bylo navrhováno zrušení § 4a odst. 2 věty první polského interrupčního zákona, podle kterého platí, že těhotenství může být z daného důvodu provedeno pouze do doby tzv. životaschopnosti plodu, tedy do okamžiku, než je plod schopen samostatného života mimo tělo ženy (okolo 22. týdne těhotenství).

²³ V tomto ohledu je vhodné poukázat na úplné znění čl. 30 Ústavy Polské republiky, ve kterém je stanoveno, že: „*Přirozená a nezczizitelná lidská důstojnost je zdrojem svobody a práv člověka a občana. Je nedotknutelná a její respektování a ochrana jsou odpovědností orgánů veřejné moci.*“ (překlad autora). Právo na život je poté v čl. 38 Ústavy Polské republiky zakotveno následujícím způsobem: „*Polská republika poskytuje každému člověku právní ochranu života.*“ (překlad autora). Dále viz *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* [online]. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej [cit. 2021-12-04].

²⁴ V tomto směru byl spatřován rozpor s čl. 31 odst. 3, čl. 2 a čl. 42 odst. 1 věty první Ústavy Polské republiky.

²⁵ Rozhodnutí Ústavního tribunálu Polska ze dne 22. 10. 2020, K 1/20.

a aplikačním problémům jak na straně samotných lékařů, tak soudů, které jsou mnohdy povolány k tomu, aby jejich postup přezkoumaly. Stejně tak lze podle tribunálu považovat za vágní pojem těžkého a nenávratného poškození plodu, jakožto alternativně stanovené podmínky vůči nevyléčitelné nemoci, která ovšem musí život nenarozeného dítěte přímo a prokazatelně ohrožovat, což je rovněž spojeno s některými hraničními a obtížně určitelnými případy.²⁶

Co se pak týče statusu člověka před narozením, je podle názoru Ústavního tribunálu nepochybně nositelem lidské důstojnosti, která musí být jako pojítka mezi přirozeným a pozitivním právem respektována při vytváření jakékoliv legislativy. V tomto ohledu nelze zaměňovat důstojnost ve smyslu osobnostního práva, které může být omezeno, od důstojnosti člověka jako inherentní a nezczizitelné hodnoty. Dané pojetí lidské důstojnosti totiž představuje východisko lidských práv a základních svobod, jejichž ochrana musí být poskytována na principu rovnosti, tedy bez rozlišování na základě individuálních vlastností či charakteristik. To platí rovněž ve vztahu k právu na život, které má výsadní postavení, neboť chrání samotnou biologickou existenci jednotlivce. Za zcela zásadní je proto nutné považovat vymezení právní subjektivity nenarozeného dítěte, na což již Ústavní tribunál výslovně poukázal ve svém nálezu ze dne 28. května 1997, K 26/96, v jehož důsledku bylo znemožněno provádění interrupcí z důvodů sociálního charakteru. Konkrétně zdůraznil, že lidský život se stává ústavně chráněnou hodnotou již v okamžiku svého vzniku, což zahrnuje také prenatální stádia vývoje. Tato ochrana je poté úzce provázána s požadavkem na ochranu rodiny a mateřství, a to nejen z pohledu těhotné ženy. Již nenarozené dítě je totiž nositelem práva na život, což nijak nezpochybnuje skutečnost, že některá lidská práva a základní svobody jsou spojena až s určitou úrovní psychosociálního vývoje.²⁷

V této souvislosti Ústavní tribunál zdůraznil, že k omezení lidských práv a základních svobod může docházet pouze za jasně stanovených podmínek, a to při dodržení požadavku proporcionality. V tomto směru lze podle názoru daného soudního orgánu uvažovat o přípustném omezení práva na život jednotlivce pouze za situace, kdy se dostává do kolize s obdobným právem jiné osoby. Naopak nelze akceptovat přístup založený na záměrném ukončení lidského života z jiných důvodů, a to navíc za situace, kdy dotčené právní předpisy považují za dostatečné, pakliže je výskyt rozhodných okolností (poškození plodu či nevyléčitelné nemoci ohrožující jeho život) nejistý, respektive pouze vysoce pravděpodobný. Jedná se o samostatný důvod k provedení interrupce, který nelze zaměňovat se situací, kdy je pokračováním v těhotenství přímo ohroženo zdraví nebo život ženy. Současně není možné předpokládat, že zachování života nenarozeného dítěte bude mít za uvedených okolností vždy za následek zásah do zájmů jeho matky, což ostatně dotčená právní úprava ani nepožaduje. Podle názoru Ústavního tribunálu tak nemá v tomto ohledu omezení práva na život nenarozeného dítěte ústavněprávní opodstatnění, protože by bylo posouzení důvodnosti zbývajících námitek nadbytečné. Současně příslušný tribunál zdůraznil, že se při svém přezkumu zaměřoval výhradně na napadené ustanovení. Přesto má jeho zásah spočívající v odstranění eugenických důvodů pro podstoupení interrupce dopady rovněž do trestněprávní oblasti, respektive rozsahu postižitelnosti umělého ukon-

²⁶ Ibidem.

²⁷ Rozhodnutí Ústavního tribunálu Polska ze dne 22. 10. 2020, K 1/20.

čení těhotenství v rozporu se zákonem. Závěrem Ústavní tribunál zdůraznil pozitivní závazek státu zajistit těhotným ženám adekvátní materiální a sociální podporu za účelem založení rodiny, aniž by na ně mohl přenášet obtíže či náklady spojené s tím, že je u dítěte ve stádiu plodu zjištěn výskyt těžkého a nevratného poškození nebo nevyléčitelné nemoci ohrožujícího jeho život.²⁸

Celkem pět soudců připojilo k rozhodnutí svá odlišná stanoviska, která svým rozsahem poměrně výrazně přesáhla odůvodnění vlastního rozhodnutí Ústavního tribunálu. Aniž by bylo mým záměrem jednotlivé disenty podrobně rekapitulovat, považují za vhodné předestřít hlavní argumenty, na kterých se ve svém souhrnu zakládaly. Důvodem je skutečnost, že se jednalo nejen o kritiku rozhodovacích důvodů, ale také formální procedury přijetí nálezu, jehož vydání mělo být ideologicky a politicky motivováno. Jedním z hlavních argumentů bylo, že Ústavní tribunál svým rozhodnutím *de facto* suploval roli zákonodárského sboru, a to za situace, kdy měl být v Sejmu projednán občanský návrh na změnu dotčené právní úpravy.²⁹ Kromě toho bylo poukazováno na skutečnost, že přinejmenším dva soudci se neměli na rozhodování vůbec podílet, protože byli v minulosti členy dolní komory polského Parlamentu a o dvou tematických návrzích zákonů hlasovali.³⁰ V tomto směru byla diskutována jejich možná zaujatost, kterou lze v návaznosti na odlišná stanoviska spatřovat rovněž v tom, že v odůvodnění daného nálezu bylo v zásadě odkazováno výhradně na stanoviska či doktrinální publikace podporující závěry Ústavního tribunálu.³¹ Kromě těchto připomínek bylo dokonce naznačováno, že mělo dojít při sepisování písemného odůvodnění nálezu k určitým odchylkám od původně projednaného a kolektivně odhlasovaného návrhu rozhodnutí ve věci.³²

Současně lze v rámci odlišných stanovisek pozorovat věcnou kritiku, že Ústavní tribunál zaměřil svoji pozornost výhradně na právní postavení nascitura, přestože ústavní pořádek nezakotvuje explicitně jeho právo na život, ale toliko požadavek na právní ochranu života každého člověka, která může být koncipována různým způsobem.³³ Nelze navíc

²⁸ Ibidem.

²⁹ Návrh k Ústavnímu tribunálu dále podalo 117 poslanců, kteří mohli usilovat o změnu polského interrupčního zákona cestou legislativního procesu. Všichni se navíc účastnili prvního čtení ohledně konkrétního návrhu zákona ze dne 30. 11. 2017, týkajícího se zrušení napadených ustanovení, jehož projednání nebylo ke dni zahájení řízení a vydání nálezu doposud ukončeno. Ústavní tribunál měl proto řízení o nepřípustném návrhu zastavit. Viz ibidem.

³⁰ Konkrétně se jednalo o soudce Stanisława Piotrowicze a soudkyni Krystynu Pawłowicz.

³¹ V tomto ohledu bylo současně zpochybňováno přijaté a Ústavním tribunálem zmiňované stanovisko Sejmu, neboť mělo být podáno bez řádné předcházející procedury (projednání a schválení ve výboru), což znamená, že se spíše jedná o osobní postoj maršálka, který jej navenek zastupoval. Kromě toho mělo být vyžádáno stanovisko jiných orgánů veřejné moci a odborných institucí k řešeným medicínským a dalším otázkám, včetně komplexního zpracování analýzy zahraniční právní úpravy a judikatury týkající se řešeného tématu. Viz ibidem.

³² Ibidem.

³³ V této souvislosti je rovněž v rámci doktrinálního výkladu poukazováno na skutečnost, že záměrem při přijetí polské Ústavy bylo ponechat otázku rozsahu právní ochrany člověka před narozením nezodpovězenou, neboť se jednalo o jeden z problematických momentů, ohledně kterého nepanoval konsenzus. Smyslem současné podoby čl. 38 polské Ústavy tak mělo být ponechání prostoru zákonodárnému sboru k pozdějšímu zpřesnění ochrany nenarozeného života, a to v kontextu právní úpravy umělého ukončení těhotenství. Proto je ze strany některých autorů argumentováno tím, že dotčený článek polské Ústavy právo na život nascitura explicitně nezakotvuje, což ostatně nebylo ani zamýšleno. Viz GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra – SADURSKI, Wojciech. The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill): 'Judgment' of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K1/20. *European Constitutional Law Review*. 2021, Vol. 17, No. 1, s. 133–134 [cit. 2021-12-16]. Dostupné z: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/56BE6A37D914AF25D56A5B4A85714B3C/S1574019621000067a.pdf/judgment_that_wasnt_but_which_nearly_brought_poland_to_a_standstill.pdf>.

opomíjet práva a zájmy těhotné ženy, včetně všech důsledků spojených s donošením a výchovou dítěte, jehož vývoj byl negativně (geneticky) zatížen. Přestože lze v tomto směru pozorovat snahu o zlepšení situace, není úroveň veřejnoprávní podpory takto dotčených rodin či osamělých žen dostatečná. V důsledku toho jsou ženy nuceny podstupovat interrupce v zahraničí či dokonce nelegálně, což je spojeno s řadou rizik a možných komplikací. Zásah Ústavního tribunálu navíc povede k faktickému rozšíření prostoru pro uplatňování trestní odpovědnosti za nezákonné provedení umělého ukončení těhotenství, což nebylo dostatečně zohledněno.³⁴

Kromě kritiky stran formální procedury a právní argumentace Ústavního tribunálu se nicméně můžeme v rámci odborné diskuse setkat také se zpochybněním legitimacy výkonu rozhodovací pravomoci daného soudního orgánu jako takové. Důvodem mají být především problematické aspekty spojené s jeho personálním obsazováním po změně politického vedení země v roce 2015. Tři ze současných soudců³⁵ totiž měli být do svých pozic dosazeni nestandardním způsobem, respektive za situace, kdy již byla jejich místa předtím řádně obsazena jinými osobami, a to na základě výsledků hlasování konaného ještě před koncem funkčního období dolní komory polského Parlamentu. Přesněji řečeno, přísaha dříve zvolených soudců nebyla ze strany prezidenta Dudy akceptována a jejich volba byla následně prostřednictvím rezoluce Sejmu v obměněném složení anulována. V důsledku toho se vytvořil prostor pro novou volbu, která již favorizovala kandidáty podporované vládnoucí stranou Právo a spravedlnost.³⁶ Kromě toho bylo zpochybňováno rovněž obsazení postu prezidentky Ústavního tribunálu, kterou se v roce 2016 stala jeho soudkyně a prozatímní prezidentka Julia Przyłębska. Její nominace totiž sice byla výsledkem tajného hlasování během shromáždění všech soudců, ale rovněž za přítomnosti těch, kteří měli být do svých pozic dosazeni protiústavním způsobem. Prezident Duda přesto využil svého diskrečního oprávnění a jmenoval ji do čela Ústavního tribunálu, a to na základě prostého dopisu, kterým ho o dvou získaných nominacích (včetně své osoby) vyrozuměla.³⁷

Je tedy zřejmé, že legitimita daného nálezu je některými soudci a odbornou veřejností zpochybňována z více důvodů jak procedurálního, tak věcného charakteru. Osobně však považuji za nejproblematictější důvody, které se týkají personálního složení daného soudního orgánu. Aniž bych měl v tomto článku ambici posuzovat ústavněprávní konformitu procedury, která vedla k současnému obsazení Ústavního tribunálu, je nepochybné, že v tomto směru sehrála zásadní roli změna politické situace, což je patrné nejen z načaso-

³⁴ Rozhodnutí Ústavního tribunálu Polska ze dne 22. 10. 2020, K 1/20.

³⁵ Mariusz Muszyński, Jarosław Wyrembak a Justyn Piskorski.

³⁶ Takto původně dosazení soudci Henryk Cioch a Lech Morawski nicméně v průběhu funkčního období zemřeli, pročež je nahradili již uvedení soudci Wyrembak a Piskorski, kteří se na vydání nálezu podíleli, přestože bylo předtím vydáno rozhodnutí Ústavního tribunálu, které jejich volbu označilo za protiústavní. Viz Rozhodnutí Ústavního tribunálu ze dne 9. 12. 2015, K35/15 [online]. *Trybunał Konstytucyjny* [cit. 2021-12-16].

³⁷ Kromě tohoto neformálního postupu bylo současně považováno za problematické a nestandardní, že k publikaci analyzovaného nálezu (K 1/20) došlo až dne 27. 1. 2021, tedy s několikaměsíčním odstupem od jeho vydání, ačkoliv dotčená právní úprava stanovuje, že má být zveřejněno provedeno okamžitě. Přestože bylo ze strany vedení tribunálu argumentováno potřebou posečkání na zpracování všech odlišných stanovisek, bylo toto odůvodnění zpochybňováno, neboť právní úprava a dosavadní praxe v tomto směru vyžaduje primárně publikaci samotného rozsudku, respektive rozhodovacích důvodů. Viz GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra – SADURSKI, Wojciech. *The Judgment That Wasn't (But Which Nearly Brought Poland to a Standstill): 'Judgment' of the Polish Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K1/20*, s. 138.

vání, ale také souvisejících okolností. Důsledkem toho je vytvoření prostoru pro kritické ohlasy a zpochybňování samotné autority celého soudního orgánu, což se následně promítá do negativního hodnocení nálezu ve věci přezkumu interrupční legislativy, a to ještě bez přímé vazby na v něm použitou argumentaci, přestože ani ta nezůstala kritiky ušetřena. Osobně se domnívám, že podání návrhu na zrušení dotčených ustanovení zákona kvalifikovanou skupinou poslanců nelze považovat za nepřípustné obcházení legislativního procesu, ať už jsou motivy k takovému postupu jakékoliv. Pakliže jsou splněny procedurální náležitosti, nevidím důvod, proč by se Ústavní tribunál neměl těmto otázkám věnovat, respektive proč by měl zastavit řízení a v zásadě odkázat navrhovatele na iniciaci změny v rámci legislativního procesu. Nelze ostatně opomenout, že polský Ústavní tribunál není prvním soudem tohoto druhu, který se k otázkám ústavní konformity interrupční legislativy z lidskoprávní perspektivy vyjadřoval, přičemž lze v jiných evropských státech pozorovat různá řešení střetu mezi zájmy ženy a jejího nenarozeného dítěte.³⁸

Ačkoliv je pak možné kriticky hodnotit více méně jednostranné zaměření odůvodnění nálezu na vymezení právního statusu člověka před narozením, tedy bez stejného důrazu na právní postavení těhotných žen, nelze naopak považovat související argumentaci Ústavního tribunálu za lichou či neopodstatněnou. V rámci odborné diskuse doposud nepanuje konsensus ohledně určení morálního a právního postavení nascitura, což se pochopitelně promítá do různého a často nejednoznačného ukotvení úrovně jeho ochrany. Je proto pochopitelné, že při posouzení ústavní konformity interrupční legislativy musí být vedle aspektu široce pojímané lidské důstojnosti primárně řešeno rovněž vymezení okruhu nositelů práva na život. V opačném případě není objektivně možné posoudit, zda a za jakých podmínek lze uvažovat o použití testu proporcionality v případech, kdy je kolidujícím zájmem nikoliv ochrana života a zdraví matky, ale toliko jejího soukromého a rodinného života, tedy práva relativní povahy. Skutečnost, že Ústavní tribunál se přiklonil ke zvýšené ochraně člověka před narozením, tak podle mého názoru nelze *a priori* považovat za rozhodnutí, kterým by se úroveň ochrany lidských práv a základních svobod snižovala. V následujícím výkladu navíc ukážu, že ani podle současného právního stavu na nadnárodní úrovni nelze bez dalšího vycházet z toho, že jediným správným řešením je výlučně liberální koncepce založená na širokém přístupu k interrupcím, a to bez přítomnosti zdravotních indikací, které jsou jinak ve všech vyspělých státech uznávány.

3. Má žena právo na interrupci?

Kritika restriktivního přístupu k uzákonění umělého ukončení těhotenství, který je možné pozorovat rovněž ve výše analyzovaném nálezu polského Ústavního tribunálu, je založena na prosazování práva ženy na interrupci, jakožto součásti širší kategorie sexuálních a reprodukčních práv. Předně je však nutné upozornit na skutečnost, že daná kategorie

³⁸ Poukázat lze například na situaci na Slovensku, kde byla právní úprava interrupcí rovněž soudně posuzována, byť nebyla shledána protiústavní. Jiným příkladem je Německo, kde Spolkový ústavní soud naopak zdůraznil nedotknutelnost lidské důstojnosti a související povinnosti státu chránit život člověka již od početí, přestože současně připustil možnost zákonného stanovení výjimek, za kterých nebude umělé ukončení těhotenství postihováno. Viz Nález Ústavního soudu Slovenské republiky ze dne 4. 12. 2007, sp. zn. PL. ÚS. 12/01 [cit. 2021-12-18]. Nález Spolkového ústavního soudu ze dne 25. 2. 1975, BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I* [cit. 2021-12-18]; Nález Spolkového ústavního soudu ze dne 28. 5. 1993, BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II* [cit. 2021-12-18].

práv není explicitně vymezena v žádné závazné mezinárodní smlouvě. Můžeme se s ní sice setkat v Chartě sexuálních a reprodukčních práv (1996), ale ta má pouze politický a doporučující charakter.³⁹ Na druhou stranu nelze opomenout význam Úmluvy o odstranění všech forem diskriminace žen (1979) přijaté v rámci Organizace spojených národů, která v čl. 16 odst. 1 písm. e) stanovuje, že: „*Státy, smluvní strany, přijmou veškerá příslušná opatření k odstranění diskriminace žen ve všech věcech týkajících se manželství a rodinných vztahů a zejména zajistí, na základě rovnoprávnosti mužů a žen: stejná práva rozhodnout se svobodně a odpovědně o počtu a době narození jejich dětí a mít přístup k informacím, vzdělání a prostředkům, které jim umožní uplatňovat tato práva.*“⁴⁰ Právě z tohoto ustanovení je nejčastěji dovozováno právo na interrupci. Osobně však považuji výklad daného článku Úmluvy za složitější, neboť nelze vycházet pouze z jeho jazykového vyjádření, které v obecné rovině stanovuje zákaz diskriminace v oblasti manželských a rodinných vztahů, včetně práva na rozhodování o počtu a době narození svých dětí. Uvedeného cíle lze totiž dosáhnout osvětou, zodpovědným přístupem a jinými prostředky než širokým uzákoněním umělého ukončení těhotenství. Jedná se ostatně o proceduru, která je z hlediska proveditelnosti svázána výlučně se svobodným rozhodnutím ženy, nikoliv jejího manžela či partnera, přestože by si chtěl dítě ponechat a o něj pečovat.⁴¹ Z povahy věci tak nelze právo na rozhodování v otázkách reprodukce *a priori* spojovat s dostupností interrupcí jako zdravotní služby, neboť nemají s rovnoprávností mužů a žen přímou souvislost. Jsem si nicméně vědom toho, že výklad ve prospěch širší legalizace interrupcí zastává rovněž Výbor pro odstranění všech forem diskriminace žen, který je kontrolou provádění daného právního dokumentu pověřen.⁴²

Kromě toho je nutné zohlednit skutečnost, že ze strany jednotlivce je zásadnější možnost domoci se autoritativní ochrany svých práv a svobod před kompetentním orgánem, který stojí vně vnitrostátního právního systému, ve kterém mu má být přístup k bezpečnému provedení umělého ukončení těhotenství nepřípustně omezen. Na evropské úrovni sehrává v tomto ohledu klíčovou roli Evropský soud pro lidská práva, který je pověřen posuzováním individuálních stížností ve vazbě na Úmluvu o ochraně lidských práv a základních svobod (dále též „EÚLP“ nebo „Evropská úmluva“). Daný právní dokument nicméně právo na interrupci explicitně nezakotvuje. V jednotlivých případech se proto můžeme setkat s tím, že je interrupční legislativa dotčeného státu posuzována v kontextu jiných lidských práv a základních svobod. Kromě samozřejmého požadavku na ochranu života a zdraví těhotné ženy⁴³ se jedná především o její právo na respektování soukro-

³⁹ K jejímu přijetí došlo ve vazbě na konání Mezinárodní konference o populaci a rozvoji v Káhiře (1994) a Mezinárodní konference o ženách v Pekingu (roku 1995). Konkrétně byla na základě výstupů z uvedených konferencí v podobě dokumentů zdůrazňována existence práva na svobodné a rovné rozhodování o počtu a době narození svých dětí. V tomto směru bylo argumentováno tím, že porušení sexuálních a reprodukčních práv spočívá rovněž v nuceném pokračování v těhotenství či postihování žen za to, že ho záměrně ukončily. Viz SANDUL, Daria – MATOUŠKOVÁ, Lenka. *Rada pro lidská práva (HRC) – Reprodukční práva*. Praha: Asociace pro mezinárodní otázky pro potřeby, 2010, s. 4.

⁴⁰ Vyhláška ministra zahraničních věcí 62/1987 Sb., o Úmluvě o odstranění všech forem diskriminace žen.

⁴¹ Tento závěr vyplývá rovněž z judikatury ESLP, který se v rozsudku ze dne 5. 9. 2002, stížnost č. 50490/99, *Boso v. Itálie*, vyjádřil způsobem, že absence spolurozhodovací kompetence otce dítěte ohledně podstoupení či nepodstoupení interrupce není porušením jeho práva na respektování soukromého a rodinného života.

⁴² VALC, Jakub. *Právo na život a biomedicína*. Praha: Wolters Kluwer, 2021 (e-kniha bez stránkování).

⁴³ Uznání práva na život nenarozeného dítěte či ochrany jeho života jako chráněné hodnoty totiž pochopitelně naráží na právo na život jeho matky, k jehož ochraně je stát rovněž povinen. Viz rozhodnutí Komise pro lidská práva ze dne 13. 5. 1980, stížnost č. 8416/78, *Paton v. Spojené Království*, a rozsudek ESLP ze dne 8. 7. 2004, stížnost č. 53924/00, *Vo v. Francie*.

mého a rodinného života ve smyslu čl. 8 EÚLP, které je v judikatuře ESLP interpretováno extenzivním a stejně jako celá Evropská úmluva evolutivním způsobem.⁴⁴ Lze tak pod něj podřadit různé otázky osobní sféry a bytí člověka ve společnosti, včetně rozhodování ohledně vlastní reprodukce a vedení sexuálního života, což podle některých autorů souvisí rovněž se širokým přístupem k podstoupení interrupčního zákroku.⁴⁵ Na druhou stranu nelze opomenout, že se jedná o základní právo relativní povahy, neboť může být podle čl. 8 odst. 2 EÚLP ze strany státu omezeno za předpokladu, že „je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných.“⁴⁶

Pokud bychom tedy vycházeli z toho, že interrupce mají být koncipovány jako standardní nástroj pro plánování rodičovství, stále je nutné zohledňovat v kolizi stojící lidská práva či chráněné zájmy, které spočívají v zachování života doposud nenarozeného dítěte. Za účelem jednoznačného řešení této kolize však nelze bez dalšího vycházet z judikatury ESLP, protože ta nám neposkytuje odpověď na otázky spojené s určením morálního a právního statusu nenarozeného dítěte.⁴⁷ Stejně tak v ní nenalezneme taxativní výčet podmínek, za kterých musí být interrupce z jiných než zdravotních důvodů zákonem dovoleny. Jedná se o projev zásady volného uvážení (*margin of appreciation*), kterou Evropský soud pro lidská práva používá běžně ve vztahu ke kontroverzním otázkám, ohledně kterých nepanuje napříč členskými státy Rady Evropy konsensus.⁴⁸ V zásadě je tak ponecháno na vůli národních zákonodárců, zda budou legalizaci umělého ukončení těhotenství omezovat výlučně na případy ohrožení života a zdraví matky, či nikoliv. Jinými slovy, restriktivní přístup k regulaci interrupcí nelze bez dalšího chápat jako nepřipustný zásah do práva těhotné ženy na respektování jejího soukromého a rodinného života, pakliže je takový postup na národní úrovni odůvodněn ochranou důstojnosti a života nenarozeného dítěte, ať už jako základního práva nebo ústavně chráněné hodnoty.⁴⁹

Výše uvedené závěry lze pak aplikovat rovněž ve vztahu k polské interrupční legislativě, ke které se Evropský soud pro lidská práva již dříve vyjadřoval. Konkrétně je možné odkázat na jeho rozsudek ze dne 20. 3. 2007, stížnost č. 5410/0, *Tysiack v. Polsko*, ve kterém sice bylo shledáno porušení práva na soukromý a rodinný život stěžovatelky, ale ne kvůli zastávání restriktivního přístupu k legalizaci umělého ukončení těhotenství. Příslušný soud předně zdůraznil, že striktní regulace a související trestněprávní postih lékařů může vést pochopitelně k tomu, že ti jsou zdrženliví k poskytování zákonem vyžadovaného

⁴⁴ DOLEŽAL, Tomáš. Právo na heterologní IVF jako součást ochrany práva na respektování rodinného a soukromého života podle čl. 8 Evropské úmluvy o lidských právech? *Časopis zdravotnického práva a bioetiky* [online]. 2012, Vol. 2, No. 2 [cit. 2021-12-18]. Dostupné z: <<http://medlawjournal.ilaw.cas.cz/index.php/medlawjournal/article/view/31>>.

⁴⁵ K širokému pojetí práva na soukromý a rodinný život v uvedených oblastech dále viz např. rozsudek ESLP ze dne 24. 2. 1983, stížnost č. 7525/76, *Dudgeon v. Spojené království*; rozsudek ESLP ze dne 10. 4. 2007, stížnost č. 6339/05, věc *Evansová v. Spojené království*; rozsudek ESLP ze dne 16. 12. 2010, stížnost č. 25579/05, *A, B a C v. Irsko*.

⁴⁶ Sdělení č. 209/1992 Sb., o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Protokolů na tuto Úmluvu navazujících.

⁴⁷ Rozsudek ESLP ze dne 8. 7. 2004, stížnost č. 53924/00, *Vo v. Francie*.

⁴⁸ Tato doktrína či zásada byla ve vztahu k čl. 8 EÚLP a z něho vyplývajících (pozitivních a negativních) závazků států v dřívější rozhodovací činnosti Evropského soudu pro lidská práva využita například v rozsudcích ze dne 26. 5. 1994, stížnost č. 16969/90, *Keegan v. Irsko*, nebo ze dne 18. 5. 2006, stížnost č. 55339/00, *Rózařski v. Poland*.

⁴⁹ Srov. rozhodnutí Komise pro lidská práva ze dne 12. 7. 1977, stížnost č. 6959/75, *Bruggemann a Scheuten v. Německo*, a rozsudek ESLP ze dne 16. 12. 2010, stížnost č. 25579/05, *A, B a C v. Irsko*.

souhlasu k provedení interrupce ze zdravotních či eugenických důvodů. Pokud se tedy stát rozhodně, že bude provedení daného lékařského zákroku umožňovat, musí současně nastavit účinný mechanismus kontroly, který ženě umožní, aby se svého práva domohla včas, tedy rovněž za situace, kdy je jí získání potřebného souhlasu ze strany lékaře bezdůvodně odpiráno. V této souvislosti Evropský soud pro lidská práva zdůraznil, že u stěžovatelky bylo dáno důvodné podezření na ohrožení jejího zraku v důsledku dalšího těhotenství, což však nebylo potvrzeno jedním ze dvou lékařů, jejichž souhlasné stanovisko je k provedení terapeutické interrupce vyžadováno. Dotčený prováděcí právní předpis poté neobsahuje *de facto* žádná procesní pravidla, která by na rozpor ve stanoviscích lékařů pamatovala a umožnila ženě domáhat se efektivního a rychlého přezkumu jejich postupu. Výše uvedené rozhodnutí ESLP proto nelze interpretovat jako zpochybnění přípustnosti nastavení úzce vymezených podmínek pro podstoupení interrupce. Jako problematická byla totiž shledána pouze pasivita polského státu v tom směru, že nezajistil, aby byla daná zdravotní služba v souladu se zákonem včas a bezpečně poskytnuta.⁵⁰

Opačný závěr nelze dovést ani z následně vydaného rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26. 5. 2011, 27617/04, *R. R. v. Polsko*. V rámci jeho odůvodnění bylo konstatováno, že postup příslušných zdravotnických zařízení, která stěžovatelce opakovaně znemožnila přístup k vyšetření za účelem odhalení vývojových vad plodu, měl za následek porušení zákazu nelidského a ponižujícího zacházení podle čl. 3 EÚLP. Stěžovatelka měla být totiž vystavena dlouhodobému psychickému strádání spojenému s nejistotou ohledně zdraví a dalšího vývoje svého dítěte, včetně související (ne)možnosti provedení interrupce z důvodů eugenického charakteru. Takto bylo postupováno za situace, kdy polský interrupční zákon výslovně zakotvuje právo ženy na přístup k odpovídajícím diagnostickým metodám a informacím spojeným s jejich používáním. Nevyšlo rovněž najevo, že by byla dostupnost těchto vyšetření v rámci polského zdravotnického systému objektivně omezena či zcela znemožněna. Podle názoru soudu proto má sice každý členský stát široký prostor pro uvážení ohledně právní regulace interrupcí, ale musí současně zajistit, že budou za jednoznačně stanovených podmínek dostupné. V tomto případě pak mělo soustavné odepření přístupu k diagnostickému vyšetření plodu ze strany zdravotníků za následek nejen nelidské a ponižující zacházení, ale také nepřipustné porušení práva na soukromý a rodinný život stěžovatelky. Neposkytnutí informací o zdravotním stavu plodu totiž zasáhlo do její osobní autonomie, neboť znemožnilo případné včasné zahájení terapie nebo podstoupení interrupce za situace, kdy je těžká vývojová vada plodu diagnosticky potvrzena.⁵¹

K uplatnění a dalšímu rozvedení právních názorů Evropského soudu pro lidská práva týkajících se polské interrupční legislativy došlo v jeho rozsudku ze dne 30. 1. 2013, stížnost č. 57375/08, *P. a S. v. Polsko*. Zásadním rozdílem oproti předcházejícím případům byla skutečnost, že v pozici stěžovatelů byla nezletilá dívka (první stěžovatelka) a její matka (druhá stěžovatelka). Z hlediska skutkových okolností bylo podstatné, že těhotenství dívky bylo důsledkem trestného činu znásilnění ze strany jejího spolužáka, což je v Polsku jedním z legálních důvodů pro provedení interrupce do 12. týdne těhotenství. Ačkoliv bylo za tímto účelem vydáno rovněž osvědčení státního zástupce, setkaly se stě-

⁵⁰ Rozsudek ESLP ze dne 20. 3. 2007, stížnost č. 5410/03, *Tysiąg v. Poland*.

⁵¹ Rozsudek ESLP ze dne 26. 5. 2011, 27617/04, *R. R. v. Polsko*.

žovatelky s obstrukčním postupem ze strany zdravotnických zařízení, který spočíval zejména v požadavcích na absolvování různých konzultací, a to nejen se specializovaným lékařem, ale také představitelem katolické církve. Součástí těchto konzultací bylo přesvědčování první stěžovatelky k tomu, aby v těhotenství pokračovala. Nakonec nemocnice v Lublinu provedení daného zákroku odmítla a věc se na základě upozornění novinářů medializovala.⁵²

Za pomoci neziskového sektoru se poté stěžovatelky obrátily na jinou nemocnici ve Varšavě, která byla nicméně informována předcházející nemocnicí o tom, že nezletilá s provedením zákroku nesouhlasila. Následně měla být první stěžovatelka ze strany kněze a dalších osob opět přemlouvána k tomu, aby si dítě ponechala. Současně byla její matka obviňována z toho, že nutí svoji dceru k podstoupení interrupce, protože by měla být zbavena svých rodičovských práv. Její otec se měl naopak stát násilnickým a nutit první stěžovatelku k odchodu z domova. Celá situace vyústila až v zásah policie, včetně následného odebrání nezletilé dívky z péče rodičů a jejího umístění do zařízení pro mladistvé. Později však bylo rozhodnutí o tomto umístění zrušeno a související soudní řízení o zbavení rodičovské odpovědnosti bylo zastaveno, neboť se uvedená podezření nepotvrdila. Na základě stížnosti druhé stěžovatelky k příslušnému ministerstvu pak bylo její dceři umožněno, aby interrupci podstoupila v nemocnici vzdálené až 500 km od místa bydliště, přičemž samotný postup zdravotníků neprobíhal standardním způsobem, mimo jiné z důvodu neposkytnutí všech informací a odepření pooperační péče.⁵³

V rámci svého odůvodnění Evropský soud pro lidská práva zdůraznil důležitou skutkovou okolnost, kterou byl věk první stěžovatelky jakožto nezletilé osoby. Jednalo se navíc o ukončení těhotenství v důsledku znásilnění, což bylo spolehlivě prokázáno a osvědčeno ze strany státního zástupce. Přesto bylo vůči první stěžovatelce postupováno velmi necitlivým způsobem, protože byla v nemocnici vystavena přesvědčování ze strany lékaře a kněze, přičemž byl vyvíjen nátlak rovněž na její matku jako zákonnou zástupkyni. Celý případ byl navíc včetně osobních údajů první stěžovatelky medializován, čímž byla její duševní integrita ještě více narušena. Místo toho, aby byla stěžovatelkám při odchodu z nemocnice poskytnuta náležitá ochrana, byla druhá stěžovatelka zatčena policií a její nezletilá dcera byla proti své vůli umístěna do zařízení pro mladistvé. Na základě uvedených skutečností proto soud dospěl k závěru, že u obou stěžovatelek došlo k porušení práva na respektování soukromého a rodinného života ve smyslu čl. 8 EÚLP. V případě první stěžovatelky měl současně postup zdravotnických zařízení a orgánů veřejné moci za následek porušení práva na osobní svobodu podle čl. 5 EÚLP a zákazu nelidského a ponižujícího zacházení podle čl. 3 EÚLP.⁵⁴

Na základě analýzy judikatury Evropského soudu pro lidská práva je proto možné potvrdit již dříve uvedenou premisu, že právo na interrupci z jiných než zdravotních důvodů není samostatně existujícím základním právem, ale je dovozováno ze širšího pojetí ochrany soukromého a rodinného života.⁵⁵ Ani v opačném případě by ostatně nebylo

⁵² Rozsudek ESLP ze dne 30. 12. 2012, stížnost č. 57375/08, P. a S. v. *Polsko*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ke shrnutí rozhodovacích důvodů výše uvedených rozhodnutí ESLP týkajících se polských interrupčních předpisů dále viz CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *P. and S. v. Poland: Poland's Obligations to Provide Legal Abortion Services to Adolescents* [online]. Center for Reproductive Rights [cit. 2021-12-19].

možné vycházet z toho, že omezení přístupu k interrupcím je bez dalšího nepřístupným zásahem státu do práva těhotné ženy na rozhodování o počtu a době narození svých dětí, protože takový postup může sledovat přiměřenou ochranu kolidujících práv či svobod jiných osob nebo chráněných zájmů. Ve své rozhodovací činnosti pak Evropský soud pro lidská práva ani jednou nevyslovil právní názor spočívající v tom, že by zákonné a kulturně podmíněné omezení dané zdravotní služby výlučně na případy přímého ohrožení života ženy bylo v rozporu s pozitivním závazkem státu v této oblasti.⁵⁶ Z toho důvodu nelze považovat za nepřijatelnou ani současnou koncepci polské interrupční legislativy, která po zásahu tamního Ústavního tribunálu umožňuje provedení umělého ukončení těhotenství jak v případech ohrožení zdraví a života ženy, tak za předpokladu, že je těhotenství důsledkem trestného činu. Ačkoliv nelze předvídat, jakým směrem se bude evropská judikatura dále vyvíjet, byla doposud kritická spíše v situacích, kdy orgány veřejné moci v Polsku nebyly schopny zajistit včasný a bezpečný přístup k interrupcím z těch důvodů, které jsou zákonem výslovně předvídané, což po nich lze nepochybně spravedlivě požadovat.

K tomu je vhodné doplnit, že od vydání výše uvedených rozsudků Evropského soudu pro lidská práva uplynulo již mnoho let, aniž by byly v nich obsažené právní názory ze strany Polska reflektovány a promítnuty do praxe a národní legislativy. Naopak došlo k dalšímu zpřísnění interrupční legislativy ve vztahu k důvodům eugenického charakteru, což úzce souvisí s používáním prenatalní diagnostiky, kde mělo docházet k pochybením již za účinnosti staré právní úpravy. Z toho důvodu byla ostatně v nedávné době přijata prozatímní rezoluce Výboru ministrů Rady Evropy ze dne 11. 3. 2021, CM/ResDH(2021)44, v rámci které byly vymezeny výslovné urgencye ohledně řádné implementace výše analyzovaných rozsudků Evropského soudu pro lidská práva. Konkrétně byly polské autority důrazně vyzvány k tomu, aby jednoznačně vymezily podmínky pro rovný přístup k provedení legální interrupce v celé zemi, aby tak nebyly ženám kladeny do cesty nepředvídatelné překážky. Stejně tak musí být ženám umožněno získat potřebné informace a obrátit se na jiné zdravotnické zařízení, pakliže je ze strany lékaře uplatněna výhrada svědomí. Aniž by pak příslušný Výbor ministrů zpochybnil legitimitu samotného nálezu polského Ústavního tribunálu ze dne 22. 10. 2020, K 1/20, naléhal na zavedení mechanismu pro vymáhání porušení smluvních povinností zařízení provádějících prenatalní vyšetření, která mají zásadní význam rovněž ve vztahu k zahájení včasné terapie plodu či přípravě na porod.⁵⁷

⁵⁶ Odkázat lze především na již uvedená rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva týkající se přezkumu irské interrupční legislativy, která až do její zásadní liberalizace v roce 2018 patřila k nejvíce přísným v Evropě. Umožňovala totiž podstoupení daného lékařského zákroku pouze v případech ohrožení života ženy, byť byly v tomto směru postupně zohledňovány také psychické problémy spojené s reálným rizikem sebevraždy (ve vazbě na okolnosti početí), a to v kontextu rozhodnutí Nejvyššího soudu Irska ze dne 5. 3. 1992, sp. zn. [1992] IESC 1; [1992] 1 IR 1, *Attorney General v. X a další*. Evropský soud pro lidská práva nepovažoval danou právní úpravou za rozporuplnou s čl. 8 EÚLP, ale naopak výslovně uvedl, že samotná liberalizace v jiných státech nemůže ospravedlnit porušování národních předpisů koncipovaných restriktivním způsobem. Viz rozsudek ESLP ze dne 29. 10. 1992, stížnost č. 14234/88, *Open Door a Dublin Well Woman v. Irsko*; rozsudek ESLP ze dne 16. 12. 2010, stížnost č. 25579/05, *A. B. C. v. Irsko*; Rozsudek Nejvyššího soudu Irska ze dne 5. 3. 1992, sp. zn. [1992] IESC 1; [1992] 1 IR 1, *Attorney General v. X a další* [online]. *Bailii* [cit. 2021-12-04].

⁵⁷ COUNCIL OF EUROPE. *Interim Resolution CM/ResDH(2021)44: Execution of the judgments of the European Court of Human Rights Tysięc, R. R. and P. and S. against Poland* [online]. Council of Europe [cit. 2021-12-20].

4. Reakce Evropské unie aneb je potratová turistika alternativním řešením?

V rámci dosavadního výkladu jsem na základě rozboru dotčené právní úpravy a judikatury zdůvodnil, že současná koncepce polské interrupční legislativy není podle mého názoru v rozporu se závazky vůči Radě Evropy, které byly převzaty v oblasti lidskoprávních ochrany. Případné nedostatky jsou spojovány spíše s faktickým znemožněním přístupu k umělému ukončení těhotenství z důvodů, které jsou zákonem výslovně připuštěny.⁵⁸ To samozřejmě nijak nezpochybňuje skutečnost, že interrupční politika daného státu je všeobecně vnímána jako problematická, a to nejen ze strany určité části společnosti, neziskových organizací hájících práva žen či tamní opozice, ale rovněž orgánů Evropské unie. V této souvislosti je nutné poukázat na nedávno vydanou rezoluci Evropského parlamentu ze dne 26. 11. 2021, která již ve svém názvu poukazuje na faktický zákaz provádění interrupcí v Polsku. V rámci jejího textu bylo následně na základě rekapitulace dotčených právních dokumentů a záměrů Evropské unie v oblasti zdravotní péče, včetně požadavku na odstranění všech forem diskriminace žen při utváření soukromého a rodinného života, zdůrazněno, že Polsko dlouhodobě nezajišťuje včasný, bezpečný a rovný přístup k umělému ukončení těhotenství. Nepřistoupilo tedy ke zlepšení situace, která byla opakovaně kritizována rovněž ze strany Evropského soudu pro lidská práva. Celá situace podle Evropského parlamentu vede k tomu, že je až 200 000 polských žen ročně nuceno řešit ukončení těhotenství prostřednictvím tzv. potratové pilulky, a to bez související zdravotní péče. Další 30 000 žen ročně řeší naopak omezení na národní úrovni tím, že vycestují za účelem podstoupení interrupce do jiných států, kde je pro ně tato služba zpoplatněna. V tomto směru mělo mít negativní dopad rovněž zrušení eugenických důvodů pro umělé ukončení těhotenství, protože představovaly drtivou většinou případů ročně provedených zákroků.⁵⁹

Evropský parlament je dále toho názoru, že je nutné reflektovat skutečnost, že veřejné mínění je v Polsku v současné době nakloněno liberalizaci dotčené právní úpravy, která byla zpřísněna rozhodnutí Ústavního tribunálu, jehož legitimita byla důvodně zpochybněna, což by mělo být ze strany příslušných orgánů Evropské unie řádně přezkoumáno. Současně Evropský parlament výslovně uvedl, že současná koncepce polské interrupční legislativy je ze své podstaty v rozporu s tamním ústavním pořádkem a mezinárodními závazky, neboť porušuje důstojnost a základní práva žen. Vyslovil proto záměr přijmout strategický cíl spočívající v ukotvení práva na interrupci. Stejně tak explicitně vyzval k podpoře neziskových organizací v oblasti zajištění rovného přístupu k interrupcím, včetně případů spojených s nutným překračováním státních hranic, což úzce souvisí s rozvojem potratové turistiky.⁶⁰

⁵⁸ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *Poland Called on to Implement Long-Overdue Abortion Measures* [online]. Center for Reproductive Rights [cit. 2021-12-20].

⁵⁹ Za rok 2019 bylo v Polsku provedeno 1 100 interrupčních zákroků, přičemž 1 074 z nich se týkalo případů těžké a nezvratné vady plodu či nevyléčitelné nemoci ohrožující jeho život. Jedná se samozřejmě o ty zákroky, které jsou evidovány, tedy provedeny ve zdravotnickém zařízení. Právě z toho je dovozováno, že zásah Ústavního tribunálu vedl *de facto* k zákazu provádění interrupcí. Viz EUROPEAN PARLIAMENT. *European Parliament resolution 2020/2876(RSP) of 26 November 2020 on the de facto ban on the right to abortion in Poland* [online]. European Parliament [cit. 2021-12-20].

⁶⁰ EUROPEAN PARLIAMENT. *European Parliament resolution 2020/2876(RSP) of 26 November 2020 on the de facto ban on the right to abortion in Poland* [online]. European Parliament [cit. 2021-12-20].

Dalším impulsem k zesílení kritiky polské interrupční legislativy a celkové politiky tamní vlády v této oblasti bylo nedávné a široce medializované úmrtí třicetileté ženy v jedné z polských nemocnic, kde byla ve 22. týdnu těhotenství hospitalizována kvůli prasknutí plodové vody a souvisejícím zdravotním komplikacím. Na základě diagnostických vyšetření bylo u ní již dříve zjištěno, že plod je zatížen závažnou vývojovou vadou a nebude schopen života. Lékaři však odmítli interrupci provést, přičemž měli podle dostupných informací vyčkávat až do okamžiku, kdy nebude dítěti bít srdce, aby se nedostali do konfliktu s polskou legislativou. V důsledku jejich liknavosti dostala pacientka septický šok a následně zemřela. O svých obavách přitom krátce předtím informovala svoji matku telefonem. Celá událost vedla k rozsáhlým protestům, během kterých bylo úmrtí ženy spojováno právě s nedávno vydaným nálezem Ústavního tribunálu a související obavou lékařů z trestněprávního postihu v případě, že by zákonné podmínky pro ukončení těhotenství z terapeutických důvodů nedodrželi.⁶¹ Současně se prostřednictvím další rezoluce Evropského parlamentu ze dne 11. 11. 2020 aktualizovala výzva k prověření postupu a legitimacy polského Ústavního tribunálu, včetně nutnosti pomoci polským ženám dosáhnout přístupu k včasnému a bezpečnému ukončení těhotenství.⁶²

V této souvislosti se začal více diskutovat právní rámec a faktické provádění interrupcí polským státním občankám v zahraničí, respektive v jiných členských státech Evropské unie, k čemuž ostatně již v minulosti docházelo. Mezi státy, do kterých ženy za pomoci neziskových organizací cestují, je podle dostupných informací zařazována rovněž Česká republika.⁶³ Je však nutné zabývat se tím, zda české právní předpisy poskytování dané zdravotní služby polským občankám vůbec umožňují, či nikoliv, popřípadě za jakých podmínek. V tomto směru je rozhodný § 10 zákona č. 66/1986 Sb., o umělém přerušení těhotenství (dále též „český interrupční zákon“), který stanovuje, že: „*Umělé přerušení těhotenství podle § 4 se neprovede cizinkám, které se v České socialistické republice zdržují pouze přechodně.*“ Dané ustanovení je dále prováděno § 10 odst. 1 vyhlášky č. 75/1986 Sb., kterou se provádí zákon České národní rady č. 66/1986 Sb., o umělém přerušení těhotenství (dále též „česká interrupční vyhláška“), podle kterého platí: „*Za přechodný pobyt se nepovažuje pobyt cizinek, které pracují v orgánech a organizacích se sídlem v České socialistické republice, popřípadě členek rodin pracovníků těchto orgánů a organizací, pobyt studujících a jiných cizinek, které mají povolení k pobytu pro cizince podle zvláštních předpisů, popřípadě mezistátních dohod. Zdravotnické zařízení má povinnost požadovat předložení příslušného dokladu.*“

Ohledně výkladu výše citovaných ustanovení právních předpisů panují dlouhou dobu nejasnosti. Důvodem je skutečnost, že pro účely vyloučení určité kategorie osob z poskytování interrupce jako zdravotní služby používají pojem „cizinka“, který může mít za současného právního stavu různé konotace. Na první pohled by se totiž mohlo zdát, že jakákoliv žena, která není státní občankou České republiky a současně nedisponuje některým

⁶¹ MINÁRIK, Pavol. Poláky pobouřila smrt těhotné ženy v nemocnici. Vini z ní „bezduché právo“. In: *Novinky.cz* [online]. 2. 11. 2021 [cit. 2021-12-20]; Poles march against abortion ban after pregnant woman's death. *The Guardian* [online]. 6. 11. 2021 [cit. 2021-12-20]; Polen: Proteste nach dem Tod von Izabela S. In: *DW* [online]. 6. 11. 2021 [cit. 2021-12-20].

⁶² *European Parliament resolution 2021/2925(RSP) of 11 November 2021 on the first anniversary of the de facto abortion ban in Poland* [online]. European Parliament: Legislative Observatory [cit. 2021-12-20].

⁶³ MISHTAL, Joanna. *The Politics of Morality: The Church, the State, and Reproductive Rights in Postsocialist Poland*. Ohio: Ohio University Press, 2015 (e-kniha bez stránkování).

z předvídaných pobytových oprávnění, nemůže interrupci v českých zdravotnických zařízeních podstoupit. Situace je ovšem poněkud složitější, a to zejména proto, že v době přijetí dané právní úpravy panovaly jiné společensko-politické okolnosti. Zejména nebylo možné zohledňovat význam následně vzniklé Evropské unie jakožto nadstátní organizace svého druhu, jejímž členským státem se Česká republika stala ke dni 1. 5. 2004.

Ve vztahu k problematice potratové turistiky je pak nutné vzít do úvahy vzájemnou provázanost jednotlivých členských států, která je dána nejen existencí institutu občanství Evropské unie, ale souvisí také s garancí volného pohybu osob, zboží, kapitálu a služeb. Nejedná se o pouhou politickou proklamaci, ale součást unijní legislativy, a to jak na úrovni primárního, tak sekundárního práva. Co se týče svobody volného pohybu a pobytu osob na území členských států, je ve prospěch občanů Evropské unie zakotvena v čl. 21 Smlouvy o fungování Evropské unie, včetně souvisejícího sekundárního právního předpisu.⁶⁴ Pro účely našeho výkladu však není podstatná pouze otázka oprávněnosti vstupu a pobytu na území, ale především přístupu ke zdravotním službám. V této souvislosti je často odkazováno na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2011/24/EU o uplatňování práv pacientů v přeshraniční zdravotní péči, která v čl. 4 odst. 3 stanovuje zákaz diskriminace na základě státního občanství. Na druhou stranu je nutné připomenout, že směrnice obecně obsahuje toliko teleologické normy a není tedy na rozdíl od nařízení přímo aplikovatelná, respektive nemá bez dalšího přímý účinek v členských státech. Příslušná směrnice poté sice byla do českého právního řádu implementována, ale v rámci zákona č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách, ve znění pozdějších předpisů, který je v dané oblasti obecným právním předpisem, vůči kterému má tak český interrupční zákon speciální povahu. Ani případná absence účinků dotčené směrnice na problematiku provádění umělého ukončení těhotenství (po zohlednění jejího účelu a nutnosti eurokonformního výkladu) však nevylučuje požadavek na respektování volného pohybu služeb podle čl. 56 Smlouvy o fungování Evropské unie,⁶⁵ za kterou lze interrupce v souladu s evropskou judikaturou nepochybně považovat.⁶⁶ Není tedy podstatné, zda budeme danou smlouvu chápat jako mezistátní dohodu ve smyslu výše citovaného ustanovení české interrupční vyhlášky, či nikoliv, protože se jedná o primární právo Evropské unie, které má všeobecně stanovenou aplikační přednost před zákonem.⁶⁷

Z obdobných důvodů je ostatně přípustnost provádění umělého ukončení těhotenství občankám jiných členských států dovozována také Ministerstvem zdravotnictví České republiky. Z jeho strany bylo opakovaně a veřejně deklarováno, že lékaři se nedopouštějí

⁶⁴ Jedná se o směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/38 o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, která byla implementována prostřednictvím dotčených ustanovení zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále též „zákon o pobytu cizinců“).

⁶⁵ Samozřejmě při současném reflektování všeobecného zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti podle čl. 18 Smlouvy o fungování Evropské unie.

⁶⁶ Rozsudek Soudního dvora ze dne 4. 10. 1991, C-159/90.

⁶⁷ Na tom podle mého názoru nemůže nic změnit ani možný výklad spočívající v tom, že pobyt občanev Evropské unie na českém území v režimu zákona o pobytu cizinců lze za určitých okolností chápat jako přechodný pobyt, který provedení interrupce na zákonné úrovni vylučuje. Stále je totiž třeba mít na paměti již uvedenou aplikační přednost primárního práva Evropské unie. Viz také *Stanovisko Veřejného ochránce práv ze dne 19. 8. 2013, sp. zn. 32/2011/DIS/ZO – Zpráva o šetření Nerovné zacházení ex lege v poskytování zdravotní péče z důvodu pohlaví (rodičovství), věku a státní příslušnosti* [online]. Evidence stanovisek ombudsmána [cit. 2021-12-21].

protiprávního jednání, pakliže interrupce polským ženám provádějí.⁶⁸ Opačný názor naopak zastává Česká lékařská komora, jejíž právní oddělení zpochybňuje zejména výklad založený na volném pohybu osob a rovnoprávném přístupu ke zdravotní péči. Argumentuje tím, že příslušná směrnice nebyla ve vztahu k českému interrupčnímu zákonu implementována, pročež se jí nelze bez dalšího dovolávat. Je tedy úkolem příslušného ministerstva, aby v jejím duchu českou legislativu upravilo, což nelze překlenout pouhým právně nezávazným výkladem. Z těchto důvodů Česká lékařská komora vybízí své členy ke zvýšené opatrnosti a zdrženlivosti, aby se potenciálně nevystavili riziku trestního stíhání za předpokladu, že orgány činné v trestním řízení budou zastávat jiný výklad než Ministerstvo zdravotnictví České republiky.⁶⁹

Podle mého názoru lze za ideální řešení skutečně považovat novelizaci stávající právní úpravy interrupcí, která by veškeré pochybnosti ohledně výkladu dotčených ustanovení odstranila. V tomto ohledu je vhodné doplnit, že dřívější záměry usilující o změnu právních předpisů nebyly uskutečněny. Za zmínku nepochybně stojí rovněž nedávno podaný senátní návrh zákona senátora Václava Lásky a dalších senátorů, kterým se mění zákon č. 66/1986 Sb., o umělém přerušení těhotenství. Jeho záměrem bylo zrušit dotčená ustanovení českého interrupčního zákona a související vyhlášky. Z důvodové zprávy k zákonu vyplývá, že snahou bylo právě řešení nejednoznačnosti dotčeného ustanovení, a to ve vazbě na možné uplatnění trestněprávní odpovědnosti lékařů provádějících umělá ukončení těhotenství občankám jiných členských států Evropské unie. Současně bylo poukázáno na praktické dopady nejasného výkladu dané právní úpravy, když řada lékařů naopak odmítá interrupce těmto ženám provádět.⁷⁰ Z veřejně dostupné databáze Senátu Parlamentu České republiky je ovšem zřejmé, že návrh zákona byl vzat zpět, což znamená, že sporná podoba interrupčních právních předpisů zůstává nadále nedotčena.⁷¹

V současné době je proto nutné stále vycházet z platné a účinné právní úpravy, která je nejen ze strany odborníků, ale rovněž orgánů veřejné moci a příslušné stavovské organizace interpretována různým způsobem. V důsledku toho dochází k zásahu do právní jistoty nejen případných zájemkyň o podstoupení daného lékařského zákroku, ale také zdravotnických zařízení a u nich působících lékařů. Na druhou stranu nesdílím názor, že jsou dány důvodné obavy za předpokladu, že by se orgány činné v trestním řízení přiklonily k výkladu, který se stanoviskem Ministerstva zdravotnictví České republiky nekoresponduje. Ačkoliv je provedení interrupce v rozporu s dotčenou právní úpravou kriminalizováno, a to prostřednictvím skutkových podstat trestných činů zakotvených v § 159 a násl. zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále též „trestní zákoník“), dopadají na jiné případy porušení právních norem. Dotčené skutkové podstaty trestných činů jsou totiž založeny na tom, že dojde k umělému ukončení těhotenství

⁶⁸ MZD ČR. *Prohlášení Ministerstva zdravotnictví k otázce provádění interrupcí u cizinek* [online]. Ministerstvo zdravotnictví České republiky [cit. 2021-12-21].

⁶⁹ LUBUŠKÝ, Marek. „Umělé přerušení těhotenství“: hledisko medicínské, organizační, legislativní a ekonomické. *Gynekologie a porodnictví*. 2016, roč. 1, no. 1, s. 26 [cit. 2021-12-21]. Dostupné z: <<https://www.lubusky.com/clanky/109.pdf>>; Lékaři a úředníci se neshodnou, zda mohou cizinky v České republice podstoupit interrupci. In: *Česká televize* [online]. 17. 12. 2016 [cit. 2021-12-21].

⁷⁰ SENÁT PARLAMENTU ČESKÉ REPUBLIKY. *Senátní návrh zákona senátora Václava Lásky a dalších senátorů, kterým se mění zákon č. 66/1986 Sb., o umělém přerušení těhotenství* [online]. Senát Parlamentu České republiky [cit. 2021-12-21].

⁷¹ SENÁT PARLAMENTU ČESKÉ REPUBLIKY. *Detail historie tisku – Senátní tisk č. 58* [online]. Senát Parlamentu České republiky [cit. 2021-12-21].

jiným způsobem, než stanovuje český interrupční zákon a související předpisy. Domnívám se, že pod tímto „způsobem“ je třeba rozumět překročení zákonem stanovených lhůt, nedodržení specifických podmínek (např. ve vazbě na výskyt vývojových vad či poškození plodu), nerespektování zdravotních kontraindikací či obecně provedení zákroku v rozporu s postupy *lege artis*. Naopak nesouhlasím s výkladem, že by měla být takto postihována jednání spočívající pouze v provedení interrupce občankám jiného členského státu, pakliže budou všechny ostatní podmínky dodrženy.⁷²

Kromě toho nelze zcela opomíjet nejasnost právní úpravy, což by nemělo být za účelem trestněprávního postihu přičítáno k tíži domnělému pachateli. Tento aspekt je ještě zesílen za situace, kdy je ze strany ústředního orgánu státní správy na úseku zdravotnictví, popřípadě vlády jako takové, veřejně publikováno a opakovaně potvrzováno stanovisko, že provádění interrupcí státním občankám jiného členského státu Evropské unie je v souladu se zákonem. Z dostupných pramenů a informací neziskového sektoru je navíc zřejmé, že poměrně velké množství polských státních občerek dlouhodobě jezdí do České republiky, aby zde podstoupily umělé ukončení těhotenství z důvodů, které nejsou v Polsku uzákoněny. Ačkoliv pak budou v takových případech interrupce poskytovány zejména ze strany spřízněných nemocnic, nebyly doposud medializovány případy systematického trestního stíhání lékařů, kteří se na daných zákrocích podíleli.⁷³ Stejně tak nelze pozorovat snahu o perzekuci neziskových organizací, které své aktivity spojené s podporou potratové turistiky do České republiky otevřeně propagují, přestože by jinak bylo možné uvažovat o jejich postihu z důvodu různé formy účastenství na spáchání trestném činu.⁷⁴

Ze všech shora uvedených důvodů jsem toho názoru, že obavy z trestněprávního postihu jsou v tomto směru neopodstatněné, byť samozřejmě nelze předjímat individuální rozhodnutí každého policisty či státního zástupce, pakliže by se byl nucen těmito případy na základě většího množství podnětů blíže zabývat. Přesto se nedomnívám, že by měl tento výklad směřovat k tomu, že bude v *kontextu* uvedené výzvy Evropského parlamentu ze strany státního aparátu organizována pomoc polským ženám, jejichž přístup k interrupcím je v zemi původu výrazně omezen, natož aby byly za tímto účelem finančně podporovány z veřejných zdrojů nebo jinak zvýhodňovány v rámci systému veřejného zdravotního pojištění (v případě interrupcí na prostou žádost).⁷⁵ Takový postup by totiž

⁷² Takový výklad ostatně nelze dovodit ani z komentářové literatury, která ve vztahu k dotčeným skutkovým podstatám trestných činů daný důvod protiprávnosti jednání lékaře či jiné osoby vůbec (na rozdíl od jiných okolností) nezmiňuje. Viz ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1639–1645; DRAŠTÍK, Antonín a kol. *Trestní zákoník. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2015 (e-kniha bez stránkování).

⁷³ V současné době je poukazováno zejména na činnost organizace *Ciocia Czesia* („Teta Češka“), která je tvořena skupinou aktivistů pomáhajících polským ženám usilujícím o podstoupení umělého ukončení těhotenství na českých klinikách (především v příhraničních oblastech), které jsou jim ochotny dané lékařské zákroky provádět. Za pouhý rok existence této organizace se na ni mělo obrátit více než 800 osob, přičemž jejich počet po zpřísnění polské interrupční legislativy neustále narůstá. Viz „Teta Češka“ už rok pomáhá Polkám s potraty za hranicí. Je jich čím dál víc. In: *Česká televize* [online]. 17. 11. 2021 [cit. 2021-12-21].

⁷⁴ K tomu srov. § 24 odst. 1 trestního zákoníku: „Účastníkem na dokonáném trestném činu nebo jeho pokusu je, kdo úmyslně a) spáchání trestného činu zosnoval nebo řídil (organizátor), b) vzbudil v jiném rozhodnutí spáchat trestný čin (návodce), nebo c) umožnil nebo usnadnil jinému spáchání trestného činu, zejména opatřením prostředků, odstraněním překážek, vyláčením poškozeného na místo činu, hlídáním při činu, radou, utvrzováním v předsevzetí nebo slibem přispět po trestném činu (pomocník).“

⁷⁵ V tomto ohledu lze poukázat na otevřený dopis bývalému předsedovi vlády České republiky ze strany Františka Kopřivy

byl paradoxně založen na zvýhodnění polských žen na úkor vlastních občanek, které jsou za současného právního stavu nuceny hradit provedení interrupce z vlastních finančních prostředků, pakliže nejsou dány terapeutické důvody takového zákroku.^{76,77} Kromě toho lze očekávat, že státem organizované obcházení polských právních předpisů by mělo negativní dopady na vzájemné vztahy obou národů a jejich politické reprezentace, jak již ostatně mělo být podle dostupných informací z polské strany naznačováno.⁷⁸ Pokud má být tedy prováděna interrupce polským ženám v České republice, což podle mého názoru současná právní úprava nevylučuje, mělo by tak nadále docházet výlučně v individuálních případech, respektive s případnou pomocí neziskového sektoru. Tím samozřejmě nijak nezpochybnuji, že potratová turistika je sama o sobě problematickým jevem, jehož podrobnější hodnocení však nebylo mým záměrem.

Závěr

Cílem tohoto článku bylo nastínit vývoj a současný stav právní úpravy interrupcí v Polsku, včetně posouzení její konformity s mezinárodními závazky a evropskou judikaturou. Kromě toho bylo mým záměrem rozebrat právní rámec pro rozvoj potratové turistiky z Polska do České republiky, což se stalo vlivem dalšího zpřísnění polské interrupční legislativy velmi aktuálním tématem. Za tímto účelem jsem nejprve věnoval pozornost představení historického vývoje dotčené právní úpravy na území Polska, přičemž jsem zdůraznil provázanost restriktivního přístupu v dané oblasti se změnami politického systému v 90. letech minulého století, včetně rostoucího vlivu katolické církve a konzervativně smýšlejících politických subjektů. V tomto kontextu jsem na základě polského interrupčního zákona z roku 1993 vymezil důvody, pro které mohlo být těhotenství po dlouhou dobu uměle ukončeno, přestože byly stále vyvíjeny (neúspěšné) snahy o jeho novelizaci.

Následně jsem již zaměřil pozornost na kontroverzní nález polského Ústavního tribunálu, který podruhé v řadě využil svoji kompetenci negativního zákonodárce k tomu, aby důvody pro legální podstoupení interrupci zredukoval, tedy zrušil možnost provádění umělého ukončení těhotenství z důvodů eugenického charakteru. Zabýval jsem se nejen argumentací daného tribunálu, ale také odlišnými stanovisky některých soudců a kritikou odborné veřejnosti, která se týkala jak procedurální, tak obsahové stránky rozhodnutí. Zdůraznil jsem, že upřednostnění ochrany začínajícího lidského života na úkor práv jiných osob či chráněných zájmů nelze bez dalšího považovat za snížení standardu lidskoprávní ochrany, a to zejména za situace, kdy jsou dané otázky kulturně podmíněny

(poslanec za Českou pirátskou stranu) ze dne 26. 10. 2020, ve kterém vyzýval k podniknutí konkrétních vládních kroků, které by polským ženám interrupce na českém území zpřístupnily. Současně zástupci daného politického subjektu uváděli jako příklad Nizozemsko, které již určitou finanční podporu polským ženám poskytuje. Viz Zákaz interrupcí je omezováním lidských práv. Piráti vyzývají vládu, aby pomohla polským ženám. In: *Pirátská strana* [online]. 26. 10. 2020 [cit. 2021-12-21]; Za interrupci doživotí? Polsko znovu přitvrzuje v protipotratové politice, Piráti hlasitě protestují. In: *Pirátská strana* [online]. 1. 12. 2021 [cit. 2021-12-21].

⁷⁶ Zdraví a pojištění – Umělé přerušování těhotenství (interrupce). In: *Portál občana – Ministerstvo vnitra České republiky* [online]. [cit. 2021-12-21].

⁷⁷ Vycházím samozřejmě z toho, že by se pomoc netýkala výhradě provádění interrupcí z genetických důvodů, které jsou z veřejného zdravotního pojištění běžně hrazeny.

⁷⁸ Ani v Polsku, ani jinde. Varšava chce zabránit potratové turistice do Česka. In: *Idnes.cz* [online]. 4. 5. 2021 [cit. 2021-12-21]; Polská diplomacie se snaží zabránit „potratové turistice“ do Česka. *České noviny (ČTK)* [online]. 4. 5. 2021 [cit. 2021-12-21].

a řešeny na ústavněprávní úrovni jednotlivých států různým způsobem. Stejně tak nelze bez dalšího zpochybňovat kompetenci Ústavního tribunálu rušit právní předpisy nebo jejich části, pakliže je u něj zahájení řízení kvalifikovaně iniciováno. Na druhou stranu jsem připustil, že za zásadní problém je nutné považovat zpochybnění legitimacy Ústavního tribunálu, jehož personální obsazení nemělo vlivem politických tlaků proběhnout zákonným způsobem, což podryvá autoritu jeho rozhodování a vyslovených právních názorů.

V druhé části článku jsem konfrontoval současnou právní úpravu interrupcí s mezinárodními smlouvami a judikaturou Evropského soudu pro lidská práva. Předně jsem zdůraznil, že právo na interrupci není v příslušných lidskoprávních dokumentech výslovně zakotveno, ale je dovozováno z existence jiných lidských práv a základních svobod, zejména práva na život, ochrany zdraví a respektování soukromého a rodinného života ženy. Současně jsem předestřel konzistentní právní názory Evropského soudu pro lidská práva, který je ve vztahu k určení právního statusu nenarozeného dítěte zdrženlivý. Kromě toho dlouhodobě prosazuje široké uplatnění zásady volného uvážení, což z povahy věci znemožňuje, aby restriktivní právní úprava interrupcí byla bez dalšího označena jako nepřijatelná. Stejným způsobem lze argumentovat ve vztahu k polské právní úpravě, která byla ze strany příslušného soudu opakovaně zpochybněna nikoliv jako celek, ale proto, že nebylo její uplatňování státními orgány efektivně zajištěno. Porušení lidských práv a svobod tak bylo v individuálních případech shledáno zejména z důvodu absence procedurálních pravidel, která by přístup žen k interrupcím v zákonem stanovených případech zajistila.

Na druhou stranu jsem poukázal na velmi kritický pohled Evropské unie, která z více důvodů kritizovala nejen rozebíraný nálezk polského Ústavního tribunálu, ale rovněž dotčenou právní úpravu interrupcí, která má být v rozporu s lidskou důstojností a základními právy těhotných žen. Za podstatnou jsem pak označil především výzvu Evropského parlamentu vůči jednotlivým členským státům, aby spolupracovaly za účelem vytvoření přístupu ke zdravotní péči polským ženám, která jim má být v zemi původu odírána. Ve své podstatě je totiž případné uskutečnění této výzvy spojeno s podporou rozvoje potratové turistiky, která ostatně probíhala i doposud, byť bez přímého zapojení státních autorit. V této souvislosti jsem věnoval pozornost právnímu rámci a podmínkám pro vycestování z Polska do České republiky, a to za účelem podstoupení interrupce na místních zdravotnických zařízeních. Konkrétně jsem představil dotčenou právní úpravu, která v obecné rovině provádění daného lékařského zákroku cizinkám bez příslušného pobytového oprávnění zakazuje. Přesto je možné se setkat s různými výklady aplikace dotčeného ustanovení ze strany Ministerstva zdravotnictví a České lékařské komory, což vytváří právní nejistotu a vede k nejednotnému přístupu samotných lékařů. Osobně jsem se přiklonil k tomu, že za současného právního stavu nelze opomíjet aplikační přednost primárního práva Evropské unie, které je na volném pohybu osob a služeb mezi členskými státy založeno. Ani v opačném případě by navíc podle mě nebyly splněny podmínky pro často diskutovaný trestněprávní postih lékařů, protože skutkové podstaty trestných činů dopadají na protiprávní jednání jiného charakteru. To samozřejmě nic nemění na zcela legitimním požadavku na změnu desítky let staré právní úpravy, která by měla být v natolik zásadních otázkách výslovně harmonizována a koncipována jednoznačným způsobem.

Závěrem považuji za důležité opětovně poznamenat, že nejsem zastáncem organizování potratové turistiky za otevřené podpory českých orgánů veřejné moci, neboť by se

de facto jednalo o systematické obcházení právních předpisů sousedního státu, což může mít za následek narušení vzájemných vztahů a spolupráce ve více oblastech. Ačkoliv pak považují fenomén potratové turistiky ze své podstaty za nežádoucí, nelze mu v současných společensko-politických podmínkách zcela zabránit. Přesto by se měl v mezích zákonů omezovat výlučně na individuální případy, což samozřejmě nevylučuje zapojení neziskového sektoru. Nad rámec uvedeného je vhodné doplnit, že obavy z dalšího zpřísnění polské interrupční legislativy se zatím nepotvrdily. Důvodem je skutečnost, že v prosinci 2021 neprošla tamním zákonodárným sborem navrhovaná změna zákona, která měla za cíl mimo jiné posílit kriminalizaci nezákonného provedení interrupce, a to dokonce ve vztahu k samotným těhotným ženám, byť bylo v jejich případě počítáno s možností moderace trestu či upuštění od jeho uložení.⁷⁹ V blízké budoucnosti proto můžeme očekávat, že současná podoba polské interrupční legislativy zůstane nějakou dobu nezměněna, přestože budou nepochybně i nadále sílit dlouhodobé tendence jak k její restrikci, tak liberalizaci.

⁷⁹ Polští poslanci zamítli přísný potratový zákon. Interrupce měl trestat vězením. In: Česká televize [online]. 2. 12. 2021 [cit. 2021-12-22].

Hledání jádra pojmu veřejný pořádek

Markéta Štěpáníková* – Terezie Smejkalová**

Abstrakt: Neurčité právní pojmy jsou pojmy, které jsou nutně navázány na společenskou a právní situaci v daném místě a v daný čas. V důsledku toho se jejich právní uchopení neustále proměňuje. Česká právní teorie staví na tom, že právní pojmy mají své významové jádro a polostín. Na příkladu pojmu veřejného pořádku ukazujeme, jaká úskalí s sebou nese hledání jádra tohoto pojmu skrze právní teorii vlastní doktrinální analýzu. Tento text se tedy především v kontextu českého právního prostředí zabývá jednotlivými pokusy o vymezení neurčitého pojmu a ptá se, zdali je vůbec možné zmapovat jeho obsah a rozsah v celé jeho šíři i s ohledem na jeho diferencovanost a proměnlivost. Postupuje od možných obecných definic k teoretickému vysvětlení pojmu v doktríně. Na základě tohoto teoretického zkoumání pak diskutuje, co ze zkoumaného pojmu lze v teoretické perspektivě vnímat jako jádro pojmu a co jako jeho polostín. Zaměřuje se také na otázku právní fakticity používání tohoto pojmu a slouží jako demonstrace toho, jak vnitřně diferencovaný tento obsah je v různých kontextech. Ve svém důsledku tak tento článek na konkrétním příkladu ukazuje, že je třeba právní pojmy a jejich význam hledat a zkoumat, nikoliv jen teoreticky domýšlet.

Klíčová slova: veřejný pořádek, jádro a polostín pojmu, české právo, právní pojem, judikatura

Úvod

Právní pojmy, a to i ty neurčité, jsou základem pro poznávání práva. Jsou interpretovány, poznávány, vysvětlovány, konstruovány.¹ Především jsou ale používány při aplikaci práva, kdy musíme rozhodovat o tom, zda lze posuzovaný jev podřadit v právním textu použitému pojmu.² U neurčitých právních pojmů tento krok vyžaduje neustálé vymezování a znovuvymezování jejich obsahu i rozsahu.³ Vezměme si jako příklad pojem „veřejný pořádek“.

Jedna z mála věcí, na kterých se právníci zřejmě ohledně tohoto pojmu shodnou, je, že je neurčitý. Jeho neurčitost umožňuje určitou plasticitu, schopnost přizpůsobovat se okolnostem svého použití, schopnost reagovat na proměny ve společnosti i v právu. Jeho neurčitost ale také vede k tomu, že je jeho význam nejasný, jeho různá použití vedou k různým významům a tyto významy se stávají spornými. Právní praxe proto má tendenci zkoumat ho v konkrétních právních kontextech. Najdeme tak texty v konkrétním

* JUDr. Bc. Markéta Štěpáníková, Ph.D. Odborná asistentka na katedře právní teorie na Právnické fakultě MU. E-mail: marketa.stepanikova@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7421-0698>. Tento text vznikl v rámci grantového projektu Grantové agentury České republiky číslo GA20-10171S *Využití metod sociální reprezentace v analýze právních konceptů*.

** JUDr. Bc. Terezie Smejkalová, Ph.D. Odborná asistentka na katedře právní teorie na Právnické fakultě MU. E-mail: Terezie.smejkalova@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9143-9160>. Tento text vznikl v rámci grantového projektu Grantové agentury České republiky číslo GA20-10171S *Využití metod sociální reprezentace v analýze právních konceptů*.

1 BOURDIEU, P. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal*. 1986–1987, Vol. 38, No. 5, s. 838–839.

2 HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd edition. Oxford: Clarendon Press, 1994, s. 126.

3 Jak to pojmenoval Foucault, „*juridical texts are the discourses that are to be said and said again*“. Viz FOUCAULT, M. The Order of Discourse, Inaugural Lecture at the College de France, given 2 Dec 1970. In: YOUNG, R. (ed.). *Untying the Text: A Post-Structuralist Reader*. Boston: Routledge & Kegan Paul, 1981, s. 51–78.

právním odvětví,⁴ určité části judikatury⁵ nebo často také s důrazem na mezinárodní⁶ nebo evropské právo.⁷ Právo si ale s těmito specializovanými přístupy nemůže vystačit. Už jen proto, že se ve všech těchto rozmanitých kontextech pracuje s těmi samými slovy: veřejný a pořádek.

Pro teoretické poznání a analýzu takového pojmu se však nemůžeme spolehnout na nalézání každého jevu, který bychom mohli podřadit jeho rozsahu a o kterém bychom třeba mohli říci, že je s ním v rozporu (nebo v souladu), protože to je prakticky nemožné. Cílem tohoto textu tedy je zaměřit se na pokusy o vymezení obsahu – intenze – tohoto pojmu. Vzhledem k tomu, že je používán v různých oblastech právní regulace, lze očekávat, že se tyto různé oblasti budou pokoušet o vlastní vymezení tohoto pojmu. Mají nějaké shodné prvky?

Za účelem lepšího pochopení veřejného pořádku jako neurčitého pojmu si tento text klade za cíl zmapovat existující vymezení obsahu (tedy tzv. intenzionální definice či vymezení⁸) tohoto pojmu. Neurčitost pojmu naznačuje, že může potenciálně docházet k jeho diverzifikaci podle oblastí, v nichž je používán. Mapa by měla poskytnout i rozcestník pro tuto diversifikaci. I když právní předpisy samy intenzionální definici pojmu veřejný pořádek neobsahují, neznamená to, že by se o ni nepokoušela odborná literatura nebo judikatura. Při vytváření rozcestníku tedy půjdeme od možných obecných definic k teoretickému vysvětlení pojmu v doktríně. Na tomto základě budeme diskutovat, co lze z vybraného pojmu v teoretické perspektivě vnímat jako jádro pojmu a co jako jeho periferii, polostín. To si následně ukážeme na příkladu *českého právního řádu – na tom, jak pojem veřejného pořádku používá*. Tato ukázka ze své podstaty nebude a ani nemůže obsahovat hodnocení použití daného pojmu a nenavrhne ani další postup *de lege ferenda* ohledně samotného obsahu pojmu. Zaměříme se totiž na právní fakticitu používání tohoto pojmu a ukážeme, jak je jeho obsah v různých kontextech diferencovaný. Článek tak na konkrétním příkladu ukazuje, že je třeba právní pojmy a jejich význam zkoumat třeba i u těch, kteří jej konstruují v praxi, nikoli jen teoreticky vymezovat.

Následující text si tedy klade za cíl poskytnout konceptuální mapu pojmu veřejný pořádek. Nejprve představí teoretická východiska přístupů k právním pojmům. Budeme vycházet z přístupů, které při hledání významu pojmů oddělují jejich významové jádro, na kterém se uživatelé tohoto pojmu shodnou, od určitého významového polostínu, kde

4 Např. ZÁMEK, D. *Hromadné narušení veřejného pořádku z pohledu policie ČR*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 197.

5 Např. PAWLIKOVÁ, K. Veřejný pořádek jako neurčitý právní pojem v PobCiz a judikatuře NSS. *Soudní rozhledy*. 2019, č. 9, s. 274 an.

6 BĚLOHLÁVEK, A. J. Výhrada veřejného pořádku hmotněprávního a procesního ve vztazích s mezinárodním prvkem. *Právník*. 2006, č. 11, s. 1267–1301; ROZEHNALOVÁ, N. – TÝČ, V. Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. *Právník*. 2002, č. 5, s. 634–661.

7 Např. PIKNA, B. *Vnitřní bezpečnost a veřejný pořádek v evropském právu (oblast policejní a justiční spolupráce)*. 4. dopracované, konsolidované vydání. Praha: Linde Praha, 2007.

8 Intenzí pojmu se rozumí její význam, který je třeba odlišovat od denotátu pojmu. Intenzionální definice potom tento význam popisuje, a to tak, že se snaží zachytit nevyhnutelné a nezbytné podmínky (*conditiones sine qua non*), které musí být splněny, aby bylo možné nějaký (sociální) objekt považovat za daný pojem. Na druhou stranu extenze pojmu je její rozsah, tedy každý jednotlivý objekt, který pod pojem spadá. V tomto smyslu pak extenzionální definice či vymezení představuje prostý výčet všech těchto jednotlivých objektů, které pod daný pojem spadají. Viz COOK, R. T. *A Dictionary of Philosophical Logic*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009, s. 155.

již ke shodě na obsahu takového pojmu nutně nedochází.⁹ Následně zmapujeme především intenzionální definice pojmu tak, jak se nachází napříč literaturou a částečně i judikaturou a vytvoříme tak určitý rozcestník pro jednotlivé významy a kontexty, v nichž se tento neurčitý právní pojem může ocitnout.¹⁰

Neurčité pojmy jsou navíc specifické nejen svou neurčitostí, ale i potenciálem pro to, aby se skrze ně dostávaly do práva i obsahy pocházející nejen z práva, ale i z jiných normativních systémů. Obsah neurčitého pojmu tedy není možné nikdy pojmut v jeho celistvosti jen na základě práva samotného. Neurčité právní pojmy tak často slouží jako dveře, kterými propojujeme právo např. s morálkou. To může být problematické co do zjišťování obsahu takových pojmů, nicméně návaznost práva na společnost a jiné normativní systémy v ní působící je minimálně od vzniku sociologie práva v zásadě obecně přijímanou perspektivou.¹¹

Cílem tohoto textu tedy v žádném případě není daný pojem hloubkově analyzovat. Tento text si tento neurčitý pojem půjčuje pouze jako příklad, na němž ukážeme, s jakými úskalími se při hledání jádra pojmu v českém právním kontextu setkáváme, a budeme diskutovat, jakými metodologickými cestami by bylo možné tato úskalí překonat. Jak budeme diskutovat i v závěru tohoto textu, mapu, kterou tímto způsobem získáme, je potom možné použít jako základ pro další výzkum jak samotného pojmu veřejný pořádek, tak pro obecnější výzkum konceptualizace v právu.

Pro účely vytvoření této myšlenkové mapy či rozcestníku se v tomto článku zaměříme pouze na aktuální české právní prostředí, byť samozřejmě k tématu existuje mnoho zahraniční i mezinárodní relevantní literatury i judikatury. Důvodem tohoto zúžení je jak komplikovanost překladu zkoumaného pojmu, jelikož jeho obdoby v angličtině, němčině i francouzštině v sobě nesou významný obsahový posun, tak i rozsah případné šířeji pojaté studie, ze které by se tím nutně stala kniha namísto článku.

1. Dvě části pojmu: jádro a polostín

V současné době existuje celá řada přístupů, které se snaží vysvětlit, co to je „pojem“ (někdy se používá i z angličtiny přejaté slovo „koncept“): Od idealismu (pro který jsou pojmy samostatné a nezávislé entity) a realismu (pro který jsou pojmy vlastnosti přírodních nebo společenských entit), přes konceptualismus (pro který jsou pojmy mentální reprezentace různých přírodních nebo společenských jevů) až k nominalismu (pro který jsou pojmy reprezentované jazykové jednotky).¹² Tyto přístupy se však shodují na tom, že pojmy jsou pro lidský život zcela stěžejní a že fungují jako základ pro lidské poznávání, jazyk nebo matematické schopnosti¹³ a umožňují nám interagovat s naším okolím.¹⁴

⁹ Viz např. HECK, P. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1932, s. 52; HART, H. L. A. *The Concept of Law*; v českém právním prostředí tyto přístupy vysvětluje např. HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, nebo MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*. Praha: C. H. Beck, 2011.

¹⁰ Vzhledem k tomuto účelu článku je jeho podoba nutně přehledová, navíc je součástí víceletého výzkumného projektu, v jehož rámci jsou zjištění této teoretické studie konfrontovány s empirickým šetřením téhož tématu.

¹¹ Viz např. texty českých právních sociologů nebo zastánců sociologické jurisprudence.

¹² VON DER PFORDTEN, D. About Concepts in Law. In: HAGE, J. – VON DER PFORDTEN, D. (eds). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 19–24.

¹³ LAMBERTS, K. – SHANKS, D. *Knowledge, Concepts, and Categories*. Cambridge, MA: MIT Press, 1997.

¹⁴ MURPHY, G. L. *The Big Book of Concepts*. Cambridge, MA: MIT Press, 2002.

Právní pojmy nejsou v tomto ohledu jiné. Jsou považovány za určitou významovou jednotku, kolem které jsou vystavěna právní pravidla, která tyto pojmy používají. Porozumění právu se tedy od porozumění právním pojmům odvíjí a vysvětlení jeho podstaty bude záviset na tom, zdali budeme k pojmům přistupovat jako k něčemu, co existuje nezávisle na naší reprezentaci takového objektu, nebo zdali budeme pojmy chápat jako reprezentace, třeba i navázané na jazykové jednotky.

Bez ohledu na to, zdali použité slovo odkazuje k objektivně existujícímu jevu nebo entitě, nebo k (mentální) reprezentaci takového jevu nebo entity, má práce s právním pojmem povahu interpretačního cvičení: Ten, kdo aplikuje právo, určuje, zda faktické okolnosti případu je, nebo není možné podřadit – subsumovat pojmům, které právní pravidlo obsahuje.¹⁵

Česká právní teorie si specificky nepojmenovává, jaký přístup k pojmům preferuje, byt existující texty zabývající se interpretací a právním jazykem bychom asi mohli do určité míry klasifikovat jako nominalistické, a to tam, kde se propojují s jazykovědou a sémiotikou.¹⁶ Tento přístup však, vezmeme-li v potaz třeba Ogdenův a Richardsův sémiotický trojúhelník,¹⁷ nevylučuje ani kombinaci s konceptualistickými představami. Zohledníme-li však přístup základních učebních pomůcek teorie práva¹⁸ a dalších publikací výslovně se zabývajících interpretací právních textů,¹⁹ zjistíme, že při vymezování toho, co je právní pojem, navazují především na (logický přístup) Hecka a (do určité míry konceptualistický přístup) Harta.

Jak bylo uvedeno výše, při aplikaci práva je třeba jednotlivé faktické jevy podřadit pojmům obsaženým v pravidle. Jednotlivé jevy spadající pod rozsah právního pojmu si však ve vztahu k významu pojmu nejsou rovny. Rozsah pojmu tedy – i podle základních učebních pomůcek teorie práva²⁰ – můžeme dělit na jádro pojmu („významy, které mu nepochybně náleží“) a neurčitou část pojmu („významy, které mu mohou náležet“). Česká právní teorie²¹ tedy jasně navazuje při vymezování toho, co je právní pojem, především na Hecka a Harta.

Podle Hecka (s jehož přístupem v českém prostředí pracuje např. Melzer,²² na němž pak stojí i výše citovaná učební pomůcka) je třeba rozlišovat u (jakéhokoli) pojmu:²³

- a) jeho jádro (*Begriffskern* nebo *Vorstellungskern*), které je tvořeno jevy, které by pod daný pojem podřadil prakticky každý člen dané jazykové komunity; a
- b) neurčitou část (*Begriffshof* nebo *Vorstellungshof*), tedy jevy, které by pod daný pojem někteří zařadili, ale jiní už ne.

¹⁵ Srov. HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 126.

¹⁶ Viz např. ŠKOP, M. a kol. *Tvorba práva – empirické studie*. Brno: Masarykova univerzita, 2019. Acta Universitatis Brunensis Iuridica. Editio Scientia.

¹⁷ OGDEN, C. K. – RICHARDS, I. A. *The Meaning of Meaning. A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., 1930.

¹⁸ Viz např. HARVÁNEK, J. a kol. *Právní teorie*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 332–333.

¹⁹ Viz již výše zmiňovaní MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, nebo HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*.

²⁰ Viz např. HARVÁNEK, J. a kol. *Právní teorie*, s. 332–333.

²¹ Viz již výše zmiňovaní MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, nebo HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*.

²² MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 97.

²³ Toto rozlišení se objevuje napříč jeho dílem. Kromě již výše citovaného (viz výše HECK, P. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, s. 52) v *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* hovoří v kontextu porozumění o *Vorstellungskern* a *Vorstellungshof* (viz HECK, P. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr, 1914, s. 46).

To důležité zde je, že právní pojmy nemají jasné vnější hranice: ve chvíli, kdy jev spadá do neurčité části pojmu, nemáme jistotu v tom, zdali se pravidlo, které takový pojem obsahuje, bude aplikovat, či nikoli.²⁴

Podobný přístup k pojmům využívá Hart. Podle Harta má právo proto, že je sdělováno jazykem, tzv. otevřenou texturu.²⁵ Ta podle Harta znamená, že existují „*oblasti, které musí zůstat otevřené dotvoření ze strany soudů [...], které budou právo aplikovat s ohledem na konkrétní okolnosti [...], které se budou měnit případ od případu*“.²⁶ Tato otevřená textura má v zásadě sémantický rozměr: ten, kdo aplikuje právní pravidlo, má vždy určitou míru diskrece, a vnitřní hranice této diskrece jsou dány právě jádrem pojmu.²⁷ I Hart totiž rozlišuje mezi jádrem pojmů a neurčitou částí pojmu – tzv. polostínem pojmu. A podle toho, zda se jev podřazovaný danému pojmu nachází v jeho jádru či polostínu, potom rozlišuje mezi určitou jednoduchou a hraniční aplikací daného pravidla.

Jednoduchá je aplikace pravidla tehdy, kdy o podřazení daného jevu v pravidle použitím pojmu není sporu. Hart přímo mluví o situacích, které nevyžadují interpretaci a podřazované jevy jsou známé a často se vyskytující v obdobných kontextech. V takových případech existuje obecná shoda na tom, že je dané jevy možné danému pojmu podřadit.²⁸ V hraničních situacích však tato obecná shoda chybí, interpretační pravidla nevyklučují, že aplikující zavedou do různých konců. Volba aplikujícího mezi možnostmi (podřadit či nepodřadit zkoumaný jev danému pojmu) je nevyhnutelná.²⁹

Raban vysvětluje, že „*[j]ádru a polostín práva sledují jádro a polostín obecných pojmů, které se objevují v právních pravidlech. Jinými slovy, zda je případ pro právo jasný, je funkce toho, zda se jedná o jasný případ aplikovatelnosti oněch obecných pojmů, které se objevují v daném právním pravidle. Když je nejistá aplikace obecných pojmů, je nejisté i právo.*“³⁰ Této dualitě jistého jádra a polostínu pochybnosti podle Harta vlastně nelze uniknout.³¹ I pokud si ve vymezení obsahu pojmů pomáháme definicemi, není vyloučeno, že pojmy, které se objeví v těchto definicích, budou samy mít svůj polostín neurčitosti.³²

Z toho tedy vyplývá, že neurčitost je jazyková nevyhnutelnost,³³ která nezbytně ovlivňuje aplikaci práva.³⁴ Zvláštní případy této neurčitosti však do sebe právo inkorporuje záměrně: neurčité právní pojmy.

I tyto pojmy můžeme vymezovat skrze chybějící hranice jejich rozsahu.³⁵ V tomto případě se však jedná nikoli o nevyhnutelný dopad použití jazyka, ale přímo o záměr zákono-

²⁴ BULYGIN, E. *Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 134. Bulygin dále odkazuje na HECK, P. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, s. 52–53.

²⁵ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 128.

²⁶ *Ibidem*, s. 135.

²⁷ *Ibidem*, s. 144.

²⁸ *Ibidem*, s. 126.

²⁹ *Ibidem*, s. 127.

³⁰ RABAN, O. *Modern Legal Theory and Judicial Impartiality*. Routledge-Cavendish, 2003, (překlad autorky).

³¹ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, s. 123.

³² *Ibidem*, s. 134.

³³ Komplexně viz např. CHRISTIE, G. C. Vagueness and Legal Language. *Minnesota Law Review*. 1964, Vol. 48, s. 885–911.

³⁴ Například Hlouch (který v tomto kontextu navazuje na Wróblewského) říká, že neurčitost je „*klíčovou vlastností právního jazyka*“. Viz HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*, s. 54, který odkazuje na WRÓBLEWSKI, J. *Rozumenie prawa i jego wykładnia*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1990, s. 32. To stejné vyplývá i z ASGEIRSSON, H. *The Nature and Value of Vagueness in Law*. Oxford: Hart Publishing, 2020, s. 74–75.

³⁵ HLOUCH, L. Právní interpretace. In: HARVÁNEK, J. a kol. *Právní teorie*, s. 322.

dárce. Jejich sémantická otevřenost – a často i hodnotová a hodnotící povaha – umožňuje flexibilní dotváření a přetváření práva bez nutnosti zásahu zákonodárce. Tyto pojmy však není možné přesně vymezit ani skrze jejich obsah.³⁶ Asgeirsson dokonce uvádí, že použití neurčitých pojmů, které nejsou opatřeny žádnou intenzionální definicí, je v rámci celého systému výhodnější, protože nenutí soudy a další subjekty aplikace práva interpretovat nejen daný neurčitý pojem, ale i onu intenzionální definici, která bude nezbytně také do značné míry neurčitá.³⁷

Dalo by se tedy říct, že neurčitá část těchto pojmů je tak velká, že většina případů, v nichž je třeba aplikovat normy, které neurčité pojmy obsahují, jsou ony případy hraniční. Sobek však upozorňuje, že tato neurčitost jde ještě dál, protože i sám pojem „neurčitý případ“ je neurčitý.³⁸ Pokud tedy neexistuje shoda na tom, zda je, řekněme, nějaká smlouva v rozporu s dobrými mravy, ve skutečnosti neexistuje shoda na tom, zda se jedná, či nejedná o tento hraniční případ.³⁹

Řešením tohoto typu komplexní neurčitosti v právu je tedy opakující se kontextuální odpovídání na otázku, zda zkoumaný jev podřadíme, či nepodřadíme pod daný právní pojem. Jen skrze tuto praxi a vystavování daného neurčitého pojmu konkrétním situacím dostáváme informace nejen o konkrétních případech, které praxe podřazuje danému pojmu, ale implicitně i o tom, ve kterých situacích o tom bylo, nebo nebylo sporu, tedy i o jádru tohoto pojmu.

Neurčité pojmy jsou tedy nutně navázány na společenskou a právní situaci v daném místě a v daný čas. V důsledku toho se jejich právní uchopení neustále proměňuje v nekonečném přelévání mezi děním ve společnosti a tím, jak jsou tyto neurčité pojmy aplikovány, jak jsou vymezovány judikaturou nebo odbornou literaturou, a to jak co do svého rozsahu (extenze), tak co do svého obsahu (intenze). Na tom není samo o sobě nic špatného a překvapivého, ale právě kvůli tomu jsou neurčité pojmy, jako například onen „veřejný pořádek“, který zajímá i tento text, ještě tekutější, než tomu u právních pojmů bývá obvykle zvykem.

Pro porozumění neurčitým pojmům je tedy třeba hledat a poznávat jejich jádra. Jen ta totiž pomohou nastavit potenciální hranice pojmových polostínů. Při hledání jádra tohoto pojmu se však nacházíme v trochu jiné situaci, než když přemýšlíme, zdali by koloběžka mohla být vozidlem. Řešíme-li rozsah pojmu „*vehicle*“ (vozidlo) v pravidle „*No vehicles in the park*“, abychom použili Hartův často citovaný příklad, postupujeme tak, že si představíme takový příklad, který by do rozsahu pojmu „*vehicle*“ určitě spadal. Takovým příkladem by mohl být třeba automobil. Tomu pak přizpůsobujeme naše úvahy o tom, zdali je tomuto pojmu možné podřadit i koloběžku.⁴⁰ Tento přístup není nepodobný teorii prototypu využívané v kognitivní psychologii. Podle tohoto přístupu je prototyp ideálním reprezentantem množiny.⁴¹ Teorie prototypu však na rozdíl od intenzionálních definic

³⁶ MATES, P. K problematice neurčitých právních pojmů ve správním právu. *Právní rozhledy*. 2007, č. 9. s. 326–329.

³⁷ ASGEIRSSON, H. *The Nature and Value of Vagueness in Law*, s. 64.

³⁸ SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 75.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. 1958, Vol. 71, No. 4, s. 607.

⁴¹ Viz ROSCH, E. Reclaiming cognition: The primacy of action, intention and emotion. *The Journal of Consciousness Studies*. 1999, Vol. 6, No. 11–12, s. 61–77. Tento náš názor, že Hartův přístup není nepodobný teorii prototypu sdílí i Mateusz Zeifert. Viz ZEIFERT, M. Rethinking Hart: From Open Texture to Prototype Theory – Analytic Philosophy Meets Cognitive Linguistics. *International Journal for the Semiotics of Law*. 2020, Vol. 35, No. 1. <https://doi.org/10.1007/s11196-020-09722-9>.

nevyžaduje dokonalé podřazení zkoumaného jevu pojmu; stačí dodržet ty základní, díky kterým se bude dařit konceptu stále rozumět.⁴²

Úvahy o jádru pojmu však sdílí charakteristiky všech těchto přístupů: Na jednu stranu můžeme k jádru přistupovat tak, že identifikujeme prototyp jako ideální příklad daného pojmu, na stranu druhou se můžeme pokusit zformulovat intenzionální definici takového pojmu.⁴³ Kromě toho se však také můžeme pokoušet zmapovat celý rozsah zkoumaného pojmu, byť v takovém případě víme, že zůstane vždy jen u pokusu.

Týmž způsobem postupujeme i u pojmu neurčitých: Protože není prakticky možné nalézt celý rozsah a vyjmenovat každý jeden jev, o kterém bychom mohli říct, že je třeba v rozporu (nebo v souladu) s veřejným pořádkem, bude docházet k pokusům o vymezení obsahu tohoto pojmu.

V následujícím textu se tedy zaměříme na fakticitu používání zkoumaného pojmu. Budeme zkoumat, zda a v jakých situacích se právní řád pokouší o formulace intenzionálních definic, tj. definic obsahu pojmu, a zda a v jakých situacích pouze zařazuje nějaký jev do rozsahu pojmu. Na základě těchto zjištění budeme diskutovat, do jaké míry se tak právnímu řádu daří vytvořit obraz o jádru tohoto pojmu.

2. Hledání definice a vysvětlení

Definice pojmu veřejný pořádek není výslovně zakotvena, a to ani v českém právu, ani v právu evropském nebo mezinárodním. To ale není pro neurčitý pojem ani nijak překvapivé, ani samo o sobě problematické. Bohužel nám to ale v pochopení toho, co je jím myšleno, nijak nepomůže. Již i Jiří Hoetzel ve třicátých letech upozorňuje, že: „*Není pochybnosti, že zvláště elastický je pojem veřejného pořádku a že ho má býti užíváno s taktem.*“⁴⁴ I přes tuto neexistenci zákonné definice (nebo právě kvůli ní) je možné napříč odbornou literaturou i judikaturou nalézt pokusy o to pojem nějak souhrnně vymežit.

Hendrychův a Fialův *Právní slovník*, jako jedno z kompendií pokusů o obecná vymezení a vysvětlení právních pojmů a institutů, uvádí, že „*[v] veřejný pořádek představuje předpisem neurčený pojem. V obecném slova smyslu představuje soubor pravidel nebo zásad chování na veřejnosti.*“⁴⁵ Je zjevné, že se zde pokouší o definici velmi obecnou, a tedy široce použitelnou. Ve své obecnosti je bohužel také dost nicneříkající. Navíc není zřejmé, o jaká pravidla se má jednat.

Karel Eliáš pojem definuje jako: „*souhrn norem umožňující fungování společnosti rovnoprávných a svobodných lidí, vědomých si svých povinností vůči druhým a odpovědností vůči celku.*“⁴⁶ Opět zde tedy vidíme důraz na blíže neurčené normy (tedy pravidla), odkazuje však na nějaké obecné fungování společnosti složené z odpovědných jedinců. Zároveň však jedním dechem dodává, že „*je nutné mít na paměti, že v různých právních odvětvích*

⁴² FOX, M. J. Prototype Theory: An Alternative Concept Theory for Categorizing Sex and Gender? *Knowledge Organization*. 2011, Vol. 38, No. 4, s. 328–34.

⁴³ Obsah – intenze – pojmu je více či méně komplexní popis, který stanoví podmínky, za nichž daný jev spadá do rozsahu – extenze – pojmu. Komplexně k intenzionalitě v právních konceptech viz CONDELLO, A. The Intensionality behind Legal Concepts and Their Extensional Boundaries: Between Conventionalism and Interpretivism. *Ratio Juris*. 2016, Vol. 29, No. 4, s. 442.

⁴⁴ HOETZEL, J. *Československé správní právo: část všeobecná*. 2. přepracované vydání. Praha: Melantrich, 1937, s. 20.

⁴⁵ HENDRYCH, D. – FIALA, J. *Právní slovník*. 3. podstatně rozšířené vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.

⁴⁶ ELIÁŠ, K. K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Bulletin advokacie*. 2015, č. 9, s. 12–34.

má pojem veřejného pořádku sice stejný základ daný jeho obecnou charakteristikou, avšak konkrétní obsah se různí“.⁴⁷ Co je však tedy tou obecnou charakteristikou? Jen to, že se jedná o „souhrn norem“ nebo „souhrn pravidel a zásad“? A odkud tyto normy, pravidla a zásady pocházejí?

Možný původ těchto norem, pravidel a zásad se pokusil vymezit správní soud, když v jednom svém rozhodnutí uvedl, že „je nicméně možno dle názoru zdejšího soudu definovat veřejný pořádek jako normativní systém, na němž je založeno fungování společnosti v daném místě a čase a jenž v sobě zahrnuje ty normy právní, politické, mravní, morální a v některých společnostech i náboženské, které jsou pro fungování dané společnosti nezbytné. Nadto je možno pod pojmem veřejného pořádku rozumět také faktický stav společnosti, k němuž je dodržování tohoto heterogenního normativního systému zacíleno. Narušení veřejného pořádku je proto zároveň narušením normy a zároveň narušením optimálního stavu společnosti, který je účelem a dispozicí této normy.“⁴⁸ Tato definice rozpoznává dvojí rozměr: jako normativního systému i faktického stavu společnosti. Vidí ho jako optimální stav společnosti. Faktem ale je, že sám Nejvyšší správní soud později tuto definici ve svém dalším rozhodování odmítl v rozhodnutí rozšířeného senátu s poukazem na to, že ani ta nejobecnější definice tohoto pojmu není možná.⁴⁹ Zde se tedy dostáváme do slepé uličky, byť se jevila velmi slibně, a to především svým komplexním přístupem k vymezení daného pojmu.

Pokud tedy cesta nevede přes vymezení povahy daných pravidel, nebude onou obecnou charakteristikou i účel? A do jaké míry je regulace „chování na veřejnosti“ jako účel pojmenovaný výše Hendrychem a Fialou ekvivalentní onomu „fungování společnosti rovnoprávných a svobodných lidí, vědomých si svých povinností vůči druhým a odpovědností vůči celku“ dle Eliáše?

Na účelu staví i vymezení v mezinárodním právu.⁵⁰ Podle slovníku mezinárodního práva je totiž v mezinárodním právu soukromém veřejný pořádek jednotlivých států kolektivem, na jehož základě lze omezit některá základní práva, a v mezinárodním právu veřejném jde o základ nezměnitelných norem mezinárodního práva, tj. *ius cogens*.⁵¹ Byť se mezi těmito dvěma odvětvími práva chápání významně liší, nelze přehlédnout výrazného společného jmenovatele: účel, kterým je zajištění fungování vztahů aktérů v této oblasti.

Propojení pojmu ve vnitrostátním právu s jeho mezinárodním pojetím – a potenciálně i při hledání významu tohoto pojmu v jiných právních řádech – však narážíme na další dimenzi komplexnosti tohoto pojmu: to, co jím označujeme v češtině, má v různých kontextech a různých právních systémech různá označení, jako například ono *public order/ordre public* v mezinárodním právu, *public policy* v *common law* apod.

Například Tichý upozorňuje, že „[p]ojmy ‚öffentliche Ordnung‘, ‚ordre public‘ a ‚public policy‘ mají v Německu, Francii a Anglii mnohé společné významy, obsahují však i značné

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu – senátu ze dne 16. 5. 2007, sp. zn. 2 As 78/2006 – 64.

⁴⁹ Usnesení Nejvyššího správního soudu – rozšířeného senátu ze dne 26. 7. 2011, sp. zn. 3 As 4/2010 – 151.

⁵⁰ Specifické je to v mezinárodním právu, kde ale veřejný pořádek znamená také souhrn zásadních pravidel nutných pro klidný stav věcí, tentokrát ale výrazně omezenější co do rozsahu a jen mezi aktéry mezinárodních vztahů.

⁵¹ GRANT, J. P. – BARKER, J. C. *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 488.

odchylky“.⁵² K výše popsané neurčitosti pojmů se tak přidává nejistota způsobená překladem a jen částečnou možností skutečné ekvivalence právní terminologie napříč právními řády. Doslovný překlad tu tedy není příliš praktický a dochází v něm místy i k významnému významovému posunu. Například do angličtiny je vhodné pojem překládat spíše jako *public policy*. Pojem *public order* se totiž vztahuje spíše k místnímu veřejnému pořádku v tom smyslu, jak s ním zachází zákon o obcích. Francouzský *ordre public* je pak významově nejširší, v Německu se s ním proto překrývá spíše sousloví *öffentliche Sicherheit und Ordnung*.⁵³ Není však jasné, s jakým významem pracuje český právní řád, respektive s jakými významy na kterých místech právního řádu.

Je tedy patrné, že a proč může být hledání intenzionálního vymezení i v těchto rozměrech jak matoucí, tak vysvětlující: vysvětlující proto, že má kapacitu nám odhalit komplexnost pojmu, který zkoumáme, případně upozornit na to, že v konkrétních prostředích pracujeme vlastně s jinými koncepty, byť označovanými stejnými slovy; matoucí proto, že se zdá, že stejným slovem označujeme více konceptů. Z jazykového hlediska to tedy navíc znamená, že není vyloučeno, že obsahy jednoho z konceptů se díky použití stejného slova budou přelévat do obsahů jiného.

I přes jejich obecnost a vágnost je však možné ve výše uvedených definicích vysledovat určitý společný základ: nabízí se představa souboru pravidel (norem, zásad) tvořících pozitivně vnímaný stav společnosti v určitém čase a na veřejném místě (normativní rozměr), případně samotný tento (ze zmíněných pravidel vycházející) stav společnosti (sociologický rozměr). Zmíněná pravidla přitom původem můžou být i mimoprávní, stejně tak i vztahy na nich založené nemusí být nutně jen právní. Zároveň se v těchto definicích objevuje i více či méně vágně pojmenovaný účel, k němuž tato pravidla směřují, ať už je to ochrana zájmů veřejnosti, korektiv nebo zajištění fungování společnosti.

Je tedy možné, že by jádrem daného pojmu byly tyto jeho dvě dimenze? Nedožíváme se z nich však nic o samotném rozsahu tohoto pojmu, proto je pro účely našeho dalšího zkoumání považujeme spíše za určitou slupku, rámuující nám sice ony „základní charakteristiky“ pojmu a naznačující velmi obecně nějaké informace o jeho obsahu (pravidla a jaký – opět velice obecně – typový obsah mají tato pravidla), nikoli však jeho rozsah. Literatura však přichází i s náznaky vymezení obsahu pojmu, často v návaznosti na konkrétní oblast práva, v níž se tento pojem nachází.

Pojďme se podívat, jestli by nám tu nepomohlo porozumět vývoji tohoto pojmu. Samotný institut pochází z francouzského *Code civil*, kde je upraven dodnes. Odtud se stal inspirací pro jiné právní úpravy, a to zprostředkovaně přes tu švýcarskou i do české. Toto originální použití se vztahovalo k tzv. vnitřnímu veřejnému pořádku, který konkrétně zahrnoval „veškeré kogentní právo bez ohledu na to, zda je jeho kogentní charakter výslovně vyjádřen či implicitně vyplývá z funkce daného právního předpisu (viz doktrína *ordre public virtuel*), nebo je zřejmý z významu nadřazených právních principů“.⁵⁴ I zde se tedy objevuje odkaz k pravidlům, konkrétně ve „veškerém kogentním právu“. Pravidla jsou zde již však vymezena – oproti výše zmíněnému – o něco konkrétnějším způsobem.

⁵² TICHÝ, L. Veřejný pořádek jako tzv. obecná klauzule v soukromém právu z hlediska evropského kontextu. In: *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2015, roč. 61, č. 3, s. 90.

⁵³ *Ibidem*, s. 90.

⁵⁴ SONNENBERGER, H. J. Dílčí reforma francouzského *Code civil*. *Jurisprudence*. 2018, č. 4, s. 3–11, citace s. 7.

Eliáš ale ve své analýze obsahu pojmu uvádí, že se skládá z normativních právních pravidel, na kterých stojí sociální řád. Je proto heterogenní, obsahující i mravní a politické aspekty.⁵⁵ Kogentnost se nám tu sice ve své explicitní podobě ztrácí, zato se tu objevuje podmínka toho, že jsou to fundamenty sociálního řádu, které by ze své podstaty měly být kogentní, a tedy je tu požadavek dán implicitně. Stále však mluvíme o právních normách, v našem případě jde tedy o překryv právního řádu a sociálního řádu. Tomu odpovídá i pojetí, které zastávají Králíčková a Nový, když uvádí, že „[č]eské právo, ve shodě s [...] právem dalších zemí EU, považuje za veřejný pořádek fundamentální hodnoty daného právního řádu, typicky ústavního charakteru“.⁵⁶

Obdobně sleduje obsah pojmu Tichý, když jej vysvětluje jako právní kategorii, „jejímž obsahem jsou převážně instituty ústavního práva. Ty jsou měřítkem přípustnosti, resp. nebo naopak neakceptovatelnosti určitých postupů či jevů.“⁵⁷ Dává smysl, že fundamentální právní pravidla, tvořící základ sociálního řádu, by nejčastěji měla být součástí ústavního práva, tedy odvětví s normami s nejvyšší právní silou. I tato definice tedy k těm výše uvedeným zapadá.

Eliáš ale zároveň upozorňuje na široké použití pojmu i v komunitárním a mezinárodním právu, přičemž ale takové použití může být dokonce protikladné k vnitrostátnímu chápání. I v rámci něho ale dochází ke komplikacím, protože správněprávní chápání nelze jen tak přenést např. do soukromého práva. To, co je však vnitrostátnímu právu ve všech jeho odvětvích společné, je, že zná především veřejný pořádek ve smyslu vnitřního veřejného pořádku, k němuž v protikladu je ten mezinárodní.⁵⁸ V tomto případě tedy nacházíme zásadní rozdíly, které nás mohou vést k úvaze, že evropský a mezinárodní pořádek označují jiné koncepty, než je ten pro vnitřní veřejný pořádek.

S tím je částečně v rozporu přístup Tichého, podle kterého se jako celek skládá ze základních lidských práv, základních právních principů, evropské dimenze a mezinárodního charakteru.⁵⁹ Může mít pozitivní (tj. na některých normách bezpodmínečně trvá) i negativní funkci (tj. brání vlivu cizího právního řádu) a je relativní, takže může mít plnou či oslabenou variantu (v závislosti na míře vlivu cizího prvku).⁶⁰ A právě v kontextu evropského pojmu veřejný pořádek upozorňuje na nebezpečí neúplné ekvivalence těchto pojmů, přesahující i do některých vnitrostátních právních odvětví. Nejenže tedy rozlišuje mezi vnitrostátním a mezinárodním rozměrem pojmu, vypočítává vedle nich ještě i jiný evropský. Zvláště v rámci vnitrostátního práva zdůrazňuje jeho využití v tzv. policejním právu, kam patří např. věci z azylového práva.⁶¹

Zdá se tedy, že jednou z cest, jak pojem vymezit, je opustit představu tak vlastní právu, že jedno slovo by mělo označovat jeden právní koncept, a pracovat s představou, že spíš

⁵⁵ ELIÁŠ, K. K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Bulletin advokacie*, s. 12–34.

⁵⁶ KRÁLÍČKOVÁ, Z. – NOVÝ, Z. Dvě matky, jedno dítě, nejlepší zájem dítěte a veřejný pořádek. *Právní rozhledy*. 2017, č. 15–16, s. 524–530.

⁵⁷ TICHÝ, L. Veřejný pořádek jako tzv. obecná klauzule v soukromém právu z hlediska evropského kontextu. In: *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2015, roč. 61, č. 3, s. 82.

⁵⁸ ELIÁŠ, K. K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Bulletin advokacie*, s. 12–34.

⁵⁹ TICHÝ, L. Veřejný pořádek jako tzv. obecná klauzule v soukromém právu z hlediska evropského kontextu. In: *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2015, roč. 61, č. 3, s. 82–83.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ TICHÝ, L. Veřejný pořádek jako tzv. obecná klauzule v soukromém právu z hlediska evropského kontextu. In: *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2015, roč. 61, č. 3, s. 77–108.

než hledat kontextu specifické obsahy je lepší pracovat s představou, že existuje více veřejných pořádků. Nabízí se tedy varianta, že ho může být více druhů, a to v návaznosti na to, do jaké oblasti práva náleží. V takovém případě by „veřejný pořádek“ mohl být zastřešujícím pojmem, který je ale složen z mnoha dílčích a mezi sebou významně odlišných variant. Z toho důvodu se v další části tohoto článku zaměříme na český vnitřní veřejný pořádek.

3. Hledání jádra a polostínu pojmu v české právní praxi

Vzhledem k tomu, že teoretické zkoumání v principu intenzionálních definic objevujících se v odborné literatuře ani souvisejících vysvětlení nám pojem veřejného pořádku příliš neosvětlilo (a to ani při omezení na vnitřní), musíme se vydat dál. Jelikož žádný právní pojem neexistuje sám o sobě, ale realizuje se v právní praxi, je třeba se podívat na to, jak se zkoumaným pojmem pracují ti, kdo ho užívají, ať už v pozici normotvůrce, nebo soudce. V právní praxi tak bude docházet k situacím, kdy budou konkrétní jevy označovány za souladné nebo rozporné s veřejným pořádkem; budou tedy subsumovány nebo vyřazovány z rozsahu – extenze – pojmu. Z výše uvedeného však vyplývá, že zkoumaný pojem je na velmi obecné rovině používán dvěma různými způsoby: na jednu stranu je používán v situacích, kdy je přímo nějaký jev vyhodnocen jako jeho porušení, na stranu druhou je používán jako korektiv, tedy jako nástroj ochrany společnosti vůči možným narušitelům. Rozehnalová těmto dvěma typům použití říká pozitivní a negativní.⁶²

3.1 Jako korektiv, tj. v negativním smyslu

Vycházíme-li z předpokladu, že veřejný pořádek skutečně zahrnuje a chrání fundamentální pravidla či hodnoty ve společnosti, došli jsme na základě výše shrnutého studia teoretických vymezení k závěru, že se ve svém negativním smyslu, tj. jako korektiv, týká především základních lidských práv a základních pravidel v občanskoprávních vztazích, vztahu českého státu (a práva) k cizím osobám a cizímu právu jakožto možným narušitelům těchto fundamentálních hodnot a fungování společnosti na nich založeném.

3.1.1 Veřejný pořádek a základní lidská práva

Přímo v Ústavě sice není zmíněn, podle Eliáše ho lze však považovat za jednu z podstatných náležitostí právního státu podle čl. 9 odst. 2.⁶³ To s sebou samozřejmě nese využívání korektivu i v ústavněprávních věcech, kde by to na základě textu Ústavy nemuselo být na první pohled očekávatelné.⁶⁴

Na nejvyšší úrovni pyramidy právní síly ale nalezneme pojem explicitně v ústavním zákonu č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod, a to hned v několika člancích. Týkají se nedotknutelnosti obydlí, svobody pobytu a pohybu, náboženské svobody, svobody shromažďování a svobody sdružování včetně odborů. Ve všech těchto přípa-

⁶² Dělení na negativní a pozitivní rozměr veřejného pořádku je převzato z doktríny mezinárodního práva. Viz např. ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016. s. 170–171.

⁶³ ELIÁŠ, K. K pojetí dispozitivního práva v občanském zákoníku. *Bulletin advokacie*, s. 12–34.

⁶⁴ Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

dech je korektivem, kvůli kterému lze výše zmíněné svobody omezit. Není jediným takovým důvodem, ve všech těchto případech je ve společnosti ochrana bezpečnosti, života nebo zdraví, případně práv a svobod druhých. Pro aplikaci těchto omezení ale vždy platí, že jsou hodnotou, která je v dané situaci v protikladu k chráněnému právu či svobodě a vůči nimž je posuzována přiměřenost jejich omezení. A aby to bylo možné, musí jim být rovnocenný.⁶⁵

Příkladem tohoto střetu může být případ sp. zn. I. ÚS 3226/16. Šlo v něm o uznání kalifornského rozsudku o rodičovství homosexuálního páru, kterému dítě odosila náhradní matka.⁶⁶ Ústavní soud vyložil pojem veřejný pořádek ústavně-konformně tak, aby byl v souladu s nejlepším zájmem dítěte a jeho právem na rodinný život. Nicméně sám soud explicitně zdůraznil, že se jedná o rozhodnutí, které posuzuje zachování probíhající právní i faktické reality toho, že dítě s oběma rodiči tvoří rodinu. Není tak problematické, pokud český stát tento stav uzná, ale neznamená to paušální uznání náhradního mateřství nebo adopce dětí homosexuálními páry. (Ostatně i tak rozhodnutí vzbudilo značný rozruch nejen u odborné veřejnosti.)⁶⁷ Co do rozsahu zkoumaného pojmu tak můžeme s jistotou uzavřít jen to, že součástí veřejného pořádku je respektování základních práv a svobod.

3.1.2 Ve vztahu k cizincům

Výraz veřejný pořádek se vyskytuje i v právní úpravě týkající se vstupu, zdržování se a oprávnění pobývat na našem území. Dostal se tak do právní úpravy trvalého i přechodného pobytu, stejně tak jako azylu. Ve všech těchto případech se použitý koncept jeví být korektivem, pro který lze cizinci pobyt apod. odepřít úplně či ukončit. Mezi sebou se různé varianty oprávnění liší tím, jak velké riziko narušení je ještě přípustné. V konkrétním obsahu takového narušení už ale záleží na soudu a z právní úpravy ho nelze vyčíst. Pro odepření vstupu je třeba důvodné nebezpečí, že dojde k závažnému narušení (§ 9),⁶⁸ pro ukončení přechodného pobytu nestačí nebezpečí, ale je třeba úmyslné závažné narušení (§ 19).⁶⁹ To stejné potom platí i pro trvalý pobyt.⁷⁰ Pro poskytnutí postavení dlouhodobě pobývajících rezidenta azylantovi nebo osobě s doplňkovou ochranou platí, že nesměl v minulosti závažným způsobem ohrozit veřejný pořádek.⁷¹ U udělení občanství sice není nenarušení uvedeno, ale jelikož je jím podmíněno získání trvalého pobytu, který je podmínkou získání občanství, de facto je jeho podmínkou také.⁷² Nejvyšší správní soud se pojmem veřejného pořádku tedy zabývá často, a společně těmito případy je právě posuzování, jestli by ho žadatelé mohli ohrozit, případně jak závažně.

V rozhodnutí ze sp. zn. 2 As 78/2006-64 tak Nejvyšší správní soud rozhodoval případ ženy, která uzavřela manželství s Čechem pouze za účelem získání povolení k trvalému

⁶⁵ Ústavní zákon č. 2/1993 Sb. Listina základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů.

⁶⁶ Usnesení Ústavního soudu ze dne 6. 12. 2016, sp. zn. I. ÚS 3226/16.

⁶⁷ Viz např. TELEČ, I. Kritický pohled na náleží Ústavního soudu: uznání kalifornského rodičovského statusu stejnopohlavního manžela. *Právní rozhledy*. 2017, roč. 25, č. 19, s. 670–674.

⁶⁸ Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění pozdějších předpisů.

⁷² Zákon č. 186/2013 Sb., o státním občanství České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

pobytu, tedy šlo o fingované manželství. Soud došel k závěru, že takové jednání je rušivé, a dovysvětlil, že veřejný pořádek je „neurčitým právním pojmem, jehož obsah je jednak proměnlivý a jednak neztotožnitelný s pouhou výsečí jediného z existujících normativních systémů, neboť v sobě neobsahuje pouze normy morální či pouze normy právní, ale přinejmenším normy obou těchto druhů [...]. Má tedy veřejný pořádek coby normativní systém povahu heterogenní a normy v něm obsažené nespojuje povaha jejich závaznosti a původu, nýbrž jejich účel, tedy optimální fungování společnosti.“ K tomu navíc dodal definici, která je uvedena v první kapitole tohoto článku, tedy že jde o normativní systém i faktický stav společnosti.

To v rozhodnutí rozšířeného senátu sp. zn. 3 As 4/2010, který sjednocoval především právě vymezení pojmu, Nejvyšší správní soud rozhodl, že „[p]ři výkladu pojmu ‚veřejný pořádek‘, resp. ‚závažné narušení veřejného pořádku‘ [...], je třeba brát v úvahu nejen celkový smysl dané právní úpravy, ale přihlížet i k rozdílným okolnostem vzniku, původu a účelu jednotlivých ustanovení, v nichž jsou tyto pojmy užity.“⁷³ V tomto případě to znamenalo, že když se stěžovatel, který uzavřel fingované manželství, domáhal eurokonformního výkladu, soud došel k závěru, že i při jeho použití k narušení došlo.

V rozhodnutí sp. zn. 1 As 175/2012 Nejvyšší správní soud řekl, že „[n]aplnění pojmu závažného narušení veřejného pořádku [...] nelze ztotožnit s jakýmkoliv protiprávním jednáním cizince. Musí jít o jednání vsutku závažné (intenzitou, nebo významem chráněného zájmu, proti němuž směřuje) a aktuální, byť [...] naplní tento pojem i jednání méně intenzivní a méně aktuální.“⁷⁴ V tomto případě to znamenalo, že cizinec z třetí země podnapilý napadl policisty, takže nedostal oprávnění k trvalému pobytu. Je tedy jasné, že napadení představitele veřejné moci rozhodně v rozporu je. V rozhodnutí sp. zn. 5 Azs 2/2016 soud navíc rozhodl, že nerespektování pravomocného a vykonatelného rozhodnutí o správním vyhoštění samo o sobě nepostačuje k závěru o tom, že tento žadatel představuje nebezpečí.⁷⁵

Z těchto rozhodnutí tedy primárně získáváme informace o rozsahu pojmu tak, jak je používán v této oblasti. Pokud bychom z těchto příkladů měli jakkoli abstrahovat, pak se zdá, že ve vztahu k cizím osobám je využíván jako štít, jehož účelem je chránit český stát a jeho právní řád před nežádoucími prvky a vlivy. Do popředí se tak dostává právě účel tohoto pojmu. Vymezení obsahu tohoto pojmu je tu klíčové, aby onen štít bylo možné použít. Obecná definice však byla odmítnuta s poukazem na odlišný obsah tohoto pojmu na různých místech právního řádu. Spojuje je však fundamentálnost pravidel, která ho tvoří. Je stále přítomna, mimo jiné i vzhledem k tomu, že porušení jen těch zcela zásadních norem je porušením veřejného pořádku.

3.1.3 Ve vztahu k cizímu právu

S veřejným pořádkem coby korektivem je možné se setkat i v mezinárodním právu soukromém, což je zjevné z ustanovení § 4 zákona o mezinárodním právu soukromém, nazvaného Výhrada veřejného pořádku. Ten stanoví, že: „[u]stanovení zahraničního právního řádu, jehož se má použít podle ustanovení tohoto zákona, nelze použít, jestliže by se účinky

⁷³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 7. 2011, sp. zn. 3 As 4/2010.

⁷⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 2. 2013, sp. zn. 1 As 175/2012.

⁷⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 3. 2016, sp. zn. 5 Azs 2/2016.

*tohoto použití zjevně přičily veřejnému pořádku“.*⁷⁶ Tuto úpravu důvodová zpráva odůvodňuje tím, že „[s] použitím zahraničního práva je spojeno nebezpečí, že jeho použití může vyvolat důsledky, které jsou v tuzemském prostředí nesnesitelné a neudržitelné. Proti takovým účinkům je nutné se bránit a takovou obranu poskytuje toto ustanovení o veřejném pořádku. V zákoně jde o veřejný pořádek z hlediska českého státu a českého právního řádu. [...] Ustanovení brání jen takovým účinkům, které jsou v rozporu např. se základními zásadami právního řádu, nikoliv tedy s každou kogentní normou.“⁷⁷

Nicméně i komentářová literatura k tomuto použití pojmu uvádí, že „je běžně používán v právních předpisech Evropské unie a mezinárodních smlouvách bez bližšího vymezení“.⁷⁸ Podle Pauknerové, Rozehnalové a Zavadilové tato absence znamená, že „výhrady veřejného pořádku se má použít, jestliže by se účinky použití cizího předpisu přičily takovým zásadám českého právního řádu, na nichž je nutno bez výhrady trvat, a dobrým mravům“.⁷⁹

Tomu, zdá se, odpovídá i česká judikatura. Například ve věci sp. zn. 20 Cdo 676/2016 tak rozhodl Nejvyšší soud, když řekl, že: „[r]ozpor s veřejným pořádkem se týká případů, kdy v řízení, z něhož příslušné rozhodnutí cizozemského soudu vzešlo, byla porušena základní práva účastníka řízení; trvání na ochraně základních práv jednotlivce bezpochyby k takovým základním principům právního řádu v České republice náleží [...]“.⁸⁰

Význam, se kterým pracuje zákon o mezinárodním právu soukromém, je stále vnitřním veřejným pořádkem, jehož prostřednictvím se bráníme vnějším nežádoucím vlivům. To, co brání, je vnímáno jako zásady, které jsou natolik fundamentální, že je třeba na nich trvat. Výše uvedené chápání tedy do rozsahu tohoto pojmu – minimálně v tomto kontextu užití – přidává ochranu základních lidských práv a normy upravující osobní status.

3.1.4 V civilním právu

Využívání zkoumaného pojmu pořádku v soukromoprávních odvětvích je v českém právu poměrně novou záležitostí, spojenou s přijetím nového občanského zákoníku. Pojem je uveden hned v § 1 odst. 2 o. z., podle něhož „nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona; zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti“.⁸¹ Ve svém důsledku potom rozpor s ním způsobuje absolutní neplatnost takových ujednání.

To vyplývá také z § 588 o. z., podle kterého to je pro zákonodárce dokonce jeden z hlavních důvodů absolutní neplatnosti. Podle tohoto ustanovení „soud přihledne i bez návrhu k neplatnosti právního jednání, které se zjevně přičí dobrým mravům, anebo které odporuje zákonu a zjevně narušuje veřejný pořádek“.⁸² Dürr vysvětluje, že jak je použitý v občanském zákoníku, představuje „sum[us] hodnot odlišnou od dobrých mravů s vlastní

⁷⁶ Zákon č. 91/2012 Sb., zákon o mezinárodním právu soukromém, ve znění pozdějších předpisů.

⁷⁷ PAUKNEROVÁ, M. – ROZEHNALOVÁ, N. – ZAVADILOVÁ, M. *Zákon o mezinárodním právu soukromém – Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2013.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 13. 12. 2016, sp. zn. 20 Cdo 676/2016.

⁸¹ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁸² Ibidem.

*regulační funkcí, jejímž účelem je (i) interpretace a rozlišování právních norem kogentních a dispozitivních, (ii) kontrola obsahu právních jednání a (iii) bližší vymezení působnosti soudů při určování absolutně neplatných právních jednání“.*⁸³ Opět se zde tedy setkáváme s představou, podle které se jedná o určité hodnoty schopné regulace (mohli bychom tedy říci pravidla) specifické svým účelem. Inspirace pro takovou úpravu je zjevně původem švýcarská, kde však hraje poměrně nevýznamnou roli. Švýcarská úprava se totiž týká jen pojmu ve smyslu vnitrostátním, zatímco pod český pojem se jakákoliv vnitřní systematika nevejde.⁸⁴

O samotném pojmu se tedy z občanského zákoníku nic nedozvíme, ale víme, že je natolik podstatný, že může způsobit až absolutní neplatnost a že zřejmě představuje určité propojení mezi veřejným a soukromým právem.

Nově se ke zkoumanému pojmu Nejvyšší soud vyjádřil v rozhodnutí 31 ICdo 36/2020. Soud se tu zabýval otázkou neúčinnosti právního úkonu, kterým jediný společník a jednatel společnosti započel svoji pohledávku vůči společnosti jen devět dní před tím, než podal návrh na insolvenční řízení. Nejvyšší soud tu řešil, zda takové jednání narušuje veřejný pořádek. Došel přitom k závěru, že ano, a odůvodnil to mimo jiné tím, že: „*veřejný pořádek zahrnuje základní pravidla, jež jsou pro společnost a její fungování esenciální a na jejichž dodržování je nutné trvat bez ohledu na případnou aktivitu jednotlivců. Jde o pořádek „veřejný“, jehož zachování není ponecháno v rukách jednotlivce. Určení toho, co vše (jaká pravidla) veřejný pořádek zahrnuje, je především věcí zákonodárce. To, zda určité pravidlo chrání veřejný pořádek (lze je považovat za součást veřejného pořádku), se podává zejména z jeho smyslu a účelu.*“⁸⁵ Tento výklad pojmu k našim výše uvedeným vysvětlením opět zapadá, protože zdůrazňuje esenciálnost zahrnutých pravidel. Navíc nám tu však přibývá explicitně i smysl a účel těchto pravidel jako hlavní vodítka toho, co je jeho konkrétním obsahem. Kontroverzně naopak vyznívá myšlenka, že ten, kdo to má určit, je zákonodárce.

Pojem se uplatňuje i v rámci rodinného práva. V usnesení ze dne 16. 8. 2018, sp. zn. 21 Cdo 1012/2016, Nejvyšší soud dovozoval, že pokud se otec domáhá prominutí lhůty k popření otcovství, není jen to, že má rodičovskou odpovědnost k dítěti, které není jeho biologickým potomkem, důvodem narušení veřejného pořádku. Výslovně se pak pokouší vymezit pojem v – jak tvrdí – „obecné rovině“. Pokouší se tedy, minimálně částečně, o specifikaci obsahu, když říká, že „*[v] obecné rovině tak lze pod pojmem veřejného pořádku chápat např. zájem na stabilitě státu, zájem na potírání kriminality, ale též ochranu právního postavení třetích osob. V rozporu s veřejným pořádkem bude tedy taková situace, která se v daném čase bude jevit jako zcela společensky nepřijatelná. Jde tedy o pojem neurčitý, jehož konkrétní význam je v čase proměnlivý.*“⁸⁶ Nejvyšší soud zde tedy opět staví na zásadním významu obsažených pravidel, jelikož podle něj právo odmítá jako nepřijatelnou jakoukoliv možnost jejich porušení. Nově se tu však zdůrazňuje společenský rozměr této nepřijatelnosti. Do veřejného pořádku totiž zařazuje stabilitu státu, potírání kriminality a ochranu práv třetích osob.

⁸³ DÜRR, C. Veřejný pořádek a absolutní neplatnost právního. In: *EPRAVO.CZ* [online]. 2014 [cit. 2020-07-08]. Dostupné z: <<https://www.epravo.cz/top/clanky/verejny-poradek-a-absolutni-neplatnost-pravniho-jednani-94268.html>>.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 10. 6. 2020, sp. zn. 31 ICdo 36/2020.

⁸⁶ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. 8. 2018, sp. zn. 21 Cdo 1012/2016.

3.2 V pozitivním smyslu

Pojem veřejný pořádek ale nenajdeme v českém právu jen jako korektiv. Na několika místech s ním zákonodárce pracuje tak, že konkrétní chování a jednání zakazuje, protože by bylo narušující.

3.2.1 V trestním a přestupkovém právu

Mapování obsahu a náznaků rozsahu pojmu nás nutně musí zavést do trestního práva. V hlavě X trestního zákoníku jsou totiž upraveny trestné činy proti pořádku ve věcech veřejných. Jedná se ale o veřejný pořádek? Pokud ano, proč jsou tu použita synonyma, a ne jeden pojem? Případně je třeba vykládat celou hlavu X systematicky a od určitého místa se již nebude jednat o narušení veřejného pořádku? Byť trestněprávní doktrína tento malý nesoulad v pojmosloví opomíjí a bere celou hlavu X jako úpravu deliktů proti veřejnému pořádku,⁸⁷ právní jistotě při výkladu to nijak nepomůže. Přesto se z jednoho komentáře explicitně dozvídáme, že tyto trestné činy: „*určitým způsobem narušují veřejný pořádek. Jím se míní především vše, co souvisí s výkonem státní moci prostřednictvím orgánů moci zákonodárné, výkonné a soudní a vše, co je spojeno s veřejným životem a soužitím lidí ve společnosti. Hlava desátá zvláštní části trestního zákoníku proto poskytuje ochranu veřejné moci a čistoty veřejného života. Primárně přitom jde o vytvoření podmínek pro bezchybný a nerušený výkon jednotlivých funkcí státu, samospráv a orgánů veřejné moci, pro náležité uplatnění obecných zájmů, pro nerušené soužití lidí a využití jejich práv a svobod.*“⁸⁸ V tomto případě tedy význam (nebo v tomto kontextu spíše konkrétněji rozsah) pojmu můžeme vyvodit výčtem, byť demonstrativním. Jedná se o negativní výčet jednání, která narušují, a veřejný pořádek je tedy stavem, kdy se nic takového neděje. Jelikož ale není tento výčet úplný, nenahradí nám definici a jen těžko se s ním můžeme spokojit. Přesto nám ale dává poněkud jasnější představu, než získáme třeba pouze z Listiny. Podle objektu trestného činu lze zobecnit, že veřejný pořádek tvoří stav společnosti, v němž není výkon veřejné moci narušován ani zevnitř, ani zvenku, a v němž soužití lidí není nijak narušováno žádným agresivním chováním, a to jak přímo, tak nepřímo.

Příkladem takového chápání, který představuje příspěvek do porozumění rozsahu pojmu, je rozhodnutí sp. zn. 2 As 216/2016, které se týká oprávněnosti zásahu policie. Nejvyšší správní soud tu stanovil, že: „*[o]dpalování pyrotechniky ve velkém rozsahu (s projevy spočívajícími v zadýmení, manipulaci s otevřeným ohněm a akustickém působení), v davu lidí (tj. v bezprostřední blízkosti ostatních osob), bez jakéhokoliv zajištění bezpečnostních požadavků na odpalování pyrotechniky, na komunikačně významném mostu v rušném historickém centru Prahy, pod nímž často plují výletní lodě plné turistů, je narušením veřejného pořádku, jež zásadně opravňuje k provedení policejního zákroku směřujícího k ukončení uvedeného jednání.*“⁸⁹ Je jasně patrné, o co v tomto rozhodnutí šlo a že ohrožování davu lidí na mostě v centru města, pod kterým plují výletní lodě, rozhodně narušuje veřejný pořádek, tudíž je zákrok zcela namístě.

⁸⁷ VOČKA, V. Hlava X: trestné činy proti pořádku ve věcech veřejných. In: DRAŠTÍK, A. et al. *Trestní zákoník: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2015.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 3. 2016, sp. zn. 5 Azs 2/2016–30.

Veřejný pořádek je chráněn i úpravou přestupků proti veřejnému pořádku v zákoně č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích. Díky ní můžeme do rozsahu pojmu přidat neuposlechnutí výzvy úřední osoby při výkonu její pravomoci, znevážení postavení úřední osoby při výkonu její pravomoci, maření vykazání ze společného obydlí ve věci ochrany proti domácímu násilí, rušení nočního klidu, buzení veřejného pohoršení, znečištění veřejného prostranství apod., poškození nebo neoprávněný zabor veřejného prostoru, poškození, znečištění nebo zakrytí turistické značky apod., a nevhodné chování při konání kulturních a sportovních akcí a cestě na ně apod.⁹⁰ Tato úprava přitom navazuje na předchozí právní úpravu, která obsahovala obecnou skutkovou podstatu přestupku proti veřejnému pořádku.⁹¹ Úprava přestupků proti veřejnému pořádku v části navazuje na úpravu v trestním zákoníku, v části potom odpovídá na úpravu ochrany veřejného pořádku v zákoně o obcích.

3.2.2 V rámci samosprávy

Velkým tématem je veřejný pořádek pro obce. V § 10 obecního zřízení je totiž stanovena pravomoc obce ukládat povinnosti v samostatné působnosti obecně závaznou vyhláškou. Tato její kompetence je však věcně omezena na úpravu určenou (mimo jiné) k zabezpečení místních záležitostí veřejného pořádku. Demonstrativním výčtem potom uvádí, že tak může „stanovit, které činnosti, jež by mohly narušit veřejný pořádek v obci nebo být v rozporu s dobrými mravy, ochranou bezpečnosti, zdraví a majetku, lze vykonávat pouze na místech a v čase obecně závaznou vyhláškou určených, nebo stanovit, že na některých veřejných prostranstvích v obci jsou takové činnosti zakázány.“⁹²

Speciálně je ještě stanoveno, že může stanovit závazné podmínky v rozsahu nezbytném k zajištění veřejného pořádku pro „pořádání, průběh a ukončení veřejnosti přístupných sportovních a kulturních podniků, včetně tanečních zábav a diskoték“.⁹³ A *contrario* ale už do veřejného pořádku nepatří „zajištění udržování čistoty ulic a jiných veřejných prostranství, k ochraně životního prostředí, zeleně v zástavbě a ostatní veřejné zeleně (dále jen „veřejná zeleň“) a k užívání zařízení obce sloužících potřebám veřejnosti“.⁹⁴

Právě pravomoc obcí upravovat tyto záležitosti ve svých obecně závazných vyhláškách působí v praxi časté kontroverze, které mají základ často právě v kreativitě v chápání tohoto neurčitého pojmu. Možná i pro vnímanou tvárnost obsahu a rozsahu tohoto pojmu je to i velmi často využívaný nástroj samosprávy. Důvodem problematičnosti této pravomoci je podle Koudelky, Ondruše a Průchy to, že „stanovením povinností a zákazů, což vede k značným ústavně sporným případům a výkladům. Projevuje se zde střetávání státní moci s mocí reprezentovanou územní samosprávou, když obě tyto části veřejné moci odvozují svou legitimitu přímo od suveréna – lidu, jelikož jejich nositelé jsou v reprezentativní demokracii odvození od vůle voličů – přímo volený Parlament a na něm závislá vláda na jedné straně a na druhé straně přímo volená zastupitelstva a na nich závislé rady a starostové.“⁹⁵

⁹⁰ Zákon č. 215/2016 Sb., o některých přestupcích, ve znění pozdějších předpisů.

⁹¹ Zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů.

⁹² Zákon č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ KOUDELKA, Z. – PRŮCHA, P. – ZWYRTEK HAMPLOVÁ, J. *Zákon o obcích (obecní zřízení): komentář*. Praha: Leges, 2019, s. 50.

Podle těchto autorů komentáře k zákonu o obcích je tedy zkoumaný pojem proměnlivý a není možné jej považovat za nějakou absolutní kategorii. Jeho proměny jsou pak ovlivněny (autoři přímo hovoří o „obsahu“) „sociálními, etickými, politickými a hospodářskými poměry a názory. Skutečnosti a jednání, které za určitých poměrů vyhovují veřejnému pořádku, se mohou stát nevyhovujícími změnou poměrů.“⁹⁶ Posouzení toho, zda tedy bude nějaká situace v souladu či v rozporu s veřejným pořádkem, náleží pak obci samé.⁹⁷

Nakolik je právě toto posouzení v praxi problematické, ukazuje rozsáhlá judikatura Ústavního soudu, které se postupně daří sporná místa ujasňovat. K rozsahu pojmu můžeme tedy přidat třeba klidný průběh sportovních a kulturních akcí, ale i chov zvířat, který nezpůsobuje nežádoucí následky, dodržování nočního klidu, omezení pití alkoholu na veřejnosti, ale již ne úplný zákaz prodeje pornografie nebo prodej a používání pyrotechniky.⁹⁸

Rozhodovací praxe Ústavního soudu hovoří o veřejném pořádku jako o veřejném statku: v rozhodnutí se sp. zn. Pl. ÚS 15/96 Ústavní soud stanovil, že „[ú]stavní úprava postavení jedince ve společnosti obsahuje ochranu individuálních práv a svobod, jakož i ochranu veřejných statků. Rozdíl mezi nimi spočívá v jejich distributivnosti. Pro veřejné statky je typické, že prospěch z nich je nedělitelný a lidé nemohou být vyloučeni z jeho požívání. Příklady veřejných statků jsou národní bezpečnost, veřejný pořádek, zdravé životní prostředí.“⁹⁹ Vidíme tedy, že pro Ústavní soud jde o veřejný statek. Co přesně ale do něj patří?

Náповědou může být další judikatura Ústavního soudu. Její podstatnou část ohledně veřejného pořádku tvoří posuzování obecně závazných vyhlášek. Přelomovým rozhodnutím zde bylo rozhodnutí Pl. ÚS 69/04, týkající se Jirkova.¹⁰⁰ Ústavní soud tu přehodnotil, že k výkonu samostatné působnosti obce stačí zmocnění v Ústavě a obce nepotřebují zákonné zmocnění. Věcně se rozhodnutí týkalo sečení veřejné zeleně a z argumentace soudu lze dovodit, že péče o veřejná prostranství včetně zeleně na nich je součástí veřejného pořádku, jehož zabezpečení je úkolem obce.¹⁰¹

Dalším relevantním rozhodnutím z hlediska pojmu je rozhodnutí se sp. zn. Pl. ÚS 56/10, týkající se Františkových Lázní. Ústavní soud zde posuzoval, zda může obec omezit provozování výherních zařízení na jediné místo ve městě. Došel k tomu, že může, protože provozování výherních zařízení skutečně veřejný pořádek narušit může, takže vyhlášku nezrušil.¹⁰² Obsahem pojmu se nezabýval, ale provozování heren apod. podle něj do jeho rozsahu pojmu spadá, byť jen za určitých podmínek.

Dalším podobným rozhodnutím je Pl. ÚS 34/15, posuzující vyhlášky obcí Litvínov a Varnsdorf. Ústavní soud zde řešil, zda lze zákaz sezení, stanovený vyhláškami obcí Varnsdorfu a Litvínova, podřadit pod zákonem stanovenou působnost pro vydávání obecně závazných vyhlášek. Rozhodl tak, že „[z]akázané sezení na všech těchto ostatních než

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 9. 10. 1996, sp. zn. Pl. ÚS 15/96.

¹⁰⁰ BROŽ, J. Obecně závazné vyhlášky obcí (veřejný pořádek deset let od jirkovského nálezu). *Právní rozhledy*. 2018, roč. 26, č. 9, s. 310–316.

¹⁰¹ Nález Ústavního soudu ze dne 8. 3. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 69/04.

¹⁰² Nález Ústavního soudu ze dne 7. 9. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 56/10.

*vyhrazených místech nemůže být samo o sobě místní záležitostí, která by mohla veřejný pořádek narušit. K tomu by bylo třeba nastoupení dalšího kvalifikovaného jednání.*¹⁰³ Do samotného vysvětlování pojmu se soud nepouštěl, ale dovedl, že samotné sezení coby běžná činnost samo o sobě nic nenarušuje, takže ho nelze zakázat. Vyhlášku proto zrušil.

Kromě vlastní normotvorby ale pojem obce zajímá i vzhledem k obecní policii. Podle § 1 odst. 2 zákona o obecní policii totiž „*obecní policie zabezpečuje místní záležitosti veřejného pořádku v rámci působnosti obce a plní další úkoly, pokud tak stanoví tento nebo zvláštní zákon*“.¹⁰⁴ Konkrétně to podle § 2 znamená, že při zabezpečování místních záležitostí veřejného pořádku přispívá k ochraně a bezpečnosti osob a majetku, dohlíží na dodržování pravidel občanského soužití i dodržování obecně závazných vyhlášek a nařízení obce. Dále se podílí na dohledu na bezpečnost a plynulost provozu na pozemních komunikacích a dodržování právních předpisů o ochraně veřejného pořádku a v rozsahu svých povinností a oprávnění stanovených tímto nebo zvláštním zákonem činí opatření k jeho obnovení. Také se podílí na prevenci kriminality v obci a provádí dohled nad dodržováním čistoty na veřejných prostranstvích v obci. Samozřejmě také odhaluje přestupky, jejichž projednávání je v působnosti obce. Z toho však bohužel nepoznáme, co je součástí ochrany veřejného pořádku a co už souvisí s těmi zmiňovanými dalšími úkoly. To, co sem patří a jak je nutné obsah pojmu vykládat, tedy opět upřesňuje až právní praxe.

4. Faktický stav společnosti jako určující hledisko

Všechna výše uvedená vysvětlení i pokusy o definice se shodují jen na tom, že se jedná o fundamentální (a synonyma tohoto slova) normy upravené právem, jejichž účelem (ať už explicitním, či implicitním) je obrana sociálního řádu. Téměř všechny tyto definice a vymezení jsou ale příliš obecné, a tedy nicneříkající; bez toho, co to je za normy nebo kde jsou hranice oné fundamentálnosti se nám obsah pojmu vymezit nedaří. Takto obecná intenzionální definice stále nechává praxi extrémně široké pole posouzení.

Některé z výše představených vymezení, ať už co do obsahu, či co do rozsahu, jsou sice relativně konkrétní, jsou pak ale typicky zaměřeny jen na jednu oblast práva a jejich univerzální použitelnost tedy můžeme zpochybňovat, byť žádná z těchto definic explicitně či jednoznačně nezohledňuje možnost, že existuje více veřejných pořádků, a tedy více konceptů spojených pouze názvem. Zdá se tedy, že pokud bychom se nechtěli shodnout na tom, že jádrem tohoto pojmu může být jen onen nicneříkající obecný rámec, musíme zřejmě uzavřít, že jádro pojmu nelze klasickým doktrinárním způsobem určit.

V tomto obecnějším přístupu práva a právníků ke zkoumanému pojmu se totiž často ztrácí ještě jedna dimenze významu pojmu, a sice faktický stav společnosti. S tím sice pracoval v některých rozhodnutích Nejvyšší správní soud, ale následně toto vymezení opustil,¹⁰⁵ a navíc ani předtím neřešil, jak se tento faktický stav společnosti zjišťuje. Jenže u neurčitých pojmů je ale právě tento společenský rozměr pojmů, respektive jejich mimoprávní obsah velmi podstatný. Není to totiž pojem, který je ve své celistvosti určitelný právem, ale je třeba ho rovněž zjišťovat ve společnosti, u těch, kteří ho používají, a až poté

¹⁰³ Nález Ústavního soudu ze dne 1. 3. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 34/15.

¹⁰⁴ Zákon č. 553/1991 Sb., o obecní policii, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁰⁵ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 7. 2011, sp. zn. 3 As 4/2010.

ho následně vykládat v právu, a to zpravidla z pozice soudu. Chceme-li tedy po soudci v soudním rozhodnutí, aby v daném případě určil, co je či není v rozporu s veřejným pořádkem, chceme po něm přinejmenším mlčky podané vysvětlení, co v daném případě onen veřejný pořádek tvoří.

Byť je soudce v právu tím, kdo se aktivně podílí na konstrukci obsahu a rozsahu jím aplikovaných pojmů, zřejmě není možné připustit, aby jeho konstrukce přesahovala např. akceptovaný stav poznání, základní přírodní zákony apod. Pokud je veřejný pořádek tak zásadně navázán na fundamentálnost hodnot, které brání sociální řád, jak vyplývá z textu výše, neměl by soudce (a analogicky ani zákonodárce) tento pojem vytvářet, ale nalézat. A toto tvrzení nijak neprotiřečí obecným poznatkům o roli soudce. Pokud totiž obsah pojmu není primárně právní, byť je do práva vtažen právě tím, že se stává právním pojmem, musí soudce nutně poznávat společnost, a pokud to nedělá, zneužívá svou pravomoc toho, kdo autoritativně aplikuje právo. Osobuje si totiž jako jednotlivec rozhodnutí, které ze své podstaty nemůže být rozhodnutím jednotlivce či malé skupiny jednotlivců. Paradoxní je bohužel za těchto podmínek to, že soudce z vlastního poznávání nemá a ani nemůže mít dostatek informací o pojmu v konkrétním posuzovaném případě. Nemůže tak sám bez spolehnutí se na mimoprávní zdroje určit, co je oním veřejným pořádkem. Zde by mu tak měly být k ruce poznatky (právní) sociologie, které soudce může dále interpretovat a aplikovat v řešeném případě.

Tyto své limity by měl mít každý právník stále na paměti. Jen tak se nebude dopouštět „svévole“, kdy si osobuje posouzení, které mu nepřísluší, protože na něj nemá kapacitu. To, na co kapacitu ale má a musí ji mít, je posouzení právního kontextu. Ten mu určuje rozcestník, který označuje limity takového výkladu.

Závěr a výzva k dalšímu zkoumání

Veřejný pořádek je neurčitý právní pojem, generální klauzule. Jsou to fundamentální hodnoty společnosti a chod společnosti na nich založený. Jsou to pravidla, která tyto hodnoty chrání. Tuto představu lze (v různých formulacích) najít ve všech použitích pojmu, se kterými jsme pracovali. Ať už jde o zákonodárce, obce, soudy nebo juristy. Pokud se z výše provedeného rozboru něco jeví být jádrem tohoto pojmu, je to tento jeho obecný rámec, který na první pohled připomíná právě vymezení obsahu pojmu. Nicméně co přesně je těmito hodnotami, je z práva samotného možné vyčíst jen částečně, a to skrze interpretace jednotlivých hodnotových ustanovení rozesetých napříč právním řádem. Tím důvodem je to, že právo tyto hodnoty přebírá od společnosti, právně je zakotvuje a zpětně tím i ovlivňuje, co je za ony fundamentální hodnoty považováno. Vlastní obsah tohoto pojmu tedy nelze určit bez vzhledu do společnosti a jejich – někdy i právně neza- kotvených – hodnot.

Mohli bychom také říci, že ostatní charakteristiky, které se v různých vymezeních pojmu neopakují nebo se vyskytují ojediněle nebo jsou řazeny k některému ze specifických veřejných pořádků, možná patří do onoho polostínu tohoto pojmu: Veřejný pořádek je součástí podstatných náležitostí právního státu; Je to stav nijak zvenku ani zevnitř nenarušovaného výkonu veřejné moci, a to včetně justice, vězeňství, zlaectví nebo ochrany hranic; Je to pokojné soužití lidí navzájem i jejich chování ve veřejném prostoru; Je to také absence různých forem kriminální spolupráce členů společnosti (včetně únosu letadla apod.); Je to také pořádek v dodržování předpisů obce a klidný a spořádaný průběh kulturních a sportovních akcí.

Je to objekt právního vztahu, který v závislosti na své závažnosti spadá buď do trestního, nebo do správního práva. V závislosti na tom je někdy záležitostí celostátní (např. u udělování azylů) a někdy obecní (např. pití alkoholu na veřejnosti). Je propojením soukromého a veřejného práva, když v občanském právu funguje jako pojistka díky tomu, že může způsobit až absolutní neplatnost. Je to i bezpečné, klidné a spravedlivé pracovní prostředí a podmínky práce.

Je to pojistka, že se do našeho prostoru nedostane buď cizí osoba, nebo cizí rozhodnutí, které by mohly významně ohrozit zbytek společnosti (byť třeba i neslučitelností našich hodnot). Obdobně je korektivem pro přijímání právní úpravy z EU. Na evropské úrovni je to jak soubor veřejných pořádků jednotlivých států, tak i společný v evropském prostoru. Je to stav, kdy se i jednotlivé subjekty mezinárodního práva navzájem respektují a dodržují určitá fundamentální pravidla.

Především je to ale kaleidoskop různých menších a menších veřejných pořádků, které se odspoda skládají ve stále větší a existují jak nezávisle, tak ve vzájemných souvislostech. To, co je společné, se mezi jednotlivými úrovněmi propisuje. To, co se liší v závislosti na odlišných podmínkách, odpadá. Vždy jsou ale tak navázané na konkrétní podmínky v daném čase a místě, že je nelze paušálně určit, a proto je třeba je vždy *ad hoc* zjišťovat.

Všechna tato vymezení a charakteristiky tak zároveň odhalují něco o jeho podstatě, ale ne za každých okolností nebo dokonce ani ne pro všechny soudy, autory odborných textů, ze kterých jsme čerpali. Všechny ale společně tvoří širší reprezentaci tohoto pojmu v právní komunitě.

Svým způsobem jsme tedy ale stejně na začátku, protože stále nevíme, co *přesně* oním pořádkem je, ani jak to vůbec zjišťovat. Klasickou doktrinální metodou to, jak vyplývá z našeho textu, objektivně zřejmě nelze zjistit. Tento přístup totiž nemá kapacitu nejen postihnout jádro, ale ani polostín pojmu. To ale zcela jistě neznamená, že by snad nemělo dávat smysl se o hledání jádra neurčitých právních pojmů pokoušet. Jen to však ukazuje nutnost přistoupit k jinému než tradičně doktrinálnímu právnímu výzkumu.

Právo (v nejširším slova smyslu) totiž potřebuje nástroj, jak neurčité právní pojmy mapovat, a to i ve vztahu k faktickému stavu společnosti, a díky tomu i jak alespoň částečně předvídat, jaké jevy se ještě budou při aplikaci subsumovat pojmům používaným v právních pravidlech, případně zjišťovat obsah těchto pojmů při aplikaci. Právo samo (byť i například skrze hloubkové analýzy judikatury) má pouze omezené nástroje k tomu, jak tyto obsahy navázané na faktický stav společnosti zjišťovat a jak potenciál ke změně zkoumat. A pokud nevylučujeme, že je význam pojmu ovlivňován faktory i mimo právo samotné, potřebujeme cestu, jak zkoumat obsah a rozsah těchto pojmů přímo u osob, které tyto pojmy používají a aplikují.

Komparácia praktických aspektov právnej ochrany svedka

Karin Vrtíková*

Abstrakt: Ťažiskom predmetného príspevku je právna ochrana svedka, ktorá má za cieľ zabezpečiť objektivitu svedeckej výpovede. Zámerom zákonodarcu by malo byť presvedčenie svedka, že podaním svedeckej výpovede mu nebudú hroziť žiadne mimoprávne formy represie zo strany osoby vystupujúcej v procesnom postavení obvineného, respektíve obžalovaného z trestného činu, na objasnení ktorého sa podaním výpovede výraznou mierou ako svedok podieľa. Predkladaný príspevok je aplikáciou komparatívnej metódy, nakoľko jeho cieľom bude porovnanie právnej ochrany svedka v právnom poriadku Českej republiky a Talianskej republiky a z takto vyhodnotených výsledkov si kladieme za cieľ poukázať na spoločné a rozdielne znaky medzi tuzemskou a zahraničnou právnou úpravou a zhodnotiť právnú ochranu svedka v rámci nášho právneho poriadku. V neposlednom rade sa budeme snažiť vyvodiť možné závery na podklade analýzy zahraničnej právnej úpravy. Máme za to, že predložený príspevok prinesie do rozoberanej problematiky jednoznačnosť a úvahy pro futuro.

Kľúčové slová: svedok, právna ochrana svedka, výsluch svedka, trestní rád, taliansky trestný zákon

Úvod

Na nasledujúcich riadkoch predstavíme čitateľom dve krajiny, ktorých právnú úpravu ochrany svedka si autorka vybrala na komparáciu. Prvou zo spomínaných krajín bude susedná Česká republika, ktorú si autorka vybrala práve z dôvodu spoločného historického kontextu a obdobným právnym úpravám. Aj napriek týmto skutočnostiam však predstavíme percipientom tak spoločné ako aj rozdielne atribúty právnej ochrany svedka a podnetné myšlienky, ktoré budú východiskom z komparácie, naplnia koncepciu *de lege ferenda*.

Ďalšou komparujúcou krajinou bude Talianska republika. Možno nie je každému jasné prepojenie, respektíve paralela tuzemského právneho poriadku s právnym poriadkom práve Talianska a za vhodnejšiu krajinu by považoval niektorú zo susedných krajín, avšak máme za to, že Talianska republika ponúka viacero významných a podnetných inštitútov, ktoré by, *de lege ferenda*, mohli byť prínosné aj pre slovenský právny poriadok.

1. Právna ochrana svedka prostriedkami českého právneho systému

Vychádzajúc z názorov právnych teoretikov v Českej republike, máme za to, že ochrana svedkov prostredníctvom inštitútu utajeného svedka bola v minulosti problematická, ba až neúčinná. Koncepcia právnej ochrany svedkov organizovaného zločinu častokrát nebola schopná zaistiť im trvalú a absolútnu bezpečnosť. Marini tvrdí, že svedkovia najzávažnejších trestných činov, medzi ktoré patria predovšetkým kauzy previazané s orga-

* JUDr. Karin Vrtíková, PhD. Katedra trestného práva a kriminológie Trnavskej univerzity v Trnave. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9951-6426>. „Táto práca bola podporovaná Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0050“ s názvom: *Trestnoprávna ochrana slobody*.

nizovaným zločinom, sú spravidla ochotní svedčiť len za podmienky, že im štát zaistí a garantuje stopercentnú bezpečnosť a to nielen im, ale aj im blízkym osobám, respektíve ich rodinám.¹ Inštitút utajeného svedka v minulosti neplnil úlohu adekvátnej ochrany, a to z dôvodu, že v právnom poriadku Českej republiky chýbali dostatočné právne prostriedky, ktoré by svedkov motivovali v podávaní svedeckých výpovedí a súčasne ich, v prípade potreby, aj patrične ochránili.

Ministerstvo vnútra Českej republiky až v roku 1999 začalo pracovať na návrhu právnej úpravy zvláštnej ochrany svedka, na základe čoho usudzujeme, že dovtedy bola svedkom poskytovaná ochrana iba prostredníctvom ustanovení *trestného řádu*, čo nemožno nazvať dostatočnou ochranou svedkov vypovedajúcich v závažných kauzách.

Aktuálna úprava právnej ochrany svedka prostredníctvom zákona č. 141/1961Sb., o *trestním řízení soudním ve znění pozdějších předpisů* (ďalej len „*trestní řád*“ alebo „tr. ř.“), pozostáva z utajenia totožnosti svedka, utajenia podoby svedka v prípravnom konaní, utajenia osobných údajov v rámci vyšetrovacieho spisu a zákazu konfrontácie utajeného svedka². V konaní pred súdom musí predseda senátu organizačne zaistiť, respektíve znemožniť stretnutie utajeného svedka s obžalovaným, jeho obhajcom alebo inou osobou. Inými slovami, je jeho povinnosťou zabezpečiť svedkovi nepozorovaný príchod ako aj odchod z budovy súdu. Rovnako môže predseda senátu rozhodnúť aj o modulácii hlasu takéhoto svedka, či o ďalších možnostiach, ktoré sú na jeho voľnej úvahe a zabezpečia ochranu svedka pred odhalením.

Je teda možné zopakovať, že právna úprava anonymného svedka obsiahnutá v tr. ř. umožňuje poskytnutie ochrany svedkovi utajením jeho identity pri výsluchu a iných ďalších procesných úkonoch trestného konania. V prípade, ak by došlo k prezradeniu identity utajeného svedka, je možné použiť optimálne riešenie prostredníctvom inštitútu zvláštnej ochrany.³ V neposlednom rade uvádzame, že viacerí právnych teoretikov sa skepticky vyjadruje na adresu časového obmedzenia využitia ochrany svedka prostredníctvom *trestného řádu*. Táto časová obmedzenosť plynie z toho, že využiť utajenie údajov môže svedok počas doby trvania trestného konania, respektíve do pominutia dôvodov pre ich utajenie. Teda v prípade, ak pominú dôvody na utajovanie údajov o svedkovi, sa všetky jeho údaje uvedú do spisu. Máme za to, že táto skutočnosť deklaruje absenciu absolútnej ochrany svedka, z čoho plynú možné problémy *pro futuro* pre osobu svedka, ktorých vyvrcholením môže byť ohrozenie jeho života a zdravia práve od osoby, proti ktorej podal svedeckú výpoveď, respektíve od inej osoby.

Sme toho názoru, že charakter ochrany svedka podaný v trestno-procesných kódexoch je veľmi podobný tak v Slovenskej republike, ako aj v Českej republike. Na účely predmetného výkladu a komparácie, ktorú si autorka predsavzala čitateľom poskytnúť, budeme v nasledujúcom texte pracovať výlučne s českým zákonom o zvláštnej ochrane svedka, ako špeciálnym právnym predpisom poskytujúcim svedkovi ochranu a následne ho porobíme komparácii so slovenským Zákomom o ochrane svedka.

¹ MARINI, M. *Utajený svědek a jeho zvláštní ochrana*. Praha: Linde, 2008, s. 79.

² Totožnú situáciu judikoval aj Ústavný súd SR, sp. zn. III. ÚS 11/2019 z 9. januára 2019.

³ K tomu bližšie pozri Uznesenie Nejvyššího soudu ČR, sp. zn. 11Tdo/1146/2017, zo dňa 26. októbra 2017 a k tomu pozri zodpovedajúce rozhodnutie ESLP č. 51277/99 vo veci *Krasniki vs. Česká republika*, zo dňa 28. februára 2006, z ktorého vyplývalo, že ak je výpoveď utajeného svedka jediným, respektíve rozhodujúcim dôkazom je nevyhnutné obhajobe zabezpečiť vyvažujúce opatrenia, aby nedošlo k porušeniu princípu kontradiktórnosti, respektíve právu na spravodlivý proces.

Zákon č. 137/2001 Sb., o zvláštní ochraně svědka ve znění pozdějších předpisů (ďalej len „český z. o. s.“), nadobudol účinnosť 1. júla 2001. Jeho prijatím došlo k zakotveniu iného spôsobu ochrany svedka do trestného procesu. Predmetný zákon umožňuje zaistiť komplexnú ochranu svedkom a ďalším osobám v tých najzávažnejších prípadoch trestnej činnosti a tým zaistiť efektívnejší boj štátu proti závažným druhom kriminality. Inštitút zvláštnej ochrany svedka v plnej miere akceptuje právo obvineného na spravodlivý proces a právo na obhajobu, čím zároveň *garantuje bezpečnosť chránených osôb*. Z dôvodovej správy k predmetnému zákonu vyplýva, že česká zákonodarná moc jeho prijatím očakávala, že svedkovia zaradení do programu zvláštnej ochrany budú pred súdom vypovedať otvorenejšie, obhajobe nebude bránené v tom, aby vzniesla prípadné námietky voči vierohodnosti svedka a pravdivosti jeho výpovede a tým teda dôjde ku skvalitneniu trestného procesu v tých najzávažnejších kauzách.⁴ Zároveň sa tiež predpokladalo, že zvláštna ochrana svedka sa bude poskytovať len v tých najvýnimočnejších prípadoch. Žiaľ, ani po prijatí zákona o zvláštnej ochrane svedka nedošlo na území Českej republiky k žiadnemu výraznému poklesu organizovanej trestnej činnosti. Podľa Mariniho, bolo toto obdobie práve naopak charakterizované vnútorným rozkolom Polície Českej republiky, čo bolo spôsobené najmä nevhodnými reorganizačnými krokmi vnútri útvarov, ktoré sa zaoberali organizovaným zločinom.⁵

Na to, aby svedkovi mohla byť poskytnutá ochrana v zmysle zákona o zvláštnej ochrane svedka je nevyhnutné vylúčiť možnosť poskytnutia ochrany podľa tr. ř., respektíve osobe musí v súvislosti s trestným konaním hroziť ujma na zdraví alebo iné vážne nebezpečenstvo.⁶ Zároveň je potrebné upozorniť čitateľa, že právna úprava inštitútu zvláštnej ochrany vychádza zo subsidiarity uplatnenia v trestnom konaní. K poskytnutiu tejto ochrany môže teda dôjsť iba podporne, teda v prípade, ak bezpečnosť svedka nie je možné zaistiť iným spôsobom.⁷ Okrem zaistenia týmto zákonom je možné svedkovi poskytnúť ochranu aj zákonom č. 283/1991 Sb., o Polícii České republiky ve znění pozdějších předpisů, alebo českým trestným poriadkom. Na tomto mieste spomenieme popredného českého trestného právnika, ktorý vo vzťahu k špeciálnosti tohto zákona uviedol nasledovné: „Vzhľadom k špecifčnosti, finanční náročnosti a zaměření převážně na organizovanou trestnou činnost se přikláním k názoru, že nejvyšší ochrana je poskytována zákonem o zvláštní ochraně svědka a bude použita, když nebude možné využít či nebude postačovat ochrana dle zákona o policii ani dle Trestního řádu.“⁸

Vyššie zmienená skutočnosť, a síce subsidiarita použitia daného zákona, je však problematická z dôvodu, že oba zákony, tak *trestní řád* ako aj *zákon o zvláštní ochraně svědka* vychádzajú zo zásady subsidiarity svojho uplatnenia v trestnom konaní. Obdobným spôsobom znie ustanovenie § 55 ods. 2 tr. ř., ktoré vymedzuje, že: „*K utajení identity svědka může dojít jen tehdy, nelze-li jeho ochranu spolehlivě zajistit jinak.*“ Vantuch v tomto prípade navrhuje aplikačnú prednosť jedného zo spôsobov ochrany na základe možnej početnosti ich použitia. Keďže postup podľa § 55 ods. 2 tr. ř. vyžaduje minimálne finančné náklady, je preto možné ho v prípade potreby využívať v stovkách prípadoch ročne, avšak ochrana osôb podľa českého z. o. s. je nadštandardným spôsobom ochrany, ktorá

⁴ Novela zákona č. 137/2001 Sb.

⁵ MARINI, M. *Utajený svědek a jeho zvláštní ochrana*, s. 79.

⁶ K tomu bližšie pozri Uznesenie Nejvyššího soudu ČR, sp. zn. 5Tdo/792/2007, zo dňa 18. júla 2007.

⁷ § 1 ods. 2 českého z. o. s.

⁸ ŠÁMAL, P. *Trestní řád I. Komentář*. C. H. Beck, 2013, s. 626–627.

by mala byť využívaná len v nevyhnutnom rozsahu. Možno teda navrhnúť prednostné používanie inštitútu utajeného svedka, v zmysle tr. ř., pred postupom podľa z. o. s.⁹ Na druhej strane Sotolář a Púry uvádzajú, že vzhľadom k priebehu trestného konania by mal byť prednostne využitý z. o. s. nakoľko tak dochádza k minimálnemu zásahu do práva obžalovaného na spravodlivý proces, respektíve práva na obhajobu. Uvedené je možné tvrdiť aj vo svetle rozhodnutí Ústavného súdu Českej republiky k ochrane osôb. Jedným dychom však títo autori zhodne tvrdia, že takýto postup je značne problematický vzhľadom ku skutočnosti, že zo štátneho rozpočtu sú na ochranu osôb podľa z. o. s. vyčleňované len veľmi obmedzené prostriedky.¹⁰

Na základe analýzy vyplývajúcej z predchádzajúceho textu je možné vyvodiť nasledovný záver a síce, že zákon o zvláštnej ochrane svedka bol do českej právnej úpravy prijatý za účelom zabezpečovania ochrany pred tými najzávažnejšími trestnými činmi. Dovolíme si preto konštatovať, že by bolo na mieste zákon o zvláštnej ochrane svedka aplikovať ako *ultima ratio* inštitút ochrany svedka a prednostne využívať ustanovenia českého Trestného poriadku. Nestotožňujeme sa preto s právnym stavom *de lege lata*, neuvádzajúcim aplikačnú prednosť ani jedného z právnych predpisov. Uvedené vnímame ako kontra-produktívne a spôsobujúce zbytočné nezrovnalosti v právnej praxi.

Ako paralelu so slovenským zákonom o ochrane svedka vnímame skutočnosť, že na ochranu podľa českého zákona o ochrane svedka osoba svedka nemá právny nárok, i keď viacerí právnych teoretikov vyjadruje nesúhlas s predmetným ustanovením špeciálneho zákona. Tvrdia, že každá osoba by mala mať nárok na zaradenie do programu zvláštnej ochrany po tom, ako splní zákonom predpísané podmienky.¹¹ Na dôvažok uvádzame, že o tom, či osoba bude zaradená do programu zvláštnej ochrany, rozhoduje direktívne minister vnútra Českej republiky, čo je v zjavnom protiklade k rozhodovaniu Komisie v tuzemsku, ktoré preto hodnotíme ako objektívnejšie a neposkytujúce tak priestor pre korupciu či subjektívne intervencie v danej veci.

Podľa českého zákona o ochrane svedka sa bude postupovať aj v prípade poskytovania ochrany osobe, v procesnom postavení obvineného, ktorý ako bývalý člen zločineckej organizácie pomáha orgánom činným v trestnom konaní k odhaleniu a usvedčeniu páchatelov trestnej činnosti a k rozkrývaniu trestnej činnosti. Toto ustanovenie považujeme za *najmarkantnejší* rozdiel oproti slovenskej právnej úprave,¹² zároveň *totožný* znak s Talianskou republikou, ktorej zákon o ochrane svedkov spravodlivosti taktiež poskytuje právnu ochranu svedkom, ale aj osobám spolupracujúcim s justíciou. Okrem týchto osôb, český zákonodarca poskytuje ochranu a pomoc všetkým osobám, ktorým v súvislosti s trestným konaním hrozí ujma alebo vážne nebezpečenstvo. Tu je identifikovaný ďalší rozdiel oproti slovenskému zákonu o ochrane svedka, ktorý poskytuje pomoc explicitne vymedzenej kategórii osôb.

Český zákonodarca sa na druhej strane rozhodol nijakým spôsobom nešpecifikovať, respektíve nevy vymedzovať druhy trestných činov, pri ktorých je možné svedkovi poskytnúť

⁹ VANTUCH, P. Nový zákon o ochrane svědka a dalších osob a boj s organizovaným zločinem. *Právní rozhledy*. 2001, roč. 9, č. 8, s. 360–366.

¹⁰ SOTOLÁŘ, A. – PÚRY, F. K možnostem a limitům využití institutu utajených svědků. *Trestněprávní revue*. 2003, roč. 2, č. 2, s. 37–47.

¹¹ MARINI, M. *Utajený svědek a jeho zvláštní ochrana*, s. 81.

¹² Naopak, slovenský z. o. s. poskytuje ochranu iba ohrozeným svedkom, chráneným svedkom a im blízkym osobám, nie spolupracujúcim obvineným. K tomu tiež pozri § 21 z. o. s.

pomoc a ochranu (ako je tomu v SR). Je teda zrejme, že podmienkou aplikácie inštitútu zvláštnej ochrany v Českej republike nie je závažnosť trestného činu, ale v zásade platí, že ochrana sa poskytuje práve svedkom vypovedajúcim o závažných trestných činoch, najmä trestných činoch spojených s organizovaným zločinom.

Zvláštna ochrana svedkovi poskytuje pomoc a osobnú ochranu (zväčša predstavuje neustálu alebo periodickú prítomnosť policajtov v bezprostrednom okolí chránenej osoby, jej obydlika alebo okolia v ktorom sa zdržuje), presťahovanie chránených osôb vrátane rodinných príslušníkov na iné miesto a pomoc týmto osobám za účelom ich sociálneho začlenenia v novom prostredí.¹³ Za najvyššiu formu ochrany považuje český zákonodarca zastieranie skutočnej totožnosti chráneného svedka, v rámci ktorej sú svedkovi políciou vydané krycie doklady, ktoré mu *de facto* vytvoria fiktívnu identitu. Takéto zastieranie skutočnej totožnosti svedka spočíva vo vytvorení legendy o inej osobnej existencii a v zavedení osobných údajov vyplývajúcich z tejto legendy do informačných systémov rôznych inštitúcií. Skrývanie totožnosti ale prichádza do úvahy iba pri odhaľovaní najzávažnejších foriem kriminality, napríklad svedkovi, ktorému bude až do podania výpovede na súde poskytovaná osobná ochrana, utajovanie jeho totožnosti a následné presťahovanie do zahraničia. Teda nie každému chránenému svedkovi musia byť vydané krycie doklady a zmenená totožnosť. Po skončení poskytovania zvláštnej ochrany sa môže svedok rozhodnúť, či bude používať svoju predchádzajúcu identitu alebo novú identitu. V prípade, ak by chcel využívať pôvodnú identitu, je to možné len v odôvodnených prípadoch, ktoré zároveň podliehajú súhlasu ministra vnútra Českej republiky.¹⁴

Na druhej strane netreba opomínať, že chránená osoba je povinná dodržiavať podmienky poskytovania zvláštnej ochrany a pomoci. S tým súvisí aj ukončenie zvláštnej ochrany a pomoci v prípade, keď chránená osoba vezme späť svoj súhlas, respektíve ak minister vnútra Českej republiky rozhodne o ukončení zvláštnej ochrany a pomoci, v prípade, ak hroziace nebezpečenstvo pominulo. Taktiež môže byť o ukončení zvláštnej ochrany rozhodnuté v prípade, ak chránená osoba odmietla pomáhať v zmysle ustanovení českého Trestného poriadku na dosiahnutie účelu trestného konania, v ktorého súvislostiach bola zvláštna ochrana a pomoc poskytovaná. Rovnaká situácia nastane aj v prípade, ak osoba, ktorej je poskytovaná zvláštna pomoc alebo ochrana, spácha úmyselný trestný čin, respektíve ak neplní povinnosti chránenej osoby, či poruší povinnosť zachovávať tajomstvo utajovaných informácií.¹⁵

¹³ Presťahovanie v rámci Českej republiky sa môže s ohľadom na jej rozlohu javiť v niektorých prípadoch ako nedostatočné. Z tohto dôvodu je možné v takýchto prípadoch presťahovať ohrozené osoby do štátov, s ktorými Česká republika uzavrela dohodu o spolupráci v tejto oblasti. K tomu tiež pozri VANTUCH, P. Co prináša zákon č. 137/2001 Sb. o ochrane svedka a ďalších osôb? *Bulletin advokacie*. 2001, roč. 8, č. 9, s. 23–39.

¹⁴ VANTUCH, P. K novelizaci zákona o ochraně svědků a dalších osob účinné od 1. 1. 2012. *Trestní právo*. 2012, roč. 17, č. 5, s. 4–9.

¹⁵ Důvody ukončení poskytování ochrany a pomoci chráněné osoby v zmysle § 7 českého z. o. s.:

- poskytovanie ochrany sa ukončí v prípade, ak chránená osoba vezme písomne späť súhlas podľa § 4 ods. 1 písm. a);
- taktiež sa poskytovanie ochrany a pomoci ukončí, ak minister vnútra neschváli jej poskytovanie;
- ak minister vnútra rozhodne, že nebezpečenstvo, ktoré chránenej osobe hrozilo, pominulo;
- v prípade, ak chránená osoba odmietla pomáhať podľa ustanovení tr. ř. k dosiahnutiu účelu trestného konania, v súvislosti s ktorým jej bola ochrana a pomoc poskytnutá;
- v dobe, počas ktorej bola poskytovaná zvláštna ochrana a pomoc, sa chránená osoba dopustila konania, ktoré odôvodňuje začatie trestného stíhania pre úmyselný trestný čin;
- chránená osoba si neplní povinnosti ustanovené § 6 českého z. o. s.;
- chránená osoba poruší povinnosť zachovávať utajenie o utajovaných informáciách.

Ďalším neprehliadnuteľným faktorom, na ktorý upozorňuje aj Vantuch, pri poskytovaní zvláštnej ochrany svedka je finančná náročnosť predmetného inštitútu, z ktorej následne môžeme vyvodiť minimum svedkov zaradených v programe zvláštnej ochrany. Dôvodová správa k zákonu o zvláštnej ochrane svedka počítala s ročnými nákladmi vo výške 30 miliónov českých korún. Na jednej strane rozumieme, že finančná náročnosť je v danom prípade zásadným aspektom, na druhej strane si nevieme predstaviť argument orgánov činných v trestnom konaní, respektíve súdu o tom, že určitý svedok nemôže byť zaradený do programu zvláštnej ochrany, pretože na to nie je dostatok finančných prostriedkov. Takéto odôvodnenie by určite, z hľadiska právneho, neobstálo. Máme za to, že je absolútnou, elementárnou povinnosťou štátu zabezpečiť ochranu svedka v prípade, ak mu ukladá povinnosť podať svedeckú výpoveď a jej podaním mu hrozí nebezpečenstvo.

2. Právna ochrana svedka prostriedkami talianskeho práva

Na úvod je nutné povedať, že predmetom nasledujúceho textu bude vymedzenie jednotlivých významných atribútov talianskeho právneho poriadku previazaných s inštitútom svedka. Podkladom nám bude taliansky trestný zákon, zákonný dekrét ministra spravodlivosti a tiež zákon o ochrane svedkov spravodlivosti. Práve posledný zo spomínaných právnych predpisov je, podľa nášho názoru, vyústením niekoľkoročných bojov proti organizovanému zločinu na území Talianskej republiky.

2.1 Codice penale

Taliansky Trestný zákon (tal. *Codice penale*) už v roku 1930 počítal so skutočnosťou, že osoba, ktorá vykoná nápravu za trestný čin a spolupracuje s justíciou, si zaslúži buď čiastočnú alebo úplnú imunitu, teda *zabezpečenie nestíhatelnosti za spáchaný trestný čin*. Taliansko už celé storočia bojuje s neslávne známym fenoménom mafie.¹⁶ Dôkazom toho je skutočnosť, že už v roku 1963 bola v Taliansku založená Komisia¹⁷ ako vyšetrovací orgán poverený vyšetrovaním „fenoménu sicílskej mafie“. Postupom rokov boli komisie rozširované tak, aby boli schopné preskúmania ďalších organizovaných zločineckých skupín tzv. „mafianskeho typu“ (ide konkrétne o skupiny *Cosa Nostra*, *Camorra*, *N'dranghetta*, *Sacra Corona Unita*).¹⁸

¹⁶ V judikatúre Najvyššieho kasačného súdu sa slovo mafia objavuje až v Rozhodnutí z 12. 11. 1974, v ktorom je mafia definovaná ako: „*Akákoľvek skupina osôb, ktorá má úmysel zločineckými prostriedkami prevziať moc alebo udržať kontrolu nad lokalitami, skupinami alebo výrobnými činnosťami pomocou systematického zastrešovania a infiltrácie členov v snahe vytvoriť stav podriadenosti a mlčanlivosti (omerta), ktorý znemožňuje alebo extrémne sťažuje využitie bežných spôsobov trestnoprávneho zásahu zo strany štátu.*“

Pre úplnosť je nutné vysvetliť, že pod pojmom mafia sa skrývajú rôzne typy skupín, ktoré sa navzájom odlišujú či už miestom výkonu trestnej činnosti alebo inými znakmi, ktoré charakterizujú jednotlivé zločinecké organizácie „mafianskeho typu“. Napríklad, na Sicílii nazývaná *Mafia* je v Kalábrii pomenovaná ako *N'dranghetta*, v Neapole a regióne Kalábria jej hovoria *Camorra* a v Apúlii zasa *Sacra Corona Unita*. Tieto už desiatky rokov známe zločinecké organizácie svojimi chápadlami riadia nielen regióny, v ktorých vznikli, ale aj ďalšie časti talianskeho polostrova. Blížišie povedané, prenikli už do takmer všetkých častí Talianska a žiaľ, siahajú až za hranice svojho štátu. Nesporným zostáva fakt, že svoje väzby vždy viažu na svoju domovskú krajinu, respektíve na svoj región.

¹⁷ Cieľom Komisie pre antimafiu je preskúmať fenomén organizovaného zločinu vo všetkých jeho podobách a zamerať sa na legislatívne, protikorupčné a administratívne opatrenia. Jej význam možno spozorovať aj v tej skutočnosti, že môže justičnej polícii nariadiť vyšetrovanie či požadovať akúkoľvek formu spolupráce, na podklade čoho možno vyvodiť, že má aj súdne právomoci.

¹⁸ GAMBETTA, D. *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, s. 35.

V roku 1984 sa obávaný taliansky mafián Tommaso Buscetta zaradil do zoznamu tzv. *pentiti*,¹⁹ čím porušil pravidlá *Omérty*²⁰ a rozhodol sa spolupracovať s justíciou. Tommaso Buscetta bol ústrednou postavou tzv. maxi procesov na Sicílii,²¹ ktoré sú známe aj v právnych kruhoch, najmä pre osoby sudcov Giovanniho Falconeho a Paola Borsellina. Práve títo dvaja sudcovia boli hlavami celého maxiprocesu, mementom zanieteného boja proti mafii, ktorí mu podriadili celý svoj život a napokon zaň aj životom zaplatili. Na základe svedeckých výpovedí svedkov Tommasa Buscettu²² a Salvatora Contorneho²³ bolo odsúdených viac ako 350 mafiánov. Táto skutočnosť otriasla organizáciou *Cosa Nostra* a talianska justícia zároveň dostala zadosť niekoľko rokov trvajúceho boju. Neopomenuteľným následkom tohto procesu bolo preukázanie, že *Cosa Nostra*, obávaná zločinecká organizácia funguje, a nie je výplodom fantázie autorov a sprievodcov dediny Corleone.

Aj napriek značnému úspechu sudcu Falconeho a Borsellina boj proti chobotnici, organizovanému zločinu, pokračoval ďalej. Jedným z nasledujúcich krokov talianskeho zákonodarcu bolo zakomponovanie nového trestného činu, *mafíanske sprisahanie*, do právneho poriadku. Taliansky trestný zákon (*Codice penale*) vo svojich ustanoveniach v časti „*Trestné činy proti verejnému poriadku*“ obsahuje dva články venované problematike „*bežnej zločineckej skupiny*“ (čl. 416) a „*zločineckej skupiny mafíanskeho typu*“ (čl. 416 bis), pričom každá zo spomenutých skupín je definovaná vlastnými špecifickými znakmi.

2.1.1 Znaky bežnej zločineckej skupiny

Z článku 416 Talianskeho trestného zákona možno vyvodiť nasledovné aspekty, ktoré sú na úrovni trestného práva hmotného previazané so zločineckou skupinou „bežného typu“:

- a) z hľadiska základnej charakteristiky ide o združenie troch a viacerých osôb s úmyslom spáchania viacerých trestných činov, pričom osoby, ktoré podporujú, zriaďujú alebo organizujú združenie, sú potrestané trestom odňatia slobody na tri až sedem rokov;
- b) pokiaľ ide o samotnú účasť na združení, páchatelia sú potrestaní trestom odňatia slobody na jeden až päť rokov;

¹⁹ Kajúcnik, falošne ľutujúci.

²⁰ *Omérta*, znamenajúca v sicílicine „mužnosť“, je kódex chovania prekračujúci tradičný spôsob mlčania, s ktorou členovia Mafie, ich obete, aj svedkovia zločinu čelia otázkam vyšetrovateľov a právnikov. Právny *mafioso* málo hovorí, váži každé slovo a celú dobu sa správa vážne a dôstojne, dokonca aj pri mimoriadnych provokáciách. Možno to prirovnáť k stredomorskému ideálu mužnosti, navracajúceho sa ku stolickej tradícii starovekého Grécka a Ríma. V neposlednom rade tento kódex vyžaduje, aby aj najmenej významný jedinec, alebo jeho rodina a priatelia, akokoľvek bezvýznamní, boli pomstí. Status muža závisí na jeho pripravenosti použiť násilie na obranu svojej cti. Muž, ktorý bráni svoju česť týmto spôsobom získava najcenejšiu komoditu – rešpekt. Rešpekt vytvára autoritu a autorita znamená moc. S mocou prichádzajú povinnosti. Skutočný *mafioso* sa stará o svoju zločineckú rodinu ako otec, často je krstným otcom detí svojich podriadených, zúčastňuje sa na ich svadbách a pohreboch a často usporadúva takmer rituálne hostiny, na ktorých samotný zasadací poriadok odzrkadľuje postavenie osôb v rodine. Sicílska mafia sa označuje ako *onorata societa* (čestná spoločnosť) a svojich členov považuje za mužov cti.

²¹ Maxi proces (tal. *Maxiprocesso*) bol trestným procesom proti sicílskej mafii, konaný v Palerme na Sicílii. Súdny proces trval od 10. 2. 1986 do 30. 1. 1992 pred Najvyšším kasačným súdom, ktorý sa konal vo väznici Ucciardone. Je považovaný za najvýznamnejší proces v dejinách boja proti sicílskej mafii a najväčší proces proti mafii vôbec.

²² Tommaso Buscetta odhalil sudcovi Falconemu vnútorné fungovanie a štruktúru Cosa Nostry, proces prijímania nových členov do organizácie a funkcie v rámci nej. Jeho svedecká výpoveď, ktorú poskytoval, trvala 45 dní.

²³ Začal vypovedať až po tom, ako Tommaso Buscetta.

- c) vedúci predstavitelia skupiny, respektíve združenia sú trestaní rovnakou sankciou ako tí, ktorí skupinu založili;
- d) ak členovia organizujú kampane alebo verejné zhromaždenia so zbraňami, budú uväznení na päť až pätnásť rokov;
- e) trest odňatia slobody sa zvyšuje, ak je členov skupiny desať a viac;
- f) v prípade, ak organizovaná skupina spácha niektorý z ďalších trestných činov ako napr. výroba detskej pornografie či detská prostitúcia, členovia skupiny budú potrestaní trestom odňatia slobody na päť až pätnásť rokov.²⁴

Za určitú subkategóriu zločineckej skupiny „bežného typu“ možno považovať zločinecké skupiny zamerané na obchodovanie s drogami a na obchodovanie s ľuďmi, ktoré sa priamo zameriavajú na páchanie konkrétnej činnosti, charakterizovanej zákonodarcom ako trestnú.

Z vyššie uvedeného vyplýva, že v prípade, ak existuje dôkaz o tom, že sa spojili tri a viac osôb, vytvorili skupinu trvalého charakteru s hierarchizovanou štruktúrou, ktorej členovia sa dohodli na neurčitom počte spáchania trestných činov, možno skonštatovať, že ide o vytvorenie organizovanej skupiny bežného typu.²⁵

2.1.2 Znaky zločineckej skupiny „mafiánskeho typu“

Článok 416 bis Talianskeho trestného zákona definuje zločineckú skupinu tzv. „mafiánskeho typu“, ktorá sa vyznačuje organizovanou štruktúrou, no najmä *mafiánskymi praktikami*. Takáto skupina používa zastrašovanie, násilie a využíva stav z toho vyplývajúci a to najmä stav podriadenosti a bezbrannosti. Ďalším príkladom praktík tejto skupiny je dodržiavanie pravidiel „omerty“, tzv. zákona mlčanlivosti.²⁶

Článok 416 bis *Codice penale* vymedzuje skupinu *mafiánskeho typu*, ako združenie v ktorom:

- a) každý, kto je súčasťou združenia mafiánskeho typu zloženého z troch, alebo viacerých osôb potrestá sa trestom odňatia slobody od deväť do pätnásť rokov;
- b) tí, ktorí podporujú, riadia, alebo organizujú skupinu sú potrestaní trestom odňatia slobody od dvanásť do osemnásť rokov;
- c) členovia združenia mafiánskeho typu majú úžitok zo zastrašovania, stavu podriadenosti a sprisahania páchaním trestnej činnosti a tým získavajú, riadia, alebo priamo či nepriamo kontrolujú hospodársku činnosť, koncesie, povolenia, zmluvy a verejné služby, alebo získavajú nelegálny zisk, alebo výhody pre seba, či pre inú osobu, bránia voľnému hlasovaniu, alebo obstarávajú hlasy pre seba či inú osobu;

²⁴ Legge 19 ottobre 1930 n. 1398 (zákon č. 1398/1930 trestný zákonník).

²⁵ VRTÍKOVÁ, K. Praktické aspekty organizovaného zločinu v Slovenskej republike a Taliansku. In: *Consilio et industria*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2020, s. 240.

²⁶ Taliansky sudca Piero Leanza doslovne tvrdí, že: „Spoločné povedomie o tom, že určitá organizácia alebo rodinný klan je mocný a pripravený použiť násilie, aby dosiahol svoje zločinecké ciele, postačuje na vytvorenie a rozšírenie pocitu strachu, zastrašenia a podriadenosti, ktoré vždy sprevádza zákon mlčanlivosti. Za bežnú súčasť považuje, že obeť zločinov mafiánskych organizácií, napríklad výpalného sa natoľko boja možných represálií, že odmietajú svedčiť počas vyšetrovania a súdneho konania, čím ešte posilňujú organizáciu, ktorá sa môže cítiť v určitom zmysle nedotknuteľná.“ K tomu bližšie pozri PAOLI, L. *Italian Organised Crime: Mafia Associations and Criminal Enterprises*. Taylor & Francis, 2004.

- d) ak je skupina podľa čl. 1 ozbrojená, zvyšuje sa trest odňatia slobody od dvanásť rokov do dvadsať rokov, ak ide o prípady uvedené v druhom odseku zvyšuje sa trest odňatia slobody na pätnásť až dvadsať šesť rokov;
- e) združenie sa považuje za ozbrojené ak členovia skupiny majú na dosiahnutie účelu skupiny k dispozícii zbrane, alebo výbušné materiály a to aj v prípade ak sú skryté, alebo uložené v mieste uloženia;
- f) ak hospodárske činnosti, ktoré členovia majú v úmysle prevziať, alebo kontrolovať ich a zároveň sú financované úplne, alebo čiastočne z príjmov z trestnej činnosti, sankcie, ktoré sú stanovené v predchádzajúcich odsekoch sa zvýšia o jednu tretinu až jednu polovicu;
- g) v prípade odsúdenia člena skupiny dochádza k zabaveniu vecí, ktoré slúžili, alebo boli určené na spáchanie trestnej činnosti, a vecí, ktoré boli získané z výnosov z trestnej činnosti²⁷.

Ako konkrétny príklad skupín, na ktoré sa aplikujú predmetné vyššie uvedené ustanovenia, uvádzame zločineckú skupinu *Camorra*, zločineckú skupinu *N'dranghetta* a iné zločinecké organizácie, ktorých ciele zodpovedajú združeniam mafiánskeho typu.

Článok 416 bis Talianskeho trestného zákona bol zavedený zákonodarcom v roku 1982 ako nové ustanovenie, vzhľadom na zvyšujúce sa nebezpečenstvo v spoločnosti, ktoré vyvolávali organizácie so špecifickými znakmi. Práve zadefinovanie rozdielov medzi zločineckou skupinou bežného typu a mafiánskeho typu sú významné míľniky talianskeho práva, ktorými zákonodarcu poukazuje na špecifiká týchto pojmov a ktorými sa najmä snaží prisrnejšími sankciami reagovať na jav *mafie*.

Na tomto mieste považujeme za dôležité spomenúť Rozsudok Najvyššieho kasačného súdu Talianska, ktorý s ohľadom na rozpínanosť jednotlivých mafiánskych zoskupení upriamuje pozornosť aj na menšie asimilácie tzv. netradičných mafii. Otvoril tak problematiku všetkých ostatných organizácií, ktoré v každom jednom prípade používajú metódy a techniky ako vyššie uvedené tradičné mafiánske zoskupenia, avšak pozostávajú z malých organizácií s nízkym počtom členov. V tejto súvislosti Najvyšší kasačný súd Talianska konštatoval, že: „*Zločin uvedený v čl. 416 bis Trestného zákona je možné aplikovať nielen vo vzťahu k tradičným mafiám pozostávajúcim zo združení s vysokým počtom členov a obrovských finančných prostriedkov, ale aj vo vzťahu k atypickým mafiám pozostávajúcim z malých organizácií s menším počtom členov, ktoré podliehajú obmedzenému územiu či určitému odvetviu činnosti, pričom však využívajú mafiánske metódy, z ktorej pochádza podriadenosť a mlčanlivosť.*“²⁸

Legislatívnym dekrétom č. 21 GU, zo dňa 1. 3. 2018 boli okrem iného novelizované aj ustanovenia talianskeho *Codice penale*. Konkrétne bolo doplnené ustanovenie článku 416 bis 1 nazvané „*Priťažujúce okolnosti pre zločiny súvisiace s použitím mafiánskych metód alebo zločinov na účely terorizmu*“. Uvedeným sa trestnoprávne postihli tie trestné činy, za ktoré je možné uložiť trest odňatia slobody na doživotie, a ktoré boli zároveň spáchané s použitím podmienok uvedených v článku 416 bis, alebo s cieľom uľahčiť činnosť orga-

²⁷ Bol to práve Pio La Torre, ktorý v roku 1980 inicioval návrh zákona, ktorým sa zaviedol nový trestný čin v talianskom právnom systéme, mafiánske sprisahanie, a možnosť súdov zabaviť tovar osôb patriacich k mafiánskeму sprisahaniu.

²⁸ Cass. Pen., oddiel V, č. 44156 z 13. júna 2018, Rv. 274120.

nizácii ustanovených v tom istom článku. Pri takýchto trestných činoch sa trest zvyšuje z jednej tretiny na polovicu.²⁹

Na tomto mieste sa môže čitateľovi zdať, že autorka sa odchyľila od pôvodnej línie, avšak máme za to, že na pochopenie súvislostí prepojených s danou problematikou bolo nevyhnutné spomenúť aj vyššie uvedené skutočnosti.³⁰

Právna úprava ochrany svedkov v Taliansku je upravená najmä v zákone o trestnom práve procesnom, v osobitnom dekréte ministra vnútra a s účinnosťou od 11. januára 2018 aj na základe zákona o ochrane svedkov spravodlivosti.³¹

Na podklade všetkých skutočností bol taliansky proces, najmä minimálna ochrana svedkov kritizovaná a diskutabilná. Dovtedajšia legislatíva sa totižto zameriavala výlučne na ochranu *spolupracovníkov spravodlivosti* (v zmysle nášho právneho poriadku môžeme povedať, že ide o osobu spolupracujúceho obvineného) a svedkov spravodlivosti vylúčila z akejkoľvek účinnej regulačnej ochrany. Z toho dôvodu sa talianska legislatíva rozhodla vykonať revíziu zákonného dekrétu č. 82 z 15. marca 1991, ktorá účinnosť nadobudla v roku 2001.

Revízia so sebou priniesla aj dlho očakávané výsledky v podobe revidovanej legislatívy vytvorenia programu na ochranu svedkov a spolupracovníkov justície. Hlavné zmeny v predmetnom dekréte sa týkali nasledujúcich aspektov:

- 1) Dekrét ustanovoval za *osoby oprávnené na ochranu*:
 - a) svedkov, informátorov v prípadoch previazaných s drogami, mafiou a vraždami;
 - b) svedkov akéhokoľvek trestného činu, ktorého následkom mal byť trest odňatia slobody v rozmedzí päť až dvadsať rokov;
 - c) blízke osoby vyššie uvedených svedkov, ktoré sú v nebezpečenstve.
- 2) Dekrét ustanovoval nasledovné *druhy ochrany*:
 - a) tzv. *dočasný plán*, zahrňajúci premiestnenie na dobu maximálne stoosemdesiat dní;
 - b) tzv. *osobitné opatrenia*, ktoré zahrňali plán ochrany a reintegrácie pre osoby, ktoré sa premiestňovali;
 - c) tzv. *program špeciálnej ochrany*, zahrňujúci poskytnutie premiestnenia, nový doklad totožnosti, finančnú pomoc a tiež vytvorenie novej identity³².
- 3) Rozhodnutie o prijatí svedka, respektíve spolupracovníka justície prijímala ústredná komisia, ktorá pozostávala z:
 - a) štátneho tajomníka ministerstva vnútra;
 - b) dvoch sudcov a dvoch prokurátorov;
 - c) piatich expertov na organizovaný zločin.

²⁹ Legislatívny dekrét č. 21 GU zo dňa 1. marca 2018, online dostupné zo: <<https://www.altalex.com/documents/leggi/2017/10/04/riforma-penale-attuato-il-principio-di-riserva-di-codice>> (cit. 2021-10-20).

³⁰ K tomu bližšie pozri VRTÍKOVÁ, K. *Inštitút svedka s akcentom na jeho právnu ochranu v trestnom konaní*. Praha: Leges, 2021, s. 123.

³¹ LEGGE 11 gennaio 2018, n. 6 *Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia* (18G00022).

³² Takéto zmeny identity, respektíve vytvorenie novej identity, museli byť schválené Ústrednou ochrannou službou, ktorá bola zodpovedná za implementáciu a presadzovanie ochranných opatrení.

I keď sa v roku 2001 dosiahol určitý pokrok, dlho očakávaná reforma, ktorá by zaviedla rozlíšenie medzi svedkami spravodlivosti (ktorí nespáchali žiadny zločin) a spolupracovníkmi justície (ktorí sú na druhej strane zodpovední za závažné zločiny, ale rozhodnú sa „kajať“), s cieľom získať výhody, ktoré umožňuje zákon, sa zrodila až nedávno, v roku 2018.

2.2 Zákon o ochrane svedkov spravodlivosti (Legge della protezione dei testimoni di giustizia)

Zvláštna ochrana na základe zákona o ochrane svedkov spravodlivosti sa poskytuje svedkovi v prípade, ak sú bežné bezpečnostné opatrenia zo strany polície nedostatočné a zároveň svedkovi hrozí vážne nebezpečenstvo v súvislosti s poskytnutým svedectvom.

Nová právna úprava, účinná od roku 2018, ustanovuje, že *svedok spravodlivosti, jeho rodinní príslušníci a ostatní budú príjemcami opatrení fyzickej ochrany, opatrení hospodárskej podpory a opatrení zameraných na reintegráciu do spoločnosti a práce*. Obrovský milník, ktorý dosiahol zákonodarca v roku 2018 spočíva v odstránení rozdielov v súvislosti so zaobchádzaním s tými, ktorí sú v programe ochrany. S účinnosťou predmetného zákona súvisí teda aj tá zmena, že ekonomická pomoc a podpora je zabezpečená, respektíve poskytovaná všetkým svedkom spravodlivosti zaradeným do programu ochrany.

V zmysle čl. 2 zákona o ochrane svedkov spravodlivosti je takýmto *svedkom spravodlivosti každý, kto:*

- a) v rámci trestného konania podáva odôvodnené, spoľahlivé, podstatné vyhlásenia významné pre vyšetrovanie alebo súdne konanie;
- b) preberá, vzhľadom k trestnému činu, ktorý je predmetom jeho vyhlásení, postavenie osoby poškodenej trestným činom alebo osoby informovanej o skutkoch alebo svedka;
- c) nebol odsúdený za úmyselné trestné činy, súvisiace s tými trestnými činmi, pre ktoré sa vedie konanie, a nevyužil vo vlastný prospech to, že prišiel do kontaktu so zločineckým prostredím, o ktorom podáva vyhlásenia. Postavenie svedka spravodlivosti nevylučuje správanie v dôsledku podriadenia sa kriminálnym jednotlivcom alebo združeniam, ktoré sú predmetom vyhlásení, ani samotné príbuzenské vzťahy či manželstvo s osobami vyšetrowanými alebo obvinenými v súvislosti s trestným činom, pre ktorý sa koná, alebo pre súvisiace trestné činy;
- d) nie je alebo nebol podriadený preventívnemu opatreniu ani nie je podriadený konaniu, ktoré prebieha voči nemu kvôli uplatňovaniu takéhoto opatrenia, v zmysle zákonov o boji proti mafii a o preventívnych opatreniach, podľa zákonného nariadenia č. 159 z 6. septembra 2011 (tzv. Protimafiánsky kódex³³), z ktorých by sa dala vyvodzovať pretrvávajúca aktuálnosť jeho nebezpečnosti a odôvodnená pravdepodobnosť, že by mohol páchať trestné činy závažné pre spoločnosť;
- e) nachádza sa v situácii vážneho, konkrétneho a aktuálneho nebezpečenstva, vzhľadom ku ktorej sú bežné ochranné opatrenia, ktoré môžu priamo prijať orgány verejnej bezpečnosti, úplne nedostačujúce, hodnotenej so zohľadnením všetkých okolností a zvlášť vážnosti a kvality poskytnutých vyhlásení, povahy trestného činu, stavu a stupňa konania, ako aj typu reakcií kriminálnych jednotlivcov a združení, ktoré sú predmetom vyhlásení.

³³ Dostupné zo: <<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/07/24/codice-antimafia-edizione-giugno-2014>> (cit. 2022-02-24).

Svedkom spravodlivosti v zmysle predmetného zákona je teda každý, kto ku dňu jeho účinnosti podlieha programu ochrany alebo osobitným ochranným opatreniam.

Osobitný právny predpis ďalej pojednáva o jednotlivých druhoch opatrení pre svedkov spravodlivosti, ktoré môžu pozostávať či z opatrení ekonomickej podpory alebo sociálnych a pracovných opatrení. Jednotlivé druhy ochranných opatrení sa uplatňujú s akcentom na ten ktorý prípad, t. j. podľa situácie, v ktorej sa svedok spravodlivosti nachádza, jeho osobných, rodinných, sociálnych a ekonomických podmienok a tiež osôb, ktoré sa s ním nachádzajú v ohrození. Osobitné ochranné opatrenia síce môžu spôsobiť obmedzenie práv svedka a jemu blízkych osôb. Zákon takéto obmedzenia nazýva dočasné výnimky, diktované potrebou ochrany osobnej bezpečnosti svedka a iných chránených osôb. V neposlednom rade musí byť zabezpečená stálosť v mieste pobytu svedka, avšak s cieľom zaisťiť bezpečnosť svedka a iných chránených osôb a tiež bezpečnosť ich majetku je možné, v prípade potreby:

- a) pripraviť opatrenia dohľadu a ochrany;
- b) technicky zabezpečiť domy a budovy patriace svedkovi;
- c) prijať nevyhnutné opatrenia pre prípad cestovania so svedkom;
- d) presunúť svedka na chránené miesto;
- e) zabezpečiť osobitné postupy na vedenie dokumentácie o svedkovi;
- f) použiť krycie dokumenty v prípade, ak je to potrebné s ohľadom na aktuálnosť nebezpečenstva, ktoré svedkovi a ďalším chráneným osobám hrozí;
- g) použiť akékoľvek ďalšie mimoriadne opatrenia, ktoré musia byť v súlade so všeobecnou smernicou vydanou generálnym riaditeľom verejnej bezpečnosti.

Generálna klauzula daného predpisu uvádza, že svedkovi spravodlivosti a ostatným chráneným osobám, musí byť v každom prípade zabezpečená *dôstojná existencia*.

Záverom, na ochranu svedka sú zákonom stanovené opatrenia, ktorými sú najmä osobná ochrana, technické, bezpečnostné opatrenia, presídlenie do nového bydliska, sociálna rehabilitácia, presťahovanie na tajné a strážené miesto, zmena identity, peňažná pomoc za stanovených podmienok podľa osobitných predpisov, taktiež náhrada za stratu zamestnania, respektíve ušlého zisku, nájdenie novej adekvátnej práce v prípade, že svedkovia z dôvodu podania výpovede nemôžu ďalej pokračovať vo svojom zamestnaní, respektíve oň z tohto dôvodu prišli, či dokonca poskytnutie bezúročnej pôžičky. Medzi ďalšie opatrenia taliansky zákonodarca zaradil náhradu prípadných liečebných nákladov, právnu pomoc, náhradu príležitostných výdavkov z dôvodu ochrany a paušálnu náhradu utrpenej psychickej a biologickej ujmy. Ak je však subjekt nútený zmeniť svoje bydlisko alebo sa presťahovať na chránené miesto, ubytovanie mu musí byť zaručené a ak je presťahovanie definitívne, musí mu byť zabezpečené odkúpenie majetku alebo nehnuteľností štátom, v prípade, že predaj na voľnom trhu nie je možný. Z hľadiska sociálnej a pracovnej integrácie má svedok právo zachovať si zamestnanie alebo sa z bezpečnostných dôvodov presunúť na iné pracovné miesto.³⁴

³⁴ K tomu porovnaj FINOCCHIARO, S. *La riforma del codice antimafia e non solo uno sguardo dinsieme alle modifiche appena introdotte*. 2017. Online dostupné zo: <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5639-la-riforma-del-codice-antimafia-e-non-solo-uno-sguardo-dinsieme-alle-modifiche-appena-introdotte>>.

V Taliansku je ako v jednej z mála krajín stanovená *minimálna a maximálna doba, počas ktorej je svedok chránený*. Minimálna doba ochrany je stanovená na šesť mesiacov a maximálna doba ochrany svedka je stanovená na šesť rokov. Počas doby trvania osobitných opatrení je potrebné vykonávať kontroly, či existuje dôvod na pokračovanie vykonávania opatrení, respektíve v prípade potreby je možné dobu trvania ochranných opatrení aj *predĺžiť*. Ústredná komisia nerozhoduje len o dĺžke ochrany, ale dáva tiež súhlas k ochrane a posudzuje návrhy na ochranu. Na čele komisie je námestník ministra vnútra a ďalšími členmi sú prokurátor, dvaja sudcovia a piati policajti. Sudcovia a policajti sú prednostne vyberaní z radov tých, ktorí majú skúsenosti z aplikačnej praxe s bojom proti organizovanému zločinu a ktorí vykonávajú vyšetrovanie v konaniach súvisiacich s organizovaným zločinom mafiánskeho typu. V prípade, ak sú splnené podmienky poskytnutia ochrany, komisia rozhodne o jej udelení bezodkladne, na svojom prvom zasadnutí. Takýto dokument označujeme ako predbežný (dočasný) plán³⁵ ochrany svedka v rámci ktorého je svedkovi spravodlivosti ustanovený tzv. referent. Zároveň možno uviesť, že od tohto momentu svedok spravodlivosti a ďalšie chránené osoby získavajú status *chráneného svedka*, i keď ešte nie je zavŕšený program ochrany svedka. Referent je tou osobou, ktorá okamžite informuje svedka a ostatné chránené osoby o jednotlivých opatreniach, právach a povinnostiach, ktoré im vyplývajú zo získania statusu chráneného svedka. Úlohou referenta je všestranná pomoc svedkom spravodlivosti vo všetkých aspektoch ich nového života. Táto pomoc zahŕňa informovanie svedka o jeho právach, udržiavanie nepretržitého vzťahu s Komisiou, tak aby bol rýchlo schopný zabezpečiť špeciálne opatrenia podľa potrieb dotknutej osoby, poskytovanie pomoci pri správe majetku a tiež je nápomocný vo fáze reintegrácie do spoločnosti a práce. Ústredná komisia zvolí referenta a súčasne zažiada o stanoviská zainteresované orgány prostredníctvom kontaktnej osoby. Tieto zainteresované orgány vydajú kontaktnej osobe osvedčenie o ich rodinnom, majetkovom stave, vzdelaní, odbornej kvalifikácii, respektíve akejkoľvek kvalifikácii, ktorú majú, či prípadných občianskych, respektíve trestných konaniach. Kontaktná osoba musí do tridsiatich dní predstúpiť pred Komisiu a podať uvedené informácie. Po získaní všetkých informácií a ich starostlivom zvážení bude zavŕšením celého procesu *konečný program ochrany svedkov spravodlivosti*, ktorý musí byť podpísaný všetkými zainteresovanými stranami. Zjednodušene povedané, ústredná komisia rozhoduje v prvom kroku o tom, či sú splnené podmienky poskytnutia ochrany a v prípade odsúhlasenia týchto podmienok sa vytvorený dokument nazýva tzv. dočasný plán, prostredníctvom ktorého je, okrem iného, svedkovi ustanovený referent. Táto dosiahnutá úroveň spôsobuje, že *svedok sa od tohto momentu nazýva chráneným svedkom*. V ďalšom bode ústredná komisia zažiada o stanoviská zainteresované orgány, ktorých výstupné informácie prejedná do jedného mesiaca na svojom zasadnutí. Po starostlivom preštudovaní všetkých predložených informácií a uvážení všetkých okolností bude program ochrany buď zavŕšený signovaním všetkými zainteresovaných stranami alebo proces smerujúci k programu ochrany nebude naplnený a chránený svedok nebude zaradený do programu ochrany svedkov spravodlivosti.

³⁵ Dočasný plán stratí účinnosť, ak po deväťdesiatich dňoch od jeho prijatia orgán, ktorý formuloval návrh, nepožiada o uplatnenie konečného programu spôsobom uvedeným v článku 11 a jeho rozhodnutie nebolo vyriešené. Predseda ústrednej komisie môže nariadiť pokračovanie predbežného plánu ochrany na nevyhnutne potrebný čas, aby mohla komisia návrh preskúmať.

Posledné správy, ktoré sa nám podarilo získať, hovoria iba o päťdesiatich piatich svedkoch spravodlivosti a ich sto sedemdesiatich siedmich rodinných príslušníkoch, ktorí sú v Taliansku pod ochranou štátu, pretože sú ohrozovaní zločineckými organizáciami. V priemere je čas strávený v programe ochrany šesť rokov a dva mesiace.³⁶

V neposlednom rade opakujeme, že právna ochrana svedkov spravodlivosti je v Taliansku upravená v rámci jedného zákona, ktorý okrem svedkov spravodlivosti poskytuje právnu ochranu a pomoc aj spolupracovníkom spravodlivosti, tzv. kajúcnikom, v našich právnych pomeroch nazývaných ako spolupracujúci obvinení.

3. Východiská z komparácie

Cieľom príspevku pojednávajúceho o špeciálnom zákone poskytujúcom ochranu svedkovi bolo okrem komparatívneho porovnania s právnou úpravou na území Slovenskej republiky aj uvedenie objektívneho rozboru právnej úpravy, jej zhodnotenie, naznačenie prípadných nedostatkov a pokúsenie sa o načrtnutie možných alternatív riešenia, *de lege ferenda*.

Spoločnými atribútmi všetkých komparovaných krajín je situácia, ktorá predpokladá aplikovanie ochrany na osobu svedka. V rámci týchto krajín sú tieto predpoklady takmer totožné. V zásade ide o hroziacu ujmu na živote alebo zdraví, či iné nebezpečenstvo, ktoré hrozí svedkovi v súvislosti s poskytnutím svedeckej výpovede. Čo sa týka kategorizácie trestných činov, pri ktorých je možné pri podávaní svedeckých výpovedí poskytovať svedkom ochranu, tie sú v zásade totožné vo všetkých komparujúcich krajinách. Najčastejšie identifikovaným znakom týchto trestných činov je previazanosť s organizovanými zločineckými skupinami a hroziace nebezpečenstvo pre život a zdravie svedka pri podávaní svedeckých výpovedí v takýchto prípadoch.

3.1 Východiská z komparácie pre Českú republiku

Vychádzajúc z vyššie uvedeného je možné konštatovať, že by bolo na mieste primárne vymedziť aplikačnú prednosť tr. ř. pred českým z. o. s. Domnievame sa, že český z. o. s. by bolo vhodné využívať ako prostriedok ochrany svedka *ultima ratio*.

Medzi pozitíva českého zákona o zvláštnej ochrane svedka zaraďujeme široký okruh osôb, ktorým môže byť zvláštna ochrana poskytnutá. V rámci zefektívnenia boja proti organizovanej trestnej činnosti zákonodarca umožnil predmetným zákonom chrániť aj osoby obvinené z trestných činov, ktoré sú ochotné vypovedať a tým napomáhať orgánom činným v trestnom konaní pri odkrývaní organizovaných zločineckých skupín a pri usvedčovaní páchatelov týchto trestných činov. V Českej republike je právna ochrana poskytovaná aj obvinenému, ktorý ako bývalý člen zločineckej organizácie napomáha orgánom činným v trestnom konaní k odhaľovaniu a usvedčovaniu páchatelov trestných činov. Tiež sa zákon o zvláštnej ochrane svedka vzťahuje aj na osoby, ktorým v súvislosti s podaním svedeckej výpovede hrozí ujma alebo vážne nebezpečenstvo. Neutrálne si dovoľíme vnímať, že právna ochrana svedka v Českej republike poskytovaná na základe zákona o zvláštnej ochrane svedka môže byť udelená aj *natrvalo*, v prípade, že nedôjde k naplneniu

³⁶ Dostupné zo: <<https://www.interno.gov.it/notizie/audizione-direttore-servizio-centrale-protezione-aceto-commissione-antimafia-video>> (cit. 2021-09-18).

čo i len jednej z podmienok uvedených v ustanovení § 7 českého z. o. s.³⁷ Táto skutočnosť je v značnom protiklade s Talianskom, kde je svedkovi ochrana poskytovaná *maximálne po dobu šiestich rokov*, s možnosťou dodatočného predĺženia v prípade potreby.

Široký okruh osôb, ktorým môže byť poskytnutá zvláštna ochrana, hodnotíme ako pozitívny aspekt českého zákona o zvláštnej ochrane svedka a podčiarknutie esenciálnej dôležitosti poskytovania ochrany svedkom.

V rámci uvedeného výkladu sme tiež upozornili na, podľa nášho názoru, obrovský problém, ktorým je skutočnosť, že o zaradení osoby do programu zvláštnej ochrany v Českej republike rozhoduje autokraticky minister vnútra Českej republiky. Domnievame sa, že táto skutočnosť nepôsobí objektívnym dojmom, a to z dôvodu, že umožňuje priestor pre korupciu či protekciu. Za určité negatívum považujeme aj fakt, že takýto spôsob rozhodovania nemožno považovať za odborný, respektíve relevantný. V protiklade k tejto skutočnosti stojí tuzemská právna úprava (právna úprava SR), v rámci ktorej o zaradení svedka do programu ochrany rozhoduje Komisia zložená z vymenovaných zástupcov Ministerstva vnútra SR, Ministerstva spravodlivosti SR a Generálnej prokuratúry SR. V tomto smere tiež Taliansko ponúka objektívne riešenie prostredníctvom rozhodovacieho orgánu, Komisie, ktorá je zložená zo sudcov a vyšetrovateľov s preukázanými skúsenosťami s vyšetrovaním organizovaného zločinu a ktorej predsedá štátny tajomník. Z nami uvedenej komparácie je zrejmé, že obe komparujúce krajiny poskytujú viac objektivity pri rozhodovaní o zaradení svedka do programu ochrany, odbornosti rozhodujúceho orgánu a tiež transparentnosti. V nadväznosti na uvedené, by sme *pro futuro* navrhovali, aby rozhodovacia právomoc o zaraďovaní svedkov do ochrany spočinula v rukách nezávislej komisie zloženej z odborníkov z aplikačnej praxe, po vzore tuzemskej právnej úpravy a tiež právnej úpravy Talianska, ktorej bude predsedáť buď štátny zástupca alebo minister vnútra, tak ako je tomu doposiaľ, ale ich funkcia bude iba formálnym garantom dodržiavania zákonného postupu pri zaraďovaní svedkov do programu ochrany. Na podklade uvedeného je možné konštatovať, že je nevyhnutné vniesť do rozhodovania viac odbornosti, čo zabezpečia práve odborníci z aplikačnej praxe (vyšetrovatelia či sudcovia organizovaného zločinu).

3.2 Východiská z komparácie pre Taliansku republiku

Čo sa týka talianskej právnej úpravy ochrany svedkov je nutné skonštatovať, že od roku 1930 počítala talianska legislatíva s tým, že osoba, ktorá vykoná úplnú alebo aspoň čiastočnú nápravu za trestný čin a spolupracuje s orgánmi činnými v trestnom konaní a súdmi, si zaslúži buď čiastkovú alebo celkovú imunitu, respektíve zabezpečenie nestíhatelnosti za spáchaný trestný čin. Následne sa dlhé roky právna ochrana upriamovala výlučne na spolupracovníkov spravodlivosti a svedkovia boli vylúčení z akejkoľvek relevantnej právnej ochrany. Až v roku 2001, revidovaním zákonného dekrétu, bol vytvorený program na ochranu svedkov a spolupracovníkov so spravodlivosťou. Avšak je nutné zdôrazniť, že *dlho očakávanú reformu priniesol až Zákon o ochrane svedkov spravodlivosti s účinnosťou od roku 2018*. Prostredníctvom tohto zákona sa ochrana svedkom poskytuje až v prípade, ak bezpečnostné opatrenia zo strany polície nie sú dostatočné a svedkovi hrozí nebezpečenstvo v súvislosti so svojou svedeckou výpoveďou. S týmto faktom súvisí aj celé spekt-

³⁷ K tomu bližšie pozri poznámku pod čiarou č. 16.

rum možností ako svedkovi zabezpečiť ochranu. Ide o fyzickú ochranu, opatrenia hospodárskej podpory, opatrenia zamerané na reintegráciu do spoločnosti a práce.

V tomto kontexte si Taliansko dovoľíme zhodnotiť ako najliberálnejšiu krajinu čo do poskytovania právnej ochrany svedkom. Krajina roky bojujúca s organizovanou kriminalitou poskytuje ochranu najširšej kategórii osôb. Na strane jednej osobám trvalo žijúcim so svedkom, na strane druhej osobám, ktoré síce so svedkom nežijú, ale tiež sú vystavené vážnemu nebezpečenstvu v súvislosti s podaním svedeckej výpovede.

Časovo regulovanú dobu trvania ochrany svedka považujeme v rámci talianskeho právneho poriadku za problematickú. Práve tento aspekt môže byť kľúčovým pri rozhodovaní svedka o tom, či poskytne svedeckú výpoveď v takej miere, ktorá by ho mohla ohroziť na živote či zdraví, alebo to radšej neurobí, čím môže dôjsť k nestíhatelnosti páchatela trestného činu. V tomto smere si dovoľujeme, ako úvahu *pro futuro*, navrhnúť časové maximum, v rozmedzí napríklad desať až pätnásť rokov, pretože aktuálne časové hľadisko šiestich rokov sa nám zdá s ohľadom na dĺžku trvania vyšetrovania organizovanej kriminality nepostačujúce a máme za to, že práve tento aspekt by zásadným spôsobom ovplyvnil rozhodovanie svedka o podaní svedeckej výpovede. Na druhej strane sme si vedomí, že správnym riešením nie je ani trvalá ochrana svedka, z dôvodu prívysokkej finančnej náročnosti. Navrhujeme preto podporovať tzv. reintegráciu svedka do spoločnosti a práce.

3.3 Východiská z komparácie pre Slovenskú republiku

S ohľadom na vyššie uvedené si dovoľujeme na nasledujúcich riadkoch načrtnúť úvahy *de lege ferenda* pre Slovenskú republiku. V prvom rade navrhujeme rozšírenie okruhu osôb, ktoré môžu byť zaradené do programu ochrany aj o osoby trvalo žijúce so svedkom v spoločnej domácnosti, respektíve aj o osoby, ktoré so svedkom nežijú, ale ich dôvodná obava o život a zdravie je relevantná v súvislosti s výpoveďou svedka. Tento návrh uvádzame na podklade právnej úpravy Talianska, v rámci ktorej sa ochranné opatrenia môžu vzťahovať aj na osoby trvalo žijúce so svedkom, či osoby, ktoré síce so svedkom nežijú, ale sú tiež vystavené vážnemu nebezpečenstvu, v súvislosti s výpoveďou svedka v danej veci. Preto tento návrh považujeme, v danej veci, za mimoriadne podnetný. Osoby obvinené z trestnej činnosti, ktoré sú ochotné vypovedať o závažnej trestnej činnosti a ktoré boli súčasťou takejto závažnej trestnej činnosti a majú oprávnenú obavu o svoj život a zdravie, alebo o život a zdravie svojich blízkych osôb, v súvislosti s podaním svedeckej výpovede, sú podľa nášho názoru vhodní adresáti ochrany *pro futuro*. Nakoľko prijímateľom právnej ochrany je v tuzemsku explicitne vymedzená kategória osôb, v podobe ohrozených svedkov, chránených svedkov a im blízkych osôb, vynímajúc osoby spolupracujúcich obvinených. Avšak v súvislosti s touto skutočnosťou zároveň dopĺňame, že ako ideálne riešenie si predstavujeme generálnu úpravu inštitútu spolupracujúceho obvineného a v rámci nej aj úpravu jeho právnej ochrany. Nedomnievame sa, že čiastková úprava toho inštitútu by zabezpečila jeho dostačujúcu právnu úpravu.

Záver

Východiskom predmetného textu bolo naplnenie koncepcie *de lege ferenda* na základe aplikovania komparatívnej metódy. Ako prvý návrh *pro futuro* uvádzame zverenie rozhodovacej právomoci o zaradovaní svedka do programu ochrany v Českej republike do rúk nezávislej komisie, ktorej osobnostný aparát by tvorili odborníci z aplikačnej praxe

tak, ako je tomu v tuzemsku a tiež v Taliansku. Ďalším návrhom *de lege ferenda* smerujeme tiež k Českej republike, ktorá v prípade dodržiavania podmienok stanovených programom z. o. s. a pretrvávajúceho nebezpečenstva umožňuje trvalé poskytovanie zvláštnej ochrany svedkovi. A síce tento aspekt možno vnímať ako nosný, čo do ovplyvňovania svedkov pri rozhodovaní sa, či poskytnú svedeckú výpoveď, avšak na druhej strane sme názoru, že ani trvalá ochrana svedka nie je správnym riešením. Dovoľme si dokonca uviesť, že celoživotné zaradenie svedka v programe ochrany by mohlo byť na škodu celej veci, preto sa o mnoho viac prikláňame k talianskemu modelu právnej ochrany svedka a síce, vymedziť určité časové maximum, napríklad v trvaní desiatich, respektíve pätnástich rokov, ktoré by smelo byť prekročené iba vo výnimočných prípadoch, a v omnoho väčšej miere vyvinúť snahu o podporovanie reintegrácie svedka a ďalších osôb do spoločnosti a práce.

V rámci návrhov *de lege ferenda*, pre tuzemskú právnu úpravu, jednoznačne zastávame názor, aby bol rozšírený okruh osôb, ktoré môžu byť zaradené do programu ochrany, aj o osoby obvinené z trestnej činnosti, ktoré sú ochotné vypovedať. Vieme si dokonca predstaviť vypracovanie samostatného právneho predpisu, ktorý by zodpovedal aktuálnym podmienkam uvedenej problematiky a prostredníctvom neho by bola *pro futuro* riešená problematika spolupracujúceho obvineného v celistvosti. Nemyslíme si, že iba rozšírenie okruhu osôb, ktoré podliehajú zákonu o ochrane svedka, o spolupracujúcu osobu by bol dostatočný. Domnievame sa, že táto tematika si vyžaduje komplexnejší prístup. Ale nakoľko osoba spolupracujúceho obvineného je v predloženom vedeckom príspevku riešená iba čiastkovo, nechávame tu priestor na odborný diskurz.

Máme za to, že použitím komparatívnej metódy sme preukázali, že to, čo platí v jednej krajine, nemusí byť automaticky aplikovateľné aj v iných krajinách. Na základe uvedených návrhov je zrejmé, že právna úprava ochrany svedka v prezentovaných krajinách môže byť v mnohých ohľadoch ešte kvalitnejšia. Uplatnenie nami navrhovaných podnetov by sa podľa nášho názoru pozitívne prejavilo vo zvýšenej ochote ohrozených svedkov pravdivo vypovedať, čo by v konečnom dôsledku malo za následok vyššiu mieru odhalenej trestnej činnosti, ktorá by bez takýchto intervencií len veľmi ťažko vyšla najavo.

Autonomie vůle versus veřejné zájmy v občanskoprávním řízení (podnět pro české procesní právo)

Dr. Andreas Frössel, MA*

Abstrakt: Podle obecně převládajícího názoru ohledně autonomie vůle stran v Rakousku platí, že působnost tohoto principu se vztahuje k hmotnému soukromému právu. V poslední době se otázka použití autonomie vůle stran stala předmětem diskuse o tom, do jaké míry ji lze použít též v civilním právu procesním. Tento příspěvek předně seznamuje čtenáře s tím, zda a v jakém rozsahu je autonomie vůle procesních stran vůbec podle rakouského civilního procesního řádu přípustná. Autor proto čtenáře seznamuje s názory hlavních zastánců uplatnění tohoto principu, kterými jsou M. Trenker a T. Kunz, kteří publikovali své názory ve svých rozsáhlých dílech. Autor poté prověřuje oprávněnost této tendence na třech vybraných případech, a sice na přípustnosti smlouvy o vzdání se nároku (*pactum non petendo*), možnosti žalobní legitimace za třetí osobu a konečně testuje tyto názory na následcích mimosoudní dohody (*out-of-court-agreement*) v průběhu soudního řízení. Vlastním cílem článku je podnítit diskusi o tomto tématu v rámci českého civilního procesního práva.

Klíčová slova: autonomie vůle stran, civilní právo procesní, rakouský civilní soudní řád, přípustnost smluvních ujednání procesních stran, extenzivní a restriktivní přístup, úmluva o vzdání se vynucování nároku, žalobní legitimace za třetí osobu, úmluvy stran během soudního řízení

Úvod

Autonomie vůle je jednou z hlavních zásad soukromého práva.¹ Zjednodušeně řečeno, autonomie vůle, která je chráněna ústavou,² vyžaduje, aby strany mohly svobodně utvářet své vztahy podle vlastních představ, pokud jim v tom nebrání závažné veřejné zájmy. Tyto závažné veřejné zájmy odůvodňují například to, že autonomie vůle stran v oblasti nájemního práva, pracovního práva a práva ochrany spotřebitele byla do značné míry kogentní právní úpravou omezena. Jinak však platí přednost autonomie vůle a možnost utvářet vlastní právní vztahy podle příslušných soukromých přání a zájmů.

Vzhledem k tomu, že soukromoprávní autonomie je základním pilířem soukromého práva, může být překvapivé, že podle rozšířeného názoru je situace odlišná v oblasti civilního soudního řízení, které v konečném důsledku slouží k prosazování soukromého práva hmotného. Podle mých informací se zdá, že je v souladu s převládající doktrínou civilního procesu, že autonomní ujednání stran v civilním řízení (*procesní smlouva*) jsou v zásadě přípustná pouze v rozsahu, v jakém to výslovně stanoví zákon. Dokazují to i dvě rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR.³ Základem tohoto názoru, který převládá v Rakousku,

* Dr. Andreas Frössel, MA. Rozšířený text přednášky, kterou prezentoval na Fóru Centra právní komparatistiky PF UK dne 4. 11. 2021. Článek je jedním z výstupů česko-rakouského projektu *Veřejný zájem v právu*. K tomu viz zejména TICHÝ, L. – POTACS, M. (eds). *Public Interest in Law*. Cambridge: Intersentia, 2021. Překlad článku: Luboš Tichý.

1 Srov. zejména BYDLINSKI, F. *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*. Wien: Springer, 1967; BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien: Springer, 1996, s. 147 an.

2 Srov. rozhodnutí rakouského ústavního soudu VfSlg 12.227/1989; OGH 30. 4. 2012, 9 ObA 56/11t.

3 Viz 20 Cdo 1928/2007; 23 Cdo 5508/2007.

je dogma vycházející z německé doktríny o zákazu „smluvního řízení“, tj. autonomní organizace civilněprávního procesu.⁴ Podle tohoto názoru mohou strany využít občanskoprávní proces výhradně podle jeho pravidel. S nadsázkou by bylo možné mluvit o přístupu „buď, anebo“.

V posledních deseti letech se však tento tradiční pohled na občanské právo procesní stále častěji dostává pod palbu kritiky. V Německu se na toto téma rozvinula rozsáhlá a téměř neovladatelná diskuse, která odráží téměř celé názorové spektrum. Reprezentativním příkladem je dílo Gerharda Wagnera,⁵ které mělo velký vliv i v Rakousku. V tomto smyslu byly v poslední době publikovány dvě práce, které se zasazují o větší vliv soukromoprávní autonomie v rakouském procesním právu, a to jednak habilitační práce Martina Trenkera *Einvernehmliche[n] Parteidisposition[s] im Zivilprozess*⁶ a jednak Kunzova disertační práce *Prozessstandschaft*,⁷ která – v rozporu s převládající doktrínou – prosazuje přípustnost tzv. autonomní postavení procesní strany.

V následujícím textu bych se chtěl zabývat oprávněností soukromoprávní autonomie a jejím rámcem v rakouském civilním řízení, a tak tímto skromným příspěvkem vyvolat diskusi a přispět k řešení některých možná i v České republice sporných problémů. Za tímto účelem budu nejprve analyzovat vztah mezi veřejnými a soukromými zájmy v občanskoprávním řízení obecně. Přitom rozebírám otázku, jaké veřejné zájmy sleduje soudní civilní proces a které z nich mohou ospravedlnit omezení soukromoprávní autonomie v civilním procesu. Následně stručně popíšu ustanovení rakouského právního řádu týkající se otázky soukromoprávní autonomie v občanskoprávním řízení (ad 2.). Poté představím již zmíněné názory, které obhajují velkorysé uplatňování soukromoprávní autonomie v občanskoprávním řízení v kvazi „neregulované oblasti“ (ad 3.). Následně se na základě tří vybraných sporných problémů budu zabývat tím, zda a do jaké míry lze v občanskoprávním řízení připustit soukromoprávní úmluvy (ad 4.). Na základě těchto poznatků se následně pokusím shrnout a formulovat obecné závěry o vztahu mezi autonomií vůle a veřejným zájmem v rakouském civilním procesním právu (ad 5.).

1. Veřejné a soukromé zájmy v občanskoprávním řízení

1.1 Úvod

Na otázku vyvažování veřejných a soukromých zájmů v občanskoprávním řízení lze nahlížet z různých úhlů pohledu.⁸ Někteří zastávají individualistické chápání civilněprávního řízení: jednotlivec by měl mít možnost uplatnit svůj hmotněprávní nárok. Toto chápání neponechává mnoho prostoru pro nadindividuální nebo dokonce veřejné zájmy. Je třeba přiznat, že toto individualistické chápání občanského soudního řízení, které nebylo nikdy plně realizováno ani v těch nejliberálnějších procesních kodexech, bylo v posledních desetiletích stále více zpochybňováno. Tak např. cílem hromadné žaloby není

⁴ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*. Wien: MANZ, 2020, s. 28 an.

⁵ WAGNER, G. *Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

⁶ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 28 an.

⁷ KUNZ, T. Eine Untersuchung der Klagebefugnisse Dritter im österreichischen Zivilverfahren. In: KUNZ, T. *Die Prozessstandschaft*. Wien: MANZ, 2019.

⁸ Srov. poučný přehled v SPITZER, M. *Kollektivinteressen im Zivilprozess, in GS Rebhahn*. Wien: MANZ, 2019, s. 573 (574 an.).

korigovat individuální smlouvy tak, aby byly v souladu s právem,⁹ nýbrž vytvořit pro společenství spotřebitelů nástroj jejich ochrany, jejíž vynucování se jednotlivému spotřebiteli nevyplatí. Na druhé straně „soukromoprávní vymáhání“ je určeno k prosazování veřejných zájmů prostředky soukromého práva a civilního procesního práva, například pokud se jedná o kartelové právo nebo právo kapitálového trhu.¹⁰

Na tomto místě je třeba zdůraznit, že rakouský občanský soudní řád nikdy nestál na individualistickém stanovisku, které bylo archetypálně obsaženo zejména v civilním soudním řádu přijatém v Německu¹¹ o několik desetiletí dříve, v době vrcholného liberalismu.¹² Tvůrce rakouského civilního soudního řádu Franz Klein chápal civilní soudní řízení jako „nutné zlo“, které – pokud je nutné – by mělo být co nejkratší a neefektivnější, aby se jednotlivce tak mohl co nejnázce domoci spravedlnosti.¹³ Individuální vymáhání práv se tak stalo prostředkem „sociálního“ civilního soudního řízení, které je (ne bezdůvodně) dodnes vysoce ceněno představiteli rakouské doktríny občanského procesního práva.¹⁴ V tomto smyslu je rychlé soudní řízení žádoucí nejen pro jednotlivce, ale je také rozhodující součástí příznivého prostředí pro podnikání: pokud rychle dosáhnou svých práv, je to výhodné i pro obecné blaho.

Je zřejmé, že vymezení hranic mezi veřejným a soukromým zájmem, které může být teoreticky snadné, se stává obtížnějším, když se ponoříme do konkrétní oblasti práva a konkrétních právních otázek: soukromé a veřejné zájmy se zde prolínají, podmiňují a doplňují a v některých případech je již nelze ostře vymezit.

1.2 Veřejné zájmy jako ospravedlnění kogentního práva

Pokud si v této souvislosti položíme otázku, proč podle převažujícího názoru převládají v občanském právu procesním kogentní ustanovení, můžeme se nejprve zamyslet nad formálními aspekty. Například civilní právo procesní je – na rozdíl od práva soukromého – oblastí veřejného práva, kterou obvykle provází větší četnost kogentních ustanovení. Tento přístup však není příliš přesvědčivý,¹⁵ protože ve veřejném právu nepochybně existují ustanovení, která lze „odstranit“ dohodou stran. Naopak v soukromém právu existují – opět nesporně – také kogentní ustanovení.

To dokazuje i pohled na pozitivní úpravu rakouského civilního soudního řádu. Například podle § 129 odst. 1 ZPO „[v]šechny lhůty mohou být zkráceny dohodou stran“. Podle § 183 odst. 2 ZPO se strany mohou dohodnout, že někteří svědci nebo dokumenty nebu-

⁹ APATIE, P. – FRÖSSEL, P. k § 30 KSchG. In: SCHWIMANN, M. – KODEK, G. *ABGB*. 5. vydání. Wien: LexisNexis, 2020, s. 2.

¹⁰ Například FIDLER, P. *Private Enforcement – Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit im Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht* (Teil 1 und 2). *Juristische Blätter*. 2018, Vol. 140, Iss. 2, s. 81 a 152.

¹¹ Srov. například STÜRNER, R. *Liberalismus und Zivilprozess. Versuch einer rechtsvergleichenden Bilanz*. *Österreichische Juristenzeitung*. 2014, Hf. 14–15, s. 629 (633).

¹² KODEK, G. *Das Zivilverfahrensrecht im 21. Jahrhundert – alte und neue Herausforderungen*. *Österreichische Juristenzeitung*. 2008, Hf. 23–24, s. 919 (923).

¹³ Srov. KODEK, G. – MAYR, P. *Zivilprozessrecht*. 5. Auflage. Wien: Facultas, 2021, marg. č. 11; TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 126 an.; LEWISCH, P. *Der Zivilprozess: Soziales Übel oder soziale Wohltat?* In: LEWISCH, P. – RECHBERGER, W. (eds). *100 Jahre ZPO: Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*. Wien: MANZ, 1998, s. 97 an.

¹⁴ Srov. například NOLL, A. *Das gerichtliche Verfahren als soziale Institution*. *RZ* 2015, s. 6.

¹⁵ Podrobně a přesvědčivě TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 77 an.

dou do řízení připuštění.¹⁶ Je tedy zcela nepochybné, že zákonodárce poskytuje účastníkům občanskoprávního řízení určitou míru tvůrčích možností; otázkou je pouze, kam až tyto tvůrčí možnosti sahají.

Důvodem, proč podle převažujícího názoru dominují v civilním právu procesním kogentní normy, je skutečnost, že občanské řízení plní veřejné úkoly, které vyžadují a mohou ospravedlnit omezení autonomie. V návaznosti na Trenkera lze identifikovat následující veřejné zájmy,¹⁷ které v konečném důsledku vedou k tomu, že občanskoprávní procesní ustanovení jsou často koncipována jako kogentní.

V prvé řadě je třeba uznat snahu zákonodárce napomoci tomu, aby v občanskoprávním řízení zvítězila materiální pravda.¹⁸ Kromě všech epistemologických obtíží by v této souvislosti měla rozhodnutí pokud možno stanovit, co se skutečně stalo a jak má být skutkový stav právně kvalifikován. Jako jakási druhá strana mince nesmějí být státní soudy nuceny akceptovat skutečnost, o které vědí, že není pravdivá, protože by to narušovalo autority justice.¹⁹

Druhým veřejným zájmem je procesní ekonomie:²⁰ soudní řízení stojí peníze daňových poplatníků, a proto by mělo být vedeno co nejrychleji a nejefektivněji. Je proto třeba zabránit dohodám stran, které zatěžují soudy zbytečnými nebo nadměrnými požadavky. Ti, kteří nejsou spokojeni s „repertoárem“ státního občanského práva procesního, mohou využít alternativní formy řešení sporů, ať už jde o rozhodčí řízení, mediaci nebo smířčí řízení.²¹

Třetím veřejným zájmem, který lze v našem kontextu identifikovat, je zásada jednoty rozhodování: o totožných skutečnostech a otázkách by měly státní soudy rozhodovat pokud možno stejně.²² To vyžaduje nejen ústavní princip rovnosti,²³ ale jde také o rozhodující faktor důvěry veřejnosti v justici. Pokud občané získají pocit, že o výsledku soudních sporů ve skutečnosti rozhoduje náhoda, je to na škodu soudnímu systému a demokratickému právnímu státu jako celku.

Čtvrtý veřejný zájem, který s výše uvedeným úzce souvisí, se týká funkce právního smíru.²⁴ Soudní řízení má s konečnou platností autoritativně rozhodnout právní spor a vyřešit tak společenskou konfliktní situaci, která se za řízením skrývá.²⁵ Soud je místem konfliktu, po němž má opět dojít k sociálnímu smíru. Tento veřejný zájem na právním smíru je v rozporu například s dohodami stran, které mají zrušit právní moc rozhodnutí.²⁶

Pátým veřejným zájmem, který je třeba zmínit, je transparentnost občanskoprávního řízení:²⁷ „*Spravedlnost musí být nejen uskutečňována, ale musí to být také vidět*“.²⁸ Veřej-

¹⁶ „Tato opatření [poznámka autora zajištění listinných důkazů a podnět účastníkům k účasti na ústním jednání podle § 183 odst. 1 ZPOJ] však předseda senátu nemůže vydat, pokud s tím strany nesouhlasí.“

¹⁷ Srov. k tomu a k následujícímu podrobně TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 124 an.

¹⁸ *Ibidem*, s. 130 an.

¹⁹ *Ibidem*, s. 197.

²⁰ *Ibidem*, s. 198 an.

²¹ Například KODEK, G. – MAYR, P. *Zivilprozessrecht*, marg. č. 13 an.

²² TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 220 an.

²³ Čl. 7 B-VG a čl. 2 StGG.

²⁴ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 225 an.

²⁵ V této souvislosti se mluví o obnovení a zachování právního míru, srov. RECHBERGER, W. – SIMOTTA, D.-A. *Zivilprozessrecht*. 9. Auflage. Wien: MANZ, 2017, marg. č. 20. an.

²⁶ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 207 an.

²⁷ *Ibidem*, s. 228 an.

²⁸ *Rex v. Sussex Justices (1924)* 1 KB, s. 256.

nost a ústní podání občanskoprávního řízení, ale i účast laiků na ní jsou základními prvky zásady, že soudní rozhodnutí by neměla být přijímána pouze „v utajení“, ale měla by se o nich dozvědět i veřejnost, což by mělo posílit důvěru v justici.

Téměř každé kogentní ustanovení procesního práva lze odůvodnit jedním z těchto veřejných zájmů. Není ovšem snadné vyložit, která ustanovení občanského soudního řádu jsou kogentní a která naopak ponechávají prostor pro autonomii stran.

2. Referenční rámec v pozitivním právu civilního soudního řádu (ZPO)

V otázce vztahu mezi kogentními ustanoveními a možnostmi soukromoprávního autonomního dotváření (autonomního řešení) v rakouském civilním soudním řádu, jsou výslovná ustanovení přinejlepším mezerovitá a ztěžují používání obecných zásad.²⁹ Začnu dvěma výše uvedenými ustanoveními. Ustanovení § 129 odst. 1 ZPO umožňuje zkrácení všech lhůt na základě vzájemné dohody, nikoli však jejich prodloužení. Procesně ekonomické odůvodnění tohoto ustanovení je zřejmé: pokud strany chtějí proces urychlit, protože se jim zdá příliš pomalý, je to možné. Zdržování procesu prodlužováním lhůt však přípustné není.

Ustanovení § 183 odst. 2 občanského soudního řádu, podle něhož mohou účastníci řízení dohodou „vyloučit“ z řízení některé svědky a listiny, slouží především k ochraně soukromého a rodinného života;³⁰ pokud si účastníci řízení nepřejí, aby některé aspekty jejich života byly vtahovány do řízení, měli by mít možnost se na tom dohodnout. Podle správného názoru v literatuře je tato úprava analogicky rozšířena i na tzv. záležitosti *prima facie*, tedy obecně známé.³¹

Kromě toho jsou v rámci zákonných ustanovení přípustné dohody o místní příslušnosti a rozhodčím řízení, uzavírání soudních smírů,³² jakož i zpětvzetí žaloby po vzájemné dohodě bez vzdání se nároku,³³ zpětvzetí žaloby spojené se vzdáním se nároku je možné i bez souhlasu žalovaného.³⁴

Tyto nesporné možnosti autonomie vůle jsou protipólem úmluv, které strany uzavřít nesmějí. Právní překážky soudní příslušnosti a rozhodčí smlouvy již byly zmíněny. Zde je však třeba zmínit i výše uvedený zákaz prodlužování lhůt. Navíc jsou nepřípustné dohody stran, které zasahují do volného hodnocení důkazů soudem. Doznání podle § 266 odst. 2 ZPO lze odvolat; soud však musí v rámci volného hodnocení důkazů komplexně posoudit pravdivost doznání (výpovědi) nebo jeho (jejího) odvolání.³⁵ Trenker výstižně

²⁹ Srov. „nástin“ *lex scripta* v TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 39 an.

³⁰ *Ibidem*, s. 145 an.

³¹ *Ibidem*, s. 147 an.

³² Srov. § 204 odst. 1 občanského soudního řádu: „*Při ústním jednání se může soud vždy na návrh nebo z úřední povinnosti pokusit o smírné vyřešení sporu nebo vyřešení jednotlivých otázek. V této souvislosti může poukázat na instituce vhodné pro smírné řešení konfliktů, pokud se to jeví jako účelné. Dojde-li ke smíru, jeho obsah se na požádání uvede do protokolu z jednání.*“

³³ Ustanovení § 237 odst. 1 věta první ZPO: „*Žaloba může být vzata zpět bez souhlasu žalovaného pouze do doby, než je doručena žaloba nebo odpor proti platebnímu rozkazu.*“

³⁴ Ustanovení § 237 odst. 1 věta druhá ZPO: „*Jestliže se žalobce současně vzdá nároku, může být žaloba vzata zpět bez souhlasu žalovaného až do skončení ústního jednání.*“

³⁵ § 266 odst. 2 ZPO: „*Do jaké míry je takové uznání zrušeno nebo oslabeno ve své účinnosti dodatky a omezení, které k němu strana připojila, a jaký vliv má odvolání na účinnost uznání, posoudí soud podle svého uvážení vedeného pečlivým uvážením všech okolností.*“ Srov. k problematice podrobněji TRENKER, M. *Bindungswirkung des zivilgerichtlichen Geständnisses*. *Österreichische Juristenzeitung*. 2020, Hf. 7, s. 293.

vysvětlil, že podle zásady rakouského civilního soudního řízení nelze soud „donutit“ k nesprávnému rozhodnutí v rozporu s jeho znalostmi.³⁶

Volné hodnocení důkazů je takřikajíc jednou z „klíčových kompetencí“, které představují kvintesenci soudní činnosti, a jsou tedy v každém případě vyloučeny ze soukromoprávního autonomního ujednání. V této souvislosti je třeba vzít v úvahu i zásadu *iura novit curia*, tj. monopol soudů na výklad rozhodného práva.³⁷ Vždyť zákonodárce stanoví zásady řízení a umožňuje tak soudci naplánovat jeho průběh. Předpokládá totiž, že soudce na základě svých zkušeností ví, jak lze řízení nejsnáze vést.³⁸

Mezi těmito dvěma póly přípustnosti a nepřípustnosti soukromoprávních autonomních dohod v občanskoprávním řízení se nachází široké pole otázek, které nejsou výslovně upraveny, a jsou proto sporné. Uvedu několik z nich, které se v současné době v Rakousku diskutují. Třemi takovými se budu podrobněji zabývat v dalším textu.

Ve výše popsané koncepci je zejména sporné, zda strany mohou uzavřít dohodu, a to i do budoucna, o komplexním vzdání se nároků, tzv. *pactum de non petendo*. Srovnatelné otázky vyvstávají v souvislosti s dohodou o takzvaném „věčném smíru“,³⁹ která – pokud by byla chápána doslova – se svými účinky této dohodě velmi blíží.

Velmi spornou a dogmaticky zajímavou je také otázka, zda oprávněný k žalobě může svoje žalobní právo převést na jinou osobu, aniž by převedl základní hmotněprávní nárok. Jedná se o otázku přípustnosti tzv. „autonomii v řízení“.⁴⁰

V posledních desetiletích kolísala judikatura v otázce, zda strany mohou na základě dohody „vyměnit“ účastníka řízení za jinou stranu, která s tím souhlasí.⁴¹ Nejvyšší soud na tuto otázku odpověděl kladně v rozhodnutí, které zatím zůstalo ojedinelé.⁴²

Dále je diskutována otázka, zda může být soud vázán k určení určitých skutkových nebo právních otázek soukromoprávní dohodou. V neposlední řadě má velký praktický význam otázka přípustnosti a účinků mimosoudního vzdání se prostředků právní ochrany⁴³ nebo mimosoudního zpětvzetí žaloby.⁴⁴

Již z tohoto stručného přehledu je patrná různorodost rozebírané problematiky. Ale již na tomto místě lze tak konstatovat, že v tomto kontextu je nesprávný nediferencovaný přístup „všechno nebo nic“. Stejně tak neplatí, že by všechny dohody procesních stran, které nejsou v zákoně výslovně uvedeny, byly bez výjimky nepřípustné. Naopak však nelze tvrdit, že mimo výslovně upravené případy platí přístup „vše je dovoleno“. Vždy je třeba se zaměřit na konkrétní normativní kontext a případně existující veřejné zájmy, které mohou stát v cestě autonomnímu uspořádání.

³⁶ Správně TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 197: „Integrita soudu musí být zachována v jeho vlastním zájmu a v zájmu důvěryhodnosti soudnictví, přinejmenším do té míry, že chování stran nesmí vést k tomu, aby soud musel rozhodnout zřejmě nesprávně.“

³⁷ Místo všech RECHBERGER, W. In: FASCHING, H. W. – KONEČNÝ, A. *III/1 § 271 ZPO*. 3. vydání. Wien: MANZ, 2017, s. 1: „[Z]áleží na soudci, jakým způsobem získá potřebné znalosti práva.“

³⁸ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 200 an.

³⁹ Srov. KODEK, G. – MAYR, P. *Zivilprozessrecht*, marg. č. 434.

⁴⁰ Podrobněji viz KUNZ, T. *Prozessstandschaft*, s. 153 an.

⁴¹ Srov. popis vývoje judikatury v pozn. 4, s. 22 an.

⁴² Srov. OGH 15. 12. 2008, 4 Ob 79/08h.

⁴³ Srov. TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 524 an. a 572 an.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 716 an.

3. Od restriktivní starší doktríny k zásadě *in dubio pro libertate*

Při pohledu na vývoj v posledních desetiletích v Německu i v Rakousku je zřejmá tendence k větší autonomii v civilněprávním řízení. V tomto smyslu starší doktrína spíše předpokládala, že právní normy civilního procesu je třeba považovat za kogentní. Tento názor je často podporován zákazem „smluvních sporů“, což jistě není vždy přesvědčivé v této obecnosti. Současně však lze tomuto staršímu názoru jistě přisvědčit v tom, že v případech, kdy zákon nestanoví výslovnou úpravu, může jeden nebo více zmíněných veřejných zájmů často mluvit proti přípustnosti autonomní úpravy. Zde je třeba zmínit zejména zásadu procesní ekonomie, protože autonomní úpravy jsou často podezřelé z toho, že řízení komplikují a tím prodlužují.

Naproti tomu v novější literatuře lze pozorovat odlišný přístup, který se může odvolávat na ústavněprávní názory s vysokou úrovní abstrakce.⁴⁵ Jak německý Spolkový ústavní soud,⁴⁶ tak i rakouský Ústavní soudní dvůr⁴⁷ v nedávné době zdůraznily obecnou svobodu jednání jednotlivce.⁴⁸ Z toho vyplývá zásada, že občané mají zásadně právo na svobodnou volbu, pokud jde o uspořádání jejich životních podmínek. Každé omezení této svobody, a tedy i autonomie vůle, musí být založeno na objektivním důvodu, jinak je regulace nesprávná.⁴⁹

V tomto smyslu se v nedávné literatuře prosadila zásada *in dubio pro libertate*:⁵⁰ pokud zákon neobsahuje výslovná ustanovení, která by tomu bránila, a neodporují-li tomu závažné veřejné zájmy, je třeba v případě pochybností připustit možnost autonomie stran v civilněprávním řízení.

Tato úvaha je jistě přesvědčivá svým obsahem a odůvodněním, ale praktické dopady této „změny paradigmatu“ nelze přeceňovat.⁵¹ Jak jsme viděli, existuje celá řada veřejných zájmů – s velmi širokou působností – které mohou stát v cestě přípustnosti soukromoprávních dohod v civilněprávním řízení. Stačí si vzpomenout na zásadu procesní ekonomie: při odpovídajícím širokém chápání zásady procesní ekonomie by jakákoli soukromoprávní dohoda byla v rozporu s veřejným zájmem, protože soud by byl nucen „implementovat“ dohodu stran namísto civilního soudního řádu (ZPO), které zná. Ačkoli takový zjednodušený pohled není přesvědčivý, ukazuje tato myšlenka, že není příliš obtížné akceptovat v civilněprávním řízení veřejné zájmy, které mohou značně omezit přípustnost soukromoprávních dohod.

Přesto je obohacující chápat přístup spočívající ve zdůraznění autonomie vůle, a tedy nutnosti hledat opodstatnění kogentních ustanovení i v procesním právu, protože ustanovení rakouského civilního soudního řádu dosud – pokud je to možné posoudit – nebyla téměř z tohoto hlediska analyzována.

⁴⁵ Srov. přesvědčivý závěr *ibidem*, s. 91 an.

⁴⁶ Srov. BVerfGE. Bd. 54, s. 143; BVerfGE. Bd. 80, s. 137; BVerfGE. Bd. 90, s. 145.

⁴⁷ VfGH. G 139/2019. 11. 12. 2020.

⁴⁸ BEZEMEK, C. Allgemeine Handlungsfreiheit im System der österreichischen Bundesverfassung. *Austrian Law Journal*. 2016, Hf. 2, s. 109.

⁴⁹ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 97.

⁵⁰ Srov. v tomto ohledu poměrně dalekosáhlé teze SCHLOSSER, P. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, s. 9 an.

⁵¹ V tomto smyslu také TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 97 an.

4. Vybrané otázky rakouského občanského soudního řízení

4.1 Smlouva o vzdání se práv (*pactum de non petendo*)

Nyní se budu věnovat již avizovaným vybraným otázkám rakouského civilního procesu. Nejprve se zaměřím na otázku přípustnosti komplexního vzdání se právní ochrany (*pactum de non petendo*). Tím se rozumí dohoda stran, že určitý nárok – nebo všechny nároky vyplývající z určitého právního vztahu – nelze vynucovat soudně.⁵² Pohledávce chybí soudní vymahatelnost. Stejně jako mnoho procesních dohod má i toto ujednání takřka-jíc „dvojče“ v hmotném právu, a to vzdání se práva, které je v zásadě nepochybně přípustné (§ 1444 ABGB).⁵³ Na rozdíl od něho se však strany *pactum de non petendo* nevzdávají hmotněprávního nároku, ale pouze jeho vynutitelnosti (žalovatelnosti).⁵⁴

Jak se taková dohoda posuzuje procesně? Dříve převládal názor, že taková dohoda není z ústavněprávních důvodů přípustná: Takové ujednání se považovalo za porušení práva na řádný proces zaručeným článkem 6 EÚLP. Právo na řádný proces je navíc veřejnoprávním nárokem,⁵⁵ protože jeho předmětem je civilněprocesní nárok, kterého se nelze vzdát.

Naproti tomu novější doktrína, zejména Trenker,⁵⁶ vychází z toho, že z judikatury ESLP k článku 6 EÚLP vyplývá, že v zásadě je možné vzdát se i práv zaručených tímto článkem.⁵⁷ Ujednání *pactum de non petendo* by sice nemělo obcházet kogentní ustanovení, například pokud zákon o ochraně spotřebitele stanoví, že se nelze některých práv spotřebitele vzdát nebo jen v omezeném rozsahu.⁵⁸ V tomto případě by se vzdání se vymahatelnosti zpravidla hodnotilo až po vzniku sporu. Mimo tento zvláštní případ však údajně neexistuje žádná zásadní dogmatická překážka přípustnosti *pactum de non petendo*; pokud se někdo mohl vzdát hmotněprávního nároku, mohl se vzdát i jeho vynutitelnosti. Je třeba připustit, že při hodnocení přípustnosti v jednotlivých případech by bylo třeba ji zkoumat na základě požadavků kontroly všeobecných obchodních podmínek, tj. kontrolu jejich platnosti a obsahu.⁵⁹ Pokud dohoda při této kontrole ob stojí, musí být považována za přípustnou i z procesního hlediska.

Podle mého názoru má tento menšinový názor mnoho výhod. Především z pozitivního práva nelze dovodit, že by *pactum de non petendo* bylo nepřípustné. Skutečnost, že nárok na žalobu je formálně nárokem veřejnoprávní povahy, není závažná, protože je uznáváno, že i veřejnoprávních práv se lze za určitých konstelací vzdát. V daném kontextu převládá názor, že jak hmotněprávní vzdání se práva, tak vzdání se práv vyplývajících z článku 6 EÚLP jsou v zásadě přípustná, takže *prima facie* lze konstatovat, že pro přípustnost vzdání se vymahatelnosti nároku mluví celá řada důvodů. V tomto případě se však otázka

⁵² RECHBERGER, W. – SIMOTTA, D.-A. *Zivilprozessrecht*, marg. č. 31; KODEK, G. – MAYR, P. *Zivilprozessrecht*, marg. č. 10 a 111.

⁵³ „Ve všech případech, kdy je věřitel oprávněn vzdát se svého práva, může se ho vzdát i ve prospěch svého dlužníka, a tím zrušit jeho závazek.“ Zákon stále hovoří o odřikání ve smyslu starší terminologie.

⁵⁴ Srov. RECHBERGER, W. – SIMOTTA, D.-A. *Zivilprozessrecht*, marg. č. 31; KODEK, G. – MAYR, P. *Zivilprozessrecht*, marg. č. 111 s dalšími argumenty.

⁵⁵ Srov. KODEK, G. – MAYR, P. *Zivilprozessrecht*, marg. č. 10 a 49.

⁵⁶ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 230 an. a 556 an.

⁵⁷ K výkonu práv podle čl. 6 EÚLP z hlediska rozhodčího řízení srov. také GRABENWATER, C./GANGLBAUER, T. Die Stellung des Schiedsverfahrens aus verfassungsrechtlicher Sicht. In: CZERNICH, D. – DEIXLER-HÜBNER, A. – SCHAUER, M. (eds). *Schiedsrecht*. Wien: MANZ, 2018, marg. č. 128 an.

⁵⁸ K ochraně spotřebitele viz TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 553 an.

⁵⁹ Srov. ibidem, s. 564 an.

nevyhnutelně přesouvá ke kontrole platnosti dohody v konkrétním případě; v případě spotřebitelů bude taková dohoda přípustná pouze v úzkých mezích a zejména až po vzniku konkrétního soudního sporu. Totéž platí i pro pracovněprávní nároky. V oblasti B2B musí doložka obstát při obecné kontrole všeobecných obchodních podmínek a dobrých mravů.

Jedním z argumentů, který by mohl zásadně mluvit proti přípustnosti *pactum de non petendo* a který podle mého názoru stojí i v pozadí negativních názorů ve starší literatuře, je nepřípustnost oddělení hmotněprávního nároku a jeho procesního vynucování: Bud' – podle této úvahy – nárok hmotněprávně existuje, a v tom případě jej musím mít možnost i vymáhat; nebo hmotněprávně neexistuje, a v tom případě odpadají všechny úvahy o vzdání se právní ochrany. Podrobněji se touto úvahou o základní jednotě hmotněprávního nároku a jeho uplatnění budu zabývat níže (4.2).

V nastíněném kontextu se však oddělené posuzování hmotněprávní existence nároku a jeho vynutitelnosti jeví jako nepodstatné z následujícího důvodu: pozitivní právo obsahuje v souvislosti s institutem promlčení⁶⁰ dogmatickou konstrukci, podle níž nárok hmotněprávně existuje, ale plynutím času ztrácí svou vynutitelnost. Pokud mohou strany omezit vymahatelnost nároku tím, že se vzájemně dohodnou na zkrácení promlčecí lhůty,⁶¹ není v zásadě důvod odmítat přípustnost *pactum de non petendo*. V důsledku toho je podle zde zastávaného názoru třeba se řídit názorem Trenkera, že neexistují žádné zásadní výhrady proti přípustnosti smlouvy o vzdání se práv. Její platnost je však vždy třeba zkoumat v konkrétním případě na základě obecné kontroly všeobecných obchodních podmínek a v souladu s dobrými mravy.

4.2 Procesní autonomie

Tím se dostávám k druhé sporné otázce, kterou bych rád v rámci této přednášky stručně vysvětlil. S otázkou *pactum de non petendo* úzce souvisí problém, zda je přípustný převod žalobního práva např. postoupením hmotněprávní pohledávky. V tomto ohledu se – v návaznosti na německou koncepci – používá termín „*gewillkürter Prozessstandschaft*“.⁶² Představitelnou konstelací by byl převod žalobního práva spotřebitele na spolek spotřebitelů, aniž by však na spolek přešlo základní právo ze smlouvy s podnikatelem. Dalším případem je vymáhání pohledávky postupitelem v rámci tiché cese, protože strany si nepřejí, aby postoupení na dlužníka *cessus* bylo uveřejněno.⁶³

Převažující doktrína⁶⁴ a také Nejvyšší soud⁶⁵ vycházejí z toho, že procesní aktivní legitimaci nelze oddělit od základního hmotněprávního nároku. Na jedné straně je to odůvodněné z hlediska úpravy nákladů řízení nebo prevence zneužití práva: nemělo by být možné konstruovat nesolventního „bílého koně“, který nemůže požádat o prominutí nákladů nebo si dokonce nemůže dovolit ani hrazení nákladů soudního řízení. Zahraniční

⁶⁰ § 1478 an. ABGB.

⁶¹ Srov. § 1502 ABGB, který pouze vylučuje – z důvodu právní jistoty – prodloužení promlčecí lhůty.

⁶² KUNZ, T. *Prozessstandschaft*, s. 43 an. k pojmu a definici soudního sporu.

⁶³ Srov. *ibidem*, s. 168 an.

⁶⁴ RECHBERGER, W. – SIMOTTA, D.-A. *Zivilprozessrecht*, marg. č. 354; KODEK, G. – MAYR, P. *Zivilprozessrecht*, marg. č. 299.

⁶⁵ A to ve formě tzv. posíleného senátu (OGH 27. 4. 2001, 1 Ob 40/01s), který rozhodnutí dodává zvýšený význam (srov. § 8 OGHG). K judikatuře Nejvyššího soudu k této otázce viz KUNZ, T. *Prozessstandschaft*, s. 158 an.

žalobci by si takto mohli ušetřit složení jinak povinné jistiny.⁶⁶ Na druhé straně se tvrdí, že právo na žalobu je veřejnoprávní pohledávkou, kterou nelze převést na jiné osoby.

Opačný názor naopak vychází z převládajícího názoru v Německu,⁶⁷ podle kterého by dobrovolné soudní spory měly být přípustné, pokud má strana na řízení vlastní zájem, který je hoden ochrany. Trenker⁶⁸ i Kunz⁶⁹ ve svých nedávno publikovaných pracích zastávají stejný přístup a předpokládají, že autonomie řízení by měla být přípustná. Souhrnně je to odůvodněno tím, že v podobě postoupení pohledávky k vymáhání existuje v hmotném právu právní institut, který je svými účinky rovnocenný autonomnímu soudnímu sporu.⁷⁰ Dále je nepochybně přípustné pověřit jinou osobu zastupováním v soudním řízení týkajícím se práva jiného, a to na základě plné moci. Tvrdí, že je nepochopitelné, proč jsou tyto dvě možnosti přípustné, nikoliv však „střední cesta“ ve formě procesní autonomie.

Argumenty, o něž se opírá převládající názor, nejsou ve skutečnosti samy o sobě příliš přesvědčivé. Nebezpečí soukromoprávních autonomních ujednání s cílem obejít úpravu o nákladech řízení vzniká stejně tak v případě nesporně přípustného postoupení pohledávky k vymáhání (inkasocese) podle hmotného práva. Skutečnost, že pravomoc vést řízení je veřejnoprávním oprávněním, sama o sobě neodůvodňuje ani přípustnost, ani nepřípustnost autonomie řízení.

Přesto jsem toho názoru, že je třeba souhlasit s převažujícím názorem, a to z následujícího důvodu. Rozpolcení práva na hmotněprávní nárok a procesní oprávnění k jeho vynucování je rakouskému právu zásadně cizí. Historický zákonodárce vycházel z toho, že právo se buď uplatňuje vlastním jménem, nebo že cizí právo se vynucuje na základě plné moci. Uplatnění cizího práva vlastním jménem je alespoň podle tradičního názoru nepřípustné.

Na pozadí výše uvedených ústavněprávních úvah – viz *in dubio pro libertate* – však vyvstává otázka, zda proti přípustnosti autonomie řízení nehovoří také veřejný zájem. Podle mého názoru tomu tak je: jak zásada procesní ekonomie, tak zásada transparentnosti hovoří ve prospěch toho, aby autonomie řízení nebyla přípustnou. Jak ve fázi nalézacího řízení, tak v případě řízení o výkonu rozhodnutí není vyloučeno, že práci soudu zkomplikuje a zapojení třetí osoby jako účastníka řízení, jehož právní vztah ke skutečnému oprávněnému musí soud často nejprve vyjasnit.

Ustanovení civilního soudního řádu jsou zaměřena na to, aby se svého nároku domáhala věcně legitimovaná strana – v případě potřeby na základě plné moci. To je zřejmé například z toho, že zastánci přípustnosti procesní autonomie musí nejprve velmi podrobně zdůvodnit, proč se na věcně legitimovanou stranu mají aplikovat nikoli pravidla o výslechu svědků, ale pravidla o výslechu stran řízení.⁷¹ Již tento jednoduchý příklad ukazuje, že autonomie v řízení s sebou nese riziko dalšího zkomplikování (již tak složitého) civilněprávního řízení a nutnost dalších výkladových postupů soudu, a proto převažující

⁶⁶ Srov. § 57 ZPO an. Tato ustanovení mají s ohledem na unijní právo jen malý praktický význam.

⁶⁷ Srov. TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 394 s dalšími odkazy.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 381 an.

⁶⁹ KUNZ, T. *Prozessstandschaft*, s. 173 an.

⁷⁰ V Rakousku je přípustnost inkasocese (postoupení pohledávky k vymáhání) – na rozdíl od České republiky – jednomyslně uznávána jak v doktríně, tak v judikatuře Nejvyššího soudu (viz také níže).

⁷¹ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 392 an.

názor podle mého názoru správně odmítá přípustnost této úpravy. To platí tím spíše, že právní institut postoupení pohledávky k vymáhání dostatečně zohledňuje zájmy hmotně oprávněné strany i strany řízení, takže v tomto ohledu nehrozí žádná právní mezera.⁷²

4.3 Platnost mimosoudních dohod v primárním řízení

Poslední problém, který s ohledem na složitost problematiky jen stručně nastíním, se týká účinnosti mimosoudních dohod v tzv. primárním řízení, o kterém se v Německu rovněž intenzivně diskutuje, tedy nikoliv v řízení o náhradě škody, ale jen v procesu o předpokladech odpovědnosti, na který se mimosoudní dohoda vztahuje.⁷³ Tento problém ilustruje krátký příklad: Strany se písemně mimosoudně dohodnou, že žalobce vezme žalobu zpět. Následně však žalobce tak odmítá učinit. Vystává otázka, zda a jak může žalovaný přispět k úspěchu mimosoudní dohody.

Východiskem úvah je § 237 odst. 2 civilního soudního řádu, který stanoví, že zpětvzetí žaloby musí být učiněno buď písemným projevem vůle žalobce, nebo jeho prohlášením při ústním jednání.⁷⁴ Pokud tak žalobce odmítne učinit, nemůže *prima facie* ke zpětvzetí žaloby dojít.

K řešení této nepochybně neuspokojivé situace nyní Trenker ve své habilitační práci činí tento návrh.⁷⁵ Lze-li dohodu o zpětvzetí žaloby prokázat listinami, může oprávněný vynucovat závazek analogickým použitím § 367 exekučního řádu (EO), což je ustanovení o výkonu projevu vůle, který má být učiněn.⁷⁶ Pokud podle tohoto ustanovení musí povinný učinit prohlášení vůle podle obsahu exekučního titulu, v našem případě zpětvzetí žaloby, „*považuje se toto prohlášení za učiněné, jakmile rozhodnutí nabylo právní moci nebo jiný exekuční titul se stejným obsahem opravňuje povinného k podání návrhu na povolení exekuce*“. Podle Trenkera je to třeba vymáhat v primárním řízení prostřednictvím návrhu oprávněné strany, načež soud musí usnesením konstatovat existenci doložené povinnosti zpětvzetí žaloby.⁷⁷

Toto složité téma zde nelze obsáhle rozebrat. Podle mého názoru mluví proti řešení navrženému Trenkerem okolnost, že z jednoho ustanovení nelze při použití analogie vyvodit žádné rozsáhlejší právní následky než v původním rozsahu jeho působnosti.⁷⁸ Ustanovení § 367 EO (exekučního řádu) však vyžaduje pravomocný rozsudek, který lze vykonat. Podle mého názoru se toto ustanovení nevztahuje na incidenční přezkum závazku v primárním řízení, o kterém rozhoduje soud prvního stupně usnesením. Trenkerovo řešení je nepochybně elegantní a lze jej podpořit *de lege ferenda*, ale je pravděpodobně obtížně odvoditelné z pozitivního práva.

⁷² Jinak tomu však může být v případě, že je přípustnost postoupení pohledávky k vymáhání sporná, jako je tomu v České republice.

⁷³ Srov. WAGNER, G. *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, s. 212 an.

⁷⁴ „Zpětvzetí žaloby se uskuteční písemným podáním nebo ústním přednesem vůle při ústním jednání, které se doručí žalovanému. Doručení podání provádí předseda bez předchozího usnesení senátu.“

⁷⁵ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 459 an.

⁷⁶ „(1) Má-li povinný podle obsahu exekučního titulu učinit projev vůle, má se za to, že se tak stalo, jakmile rozhodnutí nabylo právní moci nebo jiný exekuční titul stejného obsahu opravňuje povinného podat návrh na nařízení exekuce. (2) Je-li projev vůle závislý na protiplnění, nastane následek uvedený v odstavci 1 až poskytnutím protiplnění věřitelem.“

⁷⁷ TRENKER, M. *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, s. 465.

⁷⁸ FRÖSSEL A. *Weitere Sachenrechte*. In: PERNER, S. – SPITZER, M. – KODEK, G. (eds). *Österreich Casebook Bürgerliches Recht*. Wien: MANZ, 2019, s. 394.

Souhrnné hodnocení

Jaké závěry lze učinit k otázce soukromoprávní autonomie v rakouském civilním soudním řízení?

Jak již bylo zdůrazněno, je třeba nejprve poznamenat, že v této souvislosti by neměla být prosazována řešení typu „všechno, nebo nic“. Není pravda, že v rakouském občanském soudním řízení není prostor pro soukromoprávní autonomii, ani nelze předpokládat, že soukromoprávní autonomie je realizována jako ústřední zásada v procesním civilním právu obdobně jako v soukromém hmotném právu. To je zřejmé již z ustanovení rakouského civilního soudního řádu, které na jedné straně umožňují autonomii stran, ale také ji omezují. Paradigmatickým příkladem je ustanovení § 129 odst. 1 civilního soudního řádu, které umožňuje zkrácení lhůty dohodou stran, nikoli však její prodloužení.

Kromě výslovně upravených případů autonomních dohod má proto rozhodující význam (systematický, historický a teleologický) výklad příslušného kontextu právní úpravy. Stejně jako v jiných souvislostech je třeba na otázku, zda právní řád v daném kontextu umožňuje autonomní regulaci, nebo zda tomu tak není, odpovědět za použití všech výkladových metod a na základě celkového pohledu.

V této výkladové problematice mají rozhodující význam výše uvedené veřejné zájmy, tj. zásady materiální pravdy, procesní ekonomie, jednoty rozhodování, právního míru a také transparentnosti, které mohou být v rozporu se soukromoprávní autonomní úpravou. Autonomní dohody, které jsou v rozporu s těmito veřejnými zájmy, nebudou obecně přípustné. Kromě toho dohody stran nesmí zasahovat do „základních pravomocí“ soudu, tj. do volného hodnocení důkazů, právního posouzení, jakož i do shromažďování a strukturování podkladů pro řízení.

Mimo tuto základní oblast státní jurisdikce jsou však v občanskoprávních řízeních zcela jistě přípustné autonomní režimy. Kromě dohod výslovně připuštěných v civilním soudním řádu, které se týkají zkrácení lhůt a vyloučení některých důkazů, je *pactum de non petendo* podle zde zastávaného názoru v zásadě přípustnou formou ujednání. Totéž platí pro související právní institut „věčného smíru“. Právě v této souvislosti je však třeba zohlednit hodnoty hmotného práva, které určují za jakých podmínek lze přípustně prohlásit vzdání se práva. Naproti tomu přípustnost procesní autonomie ve smyslu autonomie řízení je podle mého názoru třeba odmítnout ve smyslu převažujícího názoru, neboť obsahuje riziko zbytečného ztížení procesu, a je tak v rozporu s procesní ekonomikou. Vynucování mimosoudního příslibu zpětvzetí žaloby za analogického použití § 367 EO (exekučního řádu) bude pravděpodobně rovněž obtížně slučitelné s požadavky pozitivního práva.

Dovolte mi závěrečné shrnutí: Otázky přípustnosti autonomního strukturování občanskoprávního řízení jsou v současné době v Rakousku předmětem intenzivní akademické debaty. V dohledné době se dozvíme, jak se k nastoleným otázkám postaví Nejvyšší soud. Moje prezentace by měla poskytnout přehled o současném stavu diskuse. Soudím, že civilní soudní řád jistě umožňuje na některých místech větší autonomii stran, než připouští starší doktrína, ale naopak působnost autonomie nesaží tak daleko, jak tvrdí zastánci novější nauky. Pravda, jak už to v životě bývá, bude ležet někde uprostřed.

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Latinské právní výrazy („*regulae iuris*“, *maximy*) a aplikace práva Příspěvek z Fóra Centra právní komparatistiky PF UK

Úvod

Používání latinských *termini technici*, frází, právních pravidel, aforismů je dodnes součástí ochotně pěstovaného folklóru právního světa – nepochybně i ve vaší zemi se starou evropskou právní kulturou. Již v prvních semestrech se naši studenti setkávají s výrazy jako zneplatnění smlouvy *ex tunc* (nebo *ex nunc*), termíny *de lege lata* (nebo *de lege ferenda*), *e contrario* (nebo *silentio*). Správné používání těchto latinských výrazů v průběhu socializace cechovního právníka nabývá na významu, až se nakonec stalo samozřejmostí. Argumentování za pomoci tradičních latinských výrazů má u právníků, obdobně jako v lékařské praxi, silnou rétorickou funkci a je součástí projevu autority odborníka vůči laikovi.

Dovolávání se latinských právních pravidel („*regulae iuris*“, aforismů, *maxim*) však přesahuje rámec používání jednotlivých latinských výrazů.¹ Mají totiž argumentační funkci, a ta je předmětem tohoto příspěvku. Dovoláváme se především těch pravidel, která jsou obvykle formulována obzvláště pregnančně (např. „*falsa demonstratio non nocet*“, „nesprávné označení neškodí“) a jež jsou uváděna ve smyslu normativního argumentu.

1. Základní předběžné poznámky

Dříve než se budeme zabývat otázkou, jak lze používání tohoto fenoménu právně odvodnit (ad 1.3), je zapotřebí nejprve následující vysvětlení.

1.1 Právněhistorické pozadí našeho tématu

Snad nemusím vysvětlovat, že právně historickým pozadím používání latinských aforismů je tradice *Ius Commune* („obecného práva“), jejímž základem je vedle římského práva i právo kanonické a která je společná našemu kontinentálně evropskému právnímu systému občanského práva. Latina byla „*lingua franca*“ právnických fakult a právníků, kteří se na nich v době *Ius Commune* vzdělávali (přibližně do konce 18. století, kdy vznikly první národní kodifikace). Mimochodem, tak tomu bylo nejen v kontinentální Evropě, ale do značné míry i v Anglii, ačkoli se zde již od raného středověku vyvíjelo velmi nezávislé „*common law*“.

Celosvětový význam anglického práva, tedy obecně *common law*, a zejména amerického práva pro obchodní právo (právo obchodních společností, právo kapitálového trhu,

¹ LIEBS, D. *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*. 7. vydání. München: C. H. Beck, 2007.

právo hospodářské soutěže), způsobil – a to nepochybně poněkud omezuje význam mého dnešního tématu – že se v těchto právních oblastech (viz výrazy *due diligence*, *closing*, *asset deal*, *representations and warranties*) právníká angličtina stále více stává mezinárodním jazykem (*lingua franca právníků*). Latinská terminologie a pravidla římskoprávního původu již z velké části bez praktického významu.

1.2 „Dogmatické“ a „metodologické“ aforismy

Avšak zpět k latinským právním pravidlům. Pokud se zamyslíme nad jejich obsahem, nabízí se následující rozlišení: Některá z těchto pravidel se vztahují k podstatným problémům hmotného práva, například: „*Venire contra factum proprium non valet*“ (Nelze připustit jednání strany, které je v rozporu s jejím jednáním, které předcházelo.) nebo ve smluvním právu: „*Qui tacet, consentire videtur ubi loqui potuit et debuit*“ (O tom, kdo mlčí, se předpokládá, že souhlasí, a to vždy, jde-li o jeho prospěch.) nebo v právu promlčení: „*Agere non valenti non currit praescriptio*“ (Nezpůsobilému jednat neběží promlčecí lhůta). Nazývám tyto výrazy „dogmatickými“. Jiné – a pouze ty budou předmětem mého příspěvku – se netýkají otázek hmotného práva, ale metody nalézání práva, jako například „*singularia non sunt extendenda*“ (výjimky nelze vykládat rozšiřujícím způsobem) nebo „*lex specialis derogat legi generali*“. Tyto zvlášť pozoruhodné výrazy, jež jsou středem mého zájmu, nazývám „metodologickými“ aforismy.

1.3 Jak lze dnes legitimizovat používání latinských aforismů?

Nyní ještě k již avizované zásadní otázce, jak lze normativně odůvodnit odvolávání se na latinské „metodologické“ výrazy z hlediska závaznosti platného práva pro jeho aplikátora. Za problém nelze považovat, jestliže obsah latinských aforismů převezme národní (i mezinárodní a evropský) zákonodárce a zapracuje je do své legislativy. Lze pak hovořit o „kodifikovaných“ výrazech. Jako příklad bych uvedl pravidlo převzaté švýcarským zákonodárstvím: „*falsa demonstratio non nocet*“. Je kodifikováno – nikoli zcela doslovně, ale v jeho smyslu – v čl. 18 odst. 1 OR (*Obligationenrecht* – zákon o závazkovém právu): „Při posuzování smlouvy“ podle jejího obsahu „se přihlíží ke shodné skutečné vůli, nikoli k jejímu nesprávnému označení nebo jejímu projevu“.

Méně zřejmý je význam metodologických výrazů, které nebyly převzaty do právních předpisů. Mám na mysli například: „*singularia non sunt extendenda*“ (výjimky nelze vykládat rozšiřujícím způsobem), „*lex specialis derogat legi generali*“ nebo „*cessante legis ratione cessat lex ipsa*“ [Odpadnutím smyslu zákona přestává platit (existovat) sám zákon.] Může se soudce na tyto maximy jednoduše odvolávat, jako by šlo o platné právo? To bezpochyby není možné bez dalšího. Také metodická pravidla musejí najít své opodstatnění v dnes platném právu (v konečném důsledku také v ústavním právu). Při veškerém zdůrazňování ústavních předpokladů metodologie nalézání práva je však třeba poznamenat, že úplné pozitivněprávní stanovení metody nalézání práva není reálné, ba je právní logikou přímo vyloučeno. Teorie a praxe i hermeneutické tradice a paradigmaty, jež je utvářejí a které lze velmi často vystopovat až k římskému právu a *Ius Commune* a částečně také k antické rétorice, vždy hrály roli, kterou bychom neměli podceňovat. To však neznamená, že „metodologické“ aforismy vycházející z tohoto „*coutume savante*“ (vědomého zvyku) by měly být jednoduše nekriticky přijímány. Nemluvil bych zde ani o zvykovém právu.

Pokud však aforismy projdou zkouškou kritického zkoumání na základě problematiky dnes platného práva, domnívám se, že jim lze nakonec přiznat více než status nezávazné argumentace ve smyslu teorie právních pramenů; nakonec lze dojít k závěru, že mají význam obecných právních principů („*principi generali del diritto*“) sloužících k vyplňování mezer v zákoně ve smyslu italského práva² nebo dokonce „přirozenoprávními zásadami“ ve smyslu § 7 rakouského ABGB (občanského zákoníku). Totiž – konkrétně v soukromém právu³ – „*general principles of law recognized by civilised nations*“, jak jsou zakotveny v čl. 38 odst. 1 Statutu mezinárodního soudního dvora ohledně mezinárodního práva veřejného.

Význam těchto nepsaných právních zásad mistrovsky představil Josef Esser v díle *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfindung*.⁴ Pokud se týkají metodologických otázek, lze v nich snad dokonce spatřovat jádro nebo alespoň stavební kámen budoucí nadnárodní obecné evropské právní metodologie.

V následujícím textu prověřím na příkladu několika metodologických právnických výrazů vycházejících z tradice *common law*, zda a do jaké míry jsou stále relevantní a věrohodné s ohledem na problémy současného platného práva a zejména s ohledem na současný stav právní metodologie. V souladu s širokým kelsenovským pojetím norem, ze kterého budu v tomto příspěvku vycházet, se jedná jak o pravidla aplikace práva, která se týkají metody výkladu obecně závazných právních norem, tak o maximy výkladu individuálních norem, obsažených v právním jednání, zejména ve smlouvách. Tímto problémem se budu zabývat v další části svého příspěvku.

2. Metodologické aforismy s významem pro výklad smluv

2.1 „*In conventionibus contrahentium voluntas potius quam verba spectanda sunt*“ (Ve smlouvách je třeba spíše hodnotit vůli stran než její slovní vyjádření) versus „*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*“ (Není-li projev vůle dvojsmyslný, není třeba řešit otázku vůle) (= „*in claris non fit interpretatio*“, jasné věci netřeba vykládat)

Staré Papinianovo pravidlo,⁵ podle něhož výklad smlouvy závisí především na vůli stran a ne tolik na znění smlouvy, odpovídá základnímu obsahu zásady autonomie vůle: dokud nejsou dotčeny zájmy třetích osob, je ohledně předmětu ujednání rozhodující pouze společný úmysl smluvních stran. Subjektivní, na vůli zaměřená metoda výkladu má přednost před objektivním posouzením obsahu smlouvy založeným pouze na jejím znění. „*Voluntas*“ má přednost před „*verba*“! V souladu s Papianovým pravidlem se v čl. 1188 odst. 1 *Code civil* (francouzský občanský zákoník) rovněž uvádí: „*Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes*“. (Smlouvu je třeba vykládat podle společného úmyslu stran spíše než vycházet z doslov-

² Viz čl. 12 občanského zákoníku – *Codice civile* „*Disposizioni generali sulla legge in generale*“.

³ Pozoruhodný demonstrativní výčet základních principů soukromého práva je obsažen v § 3 odst. 2 českého občanského zákoníku. V nauce je důležité dílo BYDLINSKI, F. *Fundamentale Rechtsgrundsätze*. Wien, 1988.

⁴ ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfindung*. Tübingen, 1956.

⁵ Dig. 50, 16, 219, s. 1.

ného znění jejich ustanovení). V důsledku toho také § 914 rakouského ABGB, § 133 BGB (německého občanského zákoníku); podobně čl. 8 odst. 1 CISG (Úmluva OSN o mezinárodní koupi zboží) a v návaznosti na to český o. z. (§ 556).

Pokud strany omylem vyjádřily svou shodnou smluvní vůli, svůj „přirozený (skutečný) konsens“, objektivně nesprávným způsobem, platí již zmíněná maxima „*falsa demonstratio non nocet*“.

Tento přístup, který důsledně vychází z priority shodné vůle, je zásadně zpochybněn jiným římskoprávním pravidlem („pravidlem jednoznačnosti“): „*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*“ (Jsou-li výrazy ve smlouvě jasné a není-li třeba pochybovat o úmyslu smluvních stran, je nutno vycházet z doslovného znění takových ustanovení).⁶ Podle Detlefa Liebse⁷ tato věta zakládá „*primitivní překážku výkladu*“, kterou „v Římě prosazovala prokuliánská škola“. Těžko však můžeme mluvit o „primitivnosti“, když si uvědomíme, že pravidlo jednoznačnosti má i dnes překvapivou přesvědčivost. Odkazují na „pravidlo obecného významu“ anglického práva nebo na čl. 1282 odst. 1 španělského *Código Civil* (občanského zákoníku): „*Si los terminos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contractantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas*“. (Jsou-li výrazy smlouvy jasné a nelze-li pochybovat o úmyslu smluvních stran, je rozhodující doslovný význam jejich ustanovení.) V revidovaném *Code civil* z roku 2016 (čl. 1192) se v rozporu s čl. 1188 uvádí: „*On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation*“. (Jasná a přesná smluvní ustanovení nelze vykládat k tíži smyslu smlouvy.)

Doktrína jasného a jednoznačného významu znění smlouvy by měla být konečně odsunuta na hřbitov právních dějin, neboť je v zásadním rozporu se zásadou autonomie vůle. Pokud lze na základě jakýchkoli doprovodných okolností prokázat, že smluvní strany shodně zamýšlely něco jiného, než co odpovídá jasnému doslovnému významu smlouvy (obvykle písemného smluvního dokumentu), a pokud se nejedná o ochranu třetí osoby, která se na znění spoléhá, musí mít prokazatelně shodná vůle přednost. Platí ovšem, že ta smluvní strana, která se – v rozporu s názorem druhé strany – dovolává společné vůle smlouvy, jež se odchyľuje od jejího jasného znění, to musí prokázat. Předpokládá se, že jasný doslovný smysl odpovídá vůli stran; tato domněnka je však vyvratitelná.

Mimochodem, to, co bylo právě řečeno, platí i pro právní jednání, jež mají předepsanou formu. I ta je třeba nejprve vykládat důsledně subjektivně, bez ohledu na doslovný význam; teprve při bližším zkoumání je třeba si položit otázku, zda takto zjištěná vůle smluvních stran odpovídá požadavku zákonné formy. Obdobně to platí i pro výklad závětí.

2.2 „*Lex posterior derogat legi priori*“

Toto pravidlo o tzv. „materiální derogaci“, podle něhož pozdější zákon, který je v rozporu se starším zákonem (stejně nebo nižší právní síly), jej implicitně ruší, i když nevyjadřuje tzv. „formální derogaci“, lze v souladu s tím aplikovat i na právní jednání, zejména smlouvy, tj. na právní akty, které lze v rámci stupňovité struktury právního řádu ve smyslu

⁶ Dig. 32, 25, § 1.

⁷ LIEBS, D. *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, s. 258.

Kelsenovy „ryzí právní teorie“ kvalifikovat jako „individuální normy“. Příklad: Pokud zůstavitel XY v závěti z roku 2011 jmenuje jako jediného dědice A, ale poté v závěti z března 2020 jmenuje B, má přednost pozdější závěť, i když dřívější závěť nebyla výslovně zrušena. Současná vůle stran, která je zřejmá okamžitě, má přednost před dřívější vůlí. V tomto smyslu platí i pro právní úkony: „*Lex posterior derogat legi priori*“.

Zcela zvláštní problém derogace dřívější dohody pozdější úmluvou vzniká v případech smluvně sjednaných ustanovení o písemné formě, podle nichž jsou pozdější změny smlouvy platné pouze tehdy, byly-li v písemné formě. Hein Kötz⁸ nedávno osvětlil problematiku těchto doložek v kontextu srovnávacího práva, a to v návaznosti na rozhodnutí Nejvyššího soudu Spojeného království,⁹ v němž soud zaujal názor, že ustanovení o písemné formě musí být dodrženo i v případě, že strany následně prokazatelně ústní změnu smlouvy uskutečnily. Jak upozorňuje Kötz, tento názor je v rozporu s judikaturou německého Spolkového soudního dvora (BGH), který důsledně zastává názor, že strany implicitně ruší dříve dohodnutý požadavek písemné formy následně dohodnutou ústní změnou smlouvy.¹⁰ Kötz německou judikaturu kritizuje a zasazuje se o její změnu ve smyslu rozhodnutí britského Nejvyššího soudu. Smluvní svoboda sice umožňuje stranám také později zrušit povinnost písemné formy. Co však podle H. Kötze německá nejvyšší soudní instance nebere v úvahu, je skutečnost, že se strany dohodly na písemné formě a smluvně závazným způsobem tím omezily svou smluvní svobodu i do budoucna v tom smyslu, že „pouhá ústní dohoda není způsobilá zrušit ustanovení o písemné formě“.

Podle mého názoru není tato argumentace přesvědčivá. Neplatí totiž, že „budoucí smluvní svoboda“ ve smyslu Kötze *nemůže být* vyloučena jejím předchozím ujednáním stran. To by bylo v rozporu se zásadou autonomie vůle, z níž vyplývá, že v každém případě je rozhodující *aktuálně* uplatňovaná smluvní svoboda. „*Lex posterior*“ – nebo lépe: „*consensus posterior*“ – smluvních stran má přednost před „*consensus prior*“, protože vyjadřuje aktuální vůli smluvních stran. „Konsenzuální priorita“ není nikdy nezměnitelná; vždy může dojít k pozdější změně názoru druhé strany. Situace připomíná často kolující výrok kancléře Adenauera, který na tvrzení, že právě on předtím vyjádřil na určitou otázku opačný názor, odpověděl: „*Co je mi do mých včerejších řečí?*“. Stejně je to se soukromými autonomními rozhodnutími! Smluvně sjednaná vázanost smluvních stran, tj. smluvně sjednané vyloučení možnosti dodatečně prostřednictvím neformálního, ale závazného konsensu změnit jednou učiněné autonomní rozhodnutí, je v příkrém rozporu se zásadou autonomie vůle!

Je samozřejmé a zdůrazňuje to i Spolkový soudní dvůr,¹¹ že s ohledem na doložku písemné formy je třeba na základě chování obou stran přísně zkoumat, zda byl „*consensus posterior*“ skutečně závazně vyjádřen *in concreto* pouhou ústní změnou smlouvy a strany se tak implicitně vzdaly výhrady písemné formy.

Jak stanovuje čl. 2:106 odst.1 PECL „písemné ustanovení o změně“, právě zakládá „*jen domněnku, že dohoda o změně nebo ukončení smlouvy nemá být právně závazná, pokud*

⁸ KÖTZ, H. Schriftformklauseln. *Juristen Zeitung*. 2018, Jrg. 73, Hf. 20, s. 988 an.

⁹ Viz rozhodnutí z 16. 5. 2018 ve věci *Rock Advertising Ltd.*, [2018] UKSC 24.

¹⁰ BGH NJW 1965, s. 293.

¹¹ BGH NJW 1968, s. 32.

není písemná“. Tuto domněnku lze vyvrátit tvrzením a důkazem okolností o tom, že strany *skutečně* považovaly změnu smlouvy, která nesplňuje požadavek formy, za závaznou. Řešení, že nakonec je třeba zohlednit konkrétní konkludentní jednání stran, stanovuje ve výsledku (nikoliv v dogmatické konstrukci založené na principu *estoppel*, respektive myšlenke zneužití práva) čl. 29 odst. 2 poslední věta CISG, podle kterého se strana nemůže dovolávat (v zásadě závazně) výhrady formy, pokud se strana mohla na základě chování druhé strany spoléhat na to, že dříve sjednaná výhrada formy nebrání závaznosti neformální dohody o změně smlouvy.

2.3 „Ambiguitas contra stipulatorem“ (Nejednoznačnost [dvojznačnost] je třeba přičítat navrhovateli)

„Pravidlo nejednoznačnosti“, jak se nazývá v němčině, má za sebou od svého vzniku v římském právu¹² překvapivý vývoj. V zobecněné verzi (vztahující se i na sjednané individuální smlouvy) ji lze nalézt například v rakouském ABGB (§ 915 věta 2 s ohledem na oboustranně závazné smlouvy), ve španělském *Código Civil* (čl. 1288) a nejnověji v § 557 českého občanského zákoníku. Podle těchto pravidel směřuje proti smluvní straně, která nejasné ustanovení do smlouvy zavedla, tj. která je využila. Hlavní těžiště aplikace této maximy je však nepochybně v právu všeobecných obchodních podmínek. Podle čl. 5 věty 2 „směrnice o nepřiměřených smluvních ustanoveních“ EU se v případě pochybností o významu ustanovení ve spotřebitelské smlouvě použije výklad nejasného znění, který zvolil předkladatel (navrhovatel) všeobecných obchodních podmínek, který je pro spotřebitele nejpříznivější. V německém občanském zákoníku (viz § 305c odst. 2 BGB) a ve francouzském *Code civil* (čl. 1190) platí totéž nejen pro spotřebitelské smlouvy, ale pro všechny všeobecné obchodní podmínky; tedy i ve prospěch smluvní strany, která je partnerem předkladatele (navrhovatele). Totéž platí od roku 1942 podle článku 1370 italského *Codice civile*.

Význam pravidla nejednoznačnosti je založen na myšlenke kontroly smlouvy (vyjednávací síly): ten, kdo jednostranně formuluje standardizované smluvní texty, má obvykle v rukou prosazení takových smluvních podmínek, které po pečlivém zvážení a bez odporu druhé strany (zákazníka), která formulář obvykle vůbec nečte, a pokud jej čte, pak mu v mnoha případech nerozumí, vyhovují jeho zájmům. Tuto nerovnováhu sil, kterou navrhovatel zpravidla využívá ve svůj prospěch, lze v procesu výkladu alespoň do určité míry kompenzovat tím, že v případě pochybností se nejasně formulovaná smluvní ustanovení vykládají ve prospěch zákazníka. Z této úvahy lze následně vyvodit, že oblast působnosti pravidla nejednoznačnosti by měla být omezena na všeobecné obchodní podmínky (jakož i jednostranně předem formulované doložky jednotlivých smluv); na druhé straně není důležité, zda se v případě všeobecných obchodních podmínek jedná o spotřebitelskou smlouvu nebo o B2B transakci. Výše popsaná strukturální nerovnováha existuje totiž i v tomto případě. To v zásadě odpovídá i právní situaci v Německu, Itálii a Francii.

¹² Dig. 34, 5, 26.

3. Metodologické aforismy s významem pro výklad práva

3.1 „Singularia non sunt extendenda“ (Výjimky nelze vykládat rozšiřujícím způsobem)

S maximou singularity, podle níž nelze výjimečná ustanovení vykládat extenzivně se v repertoáru metodologické argumentace a v judikatuře a doktríně setkáváme dodnes. V italském, španělském a portugalském právu to stále platí. Jako dobrý příklad problematičnosti některých aktů zákonodárce.

Přinejmenším v německojazyčné metodologické literatuře (odkazují například na Engische, Canarise, Bydlinského a Meier-Hayoze) je však dnes tato maxima zásadně odmítána. Franz-Jürgen Säcker ji správně kritizuje v úvodu Mnichovského komentáře k BGB¹³ v části *Překonání výkladových formálních argumentů*.

Kromě toho, že často nelze jednoduše zjistit, zda má ustanovení skutečně povahu výjimky, a proč by smysl ustanovení o výjimce (stejně jako jakéhokoli jiného ustanovení) nemohl někdy vyjadřovat jeho *ratio legis* příliš úzce, takže v teleologicky založené argumentaci je nutná jeho extenzivní nebo – analogická aplikace. Pokud jsou například předpoklady, respektive celé skutkové podstaty objektivní odpovědnosti vykládány jako výjimky ze zásady odpovědnosti za zavinění, nelze z toho vyvodit, že jednotlivé skutkové podstaty objektivní odpovědnosti nelze v žádném případě analogicky použít na obdobné případy (výslovně neupravené); například skutkovou podstatu objektivní odpovědnosti za škodu způsobenou kabinovými lanovkami nelze analogicky použít na sedačkové lanovky. Nebo – další příklad: považujeme-li ustanovení o formě ve smluvním právu za výjimku ze základní zásady smluvní svobody, nelze z toho vyvodit, že požadavek formy nelze analogicky použít na případy, které nejsou upraveny zákonem, pokud se na ně má podle účelu požadavku formy rovněž vztahovat.

3.2 „Lex specialis derogat legi generali“

Zásada speciality je dodnes jednou z nejčastěji používaných maxim při řešení problémů konkurence norem – v soukromém právu především konkurence pohledávek. Je tak běžná, že je často přijímána jako téměř samozřejmá, dokonce jako výraz „právní logiky“ (která je ve skutečnosti pravidelně pseudologikou) a není dále zpochybňována. Strážlivě vzato to však v žádném případě není samozřejmé.

Otázka, kdy je vůbec třeba předpokládat vztah speciality, často působí potíže. Označíme-li konkurující si skutečnosti jako „T1“ (*lex specialis*) a „T2“ (*lex generalis*), existuje vztah speciality, jestliže všechny skutkové základy (konkrétní případy), které lze podřadit pod T1, lze současně přiřadit i k T2, ale nikoli naopak. To znamená, že oblast použití T2 zcela pokrývá nejen oblast použití T1, ale přesahuje ji. Za předpokladu, že tomu tak je, lze v celé řadě konstelací, u nichž doktrína a judikatura tradičně předpokládají vztah speciality, konstatovat, že obecnější norma v žádném případě zcela nepokrývá normu speciálnější, takže ve skutečnosti jde o částečně překrývající se vztah, tj. nikoliv o případ konkurence.

¹³ *Münchener Kommentar, Bd. 1, Allgemeiner Teil*. 9. vydání. München: C. H. Beck, 2021.

Avšak ani v případech, kdy je třeba nesporně potvrdit vztah *lex generalis* / *lex specialis* – jako je tomu např. ve vztahu mezi pravidly o neplnění a vadném plnění v případě koupě, a obecnou skutkovou podstatou neplnění smluv, nelze argument speciality v žádném případě aplikovat mechanicky, nýbrž je třeba vždy používat analytické, hodnotící (teleologické) úvahy, jež se vztahují na konkrétní případ, z nichž lze jasně dovodit, že argumentu *lex specialis* má být skutečně přiznána výlučná přednost před *lex generalis*.

Podle tohoto teleologicky diferencujícího pohledu stojí na jedné straně za úvahou, zda není vůle zákonodárce či *ratio legis* vyjádřena jasněji, konkrétněji, relevantněji, a tedy přesvědčivěji v *lex specialis* než v bezobsažnějším, nediferencovaném *lex generalis*. Ještě závažnější je v případě konkurence soukromoprávních nároků argument, že výlučná priorita *lex specialis* musí být respektována vždy v případech, v nichž by jinak, tj. pokud by existovala volba mezi nároky podle *lex specialis* a nároky podle *lex generalis*, by *lex specialis* a jeho teleologický výklad neměly význam. Tak by tomu bylo vždy, kdyby *lex specialis* – ať už z jakýchkoli teleologických důvodů – vázal vznik nároků na přísnější (méně příznivé) podmínky než *lex generalis*. Takové nebezpečí vytěsnění však ve všech specializovaných vztazích nehrozí, což v tomto příspěvku nelze podrobněji vysvětlit.¹⁴

3.3 „*Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem*“ (Znát zákon neznamená si zapamatovat jeho slova, ale znát jeho význam)

Tento nádherný Celsův výrok¹⁵ navazuje nejen na to, co bylo právě řečeno, ale je určitým zobecněním: při tvorbě právních předpisů nejsou rozhodující formální argumenty odvozené pouze z formální struktury a znění zákona, ale v každém případě je třeba zvážit, jaké je *ratio legis*, jaký účel předpis sleduje. Zvláště důležité je zdůraznit, že tento argument, který v dějinách právní metodologie zavedl Jhering¹⁶ a poté škola zájmové jurisprudence, jmenovitě Philipp Heck, musí být prosazen proti odlišnému výkladu, a dokonce proti jednoznačnému znění zákona, lze-li prokázat, že doslovný smysl nevyjadřuje správně *ratio legis*. V takových případech je třeba zákonný příkaz „teleologicky redukovat“, tj. omezit jej na rozsah působnosti, na který se vztahuje *ratio legis*.¹⁷

To, co bylo právě řečeno, je v dnešní německojazyčné právní metodologii přípustnou teleologickou redukcí *communis opinio*. Předpokládám, že takový je i názor doktríny a judikatury ve vaší zemi: na základě výslovného ustanovení vašeho nového o. z. (§ 2 odst. 2), připomínajícího krásnou Celsovu větu, musí být také takto prezentován. Cituji – a uzavírám – „[...] nikdo se nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu“.

Ernst A. Kramer*

¹⁴ Podrobně k tomu KRAMER, E. *Juristische Methodenlehre*. 6. vydání. München – Wien – Bern, 2019, s. 127 an.

¹⁵ Dig. 1, 3, 17.

¹⁶ JHERING, R. *Der Zweck im Recht*. 1877.

¹⁷ Příklad: § 181 BGB.

* Em. prof. Dr. DDr. h.c. Ernst A. Kramer, Basilej/St.Gallen. Přepřacovaný text referátu, který autor přednesl na Fóru Centra právní komparatistiky PF UK dne 25. 11. 2021. Překlad Luboš Tichý.

Justifikace právněmetodologických pravidel v českém právu Příspěvek z Fóra Centra právní komparatistiky PF UK

Úvod

Vážený pane prof. Tichý,
vážený pane prof. Kramere,
vážené kolegyně, vážení kolegové,
je mi velkou ctí, že mohu přednést koreferát k příspěvku prof. Kramera o latinských sentencích k metodám aplikování práva.

Svůj příspěvek bych chtěl zaměřit nejen na používání těchto sentencí v české právní praxi a doktríně, ale zejména na problém jejich ospravedlnění v českém právu. Forma koreferátu vylučuje podrobnější pojednání. Pokusím se proto jen načrtnout základní východiska zde uvedených problémů a jen některé z nich zdůraznit s tím, že pro další argumentaci odkazují na moji učebnici právní metodologie.¹

Interpretační zásady jsou v českém diskursu zvláště odůvodňovány spíše výjimečně. Snaha o určité podrobnější odůvodnění se týká spíše jen novějších přístupů, jako je např. požadavek ústavněkonformního nebo eurokonformního výkladu. Tradičnější argumenty, které mají velmi často latinskou podobu, jako např. *argumentum a simili*, *a fortiori* a podobně, již odůvodňovány nejsou. Často se vychází jen z tradice jejich používání. Jako by toto jejich dlouhodobé užívání již samo o sobě bylo dostačujícím ospravedlněním. To se však týká nejen latinsky formulovaných argumentů, ale všech, které jsou považovány za tradiční (v českém diskursu se např. argument *singularia non sunt extendenda* nepoužívá ve své latinské podobě, ale spíše jen v české verzi, výjimky je třeba interpretovat restriktivně).

Samo používání latinských termínů je běžné i v českém právním diskursu. Není se čemu divit, latina byla nejen mateřským jazykem nejvyspělejšího právního systému starověku, který inspiruje dodnes, ale vůbec pracovním jazykem právní vědy až do druhé poloviny 18. století. I předtím se vyskytovala díla psaná česky nebo německy, avšak spíše se jednalo o legislativní práce nebo publikace pro praktické právníky.² Jazykem právní vědy zcela dominantně byla latina.³ Není proto divu, že odborné termíny, fráze a poučky byly často i nadále používány v latinské podobě. To přetrvalo až do současnosti.

Latinská podoba tak kromě jiného zdůrazňovala starobylost toho, co je tím vyjádřeno. To, co je vyjádřeno latinsky, je ověřeno plynutím času. Proto je pochopitelné, že se s latin-

¹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011.

² Např. WRBA NYMBURSKÝ, J. F. *Kurzer Extract der Stadt-Recht in Königreich Boeheimb*. Praha: J. C. Gerzabek, 1693. Dále je třeba zmínit práce J. J. Weingartena z druhé poloviny 17. století.

³ Na tomto místě uvedme např. vědecké práce právníků, kteří významně zasáhli do kodifikačního procesu. NEUMANN von PUCHHOLTZ, V. X. *Annotationens ad viri clarissimi Henrici Zoesii commentarium ad XXV. anteriores libros digestorum*. Norimberk: J. F. Rudiger, 1732; AZZONI, J. *Humanum perpetuitatis inventum, in perpetuam faliarum illustrium conservationem ordinatum, seu tractatus juridicus de fideicommissis familiae perpetuis*. Praha: J. J. Gerzabek, 1735. Uvedený vývoj též dobře ilustruje, že C. A. Martini publikoval své práce o přirozeném právu v latině (MARTINI, C. A. *De lege naturali exercitationes sex*); německá vydání byla překlady. Naproti tomu jeho následovník a nástupce na katedře přirozeného práva Vídeňské univerzity i ve vedení kompilační komise F. Zeiller již svou práci o přirozeném právu (ZEILLER, F. *Das natürliche Privatrecht*) publikoval německy.

skými termíny podstatně méně setkáváme v dobách, které se chtěly od minulosti odpoutat, typicky v období tzv. socialistického práva, které mělo být právem novým pro novou společnost a vlastně i nového člověka. Poukaz na starobylost určitého pravidla nebo zásady nebyla žádoucí.

V oblasti právní teorie se Československu používala až do konce 60. let sovětská učebnice teorie práva, která se latinské podobě právněmetodologických argumentů úzkostlivě vyhýbala.⁴ Podobně však i československá učebnice teorie práva z roku 1967⁵ nebo učebnice teorie práva z roku 1977.⁶ Z tohoto hlediska je zajímavé, že učebnice občanského práva, když se dotýkaly výkladu práva, se používání latinské terminologie, byť jen ve velmi omezeném rozsahu (např. *a contrario*, *a maiori ad minus*), nebránily.⁷

Co se týče používání latinské terminologie, situace se změnila po roce 1990. Pod souhrnným označením „metody logického výkladu“ se uvádí zejména argumenty *per eliminationem*, *a contrario*, *per analogiam (a simili)*, *a fortiori*, tj. argumenty *a maiori ad minus*, *a minori ad maius*, a *argumentum ad absurdum (reductio ad absurdum)*.⁸ Tyto argumenty se nijak specificky neospravedlňují kromě toho, že jde o „tradiční typy interpretačních argumentací“, které „byly vytvořeny v kontinentální právní kultuře a jsou dosud prakticky užívány, zejména v doktrinálním výkladu“.⁹ Zdá se, že ona tradičnost se demonstruje právě tím, že jsou označeny latinskými termíny. Současně jakoby tato tradičnost byla sama o sobě dostatečným důvodem pro justifikaci uvedených právních argumentů. Cílem tohoto příspěvku je nejen poukázat na potřebu ospravedlnění použití právně metodologických argumentů, ale i nástin možného způsobu jejich justifikace.

Současně je třeba zdůraznit, že československá a následně česká právní věda se problematice výkladu práva věnovala po druhé světové válce zcela nedostatečně, což ještě platí pro 90. léta 20. století. Změnu přinesly až práce Z. Kühna¹⁰ a P. Holländera¹¹ na počátku tohoto tisíciletí.

Nejprve se budu věnovat samotné potřebě ospravedlnění právně metodologických pravidel (sub 1.), poté podmíněnosti těchto pravidel pojmem práva (sub 2.), dále jejich vztahem ke kategorii výkladového cíle (sub 4.) a konečně vztahy přednosti mezi jednotlivými argumenty.

1. Potřeba ospravedlnění právněmetodologických pravidel

Jsem přesvědčen, že právo v sobě obsahuje i pravidla pro jeho aplikaci, zejména pravidla pro výklad a aplikaci právních předpisů. Soudce má totiž právní případ řešit podle práva.

⁴ Srov. ARŽANOV, M. A. a kol. *Teorie státu a práva*. Praha: Orbis, 1951, s. 465 an.

⁵ BOGUSZAK, J. *Teorie státu a práva. Díl I*. Praha: Orbis, 1967, s. 435 an.

⁶ KUČERA, E. *Obecná teorie státu a práva. Díl II*. Praha: Orbis, 1977, s. 275.

⁷ Např. KNAPP, V. a kol. *Učebnice občanského a rodinného práva. Svazek I*. Praha: Orbis, 1953, s. 46. Výrazně omezeněji však LAZAR, J. – ŠVESTKA, J. a kol. *Občanského právo hmotné. Svazek I*. Praha: Panorama, 1987, s. 65 an.

⁸ BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. *Teorie práva*. Praha: Codex Bohemia, 1997, s. 135 an., GERLOCH, A. *Teorie práva*. 4. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 147 an.

⁹ BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. *Teorie práva*, s. 135.

¹⁰ Zejména KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K roli právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002.

¹¹ Z mnoha prací uvádím jen HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003.

Obsahem práva je však až to, co zjistíme pomocí výkladu, respektive jeho dotvářením. Z toho ovšem plyne, že právněmetodologická pravidla musí být pro soudce závazná, jinými slovy, že nemohou být libovolná, nemohou záviset na subjektivním uvážení toho, kdo aplikuje právo. Pak by si totiž tato osoba mohla zvolit pravidlo, podle kterého je třeba upřednostnit výklad, který jen nezávisle na obsahu práva subjektivně považuje za správné řešení, nebo hůře je pro ni z nějakého důvodu subjektivně příznivější. Tímto způsobem by tak subjekt aplikující právo mohl libovolně měnit obsah práva. To je však v rozporu se zásadními východisky našeho právního řádu, podle kterých je tvůrcem práva primárně zákonodárce a soudní rozhodnutí má primárně vycházet z práva.¹²

Pokud by právně metodologická pravidla neměla být ve volné dispozici osoby aplikující právo, pak by musela existovat objektivně. Jejich objektivní existence vyžaduje, aby je bylo možné alespoň odvodit z určitých objektivně existujících východisek. Pokud neuznáme obyčejové právo jako pramen práva, pak právní argument samo o sobě neospravedlňuje jen to, že je dlouhodobě užíván, nebo že je dokonce jen tradován v latinské podobě. Vzhledem k tomu, že metodologická pravidla ve výsledku spoluurčují obsah práva, je třeba aby pokud možno měla původ v právu samotném. Nejjednodušší je situace, když jsou tato pravidla kodifikována ze strany zákonodárce. Tak je tomu např. v § 6, 7 ABGB, čl. 1 švýcarského ZGB, nebo v § 2 a 10 českého o. z. K tomu je však třeba dodat, že i tato ustanovení zákona podléhají výkladu, je tedy třeba interpretovat i ustanovení obsahující interpretační pravidla; k výkladu těchto ustanovení však tato kodifikovaná pravidla nepomohou, protože ta jsou sama až výsledkem výkladu těchto ustanovení.

Zpravidla však metodologická pravidla kodifikována nejsou, nebo nejsou kodifikována komplexně. Je třeba je dovodit. I zde je však třeba pokud možno požadovat, aby tato pravidla byla odvozena z práva samotného. Jelikož nejsou konkrétně upravena, je třeba je odvozovat ze základních zásad a hodnot vlastních právnímu řádu jako takovému, případně určité specifické oblasti práva. Z toho je však vidět, že právně metodologická pravidla se mohou v různých právních řádech lišit. Není jen jedna vždy a všude správná právní metodologie. Na druhou stranu v právních řádech, které sdílejí společné základní hodnoty, lze očekávat i do značné míry společná právně metodologická pravidla.

2. Podmíněnost právně metodologických pravidel pojmem práva

Mají-li právně metodologická pravidla vycházet z práva, pak je zcela zřejmé, že je zásadně ovlivní to, jak právo chápeme, co právem rozumíme. Jinými slovy metodologická pravidla jsou zásadně ovlivněna pojmem práva, ze kterého vycházíme. Pokud budeme právem rozumět jen sumu právních předpisů v jejich jazykovém významu, dostaneme zcela odlišnou právní metodologii, než když za součást práva budeme považovat i nepsané právní principy a hodnoty.

¹² V diskusi na semináři zazněl názor, že soudcům nejvyšších soudů musí být dána volnost při volbě právních argumentů. Jen tak podle tohoto názoru bude respektováno jejich postavení jako soudců vrcholného soudu. S tímto názorem se nemohu ztotožnit. I soudce nejvyšších soudů je stále soudce, který je při svém rozhodování vázán právem, tedy i právními principy, ze kterých odvozujeme právně metodologická pravidla. Neexistuje též žádný rozumný důvod, proč by pro tyto soudce měla odlišně platit dělba moci ve státě.

Tuto úvahu lze dobře ilustrovat na porovnání přístupu ryzí nauky právní na straně jedné a nynější hodnotové jurisprudence na straně druhé. Ryzí nauka právo prakticky ztotožňovala s jazykovým významem interpretovaného právního předpisu. Je-li z jazykového hlediska význam interpretovaného textu nejasný, víceznačný, pak možný jazykový význam představuje rámec, v jehož mezích se soudce vždy pohybuje v rámci práva. Každé řešení, které se nachází v rámci vymezeném jazykovým významem, je řešením podle práva.¹³

Současná hodnotová jurisprudence však za součást práva považuje i nepsané principy, hodnoty, účely, na kterých právní úprava spočívá atd. Rozhodování podle těchto hledisek je rozhodování podle práva. Řešení, které jim odporuje, je řešení v rozporu s právem.

Tento rozdíl neznamená, že by v konkrétním případě zastánci obou přístupů nutně museli použít odlišné argumenty. I zastánci ryzí nauky právní by mohli zohlednit smysl a účel zákona, úmysl historického zákonodárce atd. Avšak pro ně to nejsou argumenty, které by měly právní povahu. Byly by to argumenty, které by soudce užil v rámci své přípustné právně politické argumentace v mezích právního řádu, tj. v mezích jazykového významu. Skutečný rozdíl nastává ve třech ohledech: 1) Podle ryzí nauky právní je přípustné, aby soudce použil i jiné argumenty, které budou v rozporu např. se smyslem a účelem interpretovaného ustanovení, a stále bude rozhodovat v souladu s právem. 2) Jelikož jde o právně politickou argumentaci, není mezi možnými argumenty žádná právní vazba, např. v podobě vztahu přednosti. 3) Ryzí nauka právní (minimálně její raná podoba) nepřipouštěla existenci mezer v zákoně, nepřipouštěla rozhodnutí, které by bylo v rozporu s jazykovým významem, protože by to bylo v rozporu s právem. Naproti tomu současná hodnotová jurisprudence takové rozhodnutí připouští, protože je sice v rozporu se slovy zákona, avšak v souladu s jeho smyslem (*contra verba sed secundum rationem legis*).¹⁴ Dovolil bych si říci, že je v rozporu se slovy zákona, avšak v souladu s právem.

Podobně významné je, zda právo chápeme jako systém, od kterého očekáváme vnitřní bezrozpornost, či je budeme rozumět jen jako historicky vytvořený soubor pravidel, které jsou důsledkem často jen náhodné politické většiny, na který požadavek vnitřní bezrozpornosti nelze klást. První přístup umožňuje dovozovat řešení nejasných otázek z hodnotových rozhodnutí zákonodárce v jiných případech. Právě požadavek hodnotové bezrozpornosti totiž vyžaduje, aby (alespoň v podstatných znacích) totožné případy byly řešeny totožně – to ostatně praví latinská sentence „*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*“. Tento přístup ospravedlňuje argument a simili, respektive *per analogiam*, dále argumenty *a fortiori* (*a minori ad maius*, *a maiori ad minus*) atd., tedy argumenty, které řadíme k objektivně teleologickému výkladu, konkrétně k tzv. axiologickému výkladu. Zdůrazněme, že toto je pojetí řady kontinentálních právních řádů.

Pokud bychom naproti tomu právo chápali ve druhém významu, tj. jako náhodně historicky vytvořený soubor pravidel, od kterého se neočekává bezrozpornost, pak tyto argumenty axiologického výkladu nemají rozumné opodstatnění. Ostatně s takovým přístupem se někdy lze setkat např. ve Spojených státech amerických. Toto je důležité si uvědomit již jen z toho důvodu, že to ukazuje na problematičnost mechanického přejímání právně metodologických pravidel právě z této právní oblasti.

¹³ Srov. WEYR, F. *Teorie práva*. Brno, Praha: Orbis, 1936, s. 64.

¹⁴ KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. Bern: Stämpfli Verlag, 1998, s. 144, 162.

Konečně je třeba zdůraznit, že je pro právní metodologii významné i vymezení základních hodnot příslušného právního řádu. Je např. argumentace pomocí tzv. ekonomické analýzy práva (*law and economics*) právní, či mimoprávní argumentací? Odpověď bude pravděpodobně znít odlišně, když budeme za součást základních hodnot v právu považovat i účelnost, či nikoli. Souhlasím s přístupem, který účelnost chápe vedle spravedlnosti a právní jistoty za součást naší ideje práva.¹⁵ Pak se však argumentace pomocí ekonomické analýzy práva skutečně zakládá na právu, a nemá jen podpůrnou povahu mimoprávní argumentace. Na tomto závěru nic nemění, že tato argumentace musí v řadě případů při poměřování ustoupit jiným hodnotám (spravedlnost může být drahá).

3. Právně metodologická pravidla jako nástroje k dosažení různých výkladových cílů

Jak lze tedy konkrétně ospravedlnit jednotlivá právně metodologická pravidla? Tradičně se pro výklad právního předpisu používá důvodová zpráva k interpretovanému zákonu. Jindy se argumentuje tzv. objektivním účelem interpretovaného ustanovení. Přitom je zřejmé, že jde o argumenty, které mohou vést ke zcela odlišným závěrům. Důvodová zpráva obsahuje představy tvůrců právního předpisu, které se mohou lišit od toho, jaký účel danému předpisu může připisovat jeho dnešní adresát. Odlišnost dosažených výsledků není dána nesprávným použitím příslušného argumentu, nýbrž tím, že směřují k odlišnému cíli. Pomocí prvního zjišťujeme vůli tvůrců právního předpisu, pomocí druhého hledáme význam, který by mu v okamžiku jeho aplikace se znalostí existujícího právního řádu a sociální reality přiřadil rozumný adresát práva.

Opět jiná otázka by byla, kdybychom se ptali, jak mohl rozumně právnímu předpisu rozumět jeho adresát v době přijetí právního předpisu.

V této souvislosti hovoříme o tzv. výkladových cílech, kterým označujeme to, co chceme danou metodou zjistit. Jaké jsou ony výkladové cíle? Typicky lze rozlišovat podle toho, zda se právnímu předpisu přiznává význam, který s ním spojoval jeho autor, nebo význam, který s ním spojuje jeho adresát. Z tohoto hlediska hovoříme o subjektivním a objektivním výkladovém cíli. Obě tato hlediska však lze kombinovat s hlediskem času. Toto časové hledisko lze libovolně posouvat na časové ose od přijetí právního předpisu po jeho aplikaci; pro zjednodušení však lze vycházet právě jen z uvedených krajních podob. Z tohoto hlediska lze tedy rozlišovat tyto výkladové cíle:

- význam, který s právním předpisem spojoval v době jeho přijetí jeho tvůrce (tzv. subjektivně-historický výkladový cíl),
- význam, který by s právním předpisem spojoval jeho adresát v době jeho aplikace (tzv. objektivně-recentní výkladový cíl),
- význam, který by s právním předpisem spojoval v době jeho aplikace jeho tvůrce (tzv. subjektivně-recentní výkladový cíl),
- význam, který by s právním předpisem spojoval jeho adresát v době jeho přijetí (tzv. objektivně-historický výkladový cíl).

¹⁵ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 34, m. č. 29.

To jsou však jen (některé) možné výkladové cíle. Nyní je třeba se ptát, zda jsou legitimní v daném právním řádu. Zda existuje nějaká základní hodnota právního řádu, která by vyžadovala, aby nás zajímal ten nebo onen význam.

Zásadně přitom v platném právu nalézáme hodnoty, které ospravedlňují jen dva z těchto výkladových cílů. Prvním je subjektivně historický-výkladový cíl. Významnými hodnotami našeho právního řádu jsou demokratický princip a princip dělby moci. Tvůrcem práva je primárně zákonodárce, který formuluje vůli lidu. Pak je pochopitelné, že nás má tato vůle zákonodárce zajímat.

Druhým je objektivně-recentní výkladový cíl. Další významnou hodnotou našeho právního řádu je princip právní jistoty. Podle něj mají mít adresáti práva možnost vědět, jaký je obsah práva, jaká jsou jejich práva a povinnosti. Obsah práva však mohou odvozovat primárně publikované podoby právních předpisů. Proto je pochopitelné, že nás musí zajímat i to, jak se obsah právního předpisu jeví jeho informovanému adresátu.

Pro dva zbývající výkladové cíle obdobnou hodnotu přinejmenším pro typické případy nenalezneme. Výklad podle subjektivně-recentního výkladového cíle vyžadoval např. Aristoteles.¹⁶ Avšak v dnešním ústavním systému, který je postaven na principu časově omezené vlády, není zřejmé, proč by měla být relevantní neprojevená vůle dřívějšího zákonodárce, kterou by hypoteticky měl, pokud by dnes posuzoval nové společenské jevy. Ani objektivně-historický výklad nelze v typickém případě ospravedlnit, přestože se s jeho aplikací lze setkat např. v rakouském ústavním právu v podobě tzv. teorie zkamenění.¹⁷ Není totiž zřejmé, proč dnes měl být relevantní výklad, který by hypoteticky chránil důvěru v právo předešlých generací. Zdůrazňuji, že zde nejde o případ, kdy např. těsně po přijetí právního předpisu někdo podle něj uzavřel smlouvu, kterou nyní budeme právně hodnotit. Z hlediska intertemporálního práva musíme samozřejmě tuto smlouvu posoudit podle tehdy platného práva; pokud byl tehdy legislativní kontext odlišný, pak při zohlednění tehdejšího legislativního kontextu. Objektivně historický výkladový cíl znamená, že aktuální skutkové stavy budeme právně hodnotit podle objektivního významu, který právní předpis měl v době svého přijetí.

Celé poněkud dlouhé povídání o výkladovém cíli má jediný důvod. Právně metodologický argument sám o sobě, ani výkladová metoda (jako soubor příbuzných argumentů) sama o sobě nemají zvláštní hodnotu, nelze je samy o sobě v právním řádu justifikovat. Ospravedlnění získávají jen jako nástroj k dosažení legitimního výkladového cíle. Tím, že slouží k dosažení legitimního výkladového cíle, je v daném právním řádu ospravedlněna. Z toho současně plyne, že není nějaký *numerus clausus* právních argumentů, jako legitimní právní argument může sloužit vše, čím lze dosáhnout příslušného legitimního výkladového cíle.

Naopak, pokud určitý argument, nebo metoda nesměruje k dosažení legitimního výkladového cíle, není sám legitimní. Pokusím se uvést jeden velmi aktuální případ. V poslední době se Nejvyšší soud zabýval otázkou přímé deliktivní odpovědnosti pomocníka.¹⁸

¹⁶ ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha: Rezek, 1996, s. 146.

¹⁷ Srov. BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. vydání. Wien – New York: Springer Verlag, 1991, s. 448.

¹⁸ Rozsudek NS ze dne 26. 10. 2021, sp. zn. 25 Cdo 1029/2021.

Zatímco předchozí občanský zákoník v § 420 odst. 2 obč. z. 1964 přímou odpovědnost pomocníka výslovně vylučoval, není podle Nejvyššího soudu textace stávajícího § 2914 o. z. jednoznačná. To si popravdě nemyslím, protože nový zákon dřívější explicitní větu, podle které nemá pomocník sám přímo odpovídat poškozenému, vypustil. Nejvyšší soud připustil, že je textace změněna, avšak zdůraznil, že důvodová zpráva mlčí ohledně toho, zda se zákonodárce chtěl od dosavadního řešení odchýlit. Odkazuje přitom na jednu akademickou (*sic!*) práci,¹⁹ podle které v takovém případě odpovídá historickému výkladu, když věc bude řešena tak, jak byla řešena v předchozí právní úpravě. Legitimní historický výklad však není výklad v závislosti na tom, jak byla určitá otázka řešena v dřívější úpravě, nýbrž výklad podle prokázané, nebo alespoň hypotetické vůle historického zákonodárce. Někdy lze dovozovat hypotetickou vůli historického zákonodárce ze srovnání s předchozí úpravou, avšak o to se ani Nejvyšší soud, ani uvedená práce nijak nepokusily. Z toho by totiž naopak plynulo, že vypuštění určitého pravidla spíše hovoří ve prospěch vůle po odlišném řešení. Zohlednění předchozího legislativního řešení, aniž by bylo navázáno na zjištění vůle historického zákonodárce, tak nesměruje k dosažení legitimního výkladového cíle, a proto jde o nepřipustný právní argument.

Současně mohu odkázat na argument, kterým se ve svém příspěvku zabýval prof. Kramer. Zcela souhlasím s jeho závěrem ohledně zásady *singularia non sunt extendenda*, že není žádný důvod, proč by i výjimečné pravidlo nemělo být aplikováno v souladu s jeho smyslem s účelem.²⁰ Na tomto závěru nic nemění, že se tento argument v české právní praxi užívá dlouhodobě a stále je zde velmi oblíbený. Při bližším pohledu dokonce vidíme, že jeho použití je až „posteriorní“. Není to tedy argument, který vede k výsledku, nýbrž spíše jen putativní argument, kterým se zdánlivě odůvodňuje výsledek, ke kterému soud dospěl jiným způsobem, zejména intuitivní spravedlnostní úvahou. To je dobře patrné z toho, že existuje řada případů, kdy soudy aplikují výjimečná pravidla extenzivně, dokonce i analogicky, a uvedené pravidlo vůbec nezmiňují. Jejich spravedlnostní úvaha dospěla v těchto případech k odlišnému závěru, a proto zůstalo pravidlo o restriktivní aplikaci výjimek zamlčeno.

Pro úplnost uvedme, že metodologická zásada *singularia non sunt extendenda* by mohla být opodstatněna v případě, pokud bychom za *lex singularis* považovali tzv. nesystémová pravidla, tj. pravidla, která nejsou souladná s teleologickým pozadím příslušné právní materie.

4. Vztahy přednosti mezi jednotlivými argumenty?

Pokud lze prostřednictvím jednotlivých argumentů dospět k různým výsledkům, pak je třeba se ptát, kterému z nich dát přednost.

Na okraj poznamenejme, že i tato otázka je v českém diskursu buď zcela opomíjena,²¹ nebo se dospívá k závěru o nemožnosti stanovení vztahů přednosti mezi jednotlivými

¹⁹ BĚLINA, M. Škoda způsobená zaměstnancem a jeho (ne)odpovědnost vůči třetím osobám. *Právní rozhledy*. 2018, č. 13–14, s. 485 an.

²⁰ Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 149 an., 184 an.; m. č. 155 an., 190 an.

²¹ BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. *Teorie práva*, s. 135 an., GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 133 an.

argumenty, nebo se stanoví závěry o hierarchii argumentů, které podle mého názoru nemají věcné opodstatnění. Příkladem takové hierarchie právních argumentů, která nemá věcné opodstatnění, je Gerlochovo rozlišování standardních a nadstandardních metod interpretace.²² Standardní metody zahrnují jazykový výklad, metody logického výkladu, který podle něj zahrnuje např. *argumentum a contrario*, *argumentum per aliminationem*, *argumentum per analogiam (a simili)*, *argumentum a fortiori*, *argumentum ad absurdum* a *argumentum a silentio legis*) a konečně metoda systematického výkladu. Mezi nadstandardní metody interpretace pak řadí výklad historický, výklad teleologický (teleologicko-axiologický) a komparativní výklad. Pro tyto nadstandardní metody interpretace práva přitom podle něj platí, že jejich závěry nemohou být v rozporu s textem i s interpretačními výsledky dosaženými standardními metodami.²³ Stanoví tak přednost standardních metod výkladu před metodami nadstandardními. Velmi nepřesvědčivě již působí Gerlochovo odlišení metod logického výkladu, který řadí mezi standardní metody, a výkladu teleologického, respektive teleologicko-axiologického, který řadí k metodám nadstandardním. Argumenty, které Gerloch i nemalá část české doktríny řadí k metodě logického výkladu, totiž nemají jiný základ než teleologicko-axiologický. Jsou totiž založeny na požadavku hodnotové bezrozpornosti právního řádu. Jako takové se i teleologicko-axiologické argumenty prosadí i proti textu právního předpisu. To dokonce ve stávajícím českém právu explicitně stanoví § 2 o. z., podle kterého se nikdo nemůže dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu. Pro zde řešenou otázku je však podstatnější, že Gerloch jím uváděný vztah přednosti nijak nevysvětluje, neuvádí žádné důvody, které by jej ospravedlnily. Již jen z tohoto důvodu nemůže takové řešení přesvědčit.

Vraťme se však k rozlišení argumentů podle toho, k jakému výkladovému cíli směřují. Rozdílné výsledky přitom nemusí přivodit jen subjektivně historický a objektivně recentní výklad, nýbrž i v rámci objektivně recentního výkladu existují dvě velké skupiny argumentů, které mohou směřovat k odlišným závěrům. Na jedné straně jsou to v nejširším smyslu hodnotové argumenty, které zpravidla řadíme pod souhrnné označení objektivně teleologický výklad. Do této skupiny řadíme i argumenty *a simili (per analogiam)*, *a fortiori* apod., protože jde o argumenty, který vychází z požadavku hodnotové bezrozpornosti právního řádu (axiologický výklad). Na druhé straně je pak argumentace založená na formální struktuře interpretovaného ustanovení, právního předpisu nebo zákonodárství vůbec, kterou označujeme jako formálně systematický výklad.

Tato druhá skupina argumentů, tedy formálně systematický výklad, vyžaduje krátké vysvětlení. I ona bere svou legitimitu z principu právní jistoty. Nezakládá se však na dalších prvcích obsahu právního řádu, nýbrž má empirický původ. Adresát práva totiž zjišťuje obsah práva i tím, že zohledňuje zkušenostní pravidla, týkající se řazení a uspořádání jednotlivých ustanovení nebo i jen vět v rámci jednoho ustanovení. Tato pravidla nejsou výrazem nějaké zvláštní hodnoty snad kromě požadavku přehlednosti právního předpisu, nýbrž spíše výrazem (někdy zformalizované) zkušenosti s koncipováním právních, a zvláště legislativních textů. Samozřejmě se přitom může např. závěr plynoucí z této formální struktury ustanovení lišit od závěru, který plyne z posouzení jeho smyslu a účelu.

²² GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 146 an.

²³ *Ibidem*, s. 150.

I zde se domnívám, že argument nemá sám o sobě zvláštní hodnotu. Nelze říci bez dalšího, že jeden argument je závažnější než argument druhý. Jinými slovy nelze poměřovat samotné právní argumenty, tak tedy ani nelze dovodit nějaké vztahy přednosti mezi nimi.

Co však lze poměřovat, jsou právní principy a hodnoty, které jednotlivé argumenty v daném právním řádu ospravedlňují. Není zde prostor pro podrobnější úvahu, ale z poměrování demokratického principu a principu dělby moci na straně jedné a právní jistoty adresátů práva na straně druhé plyne, že přednost má mít princip právní jistoty, tedy závěr dosažený pomocí objektivně recentního výkladového cíle. Jde o velmi podobné poměrování, jaké známe z teorie právního jednání, kdy se prosadí tzv. normativní výklad, tzn. výklad podle toho, jak se právní jednání objektivně jeví z horizontu jeho adresáta.²⁴ V případě legislativy plyne z povahy věci spočívající v neurčitém množství adresátů, že je vyloučeno řešení, kdy v oblasti právního jednání má přednost tzv. empirický výklad.

Podobně lze řešit i vztah mezi argumenty objektivně teleologického výkladu a výkladu formálně systematického v rámci objektivně-recentního výkladového cíle. Řekli jsme, že právní argumenty by měly být primárně založeny na právu. Tomuto požadavku však výrazně více vyhovují argumenty objektivně teleologické, neboť formálně systematické argumenty jsou spíše postaveny na empirii.

Ještě je třeba upřesnit, co se míní onou předností. V případě tvrdého sporu, kdy jeden závěr vylučuje druhý, jde o přednost ve skutečném smyslu slova: použije se jen závěr dosažený přednostním argumentem. Velmi často však takový tvrdý spor nenastane. Závěr dovozený prostřednictvím přednostního argumentu není jednoznačný. V tuto chvíli pak lze použít i upozaděný argument. V těchto případech tedy nejde o vyloučení těchto argumentů, nýbrž spíše jen o jejich subsidiární použití v rozsahu, ve kterém to připouští přednostní argumenty. Pokud např. lze objektivně dovodit dvojí rozdílný účel interpretovaného ustanovení, a jedna z těchto možností je v souladu s vůlí historického zákonodárce, pak je třeba upřednostnit toto řešení. Pokud by však vůle historického zákonodárce zahrnovala ještě další, třetí účel, který nemá oporu v objektivní výkladu, pak k němu nelze přihlídnout.

Uvedeným způsobem lze dospět k pravidlům přednosti mezi jednotlivými skupinami argumentů. Míra přesvědčivosti tohoto řešení pak odpovídá míře přesvědčivosti, se kterou dokážeme poměřovat právní principy. Domnívám se, že přinejmenším v typických případech, lze dospět k řešení, které lze označit jako výrazně více přesvědčivé než jiné.

Závěr

Ve svém příspěvku jsem se pokusil ukázat, že právně metodologické zásady neplatí bez dalšího, ani nejsou věcí volné úvahy soudce, nýbrž musí být dostatečně ospravedlněny platným právním řádem. Přičemž pouhá starobylost právněmetodologické zásady, která se může projevat tím, že tato zásada má svou latinskou podobu, sama o sobě není důvodem, který by tuto zásadu v platném českém právu jakkoli legitimizoval.

²⁴ Srov. MELZER, F. In: MELZER, F. – TÉGL, P. *Občanský zákoník. Velký komentář. Svazek III.* Praha: Leges, 2014, úvodní výklad před § 545 an., s. 478 an., m. č. 77 an.

Právněmetodologické argumenty nemají legitimitu samy o sobě, nýbrž ji získávají tím, že slouží jako nástroje k dosažení legitimního právněmetodologického cíle. Výkladový cíl nezískává svou legitimitu tím, že použijeme správný argument, nýbrž obráceně: právní argument je legitimní tím, že jeho prostřednictvím dosáhneme legitimního výkladového cíle.

Pomocí poměrování principů a hodnot, které ospravedlňují jednotlivé výkladové cíle, a jejich prostřednictvím i jednotlivé metody výkladu a konkrétní metodologické argumenty, lze stanovit i vztahy přednosti mezi nimi, tj. určit, jaký závěr zvolit, když se závěry dosažené pomocí různých metod dostávají do rozporu.

Filip Melzer*

* doc. JUDr. Filip Melzer, Ph.D. LL.M. Tento příspěvek byl přednesen na semináři *Latinské právníké fráze, výklad zákona a smlouvy pohledem švýcarského a českého práva* v rámci Fóra Centra právní komparatistiky na Právnické fakultě Univerzity Karlovy konaného 25. 11. 2021. Zde předkládám jeho mírně upravenou verzi, která i dílčím způsobem reaguje na diskusi k tomuto příspěvku.

RECENZE

Wragg Paul. A Free and Regulated Press. Defending Coercive Independent Press Regulation. Oxford: Hart, 2020, 304 s.

Svoboda médií je spojení v českém prostředí běžně používané, ale jen v omezené míře doktrinárně uchopené.¹ Mezi zahraničními autory naproti tomu v posledních letech sílí debaty vyvolané proměnami médií i demokracie, které vybízí k úvahám o nutnosti přizpůsobit těmto změnám „tradiční“ teorii svobody médií.² „Tradičním“ označují takové pojetí, které pramení ze široce přijímané a téměř nezpochybnitelné teze,³ že svoboda médií plní zásadní roli v demokratické společnosti. Informují, zprostředkovávají kritické názory a poskytují platformu pro debatu o věcech veřejného zájmu, bez níž není možný rozvoj demokratické společnosti.⁴ Rozvedeme-li tuto myšlenku, svoboda médií není, na rozdíl od svobody projevu každého jednotlivce, hodnotou sama o sobě, sloužící k jeho sebevyjádření.⁵ Jejím účelem je sloužit demokratické společnosti, přispívat k jejímu chodu a rozvoji. Je odůvodněná právě tímto účelem, a proto má instrumentální povahu. Stopy podobného chápání bychom našli u řady autorů: *Judith Lichtenberg* označuje svobodu tisku za „*instrumentální dobro, dělá-li tisk určité věci*“;⁶ *Eric Barendt* se ve své vlivné monografii *Freedom of Speech* přiklání k instrumentálnímu chápání svobody médií, z níž všem médiím (nejen tisku, rozhlasu a televizi) plynou i práva, jimiž nejsou nadáni jednotlivci v rámci svobody projevu, z důvodu nezbytné role médií pro rozšiřování informací veřejnosti.⁷ I autoři, kteří se snaží teorii svobody médií v posledních letech aktualizovat, zůstávají těmto východiskům v jisté míře věrní; pro příklad lze odkázat na práce *Jana Ostera*⁸ nebo *Damiana Tambiniho*.⁹

Recenzovaná kniha si neklade menší cíl než tradičním pojetím svobody médií otrást. Autor recenzované monografie *Paul Wragg* bere čtenářstvo na cestu, během níž zpochybňuje základy instrumentálního pohledu na svobodu médií (sám hovoří o pohledu

¹ Z českých autorů, kteří pojem svobody médií uchopili včetně vymezení jejího vztahu ke svobodě projevu, lze odkázat na MORAVEC, Ondřej. *Mediální právo v informační společnosti*. Praha: Leges, 2013, s. 62 an. Viz též BARTOŇ, Michal. *Svoboda projevu: principy, garance, meze*. Praha: Leges, 2010, s. 65–66.

² Curran v té souvislosti hovoří o „zkamenělé teorii svobody médií“. CURRAN, James. Reinterpreting the democratic roles of the media. *Brazilian Journalism Research*. 2014, roč. 10, č. 2, s. 31–32.

³ LICHTENBERG, Judith. Foundations and Limits of Freedom of the Press. *Philosophy & Public Affairs*. 1987, roč. 16, č. 4, s. 329.

⁴ Srov. např. rozsudek pléna Evropského soudu pro lidská práva (ESLP) ve věci *Lingens proti Rakousku* ze dne 8. 7. 1986, stížnost č. 9815/82, odst. 41–42, z judikatury Ústavního soudu viz např. náleze ze dne 4. 4. 2005, sp. zn. IV. 146/04.

⁵ Např. TAMBINI, Damian. A theory of media freedom. *Journal of Media Law*. 2021, s. 14.

⁶ LICHTENBERG, Judith. *Foundations and Limits of Freedom of the Press*, s. 332.

⁷ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. Oxford – New York: Oxford University Press, 2007, s. 422 a 424.

⁸ Oster tvrdí, že privilegia médií jsou založena na utilitaristickém, funkčním a účelovém chápání masových médií, které pramení z argumentu demokracie a debaty věcí veřejného zájmu, a argumentu pravdy, který vyžaduje existenci „tržišťté myšlenek“. Média jsou chráněna, protože plní pro společnost prospěšnou roli. Svá východiska stručně představuje v OSTER, Jan. Theory and Doctrine of ‘Media Freedom’ as a Legal Concept. *Journal of Media Law*. 2013, roč. 5, č. 1, s. 73.

⁹ Tambini popisuje svobodu médií jako institucionální a instrumentální hodnotu (TAMBINI, Damian. *A theory of media freedom*, s. 14–15).

„teleologickém“). *Wragg*, působící jako profesor mediálního práva na univerzitě v Leedsu, nepochybně, že určité vztahy mezi médií a demokratickou společností mohou existovat.¹⁰ Ovšem vše ostatní, co obvykle tvoří základy svobody médií (potažmo úžeji svobody tisku), je pro něj předmětem kritiky. Tvzení, že svoboda tisku existuje proto, aby zajistila plnění role tisku v demokratické společnosti, a má tedy instrumentální účel, pro něj není ničím jiným než „mrtvým dogmatem“.¹¹ *Wraggovým* cílem ovšem není zkritizovat instrumentální přístup, ale vytvořit alternativní teorii svobody tisku. Takovou, která by umožňovala mnohem intenzivnějším způsobem činnost tisku právně regulovat a tím předcházet nebo napravovat újmu, k níž působením tisku dochází, aniž by současně kompromitovala svobodný rámec jeho činnosti.

Zde je třeba udělat menší zastávku. *Wraggovi* jde skutečně pouze o svobodu tisku, nikoli médií jako obecnější a širší kategorie. Záměrně se omezuje pouze na segment „tradičních“ tištěných médií, pro což v knize uvádí dva důvody. Prvním je principiální odlišnost platné (britské) právní regulace tisku. Televize i rozhlas (*broadcasting media*) historicky podléhají mnohem významnější regulaci ze strany státu, což bývá odůvodňováno především dříve používanou technologií, která dříve omezovala počet vysílatelů na trhu a tím i pluralitu názorů doléhajících k publiku.¹² Tisk, u něhož žádné technologické omezení neexistuje, je naproti tomu regulován minimalisticky.¹³ Nová (online) média jsou zase podle *Wragga* dosud teoreticky neuchopená, takže na ně nelze závěry ohledně svobody tisku vztáhnout automaticky.¹⁴ Druhým důvodem je, že je segment tištěných médií nejstarší, takže se na něm teorie svobody médií vytvářela. Kritikou svobody tisku chce inspirovat k úvahám o regulaci nových médií.¹⁵ Autorův postoj je důsledný; jeho teorie se tak vztahuje na tištěné vydání novin, na jejich internetové mutace, přestože sdílí většinu redakce i obsahu, už nikoli. Díky zaměření na tisk¹⁶ se *Wragg* umně vyhýbá některým problematickým momentům, které by jinak jeho teorii svobody tisku stály v cestě. Nejvýznamnější je problém definiční – co je tisk? *Wragg* odmítá tuto otázku problematizovat. Odvolává se na obecně sdílenou a „zrekonstruovatelnou“ představu tradičního periodického tisku.¹⁷ Ten však v posledních desetiletích přetváří svoji podobu vlivem technologického vývoje a změn preferencí publika; tradiční periodický tisk je již roky na ústupu.¹⁸ Svým krokem tak *Wragg* významně omezil dopad své teorie. „Intuitivní definice“ tisku navíc nedokáže poskytnout vodítka v okrajových situacích, např. kdy médium nemá tradiční podobu redakce vydávající pravidelné periodikum, ale jde např. o jednotlivého aktivistu, vydávajícího občasný *newsletter*. Tyto definiční nejasnosti však sám autor považuje za druhořadé.¹⁹

¹⁰ Nezachází ovšem tak daleko, aby kupř. prohlašoval svobodu médií za nezbytný prvek pro demokracii (*essential element*, např. rezoluce Valného shromáždění OSN 59/201 ze dne 23. 3. 2005, A/RES/59/201).

¹¹ WRAGG, Paul. *A Free and Regulated Press. Defending Coercive Independent Press Regulation* Oxford – New York: Hart, 2020, s. 80.

¹² *Ibidem*, s. 284–287.

¹³ *Ibidem*, s. 1.

¹⁴ *Ibidem*, s. 284.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Proto i ve zbytku této recenze budu užívat přesnější termín tisk, nikoli média.

¹⁷ WRAGG, Paul. *A Free and Regulated Press. Defending Coercive Independent Press Regulation*, s. 255–256.

¹⁸ *Ibidem*, s. 283.

¹⁹ *Ibidem*, s. 256.

Prvořadým cílem pro něj totiž je vybudovat a zdůvodnit novou teorii svobody tisku, jak již bylo uvedeno. Jeho publikace má proto velmi významné normativní zaměření. Na rozdíl od nyní převažující minimalistické právní regulace navrhuje podstatně širší, obecně závaznou a právními prostředky vymahatelnou regulaci tisku (hovoří o *coercive regulation*, blíže v kap. 10, podkap. I.). Jeho teorie představuje reakci na systematické porušování práv lidí, kteří se stanou předmětem zájmu tisku, proti němuž nemají žádnou účinnou obranu. V některých pasážích *Wragg* vystupuje z pozice akademika a píše se zánícením aktivisty bojujícího proti nepochopení rozsahu problémů spojených s působením tisku a znepokojeného impotencí dosavadních pokusů o jeho řešení.²⁰ Do jeho díla v tomto aspektu významně promlouvají reálie britské mediální scény, poznamenané vážnými skandály. Ty je vhodné letmo připomenout, neboť *Wragg* spoléhá na určitou míru předporozumění čtenáře.

Už v roce 2007 byl odsouzen novinář a jeho spolupracovník v souvislosti s odposloucháváním telefonů patřících členům britské královské rodiny. Deník *News of the World* (tehdy vycházející v nákladu dvou mil. výtisků) se od postupů svých odsouzených zaměstnanců distancoval a označil je za ojedinělý incident, k němuž došlo bez vědomí šéfredaktora deníku *Andyho Coulsona* (ten přesto rezignoval a následně se stal PR spolupracovníkem tehdejšího vůdce konzervativní opozice *Davidu Camerona*). Že podobné praktiky používala redakce k získávání exkluzivních informací mnohem častěji než v jedné izolované kauze, odhalila investigace deníku *Guardian* v červenci 2011. Deník *News of the World* byl podezřelý z masivního odposlouchávání telefonů, zásahů do hlasových schránek a čtení textových zpráv. Mezi desítkami poškozených nebyly jen herecké celebrity, ale i oběti násilných trestných činů a jejich rodinní příslušníci, pozůstalí po obětech teroristických útoků v Londýně a po příslušnících armády padlých v Iráku. Ve snaze zabránit šíření škod uvnitř mediálního impéria poté, co bylo v souvislosti se skandálem obviněno několik zaměstnanců deníku, se *Murdoch* rozhodl činnost *News of the World* ukončit. Šok z toho, co bylo běžnými praktikami získávání exkluzivních informací, zasáhl britskou veřejnost natolik, že *David Cameron* (tehdy již premiér) pověřil *lorda Levesona* vedením parlamentní komise, která měla vyšetřit skandál *News of the World* a podezření z korupce v řadách policistů, kteří dodávali tisku informace, i obecně zhodnotit úroveň kultury a etiky britských médií.²¹

Levesonova rozsáhlá závěrečná zpráva,²² jakkoli je kritická, podle *Wragga* selhala v identifikaci doporučení, která by měla zabránit podobnému selhání tisku do budoucna. *Leveson* se podle něj nechal zaskočit zástupci tisku, kteří hystericky odmítli nechat se podrobit jakékoli výraznější právní regulaci.²³ Proto *Leveson* uvedl, že i on považuje právní

²⁰ Srov. ibidem, s. 8.

²¹ Podle LLOYD, John. *Scandal!: News International And The Rights Of Journalism*. Reuters Institute for the Study of Journalism, 2011, s. 3–5; KELLNER, Douglas. The Murdoch Media Empire and the Spectacle of Scandal. *International Journal of Communication*. 2012, č. 6, s. 1169–1170, 1174–1177.

²² Výsledná zpráva má přes dva tisíce stran. Viz *Leveson Inquiry – Report into the culture, practices and ethics of the press*. 29. 11. 2012. Dostupné z: <<https://www.gov.uk/government/publications/leveson-inquiry-report-into-the-culture-practices-and-ethics-of-the-press>> [cit. 2022-03-13].

²³ S. 266 recenzované publikace. Diskurzivní analýzu editorialů britského tisku, reagujících na *Levesonův* postup, analyzovali např. THOMAS, Ryan J. – FINNEMAN, Teri. Who watches the watchdogs?: British newspaper metadiscourse on the Leveson Inquiry. *Journalism Studies*. 2014, roč. 15, č. 2, s. 172–186.

regulaci až za krajní řešení pro případ, že selže přijatelnější řešení cestou dobrovolné samoregulace tisku.²⁴ Takový závěr považuje *Wragg* za zcela neadekvátní.²⁵ Připomíná, že podobnou „poslední šanci“ už tisk dostal opakovaně. Dokud se naše uvažování o svobodě tisku opírá o tvrzení o výjimečném postavení a roli tisku, jsou lidé, do jejichž života tisk zasáhne, „redukováni na pozici nezbytných obětí, které je třeba předhodit tisku, aby dál fungoval, nebo jsou jen nešťastnou vedlejší ztrátou“.²⁶ Nelze proto předpokládat, že by kdy mohla dobrovolná samoregulace tisku vést k účinné ochraně lidí, jejichž základní práva tisk porušoval a porušuje, zatímco se stávají předmětem jeho pozornosti.

V tomto kontextu je třeba vnímat *Wraggovo* plédování pro právní, tzn. nedobrovolnou, obecně závaznou a vymahatelnou regulaci tisku, která jediná může zajistit, aby se osoby poškozené tiskem domohly účinné a dostupné ochrany svých práv. Ovšem abychom o takové regulaci tisku mohli uvažovat, je třeba vyvolat „zásadní změnu uvažování o tisku a jeho roli ve společnosti“.²⁷ Ačkoli proto jde autorovi o dílčí, byť závažný problém spojený se svobodou tisku, jeho kniha má až překvapivě široký záběr, sahající od zdůvodnění existence svobody tisku po debatu o tom, které konkrétní projevy tisku může stát legitimně regulovat, a svobodu tisku tak omezovat.

Jaká tedy *Wraggova* teorie svobody tisku je? Monografie ji přibližuje na necelých třech stech stranách, rozdělených do čtyř částí a celkem deseti kapitol. V části první (*Rationale*) představuje převažující chápání svobody tisku. Vychází z klasického dělení čtyř teorií tisku,²⁸ z něhož považuje za nadále aktuální teorii společenské odpovědnosti a teorii liberální; tu však pro významovou mnohotvárnost „liberalismu“ označuje raději jako libertariánskou.²⁹ Pozastavuje se nad tím, že se obě názorové školy shodují v základních úvahách o tisku a jeho roli v demokratické společnosti. Liší se až názorem na prostředky, kterými zajistit, že média budou tuto roli naplňovat. K těmto závěrům autor dospívá v úvodních dvou kapitolách, příhodně pojmenovaných *Unity in Press Freedom Theory* a *Division in Press Regulatory Theory*, v nichž vychází z obdivuhodně bohaté rešerše literatury. Libertariánská cesta velí ponechat běh věcí na „neviditelné ruce trhu“, která však tisk nijak neusměrňuje. Teoretici společenské odpovědnosti naopak prosazují významnější regulaci tisku, která by zajišťovala naplnění společenské role a odpovědnosti tisku. Současně se však obávají zneužití politickou mocí. Jejich představa o regulaci proto podle *Wragga* nemůže být účinná, neboť svým rozsahem je příliš široká co do ukládaných požadavků, ale zdráhá se využívat závazných prostředků pro jejich dosažení. Autor tedy kritizuje obě pojetí.³⁰ V části druhé (*Right*) zpochybňuje důvody, které bývají pro regulaci tisku obvykle předkládány. Sám dospívá k tomu, že jediným důvodem pro regulaci tisku, tedy omezení jeho svobody, je újma, kterou působí jiným osobám.³¹ Tím fakticky zužuje rozsah toho, co

²⁴ WRAGG, Paul. *A Free and Regulated Press. Defending Coercive Independent Press Regulation*, s. 264–265.

²⁵ Ibidem, viz s. 4–10, podrobněji kritika *Levesona* též v kapitole 9.

²⁶ Ibidem, s. vii.

²⁷ Ibidem, s. viii.

²⁸ SIEBERT, Fred – PETERSON, Theodore – SCHRAMM, Wilbur. *Four Theories of the Press: The Authoritarian, Libertarian, Social Responsibility, and Soviet Communist Concepts of What the Press Should Be and Do* [online]. Urbana: University of Illinois Press, 1956.

²⁹ Viz terminologická poznámka, WRAGG, Paul. *A Free and Regulated Press. Defending Coercive Independent Press Regulation*, s. ix–xi.

³⁰ Což potvrzuje raději výslovně na s. 255 recenzované publikace.

³¹ Obsáhle viz kapitola 5 recenzované publikace, především v části IV.

a proč je třeba regulovat, a proto se neobává, že silnější regulace udělá z tisku hlídacího psa, který neštěká ani nekouše. V části třetí (*Regulation*) již nastiňuje obsah takové regulace tisku, která by poskytovala účinnou ochranu těm, do jejichž práv tisk zasáhl. Neukládala by tisku povinnosti, které nejsou teoreticky zdůvodnitelné. Soustředila by se jen na omezení újmy, a tak by nemohla být zneužitelná a ohrožovat svobodu tisku. Až část čtvrtá (*Realisation*) odpovídá čtenáři na některé podstatné otázky, které si během čtení klade: co vlastně *Wragg* regulací myslí (regulaci právním předpisem, jehož dodržování by prosazoval státem zřízený regulátor) a proč není dostatečně účinná ochrana poskytovaná soudy, ale vyžaduje zřízení regulátora. (Ne nadarmo se poslední kapitoly jmenují sugestivně – *How?* a *Why?*) Ač má tato struktura monografie nepochybný „tah na branku“, a především v části druhé obsahuje řadu novátorských, k zamyšlení vybízejících myšlenek, některé úvahy usnadňující pochopení záměru autora se čtenář dozví až na konci textu. Listování do posledních dvou kapitol lze tedy v tomto případě jen doporučit.

Monografie rozvíjí poznatky ve dvou oblastech. Zaprvé, v kritice pojetí svobody tisku jako výměny *quid pro quo*, kde dochází ke směně zvláštních privilegií tisku výměnou za plnění povinností a odpovědnosti, které tisk v demokratické společnosti má. Zadruhé, překreslením „mapy“ toho, jaké limity by svoboda tisku měla mít. Pokusím se nyní tyto stěžejní prvky díla, soustředěné do druhé a třetí části knihy, přiblížit.

Těžiště *Wraggovy* argumentace kritizující instrumentální pojetí svobody tisku je právněfilozofické. Považuje za nesporné, že zejména ESLP na podvozku čl. 10 odst. 2 Úmluvy o „povinnostech a odpovědnosti“ tisku hovoří. Jestliže však máme pojem povinností, detailně rozebraný v kapitole třetí, chápat v právním kontextu, pak povinnosti jednoho musí odpovídat právo druhého a splnění právní povinnosti má být vymahatelné právními prostředky.³² Ani jedna z těchto premis však podle autora v případě tisku neplatí – „povinnosti“ tisku jsou pouhou řečnickou figurou objevující se v judikatuře.³³ Neexistují-li ovšem žádné právní povinnosti, nemůže existovat právní odpovědnost za jejich porušení a je vyloučeno vynucovat právními cestami jejich splnění. *Wragg* obsáhle polemizuje s *Onorou O'Neill*, vlivnou severoirskou politickou filozofkou, která mezi dalšími experty poskytla své vyjádření *Levesonově* komisi. *O'Neill* připouští, že ač mohou být povinnosti tisku toliko morální povahy, přesto mohou být právními prostředky vymahatelné. Svůj závěr opírá o principy kantovské etiky.³⁴ Podle *Wragga* však přehlídí, že *Kant* důsledně rozlišoval mezi morálními a právními závazky z hlediska vnitřní a vnější motivace k jejich plnění, což se odráží v nemožnosti vynucovat plnění morálních závazků mocenským způsobem.³⁵

Podobně metodicky zkoumá autor v kapitole čtvrté pojem odpovědnost, který spojuje s povinností tisku plnit předepsanou „roli v demokratické společnosti“. Zde jeho kritika reflektuje kognitivní disonanci, kterou trpí instrumentální pojetí svobody tisku: existuje-li svoboda tisku proto, aby tisk určitou roli plnil, jak může být slepá k tomu, že podstatná

³² Ibidem, s. 83.

³³ *Wragg* význam tohoto termínu v judikatuře spatřuje v tom, že „povinnost“ zdůrazňuje nezbytnost určitého postupu tisku nebo publikování určité informace tiskem, ačkoli to vede k morálně nebo právně problematickým výsledkům (tisk „nemohl jinak než“). Ibidem, s. 86–95.

³⁴ Ibidem, s. 100 an. Srov. O'NEILL, Onora. Practices of toleration. In: LICHTENBERG, Judith (ed.). *Democracy and the Mass Media*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, s. 155–185.

³⁵ WRAGG, Paul. *A Free and Regulated Press. Defending Coercive Independent Press Regulation*, s. 103–105.

část tisku tuto roli neplní vůbec nebo ji plní špatně? *Wragg* postupně zkoumá tři možná zdůvodnění, proč by měl tisk přijmout odpovědnost za plnění jim přisouzené funkce. Prvním je, že odpovědnost je rubem privilegií tisku. Autor však principiálně namítá, že tisk žádná skutečná privilegia nemá. Co se týče rozsahu svobody projevu, privilegován je podle jeho stručného shrnutí judikatury ESLP každý projev ve veřejném zájmu bez ohledu na postavení nebo identitu mluvčího.³⁶ Ke stejnému závěru dospívá při zhodnocení zákonných privilegií tisku (např. ve vztahu k přístupu na soudní jednání).³⁷ Důležitým argumentem je i to, že koncept privilegií působí, jako by byly tisku propůjčeny, ale mohou být odebrány, znelíbí-li se tisk vládnoucí moci. Nezapadá tedy do charakteru svobody.³⁸ Druhé nesprávné zdůvodnění spatřuje ve vlivu médií na společnost; moc znamená odpovědnost. V tomto ohledu argumentuje především upadající ekonomickou silou tisku a zmenšováním jeho dosahu v konkurenci jiných médií.³⁹ Vyvrátit tento důvod by tedy bylo významně obtížnější, pokud by si byl zvolil širší definici tisku či se přímo zaměřil na svobodu médií. Zatřetí, odmítá i teorii postavenou na profesionálním statusu médií, opět s argumentem, že směšuje profesnětické a právní povinnosti.

Jediná situace, v níž tedy autor odpovědnost tisku v právním smyslu připouští, je situace, kdy jeho konáním dochází ke vzniku konkrétní újmy konkrétní osoby (protiprávní jednání – příčinná souvislost – újma).⁴⁰ Tento koncept odůvodňuje v kapitole páté, která uzavírá druhou, kritickou část knihy, a otevírá prostor pro to, aby mohl svou koncepci svobody tisku ve třetí části publikace naplnit konkrétním obsahem. Ve svém zdůvodnění *Wragg* velmi obsírně vychází z analýzy klasické eseje *Johna Stuarta Milla On Liberty*, přičemž důrazně poukazuje na to, že *Millovy* názory byly v průběhu času dezinterpretovány.⁴¹ Není nikdo oprávněn narušovat svobodu tisku (nebo svobodu čtenářů) zastávat neracionální, neosvícené i netolerantní názory či být názorově zcela indiferentní.⁴² Snaha jakékoli postoje zvrátit by byla projevem paternalistického, autonomii jednotlivce popírajícího přístupu, který nelze přijmout ani tehdy, je-li jeho cílem odvrátit od dané osoby újmu.⁴³ Slovy *Wragga*, „*když zastánci teorie společenské odpovědnosti tisku zastávají názor, že veřejnost potřebuje tisk, který podporuje demokratickou participaci, mají pravdu. Ale když k tomu účelu chtějí použít donucovací sílu práva [tedy přimět tisk právními prostředky, aby tento účel naplňoval, pozn. T. B.], jejich cílem je nakonec despotismus.*“⁴⁴

Odtud pak pramení jeho zužující pohled na to, jaká regulace je vůči tisku potřeba: rozhodně to dle něj není uvalení povinnosti poskytovat přesné informace, stejně jako informace objektivní či pravdivé,⁴⁵ či regulace snažící se zajistit pluralitu tisku.⁴⁶ Podrobně se dokonce věnuje nedůvodnosti požadavku omezit obsahově i kvantitativně zpravodajství

³⁶ *Ibidem*, s. 88.

³⁷ *Ibidem*, s. 113 an.

³⁸ *Ibidem*, s. 119.

³⁹ *Ibidem*, s. 122 an.

⁴⁰ *Ibidem*, *passim*.

⁴¹ Tomuto rozboru věnuje autor především s. 138–155 recenzované publikace.

⁴² *Ibidem*, s. 140 an.

⁴³ *Ibidem*, s. 150.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 151.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 180, k nejasnostem mezi těmito koncepty; „právu na přesné informace“ se však věnuje v celé kapitole šesté.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 241.

o sebevraždách.⁴⁷ Všechna tato témata *Wragg* nachází, v různých formulačních podobách, ve stávajících kodexech regulujících tisk v různých evropských státech.⁴⁸ Ovšem pokud by byl přijat jeho model regulace tisku, nebyla by regulace podobných otázek vůbec opodstatněná.

Jakkoli je *Wraggova* argumentace o neexistenci privilegií a povinností tisku čtivá, přesvědčivá a pregnantně poukazuje na nedostatky tradičního pojetí, počínajícemi skutečně tak základní otázkou, co to ony privilegia a povinnosti jsou, domnívám se, že současně je jeho vlastní chápání limitů svobody tisku příliš zužující. *Wragg* nachází právněfilozofické opodstatnění jen pro omezení, které plyne ze zásahu do práv jiných („ochrana pověsti nebo práv jiných“, slovy Úmluvy). Pozitivní právo (čímž je v evropském kontextu především čl. 10 odst. 2 Úmluvy) ovšem připouští sice omezenou, ale podstatně širší škálu legitimních cílů, pro něž může dojít k omezení svobody projevu a zprostředkovaně tedy i svobody tisku. Některé jsou s jeho filozofickým zakotvením jasně neslučitelné (např. ochrana morálky neobstojí proti požadavku na zachování autonomie jednotlivce), jiné legitimní cíle však lze rámovat „předstupeň“ ochrany práv konkrétních osob (ochrana národní a veřejné bezpečnosti, ochrana pořádku, ochrana zdraví). Bylo by proto zajímavé, kdyby se vypořádal s některými konkurenčními teoriemi.⁴⁹

Popírá-li navíc autor koncept odpovědnosti i privilegií tisku, otevírá tím spornou otázku vztahu svobody tisku a svobody projevu. Teorii, kterou představuje čtenářům, sice sám autor označuje za novou teorii *svobody tisku*. Popřeme-li však zvláštní postavení tisku podobně, jako to činí *Wragg* v recenzované monografii, stejně tak dobře může jít o teorii svobody projevu ve vztahu k tisku; potřeba hovořit o zvláštní svobodě tisku se oslabuje či se přímo ztrácí. Vzájemný vztah a prolínání svobody projevu a svobody médií je jedním z témat současných diskusí. *Wragg* tento problém nereflktuje, od počátku své knihy hovoří o svobodě tisku, aniž by nabízel čtenářům její definici ve vztahu ke svobodě projevu, a tím i zdůvodnění, proč hovoří jen o svobodě tisku. Navzdory tomuto „neukotvení“ nabízí vítanou možnost přemýšlet mimo zavedené škatulky.

Terezie Boková*

⁴⁷ V překvapujícím rozsahu rozebraném ibidem, s. 232 an.

⁴⁸ Způsob, jakým si autor vybírá jednotlivé příklady, tedy zastoupené evropské regulační modely, objasňuje jen odkazem na jiný výzkumný projekt (s. 5), nikoli však tak, aby čtenář pochopil kritéria jejich výběru. Mezi řádky však lze vyčíst, že vedle sebe klade velmi rozdílné druhy regulátorů a jejich regulačních kodexů, od dánské tiskové rady *Pressenaevnet*, zřízené zákonem a vybavené pravomocí ukládat pokuty, po *Slovenský syndikát novinářov*, soukromoprávní subjekt, jehož kodex má povahu čistě profesnětiskovou. Český Syndikát novinářů nezmiňuje.

⁴⁹ Lze poukázat např. na teorii ústavních práv *Kaie Möllera*, který se taktéž soustředí na centrální úlohu autonomie jednotlivce, ale připouští i existenci veřejných zájmů, pro které může být legitimní do autonomie jednotlivce zasáhnout. Ačkoli se následně i přes ně opět navrácí k ústřední myšlence autonomie jedince, jeho teorie není natolik „černobílá“ jako ta, kterou prezentuje *Wragg*. Viz MÖLLER, Kai. *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 90.

* Mgr. Bc. Terezie Boková. Doktorandka na katedře ústavního práva a politologie Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: 407737@mail.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2880-9739>.

Explicative Justification of Human Rights

Tomáš Sobek

Abstract: In my text, I will deal with the so-called explicative argument formulated by Robert Alexy. This argument shows that any attempt to intersubjectively justify the non-existence of human rights necessarily commits the so-called performative self-contradiction. But Alexy's argument can be objected to: What if the human rights sceptic avoids discursive commitments? Alexy responds that an individual needs to make an existential decision that fully realizes his or her discursive potential. But the objection continues: What if he or she doesn't make that decision? The issue can be addressed by analyzing the speech act of assertion. To assert A is to present A as true to anyone. A speech act that is not open to the universal community of all rational agents cannot be aimed at sharing objective facts. But this solution has limited applicability to moral discourse because it is burdened with the controversial metaethical assumption that there are universal and objective moral facts. This is a very serious limitation, because human rights sceptics are mainly recruited among moral subjectivists, relativists and nihilists. To overcome this limitation, I proposed the so-called ascriptive argument, which is more metaethically inclusive: An individual takes his own moral views seriously only if he also takes seriously the moral views of others. And the only effective way to mediate this interaction is through participation in moral discourse. Alexy's explicative argument is only applicable against human rights sceptics who participate in the discourse. The ascriptive argument appropriately complements it because it is applicable against sceptics who avoid discourse. It is directed against discursive insulation, but at the same time can be sensitive to the social contexts of moral views.

Keywords: Robert Alexy, discourse theory, human rights, moral relativism, explicative argument, ascriptive argument

Legal Regulation of Abortions in Poland and (Im)possibility of its Circumvention through Abortion Tourism

Jakub Valc (<https://orcid.org/0000-0002-4080-2679>)

Abstract: This article deals with the development of legislation on abortion in Poland which has for long been time considered one of the strictest in Europe. In this context, I focus on the recent decision of the Constitutional Tribunal which has restricted legal exceptions for providing abortions, such as developmental defects or incurable fetal diseases. I focus on the reasoning of the tribunal which relied on vagueness of the challenged provision. Despite that, I also take into account the related human rights issues such as protection of dignity and life of an unborn child. These findings are confronted with international treaties and the case law of the European Court of Human Rights which has repeatedly commented on the situation in Poland. In addition, I present not only the legal and social consequences of the further tightening of Polish abortion legislation but also their effects on the development of abortion tourism which could be, according to Czech laws, interpreted in different ways.

Keywords: abortion, Poland, Constitutional Tribunal, abortion tourism

Searching for the Core of the Concept of Public Order

Markéta Štěpáníková (<https://orcid.org/0000-0002-7421-0698>) –
Terezie Smejkalová (<https://orcid.org/0000-0002-9143-9160>)

Anotation: Vague legal concepts are necessarily bound to social and legal reality in a given time and at a given place. In consequence, their meaning changes constantly. Czech legal theory seems to be built on an idea that legal concepts have their core and penumbra. Using the example of a concept of legal order (public policy) this article shows the obstacles traditional doctrinal legal analysis faces when looking for the core of vague legal concepts. This article tackles various attempts to delimit and explain the meaning of public order in the context of Czech legal environment and asks, to what extent is it even possible to map out the intension

and extension (and intensional and extensional definitions) of this concept. It follows various attempts at general definition and explanations of public order and discusses what of these definitions may be its core and its penumbra. It also focuses on the issue of legal facticity of this concept's usage. Based on the example of the concept of public order this article further shows the need for empirical examination of legal concepts.

Keywords: public policy, public order, ordre public, core and penumbra of concepts, Czech law, Czech case-law, legal concept

Comparison of Practical Aspects of Legal Witness Protection

Karin Vrtíková (<https://orcid.org/0000-0001-9951-6426>)

Abstract: The focus of the article is the legal protection of the witness, which aims to ensure the objectivity of the witness statement, as the subjective feeling of the witness that he will not be threatened by any extraordinary forms of repression by a person acting in the procedural position of the accused, resp. The presented paper is an application of the comparative method, as its aim will be to compare the legal protection of a witness in the legal order of the Czech Republic and the Italian Republic, and from the results evaluated in this way we aim to point out the following: common and different features between domestic and foreign legislation and to evaluate the legal protection of a witness within our legal system. Last but not least, we will try to draw possible conclusions based on the analysis of foreign legislation. We believe that the presented contribution will bring clarity and considerations for the future to the discussed issues.

Keywords: witness, legal protection of a witness, examination of a witness, Criminal Procedure Code, Italian Criminal Code

Private Autonomy versus Public Interests in Civil Proceedings (Initiative for Czech Procedural Law)

Andreas Frössel

Abstract: According to the prevailing opinion, the topic of private autonomy is usually restricted to the area of (substantive) civil law. In recent years, however, questions of private autonomy in civil procedure law have become more and more contested. This contribution gives an overview on the permissibility and scope of party agreements within the Austrian Code of Civil Procedure (ZPO). In particular, the article presents recent arguments by two scholars (M. Trenker and T. Kunz) who argue for more private autonomy in civil proceedings than the (restrictive) prevailing opinion does. Based on three selected topics, namely the permissibility of the pactum de non petendo, the permissibility of litigation in one's own name on another's behalf (gewillkürte Prozessstandschaft) and the effects of out-of-court agreements within pending civil proceedings, the article explores whether and to which degree the Austrian Code of Civil Procedure allows private autonomy of the parties. The contribution is intended to stimulate a debate on the topic regarding Czech civil procedure law.

Keywords: private autonomy, civil procedure law, Austrian Code of Civil Procedure, permissibility of party agreements, extensive and restrictive approach, pactum de non petendo, litigation in own name on another's behalf, out-of-court-agreements

Nepřirozené právo

Tomáš Sobek

Ústav státu a práva AV ČR
Praha 2022, 292 stran

ŮSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

Akademie věd ČR

Publikace se věnuje normativním zdrojům práva a morálky. Autor ukazuje, že centrální roli v normativním myšlení hraje pojem kontroly. V knize se diskutuje řada zajímavých otázek. Co přesně znamená, že právo je lidský artefakt? Potřebujeme vědět, proč bychom měli být morální? Potřebujeme vědět, co je zdrojem platnosti práva? Je správné rozhodnout morální dilema na základě počítání lidských životů? Je smysluplné hlásit se k ideálům, které jsou tak vysoké, že nejsou reálně dosažitelné? Existují lidská práva objektivně? Lze metafyziku zcela nahradit pragmatickým myšlením? Po přečtení této knihy si čtenář uvědomí, že mnohé odpovědi, které mu připadaly samozřejmé, ve skutečnosti samozřejmě nejsou.



Vládnoucí a ovládaní

Explikace vlivu, kontroly a legitimního vládnutí

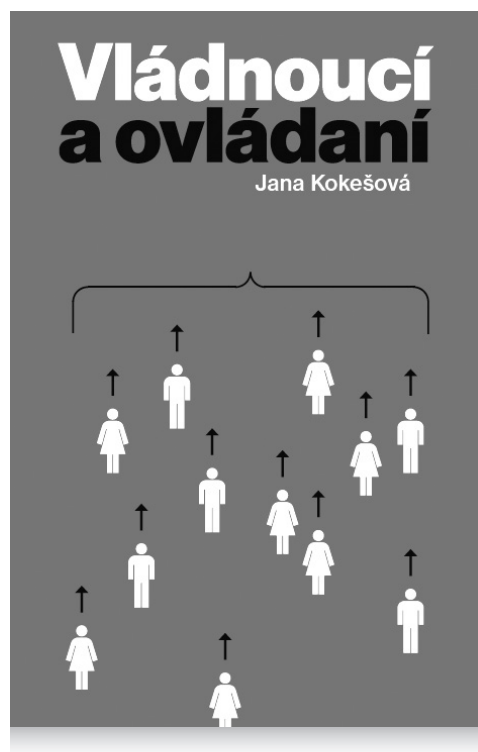
Jana Kokešová

Ústav státu a práva AV ČR
Praha 2022, 288 stran

ŮSTAV	STĀTU
A	PRĀVA

Akademie věd ČR

Publikace je právní monografií s přesahy do příbuzných filozofických oborů, zejména etiky a politické filozofie. Zaměřuje se na problematiku normativity, legitimacy a kolektivního aktérství, přičemž metodologicky vychází z tradic analytické filozofie a využívá právě vznikající teorii normativity, tzv. teorii kontroly, již zároveň rozvíjí. Kniha si klade otázku, jak skloubit teorie demokratické legitimacy s faktem existence jednotlivců neschopných autonomního jednání. Kniha prokazuje, že nástrojem vládnutí je normativní vliv každého jednoho člena společnosti a identifikace takového nástroje umožňuje zdůvodnit pozitivní povinnosti společnosti vůči každému jednotlivci.





Právník

Teoretický časopis
pro otázky státu a práva

Výzva k zaslání příspěvků

18. května 2023 uplyne sto let od zahájení pravidelného rozhlasového vysílání a 9. května padesát let od zahájení barevného televizního vysílání v Československu. Redakce Právníka zvolila u příležitosti těchto výročí pro číslo 5/2023 tematické zaměření

Aktuální otázky mediálního práva

s tím, že redakci jde o právněteoretické příspěvky k tématu zaměřené na otázky **z oblastí právní filosofie, veřejného, soukromého i evropského práva a dalších právních disciplín**, dokládající současnou úroveň naší právní vědy.

Anotaci příspěvku v rozsahu nejvýše 9 000 znaků (včetně mezer) s uvedením hlavních tezí a literatury, již autoři zamýšlejí použít, je možné zaslat redakci nejpozději **4. září 2022**. Redakce na základě předběžného komisionálního posouzení osloví autory, aby svoji stať zpracovali nejpozději 25. ledna 2023, přičemž její rozsah by neměl přesáhnout 43 000 až 53 000 znaků (včetně mezer a poznámek pod čarou, tj. nejvýše 15 tiskových stran Právníka). Příspěvky budou následně recenzovány v rámci standardního recenzního řízení a otištěny v čísle **5/2023**.

Redakce uvítá i kratší příspěvky, které by mohly být zařazeny do rubrik *Glosy* nebo *Informace*.

Články přijaté k publikaci budou komisionálně posouzeny a příspěvek vyhodnocený jako nejlepší ocení **Randova nadace** při Spolku českých právníků Všehrd **finanční odměnou ve výši 12 000 Kč**.

Redakce časopisu Právník
pravnik@ilaw.cas.cz