

STATI

Prorogační dohoda pohledem Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu

Naděžda Rozehnalová*

Abstrakt: Článek se věnuje problematice prorogačních dohod pohledem Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu z roku 2005. Dohoda pro Českou republiku vstoupila v platnost v roce 2015. Její význam zesílil vystoupením Spojeného království, které je od roku 2020 smluvní stranou úmluvy, z Evropské unie. Stať analyzuje v první části působnost úmluvy a vazby k jiným zdrojům právní úpravy, zejména potom k Nařízení Brusel Ibis. Centrem práce je analýza tzv. výlučné prorogační dohody tak, jak je upravena Haagskou úmluvou. Ta obsahuje autonomní definici a účinky výlučné prorogační dohody s tím, že část otázek týkajících se materiální platnosti prorogační dohody je upravena odkazem na národní právo. Základní zkoumanou otázkou je identifikace „prostoru“ aplikace vnitrostátního práva spolu se způsobem jeho určení a prostoru autonomního, upraveného unifikovanou úpravou. Prostor je vymezen jak vnějšími mezemi (tedy dosahem působnosti zkoumané úmluvy), tak vnitřními mezemi jako mezerami v úpravě. Článek se věnuje otázce určení rozhodného práva pro otázky důvodů neplatnosti smlouvy a způsobilosti stran k uzavření prorogační smlouvy. Zvláštní pozornost je věnována možnosti autonomního výkladu při vyplnění mezer, konkrétně využitím Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.

Klíčová slova: Haagská konference mezinárodního práva soukromého, Haagská úmluva o dohodách o volbě soudu, působnost úmluvy, unifikované právo vs. právo národní, výlučná prorogační dohoda, materiální platnost dohody o volbě soudu, neplatná prorogační dohoda

Úvod

Řada změn, které se odehrály v posledním desetiletí v oblasti mezinárodního práva procesního, se dotkla i České republiky a jejího právního řádu. Jde o změny jak na úrovni unijního práva, tak i vně evropského justičního prostoru. Především vystoupení Spojeného království Velké Británie a Severního Irska (dále Spojené království) z Evropské unie „přepsalo“ řadu stávajících vazeb. Přestože Spojené království zvolilo v době svého členství podobu *opt in* pro jednotlivá nařízení z oblasti civilní justice a neúčastnilo se přímo a plně na vytváření evropského justičního prostoru ve věcech civilních,¹ v reálu byl postup *opt in* zvolen u řady nařízení, která usnadňovala realizaci přeshraničního styku.² Vystoupení tak poznamenalo i oblast civilní justice.

Další změny – na universální úrovni – se týkají Haagské konference mezinárodního práva soukromého jako mezinárodní organizace, která se zabývá unifikací a harmonizací (ve smyslu přijetí nezávazných předpisů) v oblasti mezinárodního práva soukromého

* Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc. Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: 1860@muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8907-2718>.

1 Protokol (č. 21) o postavení Spojeného království a Irska s ohledem na prostor svobody, bezpečnosti a práva. Dokument 12016E/PRO/21.

2 Přehled ROZEHNALOVÁ, N. a kol. *Nařízení Řím I a Nařízení Řím II, Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, Praha: 2021, s. XIX–XXI.

a procesního. Více předpisů, které vznikly či vstoupily v účinnost v relativně nedávné době, má potenciál získat vliv na formování univerzálního prostoru v oblasti mezinárodního práva soukromého a procesního. Vedle přijetí *soft law* v podobě Principů volby práva v mezinárodních obchodních smlouvách³ to jsou dvě mezinárodní úmluvy z oblasti procesní: Haagská úmluva ze dne 30. června 2005 o dohodách o volbě soudu (dále jen Úmluva o dohodách o volbě soudu, nebo v kontextu úmluva)⁴ a Úmluva ze dne 2. července 2019 o uznání a výkonu cizích rozhodnutí v civilních a obchodních věcech (dále jen Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodnutí 2019)⁵. Tyto si zaslouží pozornost a mohou, v případě přijetí větším množstvím států, změnit situaci v oblasti, kde aktuálně dominují regionální či vnitrostátní předpisy.

Úmluva o dohodách o volbě soudu byla přijata v roce 2005, v užívání vstoupila v roce 2015. Je jí vázáno 32 států⁶ a objevují se prvá rozhodnutí národních soudů.⁷ K poměrně vysokému počtu stran přispěl přístup Evropské unie (a s ní států zúčastněných na tvorbě evropského justičního prostoru ve věcech civilních), Dánska a v návaznosti na vystoupení Spojeného království z EU i jeho přístup k této dohodě. Význam úmluva získala i v důsledku negativního stanoviska Evropské komise k přistoupení Spojeného království k Úmluvě o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech ze dne 10. 6. 2009 (dále jen Luganská úmluva II).⁸ Alespoň pro nejbližší budoucnost se tak jedná o jediný mnohostranný nástroj, který váže Spojené království a členské státy EU v procesní oblasti, pokud jde o věci občanské a obchodní.

Druhá z uvedených úmluv – Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodnutí 2019⁹ – je připravena k podpisu a ratifikaci.¹⁰ Budoucnost ukáže, nakolik bude úspěšná. Jistou šanci k úspěchu jí dává paradoxně negativní stanovisko Evropské komise k přístupu Spojeného království k Luganské úmluvě II.

³ *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, přijaté 15. 3. 2015, [cit. 2021-20-10]. Dostupné z: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>>. Dále také: *UNCITRAL, HCCH and Unidroit Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales*. United Nations edition. Viena, 2021.

⁴ Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, účinná od 1. 10. 2015. Úmluva z 30. června o dohodách o volbě soudu, [cit. 2021-10-21]. Dostupné z: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court>>.

⁵ Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, [cit. 2021-10-20]. Dostupné z: <<https://assets.hcch.net/docs/806e290e-bbd8-413d-b15e-8e3e1bf1496d.pdf>>.

⁶ Smluvní stranou je Evropská unie, Spojené království Velké Británie a Severního Irsku, Mexiko, Singapur, Černá hora a Dánsko (které se rovněž neúčastní na evropském justičním prostoru ve věcech civilních). Aktuální stav podpisů a ratifikací dostupný z: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>>, [cit. 2021-21-11].

⁷ Přehled dostupný z: <<https://www.hcch.net/en/instruments/specialised-sections/choice-of-court/case-law-coca>>, [cit. 2021-12-12].

⁸ Note verbale. Communication from the European Commission representing the European Union to the Swiss Federal Council as the Depository of the 2007 Lugano Convention, [cit. 2021-12-12]. Dostupné z: <<https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/autres-conventions/Lugano2/20210701-LUG-ann-EU.pdf>>.

⁹ K obsahu také GARCIMARTÍN, F. – SAUMIER, G. *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. Hague: HCH, 2020; BRAND, R. A. Jurisdiction and Judgments Recognition at the Hague Conference: Choices Made, Treaties Completed, and the Path Ahead. *Netherlands International Law Review*. 2020, Vol. 67, Iss. 1, s. 3–17. Akcent na ujednání vazby např.: ASENSIO, P. M. – CUNIBERTI, G. – FRANZINA, P. – HEINZE, CH. – REQAUEJO ISIDRA, M. *The Hague Conference on Private International Law „Judgments Convention“*. European Union, 2018, [cit. 2021-10-12]. Dostupné z: <[https://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2018\)604954](https://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2018)604954)>.

¹⁰ EU se vyjádřila kladně k podpisu a ratifikaci této úmluvy. Viz: Proposal for a Council decision on the accession by the European Union to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matter. Brussels, 16. 7. 2021 COM(2021) 388 final; 2021/0208 (NLE).

Studie se věnuje prvé z úmluv – Úmluvě o dohodách o volbě soudu. Důvodů našeho zájmu je více. Úmluva vstoupila do prostoru, kde již existují jiné předpisy, které na nadstátní úrovni upravují institut dohod o volbě soudu. Konkrétně jde o Nařízení Brusel Ibis¹¹ regulující problematiku příslušnosti a uznání a výkonu rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních v rámci EU; mezinárodní úmluvu mezi EU a Dánskem;¹² Luganskou úmluvu II¹³ upravující obdobně stejné otázky mezi členskými státy EU, Dánskem, Švýcarskem, Islandem a Norskem; úmluvy z oblasti přepravy zboží a osob,¹⁴ případně i smlouvy o právní pomoci s nečlenskými státy EU. To jen pokud hovoříme o českém právním prostoru. V universálním prostoru existují další mezinárodní úmluvy.¹⁵ Konkurence úprav přináší nejenom komplikace ve vymezení aplikace předpisů. V právních úpravách existují rozdílné koncepty dohod o volbě soudů, jejich platnosti či důvodů neplatnosti, různá uchopení vazby prorogovaného soudu a soudu, jehož příslušnost je založena právním předpisem, respektive jiný koncept povinností nepřislušných soudů či vazeb příslušnosti na uznání a výkon vydaného rozhodnutí. Zatímco např. mezinárodní úmluvy z oblasti mezinárodní přepravy obsahují pouhá konstatování o připuštění dohody stran o soudu, jiné obsahují podrobnou regulaci řady otázek, případně odkaz na jejich národní úpravu. To vše komplikuje vazby mezi předpisy a závěr o jejich využití.

Česká odborná literatura se z různých pohledů zabývala problematikou prorogačních dohod obsažených v unijních, mezinárodních či vnitrostátních předpisech.¹⁶ Cílem této stati je uchopení interakce unifikovaného práva představovaného Haagskou úmluvou o dohodách o volbě soudu a vnitrostátní (či případně jinou) úpravou tam, kde existují mezery v úpravě úmluvy. Zkoumanou otázkou je identifikace „prostoru“ pro aplikaci vnitrostátního práva spolu se způsobem jeho určení a prostoru autonomního, upraveného unifikovanou úpravou. Prostor je vymezen jak vnějšími mezemi (tedy dosahem působnosti zkoumané úmluvy), tak vnitřními mezemi jako mezerami v úpravě.

¹¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále jen Nařízení Brusel Ibis).

¹² Dohoda mezi Evropským společenstvím a Dánským královstvím o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech ze dne 16. 11. 2005.

¹³ Úmluva o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech ze dne 30. října 2007 (dále jen Luganská úmluva II).

¹⁴ Tyto úpravy zpravidla obsahují jen uvedení možnosti respektovat příslušnost založenou na písemné prorogační dohodě, další vazby a znaky neuvádějí.

¹⁵ SCHULZ, A. – MURÍA TUNON, A. – VILLANUEVA MEZA, R. The American Instruments on Private International Law. A Paper on their Relation to a Future Hague Convention on Exclusive Choice of Court Agreements. Prel. Doc. No 31. June 2005, [cit. 2021-10-10]. Dostupné z: <<https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4/?pid=3518>>.

¹⁶ V české literatuře zejména: BŘÍZA, P. *Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě*. Praha: C. H. Beck, 2012; BŘÍZA, P. Choice-of-Court Agreements: Could the Hague Choice of Court Agreements Convention and the Reform of the Brussels I Regulation be the Way out of the Gasser–Owusu Disillusion? *Journal of Private International Law*. 2009, Vol. 5, Iss. 3, s. 537–563; BĚLOHLÁVEK, A. J. Procesní smlouvy a kvalifikace rozhodčích a prorogačních smluv: aplikace hmotně právní úpravy na smlouvy s procesním účinkem pro futuro. *Právník*. 2012, Vol. 151, č. 9, s. 972–1001; HRNČÍŘÍKOVÁ, M. – HALLA, S. – MALACKA, M. – RYŠAVÝ, L. *Mediační, prorogační a rozhodčí doložky o řešení sporů*. Praha: Leges, 2019; MALACHTA, R. Prorogace soudu a asymetrické doložky v 21. století. In: KORONCZIOVÁ, A. – HLINKA, T. *Mílníky práva v stredoerópskom priestore 2019*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, 2019, s. 75–84; ZABLOUDILOVÁ, K. Choice of Court Agreements after Brexit. In: ROZEHNALOVÁ, N. *Universal, Regional, National – Ways of the Development of Private International Law in 21st Century*. Brno: Masaryk University, 2020, s. 266–314; ROZEHNALOVÁ, N. – MAHDALOVÁ, S. – ZAVADILOVÁ, L. Czech Republic: The Treatment of Optional and Exclusive Choice of Court Agreements. In: KEYES, M. General Report. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*. Heidelberg: Springer International, 2020, s. 169–196.

Výsledky analýzy napomohou zodpovědět otázku možného přínosu úmluvy k jednotnému uchopení prorogační dohody a identifikovat rizika různosti výsledku při aplikaci unifikované úpravy.

1. Úmluva o dohodách o volbě soudu

Shrňme si základní data – aktuálně 8 signatářů s aplikací pro území 32 smluvních států (velkou část tvoří, vzhledem k tomu, že signatářem je i EU, členské státy EU¹⁷); přijetí na 20. zasedání Haagské konference mezinárodního práva soukromého 30. června 2005; užívaní mezi smluvními státy od 1. října 2015.

Historie prací na projektu je dlouhá. Intelektuální počátky úmluvy jsou svázány se jménem Artura T. von Mehrena, profesora Harvardské university a velkého podporovatele uzavření dohody o uznání a výkonu rozhodnutí, která by vážala USA především s evropskými státy. Jako inspirace byla diskutována Bruselská úmluva o příslušnosti a uznání a prohlášení vykonatelnosti soudních rozhodnutí z roku 1968 (dále jen Bruselská úmluva). Ta poprvé reálně ovlivnila mezi skupinou států řešení dvou základních problémů mezinárodního procesního práva včetně jejich propojení: příslušnosti soudů smluvních států ve vazbě na uznání a výkon soudního rozhodnutí ve smluvním státě.¹⁸ Diskutovány byly koncepty obdobné Bruselské úmluvě nebo koncept tzv. smíšené úmluvy (*convention mixta*¹⁹). Anebo nakonec, což je případ Úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodnutí z roku 2019, ponechání regulace příslušnosti na jiných předpisech a úprava pouze fáze procesu uznání a výkonu jako kompromisu mezi anglosaským přístupem k určování příslušnosti a přístupem kontinentálním.

Samotný projekt unifikace příslušnosti a uznání a výkonu ve věcech civilních byl zahájen v roce 1994 na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého.

¹⁷ Vzhledem k tomu, že převážnou část tvoří členské státy EU, mezi nimiž by neměla být, vzhledem k článku 26 odst. 6 úmluva používána, má praktický význam jen k ostatním smluvním státům. K datu sepsání článku to je Mexiko, Singapur, Černá Hora, Spojené království Velké Británie a Irska a Dánsko (které se neúčastní na evropském justičním prostoru, nicméně směrem k EU je vázáno Dohodou mezi Evropským společenstvím a Dánským královstvím o příslušnosti a uznání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech z 16. 11. 2005). Delší dobu se očekává ratifikace Číny a USA. To by úmluvu posunulo směrem k nejvýznamnějším aktům v procesní oblasti.

¹⁸ Von MEHREN, A. The Case for a Convention-mixte Approach to Jurisdiction to Adjudicate and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1997, Vol. 61, Nr. 1, s. 87–88, s. 86–92. Von MEHREN, A. T. Drafting a Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments Acceptable World-Wide: Can the Hague Conference Project Succeed? *American Journal of Comparative Law*. 2021, Vol. 49, No. 2, s. 191–202.

¹⁹ Tzv. smíšené úmluvy navrhoval původně von Mehren jako situaci, kdy by pro příslušnost byla uvedena kritéria tří kategorií: seznam schválených kritérií, seznam zakázaných kritérií a šedou zónu. Soud, který má příslušnost dle schváleného kritéria, může spor projednat a rozhodnutí bude v ostatních smluvních státech uznáno a vykonáno dle úmluvy. Pokud jde o zakázaná kritéria, nemůže soud na jejich základě vůbec příslušnost založit. V případě kritérií šedé zóny není vyloučeno příslušnost založit, nicméně uznání a výkon nemohou být realizovány dle úmluvy. HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M. *The Explanatory Report on the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*. Haagská konference mezinárodního práva soukromého, 2013, s. 18. [cit. 2021-15-09]. Dostupné z: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3959&dtid=3>>. Dále uváděno jen: Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M. K otázce přístupů ke smíšeným smlouvám, kdy není navrhován výčet kritérií jako vyčerpávající, BRAND, R. A. The 1999 The Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction on Judgments: The View of the United States. In: POCAR, F. – HONORATI, C. (eds). *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*. Proceedings of the round table held at Milan University on 15 Novembre 2003. Padova: Cedam, 2005, s. 5–6. K různým konceptům mezinárodních úmluv v oblasti procesní obecně MICHAELS, R. Some fundamental jurisdictional conceptions as applied in judgment conventions. In: GOTTSCHALK, E. – MICHAELS, R. – RÜHL, G. – HEIN, J. *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 29–62.

V průběhu prací došlo k několika zpřesněním a k zásadnímu zúžení předmětu unifikace.²⁰ Výsledným počinem je sice vznik tzv. *double convention* jako úmluvy upravující na jedné straně založení příslušnosti soudu smluvního státu, na straně druhé podmínky a uznání vydaného rozhodnutí tohoto soudu v jiném smluvním státě, nicméně vázané a omezené na jediný případ založení příslušnosti soudu – prorogaci soudu.

Vzorem, ke kterému se úmluva hlásí, je Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.²¹ Ta upravuje rozhodčí smlouvy a uznání cizích rozhodčích nálezů. Stanoví výslovnou povinnost státu zajistit „vykonatelnost“ nejen rozhodčího nálezu, ale i rozhodčí smlouvy tím, že obecné soudy smluvního státu budou respektovat pravomoc rozhodčích soudů.²² V tomto směru jsou si úmluvy podobné. Nicméně rozdílné je uchopení vazeb k mezinárodním smlouvám a vnitrostátnímu právu, a zejména je rozdílný koncept přístupu k autonomii vůle. Ten se projevuje jak v „zacházení se samotnou úmluvou“, tak v konceptu uplatnění námitek vůči konečnému uznávanému rozhodnutí. Diskuse, které se objevily na různých fórech, poukazují na rozdíly a případně dokonce i „vady“ nové úmluvy oproti Newyorské úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.²³

Čtyři zjednodušená pravidla umožní uchopit obsah Úmluvy o dohodách o volbě soudu. Konkrétně:

- a) Soud určený na základě platné prorogační dohody je povinen vést řízení (čl. 5, zejména potom jeho odstavce 1 a 2).
- b) Tzv. nepřislušný soud (smluvního státu) je povinen řízení přerušit či zastavit s výjimkou případů výslovně uvedených v úmluvě (čl. 6).
- c) Uznáno a vykonáno v režimu Úmluvy o dohodách o výběru soudu může být pouze rozhodnutí, které bylo vydáno soudem smluvního státu, který má příslušnost založenu na prorogační dohodě odpovídající požadavkům této úmluvy (čl. 8).
- d) Takovéto rozhodnutí musí být vykonáno, pokud nenastaly situace v úmluvě upravené. Samotné odepření uznání a výkonu je postaveno jen na důvodech taxativně uvedených v úmluvě (čl. 9).

Výše uvedené oblasti (*dohodnutá příslušnost soudu, pozice a povinnosti nepřislušného soudu a uznání a výkon soudního rozhodnutí*) tvoří jádro námi sledované úmluvy.

Dříve než budeme analyzovat vazbu prorogační dohody k dalším otázkám, je nutné si vyjasnit samotnou pozici úmluvy. Ta vstoupila do prostředí existence dalších předpisů – vnitrostátních i nadstátních. Přehledné aplikační schéma, řešící případné kolize, je nutnou podmínkou jejího používání.

²⁰ Materiály z konference ukazují od roku 2002 postupné gradování myšlenky na zúžení předmětu prací na jeden z případů založení příslušnosti – na dohodu o volbě soudu, [cit. 2021-12-15]. Dostupné z: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=35&cid=98>>.

²¹ Vyhl. č.79/1959 Sb., Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. K počtu smluvních stran viz depozitář UNCITRAL. [cit. 2022-01-12]. Dostupné z: <<https://www.uncitral.org>>. V české literatuře zejména: MIČINSKÝ, L. – OLÍK, M. *Dohovor o uznání a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí. Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. New York, 1958. Komentár/Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2016.

²² V ČR byl závazek proveden ustanovením § 106 o. s. ř.

²³ Viz zejména diskusi, kterou rozpoutal G. Born na stránkách *arbitrationblog*, kde silně kritizuje úmluvu oproti režimu Newyorské úmluvy, [cit. 2022-01-15]. Dostupné z: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/category/hague-convention-on-choice-of-court-agreements/>>. Dále kritika úmluvy a srovnání s Newyorskou úmluvou: BORN, G. *The Hague Convention on Choice of Court Agreements: A Critical Assesment. University of Pennsylvania Law Review*. 2021, Vol. 169, s. 2079–2126.

Vůbec prvou otázkou je, kdy jsou existující předpisy v kolizi a je nutné aktivovat pravidla obsahující její řešení,²⁴ zejména potom článek 26 úmluvy. V první řadě jsou aktivována pouze a jenom tehdy, kdy je stát vázán oběma kolidujícími předpisy.²⁵ O možné kolizi rozhoduje více faktorů: věcná působnost, působnost teritoriální a částečně také působnost personální a časová. Naposledy uvedená bývá jinak uchopena u uzavření prorogační dohody a zahájení nalézacího řízení, jinak potom u řízení uznávacího a vykonávacího. To je i případ námi sledované úmluvy (čl. 16). Úmluva o dohodách o volbě soudu uvádí dále speciální podmínku pro nastavení existence kolize – „neslučitelnost“ dotčených předpisů, a to ve smyslu rozdílného aplikačního výsledku. Současně cílí výslovně i na odstranitelnost zdánlivé neslučitelnosti pomocí výkladu (čl. 26 odst. 1).²⁶ Výsledkem potom je následující závěr: jsou-li oba nástroje slučitelné, anebo lze neslučitelnost výkladem odstranit, mohou soudy smluvních států aplikovat oba předpisy.²⁷ V opačném případě jsou aktivovány níže uvedené předpisy či ustanovení článku 26 úmluvy.

Aktuálně nejzajímavějším střetem regionální a univerzální úpravy je kolize Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu s Nařízením Brusel Ibis. A to vzhledem ke struktuře a počtu států smluvních států úmluvy, kde právě státy EU tvoří většinu. Střety při zohlednění působnosti obou předpisů mohou být ve všech upravovaných segmentech: určení příslušnosti dohodou stran, souběžných řízení i uznání a výkonu soudního rozhodnutí.²⁸

Východiskem řešení střetu neslučitelných předpisů je článek 26 odst. 6. Důvodová zpráva přináší popis řady situací. Ty se váží k Nařízení Brusel I a jsou tudíž u některých příkladů matoucí pro Nařízení Brusel Ibis. Toto nařízení totiž, na rozdíl od svého předchůdce, změnilo některé parametry personálního dosahu u prorogační smlouvy a zpřesnilo úpravu paralelních řízení.²⁹ Základní vazbu pro založení příslušnosti lze určit následovně:

- a) Vnitro unijní spory s prorogací soudů EU. Uplatní se vnitro unijní úprava, tedy Nařízení Brusel Ibis, a to pro určení příslušnosti v rámci členských států EU i pro další zasažené otázky.³⁰ Pravidlo se jeví zřetelné jak z textu samého, tak i komentářů.³¹

²⁴ Základním východiskem řešení kolizí mezinárodních smluv je Vídeňská úmluva o smluvním právu – vyhl. ministra zahraničních věcí č. 15/1988 Sb., o Vídeňské úmluvě o smluvním právu.

²⁵ Diskuse k problematice uchopení úmluvy v prostředí jiných nástrojů pohledem mezinárodního práva veřejného je obsažena v: SCHULZ, A. The Relationship between the Judgments Project and Other Instruments. Prel. Doc. No 24 décembre/December 2003, [cit. 2022-01-01]. Dostupné: <<https://assets.hcch.net/docs/70906466-8541-4b08-b447-5c4dd100db3b.pdf>>.

²⁶ Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 54.

²⁷ Pro ČR se bude jednat o neslučitelnost ve vazbě na Bruselské nástroje a na Luganskou úmluvu II.

²⁸ Důvodová zpráva výslovně akcentuje možnou neslučitelnost co do výsledku u litispence a u pojištění. Vzhledem k výhradě EU při podpisu je problematika pojištění z větší části eliminována. Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 58.

²⁹ HEINZEL, CH. – STEINROTTE, B. The Revised Lis Pendens Rules in the Brussels Ibis Regulation. In: LAZIC, V. – STUIJ, S. (eds). *Brussels Ibis Regulation. Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*. Cham: Springer Verlag, 2017; WILKE, F. M. The impact of the Brussels I Recast on important “Brussels” case law. *Journal of Private International Law*. 2015, Vol. 11, Nr. 1, s. 128–141; TICHÝ, L. Problematika litispence a jejích následků v nařízení Brusel I bis i ve vztahu k třetím státům. *Právník*. 2019, roč. 158, č. 11, s. 1010–1030. Dopady na Spojené království: MUKARRUM, A. *The Nature and Enforcement of Choice of Court Agreements: A Comparative Study*. Oxford: Hart Publishing, 2017, s. 246 an.

³⁰ Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 58.

³¹ MAGNUS, U. In: MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *ECPII. Commentary. Vol. 1. Brussels Ibis Regulation*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, s. 595. Dále pokud se jedná o litispenci, kde je rozdíl mezi uchopením pravidel viz s. 754; WAGNER, R. Das Haager Übereinkommen vom 30. 6. 2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2009, Bd. 73, Hf. 1, s. 136–138.

- b) Situace, kdy není naplněna vázanost států oběma předpisy. Jedná se o situace, kdy je uzavřena prorogační dohoda mezi osobami, které mají bydliště vně EU, nikoli však ve smluvním státě úmluvy, a je zvoleno sudiště v EU.³² Právní důvod pro aplikaci Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu neexistuje. Podobné je to i v případech, kdy by jedna z osob měla bydliště v rámci EU, druhá mimo EU, avšak nikoli ve smluvním státě. Stejně platí i pro souběžná řízení a uznání a výkon rozhodnutí – není naplněna vázanost oběma předpisy.
- c) Aplikační prostor je viděn v případech, kdy strany mají bydliště vně EU ve státech, které jsou smluvními stranami Úmluvy o dohodách o volbě soudu (nebo alespoň jedna z nich) a volí soud členského státu EU. Teprve zde dochází k možné kolizi obou předpisů tam, kde jsou neslučitelné. Důvodová zpráva se přiklání v tomto případě k aplikaci úmluvy, komentáře k nařízení ji také uvádějí.³³

Při zohlednění pravidel pro řešení kolizí je nutné ovšem znovu opakovat to, co zaznělo v úvodní části: východiskem pro aktivaci článku 26 odst. 6 je neslučitelnost obou předpisů. A současně i to, co zaznělo jako důležitá informace při přijímání Nařízení Brusel Ibis: důraz na koordinaci Nařízení Brusel Ibis s Úmluvou o dohodách o volbě soudů.³⁴ Podobné se objevuje i v literatuře u uvedení možných kolizí.³⁵

Další pravidla článku 26 odst. 2 až 5³⁶ jsou určena pro případy kolize mezinárodních úmluv.

Prvé pravidlo, obsažené v odstavci dva, pracuje s pravidlem přednosti tam, kdy žádná ze stran nemá bydliště na území smluvního státu Úmluvy o dohodách o volbě soudu. V takovém případě se uplatní ona jiná mezinárodní smlouva.

Druhé pravidlo aplikační přednosti neslučitelné mezinárodní smlouvy vůči úmluvě se uplatňuje v případě neslučitelnosti s povinnostmi vůči nesmluvnímu státu. Uplatňuje se u neslučitelných „předchozích“ mezinárodních smluv. Onen termín „předchozí“ se váže k uzavření této úmluvy, nikoli k jejímu vstupu v platnost. Naopak pokud jde o vazbu k úmluvě, platí zde vstup v platnost pro dotýčný stát. Toto pravidlo dopadá i na případy revizí či doplňků mezinárodních smluv, které by mohly vyvolat neslučitelnost. V případě, na který dopadá toto ustanovení, je přednostně aplikována ona neslučitelná mezinárodní smlouva.

³² Oproti Nařízení Brusel I tuto variantu umožňuje Nařízení Brusel Ibis (viz čl. 6 odst. 1). Tím je omezena aplikace vnitrostátních předpisů.

³³ Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 57–60. MAGNUS, U. In: MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *ECPL. Commentary. Vol. 1. Brussels Ibis Regulation*, s. 595–596.

³⁴ Commission staff working paper. Impact assessment. Accompanying document to the Proposal for Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), SEC(2010) 1548 final, 14 December 2010, s. 7.

³⁵ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) COM (2010) 748 final, 9, sub 3.1.3. WELLER, M. Choice of court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention: coherences and clashes. *Journal of Private International Law*. 2017, Vol. 13, Iss. 1, s. 93; MAGNUS, U. In: MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *ECPL. Commentary. Vol. 1. Brussels Ibis Regulation*, s. 596, s. 768; MANKOWSKI, P. In: MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *ECPL. Commentary. Vol. 1. Brussels Ibis Regulation*, s. 1054–1055. VÁLKOVÁ, L. *Choice of Court Agreements in Commercial, Family and Succession matters*. PhD Thesis. Università Degli Studi di Milano, 2017–2018, s. 229.

³⁶ Hague Conference on Private International Law, The Future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration, Prelim. Doc. 32 (June 2005), [cit. 2021-10-11]. Dostupné z: <http://www.hcch.net/upload/wop/j_dgm-pd32e.pdf>; ADLER, H. M. – ZARYCHTA, C. M. The Hague Convention on Choice of Court Agreements: The United States Joins the Judgment Enforcement Band. *Northwestern Journal of International Law & Business*. 2006–2007, Vol. 27, s. 35.

Třetí pravidlo přednosti se váže k uznání a výkonu a k případům, kdy jsou smluvní státy účastny na obou úmluvách. V takovém případě se umožňuje využití i jiné mezinárodní úmluvy, pokud by zajišťovala uznání a výkon účinněji nebo ve větším rozsahu.

Poslední z pravidel v podstatě vyjadřuje zásadu speciality. Pokud je uzavřena státy nová mezinárodní smlouva, která upravuje jen určitou konkrétní otázku, může mít přednost před úmluvou tam, kde jsou stranami všechny smluvní státy úmluvy.

Otázkou, kterou není možné opomenout, je vazba na vnitrostátní úpravu. I když se Haagská úmluva hlásila jako ke svému vzoru k Newyorské úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, přistoupila k otázce vazeb k jiným mezinárodním smlouvám a k vnitrostátním předpisům jinak. Výslovná úprava svěřující řešení kolize předpisů vůli a zájmům stran tak, jak je tomu v článku VII odst. 2 Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, chybí.³⁷

Pokud jde tedy o vnitrostátní úpravu, má Haagská úmluva o dohodách o volbě soudu aplikační přednost bez možnosti dané straně zvolit „postup“ tak, jak to činí Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.

2. Prorogační dohoda v mezinárodním prostředí

2.1 Obecně k prorogační dohodě

Prorogační dohody nepatří k institutům, které by byly na vnitrostátní úrovni masivně využívány, alespoň pokud jde o Českou republiku. To na rozdíl od rozhodčích smluv, jejichž frekvence je řádově vyšší. Nicméně na mezinárodní úrovni, včetně unijní, je situace jiná.³⁸ Důvodem jsou jak samotné výhody znalosti fóra, tak i ona skutečnost, že pro řešení sporů určité kategorie bývá preferováno mezinárodní komunitou konkrétní fórum a jeho právní řád.³⁹ Výhody, které sjednání prorogačních dohod přináší, jsou nepřehlédnutelné. Zejména tam, kde je na nadstátní úrovni uchopena i otázka vykonatelnosti prorogační dohody (ve smyslu jejího respektování jinými soudy) a uznání a výkon vydaného rozhodnutí. Což je případ jak např. Nařízení Brusel Ibis, tak i námi sledované Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu. Vedle předvídatelnosti v určení budoucího sudiště, což samo o sobě má přidanou hodnotu, to je při spojení s doložkou o volbě práva lokalizace sporu, jak pokud jde o stránku procesní, tak pokud jde o rozhodné právo. Tam, kde doložka o volbě práva sjednána nebyla, lokalizace sudiště umožňuje lepší odhad určení rozhodného práva a dopadu imperativních norem. Strany si, vnímají-li tuto otázku, mohou předem vyhodnotit výhody příznivého procesního prostředí pro nalézací řízení, a naopak zvážít

³⁷ ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 3. aktualizované vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 118–120; MIČINSKÝ, L. – OLÍK, M. *Dohovor o uznání a výkonu cudzích rozhodcovských rozhodnutí. Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů. New York, 1958. Komentár/Komentář*. 2016, s. 348–353.

³⁸ Zdroj: Commission, Staff Working Paper, Impact Assessment, SEC (2010) 1547 final, 2.3.1.3, p 30 COM(2010) 748 final] {SEC(2010) 1548 final}, s. 29–30. K nárůstu prorogačních dohod KEYES, M. General Report. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*. 2020, s. 3; GOTTFWALD, P. International choice of courts agreements. *Peking University Law Journal*. 2020, Vol. 8, No. 1, s. 43–44.

³⁹ To je tradičně pozice Spojeného království v řadě oblastí od finančního sektoru až po komoditní dohody. ESPAR, O. – CASPELL, J. Choice of law and jurisdiction in banking and finance contracts after Brexit: a perspective from Europe. *Law and Financial Markets Review*. 2020, Vol. 14, No. 2, s. 121–127; GARVEY, S. Brexit and dispute resolution clauses: the options for finance parties. *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*. 2021, Vol. 36, No. 1, s. 109–113.

svou pozici v řízení exekučním. Právní jistota, kterou může prorogační dohoda při správném legislativním a následně kontraktačním ošetření přinést, je základním pozitivem těchto dohod.⁴⁰

V obecné rovině jsou spíše zdůrazňovány výhody sjednání prorogačních dohod – právní jistota, předvídatelnost, efektivita s přínosem zejména pro fázi zahájení řízení, redukce rizik kolizí jurisdikcí. Nicméně praxe disponuje řadou variant prorogačních dohod, a ne o všech nutně platí uvedené, respektive účinky dohod v jednotlivých variantách nemusí přinášet ony výhody, se kterými je obecně prorogační dohoda spojována. A to vzhledem k rozdílným právním konceptům, které mají vliv i na platnost dohod. Například alternativní prorogační dohody (*non-unique*) či jednostranné, asymetrické dohody mohou tyto výhody spíše narušit, než k nim přispět.⁴¹ Ostatně právě na unijní úrovni se ukázaly problémy uchopení různých konceptů prorogačních dohod.⁴²

Institut prorogačních smluv je institutem s výstavbovými prvky jednak z oblasti práva smluvního s dominancí konsensu stran, jednak z oblasti práva procesního s dominancí určení a posunu příslušnosti. To vytváří, při existenci mezinárodního (přeshraničního) prvku, jedinečnou konstrukci s jedinečnou aplikací práva ze dvou oblastí – procesní a hmotné. Konstrukce má vliv i na právní hodnocení prorogační smlouvy a následnou aplikaci práva.⁴³

Prorogační dohody se sestávají z:⁴⁴

- a) *prvků smluvních*, obsahujících mezinárodní prvek. Jde o vnitřní a vnější podmínky platnosti dohod spolu s otázkou konsensu, interpretace dohody, způsobilosti stran k uzavření dohody atd. Na tyto prvky, nejsou-li upraveny v aplikovaném předpise přímo, se uplatňuje metoda kolizní a určení práva na základě kolizních norem (tam, kde je využívána), nebo je využito jiné národní metody k určení rozhodného práva. Akcent na tyto prvky přiřazuje dohodu k institutům smluvního práva.
- b) *prvků procesních*, které i když obsahují mezinárodní prvek, jsou umístěny teritoriálně, nepodléhají řešení koliznímu. Ty se zobrazují především v předmětu prorogační dohody – založení příslušnosti soudu. Vazba na právo fóra je zde zásadní. To rozhoduje

⁴⁰ V české literatuře: BŘÍZA, P. Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě, s. 1–17; ROZEHNALOVÁ, N. – DRLIČKOVÁ, K. – KYSELOVSKÁ, T. – VALDHANS, J. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 241–242.

⁴¹ KEYES, M. – MARSHALL, B. A. Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical. *Journal of Private International Law*. 2015, Vol. 11, No. 3, s. 346–347 (včetně závěrečné argumentace).

⁴² Pozornost v tomto směru přitáhl právě rezort finanční, kde byly tradičně využívány jednostranné asymetrické dohody. Jde o sérii případů přijímaných anglickými soudy, a naopak odmítaných soudy francouzskými. Diskutovány byly, a nově po Brexitu jsou, případy řešené u francouzského Kasačního soudu: *Madame X v. Banque Privée Edmond de Rothschild Europe*, Cass. Civ. (1ère) v září 2012; MUKARRUM, A. The Legal Regulation and Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements in the European Union. *European Business Law Review*. 2017, Vol. 28, Iss. 3, s. 403–425. VREELING, N. Party Autonomy in the Brussels I Recast Regulation and Asymmetric Jurisdiction Clauses. *ELTE Law Journal*. 2019, No. 2, s. 4 an.

⁴³ Zásadní příspěvek v české doktríně, kromě již jmenovaných prací P. Břízy, a to včetně analýzy dopadu různých oblastí práva: BĚLOHLÁVEK, A. J. Procesní smlouvy a kvalifikace rozhodčích a prorogačních smluv: aplikace hmotné právní úpravy na smlouvy s procesním účinkem pro futuro. *Právník*. 2012, Vol. 151, č. 9, s. 972–1001. Ve starší literatuře: KUČERA, Z. – TICHÝ, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 223. Zde hovoří o smlouvě s procesními účinky. Na rozdíl od jiných smluv nepřipouští volbu práva.

⁴⁴ ROZEHNALOVÁ, N. – DRLIČKOVÁ, K. – KYSELOVSKÁ, T. – VALDHANS, J. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie*, s. 241–242.

o přípustnosti dohody a založení příslušnosti soudu vůlí stran, o povinnostech soudu, který byl derogován, a o limitech dohody. Akcent na tyto prvky přiřazuje dohodu k institutům procesního práva, respektive podřizuje dohodu výlučně právu fóra.

Základním přímým pozitivním účinkem platné prorogační dohody je založení příslušnosti konkrétního soudu, respektive soudů určitého státu. Základním negativním účinkem by měla být derogace příslušnosti soudů určených jinak než dohodou, v prostředí kontinentálního práva upravenou zpravidla právním předpisem platným ve státě sídla tohoto soudu. Jejich povinností je potom tam, kde existuje platná dohoda, nekonat řízení. Cílem je zabránit souběžným řízením a vydání konkurenčních rozhodnutí. Zatímco ve vnitrostátním prostředí jsou tyto otázky pravidelně ošetřeny, v mezinárodním prostředí zůstává určitý prostor neošetřen či neošetřen řádně. Střetávají se zde různé koncepty prorogačních dohod (viz dále mimo jiné výlučná a nevýlučná dohoda). I když je základní situace řešena např. v oblasti kontinentálního práva úpravou *litispence* či v oblasti *common law* na principech *forum conveniencie* a *antisuit injunction*,⁴⁵ nemusí být obecná úprava dostačující pro pozici prorogačních dohod. Úprava speciální pozice prorogační dohody vůči příslušnostem upraveným předpisem se ukazuje zejména pro mezinárodní prostředí nutností. Ostatně jako příklad lze uvést Nařízení Brusel Ibis v člancích 29–34, kde problémy a diskuse spojené s konkurencí prorogační dohody a předpisem upravenou příslušností vyústily v novou úpravu účinnou od roku 2015. Námi sledovaná Úmluva o dohodách o volbě soudu řeší tuto otázku a obsahuje ustanovení o povinnostech nezvolených soudů v článku 6.

Spíše akademickou otázkou je samostatná existence derogačních dohod typu: „*Spory z této smlouvy nebudou řešeny českými soudy*“. Přímá úprava samostatných derogačních dohod neexistuje v žádné z mezinárodních úprav. Tyto dohody mají, respektive by měly mít pouze negativní účinky. Při akcentu na princip autonomie vůle stran se jeví, že nic nebrání tomu, aby tato dohoda byla platná. Jinou otázkou jsou situace, kdy by derogační dohoda vylučovala jedinou z možných příslušností. Potom je třeba uvažovat v intencích porušení práva na soudní ochranu či v závislosti na konkrétních okolnostech i zneužití postavení jedné ze stran dohody. Celkově lze říci, že situace u negativních dohod je nejistá. V praxi se vyskytují spíše ojediněle.

Některé právní úpravy rozlišují mezi zacházením s prorogačními dohodami ve prospěch soudů fóra a ve prospěch zahraničních soudů. Ostatně to byla i situace v české úpravě v zák. mez. pr. soukr. z roku 1963 v § 37 odst. 3.⁴⁶ Komparativní literatura uvádí čínskou úpravu a v určitém směru, vzhledem ke specifickému uchopení konceptu *forum non conveniens*, i úpravu australskou, jako příklady rozdílného zacházení.⁴⁷

⁴⁵ K jednotlivým uvedeným institutům: BRAND, R. A. – JABLONSKI, S. R. *Forum non conveniens: history, global practice, and future under the Hague convention on choice of court agreements*. New York: Oxford University Press, 2007; RAPHAEL, T. *The Anti-Suit Injunction*. Oxford: Oxford University Press, 2008. V české literatuře GRODL, L. *Forum Non Conveniens doctrine – post Brexit applicability in transnational litigation*. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2022, roč. 30, č. 2, s. 285–303; GRODL, L. *England to Become the Prime Jurisdiction for International Commercial Disputes – Anti-Suit Injunction as a Tool for Assurance*. *The Lawyer Quarterly*. 2021, Vol. 11, No. 2, s. 360–380.

⁴⁶ KUČERA, Z. – TICHÝ, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*, s. 223–225, s akcentem na to, že prorogaci ve prospěch zahraničního soudu může učinit pouze „československá organizace“ – v následné terminologii „česká právnická osoba“.

⁴⁷ KEYES, M. General Report. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, s. 26 (a následně národní zprávy).

2.2 Druhy prorogačních dohod

Prorogační dohody, užívané jak mezi podnikateli, tak i ve spotřebitelských obchodech či mezi nepodnikateli, mají různé podoby.⁴⁸ Ty jsou důsledkem zákonem dovolené konstrukce, respektive z jiného pohledu jejich formulace stranami a/nebo dovolenosti či účinků daných rozhodnou právní úpravou. Pokud jsou dotčené státy vázány nadnárodní úpravou, jak účinky pozitivní a negativní, tak i následné uznání a výkon vydaného rozhodnutí mohou být tímto předpisem samým upraveny, což je případ Nařízení Brusel Ibis (a jeho předchozích verzí), Luganské úmluvy II či Úmluvy o dohodách o volbě soudu. Vyladění celého systému je jednodušší oproti případům, kdy jsou jednotlivé fáze upraveny různými předpisy.

Složitější situace, a to u všech dotčených otázek, může nastat tam, kde se pohybujeme na úrovni národního práva a kdy minimálně založení příslušnosti soudu a povinnosti nepřislušných soudů spadají pod různé právní řády. K tomu přistupuje i rozdílné zacházení s rozhodným právem upravujícím prorogační smlouvu. Setkáme se jak s aplikací práva fóra, tak nejsou vyloučeny při kvalifikaci prorogační smlouvy jako institutu smluvního práva ani aplikace jiného práva než práva fóra, zpravidla práva zvoleného stranami či i *lex causae* hlavní smlouvy.⁴⁹

V praxi se setkáváme s řadou typů prorogačních dohod. Díky Nařízením Brusel Ibis (a jeho předchozím verzím) se i do prostředí českého práva dostává dělení prorogačních dohod na výlučné (v literatuře označované jako „*exclusive*“) a nevýlučné (*non-exclusive, optional, permissive forum selection clauses, imperfect choice of court, NEJ clauses*).⁵⁰ Kritériem pro rozlišení jsou účinky dohody. Oba typy mají stejné pozitivní účinky, tedy založení příslušnosti soudu. Liší se účinky negativními, tedy povinnostmi jiných oslovených soudů.

Výlučnost⁵¹ je obecně v mezinárodním právu procesním míněna situace, kdy je příslušnost dána jen určenému soudu či soudům, jiné soudy jsou povinny se zdržet projednání věci. Tento typ prorogačních dohod má jak pozitivní, tak i negativní účinky. Výlučnost prorogační dohody se opírá o právní řád, a/nebo o vůli stran. Existuje více možností legislativního uchopení tohoto typu dohod: právní řád může stanovit dohodu výslovně jako výlučnou bez dispozice stran; může stanovit domněnku výlučnosti, a tím naopak dispozici umožnit. Je také možné, že tato otázka, což je ostatně situace vnitrostátního českého práva⁵² (případně i jiných států⁵³), není řešena a prorogační dohoda je závazná,

⁴⁸ KEYES, M. – MARSHALL, B. A. Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical. *Journal of Private International Law*. 2015, Vol. 11, No. 3, s. 345–377; MARSHALL, B. A. Imbalanced Jurisdiction Clauses under the Lugano Convention. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2016, Vol. 24, No. 2, s. 515–527; MUKARRUM, A. The Legal Regulation and Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements in the European Union. *European Business Law Review*. 2017, Vol. 28, Iss. 3, s. 403–425. Analýza a doporučené formulace z pohledu anglických soudů: BRIGGS, A. *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s.158–178.

⁴⁹ KEYES, M. General Report. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, s. 12, s odkazem na země *common law* a kvalifikaci dohody jako institutu smluvní povahy. MERRETT, L. – CARRUTHERS, J. United Kingdom: Giving Effect to Optional Choice of Court Agreements—Interpretation, Operation and Enforcement. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, s. 449–451.

⁵⁰ KEYES, M. General Report. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, s. 9.

⁵¹ Výlučnost vázanou na prorogační dohody je nutné odlišovat od výlučnosti stanovené předpisem bez toho, že by strany mohly uzavřít dohodu. To je případ výlučnosti dle čl. 24 Nařízení Brusel Ibis nebo § 39 odst. 1 z. mez. pr. soukr. z roku 2012. Zde žádná možnost stran v rámci autonomie vůle ovlivnit určení soudu dohodou neexistuje.

⁵² Ustanovení § 86 odst. 2 z. mez. pr. soukr. z roku 2012.

⁵³ KEYES, M. General Report. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, s. 8–10. Dále viz ROZEHNALOVÁ, N. – MAHDALOVÁ, S. – ZAVADILOVÁ, L. The Treatment of Optional and Exclusive Choice of

je-li platně uzavřena, jak pro strany, tak pro soudy jiné (zde samozřejmě jen ve vnitrostátním kontextu, u zahraničních soudů závisí na sdíleném konceptu, zda budou či nebudou zohledňovat sudiště uvedené na základě dohody) a určuje sudiště. Bez ohledu na akcent na doktrínu a členění má ve svém důsledku stejný dopad.

Termínem nevýlučné prorogační dohody jsou označeny dohody, dle nichž prorogovaný soud či soudy nejsou jediné a výlučné, které by mohly o sporu rozhodovat. Je-li tak zahájeno řízení i před soudem jiným, než je ten, který byl uveden v dohodě, lze v řízení bez následků, např. odepření uznání a výkonu, pokračovat.

Výlučnost, respektive nevýlučnost dohod je v prvé řadě, byť se umožňuje dispozice stran, otázkou procesní. Je to právní řád v místě sídla prorogovaného soudu, který rozhoduje o základním přípustném konceptu (má pozitivně nastavenou pravomoc rozhodovat o pravomoci). Nicméně stejně významná může být vůle stran a její interpretace, obsažená ve znění doložky. To je naopak součástí konstrukce prorogační dohody a řídí se právní úpravou rozhodnou pro interpretaci vůle stran. Zřetelnost vůle stran a vnímání i konceptu právního řádu je tak zásadní pro cíl, který má prorogace naplnit – jednoduché a předvídatelné určení fóra. Z tohoto pohledu jsou jasné tam, kde právní řád stanoví pro účinky prorogačních dohod výlučnou povahu (nebo alespoň domněnku o výlučnosti), ustanovení: „*Veškeré spory z této smlouvy budou řešeny u českých soudů.*“ Naopak tam, kde je možné zvolit, jaké účinky dohoda bude mít, je třeba v ní samé výslovně uvést: „*Veškeré spory z této smlouvy budou výlučně řešeny u českých soudů.*“

Vedle základního uchopení výlučnosti a nevýlučnosti prorogační dohody se objevují v praxi další varianty dohod, které mohou být kombinovány s představami o výlučnosti či nevýlučnosti, nebo jsou z pohledu konkrétní úpravy takto hodnoceny. V prvé řadě to jsou alternativní prorogační dohody. Alternativní dohodou je míněna dohoda, která zakládá příslušnost vícera soudů různých států.⁵⁴ Založení pravomoci/příslušnosti soudu tak není jedinečné (*unique*). Může znít: „*Bude-li návrh na zahájení řízení podávat strana A, jsou příslušné soudy v A, pokud strana B, potom jsou příslušné soudy v B.*“ Z pohledu cílů, kterých chceme prorogací dosáhnout, nelze mít námitky proti znění. Právní jistota je zde do jisté míry zachována. To se týká i ekonomického uchopení procesu rozhodování. Na konkrétní úpravě však závisí možný argument neurčitosti vůle stran, byť se k němu osobně nepřikláníme. Znění doložky nepřekračuje meze autonomie vůle stran. Jinou otázkou by potom byla úprava protižalob. Zde jsou již otazníky nad určením soudu a zdržením se jednáním soudu druhého. Samostatnou otázkou je uchopení alternativních dohod jako výlučných či nevýlučných. Zde se mohou názory na možnou výlučnost, byť i uvedenou výslovně stranami v textu dohody, lišit. Jako příklad lze vzít právě Haagskou úmluvu o dohodách o volbě soudu. Naopak národní úpravy mohou respektovat povahu takovéto dohody jako výlučnou.

Literatura uvádí také tzv. „*multiple prorogation agreement*“ jako variantu výše uvedeného typu. V tomto případě je zvolena skupina soudů, z nichž si strana zahajující řízení vybírá. Potom by prorogační dohoda zněla: „*Spory z této smlouvy budou řešeny u soudů v zemi A, B či C v závislosti na tom, u kterého z nich strana zahajující řízení podá návrh.*“

Court Agreements. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, s. 178. K potvrzení pozice nikoli nutného vyjádření výlučnosti z pohledu českého práva také náleží Ústavního soudu sp. zn. II.ÚS 1858/18, ze dne 16. 10. 2018, vyslovující se k této otázce sice pohledem vnitrostátního práva, nicméně jednoznačně právě s odkazem na zásadu *pacta sunt servanda*.

⁵⁴ Alternativy k rozhodčímu řízení či ADR jdou zde mimo naši pozornost.

Opět i zde se, stejně jako u alternativních dohod, objevuje problém s uchopením výlučnosti či nevýlučnosti takovéto dohody.

Dalšími typy prorogačních dohod jsou ty, které dávají možnost výběru soudu jen jedné ze stran. Literatura hovoří o asymetrických prorogačních dohodách (*asymetric, unilateral, imbalanced, one-way*, jednostranné). Ty bývají spojovány i s ochrannými koncepty tam, kde možnost volby má pouze ta strana, která je považována za „slabší“ stranu kontraktu. Tento model v kombinaci s časovým posunem volby využívá např. Nařízení Brusel Ibis pro smlouvy spotřebitelské, individuální pracovní a pojišťovací. Tyto smlouvy jsou připuštěny a upraveny výslovně. Jiný je případ uzavírání smluv mezi podnikateli, kde neexistuje jednoznačná pozice. Např. v hojně citovaném případě *Rothschild*,⁵⁵ kde se jednalo o jednostrannou „čistou“ doložku pro volbu mezi soudy různých států, tato zněla v originále: „*Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède.*“ Vývoj francouzské judikatury v tomto a obdobných případech, včetně diskuse z pohledu dalších národních jurisdikcí, ukázal na problémy a rizika sjednání tohoto typu dohody.⁵⁶

U asymetrických dohod praxe uvádí tam, kde existuje příznivé právní prostředí pro jejich využití, řadu variant.⁵⁷ Může jít i o různé kombinace i s rozhodcím řízením.

Dalším omezením může být omezení časové, kdy lze platnou prorogační dohodu uzavřít až po vzniku sporu. I v těchto případech se zpravidla jedná o úpravu, která akcentuje pozici slabší strany smlouvy. V již uvedeném Nařízení Brusel Ibis, kde je tato varianta uvedena v alternaci k asymetrické dohodě, jsou umožněny opět pro smlouvy pojišťovací, spotřebitelské a individuální pracovní.

Omezení prostorové může být i nealternativní tam, kde existuje nadstátní předpis a volit je možné jen soudy v rámci jeho teritoriální působnosti. Tedy účinky dohod jak pozitivní, tak i negativní se týkají soudů v dosahu teritoriální působnosti předpisu. Což je otázka, která na průsečíku „založení příslušnosti“ vs. „povinnosti nepřislušných soudů“ vs. uznání a výkon může přinést, vzhledem k lámání režimu, problémy.

Odlížit je možné také prorogační dohody, které svým zněním určují jurisdikci státu jako celku, a prorogační dohody, které určují přímo konkrétní soud státu (samozřejmě zasahuje jen do otázek, kde je autonomie stran dovolena, obvykle místní příslušnosti). V prvním případě se jedná o doložky typu: „*Veškeré spory z této smlouvy budou řešit české soudy.*“ Ve druhém potom: „*Veškeré spory z této smlouvy bude řešit Krajský soud v Brně.*“ V uvedeném případě se může objevit další otázka námitka nepřislušnosti vůči konkrétnímu soudu vs. námitka vůči pravomoci soudů daného státu jako celku. Tyto situace je nutné řešit v konkrétním kontextu. Na jisto lze postavit, že nepřislušnost dle doložky určující konkrétní místní soud neznamená nutně neexistenci pravomoci soudů státu jako celku.

⁵⁵ Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 26 septembre 2012, [cit. 2022-10-11]. Dostupné z: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026431679>>. V literatuře např. MAILHÉ, F. A Game of Asymmetries, Optional and Asymmetrical Choice of Court Agreements Under French Case Law. In: KEYES, M. *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, s. 197–214.

⁵⁶ Vedle zmiňovaných analýz vit také FREITAG, R. Halbseitig ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen unter der Brüssel I-VO. In: MANKOWSKI, P. – WURMNEST, W. (eds). *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*. München: Sellier European Law Publishers, 2014, s. 419–432.

⁵⁷ MERRET, L. The future enforcement of asymmetric jurisdiction agreements. *International and Comparative Law Quarterly*. 2018, Vol. 67, Iss. 1, s. 41–43.

3. Haagská úmluva o dohodách o volbě soudu

3.1 Unifikovaná a národní úpravy – prostor pro rozdíly

Mezery v právu jsou doprovodným jevem právních úprav. To platí i u úprav unifikovaných. Důvodů je řada – od neshod na společné úpravě a vědomého vyloučení některých otázek až po nevědomé opomenutí, respektive nevyhodnocení problematiky. Vzniklé mezery jsou v unifikovaných úpravách pokryty různě, mimo jiné také v závislosti na typu unifikace. Uzavřené úpravy využívají analogie a neobracejí se k národnímu právu. Naopak úpravy otevřené využívají různých způsobů odkazů a mezery vyplňují národním právem – hmotným i kolizním. U procesních (a také kolizních) úprav se setkáváme navíc s otázkou vhodnosti „zabudování“ hmotněprávních definic či otázek do těchto procesních úprav, anebo jejich ponechání národnímu právu. U procesních unifikací lze obecně ve vazbě na národní úpravu identifikovat následující varianty:

- a) hmotně právní otázky jsou upraveny přímo unifikovanou úpravou a není ponechán prostor pro úpravu národní. V případě Haagské úmluvy o dohodě o volbě soudu jde např. o formu prorogační dohody; nebo
- b) unifikovaná úprava obsahuje jednotné kolizní pravidlo a odkazuje na hmotné právo určitého státu. Může jít o případ, kdy by ustanovení úmluvy výslovně odkazovalo na právo (hmotné či procesní) sídla prorogovaného soudu; nebo
- c) pro určení rozhodného práva se využije systém mezinárodního práva soukromého státu, který je určen unifikovanou úpravou.⁵⁸

Prolínání práva unifikovaného s právem národním, a to v uvedených pozicích ad b) a c), zatěžuje aplikaci unifikovaného předpisu a přináší další otázky či problémy. Na druhé straně se jedná o realitu dnešního stupně mezinárodní právní regulace a onen odkaz na národní úpravu zpravidla napomáhá tomu, aby byla unifikovaná úprava přijata. Rozdíly v národních úpravách bývají mnohdy natolik velké, že není vůle států je překonat a přijmout unifikovaný text.⁵⁹

Haagská úmluva o dohodách o volbě soudu se v tomto konceptu neliší od jiných úprav. Vedle otázek, které jsou upraveny, existují otázky neupravené a úmluva s nimi takto nakládá. Dovolává se na vícero místech národního práva a úpravy dle něj. Na národní úpravu vymezených otázek týkajících se prorogační dohody je výslovně odkázáno v článku 5 odst. 1 (neplatnost dohody podle práva státu zvoleného soudu), článku 6 písm. a) a b) (neplatnost dohody dle práva státu zvoleného soudu; způsobilost stran k uzavření dohody) a článku 9 písm. a) a b) (neplatnost dohody dle práva státu zvoleného soudu; nezpůsobilost stran dle práva dožádaného soudu). Odkazy na národní právo jsou využity v úmluvě ve všech dotčených pozicích – založení příslušnosti, střety mezinárodních příslušností a uznání rozhodnutí.

⁵⁸ Mezi prvním a druhým způsobem je třeba vidět rozdíl. Zatímco v prvním případě se jedná o hraniční určovateli, ve druhém jde pouze o uvedení systému mezinárodního práva soukromého, který bude použit. V tomto druhém případě se určení rozhodného práva „odkládá“ až na úroveň tohoto národního systému.

⁵⁹ V oblasti procesního práva je obdobně jako v jiných oblastech zásadní, nakolik jsou si právní úpravy podobné proto, aby byly způsobilé ke komparaci, případně i k unifikacím. K této otázce v oblasti procesního práva i obecně KERAMEUS, K. Procedural Harmonization in Europe. *The American Journal of Comparative Law*. 1995, Vol. 43, No. 3, s. 401–408.

3.2 Věcná působnost úmluvy

Věcnou působnost je nutné vymezit na průsečíku vícera ustanovení. Úmluva dopadá na výlučné prorogační dohody definované jako takové v článku 3, uzavřené v občanských a obchodních věcech tam, kde je dán mezinárodní prvek (čl. 1 odst. 1). Současně není předmět dohody výslovně vyloučen z dosahu úmluvy (čl. 2) nebo vyloučen prohlášením státu (čl. 21). Definici výlučné prorogační dohody ve vazbě na uchopení její platnosti a konceptu výlučnosti se budeme věnovat v následující části, zde si přiblížíme ostatní determinanty:

- a) Věci občanské a obchodní. Výklad pojmů je autonomní a nelze jej vázat k vnitrostátnímu uchopení. Tento závěr vyplývá ze zdroje právní úpravy – mezinárodní úmluvy. Termín „věci občanské a obchodní“ není podmíněn druhem soudu, který o věci rozhoduje. Pod rozsah tak spadají i řízení o náhradu škody obětí trestných činů, uplatňovaná před trestními soudy. V rámci oné šedé zóny, která existuje v rámci vymezení práva veřejného a soukromého na pomezí různých právních úprav, jsou některé otázky jasně vyloučeny (daňové věci), jiné mohou při extenzivním výkladu spadat do rámce pojmu, pokud by nebyly výslovně vyloučeny (insolvenční řízení, pojišťovací věci atd.).⁶⁰ Je skutečností, že autonomní uchopení pojmu je blízké státům kontinentální Evropy mimo jiné i vzhledem k unifikacím představovaným Nařízením Brusel Ibis (a zejména jeho předchůdců). Kritické hlasy zaznívají spíše mimo tento prostor.⁶¹ Další vyloučení může být dáno prohlášeními státu. To je případ i Evropské unie a prohlášení dle článku 21, které vylučuje z aplikace úmluvy vybrané pojišťovací otázky.⁶²
- b) Výslovné vyloučení z dosahu věcné působnosti je uvedeno v článku 2. Vyloučeny jsou smlouvy spotřebitelské a pracovní, a to včetně smluv kolektivních. Vzhledem k uchopení prorogačních dohod, např. v Nařízení Brusel Ibis, je vyloučení dohod ze vztahů, které jsou výrazně nerovné a vyžadují speciální úpravu, očekávatelné. K tomu ze strany Evropské unie přistupuje již zmíněné prohlášení o vyloučení některých pojišťovacích věcí. Další vyloučení v odstavci 2 zasahuje celou sérii otázek od věcí statusových až po problematiku, kde se výrazněji projevuje zájem státu konat řízení na určitém místě (věcná práva, antimonopolní věci, odpovědnost za jaderné škody atd.). Připomenout je třeba požadavek na restriktivní výklad výjimek s ohledem na článek 2 odst. 3, kde důvodem pro vyloučení není to, že se jedná v konkrétní případě o předběžnou otázku.⁶³
- c) Další podmínkou pro aplikaci Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu je existence mezinárodního prvku. Týká se jak věcné, tak částečně i personální působnosti. Je vymezena zvláště u příslušnosti (čl. 1 odst. 2) a zvláště u řízení o uznání a výkon rozhodnutí (čl. 1 odst. 3).

⁶⁰ K pojmu věci „občanské a obchodní“ POCAR, F. – NYGH, P. *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. Preliminary Document No. 11 of August 2000 for the attention of the 19th Session of June 2001*, [cit. 2022-12-15]. Dostupné z: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3494&dtid=35>>.

⁶¹ Kriticky k nedostatku definice BERLIN, M. B. *Hague Convention on Choice-of-court Agreements: Creating an International Framework for Recognizing Foreign Judgments. International Law & Management Review*. 2007, Vol. 3, Iss. 1, s. 66.

⁶² Viz depositáře a znění prohlášení, [cit. 2022-12-10]. Dostupné z: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=1044&disp=resdn>>.

⁶³ BŘÍZA, P. *Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě*, s. 195–196. Zde ovšem významné pro pochopení i Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 27 až 28, kde odkazuje na zprávu Nygha a Pocara, umožňující uchopit význam tohoto omezení vyloučení a v důsledku toho i restriktivní výklad vyloučení.

Pro určení příslušnosti je mezinárodní prvek uveden negativně – „*strany nemají bydliště a sídlo v témže smluvním státě a vztah stran a veškeré další prvky týkající se sporu, bez ohledu na místo zvoleného soudu, nesouvisí pouze s tímto státem*“.

Zřetelné je vyloučení tzv. subjektivního mezinárodního prvku, tj. situace, kdy volba soudu jiného státu internacionalizuje jinak vnitrostátní případ. Tuto pozici nemůže změnit ani např. společná volba práva s volbou soudu. Jsou to pouze objektivní prvky skutkové podstaty, které internacionalizují případ, nikoli pouhá vůle stran v jinak vnitrostátním případě. Ostatně obdobná situace vyplývá i z jiných předpisů platných v ČR – zák. mez. pr. soukr. i Nařízení Brusel Ibis.⁶⁴ Samotná Haagská konference při přijímání svých úmluv byla k subjektivnímu mezinárodnímu prvku spíše zdrženlivá. Odkazujeme také na analýzy v pracích Wellera a Břízy, které tuto možnost s řadou dalších argumentů odmítají.⁶⁵ Upraveno není ani časové určení. Není zřetelné, k jakému okamžiku je posuzována existence prvku – k okamžiku uzavření prorogační dohody, nebo k okamžiku zahájení řízení. Druhý z okamžiků je dle našeho názoru nesporný. Pro první hovoří, jak uvádí Bříza, předvídatelnost a právní jistota stran. Rovněž přípravné materiály v jedné z verzí mají uvedeny oba prvky. I když otázka není výslovně uvedena, a bude zajímavé sledovat rozhodování soudů, přikláníme se k uvedenému Břízovu názoru na přijetí obou časových konceptů.⁶⁶

Upozornit je třeba i na koncept „bydliště nebo sídlo“, uvedený v článku 1 odst. 2 a pro právnické osoby rozvedený v článku 4 odst. 2. Ono upozornění se týká právě autonomie konceptu, který je v úmluvě zvolen. Je třeba zdůraznit, s odkazem na diskuse v průběhu přijímání dokumentu, na akcent na uchopení pojmů „*residence*“ oproti „*habitual residence*“ a „*domicil*“. Zvolen, zjevně pro svou výraznější neutralitu ve vazbě na národní úpravy, byl pojem „bydliště“ – „*residence*“, a to pro své faktické vazby tam, kde se jedná o fyzické osoby.⁶⁷

V řízení o uznání a výkon rozhodnutí je mezinárodní prvek dán tím, že je rozhodnutí vydáno soudem jiného smluvního státu, než je soud, kde je požádáno o uznání a výkon. I zde může být vyloučen z uznání a výkonu případ, kdy by příslušnost byla založena

⁶⁴ ROGERSON, P. Article 1. In: MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *ECPIIL. Commentary. Vol. 1. Brussels Ibis Regulation*. 2016, s. 58–59; VLAS, P. Article 4. In: MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *ECPIIL. Commentary. Vol. 1. Brussels Ibis Regulation*. 2016, s. 109–111. Rovněž viz bod 3 Nařízení Brusel Ibis s odkazem na evropský justiční prostor. V české literatuře k mezinárodnímu prvku: ROZEHNALOVÁ, N. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Aspi Kluwer ČR, 216, s. 21–26.

⁶⁵ BŘÍZA, P. Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě, s.201, zde s odkazem i na jiný názor BEAMONT, P. Hague Choice of Court Agreements Convention 2005: Background, Negotiations, Analysis and Current Status. *Journal of Private International Law*. 2009, Vol. 5, No. 1, s. 149–150. Zde právě i ve vazbě nejen Nařízení Řím I, ale i vyhlášení dle čl. 19 a 20 Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu. WELLER, M. Choice of court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention: coherences and clashes. *Journal of Private International Law*. 2017, Vol. 13, No. 1, s. 91–97.

⁶⁶ BŘÍZA, P. *Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě*, s. 201.

⁶⁷ KESSEDJIAN, C. Synthesis of the work of the special commission of June 1997 on International Jurisdiction and the effects of foreign judgments in civil and commercial matters, November 1997, s. 7 [cit. 2022-01-10]. Dostupné z: <<https://assets.hcch.net/docs/ecc45930-f5a1-4bd1-b94c-420c44a05954.pdf>>. Dále posun v roce 2002: SCHULZ, A. Reflection Paper to Assist in the Preparation of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. August 2002, s. 24–25. Dostupné z: <<https://assets.hcch.net/docs/760c3e3e-c40a-4644-8892-188afe402692.pdf>>. K diskusi mezi konceptem „*habitual residence*“ a „*residence*“ viz *Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6–20 June 2001*. Poznámka pod čarou č. 17 [cit. 2022-02-02]. Dostupné z: <<https://assets.hcch.net/docs/e172ab52-e2de-4e40-9051-11aee7c7be67.pdf>>.

na subjektivních kritériích.⁶⁸ Nicméně jen jako případ, kdy by došlo k učinění výhrady státem dle článku 20. Doposud výhradu žádný ze států neučinil.

- d) Realizace výhrad. Haagská úmluva o dohodách o volbě soudu zasahuje (čl. 1 odst. 1), v základní poloze pouze výlučné prorogační dohody, v návaznosti na ně potom povinnosti nepřislušných soudů a uznání a výkon soudního rozhodnutí. Nicméně stát může využít výhrad, zejména dle článku 21 a 22. O článku 21 jsme hovořili ve vazbě na Evropskou unii – ta učinila výhradu k aplikaci u některých pojišťovacích věcí. Dle článku 22 může stát „rozšířit“ některé aspekty uplatnění dohody i na nevýlučné dohody.⁶⁹ Konkrétně může stát prohlásit, že jeho soudy budou uznávat a vykonávat rozhodnutí vydaná soudy, jejichž příslušnost je dána nevýlučnou dohodou. Potom je možné, za podmínek uvedených v tomto článku, vydané rozhodnutí vykonat na základě úmluvy. Tento typ výhrady musí učinit jak stát, pravomoc jehož soudu je založena, tak stát uznávající a vykonávající rozhodnutí. Nevýlučná dohoda nemá negativní účinky a nezakládá povinnosti nepřislušného soudu, týká se pouze pozitivních účinků a uznání a výkonu. Úmluva uvádí řadu podmínek, které musí být naplněny. Aktuálně toto prohlášení neučinila žádná ze smluvních stran.

3.3 Personální působnost

Personální působnost není výslovně upravena. Spíše lze v úmluvě nalézt úpravu dílčích aspektů, které mají dopad na její aplikaci. Konkrétně:

- a) Úmluva hovoří v různém kontextu o „smluvních stranách prorogační dohody“ a o „účastnících sporů“. Smluvní strany prorogační dohody jsou vymezeny i věcnou působností dohody. Musí jít o strany smlouvy (hlavní), jejímž předmětem jsou věci občanské a obchodní. Nesmí se jednat o případy, kdy by šlo o vyloučené smlouvy – spotřebitelské a pracovní smlouvy. Pozici účastníků řízení upravují národní procesní předpisy státu, kde je řízení realizováno. Na tuto otázku úmluva nedopadá.
- b) Druhou otázkou, s již ne tak jednoznačnou odpovědí, je vazba stran prorogační dohody na smluvní stát. Jednoznačné je, že úmluva je aplikována v případě určení příslušnosti tam, kde se jedná o prorogaci soudu smluvního státu a o situace, kdy rozhoduje soud smluvního státu v dalších otázkách jako je nepřislušnost či uznání a výkon. Samotná vazba bydliště strany a smluvního státu nicméně takto jednoznačně určena není. Úmluva sama podmínku vazby neobsahuje. A jeví se, že omezení na smluvní stát nebylo ani zamýšleno, zjevně i vzhledem k možné účasti osob třetích či změnám, které mohou po uzavření prorogační smlouvy nastat.⁷⁰ Text úmluvy vazbu bydliště osoby na smluvní stát obsahuje u vymezení negativního mezinárodního prvku. Literatura, pokud hodnotí tuto otázku, kloní se k tomu, že existence bydliště stran ve smluvním státu není nutným předpokladem aplikace úmluvy.⁷¹ Rovněž článek 19 podporuje tuto úvahu. Jinou otázkou je ovšem hodnocení kolize s jinými úpravami, kde vazba na bydliště svou

⁶⁸ BŘÍŽA, P. *Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě*, s. 201–202, s příkladem na aplikaci pro fázi uznání a výkonu.

⁶⁹ Příklady aplikace pro nevýlučné dohody: Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 52–53.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 32 (bod 97).

⁷¹ VÁLKOVÁ, L. *Choice of Court Agreements in Commercial, Family and Succession matters*, s. 204.

roli sehrává, což je případ u Nařízení Brusel Ibis. Podobný závěr lze očekávat i u jiných úprav, a to i vnitrostátních. Výraznější je kolize u litispence a uznání a výkonu rozhodnutí, kdy soudy nesmluvního státu, který je místem bydliště strany (n), nejsou úmluvou vázány.

3.4 Výlučná dohoda dle Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu

Prorogační dohoda je upravena úmluvou s tím, že u některých otázek je výslovně odkazováno na národní právo. Samotná dohoda se může týkat sporů existujících či sporů vzniklých v budoucnu, a to z konkrétních právních vztahů (čl. 3 písm. a). Nemůže zasahovat poměry mezi stranami obecně, bez vazby na konkrétní vztahy. Na druhé straně není vyloučen dopad na delikttní závazky.

Úmluva je aplikována pouze na výlučné prorogační dohody. Výlučnost, jako základní prvek prorogační dohody v režimu úmluvy, je uchopena jako vyvrátitelná domněnka. Jako taková je v dispozici smluvních stran (čl. 3 písm. b). Vyloučení musí být výslovné, není možné vyvozovat vyloučení exkluzivity na základě tacitní dohody či v důsledku praxe zavedené mezi stranami.

Příklad. Výslovné uvedení výlučnosti: Spory z této smlouvy budou řešeny výlučně u soudů v České republice. Spory z této smlouvy budou řešeny výlučně v Brně. Výslovné neuvedení výlučnosti, formulace opírající se pouze o koncept předpisu: Spory z této smlouvy budou řešeny v Brně.

Forma dohody je přímo upravena. Tato musí odpovídat požadavkům uvedeným v článku 3 písm. c) – je zaznamenána písemně⁷² nebo zaznamenána jiným komunikačním prostředkem, který umožňuje přístup k informacím tak, aby byly využitelné pro další potřebu. Z tohoto ustanovení lze učinit následující závěr. V první řadě není možné doplnit požadavky dalšími, které by byly uvedeny v národním právu, jako je např. stvrzení podpisu notářem či jiným orgánem.⁷³ Uvedené podoby jsou maximálně pružné a otevřené v budoucnu využívaným komunikačním prostředkům. Umožňují řadu možných variant – od ústní podoby, která byla jednou stranou zaznamenána písemně, až po využití v současné době známých elektronických prostředků. Zpráva upozorňuje na formulace užití v anglické a francouzské verzi a odmítající pro posouzení požadované formy jak vnášení vazeb na dokazování, tak vnášení prvku konsensu do posuzování platnosti z pohledu formy.⁷⁴ Otázkou je využití zvyklosti či praxe stran tak, jak je dovoluje Nařízení Brusel Ibis. Tato forma nenaplnuje požadavky uvedené v úmluvě a nelze je využít.

Podoby a přípustná konstrukce výlučné dohody jsou vymezeny úmluvou: výlučnou je dohoda, která určuje příslušnost soudu či soudů pouze jednoho smluvního státu (tzv. *unique*, nealternativní dohoda). Jiné prorogační dohody jako je alternativní, asymetrická či *multiple* jsou kvalifikovány z pohledu úmluvy jako nevýlučné, a tato na ně nedopadá (s výjimkou případu, kdy by stát přijal výhradu dle čl. 22). Důležitý je akcent na určení jedné jurisdikce. Tedy doložky, které se pohybují i s variacemi uvnitř jedné jurisdikce, jsou

⁷² Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 34.

⁷³ BRANDT, R. A. – HERRUP, P. M. *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements: commentary and documents*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 45. Upozornit je nutné také na to, že pro účely použití nejsou dokumenty zatíženy požadavky na legalizaci či apostilaci.

⁷⁴ Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 34.

platné. Například doložka typu: „*Spory z této smlouvy řeší soud v Praze nebo Brně*“, je doložkou platnou. Nutné také není určovat konkrétní soud, stačí ono obecné uvedení s ponecháním určení na národním právu. Úpravu pro federální státy nalezneme v článku 25.

Pochybnosti vzbuzují asymetrické dohody. Uvedené tvrzení, které jsme uvedli výše, se opírá o Zprávu⁷⁵ a většina autorů k ní takto přistupuje. Nicméně se objevují i jiné názory. Někteří autoři kvalifikují asymetrickou dohodu jako výlučnou za podmínky, že má prvky výlučnosti. A minimálně vyloučení z dosahu úmluvy jako takové nepovažují za zcela jasné, a tím i do budoucna přinášející možné problémy.⁷⁶ Prozatím lze ovšem považovat za převažující názor o neaplikaci v konceptu uvedeném ve Zprávě Dogauchi-Hartley.

Výslovně je upravena vazba prorogační dohody a tzv. hlavní smlouvy, tedy případ, kdy je neplatností zasažena jen smlouva hlavní, a naopak. Koncept autonomie, který převládá v posledních desetiletích pro hodnocení procesních doložek (prorogačních i rozhodčích) a doložek kolizních (o volbě práva), je zde výslovně uchopen a upraven.

3.5 (Ne) platnost prorogační dohody a vazba na národní úpravu

V situacích, kdy není otázka upravena úmluvou, a ta odkazuje pro její úpravu na národní právo, se objevuje více interpretačních nejasností. V prvé řadě to je uchopení odkazu na národní právo. Jde o odkaz na materiální úpravu, nebo o odkaz na normy mezinárodního práva soukromého? S tím souvisí i rozdíly v určení tohoto rozhodného práva na vnitrostátní úrovni. K úvaze je i význam a určení obsahu termínů v této souvislosti použitých, tj. „neplatnost dohody“, respektive vzhledem k výslovné úpravě formální platnosti „materiální neplatnost dohody“, „způsobilost osoby k uzavření prorogační dohody“ a rovněž naplnění termínu „dohoda, smlouva“ jako výrazu vůle stran a ústředního momentu pro založení příslušnosti.

Uchopení odkazu na národní právo patří i zde k těm, které vyvolávají diskuse o využitím způsobu uchopení odkazu a o jeho vhodnosti. Samotná úmluva hovoří v dotčených ustanoveních o odkazu na „právo státu“, nikoli o odkazu na „hmotné právo státu“. Rovněž Zpráva Hartleye a Dogauchiho hovoří o odkazu zahrnujícím kolizní normy (státu, jehož soud byl prorogován – pozn. autora).⁷⁷ Nikoli určujícím přímo aplikaci hmotného práva zvoleného státu. Ostatně Nařízení Brusel Ibis, s cílem sblížení konceptu prorogačních dohod v obou předpisech, postupuje stejně – tam, kde není přímá autonomní úprava, odkazuje na kolizní normy určeného členského státu (*lex fori prorogatum*).⁷⁸ Podobné je

⁷⁵ Ibidem, s. 33 s odkazem zejména na body č. 105–106.

⁷⁶ MERRETT, L. – CARRUTHERS, J. United Kingdom: Giving Effect to Optional Choice of Court Agreements-Interpretation, Operation and Enforcement. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*. 2020, s. 493–494. Podobně VÁLKOVÁ, L. *Choice of Court Agreements in Commercial, Family and Succession matters*, s. 209. Zde i s odkazem na BRANDT, R. A. – HERRUP, P. M. *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements: commentary and documents*, s. 44.

⁷⁷ Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 35 s poznámkou pod čarou č. 138. Zde přímo vysvětlují, proč nelze tento termín vykládat jinak – protože by potom byl použit jiný termín „vnitrostátní právo státu“. Což ovšem také není zcela přesné. Nicméně základní text je ve směru typu odkazu dostatečně vysvětlující a ani literatura tuto konstrukci nezpochybňuje.

⁷⁸ Nařízení Brusel Ibis konkrétně v článku 25 odst. 1 věta první včetně návaznosti na bod 20 Preambule. I přes poměrně jasný koncept patří tato úprava k těm, při jejichž hodnocení se objevují výhrady, respektive upozornění na vzniklé rozdíly díky neexistenci jednotné kolizní normy a rozdílu při hodnocení prorogačních dohod. MAGNUS, U. Article 25. In: MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *ECPIL. Commentary. Vol. 1. Brussels Ibis Regulation*, s. 628; BALLASTEROS, M. H. *The Regime*

to i v jiných typech mezinárodních úprav jako je Úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží v člancích 4 a 7 odst. 2. Nejde tedy o uchopení výjimečné a překvapivé. Zpravidla tam, kde není dosaženo unifikace situace přímo v nadstátní úpravě, je koncept odkazu na ustanovení mezinárodního práva soukromého využíván.

Tímto uchopením, zohledňujícím specifika národního přístupu k prorogačním dohodám i pokud jde o jejich kvalifikaci, konstrukci (akcent na procesní účinky vs. akcent na smluvní prvky konstrukce) a návazné právo, se dostává unifikovaná úprava na dvojité „tenký led možných rozdílů“. Ty jsou jak v uchopení odkazu mezinárodním právem soukromým, tak v následné hmotně právní úpravě. Jaké varianty se zpravidla u tohoto kolizního uchopení nabízejí?

Národní úpravy obecně oscilují mezi využitím práva fóra, tedy akcentem na procesní složku dohody, a určením rozhodného práva mechanismy zohledňujícími smluvní složku prorogačních dohod, tedy i volbou práva či náhradními určeními.⁷⁹ V naposledy uvedeném případě využití určení rozhodného práva pravidly užívanými pro smluvní závazky neexistuje v rámci EU, tedy i v ČR, jednotná kolizní úprava. Nařízení Řím I vyloučilo výslovně rozhodčí i prorogační smlouvy ze svého dosahu.⁸⁰ Určení zůstává na úrovni vnitrostátní. Česká úprava, na rozdíl od určení platnosti rozhodčí smlouvy dle § 117 zák. mez. pr. soukr., tuto otázku u prorogační dohody výslovně neřeší a ponechává ji doktríně. Ta tradičně, s akcentací procesních účinků prorogačních dohod (a zjevně tendencí k hodnocení dohod jako procesních institutů), volila přímou vazbu na tuzemské právo – *lex fori*.⁸¹ Tedy nikoli jen otázky přímo vedoucí k založení příslušnosti soudu, ale i otázky týkající se důvodů neplatnosti dohody se řídí v tomto konceptu právem fóra. Nejde o názor jediný.

V novější literatuře se objevují i jiné úvahy, konkrétně volba práva.⁸² Při zdůraznění a respektování separace obou dohod, hlavní a prorogační, bychom nevyloučili ani vazbu na *lex causae* hlavní smlouvy jako jednu z možných variant. Otázky vázané na závazek stran, nikoli na procesní účinky, nemusí být nutně svázány s právem fóra. Což se týká právě i otázek neplatnosti z titulu omylu, nátlaku, míry neurčitosti ujednání atd. Názor nevyloučující volbu práva pro otázky materiální platnosti (*a contrario* i důvodů neplatnosti) vyjádřil v komentáři k zák. mez. pr. soukr. Bříza.⁸³ Tento názor rovněž zastáváme. Pravidelnou situací bude sice vazba na tuzemské právo, nevyloučujeme však v konkrétních případech ani jiné odkazy. Volnější úvahu umožňuje i uchopení zák. mez. pr. soukr., konkrétně potom úprava v § 24. Ta umožňuje flexibilní přístup k aplikaci kolizních norem, což

of Party Autonomy in the Brussels I Recast: The Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction. *Journal of Private International Law*. 2014, Vol. 10, No. 2, 2014, zejména s. 292–294; BROSCHE, M. – KAHL, L. M. Article 25. In: REQUEJO ISIDRO, M. *Brussels I Bis: A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012*. Cheltenham – Camberley: Edward Elgar Publishing, 2022, s. 350–352.

⁷⁹ MERRETT, L. – CARRUTHERS, J. United Kingdom: Giving Effect to Optional Choice of Court Agreements-Interpretation, Operation and Enforcement. In: KEYES, M. (ed.). *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, s. 443.

⁸⁰ PAUKNEROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 153–154; KYSELOVSKÁ, T. In: ROZEHNALOVÁ, N. a kol. *Nařízení Řím I a Nařízení Řím II, Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2021, s. 24–25.

⁸¹ KUČERA, Z. – TICHÝ, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*, s. 223–225.

⁸² BRÍZA, P. – BRICHÁČEK, T. – HORÁK, P. – PTÁČEK, L. – SVOBODA, J. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 503.

⁸³ BRÍZA, P. In: BRÍZA, P. – BRICHÁČEK, T. – HORÁK, P. – PTÁČEK, L. – SVOBODA, J. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*, s. 503, 517.

v otázkách, které souvisejí se smluvní složkou doložky, by bylo uplatnitelné. Postavení úvahy na § 24 zák. mezi. pr. soukr. má rovněž onu výhodu, že ustanovení uvádí i případné meze užití a pohybujeme se nikoli v rámci spekulativních úvah.⁸⁴

Otázka platnosti, respektive neplatnosti smlouvy je vylučována z dosahu nadnárodních úprav často a její uchopení vyvolává diskuse o šíři a o hranicích unifikovaného a národního práva. Připomenout si lze slova U. Drobniga, který v jiné souvislosti hovoří o platnosti smlouvy a jejím vyloučení z unifikované úpravy jako o „*nejcitlivějším průsečíku jednotného práva a vnitrostátních právních systémů*“ (překlad aut.).⁸⁵ Důvodem je nejenom koncept autonomní interpretace pojmu platnost a neplatnost, ale i význam termínu a ona dělicí čára mezi národní a mezinárodní úpravou.

K formální a materiální platnosti prorogační dohody je možné konstatovat následující. Jejich právní regulace se rozpadá do dvou režimů. Prvý okruh otázek pokrývá úmluva sama taxativním výčtem, druhý se řídí normami mezinárodního práva soukromého státu určeného soudu a jimi určeným právem. Tato konstrukce, s vyloučením určitého okruhu otázek z dosahu úmluvy, vzbudila nejen u Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu, ale mnohem výrazněji u Nařízení Brusel Ibis diskuse o významu a dosahu termínu „neplatnost“, respektive „materiální neplatnost prorogační dohody“, vazbách na autonomní či národní uchopení „smlouvy a jejího formování“ a otázkách případného rozlišení.⁸⁶ Formální platnost, a o tom jsme hovořili i na jiném místě, je upravena taxativním výčtem možných forem v článku 3 písm. c) a není zde prostor pro národní úpravu. Vazba formy dohody na platnost dohody je významná při dokazování konsensu a vůbec předpokladu existence prorogační dohody, kdy např. písemná doložka je prvním symptomem existence dohody. Byť tyto otázky nelze zaměňovat či automaticky podmiňovat.

Složitější je situace u platnosti materiální, kde se hodnocení prorogační dohody prolíná se samotnou působností Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu.

V případě neplatnosti, respektive důvodů vedoucích k neplatnosti prorogační dohody, Zpráva Dogauchi-Hartley uvádí, že: „*má odkazovat především na obecně uznávané důvody, jako je podvod, omyl, uvádění nesprávných informací, nátlak a nezpůsobilost*“. Jde tedy o důvody, které mohou ovlivnit svobodu, vážnost, určitost vůle, která stojí v základu dohody. Jeví se, že jde jak o důvody působící automaticky neplatnost, tak důvody, pro něž je dohoda napadnutelná.⁸⁷ Jinak řečeno, způsobují neplatnost prorogační dohody, o které je předpokládáno nejpozději v okamžiku, kdy je posuzována aplikace Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu, že je existující a platná. Na jedné straně stojí předpoklad existující a platné prorogační dohody, na straně druhé potom důvody způsobující její neplatnost. Je otázkou, zda takto uvedené rozlišení je dostačující. Ano i ne.

⁸⁴ K ustanovení § 24 obecně: PAUKNEROVÁ, M. In: PAUKNEROVÁ, M. – ROZEHNALOVÁ, N. – ZAVADILOVÁ, M. a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 173–181; BŘÍZA, P. In: BŘÍZA, P. – BŘICHÁČEK, T. – HORÁK, P. – PTÁČEK, L. – SVOBODA, J. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*, s. 151–153.

⁸⁵ V originále „*the most sensitive crossroad of uniform law and of domestic legal systems*“.

⁸⁶ K diskusi u Nařízení Brusel Ibis viz souhrn kritických i pozitivních stanovisek k uchopení materiální platnosti v: MAGNUS, U. Article 25. In: MAGNUS, U. – MANKOWSKI, P. (eds). *ECPIIL. Commentary. Vol. 1. Brussels Ibis Regulation*, s. 625–631.

⁸⁷ V české terminologii bychom hovořili o absolutně a relativně neplatných dohodách. Literatura uvádí termíny „*void*“ a „*voidable*“, což v souvislosti se smlouvou představuje jednak existenci důvodů, pro které dohoda je bez dalšího neplatná a důvody, pro které je napadnutelná jednou ze stran. Podobně: BALLASTEROS, M. H. *The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: The Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction. Journal of Private International Law*. 2014, Vol. 10, No. 2, s. 302.

U důvodů neplatnosti prorogační dohody je zřetelný a nezpochybnitelný posun směrem k národnímu právu a jeho určení tak, jak jsme o tom hovořili v předchozí pasáži – na základě norem mezinárodního práva soukromého místa řešení sporu je určeno rozhodné právo. Jak je to ovšem s onou předpokládanou platností a vlastně i existencí smlouvy z pohledu dopadu úmluvy či národní úpravy? V této otázce je nutné, dle našeho názoru, vycházet jednak z působnosti, respektive dosahu úmluvy samé, jednak z konceptu autonomního výkladu pojmů. Řada otázek, které lze vztáhnout k platnosti a existenci prorogační dohody, je výslovně upravena – určení soudu, mezinárodní prvek, výlučnost dohody, předmět dohody, pokud jde o věcnou působnost úmluvy, a především požadavek existence „smlouvy“ – „dohody stran“, což je především otázka konsensu stran. Jak uvádí v části věnované platnosti Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT: „*postačí prostá smlouva, nejsou připuštěny žádné z konceptů, které jsou vlastní národním úpravám jako je ‘consideration’ v případě anglosaského práva nebo ‘cause’ v případě některých kontinentálních úprav*“ (volná parafráze).⁸⁸

Právě využití Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT k autonomnímu výkladu úmluvy je cestou k rozumnému a předvídatelnému uchopení prorogační dohody v režimu úmluvy. Není to myšlenka nová. Různí autoři v různé míře jednoznačnosti vyjadřují myšlenku „setrvání“ na úrovni úmluvy a ponechání jen výslovně upraveného prostoru národním úpravám.⁸⁹ Využití výše uvedených Zásad je dle našeho názoru pozice, která by odpovídala autonomnímu uchopení pojmu „smlouva“ a jejímu vzniku. Současně to také dává smysl vytváření nestátních souborů pravidel, která vznikají právě na onom komparativním základě, který požadavku autonomního výkladu odpovídá a je smysluplný. To je role nejen řídicího práva, ale i pozadí pro komparativně uchopené instituty.

3.6 Způsobilost osoby uzavřít prorogační dohodu a vazba na národní úpravy

Způsobilost stran k uzavření prorogační dohody spadá obecně pod platnost, respektive může být jedním z důvodů neplatnosti dohody. V případě posuzování způsobilosti osob právnických, které jsou nesporně nejčastějším subjektem přeshraničních transakcí, bude posuzováno, zda je osoba vůbec subjektem práva, zda neexistují důvody pro nezpůsobilost, jako je např. zákaz určitým subjektům uzavírat tento typ dohod, respektive otázka, kdo je oprávněn jednat za tuto osobu atd. V úmluvě je odkazováno na vnitrostátní právo ve smyslu mezinárodního práva soukromého. Od předchozího případu se koncept liší ve využití práva. Zatímco v případě neplatnosti prorogační dohody úmluva odkazuje ve všech případech na stejný právní řád a jeho pravidla mezinárodního práva soukromého,

⁸⁸ Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT (Principles UNIDROIT 2010), oddíl 3.3. – komentář k jednotlivým ustanovením týkajícím se platnosti, [cit. 2022-02-04]. Dostupné z: <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-3-section-1/#1623694323415-30641944-9988>>. Podobně: Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT 2016, článek 3 oddíl 1. Také např. k verzi z roku 1994: PERILLO, J.M. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*. *Fordham Law Review*. 1994, Vol 63, Iss. 2, s. 291.

⁸⁹ Viz podobně i k Nařízení Brusel Ibis, respektive Brusel I: BŘÍZA, P. *Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě*, s. 157. Obecně o úloze Principů UNIDROIT při interpretaci CISG MICHAELS, R. *The UNIDROIT Principles as Global Background Law*. *Uniform Law Review*. 2014, s. 643–668, zejména úvahy na s. 665–668. MICHAELS, R. *Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien. Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2009, Bd. 73, s. 866–888.

je tomu u způsobilosti jinak. Ostatně snahou tvůrců nebylo uchopit odkaz k právnímu řádu jednotně.⁹⁰ V článku 5 tento důvod výslovně uveden není a zůstáváme na úrovni práva rozhodného pro důvody neplatnosti dohody. Naopak výslovně je způsobilost zmíněna v dalších polohách. Jednak v případě povinností nepřislušných soudu v článku 6 písm. b) jako právní řád místa, kde bylo zahájeno řízení, jednak v případě odepření uznání dle článku 9 písm. b) jako právního řádu státu, kde bylo o uznání požádáno. V obou případech platí i odkaz dle pravidel mezinárodního práva soukromého státu zvoleného soudu. Lze tak např. odepřít uznání a výkon, pokud dle jednoho z rozhodných právních řádů není strana způsobilá k uzavření dohody. Jeví se, a tak lze číst i Hartleyho a Dogauchiho zprávu, že jde o alternativní využití, nikoli kumulativní.⁹¹

Úprava kolizního uchopení způsobilosti k právním jednáním se rozpadá do dvou využívaných systémů – určení dle státní příslušnosti (*lex patriae*), nebo dle vazby k území jako je bydliště, obvyklý pobyt. V oblasti anglosaského práva je využíván domicil. U právnických osob, které vzhledem k vyloučení spotřebitelských obchodů budou nejčastěji využívat prorogační dohodu, je nutné toto kritérium „protáhnout“ do pozice místa sídla, právního řádu státu, dle kterého byla osoba zřízena, místa podnikání či na vazbu na pozici pobočky. Do dosahu kolizního kritéria spadá např. otázka, zda jde o subjekt práva, kdo byl oprávněn za osobu jednat, zda na osobu nedopadají speciální požadavky omezující její způsobilost uzavřít dohodu (např. u veřejných institucí zákaz uzavřít prorogační dohodu ve prospěch cizího soudu) atd.

Jednotná unijní úprava neexistuje. Některé dvoustranné smlouvy o právní pomoci obsahují kritérium pro způsobilost. Nicméně spíše je třeba předpokládat využití národní úpravy. Česká úprava využívá pro fyzické osoby v § 29 zák. mez. pr. soukr. kritérium obvyklého pobytu a současně postačí, je-li osoba způsobilá dle právního řádu místa, kde činí jednání (pokud by zákon nestanovil pro určité situace jinak).⁹² Pro právnické osoby lze využít § 30 zák. mez. pr. soukr. vycházející v prvé řadě ze zásady inkorporační. Rovněž však pro vázanost právnické osoby z běžných jednání stačí, je-li k nim způsobilá podle právního řádu platného v místě, v němž bylo takové jednání učiněno.

Závěr

O širokém využívání Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu v budoucnu rozhodne to, zda ji obchodní velmoci typu USA a Čína budou ratifikovat. Její omezení je nyní – i přes vysoký počet vázaných států – zajímavé směrem ke Spojenému království, která má pro vazby se subjekty z EU mimořádné postavení. Další nárůst, vzhledem k pozici Spojeného království v některých oblastech obchodních sporů, lze očekávat.

Samotná prorogační dohoda dnes zažívá nesporně něco, co bychom mohli nazvat „vlnou zájmu“. Onen posun od zájmů států k zájmům jedinců účastných na konkrétní smlouvě a následném řízení, se projevuje jak v oblasti procesní, tak i kolizní, konkrétně využitím autonomie vůle a jejím promítnutí do právní regulace námi analyzované prorogační dohody a do volby práva. Posílení konceptu jako konceptu výlučného dává garance

⁹⁰ Zpráva HARTLEY, T. – DOGAUCHI, M., s. 61, bod č. 150.

⁹¹ *Ibidem*, s. 69, bod č. 184.

⁹² PFEIFFER, M. § 29. In: PAUKNEROVÁ, M. – ROZEHNALOVÁ, N. – ZAVADILOVÁ, M. a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*, s. 217–237.

v otázkách možných paralelních řízení v těch systémech, v nichž nepostačuje primát autonomie vůle stran a dovolenost dohody daná právními řády. Na druhé straně některé odmítnuté formy, konkrétně asymetrické doložky, mohou vlastní využití negativně ovlivnit pro problémy s jejich platností.

Předmětem analýzy byly otázky, které na rozdíl od těch, které jsou výslovně upraveny v úmluvě, takto upraveny nejsou a vzniká prostor pro národní úpravu. V tomto případě navíc „posílenou“ tím, že odkazy jsou odkazy na systém pravidel mezinárodního práva soukromého, tj. v kontinentální úpravě zpravidla na systém kolizních norem. O to více je násoben rozdíl v úpravě. Článek ukázal na vybrané otázky, které se liší a které mohou pozměnat jednotnou interpretaci a aplikaci úmluvy.

Prvým závěrem, který přímo nesouvisí s problematikou unifikace, je složitý aplikační koncept, a to zejména tam, kde dochází ke střetu úmluvy s jinými zdroji právní úpravy.

Druhý závěr se týká mezi využití unifikované úpravy a vyplnění mezer úpravou národní. Bez ohledu na vhodnost či nevhodnost přijatého řešení, pro důvody neplatnosti se jednoznačně využije národní právo určené mezinárodním právem soukromým místa řešení sporu. Onou vhodností či nevhodností míníme nepředvídatelnost řešení vzhledem k možným rozdílům národních úprav, a to jak na úrovni norem mezinárodního práva soukromého, tak i u úpravy důvodů neplatnosti. Česká úprava mezinárodního práva soukromého neobsahuje výslovnou úpravu této otázky. Využít lze dle tradičního doktrinárního přístupu kolizního odkazu dle *lege fori*. Nicméně autor se přiklání i k možnosti využití volby práva tak, jak se nověji tento názor v literatuře objevil a jak jsme jej v článku uvedli.

Podobné je to i s otázkou způsobilosti osob k uzavření prorogační smlouvy, kde je v úmluvě rovněž odkázáno na mezinárodní právo soukromé a jeho pravidla. V případě české úpravy potom, vzhledem k neexistenci unijní úpravy, na zák. mez. pr. soukr. a úpravu tam uvedenou.

Jak je to ovšem s onou předpokládanou platností a vlastně i existencí smlouvy z pohledu dopadu úmluvy či národní úpravy? V této otázce se domníváme, že je nutné vycházet jednak z působnosti, respektive dosahu úmluvy samé, jednak celkově z konceptu autonomního výkladu pojmů v úmluvě využitých. Zde vidíme prostor i pro využití komparativně uchopených zásad, konkrétně potom Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.

Ratio legis u dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr v historickoprávních souvislostech

Petr Podrazil*

Abstrakt: Článek analyzuje atypickou formu výkonu práce v podobě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr z hlediska historickoprávních příčin jejich vzniku. Byť je tento právní nástroj sloužící k zaměstnávání osob pracemi menšího rozsahu součástí právního řádu již po dobu téměř 60 let, stávající podmínky panující na trhu práce včetně pracovních návyků či způsobů, za nichž je práce vykonávána, jsou zcela odlišné od podmínek, které existovaly v době, kdy byly dohody k provedení prací mimo pracovní poměr přijímány. Článek zkoumá daný právní institut z pozice důvodů, které vedly zákonodárce k vytvoření tohoto specifického pracovněprávního vztahu a zjišťuje, zda příčiny přijetí jsou i nadále platné a odůvodňují ponechání právní regulace dohod v ustanoveních zákoníku práce. Za tímto účelem se článek zabývá vzájemnými vztahy mezi dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr a pracovním poměrem včetně souběžného výskytu obou právních vztahů, osobní a věcnou působností ustanovení o dohodách o pracích konaných mimo pracovní poměr, naplněním definičních znaků závislé práce z pohledu dohod, konotacemi souvisejícími s evropským právem či statistickými údaji, na jejichž podkladě by bylo možné detekovat počty a skladbu zaměstnanců vykonávajících činnost v režimu některé z dohod o práci konané mimo pracovní poměr.

Klíčová slova: dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr, závislá práce, atypické formy zaměstnávání, zaměstnanec, pracovní poměr

Úvod

Tradiční institut pracovního práva, jenž má své místo v právní regulaci již po dobu více než 56 let, se nachází na důležitém rozcestí. V souvislosti s transpozičními pracemi týkajícími se přijetí směrnice EU 2019/1158 o rovnováze mezi pracovním a soukromým životem rodičů a pečujících osob a směrnice EU 2019/1152 o transparentních a předvídatelných pracovních podmínkách v Evropské unii musí zákonodárce důkladně zvážit, jaká bude nadcházející legislativní podoba dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr. Kromě zmíněné evropské právní úpravy je zákonodárce povinen vzít v úvahu dále názory odborné veřejnosti, která dlouhodobě upozorňuje na nedostatky této atypické formy zaměstnávání týkající se především disproporcionální ochrany zaměstnance pracujícího v režimu některé z dohod v porovnání se zaměstnancem, jenž totožnou práci vykonává v pracovním poměru.¹

* JUDr. Petr Podrazil, Ph.D. Garant pracovního práva a odborný asistent na katedře soukromého práva a civilního procesu Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: petr.podrazil@upol.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6004-6818>. Článek vznikl jako vědecký výstup v rámci projektu GAČR s názvem *Gig ekonomika a její normativní rozměr v oblasti pracovněprávních vztahů*, č. projektu 21-30833S.

¹ V tomto ohledu srov. např. ŠTEFKO, Martin. Prekérnost dohod o pracovní činnosti na příkladu její výpovědi. *Právní rozhledy*. 2020, č. 8, s. 291–293; PICHRT, Jan. Zero hours contracts. In: *Acta Universitatis Carolinae – IURIDICA*. 2019, č. 1, s. 93–101; BRŮHA, Dominik. Flexibilní formy výkonu práce v době koronavirové. *Praktická personalistika*. 2021, č. 3–4, s. 16–23; BUKOVJAN, Petr. Dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr – I. část. *Praktická personalistika*. 2017, č. 3–4, s. 28–31.

Cílem článku je podpořit aktuální diskusi na dané téma a přednést vědecké pojednání věnující se historickým důvodům, které motivovaly někdejšího zákonodárce k přijetí této unikátní formy pracovněprávního vztahu. Hlavní ambicí textu není komplexní analýza stávající právní úpravy či analýza navrhovaných změn regulace dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, ale vytyčení základních koncepčních východisek zaměřujících se na racionalitu existence dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, a to jak z pohledu dobového *ratia* zkoumaného institutu,² tak z pohledu ochrany zaměstnance, koncepce závislé práce či evropských souvislostí. Každá legislativní změna by měla být doprovázena relevantními úvahami zabývajícími se původním účelem a smyslem měněného institutu v kontextu s účelem, pro který předmětný institut v době své změny aktuálně slouží. Je totiž možné, že původně sledovaný záměr se v průběhu času z předmětných ustanovení částečně či zcela vytratil a analyzovaný institut má v kontextu společenských vztahů zcela nový význam. Tato skutečnost nemusí být nutně negativní, při legislativních změnách by však měla být adekvátně zohledněna a vysvětlena.

1. „Socialistický pracovní poměr“ versus dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr

Zaměříme-li se na teoretické členění pracovněprávních vztahů optikou socialistického práva, lze konstatovat, že někdejší nauka chápala pracovněprávní vztahy víceúrovňově: „V pracovním právu je možné a nutné skutečně rozlišit několik druhů právních vztahů [...]. Všechny právní vztahy, které vznikají na základě norem pracovního práva kvalifikovaným projevem individuální vůle jednotlivých občanů (pracovníků) a socialistických organizací,³ označujeme obecně jako pracovněprávní vztahy. Tyto vztahy mohou být různé, mohou směřovat svým bezprostředním zaměřením k různým cílům [...]. V tomto smyslu rozeznáváme několik druhů pracovněprávních vztahů, jejichž typický obsah upravují normy pracovního práva. Jednotlivé druhy pracovněprávních vztahů mají své zvláštnosti (specifické rysy), které je navzájem odlišují jako relativně samostatné právní vztahy, a proto je zapotřebí je zkoumat každý zvlášť.“⁴

Pracovní poměr byl legislativně konstruován jako primární a nejčastěji se vyskytující typ pracovněprávního vztahu. Obsah pracovního poměru tvořily práva a povinnosti související s bezprostřední realizací společenské práce. Za objekt tohoto poměru nebyla považována pouze práce, nýbrž i „péče“ (ve smyslu pracovních podmínek v širokém slova smyslu).⁵ Teorie kategorizovala pracovní poměry podle jednotlivých diferenciačních kritérií na pracovní poměry na dobu určitou a neurčitou (dle délky trvání pracovního poměru);⁶

² K tzv. subjektivně historickému výkladu srov. MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 118 an.

³ Namísto pojmu zaměstnanec operoval zák. pr. 1965 s termínem pracovník (srov. § 11). V pozici zaměstnavatele vystupovaly v drtivé většině případů socialistické organizace (srov. § 8).

⁴ KOVAŘÍK, Jan. *Podstata pracovního práva a pracovního poměru v ČSSR*. Práce, 1964, s. 141–142.

⁵ „Chování účastníků pracovněprávních poměrů (jejich subjektivní práva a povinnosti) nesměřují totiž pouze k výkonu práce a jejímu řízení (pracovní kázeň), nýbrž zároveň k výkonu a řízení práce za určitých podmínek (mzda za vykonanou práci, vytváření co nejlepších pracovních podmínek, dovolená, bezpečnost a ochrana zdraví při práci atd.). Souhrn těchto podmínek označujeme právě jako „péči“ o pracovníky.“ Ibidem, s. 143–144.

⁶ Pracovní poměr na dobu určitou byl vnímán jako výjimečný druh pracovního poměru, jehož sjednání bylo podmíněno výskytem mimořádných důvodů (např. v podobě přechodné potřeby pracovních sil). Nelimitovala-li pracovní smlouva

pracovní poměry tzv. domácích pracovníků (dle místa výkonu práce);⁷ pracovní poměry mezi občany (dle typu zaměstnavatele)⁸ a souběžné pracovní poměry (dle počtu uzavřených pracovních poměrů a velikosti pracovního úvazku).⁹

V silách pracovního poměru nebylo postihnout všechny specifické okolnosti, které se při realizaci práce mohly objevit a které odůvodňovaly i jinou formu pracovněprávního vztahu. Zmíněné platilo zejména ve spojitosti s osobami vyznačujícími se ztíženými možnostmi uplatnění na trhu práce či ve vztahu k nahodilým, nepravidelným či jednorázovým úkolům, kdy aplikace ustanovení o pracovním poměru s plnou ochranou zaměstnance se nejevila jako rozumná a žádoucí. Z tohoto důvodu přistoupil s odkazem na základní zásady pracovního práva¹⁰ někdejší zákonodárce kromě generálního pracovněprávního vztahu v podobě pracovního poměru k úpravě pracovněprávních vztahů vznikajících na základě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr.

Standardním postupem pracovníka mělo být sjednání jednoho pracovního poměru v rozsahu stanovené týdenní pracovní doby na dobu neurčitou. Zákoník práce nicméně výjimečně umožňoval paralelní uzavření více pracovních poměrů či pracovního poměru a dohody o práci konané mimo pracovní poměr. Paralelní výkon činnosti ve vícero pracovněprávních vztazích podléhal striktním legislativním podmínkám.¹¹ Cílem regulace souběžného uzavření pracovněprávních vztahů jedním pracovníkem nebyla ochrana ekonomického zájmu zaměstnavatele (v podobě zákazu konkurence zaměstnancem – srov. § 304 zák. pr.) či ochrana pracovních podmínek zaměstnance (v oblasti rozvrhování pracovní doby, doby odpočinku a přesčasové práce – srov. účel zákazu výskytu stejně druhově

délku trvání pracovního poměru, platila (shodně se stávající úpravou) zákonná fikce, podle níž byl pracovní poměr sjednán na dobu neurčitou. Oproti dnešní regulaci neupravoval zákoník práce 1965 limity týkající se maximální délky trvání a počtu opakování pracovního poměru na dobu určitou. V případě rozvázání pracovního poměru na dobu určitou výpovědi byly obě strany omezeny co do možnosti uplatnění jednotlivých výpovědních důvodů (srov. § 57 zák. pr. 1965). Dále srov. WITZ, Karel. *Československé pracovní právo. Učebnice*. Praha: Orbis, 1967, s. 176.

⁷ Právní úprava zaměstnávání domácích pracovníků obsažená v § 267 zák. pr. 1965 je víceméně shodná s aktuální právní úpravou promítnutou do § 317 zák. pr. (pracovněprávní vztahy zaměstnanců vykonávajících práci mimo pracoviště zaměstnavatele). Ačkoliv zákoník práce 1965 vznikl za zcela jiných sociálněekonomických podmínek s důrazem kladeným na manuální výkon práce, stávající úprava kopíruje regulaci z roku 1966. Tento stav poté působí obtížnou (či téměř nemožnou) aplikovatelnost ustanovení § 317 zák. pr. v době měnících se podmínek panujících na pracovním trhu.

⁸ V pozici zaměstnavatele vystupovala v drtivé většině případů socialistická organizace. Zákoník práce výjimečně připouštěl možnost, aby pracovní poměr vznikl i mezi dvěma „občany“ za účelem poskytování služeb pro osobní potřebu za mzdu. Sjednání pracovního poměru mezi dvěma fyzickými osobami bylo podmíněno zákazem vykořisťování cizí pracovní síly (čl. 9 Ústavy ČSSR a čl. II zák. pr. 1965). Zároveň pro tento druh speciálního pracovního poměru platily výjimky stanovené v § 296 zák. pr. 1965 týkající se změn pracovního poměru, rozvázání pracovního poměru (možnost rozvázání z jakéhokoliv důvodu s jednoměsíční výpovědní dobou), absence limitace rozsahu náhrady škody v případě způsobení škody zaměstnancem z nedbalosti, svěření rozhodování pracovních sporů výhradně soudům a omezení účasti revolučních odborových hnutí na těchto vztazích.

⁹ Dále bylo možné rozlišovat pracovní poměry v návaznosti na způsoby vzniku pracovního poměru (pracovní poměry založené pracovní smlouvou, jmenováním či volbou), popř. v návaznosti na účel daného pracovního poměru (poměry připravující na budoucí povolání – tzv. učební pracovní poměry). Srov. KALENSKÁ, Marie a kol. *Československé pracovní právo*. Praha: Panorama, 1981, s. 106–107.

¹⁰ Zvláště s odkazem na zásadu zakotvenou v čl. I zák. pr. 1965: „Všichni občané mají právo na práci. Ve společnosti pracujících může jednotlivec dospět k plnému rozvinutí svých schopností a k uplatnění svých oprávněných zájmů jen aktivní účastí na rozvoji celé společnosti, především náležitým podílem na společenské práci. Práce ve prospěch společnosti a podle jejích potřeb je proto přední povinností a současně předním právem i věcí cti každého občana.“

¹¹ K souběhu pracovních poměrů srov. např. § 25 zák. pr. 1965, podle něhož směla organizace zaměstnávat (až na zákonem stanovené výjimky) v pracovním poměru jen pracovníka, který prokázal, že jeho předchozí pracovní poměr skončil. Dále srov. rovněž § 69 až 71 zák. pr. 1965.

vymezené práce v případě souběhu základních pracovněprávních vztahů u jednoho zaměstnavatele dle § 34b odst. 2 zák.pr.), ale podpora jednotného řízení zaměstnanosti (včetně zabezpečení práva na práci dle § 24 a § 25 zák. pr. 1965) a předejití „živelnému pohybu“ pracovních sil.¹²

Hodlal-li tudíž uzavřít dohodu o pracovní činnosti pracovník, který již byl v pracovním poměru k jiné organizaci, tížila jej k této organizaci notifikační povinnost. Pokud by činnost na základě dohody bránila pracovníku řádně plnit jeho povinnosti z pracovního poměru nebo by byla na újmu jeho zdraví, mohla mu organizace, u níž byl v pracovním poměru, uložit, aby tuto dohodu zrušil; organizace, s níž dohodu uzavřel, byla povinna mu to umožnit. Uzavřel-li pracovník dohodu o provedení práce, notifikační povinnost jej netížila. Pokud by k souběhu pracovního poměru a dohody téhož pracovníka mělo dojít uvnitř téhož zaměstnavatele (organizace), podléhal výkon práce na základě dohody o práci konané mimo pracovní poměr režimu tzv. vedlejší činnosti dle § 71 zák. pr. 1965.¹³ Vedlejší činnost pak mohla být sjednána pouze na práce jiného druhu, než byly smlouveny v pracovní smlouvě, a vykonávána mimo pracovní dobu stanovenou pro již existující pracovní poměr. Vedlejší činnost mohla být konána v souběžném pracovním poměru nebo na základě dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr (§ 71 zák. pr. 1965).

2. Dohody jako substituty tradičních smluvních typů

Vztahy vznikající na základě dohod o provedení prací mimo pracovní poměr označovala teorie od svého počátku za pracovněprávní poměry *sui generis*. S pracovním poměrem měly společné to, že směřovaly k výkonu práce pro společnost a k uskutečňování péče o pracovníka. Základní odlišnost byla spatřována v povaze závazku, jenž na základě dohod vznikal. Zatímco v souladu s pracovním poměrem tížila pracovníka povinnost vykonávat určitý druh práce zpravidla po delší dobu, respektive po dobu neurčitou (generický závazek), v případě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr měl závazek pracovníka povahu jednorázového pracovního úkolu či ojedinělé (nahodilé) práce (speciální závazek). Tomu měl odpovídat i zúžený rozsah práv a povinností z dohod plynoucích.¹⁴

¹² „Velmi nežádoucí jevy v oblasti pracovních sil se objevily v krizových letech 1968–1969. V důsledku nedodržování příslušných právních předpisů docházelo k živelnému pohybu pracovních sil, ke zvýšené fluktuaci, k „přetahování“ pracovníků z jedné organizace do druhé poskytováním neoprávněných výhod. Toto vše mělo velmi negativní vliv na situaci v oblasti pracovních sil.“ KALENSKÁ, Marie a kol. *Československé pracovní právo*, s. 332. K zákazu další souběžné výdělečné činnosti zaměstnance v intencích směrnice o transparentních a předvídatelných pracovních podmínkách srov. čl. 9 směrnice.

¹³ Srov. limitaci souběhu podle stávající regulace promítnuté do § 34b odst. 2 a § 304 zák. pr. K aktuální úpravě srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 6. 2013, sp. zn. 21 Cdo 1573/2012: „Zákoník práce neomezuje rozsah dalšího pracovního poměru u téhož zaměstnavatele; rozsah dalších pracovněprávních vztahů založených dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr omezuje pouze limitem 150 hodin v kalendářním roce, do kterého lze uzavřít dohodu o provedení práce, a ustanovením, že na základě dohody o pracovní činnosti není možné vykonávat práci v rozsahu překračujícím v průměru polovinu stanovené týdenní pracovní doby. Zákoník práce ani nestanoví, že by zaměstnanec musel vykonávat práci v dalším pracovním poměru nebo na základě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr jen mimo pracovní dobu stanovenou pro původní pracovní poměr, jak tomu bylo v případě tzv. vedlejší činnosti zaměstnance u zaměstnavatele podle předchozího zákoníku práce (srov. § 71 zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů účinných do 31. 12. 2006). Jediným omezením pro vznik dalšího základního pracovněprávního vztahu mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem je podmínka, že práce, kterou má zaměstnanec v dalším pracovněprávním vztahu vykonávat, je jiného druhu než práce vykonávaná v původním pracovním poměru.“

¹⁴ KOVAŘÍK, Jan. *Podstata pracovního práva a pracovního poměru v ČSSR*, s. 145.

Výše uvedené nicméně stále uspokojivě neodpovídá na otázku, co přimělo zákonodárce k úpravě tohoto speciálního typu pracovněprávních vztahů komplementárního rázu. Odpověď je možno s největší pravděpodobností nalézt v někdejším ideovém pojetí soukromého práva, které s účinností od přijetí zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (tj. od 1. dubna 1964), nadále neupravovalo řadu tradičních smluvních typů považovaných se zřetelem na vývoj socialistické společnosti za překonaný konstrukt buržoazního práva (např. smlouva o dílo či smlouva příkazní).¹⁵ Místo toho zavedla osnova občanského zákoníku některé „nové“ smluvní typy a začlenila je do části normující úpravu tzv. služeb.¹⁶ Ustanovení smluv obstaravatelského typu nadto byla značně okleštěná a zahrnovala pouze obstarání prodeje věci (§ 284 a násl. obč. z. 1964) a úschovu (§ 296 a násl. obč. z. 1964). Dobová doktrína dále vycházela z předpokladu, podle něhož se v okamžiku, kdy určitý smluvní typ zakládal závazek občana k výkonu činnosti, jednalo o specifickou formu účasti občanů na společenské práci, která měla být podřízena regulaci norem pracovního práva, a nikoliv regulaci občanského zákoníku.¹⁷

Se zřetelem na popsanou transformaci závazků vznikajících z právních jednání přistoupil někdejší zákonodárce k částečnému nahrazení vypuštěných smluvních typů přijetím regulace v podobě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr. Jak však upozorňují dobové zdroje – nově přijaté dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr neměly být s úpravou nepřevzatých smluvních typů ztotožňovány či porovnávány. Důvodem měla být nutnost aplikace ustanovení o pracovních úrazech, limitaci rozsahu náhrady při způsobení škody zaměstnancem či závaznosti předpisů o bezpečnosti a ochraně zdraví při práci na dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr, což činilo z dohod v porovnání s nepřevzatými smluvními typy unikátní nástroj sloužící k ochraně pracujících.¹⁸

V porovnání s dnešní úpravou byla ochrana „dohodářů“¹⁹ značně snižena, neboť neplatilo pravidlo zakotvené ve stávajícím § 77 odst. 2 zák. pr., podle něhož se na práce konané na základě některé z dohod použije (až na legislativní výjimky) úprava pro výkon práce v pracovním poměru. Rozsah práv a povinností subjektů dohod se omezoval toliko na

¹⁵ Občanský zákoník upravoval pouze určité podtypy smlouvy o dílo vymezené zvláštním předmětem plnění. Konkrétně se jednalo o zhotovení věci na zakázku a (§ 263 an.) a opravu a úpravu věci (§ 276 an.). Právní regulace smlouvy o dílo byla v určitých modifikacích přenechána zákonu č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník (část osmá), a zákonu č. 101/1963 Sb., zákoník mezinárodního obchodu (§ 475 až § 490).

¹⁶ Systémové změny v koncepci závazkového práva byly odůvodňovány následovně: „Uspokojování stále rostoucích hmotných a kulturních potřeb občanů je prvořadým úkolem socialistické společnosti a je dnes zajišťováno celou sítí služeb poskytovaných socialistickými organizacemi. Při poskytování těchto služeb vznikají mezi občany a socialistickými organizacemi společenské vztahy, které jsou kvalitativně zcela odlišné od vztahů, jež dříve vznikaly mezi občany a soukromými podnikateli, i od smluvních vztahů, které vznikají mezi občany, je proto jen samozřejmým důsledkem tohoto vývoje, že osnova upravuje vztahy vznikající při poskytování služeb občanům jako specifické socialistické vztahy v samostatné části, a to tak, aby nová právní úprava odpovídala všestranné péči socialistické společnosti o stále zvyšování životní úrovně pracujících.“ Důvodová zpráva k zákonu č. 40/1964 Sb., občanský zákoník.

¹⁷ Srov. WITZ, Karel. *Československé pracovní právo. Učebnice*, s. 383–384.

¹⁸ *Ibidem*, s. 384.

¹⁹ Jedná se laický pojem, který je obecně vžit pro zaměstnance vykonávající práci na základě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr. Obdobně se lze setkat s označením „brigádník“. Ze sémantického hlediska oba termíny vyjadřují skutečnost, podle níž záměrem smluvních stran je dohoda o výkonu práce spíše ojedinelého (nahodilého) rázu o limitovaném počtu odpracovaných hodin během určitého smluveného období s omezenou dobou délky trvání výkonu práce v jednotkách dnů, týdnů či měsíců. Srov. např. terminologii užitou v nálezu Ústavního soudu ze dne 8. 3. 2016, sp. zn. IV. ÚS 3073/15.

seznam vymezený v § 234 odst. 1 a odst. 2 zák. pr. 1965 a neuplatnila se generální aplikace ustanovení o pracovním poměru se zákonem upravenými odchylkami.

3. Osobní působnost dohod

Při zkoumání pozadí vzniku právní regulace dohod je důležité zaměřit se rovněž na oblast jejich osobní a věcné působnosti. Aplikovatelnost dohod k provedení prací mimo pracovní poměr byla od počátku svého vzniku limitovaná. Tato okolnost odrážela základní charakteristický rys spočívající v komplementaritě dohod v relaci k pracovnímu poměru.

Sjednat některou z dohod mohli pracovníci přináležící ke specifické skupině za účelem umožnění jejich širší účasti na společenské práci.²⁰ Mezi tyto specifické skupiny pracovníků zákoník práce z roku 1965 řadil občany, kteří:

- a) pro svůj zdravotní stav,
- b) pokročilý věk nebo
- c) úkoly při výchově dětí

nemohli konat práci v pracovním poměru, a to v rozsahu odpovídajícím jejich možnostem a schopnostem. S mladistvými pracovníky bylo možno tyto dohody uzavírat, jen pokud tím nebyl ohrožen jejich zdravý vývoj nebo výchova k povolání (§ 233 odst. 2 zák. pr. 1965).

Pojícím prvkem mezi výše uvedenými kategoriemi zaměstnanců je výskyt určitého atributu (vlastnosti), který zapříčiňoval zvýšenou zranitelnost a obtížnější uplatnitelnost pracovníků na trhu práce. Je přitom otázkou, jak posoudit podmínku v podobě *nemožnosti konání prací v rámci pracovního poměru*, zejména např. v kontextu pracovního poměru s kratší pracovní dobou. Jaké parametry měl podle zákonodárce brát zaměstnavatel (socialistická organizace) v potaz, pokud uvažoval o sjednání některé z dohod o pracích konané mimo pracovní poměr? Kde byla např. hranice mezi zdravotním stavem pracovníka, který umožňoval sjednání pracovního poměru, a zdravotním stavem, který uzavření pracovního poměru již nedovoloval? Jakého věku musel dosahovat pracovník, aby byla naplněna podmínka nemožnosti konání prací v rámci pracovního poměru, či kolik dětí (včetně jejich zdravotního stavu či věku) musel pracovník (pracovnice) mít, aby již nebylo možné uvažovat o vstupu do pracovního poměru, byť s upravenou pracovní dobou?

Současně je zapotřebí si uvědomit, že právní regulace byla v oblasti osobní působnosti dosti protichůdná. Chceme-li přijmout adekvátní legislativu pro zvláštní kategorie osob, jejichž pozice na pracovním trhu je z určitých důvodů ztížena, je iracionální přistoupit k zavedení nového typu pracovněprávního vztahu, jenž je vystaven na značně snížené úrovni ochrany zaměstnanců. Tento krok ještě dále podtrhuje zranitelnou pozici uvedených osob a působí, že jejich začlenění do „standardního pracovního procesu“ je o to nesnadnější. Zároveň takto nastavená úprava může vést k situacím, kdy zaměstnavatelé

²⁰ Na dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr nebylo možné vztáhnout § 269 zák. pr. 1965, který platil pouze pro pracovní poměr. Dohody tak nebylo možné uzavírat v relaci občan vs. občan, ale pouze mezi socialistickými organizacemi a občany (tj. pracovníky).

se zaměstnanci příslušejícími k dané kategorii automaticky sjednávají některou z dohod namísto pracovního poměru, aniž by bylo blíže zvažováno, zda uzavření této dohody je z pohledu zaměstnance a ochrany jeho práv rozumné či žádoucí. Flagrantně je tak porušována zásada rovného zacházení a zákazů diskriminace, jakožto vůdčích zásad pracovního práva.²¹

Stávající právní úprava se v daném bodě odchýlila od svých historických základů. Dohody k provedení prací mimo pracovní poměr může uzavírat kterýkoliv zaměstnanec. Hledisko věku, zdraví či nutnosti péče o osobu již nadále není zapotřebí zkoumat jako podmínku umožňující sjednání dohod. S tím úzce souvisí značné rozšíření aplikačního rámce dohod na skupiny zaměstnanců, pro něž dohody původně vůbec nebyly konstruovány. Z právního instrumentu, který byl zamýšlen pouze pro určitý segment zaměstnanců, se stal univerzální prostředek k zaměstnávání osob. Tento posun ve sféře osobní působnosti by měl být podroben důkladnému zkoumání a mělo by být zvažováno, zda umožněním generální aplikace není porušeno některé ze základních lidských práv vztahujících se k výkonu práce – zejména právo na lidskou důstojnost a právo na bezpečné a zdravé neohrožující pracovní podmínky.²²

4. Věcná působnost dohod

Dohody o konání prací mimo pracovní poměr bylo možno uzavírat v následujících případech:

- a) k provádění pracovní činnosti, jejíž výkon v pracovním poměru by byl vzhledem k jejímu rozsahu z hlediska organizace práce a ekonomického řízení neúčelný a neekonomický (dohody o pracovní činnosti);
- b) k provedení ojedinelého určitého pracovního úkolu, který není možno zajistit pracovníky organizace v rámci jejich povinností vyplývajících z pracovního poměru, nebo vyžaduje-li to povaha úkolů organizace (dohody o provedení práce).

Při porovnání obou složek působnosti je zřejmé, že nesledují stejný záměr, ba co více, jsou v kontradikci.²³ Zatímco osobní působnost zohledňovala zájmy zaměstnance (věk, zdraví, péče o děti), věcná působnost se orientovala na zájmy zaměstnavatele (ekonomičnost, hospodárnost, ojedinelost práce). Tato skutečnost by sama o sobě nemusela být závadná. Upřednostní-li však právní úprava potřeby jedné ze stran, je zapotřebí, aby zájmy druhé strany byly patřičně kompenzovány (ochráněny). V případě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr zákonodárce razantním způsobem rezignoval na ochranu zaměst-

²¹ Srov. čl. VII zák. pr. 1965, podle něhož platilo, že ženy mají právo na stejné postavení v práci jako muži: „Ženám se zajišťují pracovní podmínky umožňující jim účast na práci nejen s ohledem na jejich fyziologické předpoklady, ale zejména také s ohledem na jejich společenskou funkci v mateřství, při výchově dětí a péči o ně.“

²² V širším rozsahu by mělo být zkoumáno, zda umožněním generální aplikace dohod nedochází ke skrytému vykořisťování zaměstnanců v moderním pojetí. Srov. např. problematiku skrytého vykořisťování v oblasti agenturního zaměstnávání: BALL, Malcolm – HAMPTON, Colin – KAMERÁDE, Daiga – RICHARDSON, Helen. *Agency workers and zero hours: the story of hidden exploitation*. Research report, Derbyshire Unemployed Workers Centres. Manchester: The University of Salford, 2017. Dále rovněž SHEIKH, Abdullah. *Political Economy of Agency Employment: Flexibility or Exploitation?* *World Review of Political Economy*. 2017, Vol. 8, No. 2, s. 162–189.

²³ Mix uvedených zájmů byl dále (z pohledu dnešního chápání soukromého práva poněkud nepochopitelně) doplněn o zájmy třetích osob (konkrétně zájmy obyvatelstva), kterým měla právní úprava dohod zkvalitnit poskytování služeb.

nance, když od prvopočátku konstruoval dohody jako instituty, u nichž není možná aplikace ustanovení o pracovním poměru, respektive postupem času je možná avšak se zákonem stanovenými výjimkami, které postavení zaměstnance co do rozsahu jeho práv značně limitují.²⁴

Tím se dostáváme k otázce poměřování dvou protichůdných zájmů v podobě ekonomických požadavků zaměstnavatele²⁵ na straně jedné a svobodné volby povolání, práva získávat prostředky pro své životní potřeby prací včetně práva na bezpečné a zdravé neohrožující podmínky, za nichž je práce vykonávána, na straně druhé. Determinujícím pro možnost vychýlení rovnováhy vztahu ve prospěch zaměstnavatelových potřeb pak nemůže být v žádném případě hledisko ekonomické účelnosti či hospodárnosti sjednání dohod místo pracovního poměru. Potřeba míry ochrany zaměstnance je v pracovníprávních vztazích určována primárně podle stupně závislosti zaměstnance na zaměstnavateli. Ochrana (tj. preference zájmů) zaměstnance musí být tím vyšší, čím vyšší je stupeň vazby mezi oběma subjekty. Právní úprava je v tomto ohledu vystavěna na předpokladu (podezření), podle něhož svoboda vůle zaměstnance může být zásadním způsobem ovlivněna motivací o získání práce anebo snahou o její udržení, přičemž stupeň podezření se zvyšuje rovnoměrně s rostoucím propojením zaměstnance a zaměstnavatele. Nastavení rozumné úrovně ochrany zaměstnance odvíjející se od charakteru jeho postavení v rámci pracovníprávního vztahu by mělo být založeno na důmyslné úvaze vyvažující zájmy obou stran. Při hodnocení charakteru postavení zaměstnance nemůže být vzat v úvahu pouze rozsah odpracovaných hodin. Vztah zaměstnance musíme posuzovat z hlediska všech vazeb a souvislostí (viz dále).²⁶

Stávající právní úprava nestaví žádné limity co do osobní a věcné působnosti. Zákoník práce se omezuje toliko na ustanovení apelačního charakteru, když v § 74 odst. 1 stanoví, že plnění svých úkolů má zaměstnavatel zajišťovat *především* zaměstnanci v pracovním poměru. Jedná se však o pouhé „legislativní doporučení“, které nelze právně vynuocovat.

5. Dohody z pohledu evropského práva

Dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr je zapotřebí taktéž zkoumat z pohledu požadavků evropského práva. V době svého vzniku nebyly tyto specifické pracovníprávní vztahy právem Evropské unie nikterak ovlivněny a vyvstává tudíž otázka, zda naplňují standardy evropských předpisů včetně závěrů plynoucích z rozhodovací činnosti Soudního dvora Evropské unie. V prvé řadě musí být v této spojitosti postaveno najisto,

²⁴ Srov. např. dobové odůvodnění věcné působnosti dohod, které nijak nebere v potaz skutečnost, že dohody by měly být sjednávány převážně se skupinami pracovníků s obtížnou uplatnitelností na trhu práce: „*Při své činnosti se někdy organizace setkávají s problémem, jak zajistit i plnění takových úkolů, pro které nemají vlastní dostatečně kvalifikované pracovníky, popřípadě pro jejichž plnění nemohou vlastní patřičně kvalifikované pracovníky v dostatečném počtu získat, nebo takových úkolů, u nichž vzhledem k jejich rozsahu nebo povaze se jeví neúčelným zajišťovat jejich plnění pracovníky, které by organizace za tímto účelem musela přijmout do pracovního poměru.*“ BERNARD, František – PAVLÁTOVÁ, Jarmila. *Pracovní poměr*. Praha: Práce, 1967, s. 226.

²⁵ Realizace ekonomických zájmů zaměstnavatele je snazší v okamžiku, kdy zákoník práce nesvazuje zaměstnavateli ruce v podobě kogentních ustanovení.

²⁶ Vhodnou inspirací může být koncepce připravovaná v návrhu směrnice, který předložila Evropská komise dne 9. 12. 2021, č. 2021/0414 (COD) o zlepšení pracovních podmínek při práci prostřednictvím platform. Návrh pracuje s variantou vyvratitelné domněnky, podle níž je nutné na osobu nahlížet jako na zaměstnance, naplňuje-li činnost touto osobou vykonávaná alespoň dva z pěti znaků indikujících závislost osoby na druhém ze subjektů právního vztahu.

zda jednotlivci pracující na základě dohod naplňují podmínky k tomu, aby mohli být považováni za zaměstnance dle unijního práva. Podle judikatury Soudního Dvora Evropské Unie musí být vztahy v potaz okolnosti případu včetně reálných poměrů osoby, jejíž status je posuzován. Pojem „zaměstnanec“ nemůže být vykládán různě podle jednotlivých definic právních řádů členských států, ale je vymezen objektivními kritérii charakterizujícími zaměstnance z pozice jeho závislosti.²⁷

Na základě výchozí definice je za pracovní poměr (závislou práci) považován takový vztah, v jehož rámci je určitá osoba povinna vykonávat po sjednanou dobu ve prospěch jiné osoby a pod jejím vedením činnosti, za jejichž výkon obdrží protihodnotu v podobě odměny.²⁸ Je lhostejné, zda pracovní smlouva zavazuje zaměstnance k výkonu práce po celou stanovenou týdenní pracovní dobu (*full-time contract*) či pouze po jeho část (*half-time contract*), odváděná práce však musí vykazovat určitý stupeň kvantity, jak bylo vysloveno v rozsudku Soudního dvora ve věci *Levin*.²⁹ Za závislou práci je tudíž možné považovat pouze výkon skutečných a efektivních činností, přičemž jsou vyloučeny činnosti tak malého rozsahu, že by bylo možné považovat je za čistě okrajové a vedlejší.

Závislost jednoho subjektu na druhém je definována dvěma složkami, a to jednak složkou organizační (*subordination*) a složkou ekonomickou (*economic dependance*).³⁰ Při posuzování organizační závislosti je nutné zkoumat míru samostatnosti zaměstnance v rámci rozhodovacího procesu během výkonu práce (nutnost respektování pokynů zaměstnavatele ohledně způsobu výkonu práce). Významnou roli představuje např. skutečnost, zda si zaměstnanec může sám rozvrhovat pracovní dobu dle svých osobních potřeb, přičemž dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr se vyznačují právě absencí zákonné povinnosti zaměstnavatele rozvrhovat pracovní dobu zaměstnanci (§ 74 odst. 2 zák. pr.), čímž dochází ke snížení organizační podmíněnosti zaměstnance na zaměstnavateli. Předmětné ustanovení je však dispozitivní a strany se mohou dohodnout na tom, že pracovní dobu bude i zde rozvrhovat jednostranně zaměstnavatel.

Posouzení ekonomické závislosti a s tím související postavení subjektu vykonávajícího práci v režimu dohod je odvislé od konkrétního případu (sazba hodinové odměny, výše odměny, počet sjednaných dohod, celková skladba příjmů zaměstnance apod.). Současně je zapotřebí připomenout, že dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr nebyly podle původního záměru koncipovány tak, aby jejich uzavřením vznikala ekonomická závislost zaměstnance, neboť se předpokládalo, že „dohodář“ je finančně zajištěn buď z pracovního poměru, nebo ze státní podpory. Stávající úprava se tudíž i v tomto bodě odchyluje od původního systémového nastavení a opětovně i zde je zapotřebí důkladně zvážit, zda subjekt, u něhož došlo k vytvoření plnohodnotné či ekonomicky významné míry závislosti na druhém subjektu, by měl svou práci vykonávat v intencích § 77 odst. 2 zák. pr.

²⁷ Potřeby praxe s sebou přinášejí celou řadu situací, v nichž může být obtížné, zda osoba naplňuje podmínku pro to, aby mohla být kvalifikována jako zaměstnanec či nikoliv. To platí zvláště u atypických forem zaměstnání, jimiž dohody bezesporu jsou. K definici a postavení „atypických zaměstnanců“ srov. DAVIES, A. C. L. *EU Labour Law*. Cheltenham, UK: Elgar European Law, 2012, s. 178 an.

²⁸ Srov. např. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 3. 7. 1968 ve věci *Deborah Lawrie-Blum proti Land Baden-Württemberg*, případ 66/85; rozsudek ze dne 31. 5. 1989 ve věci *Bettray v Staatssecretaris van Justitie*, případ 344/87; rozsudek ze dne 13. 1. 2004 ve věci *Debra Allonby v Accrington & Rossendale College*, případ C-256/01 apod.

²⁹ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 23. 3. 1982 ve věci *Levin proti Staatssecretaris van Justitie*, případ 53/81.

³⁰ K oběma složkám srov. FREDMAN, Sandra. Marginalising Equal Pay Laws. *Industrial Law Journal*. 2004, Vol. 33, Iss. 3, s. 284–285.

(tj. se sníženou mírou ochrany jeho práv). Jako problematické se v tomto ohledu jeví především právní vztahy založené dohodami o pracovních činnostech, u nichž je přípustné, aby zaměstnanec odpracoval až 50 % možného pracovního fondu „standardního“ zaměstnance.³¹

6. Statistické údaje

V případě, že by zákonodárce uvažoval o systémových změnách ve vztahu k dohodě o provedení práce či dohodě o pracovní činnosti, měl by si nejprve obstarat relevantní data, na jejichž základě by bylo možné zvážit jednotlivé varianty postupu. Zákonodárce bohužel těmito daty nedisponuje, respektive disponuje pouze jejich omezeným rozsahem. Z *Analýzy četnosti práce na dohodu a možnostech řešení výpadků příjmů u zaměstnanců na dohodu*³² vypracované Ministerstvem práce a sociálních věcí dne 25. 5. 2020 jsou dostupné toliko následující údaje:

Typ zaměstnance	Počet zaměstnanců	Podíl na celkovém počtu	Podíl na zaměstnancích bez úvazku
zaměstnanci s dohodou a úvazkem	107,810	48,4 %	
zaměstnanci s dohodou bez úvazku	114,751	51,6 %	
starobní a invalidní důchodci	36,480	16,4 %	31,8 %
studenti	37,353	16,8 %	32,6 %
pečující osoby ³³	40,896	18,4 %	35,6 %
celkem	222,561		

Jakkoliv byl uvedený rozbor zpracován primárně za jiným účelem než tím, kterému se věnuje předložený článek, lze konstatovat, že údaje v něm obsažené jsou hrubě orientační.³⁴ Analýza navíc neodhaluje všechny potenciálně ohrožené skupiny zaměstnanců, neboť nepřináší informace o tom, zda u jednotlivých osob nedochází k souběhu vícero dohod, a to jak ve vztahu k jednomu zaměstnavateli či vícero zaměstnavatelům. Do statistických údajů jsou zapracováni pouze zaměstnanci, u nichž vznikla povinnost odvádět pojistné

³¹ Vzniká otázka, zda pracovní právo nerezignovalo v těchto situacích na svou „pověstnou“ ochrannou funkci a zda lze vůbec seriózně hovořit o vyšší míře ochrany „dohodářů“ v porovnání s příslušnými smluvními typy sjednanými podle občanského zákoníku. Viz. ŠTEFKO, Martin. Prekérnost dohody o pracovní činnosti na příkladu její výpovědi. *Právní rozhledy*. 2020, č. 8, s. 291.

³² Předestřená analýza byla vytvořena v souvislosti s krizí způsobenou epidemií koronaviru covid-19. Cílem analýzy bylo zjistit, kolik zaměstnanců pracujících na dohodu o práci konanou mimo pracovní poměr je ohroženo výpadkem příjmů způsobeným v důsledku užití proti epidemiologických opatření. Analýza je dostupná z: <<https://www.mpsv.cz/-/analýza-četnosti-prace-na-dohodu-a-moznosti-reseni-vypadku-prijmu-u-zamestnancu-na-dohodu>>. Analýza vychází z dat České správy sociálního zabezpečení k 31. 3. 2020.

³³ Osoby bez zajištění (důchodu), nestudující, pravděpodobně zaměstnanci na rodičovské dovolené anebo zaměstnanci pečující o příbuzné.

³⁴ Mezi řádky se čtenář z dokumentu v podstatě dozvídá, že stát nedisponuje úplnými a přesnými informacemi týkajícími se počtu a pestrosti zaměstnanců zaměstnaných na dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr. Analýza operuje s pojmy typu *nejspíše, odhadujeme, mezi zaměstnanci mohou být zastoupeny* atd. Z poskytnutých dat navíc není možné vyčíst, jaký je procentuální podíl mezi zaměstnanci pracujícími na dohodu o provedení práce a zaměstnanci pracujícími na dohodu o pracovní činnosti.

na zdravotní a sociální pojištění. Ze síta dat tak zcela vypadli tzv. zakázkoví pracovníci (gig pracovníci),³⁵ u nichž jsou zdroje příjmů rozvrstveny mezi větší počet dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, aniž by dosažené příjmy podléhaly povinným odvodům. Právě jednotlivci bez pracovního poměru zaměstnaní v permanentním režimu dohod sjednaných na práce malého rozsahu mohou představovat další ohroženou skupinu osob, které by měla být věnována speciální pozornost. Počet zakázkových pracovníků není nikterak malý. Nárůst jejich množství v posledních letech je způsoben moderními trendy souvisejícími s digitalizací pracovního trhu.³⁶

Závěr

Historickoprávní základy dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr jsou vystaveny na marné snaze o sladění několika konkurujících si cílů. Prvotním záměrem právní úpravy dohod bylo zaplnit mezeru vzniklou po zrušení klasických soukromoprávních smluvních typů (smlouva o dílo, smlouva příkazní) v zákoně č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění účinném k 1. 4. 1964. Prostřednictvím regulace souběhu dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr s pracovním poměrem zároveň stát sledoval zajištění dohledu nad migrací pracovní síly a usměrňování státem řízené politiky zaměstnanosti. Právní institut dohod k provedení prací konaných mimo pracovní poměr byl původně stvořen jako nástroj sloužící provozním zájmům zaměstnavatelů, kteří s jeho využitím měli smluvně upravovat vztahy vznikající při potřebě výkonu krátkodobé či ojediněle se vyskytující činnosti, u níž by bylo z pohledu státních rozpočtů neekonomické, aby organizace vstupovaly s pracovníky do pracovního poměru.

Zvýšený důraz kladený na provozní zájmy socialistických organizací včetně snahy o zajištění širšího portfolia služeb obyvatelstvu si vybrala svou daň v oblasti garance práv pracovníků zaměstnaných na základě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr. Je až s podivem, že se tento kuriózní relikv socialistického pracovního práva dochoval do dnešních dnů, kdy by stát měl dbát o ochranu práv všech zaměstnanců, naplňuje-li jimi odváděná práce rysy závislosti. Důležité je také zmínit, že dohody byly prapůvodně designovány pro poměrně úzký okruh zaměstnanců povětšinou finančně zajištěných či podporovaných (především) ze státních zdrojů a nebylo počítáno s tím, že v jejich režimu může pracovat takové množství osob, jako je tomu dnes.

³⁵ Pro bližší informace o gig ekonomice a gig pracovnících srov. PRASSL, Jeremias – RISAK, Martin. Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork. *Comparative Labor Law and Policy Journal*. 2016, Vol. 37, Iss. 3; DE STEFANO, Valerio. The Rise of the 'Just-in-Time Workforce': On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the 'Gig Economy'. *Comparative Labor Law and Policy Journal*. 2016, Vol. 37, Iss. 3; CARO, Luis Pinedo – O'HIGGINS, Niall – BERG, Janine. Young people and the gig economy. *International Labour Organization*. 2021. Dostupné z: <https://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/WCMS_790117/lang--en/index.htm>.

³⁶ Přesný počet je odvislý od definice gig pracovníků, respektive nestandardních forem zaměstnání v jednotlivých členských státech a evropském právu. V Evropské unii pracuje podle odhadů 4 až 6 milionů pracovníků na základě smluv na vyžádání (s nulovým počtem hodin) či smluv s přerušovaným pracovním úvazkem, přičemž u mnoha z nich není jasné, kdy a jak dlouho budou pracovat. Podle údajů Výzkumného ústavu práce a sociálních věcí má téměř čtvrtina respondentů pracujících na českém trhu práce osobní zkušenost s některou z nestandardních forem zaměstnání. Srov. CENTRE FOR STRATEGY AND EVALUATION SERVICES AND PUBLIC POLICY AND MANAGEMENT INSTITUTE. *Study to support Impact Assessment on the Review of the Written Statement Directive*. Dostupné z: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/833f1276-6def-11e8-9483-01aa75ed71a1/language-en>>. Dále srov. Výzkumný ústav práce a sociálních věcí: *Nové formy zaměstnávání v České republice*. Dostupné z: <<https://www.vups.cz/2019/03/05/nove-formy-zamestnavani-v-ceske-republice/>>.

Ponecháním specifické regulace daných právních vztahů doplňkového charakteru v aktuální podobě dochází k vytvoření dvou kategorií zaměstnanců, jejichž postavení je z pohledu rozsahu práv zcela neporovnatelné. Zaměstnance vykonávající závislou práci na základě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr lze označit za zaměstnance „druhé kategorie“, u nichž právo v podstatě rezignovalo na garanci uspokojivých pracovních podmínek (srov. pracovní dobu, absenci garance dob odpočinku, dovolené, překážek v práci apod.), zvláštní zákonné ochrany postavení zaměstnance (srov. absenci ochrany v případě rozvázání pracovního poměru zaměstnavatelem), spravedlivého odměňování (absence garance zaručené mzdy), rovného zacházení či zákazu diskriminace (v porovnání se zaměstnanci pracujícími na základě pracovní smlouvy). Respektování zmíněných zásad by mělo být prověřeno především u zaměstnanců, u nichž rozsah odvedené práce není pouze nepatrný (srov. maximální možný rozsah výkonu práce u dohod o pracovní činnosti, který se může rovnat až polovině stanovené týdenní pracovní doby), u nichž je výkon práce v režimu dohod opakovaný, u kterých odměna z vykonané práce představuje jediný či nezanedbatelný zdroj příjmů obživy či u kterých je patrná přítomnost některého z prvků řadících tyto zaměstnance do kategorie zvláště zranitelných zaměstnanců (např. s ohledem na svůj věk, zdravotní či rodinný stav).

Při přijetí „nového“ zákoníku práce nebyla regulace dohod podrobena důkladné analýze. Nikterak nebyly vzaty v potaz historické okolnosti, jež vedly ke vzniku tohoto zvláštního právního nástroje. Rovněž tak nebylo zvažováno, zda transformace pracovního trhu z typu státem řízeného na typ tržní stále odůvodňuje ponechání dohod v ustanoveních zákoníku práce. Institut dohod nebyl poměřován z pozice hodnot střetávajících se při jejich aplikaci, nebyla zkoumána míra uplatnění zásad pracovního práva a v neposlední řadě nebylo adekvátně vyhodnoceno postavení zaměstnanců – jednak v rámci obou dohod navzájem, jednak ve vztahu k pracovnímu poměru (především poté k pracovnímu poměru se sjednanou kratší pracovní dobou).

V důvodové zprávě k zákoníku práce účinnému od 1. 1. 2007 zákonodárce nic z výše uvedeného neučinil a omezil se na pouhé konstatování: *„I dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr vycházejí z předpokladu existence potřeby výkonu pracovních činností menšího rozsahu, které vykazují znaky závislé práce, které proto nemají být vykonávány v občanskoprávních vztazích, například ve smlouvě o dílo, popřípadě ve smlouvě příkazní. Jeví se jako neúčelné a po formální stránce značně obtížné vystačit pro výkon závislé práce výlučně s pracovním poměrem, který by pak musel být vnitřně rozlišován na pracovní poměr vykazující standardní znaky a na pracovní poměr vyznačující se znaky nestandardními. Rovněž stručné a přesvědčivé označení těchto nestandardních typů pracovního poměru v zákoně by činilo problémy, a to zejména v případech, kdy by se jednalo o výkon práce v malém rozsahu. Existuje možnost na úpravu těchto vztahů malého rozsahu v novém zákoníku práce rezignovat, a obdobně jako je tomu ve státech západní Evropy, přenechat tento prostor občanskému právu. Toto řešení se však nejeví s ohledem na v praxi zažitou dosavadní právní úpravu dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr jako správné.“*³⁷ Odůvodnění zákonodárce zabývající se otázkou další existence těchto pracovníněprávních vztahů postrádá věcnou argumentaci a omezuje se na pouhé rčení v podobě: *Bylo to tak vždy, bude to tak i nyní.*

³⁷ Důvodová zpráva k zákonu č. 262/2006 Sb., zákoník práce.

Podmínky trhu práce, za nichž dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr vznikaly, byly zcela odlišné od dnešního stavu. Je tudíž zapotřebí se ptát, zda nové trendy v oblasti zaměstnávání osob související především s digitální transformací nevedou k jevům, které by mohly mít zásadní negativní dopady na zaměstnance odvádějící práci prostřednictvím dohod. Komplexně by mělo být posouzeno postavení těchto zaměstnanců, a to především z pohledu garance bezpečných a zdravích neohrožujících podmínek pro výkon práce. Současně se doktrína musí zaobírat tím, proč a z jakého důvodu právní úprava poskytuje širokou míru ochrany zaměstnanci v pracovním poměru (třebas pracujícím na úvazek 0,1 – tj. 4 hodiny týdně) a nikoliv zaměstnanci vykonávajícím práci na základě dohody o práci konané mimo pracovní poměr (o výkonu práce v rozsahu např. 15 hodin za týden). Zákodárce by se měl taktéž zamyslet nad tím, zda není načase rozštěpit ochranu uvnitř dohod, jež byly původně vytvořeny k rozdílným účelům (jednorázový úkol u dohody o provedení práce vs. opakující se výkon práce u dohody o pracovní činnosti), popřípadě zda nerezignovat na právní regulaci dohody o pracovní činnosti.

Tyto a řada dalších otázek by měly být podrobeny bližšímu zkoumání. Za tímto účelem by však zákonodárce měl disponovat adekvátními souhrnnými daty, z nichž by bylo možno spolehlivě zjistit, jaká je skladba zaměstnanců odvádějících práci v režimu dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr, zda dochází k souběhu dohod a pracovních poměrů či zda jsou zaměstnanci pracující na dohodu zajištěni z jiných zdrojů.

Legislativní úprava dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr vyžaduje důkladnou revizi, neboť nastíněné historické důvody, které vedly k zakotvení tohoto právního institutu, v současné době již převážně pominuly. Pod tíhou požadavků plynoucích z evropských směrnic a neutuchající diskuse odborné veřejnosti³⁸ musel zákonodárce přistoupit k návrhu novely dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr.³⁹ Byť finální verze změn není v tuto chvíli ještě zcela zřejmá, základní obrysy měnící se právní regulace byly položeny. Revize právní úpravy je vedena především z pohledu protekce zaměstnanců a dodržování základních zásad pracovního práva. Nově tak již nemá být „dohodářům“ upřena ochrana vztahující se k pracovní době a době odpočinku, překážkám v práci na straně zaměstnance či dovolené. Zároveň má dojít k opuštění základního principu dohod, podle něhož zaměstnavatel není povinen rozvrhovat zaměstnanci pracovní dobu.⁴⁰ S určitým povzdechnutím z návrhu novely vyplývá ponechání ustanovení o rozvázání právního vztahu založeného některou z dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr ve stávající podobě. Smluvní strany budou moci i nadále rozvazovat tyto vztahy bez větších limitací s možností úplného vyloučení aplikace § 77 odst. 4 zák. pr.⁴¹

Zásadní novinku lze dále spatřovat v právu zaměstnance žádat o transformaci právního vztahu založeného dohodou v pracovní poměr, trvaly-li právní vztahy založené dohodami

³⁸ Detailní odborné debatě byly dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr podrobeny např. v rámci Výroční mezinárodní konference v Liblici 2022, která byla věnována pracovnímu právu a sociální ochraně v nejisté době. K tomu srov. sborník, který z této konference vzejde.

³⁹ Návrh novely je dostupný z: <<https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNCJ7DN4N6>>. K datu zveřejnění příspěvku bylo ukončeno připomínkové řízení.

⁴⁰ V tomto bodu vyvstává otázka, zda navrhované znění § 74 odst. 2 zák. pr. není redundantní, respektive zda by legislativní změna neměla proběhnout spíše u § 84 zák. pr., kde by byla doplněna notifikační lhůta 1 týdně ve vztahu k dohodám.

⁴¹ K rozvázání právního vztahu založeného některou z dohod srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 8. 2020, sp. zn. 21 Cdo 1840/2020, kde se Nejvyšší soud zabývá otázkou, zda je možné sjednat kratší výpovědní dobu, než je doba 15 dnů stanovená v § 77 odst. 4 písm. b) zák. pr.

v souhrnu v předchozích 12 měsících po dobu nejméně 6 měsíců. Zaměstnanci má být zároveň zaručeno právo na písemnou odůvodněnou odpověď.⁴²

Při pohledu do navržených úprav právní regulace dohod lze konstatovat, že připravované změny je možné definovat různými způsoby, nelze je však označit za systémové. Náčrt novelizace ponechává dualitu dohod, které se od sebe až na drobné výjimky (v podobě povinných odvodů či rozsahu práce) po obsahové stránce nijak neodlišují. Rovněž tak nedochází k žádné limitaci rozsahu realizované práce u dohody o pracovní činnosti, která při svém maximálním uplatnění dosahuje hranic až ½ práce standardně odváděné v pracovním poměru. Nikterak taktéž není počítáno s úpravou specifické regulace vůči skupinám osob, které jsou na trhu práce obzvláště zranitelné. Nedojde-li během následujících legislativních prací k zásadnějším koncepčním změnám, budou dohody i nadále moci být označovány za jedinečný konstrukt českého pracovního práva, na nějž však (a to i s ohledem na důvody svého vzniku) český zákonodárce nemůže být příliš pyšný.

⁴² Blíže k navrhované právní úpravě srov. např. LIŠKUTÍN, Tomáš. Novinky a změny minimálních standardů pracovních podmínek a dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr – II. díl. *Praktická personalistika*. 2021, č. 11–12, s. 35–41.

Právo na odôvodnené rozhodnutie a algoritmizácia rozhodovacích systémov

Andrej Krištofik*

Abstrakt: Jednou z podstatných náležitostí, nielen súdnych, ale v podstate akýchkoľvek verejnoprávných rozhodnutí je ich odôvodnenie. Takéto odôvodnenie musí spĺňať určité štandardy a ich nenaplnenie môže viesť minimálne k vytvoreniu priestoru pre napadnutie takéhoto rozhodnutia, v horšom prípade k porušeniu práva na spravodlivý proces. Táto práca sa bude zaoberať otázkou, aký minimálny štandard a v akých rozhodnutiach existuje pre odôvodnenia a či je možné ho naplniť aj pri algoritmickom rozhodovaní bez zásahu človeka, s ohľadom, mimo iné, na technickú komplikáciu predstavovanú problémom algoritmickej čiernej skrinky. Článok vychádza z Nálezu Ústavného súdu II. ÚS 2522/19, respektíve rozsudku ESLP vo veci *Paradiso a Campinelli proti Taliansku* – rozsudky na seba vzájomne nadväzujúce, ktoré spomínajú aj automatizované rozhodovanie ako neprípustné, čo je záver ktorý sa tento článok snaží vyvrátiť. V neposlednej rade bude výsledok konfrontovaný s článkom 22 GDPR, respektíve primárne s francúzskou a maďarskou úpravou, ktorá rozširuje právo na vysvetlenie (právo pochopiteľnosti) subjektu.

Kľúčové slová: automatizácia, právo na spravodlivý proces, odôvodnené rozhodnutie, GDPR, algoritmizácia spravodlivosti

Úvod

Všetky úvahy o inovovaní súdnych procesov sú viazané niekoľkými podmienkami. Tie môžeme v podstate rozdeliť na tie, od ktorých je možné nejakým spôsobom upustiť, no jedná sa o nejakú formu „*best practice*“ a obecné to nedáva zmysel.¹ Tú druhú skupinu potom tvoria tie, ktorým sa jednoducho nemožno vyhnúť, teda také podmienky, ktoré predpokladá zákon. V tejto podkategórii sa potom ešte nachádzajú aj (základné) ľudské práva, ktoré do určitej miery predstavujú jadro týchto podmienok, nakoľko je možné si predstaviť určitý zásah, napr. do rôznych procesných pravidiel, ktoré svojou zmenou umožnia fungovanie nejakej inovácie, táto zmena má však mantinely stanovené práve týmito základnými právami.

Zrejme najrelevantnejším základným právom v tomto ohľade, ktoré nám predstavuje práve toto pomyselné vymedzenie mantinelov implementácie, bude právo na spravodlivý proces, ktoré vo svojej podstate nie je právom ale súhrnným označením pre celý výpočet práv, ktoré sa pod túto hlavičku bežne radia. Posúdenie dopadu akejkoľvek inovácie, v našom prípade sa bude jednať o automatizáciu rozhodovacieho procesu,² je potrebné

* Mgr. Andrej Krištofik, autor je doktorandom na Ústave práva a technológií Právnickej fakulty Masarykovej Univerzity. E-mail: andrej.kristofik@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8150-0362>. Tento článok vznikol na Masarykovej univerzite v rámci projektu *Právo a technológia X* číslo MUNI/A/1484/2021 podporeného z účelovej podpory na špecifický vysokoškolský výskum poskytovanej Ministerstvom školstva ČR v roku 2022.

¹ Príkladom môže byť, pri zavádzaní technických inovácií, „Susskindova maxima“ že akýkoľvek takýto postup musí byť, a viesť, k väčšej miere efektivity, inak sa jedná o „inováciu pre inováciu“. Pozri: SUSSKIND, R. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

² Automatizácia rozhodovacieho procesu je v kontexte tejto práce chápaná ako prenesenie rozhodovacej činnosti výhradne na neľudských aktérov a to v celom jeho procese, s výnimkou nejakej asistenčnej funkcie v podobe zadávania dát. Celé rozhodnutie je v tomto systéme vykonané bez akéhokoľvek zásahu človeka.

vykonať voči všetkým jednotlivým zložkovým právam. V tejto práci sa však budeme venovať analýze len jedného z nich a tým je právo na odôvodnené rozhodnutie, ktoré je ešte ako také súčasťou ďalšieho, nadradeného, zložkového aspektu práva na spravodlivý proces, označované najčastejšie ako aspekt „spravodlivého konania“.³

1. Odôvodnené rozhodnutie

Neodôvodnenie rozhodnutia je teda závažnou procesnou vadou (a porušením práva na spravodlivý proces), ako také teda je relatívne často namietaným právom pred Ústavným súdom, čo nám dáva relatívne dobrú predstavu o obsahu tohto práva. Aplikácia tohto práva sa opiera nielen o jeho zakotvenie v medzinárodných dokumentoch, ale aj na národnej úrovni v čl. 36 Listiny, a následne na zákonnej úrovni v kontexte civilného konania v § 157 zákona č.99/1963 Sb., prípadne v trestnom konaní v § 134 zákona č. 141/1961 Sb., pričom určité rozhodnutia si podľa zákona vyžadujú ďalšie špecifické body odôvodnenia, ako je tomu napríklad pri rozhodnutí o vzatí do väzby podľa § 73c, eventuálne v správnom konaní sa náležitosti odôvodnenia riadia podľa § 68 zákona č. 500/2004 Sb.⁴

Právo na spravodlivý proces je okrem národnej úpravy zakotvené napríklad aj v čl. 6 Európskeho dohovoru o ľudských právach („Dohovor“), pod hlavičkou ktorého sa tiež skrýva právo na odôvodnené rozhodnutie.⁵ To má za účel chrániť záujmy jednotlivcov a umožňovať verejnosti kontrolu výkonu súdnej moci, respektíve kontrolu rozsudkov vynešených jej menom.⁶ Takéto ponímanie je v kontraste s historickým vznikom odôvodnení, v ktorých pôvodne svoje rozhodnutie nižší súd vysvetľoval nadradenej inštancii či orgánu dozoru.⁷ Okrem toho však už ESLP, respektíve Dohovor, na národné súdy nekladie nejaké širšie povinnosti, respektíve iba také, ktoré v porovnaní s požiadavkami čl. 36 Listiny môžeme považovať za minimálne.⁸ To sa odráža potom samozrejme v rôznych národných prístupoch, od napríklad toho českého, ktorý dôsledne dbá na úmerné vysporiadanie sa s každou vznesenou námietkou, cez ten anglosaský, ktorý si zakladá na budovaní naratívu až po sylogistické odôvodnenia typické pre francúzske súdy,⁹ ktorý je práve pri diskusii o automatizácii odôvodnenia najzaujímavejší.¹⁰

³ Pozri napr. MOLEK, P. *Právo na spravodlivý proces*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 274–281.

⁴ S. ř. spr. hlavne však preberá podmienky stanovené o. s. ř. pre odôvodnenia, a to v § 64. Pozri napr. KÜHN, Z. et al. *Soudní řád správní. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 508–510.

⁵ KMEC, J. et al. *Evropská úmluva o lidských právech: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 757–762.

⁶ Rozsudok č. 35289/11 vo veci *Tatishvili proti Rusku* zo dňa 22. 2. 2007.

⁷ MOLEK, P. *Právo na spravodlivý proces*, s. 276.

⁸ Tu zrovna s národnou úpravou a Nálezmi ÚS napr. rozhodnutie vo veci *Perez proti Francúzsku*, najmä § 81, kedy ESLP tvrdí, že od súdu nemôžeme očakávať že sa vyjadrí ku každému vznesenému bodu.

⁹ LASSER, M. *Judicial deliberations – A comparative analysis od judicial transparency nad legitimacy*. Oxford University Press, 2014, s. 156.

¹⁰ Lasser dokonca francúzskych sudcov označuje za „stroje“, ktoré mechanicky uplatňujú platné právo a odôvodnenie je často konštruované formou „Zákon hovorí... a preto...“. Tento efekt potom pripisuje najmä silnej formalistickej tradícii vo francúzskom súdnictve, kedy sudca „jednoducho aplikuje“ relevantné číslo ustanovenia *Code civil* „pasívne, mechanicky, až matematicky“. V Lesserovom ponímaní potom tento text nielenže „sám“ generuje rozhodnutie, respektíve priamo z jeho textácie vychádza záver, ale zároveň tým aj určuje štruktúru rozhodnutia (odôvodnenia). Tu je potom zaujímavé sledovať široké možnosti automatizácie sudcovského rozhodovania ako takého, kedy je v súčasnosti za „strojový“ či „automatický“ považovaný striktné formalistický prístup, napr. Francúzov, ktorý sa zásadne vyhýbajú akémukoľvek precedentnému rozhodovaniu, ktoré je založené výhradne na presných pravidlách. Oproti tomu sa technicky javia byť vhodným kandidátom do budúcnosti prístupy strojového učenia, ktoré vychádzajú z podstatnej miery práve z predchádzajúcich rozhodnutí.

Z vyššie uvedených právnych predpisov vyplýva niekoľko základných podmienok, ktoré by malo odôvodnenie rozhodnutia spĺňať. Za prvé by sa malo jednať o určité zhrnutie žaloby, teda čoho a na základe akých dôvodov sa žalobca domáhal, súčasťou čoho by mala byť aj replika. Následne by malo byť v rozhodnutí uvedené aké skutočnosti boli považované za preukázané, dôkazy, ktorými sa súd pri svojom rozhodnutí riadil ako aj opis týchto úvah ktoré viedli k rozhodnutiu, spolu s odôvodnením vynechania niektorého z dôkazov, a v poslednej rade aj záver, ktorý z toho vyvodil. I keď s drobnými variáciami pri rôznych druhoch rozhodnutí či konaní, toto možno považovať za obecnú kostru obsahu odôvodnenia.

Tieto zákonom vymedzené základné podmienky potom svojím výkladom rozširuje, či ozrejmuje Ústavný súd vo svojej judikatúre. Môžeme sa tak dozvedieť, že porušením práva na spravodlivý proces, respektíve nedostatočným odôvodnením, je aj také odôvodnenie, ktoré sa nevypradálo so všetkými vznesenými námietkami, respektíve ako tvrdí Ústavný súd v Náleze I. ÚS 2449/20 zo dňa 9. 2. 2021, súd sa musí (riadne) vysporiadať so všetkými *relevantnými* námietkami, vznesenými v priebehu procesu, a to s každou z nich práve v takom rozsahu v akom sú relevantné.¹¹ Obdobne sa k tomu postavil aj v Náleze II. ÚS 2522/19 zo dňa 10. 12. 2020, kde Ústavný súd (skutočne len obdobne) tvrdí, že porušením práva na spravodlivý proces je explicitné nereagovanie na také tvrdenie, ktoré si to pre svoju rozhodnú povahu pre proces vyžaduje.¹²

Oba tieto Nálezy sú pre túto prácu zvlášť zaujímavé, a to jednako z dôvodu, že sa opierajú o judikatúru Európskeho Súdu pre Ľudské Práva („ESLP“), a tiež preto, že oba spomínajú aj automatizované rozhodovanie.¹³ Odkaz na judikatúru je tak trochu dvojsečná zbraň, na jednej strane nám totiž poskytuje ďalšie vhlad do tejto problematiky, na druhej strane to tiež znamená, že sa od Ústavného súdu nedočkáme žiadnej argumentácie, či aspoň odôvodnenia aplikácie predmetnej judikatúry, ktorá bude rozobratá v ďalšej časti článku.

1.1 Judikatúra ESLP a automatizácia

Prvým z rozsudkov ESLP, na ktoré sa Ústavný súd pri svojom opakovaní mantry „*Porušením práva na spravodlivý proces môže byť zejména stereotypní či automatizované odůvodnění [...]*“¹⁴ odkazuje, je rozsudok vo veci *Paradiso a Campanelli proti Taliansku*. Rozsudok sa venuje možnosti cezhraničného osvojovania detí a svojím obsahom obecné nie je nejak zvlášť podstatný, či zaujímavý, pre otázky odôvodňovania súdnych rozhodnutí. Pre túto prácu, a zjavne aj pre Ústavný súd, je tento rozsudok zaujímavý najmä v odstavci 210 (a souv.). V ňom práve súd hovorí, že k porušeniu práv nedošlo, nakoľko odôvodnenie zá-sahu do práv nebolo vykonané stereotypne či automaticky, respektíve bola zvážená individuálna situácia dieťaťa, o ktorom bolo rozhodované. Je zvláštne, že sa Ústavný súd tak chytil práve tohto odstavca v predmetnom rozsudku, nakoľko sa celý rozsudok venuje

¹¹ Nález I. ÚS 2449/20 zo dňa 9. 2. 2021, najmä potom § 31.

¹² Nález II. ÚS 2522/19 zo dňa 10. 12. 2020, najmä potom § 30.

¹³ Ústavný súd má samozrejme mnoho viac Nálezov zaoberajúcich sa odôvodňovaním rozhodnutia ako súčasť práva na spravodlivý proces, ako napríklad Nález III. ÚS 84/94 zo dňa 20. 6. 1995, kde právo opisuje vzťah týchto dvoch práv, respektíve pripisuje právu na odôvodnenie úlohu poistky voči sudcovskej svojvoľe, takáto analýza, akokoľvek zaujímavá, však neprináša nič do užšej problematiky tejto práce, Nálezy spomínané v tejto práci boli teda volené podobne, akoby súdy mali voliť body ku ktorým sa vyjadrujú – podľa kritéria relevantnosti.

¹⁴ Pozri napr. I. ÚS 2449/20 zo dňa 9. 2. 2021 § 34.

úplne inej záležitosti, do určitej miery to ani nie je hlavná otázka toho odstavca, no najmä je z autorovho pohľadu problematická nejasnosť významu „stereotypizovaného a automatického“ rozhodovania. Rozsudok totiž používa termín „automatic“ a nie „automated“, ktoré sa bežne používa s algoritmickými rozhodovacími systémami, a hlavne potom z kontextu rozsudku, ako aj z kontextu druhého odkazovaného rozsudku *ESLP X proti Litve*, na ktoré sa odkazuje aj odstavec 210, vyvstáva otázka, či pod pojmom automatický nebolo myslené také konanie, ktoré prebieha bez rozmyslu, jednoduchým prepisovaním nejakého vzoru. Nad to oba rozsudky považujú takéto rozhodovanie za potencionálne problematické výhradne pri rozhodovaní o otázkach osobného štatútu detí.

Z autorovho pohľadu je argumentácia týmto ustanovením ako odmietnutím automatizovaného odôvodňovania problematická, nakoľko je veľmi nejasné, prakticky neodôvodnené a špecifické pre zvlášť zraniteľnú skupinu. Zaujímavými sú však dovetky v týchto odstavcoch, ktoré nám často poskytujú nejakú bližšiu informáciu o obsahu odôvodnenia ako takého – teda povinnosť zvážiť a vysporiadať sa so špecifickou individuálnou situáciou, v dostatočne podrobnej miere. Odhliadnuc teda od možnosti neprípustnosti automatizovaného odôvodnenia v určitých prípadoch, bolo by vhodné sa ďalej pozrieť na reálne možnosti konštruovania odôvodnení nejakým automatizovaným systémom, a to najmä s ohľadom na technické limitácie, akými je najmä problém algoritmickej čiernej skrinky („*algorithmic black box*“).

2. Čierna skrinka

Jednou z častých námietok, ktoré sa vyskytujú pri algoritmickej (nielen) rozhodovacej procesov, je problém tzv. čiernej skrinky. Tento problém, respektíve stav, referuje k použití takého algoritmu, ktorého vnútorná logika je skrytá používateľovi, a v podstate aj jeho tvorcovi. Takýto stav veľmi často nastáva pri využití algoritmov strojového učenia, nakoľko programátorom je pri mnohých aplikáciách programovaný „učiaci“ algoritmus, nie výsledný rozhodovateľ.¹⁵ Takýto stav čiernej skrinky býva vo výskume umelej inteligencie často označovaný nielen ako praktický problém, ale aj etický.¹⁶ Jednou z otázok tejto práce je, či ho bude nutné označiť aj za právny problém.

Na prvý pohľad sa môže zdať, že problém algoritmickej čiernej skrinky vytvára absolútnu prekážku automatizovanému odôvodňovaniu, nakoľko z pohľadu človeka tu jednoducho nie je čo odôvodniť, poťažmo potom by táto situácia mala vytvárať absolútnu prekážku pre automatizované odôvodňovanie ako také, nakoľko nám tento stav zabráňuje poznať jeho logiku, čo je z pohľadu rozoberaného práva na odôvodnenie vo väčšine prípadov¹⁷ neprípustný stav.

V skutočnosti by sa však nemuselo jednať až o tak páľčivý problém, jednako preto, že existuje rozsiahla odborná diskusia, s už v tomto momente obstojnými výsledkami, o tom,

¹⁵ Ako poukazuje Dymitruk, modely ktoré najspoľahlivejšie reprodujú sudcovské rozhodovanie sú tie, ktoré sú prakticky nevyvetliteľné a naopak. Pozri: DYMITRUK, M. The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings. *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2019, č. 1.

¹⁶ GUIDOTTI, R. et al. A Survey of Methods for Explaining Black Box Models. *ACM Computing Surveys*. 2018, č. 5, s. 93:1–93:42.

¹⁷ Predchádzajúca kapitola opomenula situácie kedy je prípustné rozhodnutie neodôvodniť, no to je prípustné práve z dôvodu, že odôvodňovanie je v takých situáciách neopodstatnené, či proti logike veci, teda sa na ne rozoberané právo v podstate nevzťahuje. Pozri: MOLEK, P. *Právo na spravедlivý proces*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 274–281.

ako tento problém odstrániť, prípadne preto, že je vôbec otázne či tento problém vôbec existuje.¹⁸

Ak by sme chceli hľadať ekvivalenciu tohto právneho problému na poli počítačovej vedy, museli by sme sa pozrieť na výskum v oblasti tzv. vysvetliteľnej AI („*explainable AI*“). Táto oblasť však nerieši len odôvodnenie, zaoberá sa viac transparentnosťou a interpretovateľnosťou modelov a ich výsledkov, a práve pokroky v oblasti interpretovateľnosti by mohli vyriešiť aj (právnú) otázku odôvodnenia. Mittelstadt et al. identifikujú niekoľko takýchto modelov, ktoré by mali byť schopné vytvárať *post hoc*¹⁹ odôvodnenie rozhodnutia vykonaného algoritmom, ktorý by bol inak označený za čiernu skrinku.²⁰ V zásade by sa malo jednať o taký spätné propagovaný proces, ktorý by pridelil váhu jednotlivým uzlom, ktoré tvoria (neurónovú) sieť, teda na konci tohto procesu môžeme vidieť, ktoré body v akej miere zavážili pri formovaní finálneho rozhodnutia. Takúto analýzu potom možno vnímať vo svetle zákonného požiadavku na rozhodnutie ako na vysvetlenie, respektíve určenie toho, ktorými dôkazmi sa súd riadil a ktoré skutočnosti považoval za preukázané.

Takýto postup sa zdá byť ako ten najvhodnejší práve s ohľadom na zákonné požiadavky na odôvodnené rozhodnutie, no nie je jediný. Skupina odborníkov na vysokej úrovni pre umelú inteligenciu zriadená Európskou komisiou²¹ vydala v rámci svojej činnosti Pokyny k dôveryhodnosti AI,²² v ktorých uznáva, že niečo ako čierna skrinka existuje a treba s tým náležite narábať. Skupina je toho názoru, že v závislosti na kontexte rozhodnutia by mala postačovať aj len jednoduchá vedomosť mechanizmu, na ktorom algoritmus spočíva. Ako sama Skupina ďalej uvádza, čiernu skrinku často vytvára práve to, že nie sme schopní poznať ani ten, eventuálne takéto odôvodnenie je zrejme nedostačujúce s ohľadom na právo na spravodlivý proces, respektíve v kontexte rozhodovania o právach a povinnostiach jedincov.

Ako druhý možný spôsob mitigácie dopadu čiernej skrinky potom navrhuje „*rule of law by design*“, teda nastaviť systém, nie len algoritmického rozhodovania, ale obecne kontroly a narábania s rozhodnutím, takým spôsobom, aby nasledoval podmienky, ktoré by na takéto rozhodnutie kládli zásady vlády práva. V našom prípade by to ale znamenalo vyriešiť problém čiernej skrinky algoritmu tým, že by nikdy nevznikla, teda nastavíť

¹⁸ Na jednej strane je nutné poznamenať, že existujú rozhodovacie algoritmy, ktoré nevedú k vytvoreniu čiernej skrinky, tie sú však značne simplistické a skôr nevhodné pre naše účely, a tiež preto, že časť odborníkov zaoberajúcich sa vysvetliteľnosťou algoritmov (m. j. označované ako „*Explainable AI*“) často opakuje názor, že čierna skrinka vzniká vtedy, keď programátor „nedonútil“ svoj program urobiť všetko čo má.

¹⁹ Tu je nutné zdôrazniť, že je rozdiel medzi ľudským *post hoc* odôvodňovaním a tým algoritmickým. U ľudí tento proces prebieha ako formulácia rozhodnutia a následné nasadenie argumentov na toto rozhodnutie, miesto toho aby daného človeka k rozhodnutiu viedli práve tieto argumenty. U algoritmov je *post hoc* odôvodnenie skôr akýmsi „vytiahnutím“ týchto argumentov zo systému, teda existujú ešte pred vytvorením odôvodnenia. V tomto ohľade sa dá tvrdiť, že je takéto rozhodnutie ešte transparentnejšie než to ľudské, ktoré často funguje v opačnom poradí, prípadne je odôvodnenie písané inou osobou (asistentom) ako rozhodnutie. K otázkam prehadzovania poradia rozhodnutia a odôvodnenia pozri napr. aj ŽUFFOVÁ-KUNČOVÁ, T. Bylo dříve vejce nebo slepice? Lze připustit, aby soudce o případu nejdříve rozhodl, a až poté hledal pro své rozhodnutí oporu v právu? In: *Iurium* [online]. 15. 1. 2022 [cit 2022-06-09]. Dostupné zo: <<https://www.iurium.cz/2022/01/15/bylo-drive-vejce-nebo-slepice-lze-pripustit-aby-soudce-o-pripadu-nejdříve-rozhodl-a-az-pote-hledal-pro-sve-rozhodnutí-oporu-v-právu/>>.

²⁰ MITTELSTADT, B. – RUSSELL, C. – WACHTER, S. Explaining Explanations in AI. *Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*. 2019.

²¹ Pozri: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>>.

²² EURÓPSKA KOMISIA. High-level expert group on artificial intelligence. Ethics guidelines for trustworthy AI. In: *ec.europa.eu* [online]. 2019. Dostupné zo: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>>.

rozhodovací proces tak aby bola zachovaná kontrola, respektíve nejaký ľudský dohľad. To však s ohľadom na spomínané technické limitácie jednoduchých rozhodovacích algoritmov v súčasnosti nie je schodná cesta.

2.1 Právo na porozumenie

Ako Mittelstadt rozoberá v úvode do spomínanej práce, rozsah pojmu vysvetliteľná AI zahŕňa viacero aspektov transparentnosti a pochopiteľnosti algoritmickeho rozhodovania, jednou z nich je aj práve porozumiteľnosť (štruktúry algoritmu).²³ Toto je prvý z odkazov na ustanovenia GDPR ako možnej inšpirácie, respektíve ako doposiaľ v zásade jedinej existujúcej právnej úpravy, ktorá sa aspoň okrajovo dotýka problematiky tejto práce a mimo iné tiež uvádza právo na porozumenie vnútornej logiky procesu, ktorý o dátovom subjekte automaticky rozhodoval, a preto sa budeme týmto podobnosťami venovať v ďalšej časti. Ďalším existujúcim právnym predpisom, ktorý to vidí zhodne s Mittelstadtom, je aj kanadské Nariadenia o automatizovanom rozhodovaní²⁴, ktoré potrebu porozumiteľnosti rozhodovacieho procesu zdôrazňuje najmä s ohľadom na spätnú kontrolu funkčnosti systému a správnosti algoritmu, porozumiteľnosť teda v tomto prípade nie je adresovaná osobe, o ktorej bolo rozhodované ale orgánu dozoru.

Táto úvaha nás však privádza k ďalšej komplikácii automatizovaného odôvodňovania rozhodnutí, a to k otázke jeho formy. Ostatne, ako uvádza Mittelstadt, vysvetliteľná AI by mala mať aj sociologicko-filozofické aspekty, medzi ktoré sa radí aj otázka, či je produkovanie vysvetlenie algoritmickej čiernej skrinky „užitočné“ pre adresáta. Obecne potom je potrebné mať na akékoľvek automatizované vysvetlenie požiadavku toho, aby bolo dostatočne porozumiteľné.²⁵ Čo do konkrétnej formy odôvodnenia súdneho rozhodnutia nám zákon ani komentárová literatúra toho veľmi nezdelujú a v zásade sa obmedzujú len na výpočet bodov povinného obsahu, ktorý bol už uvedený v úvodnej časti.²⁶ Bližšie informácie sa potom nevieme dozvedieť ani na nadnárodnej, respektíve európskej úrovni, kedy sa ESLP vo svojich nálezhoch obdobne obmedzuje na výpočet jednotlivých bodov, ktoré v odôvodnení musia zaznieť. Z pohľadu ESLP je to najmä reflexia *hlavného* argumentu, špecifických a dôležitých bodov, a takých bodov, ktoré sa odkazujú na Dohovor.²⁷ Súd už však bližšie nešpecifikuje, ako sa má s týmito bodmi narábať. Ako poukazuje Kühn, prísť s nejakým štandardom kvality u súdnych odôvodnení je prakticky nemožné, nakoľko štýl a spôsob odôvodňovania rozhodnutí sa líši nielen naprieč odvetviami súdnictva, ale aj súdmi, či dokonca na úrovni jednotlivých sudcov.²⁸ Jediným, a neúspešným, pokusom o štandardizáciu kvality sudcovského odôvodňovania mal byť návrh kódexu disciplinárnych priestupkov, ktorý za nedostatočne odôvodnené rozhodnutie považoval také, ktoré

²³ MITTELSTADT, B. – RUSSELL, C. – WACHTER, S. *Explaining Explanation in AI*.

²⁴ Pozri: <<https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>>.

²⁵ Mnohé aproximatívne modely algoritmickeho vysvetlenia majú totiž ako svoj výstup len váhu jednotlivých uzlov v rozhodovacej sieti, čo z pohľadu bežného občana možno označiť za skôr nepostačujúce odôvodnenie.

²⁶ Pozri napr. SCHELLEOVÁ, I. a kol. *Civilní Proces*. EUROLEX-BOHEMIA, 2016, s. 564.

²⁷ Pozri napr. rozsudok č. 11161/08 vo veci *Mont Blanc Trading Ltd a Antares Titanium Trading Ltd proti Ukrajine*, najmä § 82 a 84, alebo rozsudok č. 76240/01 vo veci *Wagner a J. M. W. L. proti Luxembursku*, najmä § 96.

²⁸ To Kühn vidí ako dôvod, prečo sa kontrola činnosti súdov obmedzuje na príliš dlho trvajúce rozhodovanie („pomalú prácu“) a počet rozhodnutí zmenených druhostupňovou inštanciou. KÜHN, Z. *The Quality of Justice and of Judicial Reasoning in the Czech Republic*. In: BENCZE, M. – NG, Y. (eds). *How to Measure the Quality of Judicial Reasoning*. Springer. 2018, s. 174–176.

porušovalo platné právo alebo jeho zaužívanú interpretáciu, nepoužívalo racionálnu argumentáciu alebo bolo arbitrárne, či porušovalo *nároky na kvalitné rozhodovanie*.²⁹

Takéto bodové vymedzenie obsahu nás potom logicky navádza na úvahy o možnostiach formulárového odôvodnenia. To by z pohľadu automatického generovania textu malo byť tou najjednoduchšou možnosťou, nakoľko by len na vopred predurčená miesta dopĺňalo predpokladané hodnoty, zrejme v podobe bodov, ktoré zákon predpokladá ako obsah rozhodnutia, teda mimo iné výpočet skutočností, ktoré boli pre rozhodnutie považované za preukázané, a dôkazy, ktorými sa riadil, prípadne mieru, do akej pre dané rozhodnutie, ktorý konkrétny dôkaz zavážil, nakoľko práve táto hodnota je jedným z výstupov aproximatívnych vysvetľovacích modelov opísaných v predchádzajúcej časti. Otázkou však zostáva, či práve takéto „jednoduché“ doplnenie predpísaného odôvodnenia nebude konstituovať práve stereotypizované odôvodnenie, ktoré v *určitých* prípadoch môže zakladať porušenie práva na spravodlivý proces. Kvôli zvrchu opísanej pojmovej nejasnosti by sme podľa všetkého zatiaľ mohli na túto otázku povedať, že sa bude jednať o problém pri rozhodovaní o otázkach osobného štatútu mladistvých, prípadne inej zvlášť zraniteľnej skupiny obyvateľstva – jedná sa o také rozhodnutia, u ktorých ESLP, s ohľadom na dodržanie práva na spravodlivý proces, v spomínanej judikatúre kladie dôraz na konkrétne zváženie a zhodnotenie každej jednej situácie. Možno sa domnievať, že ESLP volí takéto prípady práve pre potrebu ich silnej individualizácie, teda povinnosť sudcu priamo sa oboznámiť a zvážiť buďto želanie a názor (ako mimo iné ukladá napríklad aj článok 12 Dohovoru o právach dieťaťa), prípadne relevantný stav danej osoby (ako napríklad pri obmedzení svojprávnosti), a ako je uvedené v *Paradiso a Campanelli*, rozhodnutie musí reflektovať konkrétne dopady týchto pozorovaní na rozhodnutie.

Pri úvahách o prípustnosti formulárového odôvodňovania pri iných druhoch rozhodnutí sa ponúka trochu cynická otázka, akým spôsobom sa pracuje s textami rozhodnutí v súčasnosti a či už teraz neexistuje niečo ako formulárový rozsudok, ktorý vzniká prepisovaním relevantných údajov v predchádzajúcich rozhodnutiach rovnakého druhu. Sú to potom najmä rozhodnutia vo veciach, v ktorých nie je potrebné nariadiť ústne konanie, ktoré sú pre svoju jednoduchosť a strohosť prakticky identické.

Druhá varianta je založená na predpoklade, že pre absenciu akýchkoľvek sťažností, či náleзов, môžeme predpokladať, že až na nejaké odchýlky je súčasný stav odôvodnení vyhovujúci, alebo minimálne v zhode s minimálnymi požiadavkami práva na spravodlivý proces. Je teda možné hľadať také automatizované technické riešenie, ktoré by v určitej miere kopirovalo stávajúce odôvodnenia. Už z takéhoto opisu sa núka riešenie založené na strojovom učení, ktoré by vychádzalo z existujúceho rozhodnutia, respektíve by ho ako dataset využilo. Vhodným kandidátom je potom systém založený na jazykovom modeli GPT-3.³⁰ Tento systém generuje text na základe parametrov (čo do jeho obsahu) a kopíruje pritom štylistiku vzorových textov. Pri správnom nastavení je teda možné si predstaviť automatizované generovanie originálneho súvislého textu, ktorý nahrádza „ľudské“ odôvodnenie rozhodnutia.³¹

²⁹ Ibidem, s. 174–185.

³⁰ Pozri: <<https://openai.com/blog/openai-api/>>.

³¹ K schopnosti GPT-3 generovať dlhé súvislé texty pozri článok v *The Guardian*, ktorý ním bol vygenerovaný: GPT-3. A robot wrote this entire article. Are you scared yet, human? In: *the Guardian* [online]. 8. 9. 2020 [cit.]. Dostupné zo: <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2020/sep/08/robot-wrote-this-article-gpt-3>>.

Takáto predstava nás však privádza k ďalšej limitácii, respektíve zrejme bližšie k okruhu prípadov a rozhodnutí u ktorých by bolo možné potenciálne uvažovať o automatizácii rozhodovania, respektíve aj len odôvodňovania. Stav, kedy je každé jedno rozhodnutie (alebo aj odôvodnenie) naviazané na všetky predchádzajúce, v zmysle tréningového datasetu, síce značne zvyšuje právnu istotu a konzistentnosť rozhodovacej praxe a jej predvídateľnosť, no zároveň je prakticky nemožné produkovanie rozhodnutí v „hard case“, teda prípady, ktoré sa nedajú rozhodnúť výhradne prostredníctvom jednoduchej interpretácie platného práva.^{32, 33} Takéto prípady by potom podľa Ústavného súdu mali vo svojom odôvodnení o to podrobnejšie reflektovať hodnoty a zásady, na základe ktorých bolo rozhodnuté,³⁴ musí sa teda prakticky jednať o jedinečné rozhodnutie, ktoré nie je generovateľné. Minimálne takéto prípady predstavujú absolútnu limitáciu automatizovaného odôvodnenia.

3. Otázka porozumiteľnosti a súčasná právna úprava

Táto práca sa zaoberá teoretickou situáciou, ktorej realizácia by si zrejme vyžiadala vlastnú právnu úpravu. Najbližšie k úprave automatizovaného rozhodovania, a teda aj jeho odôvodňovania, má Všeobecné nariadenie o ochrane údajov (ďalej len „GDPR“). Článok 22 hovoriaci o automatizovanom rozhodovaní, respektíve 13–15 ustanovujúce informačnú povinnosť, tohto nariadenia zakladá subjektom pri automatizovanom rozhodovaní (profilovaní) právo na jednako informácie o tom, že k tomu došlo, a čo je pre nás zaujímavejšie, nárok na poznanie „logiky“ rozhodovania, a ako vyplýva m. j. z recitálov, mať nárok na následné odôvodnenie rozhodnutia.

V kontexte týchto ustanovení potom vznikla diskusia o tom, či je týmto založené nové právo na vysvetlenie,³⁵ a ak áno, čo je jeho obsahom, prípadne či je *ex ante* informácia ekvivalentnom *ex post* vysvetleníu.³⁶ V kontexte rozhodovania moci verejnej o právach a povinnostiach samozrejme takéto nie je dostačujúce,³⁷ tieto ustanovenia sú zaujímavé

³² *Hard cases* a ich rozhodovanie v Dworkinovskom ponímaní, kedy Dworkin v diele *Taking Rights Seriously* uvádza tézu, že existuje set prípadov, ktoré nejdú rozhodnúť výhradne pozitivistickou interpretáciou práva ale je nutná nejaká miera diskrecie. Pozri: DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978, s. 81–130.

³³ Využívanie historických datasetov a s nimi spojených štatistických metód (strojového učenia) so sebou prináša celý rad ďalších komplikácií pre právo, respektíve spravodlivosť, ako napríklad dopad na otvorenú štruktúru práva a jeho ďalší vývoj, či problém „znovu nalézání“ práva v každom novom prípade ako poistku individualizácie potrebnej pre rozdielnosť konceptov práva a spravodlivosti, k tomu pozri: DERRIDA, J. *Síla zákona*. Oikoymenth, 2002, s. 21–28. Tieto a ďalšie súvisiace problémy si však zaslúžia vlastné, hlbšie pojednanie.

³⁴ Pozri nálež I. ÚS 403/03 z 17. 8. 2005.

³⁵ Zrovňaj GOODMAN, B. – FLAXMAN, S. European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. *AI Magazine*. 2017, č. 3, s. 50–57, ktorý ako prvý argumentovali jeho existenciu s opačným názorom mimo iné aj Mittelstadta v: WACHTER, S. – MITTELSTADT, B. – FLORIDI, L. Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*. 2017, Vol. 7, Iss. 2, s. 76.

³⁶ MALGIERI, G. Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations. *Computer Law & Security Review*. 2019, č. 5, s. 105327. Dostupné zo: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918303753>>.

³⁷ Tu pozri napr. URÍČAŘ, M. et al. *Obecné nařízení o ochraně osobních údajů: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 608, kde je dovedené, že správca musí subjektu poskytnúť okrem iného informácie, že k takému druhu rozhodovania dochádza a poskytnúť zmysluplné informácie o použitom postupe, význame a predpokladaných dôsledkoch takého rozhodovania. Tieto podmienky sú s ohľadom na vyššie uvedené nároky pre odôvodnené rozhodnutie zjavne nedostačujúce a príliš abstraktné, než aby mohli byť považované za odôvodnenie v kontexte verejnoprávneho rozhodnutia o právach a povinnostiach.

najmä z pohľadu otázky, čo to znamená vysvetliť a či je nejaký rozdiel oproti pojmu pochopiť, čo do formálnej stránky odôvodnenia. V prvom rade je nutné podotknúť, že už samotná požiadavka vyslovená v článkoch 13–15, teda poznať vnútornú logiku, ide proti konceptu algoritmickej čiernej skrinky, odhliadnuc od toho, nám ďalej hovorí, že táto logika musí byť poznateľná „*zmysluplným spôsobom*“, ³⁸ čo nás vracia do rozoberaného problému práhu pochopiteľnosti, nakoľko ani Pracovná skupina 29 vo svojich Pokynoch tento pojem bližšie neidentifikuje, hovorí len, že sa tým nemyslí odhalenie algoritmu ako takého, prípadne že v závislosti od kontextu by sa mohlo jednať o zdelenie rozhodovacích kritérií. Jarolímková v komentári uvádza, že správca nie je povinný vysvetľovať subjektu (rozhodovaci) algoritmus dopodrobna, či mu ho celý odhaliť, z čoho potom dovodzuje aj „riešenie“ pre problém čiernej skrinky, teda že nakoľko neexistuje povinnosť komplexného vysvetlenia nie je problém, že správca v podstate ani takéto vysvetlenie nikdy podať nemôže. ³⁹ Tento nedostatok potom, ako uvádza v komentári, je možné preklenúť nejakou formou certifikácie („*informace o pravidelném testování*“), ⁴⁰ pri probléme čiernej skrinky, teda inherentne netransparentného systému, sa núka otázka, čo vlastne má takéto certifikácia osvedčovať.

V otázke pochopiteľnosti, respektíve vhodnej formy podávaného vysvetlenia Jarolímková, respektíve WP 260 rev.01 uvádzajú, že informácie musia byť poskytnuté podľa zásady transparentnosti, teda stručne, zrozumiteľne, ľahko prístupným spôsobom za použitia jasných a jednoduchých jazykových prostriedkov. ⁴¹

Určitý náznak, že medzi právom na vysvetlenie a právom na pochopenie bude nejaký rozdiel, potom plynie z národných zapracovaní GDPR, ktoré takéto právo zavádzajú. Konkrétne sa jedná o Maďarsko a Francúzsko, ⁴² ktoré zvolili podľa Malgieriho tzv. proaktívny prístup. ⁴³ V porovnaní s ostatnými národnými úpravami, respektíve aj samotným Nariadením ako takým nám poskytujú informácie o tom, kedy je logika algoritmickeho rozhodnutia pochopiteľná, nakoľko implementácie priamo stanovujú, že subjektu musia byť známe nielen jednotlivé faktory rozhodovania ale aj ich váha a to v „pochopiteľnej“ forme. Takýto opis je prakticky opisom proximatívnych modelov vysvetliteľnej AI opísaných v tretej kapitole, takýto názor, respektíve takéto možnosť implementácie je však v rozpore s nálezom francúzskeho ústavného súdu, ktorý za neprípustnú považuje implementáciu takéto rozhodovacieho algoritmu, u ktorého pri vývoji každej jednotlivéj časti nehral hlavnú úlohu človek. ⁴⁴

Táto krátka exkurzia mala dva ciele, jednako priblížiť spôsob, akým k tejto problematike pristupuje zatiaľ prakticky jediná úprava, aspoň nejakej formy, automatizovaného

³⁸ DATA PROTECTION WORKING PARTY 29. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679. In: *ec.europa.eu* [online]. Dostupné zo: <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>>.

³⁹ URÍČAŘ, M. et al. *Obecné nařízení o ochraně osobních údajů: komentář*, s. 608–609.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 609.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² V kontexte súdnej automatizácie (í keď už priamo rozhodovania a nie odôvodnení) volí Francúzsko obdobie prístup ako ESLLP, teda zhladáva ho neprípustné v otázkach osobnostného štatútu. Art. 10(1), Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Dostupné zo: <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037085952>>.

⁴³ MALGIERI, G. *Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations*.

⁴⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018*. Dostupné zo: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018765DC.htm>>.

rozhodovania, a po druhé, aj v nadväznosti na nedostačujúci charakter tejto úpravy, poukázať na komplexnosť tejto problematiky,⁴⁵ ktorú s ohľadom na rozoberaný druh verejnoprávných rozhodnutí nemožno odbiť len jednoduchým odstavcom.

Záver

Vyslovenie záveru, či je z pohľadu práva na spravodlivý proces možné automaticky generovať odôvodnenia rozsudkov, v zásade stojí na zodpovedaní dvoch podotázok. Tou prvou je otázka, čo všetko by malo materiálne odôvodnenie splňovať na to, aby bolo v súlade s právom na odôvodnené rozhodnutie,⁴⁶ a tiež aké musí naplňovať formálne požiadavky, teda napríklad či sa môže jednať o formulárové odôvodňovanie. V nadväznosti nato je potom potrebné si položiť otázku technického charakteru, teda či existuje také algoritmické riešenie, ktoré by týmto požiadavkám vyhovovalo a zároveň neprinášalo ďalšie komplikácie, teda práve typicky nejaký druh nevysvetliteľnosti algoritmickej činnosti, ako upozorňujú Slebst a Powles, jedná sa však skutočne o netriviálny technický aspekt tohto práva.⁴⁷

Nezávislou otázkou sú možné limitácie takéhoto „základného“ modelu. Tou prvou, ku ktorej máme už teraz, i keď mierne nejednoznačnú, judikatúru, je problém rozhodovania o osobnostných otázkach mladistvých, čo je predmet, ktorý zrejme možno zobecniť na takéto rozhodnutia u zvlášť zraniteľných osôb, u ktorých je vyžadovaná taká miera individualizácie rozhodnutia a priameho sa oboznamovania s konkrétnymi, osobnými aspektami situácie, že ju technicky nemožno zaručiť v takej miere, aby nedochádzalo k porušeniu práva na spravodlivý proces či iných práv relevantných v danej situácii. Ďalšou predpokladanou limitáciou bude potom odôvodňovanie rozhodnutí, ktoré si vyžadujú originálnu, v zásade mimoprávnu (teda hodnotovú, či princípovú), a rozsiahlu argumentáciu, teda v prípade *hard cases*.

Na opačnej strane týchto limitácií potom stoja rozhodnutia, o ktorých možno rozhodnúť bez nariadenia ústneho jednania, ktoré sú pre svoju jednoduchosť a repetitívnosť danú vecou samou, ktorá sudcovi neposkytuje priestor pre inováciu, kreativnosť a vo veľkej miere ani pre vlastné uváženie, ideálnym adeptom na takúto automatizáciu.⁴⁸

⁴⁵ Tu mimo iné napríklad aj s ohľadom na rozdielnosť úrovne na ktorej sa vysvetlenie poskytuje podľa GDPR, kde stačí vysvetliť spôsob akým bude rozhodnutie vykonané a úpravu napr. o. s. r., kde je nutné vysvetliť spôsob, akým bolo dospeť ku konkrétnemu rozhodnutiu.

⁴⁶ Poľažmo s tým potom aj m. j. s Vládou práva, pozri: VENICE COMMISSION. *Rule of Law Checklist*. Strassbourg: COE, 2016. Dostupné zo: <https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf>.

⁴⁷ SELBST, A. D. – POWLES, J. Meaningful information and the right to explanation. *International Data Privacy Law*. 2017, Vol. 7, Iss. 4, s. 233–242.

⁴⁸ Tento článok vychádza z modelu, kedy rozhodnutie, ktoré je automatizované odôvodňované je tiež samo vynesené bez zásahu človeka. Odhliadnuc od časti, ktorá sa výslovne venuje problému *black boxu*, teda úvod časti 3, mal by tento článok slúžiť aj ako základný úvod do automatizovaného odôvodnenia rozhodnutí ľudských sudcov.

Užití analogie legis v judikatuře českých soudů

Patrik Koželuha*

Abstrakt: Článek pojednává o analogii legis jakožto o jednom z prostředků dotváření práva. Předmětem analýzy v článku je vymezení analogie jako metodologického postupu a dále pak zejména podmínek jejího užití (otázky související s rozhodováním mezi užitím argumentu per analogiam legis oproti argumentu a contrario). Článek obsahuje teoretickou i praktickou analýzu zabývající se vytyčením oblastí, v nichž je užití analogie v určitých situacích obecně nepřipustné (trestní právo hmotné, vymezení kompetencí a pravomocí, stanovení daní a poplatků). Na příkladech rozhodnutí ze soudní praxe pak ilustruje snahu soudů o nalezení konkrétnějšího vymezení hranic užití analogie a některé praktické problémy (například se jedná o povahu argumentu a fortiori a otázky, zda se jedná o argument interpretace práva či dotváření práva, soudy dovozený zákaz analogie v případě konstitutivních rozhodnutí apod.). Na tyto otázky navazuje rozbor dalších omezení vztahujících se k užití analogie v konkrétních případech, tedy přesně problematika existence mezer v zákoně, jejich kategorizace a určení, u kterých z nich lze aplikovat některý ze způsobů dotváření práva, a u kterých nikoli. Konečně se článek zabývá též přezkoumáním podmínky vhodnosti užití analogie v konkrétním případě (vlastním posouzením podobnosti, selekce porovnávaných prvků a relevantnosti účelu).

Klíčová slova: interpretace práva, dotváření práva, analogie, mezery v zákoně, per analogiam legis

Úvod

Analogie je tradiční právní pojem, který umožňuje přistoupit k dotváření práva soudy v případech zjištění existence mezery v zákoně. Interpretace a dotváření práva setrvale přitahují pozornost právních teoretiků. Zatímco interpretace práva má podrobně rozpracovaný systém metod, argumentů a pravidel přednosti (byť na tomto systému chybí jednoznačná shoda), pak oblast dotváření práva (včetně analogie) takto podrobně zatím zkoumána není. Přitom je analogie nástrojem se zcela zásadními důsledky, pomocí kterého může interpret dotvořit pravidlo chování pro konkrétní případ a posoudit tento případ zcela jinak (žalobě vyhovět), než pokud by pravidlo absentovalo (žalobu zamítnout). I v rámci české doktríny není zcela jasné, za jakých okolností je vhodné k analogii přistoupit – někteří autoři totiž zdůrazňují vázanost interpreta textem zákona a k analogii se staví zdrženlivě,¹ jiní akcentují objektivně teleologický výklad, který otevírá pole dotváření zákona.²

V rámci tohoto článku vyjdeme ze stávajícího stavu české literatury k vybraným otázkám týkajícím se analogie,³ přičemž tyto závěry doplníme o některé závěry francouzsky psané literatury, která není v českých podmínkách podrobněji zkoumána. Takto zjištěné

* Mgr. Patrik Koželuha. Doktorand na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy a advokát. E-mail: patrik.kozeluha@brizatrubac.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8048-3502>.

1 GERLOCH, A. – TRYZNA, J. Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis. In: GERLOCH, A. – TOMÁŠEK, M. et al. *Nové jevy v právu na počátku 21. století. 2. díl, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*. Praha: Karolinum, 2010.

2 MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha. C. H. Beck, 2009.

3 Tématu analogie se již dříve mimo jiné věnoval rovněž časopis Právník, v jehož čísle 2/2003 vyšlo několik odborných článků. Srov. Právník. 2003, roč. 142, č. 2.

závěry budeme konfrontovat s vybranými rozhodnutími českých soudů s cílem zjistit a vyjádřit se k tomu, zda v rámci aplikace jsou závěry právní doktríny respektovány či jejich aplikace činí problémy a zda v rámci aplikace analogie nevznikají též problémy, k nimž doposud právní teorie nenabízí odpověď.

1. Pojem analogie

Právní praxe i odborná literatura tradičně rozlišují mezi i) analogií *legis* a ii) analogií *iuris*. Analogií *legis* je takový postup, kdy se mezera v zákoně vyplní prostřednictvím aplikace nejvíce podobného právem upraveného případu. Analogií *iuris* je pak takový postup, kdy se mezera v zákoně vyplní prostřednictvím aplikace obecných právních principů, případně podle zásad příslušného právního odvětví. Je ovšem otázkou, zda v případě analogie *iuris* je užití termínu „analogie“ vhodným. Fakticky zde totiž nejde o aplikaci určité normy nebo jiného normativního prvku právního řádu na jiné ale obdobné případy, ale jde o přímé užití jiného obecnějšího prvku právního řádu, tedy obecného právního principu.

Podstatu analogie *legis* vystihuje F. Melzer následovně: „*Podstata analogie spočívá v tom, že se právní následek normovaný v tomto ustanovení aplikuje i na případy, které jeho dikce nezahrnuje. Podobnost spočívá právě v tom, že oba případy, tj. jak v dikci zahrnutý, tak i ten, na které se dikce ustanovení nevztahuje, mají alespoň v podstatných bodech stejný (podobný) teleologický základ.*“⁴ Obdobně vystihuje analogii též T. Sobek.⁵

Vlastní postup při vyplnění mezery v zákoně prostřednictvím analogie lze rozdělit do několika fází či podmínek. J. Wintr například hovoří o dvou podmínkách:

- 1) první podmínkou je ověření přípustnosti analogie pro danou situaci (typicky například pro odvětví trestního práva hmotného v neprospěch pachatele trestného činu),
- 2) druhou podmínkou je ověření vhodnosti analogie v daném případě, kterou spojuje s teleologickou úvahou.⁶ Účelem je ověřit jednak to, je-li mezi skutkovými podstatami více podobností než rozdílů, jednak to, je-li v dané věci stejné *ratio legis*.⁷

Belgický právní teoretik P. Delnoy popisuje podmínky použití analogie ve třech krocích:

- 1) Identifikace mezery v zákoně, kdy je předpokladem, že daný případ není řešen právem (ani s přihlédnutím k možné interpretaci či s použitím obecnějších norem), přičemž čistě logické řešení, ke kterému by se mělo dospět za užití obecné normy svobody (respektive v našem pojetí legální licence), nevede k řešení problému, které by bylo přijatelné z pohledu aktuálních společenských představ týkajících se spravedlnosti, společenského uspořádání, obecného zájmu apod.
- 2) Zjištění, zda soudce je oprávněn či dokonce povinen vyplnit mezery v zákoně, což obnáší též nutnost přesvědčit se, že soudce nebude překračovat hranice dotváření práva nepřipustnou normotvorbou proti vůli zákonodárce.

⁴ *Ibidem*, s. 242.

⁵ „*Právní normu použijeme i na takový případ, který sice explicitně nereguluje (nespadá do jejího rozsahu), ale je relevantním (z hlediska účelu této normy významným) způsobem podobným případům, které ona norma explicitně reguluje.*“ (SOBEK, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 185).

⁶ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 161–162.

⁷ HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 346–347.

- 3) Nalezení prostředků vyplnění mezery (právě například prostřednictvím analogie). Přitom je třeba připustit jen takový způsob vyplnění mezery, který se bude opírat o právní řád (buť v jeho širším vymezení), a nikoli o osobní úvahy o spravedlnosti v konkrétním případě.⁸

Zaměříme se nyní na to, co se děje v mysli osoby aplikující právo v momentech aplikace mezi body 1) a 2) popsány výše. Otázka, která se zde nabízí, zní: co opravňuje soudce k tomu, aby popřel důsledky vyplývající z absence právní normy a tomu odpovídající logické úvahy vedoucí k zamítnutí nároku? Zde je nejprve nutno připustit, že minimálně jedno hypotetické řešení každého právního případu vždy fakticky i formálně-právně dáno je, neboť v důsledku absence právní úpravy vždy existuje možnost žalobu zamítnout, sankci neuložit apod. Nicméně toto řešení vyplývající z logického sylogismu daná osoba vědomě odmítne. Nezbyvá než uznat, že toto rozhodnutí je přeci jen důsledkem do větší či menší míry subjektivní úvahy osoby aplikující právo, která dá přednost cestě dotváření práva opírající se o hodnotovou úvahu oproti nehodnotové logické úvaze. Je to tedy hodnotová úvaha, která nakonec převáží. Taková hodnotová úvaha však v podmínkách českého právního řádu nikdy nemůže být čistě subjektivní v tom smyslu, že by se opírala pouze o osobní hlediska rozhodující osoby (osobní představy o spravedlnosti, morálku, politické přesvědčení, úvahy *de lege ferenda* apod.), ale je nutno trvat na tom, že se musí opírat o institucionalizované argumenty,⁹ což se projevuje v tom, že musí být prokázána objektivizovaná teleologická relevance řešení vyplývajícího ze zákona na řešený právem neupravený případ.

Tím, že se analogie opírá o hodnotovou úvahu o podobnosti, a nikoli o prosté deduktivní uvažování, jedná se o nástroj, u nějž je třeba připustit, že interpret má významnější roli než v rámci jednoduché deduktivní aplikace práva. U argumentace analogií se proto rovněž zdůrazňuje skutečnost, že se jedná o argument, který může vždy vést pouze k „pravděpodobné pravdě“. Na to upozorňuje F. Ost. Argument dle jeho názoru vychází z toho, že pokud zákonodárce výslovně právem upravil určitou skutkovou situaci, lze předpokládat, že chtěl vyhradit stejné řešení pro případy, které jsou zásadně podobné. Pravděpodobnost je pak dána tím, že úmysl, který je zde zákonodárci přisuzován, je vždy pouze předpokládaným úmyslem.¹⁰

Skutečnost, že analogií řešíme případy, kdy se zákonodárce nevyjádřil jasně, tak s ohledem na to, že řešení analogií je pouze pravděpodobnostní, může vést k tomu, že fakticky mohou některá soudní rozhodnutí směřovat i proti skutečným právně-politickým představám zákonodárce o aplikaci jím vydaného předpisu (za předpokladu, že je nevyjádřil natolik jasně, že se zjevně jedná o vědomou mezeru v zákoně). Pak ovšem nezbyvá zákonodárci jiné řešení než přijmout změnu právního předpisu a vyjádřit se o daném právním případě jasně.

⁸ DELNOY, P. *Éléments de méthodologie juridique. 1. Méthodologie de l'interprétation juridique. 2. Méthodologie de l'application du droit.* 3^e édition. Brusel: Larcier, 2009, s. 416–417.

⁹ GERLOCH, A. – TRYZNA, J. Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace *lege artis*. In: GERLOCH, A., TOMÁŠEK, M. et al. *Nové jevy v právu na počátku 21. století. 2. díl, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*, s. 31.

¹⁰ OST, F. *L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur*. In: VAN DE KERCHOVE, M. *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s. 121–122.

2. Per analogiam legis nebo a contrario?

Jak bylo popsáno výše, je to právě teleologická úvaha spočívající v poměření totožnosti účelu zákona v případě právem upraveném s případem právem neupraveným, která rozhodne o tom, zda je analogie vhodná oproti užití argumentu *a contrario*. S rostoucí mírou přesvědčení, v jaké lze dovodit, že účel, který zákonodárce prostřednictvím zákona prosadil v právem upraveném případě, lze totožně uplatnit též na případ právem neupravený, roste vhodnost použití analogie, přičemž se však z druhé strany poměřuje zásada právní jistoty (zejména v podobě legitimního očekávání adresátů právních norem). Je patrné, že pokud orgán aplikující právo dospěje k závěru, že totožnost účelu dána není, pak se úvahy o užití analogie na tomto místě ukončí a orgán aplikující právo použije argument *a contrario*.

Napětí mezi analogií a argumentem *a contrario* se věnuje L. Hlouch, který se domnívá, že neexistuje univerzální pravidlo přednosti mezi těmito argumenty. L. Hlouch uvádí, že argument *a contrario* bude namísto pouze tam, kde „*lze výkladem dovodit, že zákonodárce řekl či měl na mysli, že pouze A má mít určitý režim, nikoli však již non A.*“¹¹ Pokud zákonodárce však nestanoví „*výslovně exkluzivní vztah A a non A z hlediska určité vlastnosti X (např. vylučujícími výrazy ‚jen‘, ‚pouze‘ atd.), pak je nutno provést teleologickou úvahu založenou především na intuici a předporozumění interpretace, zda také prvky non A nemají mít vlastnost X.*“¹² Zde se ztotožňuji se závěrem, že preference argumentu *a contrario* je namísto tam, kde se dovodí výkladem, že zákonodárce skutečně měl na mysli, že jím zamýšlené pravidlo má být užito výlučně pro uvedené skutkové stavy, a nikoli pro žádné jiné či přesněji nikoli na řešený případ. Nicméně se domnívám, že stěžejní je skutečně dovodit tento závěr výkladem, přičemž samotné užití slovních výrazů „jen“ a „pouze“ neznamená bez dalšího zakázání ani v případě taxativních výčtů (k tomu viz dále). Aby byla dána jistota, že užití analogie je zakázáno, muselo by být prokázáno, že zákonodárce zvažoval aplikaci pravidla na řešený případ a vědomě ji zavrhl. Jaká vodítka máme k dispozici pro to, abychom dovodili, že právní následek vyplývající ze zákonodárcem regulovaného případu by se měl uplatnit i na případ neregulovaný? L. Hlouch hovoří o teleologické úvaze založené na „intuici“ a „předporozumění“. Domnívám se, že konkrétněji to lze připodobnit k tomu, že interpret by si měl klást otázky typu: „*Proč zákonodárce přijal tuto úpravu? Jaké konkrétní cíle jí sledoval? Rozhodnu-li podle této právní úpravy i řešený případ, který jí není výslovně předvídan, přispěju tím k naplnění cílů sledovaných zákonodárcem? Je možné, že by nezahrnul výslovně do právní úpravy řešený případ vědomě? Existuje nějaký racionální důvod pro to, aby právo spojovalo s právem upravenou skutkovou situací určitý následek, zatímco s řešeným případem nikoli?*“

Jak argument *a contrario* ve zde užívaném smyslu, tak argument *per analogiam* jsou si ve skutečnosti velmi podobné a oba mají teleologickou povahu, jak upozorňuje T. Sobek. I pro použití argumentu *a contrario* je totiž nezbytná teleologická úvaha, respektive jeho využití je výsledkem teleologické úvahy, podle níž jsme dospěli k závěru, že dva skutkové případy si z pohledu účelu právní normy nejsou podobné (pak bychom se přiklonili k argu-

¹¹ HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 146.

¹² *Ibidem*, s. 146.

mentu *per analogiam*), ale naopak jsou rozdílné, a proto tato teleologická úvaha předurčila užití argumentu *a contrario*.¹³

Pokud dojde soudce k závěru o nedostatečnosti řešení vyplývajícího z argumentu *a contrario*, klade se otázka, zda má pak možnost nebo naopak povinnost právo dotvořit. Minimálně v oblasti soukromého práva máme jasno v tom, že se nejedná o možnost, ale o povinnost, neboť občanský zákoník obsahuje přímou výzvu soudce k použití postupu *per analogiam legis* i *per analogiam iuris* (srov. § 10 občanského zákoníku). Za daných okolností by tedy v oblasti soukromého práva nemělo být diskuse o tom, že před argumentem *a contrario* je třeba uvážit, zda je případ řešitelný prostřednictvím analogie. Nicméně se domnívám, že tato povinnost dotvořit právo platí vždy, pokud jsou pro to splněny podmínky. Neměl by to být totiž soudce, který bude v rámci své kompetenční úvahy rozhodovat o tom, zda se prosadí jazykový výklad a strohá logická aplikace předpisu, nebo se uplatní hodnotová aplikace právního řádu. Spíše by se mělo vycházet z teze, že finálním účelem práva jako regulativního systému je řešit konflikty zájmů. Právní řád nabízí řadu hodnotových rozhodnutí pro rozličné právní případy a tato hodnotová rozhodnutí a tyto účely lze rozumně aplikovat i na obdobné případy, ledaže převáží princip právní jistoty.

K tomu se přiklání též F. Melzer, který cituje E. A. Kramera a F. Bydlinkého. Z jeho shrnutí lze dovodit následující závěry, které by měly být směrodatné pro použití analogie oproti argumentu *a contrario*:

- použít argument *a contrario* pouze v návaznosti na pouhý jazykový výklad je nepřijatelné, neboť výsledek nesmí být v rozporu s teleologickým pozadím právního řádu;
- neexistuje „libovolné kyvadlo“ mezi analogií a *argumentem a contrario*, tedy vždy bude potřeba posoudit, zda je v daném případě analogie přípustná, či nikoli,
- použití argumentu *a contrario* znamená v zásadě, že v konkrétním případě je analogie nepřijatelná;
- *argumentum a contrario* lze použít až poté, co jsme vyloučili možnost dotváření práva pomocí analogie.¹⁴

Lze tedy uzavřít, že argument *per analogiam legis* má přednost před *argumentem a contrario* a interpret má při splnění podmínek pro analogii povinnost právo dotvořit.¹⁵

3. Zákaz užití analogie v některých právních oblastech

Jedním z předpokladů užití analogie je ověření toho, zda právem neupravený případ nespadá do oblastí, v níž nelze vůbec analogie užít. Jinými slovy, ačkoli jsme výše dospěli

¹³ SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva, 2010, s. 333–343.

¹⁴ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 240.

¹⁵ Stojí za povšimnutí, že k opačnému závěru dospěla prvorepubliková komentářová literatura. Komentáři § 7 Obecného občanského zákoníku dospěli k závěru, že užití postupu *per analogiam iuris* je v zásadě na uvážení soudce (ona tzv. kompetenční kompetence). Srov. ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha 1935–1937. Reprint původního vydání. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 145.

k závěru, že obecně má přednost argument *per analogiam legis* před argumentem *a contrario*, pak toto platí samozřejmě za předpokladu, že jsou pro užití analogie splněny podmínky. Typickým případem, kdy podmínky splněny nejsou, jsou situace, kdy je upřednostňován princip právní jistoty natolik, že pro určitou oblast se uplatňuje zákaz užití analogie a dotváření práva. Současně se však domnívám, že níže uvedené výslovné zákazy neznamenají, že by nebylo možno uvažovat o odepření užití analogie i v jiných případech, kdy interpret dojde k závěru, že princip právní jistoty převáží nad hodnotovými argumenty. Z druhé strany však platí, že pokud se jedná o oblast práva, pro kterou platí právě onen výslovný zákaz rozšiřování aplikace právních norem prostřednictvím analogie, pak zde již není prostor pro žádné úvahy a ani sebelepší teleologické argumenty nemohou opodstatnit prolomení zákazu a připuštění dotváření práva.

Na vymezení oblastí, v nichž se uplatňuje zákaz analogie, v odborné veřejnosti panuje na první pohled alespoň na doktrinální teoretické úrovni shoda a často zákaz užití analogie vyplývá přímo z ústavního pořádku. Případy oblastí, v nichž je užití analogie nepřípustné, jsou následující:

- trestní právo hmotné, pokud by šlo o užití analogie v neprospěch pachatele (viz čl. 39 Listiny),
- kompetence a pravomoci orgánu veřejné moci (viz čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny),
- oblast daní a poplatků (viz čl. 11 odst. 5 Listiny).

V judikatuře se lze setkat i s názory, že analogie je nepřípustná též v případech, kdy má být na základě analogie vydáno konstitutivní soudní rozhodnutí. Těmito čtyřmi oblastmi se budeme podrobně zabývat nyní.

3.1 Zákaz analogie v trestním právu a praxe soudů

Zákaz analogie pro oblast trestního práva hmotného v neprospěch pachatele (*in malam partem*) lze pozitivně právně dovodit z čl. 7 odst. 1 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, článku 39 Listiny a § 12 trestního zákoníku.

Nikoho by patrně nenapadlo posuzovat trestné činy *per analogiam* v čiré podobě. Nicméně i v oblasti trestního práva hmotného se mohou objevovat méně jasné leč stále rizikové momenty aplikace, které mohou indikovat jistou míru zastřené analogie. Jedná se například o tyto dvě situace:

- případy, kdy trestní zákoník obsahuje blanketové normy nebo odkazující ustanovení,
- případy, kdy interpret zaměňuje hranice mezi extenzivním výkladem a analogií.

V případě blanketových norem a odkazujících ustanovení trestní zákoník sám neupravuje konkrétně skutkovou podstatu vyčerpávajícím způsobem a odkazuje přitom na jiný právní předpis. Reguluje-li zákonodárce přímo skutkovou podstatu vyčerpávajícím způsobem přímo v trestním zákoníku, je tím zpravidla naplněn požadavek určitosti vymezení trestného činu, neboť zákonodárce si obvykle při trestněprávní regulaci uvědomuje nutnost postupovat v souladu se zásadou *nullum crimen/nulla poena sine lege certa*. Nicméně v případě právních předpisů, k jejichž vydání trestní zákoník zmocňuje anebo na něž odkazuje, již může dojít k tomu, že tyto předpisy nemusí být formulovány dostatečně

určitě a při jejich netrestním použití mohou soudy běžně aplikovat případně i analogii. Jak postupovat v případě aplikace daného ustanovení v rámci trestního řízení? V takovém případě není možno bez dalšího, byť jde původem i o normy soukromoprávní, aplikovat tyto normy v rámci trestního řízení způsobem příznačným pro jejich netrestní použití. Pokud jde ještě o interpretaci, lze takový přístup tolerovat. Pokud jde o dotváření, takový přístup tolerovat nelze. Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. I. ÚS 69/06 ze dne 12. 10. 2006 dovedl například následující právní větu: „*Pokud má ustanovení § 18 AutZ sloužit jako podklad pro apriorní trestněprávní postih a vyplnit dispozici blanketní normy § 270 TrZ, musí být natolik přesné a ve svých důsledcích předvídatelné, aby bylo dostatečným vodítkem pro chování svých adresátů.*“ Tyto závěry považuji za správné – ačkoli se může jevit na první pohled nesystematické uplatňovat systém dvojího metru podle toho, zda řešíme určitý případ soukromoprávně nebo trestněprávně, ústavněprávní výhrady zákonné formy a speciální trestněprávní zásady vyžadují tento postup (*nullum crimen/nulla poena sine lege certa* stejně jako zásada uplatňování trestní odpovědnosti jako *ultima ratio*).

Obdobně mohou nastat spory o to, zda se v daném případě jedná o extenzivní výklad, či o analogii. S tím souvisejícím problémem je, jak přistoupit k argumentu *a fortiori*, který se často řadí k argumentům logického výkladu, avšak fakticky se spíše jedná o podmnožinu analogie.

Případem, na němž lze ilustrovat výše uvedené problémy, se zabýval Nejvyšší soud ve svém usnesení sp. zn. 6 Tdo 974/2017 ze dne 24. 8. 2017. Nejvyšší soud zde řešil případ obviněného, který byl uznán vinným přečinem maření výkonu úředního rozhodnutí, jehož se měl dopustit tím, že pobýval na území ČR v době, kdy mu byl uložen trest vyhoštění. Obviněný argumentoval, že na území pobýval legálně navzdory uloženému trestu vyhoštění, neboť ustanovení § 87y zákona o pobytu cizinců v rozhodné době stanovilo, že rodinný příslušník občana Evropské unie je oprávněn po podání žádosti o pobyt pobývat na území až do rozhodnutí o jeho žádosti, ledaže by bylo vydáno pravomocné rozhodnutí o správním vyhoštění. Jinými slovy, v dané době zde nebyla uvedena jako negativní podmínka „trestní vyhoštění“ (jen „správním vyhoštění“), a proto obviněný argumentoval, že jeho pobyt na území byl oprávněný a že § 87y zákona o pobytu cizinců byl soudy vyložen nepřipustně analogií k jeho tíži (*per analogiam iuris in malam partem*). Nejvyšší soud se v rozhodnutí zabýval mimo jiné otázkou protiprávnosti jako znaku trestného činu, neboť obviněný namítal, že nemůže přeci platit, že zákon o pobytu cizinců prohlašuje jeho pobyt za oprávněný a současně může být jeho pobyt považován též za neoprávněný. V této souvislosti Nejvyšší soud uvedl: „*Pokud tedy základní předpoklad trestní odpovědnosti, tj. protiprávnost zmiňovanou v § 13 odst. 1 tr. zákoníku, je nutno řešit s oporou o znění mimotrestních předpisů, je třeba si v situaci namítané obviněným položit otázku, zda v jím vyložených souvislostech možno hovořit o analogické aplikaci mimotrestní normy v souvislosti s řešením otázky jeho viny. Podle názoru dovolacího soudu tomu tak není. Jde totiž o oblast, kterou trestní zákoník ponechává k úpravě jiným zákonům (netrestní povahy). Není zde proto ona mezera v zákoně (míněno trestním zákoně), již by bylo třeba cestou analogického užití jiného, tj. mimotrestního zákona vyplnit. Za daného stavu je třeba dovést, že ze strany soudů nižších stupňů – při posouzení otázky protiprávnosti činu, coby základu následné trestnosti stanovené trestním zákoníkem – nedošlo k nedovolené analogii v neprospěch obviněného, ale k dovolenému extenzivnímu výkladu dané mimotrestní normy, jenž v zásadě zákonnosti vyhovuje, neboť podstata právní regulace v normě obsažená i při tomto výkladu ještě zůstává zachována.*“ Následně Nejvyšší soud dovedl, že v daném případě se při zkoumání znaku protiprávnosti jednalo o logický výklad založený na *argumentum a fortiori*

v podobě *a minore ad maius*, tedy je-li totiž protiprávním pobyt cizince, jemuž byla uložena sankce správního vyhoštění, pak musí být tím spíše shledán protiprávním i pobyt toho, komu byl pravomocně uložen trest vyhoštění. Vyjdeme-li však z teze, že hranice interpretace a dotváření práva je vymezena momentem, kdy právní norma přesahuje rámec nejširšího možného jazykového výkladu, pak i z tohoto vyplývá, že argument *a fortiori* by neměl být považován za argument výkladový, ale za argument aplikační na podobnostním závěru, který je oproti běžné analogii doplněn o závěr vyplývající z významnosti podobných situací. Dospějeme-li k závěru, že argument *a fortiori* je ve skutečnosti formou analogie, pak bychom se ovšem neměli spokojit s jeho nekritickým přijetím jako výkladové metody použitelné v trestním právu hmotném. V tomto ohledu tedy považují praxi, která v trestněprávní oblasti považuje argument *a fortiori* za přípustný, za nesprávnou.

Pokud jde o trestní právo procesní, zde je analogie obecně přípustná (ve prospěch i neprospěch obviněného). Podmínkami dotváření práva cestou analogie v trestním procesním právu se Nejvyšší soud zabýval ve stanovisku ze dne 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 302/2012, které řešilo otázku, zda je možno cestou analogie rozšířit okruh rozhodnutí, u nichž lze povolit obnovu řízení. Nejvyšší soud dospěl k závěru, že analogie, a to dokonce ani v procesním právu trestním, není přípustná v následujících případech:

- a) tam, kde zákon příslušnou materii upravuje výslovně taxativním výčtem, a to i *in bonam partem*,
- b) tam, kde by analogickým užitím zákona (při absenci zákonné úpravy) docházelo ke zhoršování postavení obviněného (zákaz analogie *in malam partem*),
- c) respektive tam, kde by analogická aplikace trestního řádu prolomila ústavní limity ochrany základních lidských práv a svobod.

Zatímco s body b) a c) jakožto hranicemi pro dotváření práva trestním právu procesním lze souhlasit, s bodem a) to je již složitější. Přikláním se totiž k závěru, že taxativní výčet není určující pro závěr o možnosti či nemožnosti dotvářet právo analogií. Jak totiž F. Melzer správně zdůrazňuje, premisa o taxativním výčtu a zákazu analogie by mohla být pravdivá jen tehdy, pokud by zákonodárce byl srozuměn vždy s absolutně všemi případy, které bude kdy možno projednávat.¹⁶ Domnívám se, že nestanoví-li zákonodárce v právním textu ještě další omezení nežli pouze uvedením taxativního výčtu, není to samo o sobě dostatečně přesvědčivý argument pro odmítnutí možnosti dotváření práva. S přihlédnutím k množství taxativních výčtů v českém právním řádu se lze totiž domnívat, že i při formulaci taxativních výčtů se zákonodárce o nich vyjadřuje spíše jako o autoritativních příkladech nežli jako o oněch jediných případech, s nimiž má za cíl spojit právní následek. Ostatně ustanovení právního řádu nevyslovující se o více případech formou výčtu, ale pouze o jednom případě, lze také považovat za v určitém ohledu taxativní výčet omezený na tento jeden případ. Poté se však domnívám, že nelze naleznout opodstatnění pro rozlišování ve smyslu:

¹⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 245: „[...] zákonodárce se orientuje jen na typické případy, nikoli případy mimořádné. Pokud tedy teleologické argumenty skutečně výrazně hovoří pro analogickou aplikaci i na jiné případy, pak analogii nestojí nic v cestě [...]. Pokud pouze zákonodárce povšechně stanoví, že určité ustanovení platí jen pro tyto případy a pro žádné jiné, tak z toho vůbec není zřejmé, zda si byl možnosti právě projednávaného případu vůbec vědom.“

- i) Pokud se zákonodárce v zákonném ustanovení vyjádřil jen o jednom skutkovém případě, pak je třeba zkoumat, zda chtěl, či nechtěl podrobit regulaci výlučně tento skutkový případ, a pokud nechtěl podrobit regulaci jen tento skutkový případ, je možno uvažovat o analogii.

proti

- ii) Pokud se zákonodárce v zákonném ustanovení vyjádřil výčtem o více skutkových případech, pak není třeba zkoumat, zda chtěl, či nechtěl podrobit regulaci výlučně tyto skutkové případy, a analogie je zapovězena.

3.2 Zákaz analogie při posouzení kompetencí a pravomocí a praxe soudů

Významnou direktivou je též zákaz analogie, pokud jde o vymezení působnosti a pravomocí orgánů veřejné moci (vyplývající z článku 2 odstavec 3 Ústavy a článku 2 odstavec 2 Listiny).

V nálezu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007 Ústavní soud jasně dovodil, že teleologické argumenty nemohou být důvodem pro dotváření práva v oblasti vymezení kompetencí a pravomocí orgánů veřejné moci cestou analogie práva. V těchto případech musí dle názoru Ústavního soudu převážet princip právní jistoty a limitem zde bude nejširší možný jazykový význam. Jako jedinou výjimku, u níž by bylo možno uvažovat o užití analogie, identifikoval teoreticky Ústavní soud případ právé mezery v zákoně. Jako konkrétní příklad pak uvedl situaci, kdy by právní řád upravoval řízení, ale nestanovil by vůbec příslušný orgán.¹⁷ Ústavní soud bohužel blíže nevysvětlil, proč je možno vyplnit pravou mezeru v zákoně. Poněkud jinak se ovšem k podobné situaci postavil Nejvyšší správní soud, který konkrétně řešil případ, kdy v důsledku plynutí času zanikl orgán veřejné moci, u něž byla dána pravomoc a příslušnost pro určité otázky, aniž by byla zajištěna kontinuita (tedy přechod činnosti na jiný, nový správní orgán). Dle názoru Nejvyššího správního soudu v takovém případě není možno dotvořit chybějící pravomoc a působnost analogií.¹⁸ Osobně se zde přikláním k závěru Ústavního soudu, že v případech absence identifikace příslušného orgánu by bylo možno uvažovat o analogii. V prvé řadě v případě právé mezery se jedná o mezeru způsobenou technickou chybou, u které se obecně považuje za legitimní mezeru v zákoně vyplnit. Dále pak, pokud si adresát právní normy dle zásady *ignorantia legis non excusat* má být vědom skutečnosti, že existuje procesní úprava, která vůči němu může být použita, pak jeho zásah do právní jistoty nebude tak znatelný. A posledně uvedené platí tím spíše, pokud by se mělo jednat o oprávnění adresáta právní normy, které by mu plynulo z procesní úpravy, avšak které by v důsledku absence určení příslušného orgánu neměl kde uplatnit.

¹⁷ Konkrétně Ústavní soud v nálezu sp. zn. I. ÚS 318/06 ze dne 13. 12. 2007 uvedl: „Zatímco při věcném řešení má soudce k dispozici zásadně celé právněmetodologické instrumentarium, jedná-li se o zjištění působnosti orgánu veřejné moci, je nutné obzvláště zohlednit princip právní jistoty. Právě tento princip v tomto zvláštním případě vylučuje existenci tzv. teleologických (nepravých) mezer v zákoně. Při nalézání pravidel pro stanovení působnosti orgánů veřejné moci proto nemohou být teleologické argumenty důvodem pro aplikaci práva, která nemá oporu ve výslovné dikci právního předpisu. Z tohoto důvodu je v těchto případech vyloučena analogie jako aplikace práva přesahující nejširší možný jazykový význam ustanovení právních předpisů.“

¹⁸ Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 As 43/2006-36 ze dne 29. 3. 2007.

Ústavní soud se otázkou dotváření práva cestou analogie v oblasti veřejného práva zabýval též v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 21/04 ze dne 10. 5. 2005, který se týkal návrhu Nejvyššího správního soudu na zrušení části ustanovení § 44 zákona o státní památkové péči. V daném případě bylo vydáno rozhodnutí Ministerstva kultury o prohlášení souboru kreseb z majetku žalobce za kulturní památku. Žalobce se domáhal zrušení tohoto rozhodnutí s tím, že jeho práva byla dotčena, neboť díla v důsledku jejich označení za kulturní památku nemohla být „ohrožena vývozem“. V soudním řízení autor namítl protiústavnost citovaného ustanovení, které na správní řízení o prohlášení věcí za kulturní památku zcela vylučovalo použití správního řádu, aniž by však otázku řízení upravovalo zvláštní úpravou. V důsledku vyloučení úpravy správního řádu byl autor zbaven procesní obrany (včetně práva podat odvolání). Ústavní soud zde dospěl k závěru, že za situace, kdy určitý zákon vůbec neupravuje správní řízení (nebo jej upravuje velmi kuse či torzovitě, jako tomu bylo v daném případě), není možné vyplnit takovou mezeru v zákoně analogií, ale je nutná nezbytná úprava v zákoně.¹⁹ V citovaném nálezu Ústavní soud rovněž omezil možnosti dotváření práva, pokud jde o procesní otázky, následujícími kritérii:

- 1) k dotváření práva může dojít pouze v omezeném rámci za účelem vyplňování mezer procesní úpravy,
- 2) může se tak dít pouze ve prospěch ochrany práv účastníků správního řízení.

Východiskem při možnosti užití analogie v oblasti procesních úprav je tedy představa Ústavního soudu, že musí být položen alespoň základ procesní úpravy. Závěr o tom, že k dotváření práva v procesních úpravách může dojít pouze v omezeném rozsahu, je přitom přinejmenším zajímavý, vezmeme-li v úvahu, že historicky řada pravidel našeho správního řízení byla často dovozována analogickou aplikací v rámci činnosti vídeňského správního soudu zřízeného podle zákona č. 36 ze dne 22. října 1875, o zřízení správního soudu.²⁰ Mohlo k tomu docházet na podkladě ustanovení § 6 citovaného zákona, které umožňovalo správnímu soudu zrušit a vrátit rozhodnutí nebo opatření v případě, že „byly podstatné formy řízení administrativního pomínuty“. V dnešní době máme k dispozici obecnou úpravu správního řízení dle správního řádu, která nám může část aplikačních problémů vyřešit. Nicméně i tak může (jako tomu bylo ve výše popsaném případě) dojít k nedostatku procesní úpravy (typicky v případě vyloučení užití správního řádu). Důležitý je zde oproti historii odklon od důrazu na kvalitu procesu k důrazu na právní jistotu a předvídatelnost. Současný právní řád v těchto případech nestojí na principu účelnosti jako tehdejší zákon o zřízení správního soudu, který umožňoval hodnotit kvalitu procesu *ad hoc* a *ex post* – při absenci úpravy se zhodnotilo, zda byly dodrženy „podstatné formy řízení administrativního“ a pokud nikoli, mohlo být rozhodnutí vráceno s pokyny. Současný právní řád klade do popředí (patrně i s přihlédnutím k historickému vývoji) princip právní jistoty ve formě předvídatelnosti práva. To vyplývá právě z článku 2 odst. 3 Ústavy a článku 2 odst. 2 Listiny. Patrně právě ve změně tohoto přístupu lze naléznout opodstatnění pro to,

¹⁹ „Uvedený argument vychází z představy nepsané úpravy celého komplexu procesního práva. Tato koncepce je ale rozporná s ústavní maximou, dle níž státní moc lze uplatňovat jen způsobem, který stanoví zákon (čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny). Maxima zákonného podkladu pro výkon státní moci, resp. psaného procesního práva nevylučuje jeho dotváření judikaturou, příp. rozhodnutími správních orgánů, vylučuje ale ústavní akceptovatelnost absence explicitní zákonné procedurální úpravy v její úplnosti.“

²⁰ Autor článku děkuje za upozornění na tuto skutečnost anonymnímu recenzentovi.

proč alespoň základy procesní úpravy musí být jasně položeny. I kdyby v případě rozsáhlé absence procesní úpravy postupoval správní orgán s jakousi doložkou nejvyšších procesních výhod k účastníkovi řízení, patrně by pořádkem jednal bez toho, že by měl pro své procesní úkony výslovný zákonný podklad. Na jednu stranu je zde vyžadována předvídatelnost, aby adresáti právních norem věděli, jak bude vůči nim postupováno (typicky v sankčních řízeních). Na druhou stranu však, pokud by se měl adresát něčeho domoci, vždy by měl mít nějakou procesní cestu. I v případě procesních úprav by se mělo rozlišovat, zda analogie je ku prospěchu účastníka řízení (nemusí se jednat pouze o hraniční případy typu právé mezery, kde je popírán samotný princip účelnosti práva, ale také o některá vedlejší procesní oprávnění), či zda se jedná o analogii v neprospěch účastníka řízení.

3.3 Zákaz analogie při stanovení daní a poplatků a praxe soudů

V oblasti ukládání daní a poplatků platí zásada *nullum tributum sine lege*. Judikatura vymezila tzv. konstrukční prvky daně, čímž současně vymezuje konkrétní instituty, u nichž nelze uvažovat o aplikaci analogie (subjekt poplatku, objekt poplatku, základ poplatku, sazba poplatku, úlevy a osvobození od poplatku, splatnost poplatku a sankce za nesplnění poplatkové povinnosti).²¹ Lze nalézt případy, kdy správci daně či orgány vybírající poplatek občas mají tendence analogií nepřipustně rozšiřovat daňové a poplatkové povinnosti (například se jednalo o pokusy rozšiřovat poplatek za zahájení určitého typu řízení též na řízení od odvolání, ačkoli to nebylo jasně stanoveno,²² či nepřipustně omezení nároku daňového subjektu na daňové odpisy opřené o analogickou úpravu soukromoprávní úpravy institutu spoluvlastnictví²³).

I v případě daňového práva však lze samozřejmě uvažovat o aplikaci analogie ve prospěch daňového subjektu – to nabývá na významu v praxi zejména ve vztahu k případům osvobození od daně či poplatkové povinnosti. Projevuje se zde specificky zásada *in dubio mitius*. Právě ve vztahu k osvobození od daňové či poplatkové povinnosti existuje judikatura, která tuto možnost realizuje za účelem naplnění principu rovnosti (jedná se například o případ osvobození zdanění „bytu v bytovém domě“ na případy „bytu v rodinném domě“).²⁴ Ze strany zákonodárce vědomý rozpor s principem rovnosti pak je třeba řešit, dosahuje-li tento rozpor ústavněprávní dimenze, podáním návrhu na zrušení právního předpisu k Ústavnímu soudu. Ačkoli většinou tyto soudy respektují, lze nalézt i případ, kdy soud přistoupil k cestě dotváření práva, což se nejevilo správným.²⁵ V projednávaném případě šlo o to, že v době od července 1997 do června 2002 neměl celní zákon vlastní úpravu zániku práva státu vyměřit celní dluh. Zákon přitom též výslovně vylučoval úpravu obecnějšího zákona o správě daní a poplatků týkající se lhůty pro vyměření daně. Tím by však fakticky bylo možno vyměřit celní dluh zcela bez omezení, což soud považoval za neudržitelné pro rozpor s principem právní jistoty a důvěry občana v právo. NSS si tak musel vypomoci jiným právním předpisem, který upravoval časové omezení státu pro možnost vyměření daňové povinnosti. NSS dospěl k závěru o nutnosti užití *analogie iuris*,

²¹ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. Pl. ÚS 14/2000, ze dne 10. 1. 2001.

²² Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. III. ÚS 177/19, ze dne 6. 8. 2019.

²³ Viz náleží Ústavního soudu, sp. zn. II. ÚS 487/2000, ze dne 4. 11. 2001.

²⁴ Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 4 Afs 89/2020-44, ze dne 24. 6. 2020.

²⁵ Viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 5 Afs 17/2009-102, ze dne 11. 9. 2009.

a to dokonce i za situace, kdy takové užití *analogie iuris* bylo pravděpodobně v rozporu s úmyslem zákonodárce. Nejedná se však určitě o případ aplikace *analogie iuris*, který by byl bezproblémový. Co konkrétně totiž NSS učinil? Zákonodárce dal jasně najevo, že na příslušné řízení chce aplikovat zákon o správě daní, nicméně zcela výslovně vyloučil aplikaci lhůty uvedené v zákoně o správě daní a poplatků. Domnívám se, že tento postup zákonodárce nelze interpretovat jako nevědomou mezeru (tedy, že zákonodárce sice vyloučil lhůtu pro stanovení daně uvedenou § 47, ale nevyločil tím možnost použití jiné lhůty), ale spíše jako vědomou mezeru (zákonodárce tím chtěl vyloučit jakékoli použití lhůty), což vlastně i sám Nejvyšší správní soud přiznává vlastními slovy v samém závěru odůvodnění: „*Takovýto závěr je sice s velkou pravděpodobností v rozporu se záměrem historického zákonodárce, jde však o jedinou interpretační alternativu, kterou je možno se vyhnout rozporu s ústavním pořádkem [...]*.“ Není však pravdou, že se jedná o jedinou alternativu. V případě vědomé mezery v zákoně je spíše namístě, pokud trvají pochybnosti o souladu úpravy s ústavním pořádkem, předložit věc Ústavnímu soudu s návrhem na vyslovení protiústavnosti.

3.4 Konec zákazu analogie u konstitutivních rozhodnutí?

Judikaturou bylo dále dovozeno, že užití analogie je nepřípustné v případech, kdy výsledkem procesu aplikace práva má být vydání konstitutivního rozhodnutí.

Tento kategorický závěr vyslovil Nejvyšší soud v rozsudku sp. zn. 22 Cdo 1438/2004 ze dne 16. 5. 2005. Nejvyšší soud dovodil, že zákaz vydat konstitutivní rozhodnutí na podkladě analogie vyplývá z jazykového výkladu § 853 obč. z., neboť ten hovoří o tom, že analogií se řeší „*občanskoprávní vztahy, pokud nejsou upraveny ustanoveními tohoto zákona*“. Z toho plyne, že aby bylo možno analogii uplatnit, musí občanskoprávní vztah již předtím existovat a není možno jej teprve na základě konstitutivního rozhodnutí vytvořit následně. Nejvyšší soud na základě tohoto jazykového výkladu tedy dospěl k následujícímu rozlišení rozhodujícímu pro přípustnost analogie: i) analogie, která vede k rozhodnutí, jímž se *zakládá* právní vztah, je nepřípustná, ii) analogie, která vede k rozhodnutí, jímž se *mění* existující právní vztah, je naopak přípustná.

Lze se však setkat s názory, které již v době účinnosti občanského zákoníku z roku 1964 s výše uvedenou argumentací a paušálním kategorickým zákazem užití analogie v případě konstitutivních rozhodnutí nesouhlasily.²⁶

Do výše uvedených názorů by se však měla promítnout změna právní úpravy provedená přijetím občanského zákoníku z roku 2012. Srovnání úprav je následující:

- § 853 obč. z. stanovil: „*Občanskoprávní vztahy, pokud nejsou zvláště upraveny ani tímto, ani jiným zákonem, se řídí ustanoveními tohoto zákona, která upravují vztahy obsahem i účelem jim nejbližší.*“
- § 10 odst. 1 o. z. naproti tomu stanoví: „*Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího.*“

²⁶ Například HAVEL, B. Lze vydávat konstitutivní soudní rozhodnutí na základě analogie? In: *Jiné právo* [online]. 21. 5. 2011 [cit. 15. 6. 2022]. Dostupné z: <<https://jinepravo.blogspot.com/2011/05/lze-vydavat-konstitutivni-soudni.html>>. Dále též MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 244.

Vůči soudy dovozenému paušálnímu zákazu vydání konstitutivních rozhodnutí *per analogiam* opřenému o předchozí ustanovení § 853 obč. z. z roku 1964 lze tak nyní mít tyto výhrady. V prvé řadě se jedná o námitky vyplývající ze změny právní úpravy. Pojem „občanskoprávní vztah“ a pojem „právní případ“ jsou pojmy odlišnými. Pojem právní případ by totiž neměl, na rozdíl od pojmu občanskoprávního vztahu, být interpretován tak, že se jedná o „vztah upravený právem“. Za druhé, formální argumentace opodstatňující nemožnost vydání konstitutivního rozhodnutí absencí právního vztahu vede k tomu, že konstitutivní rozhodnutí je možno vydat v případech, kdy se jím právní vztah mění nebo ruší, avšak nikoli v případech, kdy se právní vztah zakládá. Je však nějaký rozumný důvod pro takové rozlišování? Domnívám se, že intenzita zásahu do právní jistoty účastníků může být v případě založení právního vztahu stejně významná, jako v případě změny či zrušení, respektive že každý případ by měl být spíše posuzován *ad hoc*.

Nicméně je třeba uvést, že závěry předchozí judikatury prozatím v některých rozhodnutích nekriticky přebírá též aktuální judikatura Nejvyššího soudu.²⁷

4. Identifikace mezery vyplnitelné analogií jako další předpoklad užití analogie a ověření vhodnosti užití analogie legis

V případě, že se orgán aplikující právo nebude při posuzování věci nacházet v oblasti práva, na kterou se vztahuje zákaz analogie, neznamená to bez dalšího, že v daném případě může k využití analogie přistoupit.

V konkrétním případě musí být prokázána mezera v zákoně, kterou bude možno označit jako „*protiplánovou neúplnost zákona, resp. zákonodárství*“.²⁸

Pro účely posouzení možnosti vyplnit mezeru analogií je důležité členění na mezery vědomé a nevědomé.

Vědomost či nevědomost zákonodárce o mezerovitosti lze dovodit, pokud z analýzy právních předpisů samotných, z důvodové zprávy či jiných podkladů z legislativního procesu vyplyne závěr, že zákonodárce vědomě použil daný pojem výlučně za účelem regulace jím popsanych skutkových situací a žádných jiných. Pro účely identifikace vědomé mezery v zákoně je tedy zcela rozhodující historický výklad opírající se o analýzu podkladů z legislativního procesu. Jak totiž uvádí F. Melzer, rozhodující v tomto případě je skutečná vůle zákonodárce, nikoli presumovaná, a proto relevantní v tomto ohledu je pouze subjektivně historický výklad (případně subjektivně teleologický výklad).²⁹

Postup dotvoření práva cestou analogie *legis* spočívá v tom, že se na skutkovou podstatu zákonem neřešenou vztáhne analogicky ustanovení zákona upravujícího skutkovou podstatu podobnou.³⁰

Francouzská teoretička V. Champeil-Desplats však upozorňuje, že u analogie je vždy dána nejistota závěrů spojená s vícero momenty její aplikace. Vychází z toho, že pro dovození analogie je nezbytné vybrat prvky, na nichž bude podobnost porovnávána. Připustit

²⁷ Například usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 2430/2019 ze dne 26. 11.2019, dále sp. zn. 22 Cdo 2950/2019 ze dne 29. 10. 2019 či sp. zn. 22 Cdo 5237/2017 ze dne 24. 1. 2018.

²⁸ MELZER, F. – TÉGL, P. a kolektiv. *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1–117*. Praha: Leges, 2013, s. 194.

²⁹ MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*, s. 233.

³⁰ KNAPPP, V. *Teorie práva*, s. 172.

analogii tak znamená připustit též určitou selekci prvků a předpokládat podobnost vztahů mezi prvky.³¹

Je-li pro zvážení použitelnosti analogie rozhodující teleologická úvaha, pak se pro účely posuzování podobnosti stejně tak nabízí jako nejpřílehavější posuzovat též výběr relevantních skutkových prvků ve vztahu k účelu normy. Jak totiž vystihuje F. Melzer: „Podobnost spočívá právě v tom, že oba případy, tj. jak v dikci zahrnutý, tak i ten, na který se dikce ustanovení nevztahuje, mají alespoň v podstatných bodech stejný (tj. podobný) teleologický základ.“³² Posuzování totožnosti účelu právní normy a výběru podobných prvků popisujících skutkový stav právem upravený a právem neupravený jsou ve vzájemně se ovlivňujícím vztahu. Je-li proto zákaz zvířat v dopravních prostředcích veden cílem zajistit bezpečnost cestujících a pohodlí při přepravě, budou se relevantní znaky vybírat jinak (např. z pohledu čistoty zvířete, pachu, hluku apod.), než pokud by například zákaz byl zaveden zcela nově, a to s ohledem na nakažlivou nemoc, která se může přenášet na lidi jen z určitých druhů zvířat apod.

Nyní se podíváme, jak se na posuzování podobnosti ve světle výše uvedených metodologických direktiv nahlíží soudy.

Zajímavým případem se zabýval Nejvyšší soud v řízení ve věcech dětí mladších 15 let podle hlavy III, zákona o soudnictví ve věcech mládeže. V dané věci byl řešen případ dítěte mladšího 15 let, které tak nebylo trestně odpovědné a které své matce odcizilo šperky, které následně zpeněžilo pro svoji spotřebu. Matka vyslovila nesouhlas s jeho trestním stíháním. Policejním orgánem byla trestní věc odložena pro absenci trestní odpovědnosti z důvodu věku. Současně však bylo zahájeno řízení ve věcech dětí mladších 15 let a státní zastupitelství navrhovalo uložit dítěti výchovnou povinnost (bezplatné společensky prospěšné činnosti). Okresní soud řízení ve věcech dětí mladších 15 let zastavil, a to na podkladě analogické aplikace § 163 tr. ř., které nepřipouští trestní stíhání bez souhlasu poškozeného. Okresní soud argumentoval, že není možné, aby mělo dítě mladší 15 let horší postavení než dospělý delikvent nebo mladistvý, a proto je třeba užít analogie ve prospěch dítěte. Nejvyšší soud důvody pro užití analogie nesdílel, a to z toho důvodu, že spatřoval zásadní rozdíly mezi trestním řízením podle hlavy II. (na kterou se subsidiárně použije trestní řád) a řízením ve věci dětí mladších 15 let podle hlavy III. (na kterou se ostatně subsidiárně použije občanský soudní řád). Nejvyšší soud zdůraznil, že řízení ve věci dětí mladších 15 let má jinou podobu a řídí se specifickými pravidly, pokud jde o jeho průběh (podrobné prozkoumání poměrů dítěte) a cíl (sociální reintegrace dítěte). Nejvyšší soud tedy dospěl k závěru, že z důvodu těchto odlišností není možno aplikovat § 163 tr. ř. analogicky na toto řízení a řízení je možno vést i bez souhlasu matky.³³ Otázka, ve které se tedy soudy různých stupňů lišily, byla následující: je řízení ve věcech dětí mladších 15 let *podobné* řízení trestnímu? Ačkoliv se zde projevuje to, že co se jednomu jeví jako podobné, se jinému jako podobné jevit nemusí, domnívám se, že správnost závěru roste s tím, do jaké míry se podaří identifikovat účel zákona. Zatímco okresní soud nezapočal své úvahy výchozími úvahami o účelu zákona a vyšel rovnou z přímé aplikace určitých zásad, aniž by si uvědomil pozici těchto zásad v právním řádu (zásada užití analogie ve prospěch pachatele), Nejvyšší soud provedl podrobnou analýzu účelu zákona, na jehož základě do-

³¹ CHAMPEIL-DESPLATS, V. *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. 2^e édition. Dalloz, 2016, s. 370.

³² MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 242.

³³ Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 1036/2017 ze dne 29. 11. 2017.

spěl k závěru, že obě řízení jsou si nepodobná z hlediska svého účelu, zásad a pramenů, o něž se opírají.

Pozoruhodný je judikát Nejvyššího správního soudu, v němž tento soud řešil případ pozůstalých vojáka z povolání, kteří se domáhali náhrady nemajetkové újmy způsobené úmrtím svého otce, ke kterému mělo dojít v souvislosti s výkonem služby. Zákon o vojácích z povolání upravoval náhradu újmy pouze v případě nemoci z povolání či služebního úrazu. O takový případ se však nejednalo. NSS začal následně posuzovat, zda by nebylo možno posoudit nárok na náhradu nemajetkové újmy analogicky podle jiného předpisu. Nejbližší právní úpravou byl zákon o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, který sice nárok na náhradu této újmy připouštěl, nicméně vylučoval možnost náhrady nemajetkové újmy pozůstalých. Z logiky věci by tedy bylo metodologicky správné použít analogicky tento předpis a nárok pozůstalých *per analogiam* zamítnout. Nicméně Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že zákon o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů nepoužije a použije namísto toho obecnou úpravu zákoníku práce, která odpovědnost za náhradu újmy vůči pozůstalým připouští. Dovodil, že považuje za nezbytné zajistit rovnost mezi zaměstnanci soukromé sféry s osobami ve služebním poměru a ustanovení zákona o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů označil za protiústavní, a proto neaplikovatelné.³⁴ Také se ukázalo zajímavým to, že Nejvyšší správní soud v tomto případě dospěl k závěru, že pokud při pouhém analogickém užití právní normy (byť obsahově nejbližší) dojde k závěru, že tato právní norma, jež by měla být analogicky užitá, je protiústavní, nemůže předložit návrh na zrušení tohoto ustanovení Ústavnímu soudu, protože jeho aplikace je zvažována nikoli přímo, ale pouze nepřímou. Tento závěr zatím nebyl v právní teorii podroben diskusi. Ve prospěch tohoto závěru svědčí to, že v rámci analogie se realizuje právě hodnotová úvaha a směřuje se tedy především k nalezení teleologicky nejbližšího právního ustanovení, a to je oním jediným použitelným ustanovením, přičemž naopak systémově nonkonformní ustanovení (z hlediska vnitřního systému práva) nemohou být základem pro analogii v souladu se zásadou *singularita non sunt extenda*.³⁵ Rovněž z § 10 občanského zákoníku, který pro oblast soukromého práva představuje pozitivněprávní základ pro užití analogie, hovoří sice o tom, že se má použít ustanovení právního řádu nejbližšího, nicméně jako nejbližší se považuje ustanovení, které je nejbližší nejen co do obsahu, ale též co do účelu. Rozhodující tedy není jen věcná či obsahová blízkost, ale též blízkost hodnotová (účelová). To do jisté míry umožňuje (obdobně jako v tomto případě) neoznačit za nejbližší ustanovení to, které by se sice dobře hodilo věcně, ale nevyhovuje z pohledu účelu, ale naopak to, co více vyhovuje z pohledu účelu. Pokud by se však ukázalo, že nejbližším – jak co do obsahu, tak co do účelu – je ustanovení, které je protiústavní, domnívám se, že není rozhodující, zda má být ustanovení užit přímo, či nepřímou, ale rozhodující je to, že má být ustanovení užit, a proto by měl být v takovém případě předložen návrh na zrušení předpisu.

Závěr

Úspěšnost (nebo spíše správnost) užití analogie je postavena na tom, že se podaří správně identifikovat účel zákona a zvolit jemu odpovídající relevantní prvky popisující srovnáva-

³⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 AS 319/2018-59 ze dne 2. 12. 2020.

³⁵ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, s. 225.

né skutkové stavy pro účely posuzování podobnosti. Výchozí teleologická úvaha je však úvahou, která vyžaduje velmi dobré argumentační dovednosti, tak aby o účelu zákona neexistovaly pochybnosti.

Na ilustraci řady soudních rozhodnutí lze uzavřít, že dotváření práva se v právní praxi vyskytuje přeci jen poměrně častěji, než by se mohlo na první pohled zdát. Také je zjevné, že předvídatelnost užití těchto argumentačních nástrojů je částečně snížena. To je dáno vícero faktory. Zmíňme například i) rozšíření objektů interpretace, ii) posuzování toho, zda určitá mezeza je vědomá či nevědomá (zda tedy zákonodárce chtěl regulovat určitou otázku určitým způsobem výlučně jen pro některé vztahy či nikoli), iii) identifikaci účelu zákona (který nutně nemusí být ve vztahu ke konkrétní otázce zcela jasný nebo naopak k určité otázce nemusí být jen jeden účel a může se zdůrazňovat jeden účel oproti jinému apod.), iv) volbu konkrétních prvků pro posuzování podobnosti skutkových podstat (regulované a neregulované), v) samotný úsudek o podobnosti apod.

V rámci analýzy vybraných rozhodnutí jsme identifikovali některé problematické momenty aplikace analogie: otázku, zda je, či není povinností dotvořit právo analogií, těžce udržitelné postavení argumentu *a fortiori* jako výkladového argumentu (nikoli podmnožina analogie), otázku trestního užití mimotrestních právních norem aplikovaných jinak *per analogiam*, nedostatečně přesvědčivý postoj soudů k otázce nemožnosti užití analogie v případě taxativních výčtů či konstitutivních rozhodnutí, předložení věci Ústavním soudem jako jediné řešení napětí mezi vědomou mezerou a teleologickou úvahou opřený o elementární hodnoty v právu či předložení věci Ústavnímu soudu v případě závěru o neústavnosti ustanovení v rámci nepřímé aplikace.

Dotváření práva cestou analogie není tedy až tak výjimečným jevem, nicméně vyžaduje obezřetný postup uvědomující si omezení, která jsou mu vlastní.

GLOSA

Veřejné zakázky v době pandemie covidu-19

Pavλίna Minaříková*

Abstrakt: Pandemie covidu-19 zasáhla celý svět, Evropu a členské státy Evropské unie nevyjímaje. Veřejní zadavatelé byli nuceni z minuty na minutu zajistit dodávky v té době potřebného zboží, zejména zdravotnického materiálu. Postupy dle Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES byly zdlouhavé. Veřejní činitelé se snažili najít řešení, jak urychlit řízení ohledně zadávání veřejných zakázek, a tím zajistit rychlejší dodání potřebného zboží. Evropská komise veřejným zadavatelům poskytla návod, jak postupovat v této nelehké době, a to v podobě Pokynů k používání rámce pro zadávání veřejných zakázek v mimořádné situaci související s krizí způsobenou covidem-19. Tento článek popisuje postupy veřejných zadavatelů v době pandemie covidu-19, současně se snaží popsat procesy zadávání veřejných zakázek v této době a nastínit rozdíly v procesu zadávání veřejných zakázek v době pandemie oproti stavu před pandemií. Článek se taktéž krátce zaměřuje na srovnání přijatých opatření ve vybraných členských státech Evropské unie.

Klíčová slova: veřejné zakázky, právo veřejných zakázek, evropské právo, Evropská unie, covid-19

Úvod

Pátek 24. ledna 2020 je dnem, kdy byl v Evropě potvrzen první výskyt onemocnění nemocí SARS-CoV-2, všeobecně zvaného jako covid-19. Tento den změnil život v Evropě na několik let, začal boj s pandemií, která ohrozila celý svět. Nouzový stav omezující pohyb, cestování a navštěvování kulturního prostředí nebo restaurací se stal běžnou součástí života všech. Pouze do práce a domů. Svět se jako by zastavil. Ovšem i v této nepříznivé době bylo nutné zajistit fungování ekonomiky. Veřejní činitelé více než kdy jindy potřebovali zajistit materiál pro zdravotníky, záchranáře, policisty a dobrovolníky. Proces zadávání veřejných zakázek byl v této době jejich nejlepším přítelem, ale zároveň i největším nepřítelem.

Cílem tohoto článku je exkurz do systému zadávání veřejných zakázek v době pandemie covidu-19 a nástin možností řešení zadávání veřejných zakázek *pro futuro*. V první části se článek zabývá obecně pandemií covidu-19 a jednotlivými cestami, kterými byly zadávány veřejné zakázky. Druhá část článku je věnována konkrétním opatřením souvisejícím se zadáváním veřejných zakázek u vybraných států a jejich vzájemnému provnání.

* Mgr. Pavλίna Minaříková, doktorandka na Právnické fakultě Univerzity Palackého v Olomouci, advokátní koncipientka v advokátní kanceláři Bartek, Kolář, Chocholová v Brně. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4955-9361>. Tento článek byl vypracován v rámci projektu Studentské grantové soutěže Univerzity Palackého v Olomouci č. IGA_PF_2022_025 s názvem *Změny soutěžního práva v souvislosti s pandemií COVID-19 a jejich budoucnost*.

1. Svět veřejných zakázek v době onemocnění covid-19

Letným pohledem na webové stránky SIMAP¹ je možné zjistit, že v době pandemie byl nejžádanější zdravotnický materiál, zejména nemocniční postele, testy, ochranné pomůcky, rukavice nebo nemocniční a farmaceutický materiál.² Veřejní zadavatelé od Portugalska přes Českou republiku až po Řecko byli nuceni zadávat veřejné zakázky na tento druh zboží. Celá Evropa byla takřka v jeden moment zasažena potřebou jednoho a téhož zboží. Největším problémem byl ale fakt, že stejné zboží potřebovali všichni a okamžitě. Zásoby jednotlivých států se rychle vyprázdnily, kvůli čemuž vznikla potřeba zajistit opětovně materiál, a to co možná nejrychleji.

1.1 Doporučující stanoviska

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „Směrnice“) pamatuje a upravuje mimořádné situace. Ustanovení Směrnice by nemělo být v rozporu s používáním a prosazováním ochranných opatření souvisejících se zdravím a lidskými životy. Zároveň je ale nutné zdůraznit, že veškerá opatření musí být současně v souladu se zakládajícími smlouvami EU. V případě, že dojde k pandemii, jako byla ta covidu-19, lze využít ustanovení Směrnice, která umožňují rychlejší a méně formální proces nákupu.³

Evropská komise si byla této mimořádné a naléhavé situace vědoma, a proto vydala *Pokyny k používání rámce pro zadávání veřejných zakázek v mimořádné situaci související s krizí způsobenou covidem-19* (dále jen „Pokyny“). V rámci těchto Pokynů Evropská komise doporučovala v době pandemie využívat tři způsoby zadávání veřejných zakázek:

- alternativní řešení a zapojení trhu,
- použití zrychleného postupu,
- jednací řízení bez uveřejnění.⁴

1.1.1 Alternativní řešení a zapojení trhu

Pro účely naplnění cesty alternativního řešení a zapojení trhu je možné zvolit zejména dva postupy, a to formou rámcové dohody nebo změny smlouvy. Následně Evropská komise v Pokynech nechala částečně veřejným zadavatelům volnou ruku. Evropská komise upozornila, že nejdůležitější bude v rámci využívání této cesty komunikace mezi veřejným zadavatelem a potenciálním dodavatelem. V případě nejvyšší naléhavosti je možné využít i cesty přímého zadání veřejné zakázky.

¹ SIMAP. Informační systém pro veřejné zakázky. In: *simap.ted.europa.eu* [online]. [cit. 2022-03-26]. Dostupné z: <https://simap.ted.europa.eu/cs_CZ/web/simap>.

² SIMAP. Informace o evropských veřejných zakázkách. COVID-19-related tenders. In: *simap.ted.europa.eu* [online]. [cit. 2022-03-26]. Dostupné z: <<https://simap.ted.europa.eu/cs/covid-related-tenders>>.

³ Application of public procurement rules during the COVID-19 crisis from the perspective of the European Union's Procurement Directives and the Government Procurement Agreement. In: *Sigmaweb.org* [online]. 8. 4. 2020 [cit. 2022-03-26]. Dostupné z: <<https://www.sigmaweb.org/publications/Public-procurement-COVID-19-crisis-SIGMA-April-2020.pdf>>.

⁴ BEUTER, Rita. EU public procurement policy in the context of COVID-19. In: *eipa.eu* [online]. August 2020 [cit. 2022-05-08]. Dostupné z: <<https://www.eipa.eu/publications/briefing/eu-public-procurement-policy-in-the-context-of-covid-19/>>.

1.1.1.1 Použití rámcových dohod

Jednou z možností, jak zajistit hospodářskou soutěž v době pandemie covidu-19 bylo využití rámcových dohod, které umožní urychlit nutné dodávky zboží. Rámcová dohoda nebo více na sebe navazujících rámcových dohod zajistí lékařským zařízením zvládat mimořádnou situaci a zajistit obnovu nutných dodávek materiálu, které vyžadují rychlé dodání při vyčerpání z důvodu neočekávaného vývoje situace ve zdravotnictví, stejně tak jak tomu bylo i v době pandemie.⁵

Nejvyšší soud ČR ve svém rozhodnutí judikoval skutečnost, že „*tzv. rámcová smlouva nezakládá závazkový vztah, pohledávky a závazky smluvních stran z ní tudíž nevznikají. Význam rámcové smlouvy spočívá v tom, že strany tam, kde předpokládají dlouhodobější obchodní vztah, stanoví jejím prostřednictvím základní pravidla, jimž budou podléhat všechny konkrétní (tzv. realizační) smlouvy na jejím základě v budoucnu uzavřené, nebude-li v té či oné realizační smlouvě ujednáno jinak. Rámcová smlouva tak nemá jiný význam (jinou funkci), než že stanoví smluvní podmínky následně uzavíraných konkrétních, realizačních smluv, tj. v tom či onom rozsahu předurčuje jejich obsah.*“⁶ Uvedené musí mít zadavatel při zřizování rámcových dohod na paměti. Současně nesmí ani zapomínat na skutečnost, že rámcová dohoda musí již od počátku stanovit maximální počet množství dodávek nebo služeb, které mají být zadány prostřednictvím jednotlivých zakázek.⁷

Rámcové dohody poskytují možnost zajistit zejména v době nepředvídatelného stavu pandemie urychlení dodávek a zajištění dodávek ve výši nad běžnou míru ve srovnání s normálním stavem. Nevýhoda spočívá v možném omezení okruhu účastníků a případně vyšší jednotkové ceně za dodávku. Právě ve zdravotnictví je celkem běžným stavem, že dochází k nepředvídatelným situacím, na jejichž základě je nutné zadávat veřejné zakázky v závislosti na vývoji případu, jako je například sezona chřipek, sezona epidemií apod. Řešením nepředvídatelných situací jsou rámcové dohody.⁸

1.1.1.2 Změna smlouvy

Další možností, jak ulehčit v době pandemie veřejným zadavatelům je zvolit cestu změny smlouvy. Směrnice umožňuje měnit smlouvy a rámcové dohody bez nového zadávacího řízení, v případě, že jsou splněny níže uvedené podmínky:

- 1) změna musí být vyvolána okolnostmi, které pečlivý zadavatel nemohl předvídat;
- 2) změna nemění celkovou povahu zakázky;
- 3) případné zvýšení ceny není vyšší než 50 % hodnoty původní zakázky nebo rámcové dohody.⁹

⁵ Application of public procurement rules during the COVID-19 crisis from the perspective of the European Union's Procurement Directives and the Government Procurement Agreement. In: *Sigmaweb.org* [online]. 8. 4. 2020 [cit. 2022-03-26]. Dostupné z: <<https://www.sigmaweb.org/publications/Public-procurement-COVID-19-crisis-SIGMA-April-2020.pdf>>.

⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. 9. 2014, sp. zn. 29 ICdo 26/2012.

⁷ Rozsudek ze dne 19. 12. 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust a Coopservice*, C-216/17.

⁸ Application of public procurement rules during the COVID-19 crisis from the perspective of the European Union's Procurement Directives and the Government Procurement Agreement. In: *Sigmaweb.org* [online]. 8. 4. 2020 [cit. 2022-03-26]. Dostupné z: <<https://www.sigmaweb.org/publications/Public-procurement-COVID-19-crisis-SIGMA-April-2020.pdf>>.

⁹ Čl. 72 odst. 1 písm. c) Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Úř. věst. L 94, 28. 3. 2014, s. 65 an.

Takovou potřebu změny lze využít v případě hospodárnosti zadavatele, kdy zadavatel usoudí, že je pro něj ekonomicky výhodnější setrvat ve stávajícím závazku než zahajovat nové řízení.¹⁰ Na uvedené odkazuje i preambule Směrnice: „*Veřejní zadavatelé mohou čelit vnějším okolnostem, které nemohou předvídat při zadávání veřejné zakázky, zejména pokud plnění veřejné zakázky pokrývá delší časový úsek. V takovém případě je nezbytná určitá míra flexibility pro přizpůsobení veřejné zakázky těmto okolnostem, aniž by muselo být zahájeno nové zadávací řízení. Pojem nepředvídatelné okolnosti se týká okolností, jež nemohl veřejný zadavatel předpokládat ani přes přiměřeně pečlivou přípravu zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku při zohlednění jemu dostupných prostředků, povahy a vlastností konkrétního projektu, osvědčených postupů v dotčené oblasti a potřeby zajistit vhodný poměr mezi zdroji vynakládanými na přípravu zadání veřejné zakázky a její odhadovanou hodnotou.*“¹¹

V době pandemie český Úřad pro ochranu hospodářské soutěže doporučoval zvážit využití změny smlouvy ve smyslu užití ustanovení zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, konkrétně § 2913 odst. 2 uvedeného zákona. V době pandemie covidu-19 bylo nutné zkoumat skutečnost, jestli nemožnost plnění byla v příčinné souvislosti s onemocněním covidem-19, a to tak, že tato okolnost byla ze strany zadavatele nepředvídatelná, nedala se odvrátit či jiným způsobem překonat. Nejen veřejné zakázky, ale obecně smluvní ujednání jsou postavena primárně na principu *pacta sunt servanda*, strany smlouvy by se měly vždy snažit smlouvu dodržet a zajistit plnění dle ujednané smlouvy.¹²

1.1.1.3 Přímé zadávání

Jednou z dalších možností, jak zajistit dodávky materiálu v době pandemie covidu-19, bylo nevyužití jednacích řízení. Evropské komise veřejným zadavatelům v určitých naléhavých případech bylo doporučovala přímo oslovit potenciální dodavatele. Ovšem myšlenka Evropské komise byla širší. Evropská komise doporučovala zadavatelům jmenovat zástupce s přímou znalostí trhu, který by zajistil dodávky a kontaktoval potenciální dodavatele za účelem zvýšení nebo obnovení výroby. Výsledkem mělo být přeorganizování nebo obnovení výroby osobních ochranných pomůcek a zdravotnických prostředků.¹³

Řada společností v Evropě začala bojovat s pandemií covidu-19 a přeorganizovala a upravila svou výrobu tak, aby uspokojila poptávku po v té době nutném zboží. Společnosti zejména začaly vyrábět ochranné pomůcky, dezinfekční a zdravotnické prostředky. Lihovary se proměnily ve výrobní dezinfekce, textilní společnosti ve výrobní masek. Evropská komise v rámci přeměny směřovala žádosti k Evropské normalizační organizaci, která na to poskytla volně všem jednotné normy pro obličejové masky a další ochranné

¹⁰ ŠEBESTA, M. – NOVOTNÝ, P. – MACHUREK, T. – DVOŘÁK, D. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 1318–1347.

¹¹ Preambule čl. 109 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Úř. věst. L 94, 28. 3.

¹² Stanovisko ÚOHS k možným změnám závazků smluv v době koronavirové nákazy. In: *uohs.cz* [online]. 8. 4. 2022 [cit. 2022-05-21]. Dostupné z: <<https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/tiskove-zpravy/verejne-zakazky/2762-stanovisko-uohs-k-moznym-zmenam-zavazku-smluv-v-dobe-koronavirove-nakazy.html>>.

¹³ BEUTER, Rita. EU public procurement policy in the context of COVID-19. In: *eipa.eu* [online]. August 2020 [cit. 2022-05-01]. Dostupné z: <<https://www.eipa.eu/publications/briefing/eu-public-procurement-policy-in-the-context-of-covid-19/>>.

prostředky. Komise současně urychlila schvalovací proces základních výrobků. Komise taktéž byla nápomocna při přizpůsobování (přeměně) výrobních linek jednotlivých společností, a to tím, že vydala pokyny pro oblasti osobních ochranných prostředků, čistících a dezinfekčních prostředků na ruce a 3D tisk. Díky vydaným pokynům ze strany Komise se zvýšila výroba jednotlivých společností, a zejména se sjednotila výroba všech společností dle pravidel a norem EU. Podniky v EU díky své solidaritě společně dokázaly částečně zabezpečit poptávku lidí po ochranných pomůckách.¹⁴ „Švédská společnost H&M využila svého dodavatelského řetězce a začala vyrábět ochranné pomůcky, včetně roušek, rukavic a pláštů, a dodává je bezplatně státní správě nejpostiženějších zemí.“¹⁵ Nebo největší polská rafinerie a prodejce benzínu PKN Orlen přestavěla své výrobní linky a začala vyrábět dezinfekční prostředky na ruce, podobně tak učinila i německá kosmetická společnost Beiersdorf nebo italský producent likérů Canelli.¹⁶

1.1.2 Použití zrychleného postupu

V době pandemie bylo taktéž vhodné využít tzv. zrychleného postupu řízení. Zrychlený postup značně zkracuje zákonné lhůty, celý proces zadávání veřejných zakázek se značně urychlí, což má v době pandemie pozitivní efekt. Článek 27 Směrnice o zadávání veřejných zakázek umožňuje zadavatelům, kteří hodlají využít otevřený způsob zadávání veřejné zakázky, stanovit kratší lhůtu pro přijetí nabídky, nejméně však 15 dní od dne odeslání oznámení o zakázce, a to pokud existuje naléhavý stav, který je řádně doložen a díky tomu lze považovat jinak stanovené zákonné lhůty za neproveditelné.¹⁷ Stejně ustanovení obsahuje i užší řízení v článku 28 odst. 6 Směrnice o zadávání veřejných zakázek, kdy za stejných podmínek je možné zkrátit lhůtu pro přijetí žádosti o účasti na 15 dnů a pro přijetí nabídek na 10 dnů.¹⁸

1.1.3 Jednací řízení bez uveřejnění

Poslední možností cesty zvládání pandemie z hlediska veřejných zakázek je za využití jednacího řízení bez uveřejnění. Znění Směrnice článku 32 přímo umožňuje členským státům Evropské unie stanovit podmínky použití jednacího řízení bez předchozího uveřejnění. Výhodou přímého zadávání bez uveřejnění je zejména to, že se na něj nevztahuje několik základních a obvyklých ustanovení Směrnice. Například není třeba zveřejňovat výzvu k podání nabídky, neplatí zákonné formální požadavky na průběh zadávacího řízení nebo se neuplatňují minimální lhůty. Je ovšem nutné mít na paměti dodržování obec-

¹⁴ EUROPEAN COMMISSION. Coronavirus: European Solidarity in action. In: *ec.europa.eu* [online]. 26. 6. 2020 [cit. 2022-05-07]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/coronavirus-european-solidarity-action_en>.

¹⁵ EVROPSKÁ KOMISE. Koronavirus. Průmyslové podniky EU společnými silami pomáhají evropským občanům. In: *ec.europa.eu* [online]. Květen 2020 [cit. 2022-05-07]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/coronavirus-european-solidarity-action_en>.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Čl. 27 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Úř. věst. L 94, 28. 3. 2014, s. 65 an.

¹⁸ Čl. 28 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Úř. věst. L 94, 28. 3. 2014, s. 65 an.

ných zásad Smlouvy o fungování Evropské unie, zásady zákazu nediskriminace a rovného zacházení.¹⁹ Navíc článek 32 odst. 2 písm. c) Směrnice říká, že pokud je to nezbytně nutné „z důvodů krajní naléhavosti způsobené událostmi, které veřejný zadavatel nemohl předvídat, nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení. Okolnosti pro odůvodnění krajní naléhavosti nesmějí být v žádném případě způsobeny veřejným zadavatelem.“²⁰ Pro veřejné zadavatele to znamená, že mohou postupovat cestou vyjednávacího řízení s omezenou soutěží na základě přímého oslovení potenciálního dodavatele nebo přímo zadat veřejnou zakázku, ale to vše jen a pouze za splnění podmínky mimořádné naléhavosti.²¹

Český Úřad pro ochranu hospodářské soutěže uvedl, že: „Pokud jsou tedy ve zvýšené míře ohroženy životy a zdraví osob nacházejících se na území ČR, měly by být dle názoru Úřadu v zásadě obě citované výjimky použitelné pro každého zadavatele, mezi jehož úkoly na základě zvláštních právních předpisů patří přijetí opatření nezbytných pro eliminaci/snížení takového ohrožení, resp. k odstranění/zmírnění důvodů pro vyhlášení nouzového stavu. Nezbytnou podmínkou pro uplatnění daných výjimek přitom pochopitelně je, že jsou používány výlučně na skutečně urgentní nákupy související se zvládnutím aktuálního ohrožení. Jejich použití na jakékoli jiné nákupy je z povahy věci vyloučeno. Zjednodušeně řečeno: pokud např. kraj řídí nemocnici, která má ošetřovat i osoby potenciálně nakažené novým typem koronaviru, a pro potřeby této nemocnice potřebuje nakoupit roušky, respirátory, dezinfekce apod. (tj. něco, co je pro takovou péči nezbytné), je možno pro tento nákup uvedené výjimky využít.“²² S uvedeným nezbývá než jen souhlasit.

2. Veřejné zakázky v době pandemie v Evropě

Každý stát v Evropské unii se s pandemií vyrovnával jinak a každý stát zavedl jiná opatření podporující zadávání veřejných zakázek. V rámci tohoto článku jsou analyzovány postupy zadávání veřejných zakázek v době pandemie ve třech státech. Pro účely analýzy byla vybrána Italská republika, Chorvatská republika a Lotyšská republika. Jako kritéria pro výběr byla zvolena výše HDP na obyvatele v roce 2021 a rozdílná délka členství v Evropské unii. Kritériem výběru bylo porovnání hrubého domácího produktu na jednoho obyvatele v roce 2021, kdy dle závěrů OECD Italská republika patřila mezi výkonnostně nejlepší státy v Evropě, umístila se v první desítku států s nejvyšším HDP. Oproti tomu Lotyšsko a Chorvatsko se umístily na opačném konci tohoto srovnání evropských států. Druhým kritériem výběru byla doba členství v Evropské unii. Jedním z vybraných států byla Italská republika, jako stát zakládající, naproti tomu Chorvatsko bylo zvoleno z dů-

¹⁹ OECD. Application of public procurement rules during the COVID-19 crisis from the perspective of the European Union's Procurement Directives and the Government Procurement Agreement. In: *Sigmaweb.cz* [online]. 8. 4. 2020 [cit. 2022-05-21]. Dostupné z: <<https://www.sigmaweb.org/publications/Public-procurement-COVID-19-crisis-SIGMA-April-2020.pdf>>.

²⁰ Čl. 32 odst. 2 písm. c) Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Úř. věst. L 94, 28. 3. 2014, s. 65 an.

²¹ *Communication from the Commission Guidance from the European Commission on using the public procurement framework in the emergency situation related to the COVID-19 crisis*. Úř. Vest. C 1081, 1. 4. 2020.

²² Za nouzového stavu lze nakupovat roušky, respirátory a dezinfekci i bez zadávacího řízení. In: *uohs.cz* [online]. 20. 3. 2020 [cit. 2022-05-22]. Dostupné z: <<https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/tiskove-zpravy/verejne-zakazky/2749-za-nouzoveho-stavu-lze-nakupovat-rousky-respiratory-a-dezinfekci-i-bez-zadavacihorizeni.html>>.

vodu jeho nejkratšího členství a současně posledního přistoupivšího státu do Evropské unie. Lotyšsko bylo vybráno z důvodu jeho přistoupení v nejšířší a nejočekávanější přistupující vlně států do Evropské unie. Všechny zvolené státy spojuje i historie provázaná s komunistickým potažmo socialistickým stylem vlády. Italská republika jako zakládající stát dnešní Evropské unie má dlouhodobou kontinuitu legislativního systému a je tradičně postavena na volnotržním systému. Lotyšsko je oproti Itálii postsovětskou zemí, která byla nucena vybudovat si právní i ekonomický řád nově. Současné Chorvatsko značně ovlivnila éra Jugoslávie, která dodnes doznívá v jeho právním a ekonomickém systému.

2.1 Italská republika

Itálie byla vůbec první evropskou zemí zasaženou pandemií covidu-19 a jednou z nejhůře postižených zemí na světě. Během prvních dvou měsíců zemřelo v Itálii více než 27 tisíc osob.²³ Z tohoto důvodu byla italská vláda nucena přistoupit k níže uvedeným způsobům řešení co se týče veřejných zakázek.

Italská vláda svým zákonným nařízením *Decreto Cura Italia* stanovila opatření k posílení zdravotních služeb a poskytnutí ekonomické podpory domácnostem, pracovníkům a podnikům v souvislosti s onemocněním covidem-19. Dále italská vláda zadavateli rozšířila možnosti užívat zjednodušená zadávací řízení. Zadavatelé mohli využít zjednodušená zadávací řízení pro nákup elektroniky, zejména osobních počítačů, pro veřejnou správu nebo pro nákup pomůcek ve školách.²⁴ V neposlední řadě italská vláda umožnila veřejným zadavatelům přistoupit k zadávání zakázek na služby a dodávky formou výjimky z běžných pravidel, které jsou zformovány v italském zákoně o zadávání veřejných zakázek, kdy Itálie zavedla tzv. legislativní odchylky od ustanovení místního zákona o veřejných zakázkách. Nákup osobních ochranných prostředků a zdravotnických prostředků byl usnadněn díky výjimce povinnosti předchozí konzultace s hospodářskými subjekty, která je jinak stanovena pouze pro nákup do částky 40 000 eur. V Itálii byla dále zavedena možnost hradit zálohu na celou kupní cenu na celou dodávku.²⁵

Vyjma výše uvedeného zákonný dekret umožnil zvláštní postupy pro případy mimořádné naléhavosti a pro účely civilní ochrany. K provedení stavebních prací, dodávek a služeb nezbytných k odstranění stavu nouze mohla být zadána veřejná zakázka přímo jednomu nebo více hospodářským subjektům vybraným osobou pověřenou řízením.²⁶

²³ LUIGI ALBANO, G. – LA CHIMIA, A. Emergency Procurement and Responses to COVID-19: The Case of Italy. In: ARROW-SMITH, S. – BUTLER, L. R. – LA CHIMIA, A. – YUKINS, C. (eds). *Public Procurement Regulation in (a) Crisis?: Global Lessons from the COVID-19 Pandemic*. Oxford: Hart Publishing, 2022, s. 331–354.

²⁴ CAVASOLA, P. – IANNACCI, M. – MASONI, T. Coronavirus (COVID-19) impact on public procurement in Italy. In: *Cms.law* [online]. 4. 4. 2020 [cit. 2022-09-25]. Dostupné z: <<https://cms.law/en/media/local/cms-aacs/files/publications/news-letters/coronavirus-covid-19-impact-on-public-procurement-in-italy?v=2>>.

²⁵ OECD. Application of public procurement rules during the COVID-19 crisis from the perspective of the European Union's Procurement Directives and the Government Procurement Agreement. In: *Sigmaweb.cz* [online]. 8. 4. 2020 [cit. 2022-05-21]. Dostupné z: <<https://www.sigmaweb.org/publications/Public-procurement-COVID-19-crisis-SIGMA-April-2020.pdf>>.

²⁶ Italy: Legal guide to public contracting in light of COVID-19 pandemic. In: *insightplus.bakermckenzie.com* [online]. 5. 5. 2020 [cit. 2022-09-25]. Dostupné z: <<https://insightplus.bakermckenzie.com/bm/dispute-resolution/italy-legal-guide-to-public-contracting-in-light-of-covid-19-pandemic>>.

2.2 Chorvatská republika

Chorvatsko bylo v době pandemie covidu-19 nuceno se vyrovnat mimo jiné i se zemětřesením v okolí Zábřehu, které bylo nejsilnějším zemětřesením od roku 1880.²⁷ Současně krize způsobená pandemií covidu-19 prohloubila již existující krizi způsobenou financováním zdravotnického systému v Chorvatsku.²⁸ Chorvatská republika měla tedy ztíženou situaci oproti ostatním evropským státům.

Chorvatské Ministerstvo hospodářství, podnikání a řemesel vydalo v době pandemie doporučení stanoviska ohledně místního zákona o zadávání veřejných zakázek. Zákon o zadávání veřejných zakázek platný na území Chorvatska umožňuje požadovat od uchazečů za jistých okolností jistotu, a to pro případ, že by vítězný uchazeč chtěl stáhnout svoji nabídku před uplynutím doby její platnosti, nepodepsal smlouvu či neposkytl záruku řádného plnění. Ministerstvo v době pandemie vydalo doporučení, aby zadavatelé vyžadovali jistoty pouze v rizikových případech, ale to i potenciálních, kdy je zejména nutné brát v takovém případě ohled na předpokládanou hodnotu zakázky, naléhavost zakázky a význam zakázky pro zadavatele. Na druhou stranu ministerstvo taktéž doporučovalo omezit výši jistoty na nižší částku. Dle chorvatského zákona o veřejných zakázkách může být nejvyšší výše jistoty až 3 % předpokládané hodnoty zakázky. Ministerstvo v době pandemie doporučovalo jistoty nižší, a to do 1 % předpokládané hodnoty zakázky.²⁹

Jedno z dalších doporučení ze strany ministerstva směřovalo ke způsobu otevírání obálek veřejných zakázek v době pandemie. Chorvatské ministerstvo doporučovalo v co největší možné míře přesunout konání jednání ohledně otevírání nabídek do online prostoru a využít tak technologie pro konání jednání na dálku.³⁰

2.3 Lotyšská republika

Lotyšsko se v době pandemie covidu-19 vydalo cestou doporučení Evropské komise. Bylo upozorňováno na možnost změny již existující smlouvy jako na v podstatě nejrychlejší a nejjednodušší způsob řešení ztížené situace kvůli covidu-19.³¹ Dále byl v Lotyšsku využíván způsob zadávání veřejných zakázek mimo použití zákona o zadávání veřejných zakázek, a to pro účely pořízení zboží a služeb v souvislosti s řešením situace ohledně onemocnění covidem-19. Tato výjimka se vztahovala na státní zdravotnickou záchrannou službu, státní policii a státní hasičskou a záchrannou službu, tedy orgány přímo zapojené do činnosti proti šíření onemocnění covidem-19. Současně tato možnost byla poskytnuta

²⁷ TURUDIĆ, M. Public Procurement and Natural Disasters: Lessons from Croatia. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2020, roč. 15, č. 2, s. 163–169.

²⁸ ŠIMOVIĆ, H. – MIHELJA ŽAJA, M. – PRIMIRAC, M. Fiscal (un)sustainability of the Croatian healthcare system: additional impact of the COVID-19 crisis. *Public Sector Economics*. 2021, roč. 45, č. 4, s. 495–515.

²⁹ Preporuke Ministarstva gospodarstva, poduzetništva i obrta u vezi s pitanjima propisivanja i dostave jamstva za ozbiljnost ponude u novonastaloj situaciji izazvanoj epidemijom corona virusom. In: *Javnanabava.hr* [online]. 7. 4. 2020. [cit. 2022-05-22]. Dostupné z: <<http://www.javnanabava.hr/default.aspx?id=7221>>.

³⁰ Preporuka Ministarstva gospodarstva, poduzetništva i obrta u vezi s provedbom postupka javnog otvaranja ponuda u novonastaloj situaciji izazvanoj epidemijom corona virusom. In: *Javnanabava.hr* [online]. 23. 5. 2020 [cit. 2022-05-22]. Dostupné z: <<http://www.javnanabava.hr/default.aspx?id=7220>>.

³¹ Public Procurement and Contract Modification Options during the COVID-19 pandemic. In: *Trinity.eu* [online]. [cit. 2022-09-25]. Dostupné z: <<https://trinity.eu/insights/public-procurement-and-contract-modification-options-during-the-covid-19-pandemic/>>.

i institucím organizujícím společenský život. Těmto institucím bylo dovoleno nevyužívat pro své nákupy ustanovení zákona o veřejných zakázkách, kdy toto pravidlo bylo restriktivně stanoveno a mohlo být využito pouze v případě činnosti směřující k přímé reakci na výskyt onemocnění covid-19 a současně musela být tato činnost financována ze státního rozpočtu.³² Ostatní zadavatelé byli oprávněni využít cestu za nepoužití zákona o zadávání veřejných zakázek v případě, že se ocitnou v krajní naléhavosti, kterou nezapříčinili a současně by nebylo možné použít zadávací řízení zahrnující soutěž a uveřejnění oznámení o zakázce. Podmínkou využití alternativních pravidel bylo objektivní zjištění použití.³³

V Lotyšsku se v době pandemie covidu-19 značně zlepšila spolupráce mezi veřejným a soukromým sektorem. Bylo nutné rychle reagovat na šířící se nemoc covid-19, díky tomu byla navázána široká spolupráce se soukromými laboratořemi v rámci testování onemocnění covidem-19. Dle zákona o zadávání veřejných zakázek jsou na podepsání smlouvy o spolupráci a samotné zahájení práce nejméně dva měsíce, v Lotyšsku se navázala spolupráce a zahájila práce téměř okamžitě. Tato spolupráce Lotyšsko vynesla mezi státy s nejlépe otestovaným obyvatelstvem v rámci srovnání vybraných států OECD.³⁴

2.4 Srovnání postupu zadávání veřejných zakázek

Většina evropských států v době pandemie postupovala, co se týče zadávání veřejných zakázek, velmi podobně. Jejich hlavním cílem bylo zajistit nutné dodávky zejména zdravotnického materiálu. Státy v Evropské unii se snažily uplatňovat ustanovení o veřejných zakázkách, přičemž buď přijímaly konkrétní právní ustanovení, nebo vytvářely pokyny pro veřejné zadavatele ohledně již platných ustanovení týkajících se veřejných zakázek. Opatření, která byla přijímána členskými státy, ve většině případů směřovala k omezení osobní přítomnosti a přímému postupu k přezkumným orgánům, nebo omezovala osobní přítomnost v rámci přezkumných jednání v sídlech přezkumných orgánů.³⁵

Společným znakem srovnávaných států byla tvorba a úprava ustanovení vztahujících se k nákupu zdravotnického materiálu. Současně je vidět, že všechny uvedené státy se snažily zjednodušit proces zadávání veřejných zakázek a snížit ekonomickou zátěž potenciálních dodavatelů. Z výše uvedeného je možné dovozovat, že Itálie a Lotyšsko postupovaly obdobně a ve shodě s Pokyny Evropské komise, kdy zmíněné státy v krajních případech pro účely zásobování nezbytným zbožím doporučovaly přímé zadávání veřejných zakázek. Naopak Chorvatsko zasahovalo do procesu zadávání veřejných zakázek v minimální míře.

³² OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19) Stocktaking report on immediate public procurement and infrastructure responses to COVID-19. In: *oecd.org* [online]. 24. 1. 2020 [cit. 2022-09-25]. Dostupné z: <<https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/stocktaking-report-on-immediate-public-procurement-and-infrastructure-responses-to-covid-19-248d0646/>>.

³³ Par iepirkumiem valsti izsludinātās ārkārtējās situācijas ietvaros. In: *iub.gov.lv* [online]. 13. 3. 2020 [cit. 2022-05-22]. Dostupné z: <<https://www.iub.gov.lv/lv/par-iepirkumiem-valsti-izsludinatas-arkartejas-situacijas-ietvaros>>.

³⁴ KALVA, A. – BRIGIS, G. – KRUKS, S. SMITS, Dins. Public-private partnership role during the pandemic: A case of COVID-19 testing in the Republic of Latvia 2020. In: *Tandfonline.com* [online]. 31. 8. 2022 [cit. 2022-09-28]. Dostupné z: <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/20479700.2022.2112437>>.

³⁵ OECD. Application of public procurement rules during the COVID-19 crisis from the perspective of the European Union's Procurement Directives and the Government Procurement Agreement. In: *Sigmaweb.cz* [online]. 8. 4. 2020 [cit. 2022-06-19]. Dostupné z: <<https://www.sigmaweb.org/publications/Public-procurement-COVID-19-crisis-SIGMA-April-2020.pdf>>.

Závěr

Cílem tohoto článku bylo nastínit systém zadávání veřejných zakázek v době pandemie covidu-19. Jak bylo uvedeno výše pravidla pro zadávání veřejných zakázek nemají stát v cestě, pokud se jedná o lidské zdraví a lidské životy. Žádné ustanovení předpisů o zadávání veřejných zakázek by nemělo bránit použití nebo prosazení opatření nezbytných pro ochranu zdraví a lidského života. Při událostech charakteristických vyšší mocí, mezi které řadíme bezpodmínečně živelní katastrofy, ale právě i pandemie, jako byla tato způsobená onemocněním covid-19, je nutné aplikovat ustanovení, která zajišťují rychlejší a méně formální procesy nákupů. Přímé zadávání, kratší lhůty v soutěžních řízeních či užití jednacího řízení bez uveřejnění jsou ideálním řešením zvládnutí pandemie z hlediska veřejných zakázek. V situaci, kdy nebylo vhodné se vydat cestou jednacího řízení bez uveřejnění, mohli veřejní zadavatelé zvolit jedno z alternativních řešení jako přímé zadání veřejné zakázky nebo změnu smlouvy. Pokud nefungovalo ani uvedené, veřejní zadavatelé se mohli pokusit o změnu již zadané zakázky v podobě změny smlouvy.

Co ale pandemie dala světu veřejných zakázek? Ponaučení. Ponaučení o tom, jak rychle, efektivně zajistit fungování veřejného sektoru, ale i jak žít v době kritického nouzového stavu. Svět se naučil rychle zvládat a zajistit potřebu nezbytného, zejména v té době, zdravotnického materiálu. Společnosti po celém světě obratem dokázaly přeměnit svou dosavadní výrobu na tehdy požadované zboží. Svět se naučil spolupracovat.

Závěrem můžeme říci, že svět veřejných zakázek se v době pandemie covidu-19 značně změnil. Začaly se využívat do té doby takřka opomíjené zadávací postupy, zadavatelé zrychlili zadávání veřejných zakázek a začali se zaměřovat na alternativní využití trhu. Zadavatelé učinili změny a získali zkušenosti, které mohou využívat i nyní.

RECENZE

Tretera Jiří Rajmund – Horák Záboj. Právní dějiny církví: synagoga a církve v průběhu dějin. Praha: Leges, 2019, 288 s.

Církevní dějiny jsou multidisciplinárním oborem, k němuž mají co říci historici,¹ teologové² a nepochybně i právníci.³ Pohled právního historika na tuto oblast je cenný i proto, že řada pramenů, které se dochovaly z nejstarších dob, má charakter právních textů.⁴ Na rozdíl například od Slovenska⁵ dosud na českém trhu chyběla kniha, která by zpracovávala i dějiny 20. století, kdy došlo k řadě událostí, které dosud významně ovlivňují právní situaci.

Recenzovaná kniha má ambici být stručným a přehledným úvodem do studia právních dějin církví.⁶ Tento cíl se autorům podařilo naplnit. Na poměrně malém prostoru 288 stran shrnují několikatisíciletou historii a svůj výklad pro lepší přehlednost doplňují též schémata a tabulkami.

V oblasti konfesního práva je zcela nezbytné znát historický vývoj jednotlivých institutů i celých koncepcí právní regulace. Kdyby někdo začal se studiem vzájemných vztahů státu a náboženských společenství v roce 2010 bez jakékoliv znalosti o dějinách, muselo by mu být přinejmenším podezřelé, proč stát, který se sám definuje jako nábožensky neutrální, hradí platy duchovních, a dokonce plánuje na náboženská společenství převést vlastnictví řady nemovitostí. Z vyjádření řady politiků a dalších komentátorů majetkového vyrovnání státu a náboženských společenství bylo zřejmé, že jim právě toto předporozumění chybělo. Proto je logické, že velkou pozornost věnuje kniha recentním dějinám.

V oblasti práva kanonického je potom nutné mít přehled nejen o historii, nýbrž též o různých věroučných otázkách, z nichž koncepce kanonického práva vychází. Proto kniha stručně představuje též strukturu *Bible*, členění biblických knih a obsah především těch z nich, které mají přímou relevanci ke světskému či kanonickému právu.

První část knihy se v pěti kapitolách věnuje právním dějinám Izraele. Začíná od příběhů patriarchů obsažených v knize *Genesis*. Velkou pozornost věnuje právním pravidlům obsaženým přímo v jednotlivých biblických knihách.⁷ Přes další etapy, jako je doba králů, babylonské zajetí a návrat z exilu, se kniha dostává až do období přelomu letopočtu.

1 SUCHÁNEK, D. – DRŠKA, V. *Církevní dějiny. Antika a středověk*. Praha: Grada, 2013, a SUCHÁNEK, D. – DRŠKA, V. *Církevní dějiny. Novověk*. Praha: Grada, 2018.

2 WERNISCH, Martin. *Církevní dějiny jako koncept*. Brno: CDK, 2021.

3 Příkladem ze starší literatury mohou být přednášky Kamila Hennaera, jenž svůj výklad o církevním právu začíná pojednáním o dějinách církve od roku 313. HENNER, Kamil. *Právo církevní*. Praha: Všehrd, 1911, s. 20 an. Významná je rovněž Buškova *Učebnice dějin práva církevního*. BUŠEK, Vratislav. *Učebnice dějin práva církevního*. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského, 1929.

4 Příkladem může být Pliniova korespondence s Trajánem o různých aspektech aplikace práva na křesťany.

5 VLADÁR, Vojtech. *Dějiny církevního práva*. Praha: Leges, 2017.

6 TRETERA, J. R. – HORÁK, Z. *Právní dějiny církví: synagoga a církve v průběhu dějin*. Praha: Leges, 2019, s. 13.

7 Ibidem, s. 37–50.

Většinu knihy tvoří její druhá část věnovaná vývoji církve a synagogy od prvního století po Kristu. Text je členěn dle jednotlivých století do 21 kapitol. Vedle recentních dějin byla větší pozornost věnována prvním stoletím křesťanství. Ve sporech s různými herezemi se formovala křesťanská ortodoxie a řešila se i řada právních otázek. Výsledky ekumenických koncilů 4. a 5. století jsou dodnes relevantní i pro teologii. Velkou pozornost jim věnují publikace zaměřené na christologii,⁸ trinitologii⁹ i jiné dogmatické obory.¹⁰

Zájemci o právní dějiny církví, kteří nepocházejí z židovského či křesťanského prostředí, jistě ocení i úvodní výkladové pasáže o struktuře *Bible* a základech židovské i křesťanské vírouky. Jiné publikace, psané primárně pro studující teologie, leckdy tyto znalosti předpokládají, což je činí méně přístupnými pro zájemce, kteří dosud neměli příležitost si tyto znalosti osvojit.

Významné zestručnění látky bylo nezbytné v zájmu udržení autorského plánu shrnout historický vývoj od nejstarších pramenů židovského práva až po současnost v jediné knize. Tento cíl se zdařil i v tom směru, že rozsah recenzované knihy je oproti výše citované učebnici *Vladárově* poloviční. Pro hlavní cílové publikum knihy, studující pražské právnické fakulty, jde o adekvátní míru detailu, neboť jsou to právě autoři, kdo tyto studující církevním právním dějinám vyučují. Je tak logické, že obsah knihy a styl zpracování bere ohledy primárně na potřebu výuky, kterou autoři realizují v Praze v rozsahu, který je nebývale široký ve srovnání s ostatními českými právnickými fakultami.

Dalším publikem, kterému bude kniha k užítku, jsou studující teologických fakult. V řadě teologických studijních programů hrají církevní dějiny velkou roli a leckde je zkouška z nich dokonce součástí státní závěrečné zkoušky. Pro zopakování klíčové materie před zkouškou je rozsah knihy ideální.

Předností knihy je, že autoři o historických událostech pojednávají *sine ira et studio*. Publikace obsahuje faktografický přehled klíčových historických událostí a právních pramenů včetně stručného vysvětlení jejich relevance. To je cenné zejména v oblasti církevních dějin, které byly prakticky celou druhou polovinu 20. století postiženy velmi tendenčním výkladem poplatným zájmům komunistického režimu. To zájemce o tuto problematiku odkazovalo primárně na prvorepublikové a starší publikace,¹¹ které však logicky nepokrývaly události 20. století.

Autorský záměr obsáhnout několik tisíc let historie do necelých tří set stran s sebou nutně nese i některé slabiny recenzované knihy. Předně, je-li třeba zpracovat takto širokou materii, autoři se nutně dostávají za hranice témat, jimž se běžně věnují a kde mají dokonalý přehled o pramenech a neustále se rozvíjející literatuře. Může se tak stát, že do knihy proniknou i určité nepřesnosti. Při čtení jsem narazil na jediný problém tohoto druhu.

Autoři se hlásí k tezi, že palestinský kánon, k němuž se o řadu století později přihlásili protestanté, byl vyhlášen v roce 90 na synodě v Javne.¹² S takovým tvrzením zdaleka ne-

⁸ Například POSPÍŠIL, Ctirad Václav. *Ježíš z Nazareta, Pán a Spasitel*. Praha: Krystal OP, 2006.

⁹ POSPÍŠIL, Ctirad Václav. *Jako v nebi, tak i na zemi: náčrt trinitární teologie*. Praha: Krystal OP, 2007.

¹⁰ MÜLLER, Gerhard Ludwig. *Dogmatika pro studium i pastoraci*. Kostelní Vydří: Karmelitánské nakladatelství, 2010.

¹¹ Řada z nich je dostupná v elektronické podobě v Digitální knihovně PrF MU (<digi.law.muni.cz>), neboť jde již o autor-skoprávně volná díla. Podobně byla řada těchto děl digitalizována péčí projektu Národní právní dědictví (<nspd.cz>) řešeným na Ústavu státu a práva AV ČR.

¹² TRETERA, J. R. – HORÁK, Z. *Právní dějiny církví: synagoga a církev v průběhu dějin*, s. 26.

jsou v české¹³ či do češtiny přeložené¹⁴ literatuře sami. V bibliotice byl tento názor pokládán za platný až do posledních desetiletí 20. století, dnes je však tato teorie překonána.¹⁵

S výše vyzdvihovanou stručností souvisí i to, že čtenář musí počítat s tím, že text mnohdy nutně nabízí pouze velmi povrchní informace o určitých historických událostech či dokumentech. Například Vestfálský mír, který podle *Kissingera* představuje klíčovou osu mezinárodního systému až do současnosti,¹⁶ je pojednán v jediném odstavci na straně 218.

Při hodnocení, které události či prameny autoři do knihy vybrali, se pak nutně projeví i preference hodnotícího, jež přinejmenším z části budou vždy subjektivní. Shodnu se tak s *Markem Novákem* v pochvalu detailnějšího zpracování období prvotní církve.¹⁷ Jak jsem poukázal výše, je pro tuto dobu charakteristické řešení řady věroučných i právních otázek, z nichž mnohé jsou relevantní dodnes.

Naproti tomu v případě 11. století se mi zdá, že jeho události mohly dostat více prostoru. Pro *Friedricha Heera* stojí tyto události u zrodu kuriálního papežství, národních států, reformace i revolucí 13. až 19. století.¹⁸ *Heinrich Winkler* pak v bojích o investituru vidí základ moderní koncepce dělbý moci.¹⁹

Ani jeden z výtýkánych problémů ovšem nebrání tomu, abych knihu hodnotil veskrze pozitivně a bez váhání ji doporučil komukoliv, kdo se chce s problematikou seznámit. Ústavní soud v jednom svém známém a často citovaném rozhodnutí říká, že jazykový výklad „představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě“.²⁰ Podobně je stručná knížka pouze prvotním přiblížením se k poznání právní historie, jež představuje, slovy *Stanislava Balíka st.*, „oceán bez břehů“. Nicméně i velmi dlouhý pochod musí začít prvním krokem. A recenzovaná kniha je pro takový začátek velmi dobrým základním táborem, z něhož se mohou zájemci o právní dějiny církvi vydat k napsání soutěžní práce SVOČ, diplomové práce či odborného článku.

Jaroslav Benák*

¹³ Například SOKOL, Jan. *Člověk a náboženství*. Praha: Portál, 2004, s. 98.

¹⁴ Například BRAGUE, Remi. *Evropa, římská cesta*. Praha: Univerzita Karlova, 1994, s. 32.

¹⁵ VLKOVÁ, Gabriela Ivana. *Slovo Boží a slovo lidské: všeobecný úvod do Písma svatého*. 2., upravené vydání. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2007, s. 88. Obdobně též MACKERLE, Adam. *Než budete číst Bibli podruhé. Vybraná témata o Bibli*. České Budějovice: Jihočeská univerzita, 2014, s. 82.

¹⁶ KISSINGER, Henry. *Uspořádání světa: státní zájmy, konflikty a mocenská rovnováha*. Praha: Prostor, 2016, s. 35.

¹⁷ NOVÁK, Marek. Tretera, J. R. – Horák, Z. Právní dějiny církvi. Synagoga a církev v průběhu dějin. *Právněhistorické studie*. 2020, roč. 50, č. 3, s. 188.

¹⁸ HEER, Friedrich. *Evropské duchovní dějiny*. Praha: Vyšehrad, 2000, s. 85.

¹⁹ WINKLER, Heinrich August. Greatness and limits of the West. The history of an unfinished project. LEQS Paper. 2011, No. 30, s. 6.

²⁰ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997 (N 163/9 SbNU 399; 30/1998 Sb.), část IVc.

* Ing. Mgr. Jaroslav Benák, Ph.D., je odborným asistentem katedry ústavního práva a politikologie Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Jaroslav.benak@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6981-7954>.

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

Zpráva z konference Global Meeting on Law and Society

Do hlavního města Portugalska se v polovině července sjeli právní akademici a sociologové z celého světa: celkem zde proběhlo skoro tisíc přednášek od vystupujících z 97 zemí. V Lisabonu se totiž konal 13.–16. července sedmý ročník konference *Global Meeting on Law and Society* s názvem „*Řev, zúčtování a řešení*“ (*Rage, Reckoning and Remedy*). Zaštiťující téma naráželo na to, co se poslední rok ve světě odehrálo. Společnost se musela vypořádávat s mnohými výzvami v důsledku toho, že stále pokračovala koronavirová pandemie a Rusko rozpoutalo válku na Ukrajině. Nejen to odhalilo a ještě zvýraznilo další systémové problémy našeho soužití, které akademiky motivují zkoumat otázky svobody a rovnosti více než kdykoliv předtím. A jelikož se jednalo o konferenci pořádanou akademiky ze Spojených států amerických, hned několik panelů se soustředilo na témata spojená s rasou, vypořádávání se s kolonialismem nebo s dědictvím otroctví.

Otázka diverzity se však netýkala jen USA, zmíněna byla i v souvislosti s Českou republikou. *David Kosař* a *Marina Urbaníková* z Právnické fakulty Masarykovy univerzity představili svůj výzkum na téma vertikální genderové segregace v české justici, který stojí na polostrukturovaných rozhovorech se soudkyněmi z různých typů soudů. Ačkoliv totiž dvě třetiny soudcovského stavu na obecných soudech tvoří ženy, neobjevují se ani v podobném poměru na vrcholných soudech, ani v manažerských pozicích v rámci správy soudů – a jsou to právě jejich mužští kolegové, kteří soudy řídí. Na krajských soudech jich tvoří lehce přes polovinu soudců, na vrcholných soudech soudí pouze 44 procent žen a na Ústavním soudu jen 20 procent. Ve své přednášce akademici definovali základní překážky a bariéry v kariérním postupu žen v české justici: rodinné obligace, absence ambicí, netransparentní výběrová řízení na vyšší pozice, omezená mobilita a nedostatek systémové podpory pro kariérní růst žen. Ženy tak často v tuzemské justici působí jako tvrdě pracující soudkyně nižších soudů, které méně vykonávají statusové soudcovské povinnosti, nebo případně jako předsedkyně/místopředsedkyně obecných, nikoliv vyšších soudů.

Řešila se zde však také dilemata spojená s existencí právního státu a demokracie v době autoritářských politiků. Že se dnes podobní reprezentanti k moci nedostávají už pomocí tanků a že naopak využívají volby, je už nějakou dobu známé. Do jaké míry se na jejich vzestupu ale podílí samo právo a právní pravidla, představuje aktuální otázku nejen pro východní Evropu. Diskuse se odehrávala v rámci panelu, který vycházel z knihy kolektivu autorů *Konstitutionalismus v kontextu* (*Constitutionalism in context*). *Yaniv Roznai* z Reichmanovy univerzity popisoval příběh Maďarska a jeho ústavního převratu. Změny, které dlouhodobě vládnoucí premiér *Viktor Orbán* činí, jsou totiž často považovány jednotlivě jako souladné s ústavou, ale v souhrnu představují celkovou transformaci ústavního uspořádání státu. *Roznai* ve své přednášce naznačil, že možná neexistují zatím žádné známé limity, jak zabránit ústavním revolucím tohoto typu. Nezodpovězenou otázkou podle něj dále je, co nastane po konci vlády *Viktora Orbána* a jestli bude potřeba další ústavní revoluce. Z politických pater se před parlamentními volbami na jaře 2022 ozývaly hlasy opozičních politiků, kteří v případě vítězství chtěli vyhlásit *Orbánem* prosazené

ústavní změny za neúčinné *ex tunc*. To by podle *Yaniva Roznaie* však bylo chybou a znamenalo politickou a ústavní nestabilitu s nepředvídatelnými důsledky.

V rámci tohoto panelu dále vystoupila *Leigha Crout* z King's College London zabývající se proměnou čínské ústavy a následným posílením moci Čínské komunistické strany. Ústava Čínské lidové republiky prochází zásadním normativním vývojem, což potvrzují tři ústavní dodatky z roku 2018. První z nich odstraní omezení funkčního období pro nejmocnějšího vládního představitele (současného prezidenta *Si Ťin-pchinga* nevyjímaje), druhý v preambuli proklamuje, že Čínská komunistická strana symbolizuje vůdčí ideologii národa a třetí ústavní dodatek zřizuje nový dozorčí výbor, který má přezkoumávat a vyšetřovat chování vládních zaměstnanců. Jak *Leigha Crout* zdůrazňovala, tyto dodatky jsou proklamací strany, že jen ona je konečným a legitimním vykonavatelem ústavní moci a v širším smyslu i dodržování práva jako takového, zatímco dřívější změny ústavy spíše směřovaly k liberalizaci státu. Navíc Čína dříve akceptovala tzv. duální normativní systém vládnutí, kdy se ústava obecně považovala za kontrolní autoritu, a to ve stejné míře jako stranické vedení. Zmíněné ústavní dodatky z roku 2018 a na ně navazující politika Čínské lidové strany naznačuje, že však v posledních letech dochází k odstraňování tohoto dualismu a rozhodující slovo bude mít pouze strana.

Zajímavými panely byly také ty, které se věnovaly systémovým teoriím práva. Zde byly předneseny dva druhy příspěvků. První skupina se týkala obecné systémové teorie a jejích historických kořenů. Druhá využívala systémovou teorii jako odrazový můstek pro další výzkum – například na poli zkoumání vztahu práva, společnosti a nově se objevujících technologií. V tomto kontextu stojí za upozornění, že v právu dosud nemáme ujasněny ani základní premisy toho, jak například funguje komunikace a předávání informací. Toto se při bližším zkoumání ukazuje jako problém například ve vztahu k verbálním trestným činům atd. Obecně se potvrdilo, že odkaz *Nikolase Luhmanna* a jeho následovníků je stále v právní obci přítomný a že jeho práce může sloužit jako důležitý odrazový můstek pro další bádání.

Ohromné množství panelů se věnovalo tématu nových technologií, jejichž společenská implementace a z toho vyvozuující dopady se stávají esenciální součástí světové sociologie práva. Témat bylo v této kategorii nespočet: od inovací v poskytování právních služeb po nespočet témat spojených s užíváním umělé inteligence ve společnosti. Důležitými tématy v tomto kontextu byla otázka diskriminace, nových digitálních práv či hrozeb spojených s velkými daty. Příspěvky ukázaly, že nové technologie mohou ohromnému množství lidí pomoci – což bylo ukázáno například na studiích, jak rozšíření chytrých telefonů v chudých částech světa znásobilo přístup obyvatel k právní pomoci. Byly zde však předneseny také příspěvky poukazující na nebezpečí, například v kontextu tématu zneužití osobních dat či ve vztahu ke zvyšujícím se nerovnostem ve společnosti. Extrémně varovné byly příspěvky věnující se užití moderních technologií v Číně, což je v současné době laboratoř toho, co je technicky možné, bez jakéhokoli ohledu na základní práva a svobody obyvatel. Vzhledem k absenci čínských sociologů práva byly tyto příspěvky většinou předneseny Tchajwanskými akademiky, kteří mají díky své znalosti čínštiny dobrou představu o fungování současné Číny. U některých příspěvků byl přítom i v této kategorii vidět silně aktivistický podtext, který bohužel trochu kazil výstupy některých přednášejících.

K organizaci konference je třeba dodat, že i mezinárodní konference může být organizačně těžce podceňena. To se bohužel stalo i v tomto případě. Kombinace často nefunkční klimatizace a takřka 40stupňových teplot byla pro Středoevropana velmi těžce stravitel-

ná. Technika zajišťující dálkové přenosy mnohdy nefungovala či se až na místě zjistilo, že je nedostatečná. Občerstvení bylo zajištěno málo a na místě panoval chaos. Univerzita v Lisabonu má navíc ještě jednu zvláštnost – nad jejími budovami přistává takřka každou půlhodinu letadlo na nedaleké letišti. Tato kombinace byla bohužel skvrnou na jinak dobré konferenci. Na obranu pořadatelů je však nutno říct, že konferenci organizovali v době covidu z USA, což byl jistě úkol nelehký. Je otázkou, zda se v červenci nedalo vybrat místo pro konferenci přece jen vhodnější, kde by bylo alespoň o deset stupňů méně.

Andrea Procházková* – Jan Hořeňovský**

Zpráva z mezinárodního semináře *Current Central European Perspectives on Judicial Law-Making and Judicial Interpretation*

Právnická fakulta Univerzity Karlovy hostila v září 2022 mezinárodní seminář *Current Central European Perspectives on Judicial Law-Making and Judicial Interpretation*, jež organizovala katedra teorie práva a právních učení spolu s Českým sdružením pro právní a sociální filozofii, z. s. (IVR).

Seminář se zaměřil na postavení soudů a na roli soudcovské normotvorby se zvláštním důrazem na téma právní interpretace, jemuž katedra teorie práva a právních učení pražské právnické fakulty věnuje pozornost již tradičně. To dokládá mimo jiné i jeden z posledních sborníků nazvaný *Judicial Law-Making and Judicial Interpretation in Central European Countries: How Can Courts Strengthen or Weaken the Unity of Law?*, s nímž byl seminář úzce spjat.¹

Jakožto výstup mezinárodního kolektivu autorů byl citovaný sborník publikován v prosinci roku 2021 pod vedením *doc. JUDr. Pavla Ondřejka, Ph.D.* Seminář na knihu bezprostředně navázal jak tématem příspěvků, tak formátem události i osobnostmi samotných účastníků. V odpoledních hodinách přednesli své příspěvky někteří z příspěvkatelů do sborníku, kteří buď představili nová doplnění svých původních textů, nebo blíže argumentovali své základní teze. Během dopoledních příspěvků vystoupili především hosté ze zahraničí, konkrétně ze Salcburské univerzity a z Vídeňské univerzity, kteří ve svých příspěvcích přímo či nepřímo reagovali na vybrané texty ze sborníku.

Svým úvodním slovem seminář zahájili děkan a proděkanka Právnické fakulty, *prof. JUDr. Radim Boháč, Ph.D.*, a *doc. JUDr. Mgr. Magdalena Pfeiffer, Ph.D.* Ti především vyzdvihli důležitost tématu a zdůraznili význam vzájemné zahraniční spolupráce, již konečně lze po pandemických restrikcích opět rozvíjet i prostřednictvím osobních setkání

* Mgr. Andrea Procházková. Katedra politologie a sociologie, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: prochazkova@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4793-8007>.

** JUDr. Jan Hořeňovský. Katedra politologie a sociologie, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: horenovj@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5343-9736>.

¹ ONDŘEJEK, Pavel (ed.). *Judicial Law-Making and Judicial Interpretation in Central European Countries: How Can Courts Strengthen or Weaken the Unity of Law?* Prague – Warsaw – Bratislava – Budapest: Wolters Kluwer, 2021, 228 s.

a přednášek. Poté se slova ujal *prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.*, vedoucí katedry teorie práva a právních učení a předseda Českého sdružení pro právní a sociální filozofii.

Dopolední sekci semináře otevřel *Univ.-Prof. Dr. Michael Thaler* (Salcburská univerzita) svým příspěvkem *Is It Possible to Change a Constitution from the Outside?* Výchozím bodem prvního příspěvku byla otázka, zda lze změnit ústavu i jinou procedurou, než sama ústava pro svou vlastní změnu explicitně předepisuje. V této souvislosti *prof. Thaler* položil otázku, zda lze americkou ústavu změnit, aniž by byly splněny podmínky stanovené v jejím článku V. Na příkladech z historie amerického ústavního práva *prof. Thaler* ukázal, že možným základem pro změnu ústavy mimo (samotnou ústavou) stanovenou proceduru lze považovat princip suverenity lidu. Zda může princip suverenity lidu jako základ pro změnu ústavy skutečně posloužit, to dle *prof. Thaler* záleží na tom, co se tímto principem rozumí. V této souvislosti *prof. Thaler* upozornil na důležité rozlišení. Suverenitou lidu lze rozumět buď suverenita lidu „mimo ústavu“, tedy možnost lidu provést revoluci a změnit ústavu prakticky kdykoli a v jakémkoli rozsahu včetně zrušení celé ústavy (pojetí suverenity lidu na metaúrovni a vně ústavy), nebo suverenita lidu „uvnitř ústavy“, tedy suverenita lidu jakožto pravomoc, kterou lid čerpá z ústavy dle pravidel v ústavě zakotvených (pojetí suverenity lidu na úrovni objektu a v rámci ústavy).

Referát druhého ze zahraničních hostů, *Univ.-Prof. Dr. Michael Potacs* (Vídeňská univerzita), se blíže věnoval tématu samotného sborníku. *Prof. Potacs* se zaměřil na problematiku soudcovské interpretace práva, její racionalitu a na hranice této racionality. Dle jedné z hlavních tezí příspěvku *Different Rationalities in Judicial Law-Making* platí, že kromě racionality právní existují i racionality jiné, jež dle *prof. Potacs* soudy berou a (s ohledem na limity právní racionality) mají brát v úvahu. S právní racionalitou spojuje *prof. Potacs* interpretační metody a hodnotu připisovatelnosti. Za význam právního textu můžeme dle *prof. Potacs* považovat to, co lze připsat zákonodárci na základě interpretačních metod, přičemž právě onu připisovatelnost zákonodárci považuje *prof. Potacs* s odkazem na *JUDr. Katarzynu Żák Krzyżankovou, Ph.D.*, za metaprávní pravidlo ostatních interpretačních metod. O iluzi interpretace, jež pouze zastírá vytváření práva, se dle *prof. Potacs* jedná tehdy, svědčí-li pro dovozený výsledek interpretace sice jedna z interpretačních metod, avšak současně tento výsledek interpretace nelze připsat zákonodárci na základě metod jiných. I taková rozhodnutí však mohou být žádoucí právě s ohledem na jiné než právní racionality, což ilustroval *prof. Potacs* odkazem na rozhodovací praxi SDEU k přednosti a přímému účinku evropského práva, jež dle přednášejícího vychází primárně z politické racionality spíše než z racionality právní.

Na *prof. Potacs* navázal pražský autor *prof. JUDr. Karel Beran, Ph.D.*, jenž se rovněž zaměřil na téma soudcovské interpretace, jak je rozpracoval v rámci sborníkového příspěvku. *Prof. Beran* v úvodu referátu *Judicial Interpretation as a Competence* vymezil, v čem tkví zvláštnost právní interpretace a jaké jsou její důvody, tedy proč vlastně soudy právo musí interpretovat a nemohou je, zjednodušeně řečeno, pouze číst. Zvláštnost interpretace v právu dle *prof. Berana* tkví v jejím účelu; interpretace slouží k transformaci obecné právní normy do konkrétní právní povinnosti, jež má být uložena jednotlivci. Soudy musí právo interpretovat dle *prof. Berana* jednak proto, že právní povinnost lze vymáhat pouze tehdy, je-li dostatečně specifická – obecnou normu vykonat bez dalšího nelze. Druhým důvodem pak je nutná abstraktnost a obecnost právních norem, jež vyplývá z toho, že žádný suverén není s to rozhodovat každý spor jednotlivě, aniž by došlo k nějaké formě delegování této kompetence. Jedna z hlavních tezí *Beranova* příspěvku se týkala rozlišení dvou aspektů soudcovské interpretace: konkretizace a individualizace. *Prof. Beran*

vnímá interpretaci práva šířeji než jako pouhou schopnost specifikovat konkrétní povinnost z příslušné obecné normy (konkretizaci). Má-li soud být schopen správně dovést konkrétní výsledek, musí totiž rovněž být s to zvolit správnou právní normu v rámci platného řádu (individualizace).

Diskusní povahu semináře prohloubil *Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin* (Viedeňská univerzita) svým příspěvkem *Comments on the Paper Judicial Interpretation as a Competence*. V úvodu svého referátu *prof. Wiederin* zdůraznil roli interpreta, jenž vůči objektu interpretace vznáší možné významy. Právnímu předpisu připisuje interpret dle *prof. Wiederina* kontext v podobě principů, hodnot či systému, čímž interpret význam interpretovaného spoluurčuje. *Prof. Wiederin* se v návaznosti na *prof. Berana* zabýval specifickými znaky právní interpretace. Tu dle *prof. Wiederina* od jiných interpretací, typicky interpretace v literatuře, charakterizuje, že v právu nejde o rozšíření a obohacení významu, nýbrž o zúžení významu na konkrétní případ a na konkrétní situaci. Právě za tímto účelem existují v právu tzv. dogmatické obory orientované prakticky, jež mají poskytovat odpovědi na to, co právo stanovuje tzv. *teď a tady*. *Prof. Wiederin* vyjádřil souhlas s tezí *prof. Berana*, dle něž normy determinují, jaká fakta budou ze skutkového stavu relevantní. Přednášející však upozornil, že toto determinování působí i zpětně, tzv. *vice versa*, neboť i fakta (zpětně) determinují, jaké normy budou v konkrétním případě aplikovatelné.

Po polední pauze následovaly dva příspěvky pražských autorů, v nichž oba navázali na své příspěvky ve sborníku *Judicial Law-Making and Judicial Interpretation in Central European Countries: How Can Courts Strengthen or Weaken the Unity of Law?*

První z nich, příspěvek *doc. Tryzny* s názvem *Inevitability of Retrospective Effect of Judicial Interpretation of Laws?*, se věnoval otázkám, jež vyvstávají v souvislosti s retrospektivními účinky soudní interpretace. S ohledem na zásadní důležitost judikatury jde o téma pro praxi zásadní, přesto málo rozpracované. *Doc. Tryzna* nejprve objasnil své dvě výchozí premisy. První z nich se týkala role předvídatelnosti v právním řádu. Dle *doc. Tryzny* spočívá legitimita právního řádu v podstatné míře na tom, že adresáti právních norem mohou předvídat následky svého jednání. Retroaktivní změna právní regulace, tj. taková změna, jež dopadá na právní jednání, k nimž došlo před touto změnou, předvídatelnost narušuje. Druhá premisa se týkala toho, že soudy svou interpretací determinují podobu právního řádu, tj. tvoří právo. Pokud rozhodovací praxe soudů v obecné určuje obecná pravidla, na jejichž základě v konkrétních případech mohou jednotlivcům vznikat práva a povinnosti, vyvstává dle *doc. Tryzny* i u těchto norem otázka, jak se má takové nové pravidlo dotknout právních jednání, jež nastala před přijetím těchto rozhodnutí. V této souvislosti *doc. Tryzna* kritizoval převažující přístup soudní praxe na území ČR, dle níž jsou nová pravidla vytvářena soudní praxí aplikována retrospektivně, tedy i na probíhající řízení. Proti tzv. retrospektivnímu působení judikatury lze dle *doc. Tryzny* vznést stejné argumenty jako proti retroaktivnímu působení právních předpisů, což retrospektivní působení judikatury problematizuje. S ohledem na dosavadní neuspokojivý stav navrhuje *doc. Tryzna* rozpracovat obdobné principy jako v případě retroaktivních právních předpisů, jež by aplikovatelnost nových rozhodnutí na probíhající řízení limitovaly.

Doc. Pavel Ondřejek přednesl druhý odpolední příspěvek, jímž mezinárodní seminář současně zakončil. Analytická rovina referátu *Judicial Maximalism: Theory and Practice* spočívala v rozlišení maximalistického a minimalistického soudního rozhodování. Jak *doc. Ondřejek* představil v návaznosti na amerického autora *Casse Sunsteina*, na kontinuu minimalistický/maximalistický lze vyjádřit, v jaké míře se soud ve svém rozhodnutí

soustředí na vyřešení jednotlivého případu, aniž by se pokoušel formulovat obecnější závěry (minimalismus), či v jaké míře soud při řešení konkrétního případu rovněž prospektivně určuje podobu budoucí rozhodovací praxe (maximalismus). V druhé části příspěvku pak *doc. Ondřejek* prezentoval výsledky svého výzkumu zaměřeného na otázku, zda Ústavní soud České republiky tenduje k maximalistickému rozhodování. Na základě svého zkoumání potvrdil *doc. Ondřejek* trend k maximalismu, výzkum však současně ukázal, že maximalismus může mít více podob. Konkrétně pak Ústavní soud dle *doc. Ondřejka* ustupuje od původního maximalismu spočívajícího ve vyjasňování a rozpracovávání obecných principů či hodnot a přiklání se k maximalismu v podobě přijímání pravidel, jež jsou určena budoucím soudům.

Závěrečný příspěvek příznačně pronesl právě *doc. Pavel Ondřejek*, editor sborníku *Judicial Law-Making and Judicial Interpretation in Central European Countries: How Can Courts Strengthen or Weaken the Unity of Law?*, jehož ústřední motivy a základní teze mezinárodní seminář částečně problematizoval, částečně vyjasnil a v každém případě úspěšně rozvinul.

Tomáš Koref*

* Mgr. Tomáš Koref. Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: koreft@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9634-3272>. Příspěvek byl zpracován za podpory projektu *Cooperatio/LAWS*.

Prorogation Agreement from the Perspective of Hague Convention on Choice of Court Agreements

Naděžda Rozehnalová (<https://orcid.org/0000-0002-8907-2718>)

Abstract: The paper deals with the exclusive prorogation agreements from the perspective of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements. The Hague Convention entered into force for the Czech Republic in 2015. Its importance was reinforced by the withdrawal of the United Kingdom from the European Union. The first part of the paper analyses the scope of the Convention and its links to other sources of legislation, especially the Brussels Ibis Regulation. The main focus of the paper is the analysis of the exclusive prorogation agreement as regulated by the Hague Convention. The Hague Convention contains an autonomous definition of an exclusive choice of court agreement; however, part of the issues relating to the material validity of the prorogation agreement is regulated by the reference to national law determined via private international rules. The fundamental issue is identifying the 'position' of the applicable national law, the method for its determination, and the autonomous area governed by unified rules. The autonomous area is defined by outer limits (i.e., the scope of the Hague Convention) and internal limits such as gaps in the regulation in the Hague Convention. The article deals with determining the applicable law for the grounds for material invalidity of the prorogation agreement and the legal capacity of the parties to conclude a valid prorogation agreement. Particular attention is paid to the possibility of autonomous interpretation for filling in the gaps, specifically using UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

Keywords: Hague Conference on Private International Law, Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, material scope of the convention, unified law vs national law, exclusive agreement on choice of court, material validity of the agreement on choice of court (prorogation agreement), null and void prorogation agreement

Ratio legis for Agreements on Work outside the Employment Relationship in Historical Legal Contexts

Petr Podrazil (<https://orcid.org/0000-0001-6004-6818>)

Abstract: The article analyses an atypical form of work performance in the form of agreements on work performed outside the employment relationship from the historical point of view and reasons for their emergence. Although this legal instrument for employing people in small-scale work has been part of the legal order for almost 60 years, the current labour market conditions, including the working habits or methods under which the work is performed, are quite different from those at the time when agreements to perform work outside the employment relationship were adopted. The article examines this legal institution from the position of the reasons that led the legislator to create this specific employment relationship and determines whether the reasons for adoption are still valid and justify the retention of the legal regulation of agreements in the provisions of the Labour Code. To this end, the article examines the interrelationship between agreements on work performed outside the employment relationship and the employment relationship, including the co-occurrence of both legal relationships, the personal and substantive scope of the provisions on agreements on work performed outside the employment relationship, the fulfilment of the definitional features of dependent work from the perspective of the agreements, the connotations related to European law or statistical data on the basis of which it would be possible to detect the number and composition of employees performing activities under one of the agreements on work performed outside the employment relationship.

Keywords: agreements on work outside the employment relationship, dependent work, atypical forms of employment, employee, employment relationship

The Right to a Reasoned Decision and the Algorithmization of Decision-Making Systems

Andrej Krištofík (<https://orcid.org/0000-0001-8150-0362>)

Abstract: One of the essential elements, not only of judicial decisions, but in fact of any public-law decision, is the statement of reasons. Such reasoning must meet certain standards, and failure to do so may lead to

at least the creation of scope for appeal, and at worse to a violation of the right to a fair trial. This paper will address the question of what minimum standard exists for reasoning and in what decisions, and whether it can be met in algorithmic decision-making without human intervention, considering, among other things, the technical complication presented by the algorithmic black-box problem. The article is based on the Constitutional Court's ruling II Constitutional Court 2522/19 and the ECtHR's ruling in *Paradiso and Campinelli v. Italy* – judgments which are mutually related and which also mention automated decision-making as inadmissible, a conclusion which this article seeks to refute. Last but not least, the result will be confronted with Article 22 GDPR, or primarily with the French and Hungarian regulation, which extends the right of explanation (right of intelligibility) to the subject.

Keywords: automation, right to a fair trial, reasoned judgement, GDPR, algorithmic justice

Use of the Argument per analogiam legis in the Jurisprudence of the Czech Courts

Patrik Koželuha (<https://orcid.org/0000-0002-8048-3502>)

Abstract: The article deals with analogia legis as one of the means of judicial development of law. The subject of the analysis in the article is the definition of analogy as a methodological procedure and, in particular, the conditions of its use (issues related to the decision between the use of the argument per analogiam legis versus the argument a contrario). The article contains a theoretical and practical analysis dealing with the identification of areas in which the use of analogy in certain situations is generally inadmissible (substantive criminal law, the definition of competences and powers, the determination of taxes and fees). It also illustrates, with examples of decisions from judicial practice, the courts' efforts to find a more specific definition of the limits of the use of analogy and some practical problems (for example, the nature of the a fortiori argument and whether it is an argument of interpretation of the law or of judicial development of law, the prohibition of analogy in the case of constitutional decisions, etc.). These questions are followed by an analysis of other limitations related to the use of analogy in specific cases, i.e., precisely the problem of the existence of gaps in the law, their categorization, and the determination of which of the methods of judicial development of law can be applied to them and which cannot. Finally, the article deals with the examination of the condition of the appropriateness of the use of analogy in a particular case (the actual assessment of similarity, the selection of the comparable elements and the relevance of the purpose of the law).

Keywords: interpretation of law, judicial development of law, analogy, gaps in the law, per analogiam legis

Public Procurement during the Covid-19 Pandemic

Pavlna Minaříková (<https://orcid.org/0000-0002-4955-9361>)

Abstract: The covid-19 pandemic has affected the whole world, Europe and the Member States of the European Union were not excluded. From one minute to the next, public procurers were forced to secure supplies of the goods needed at the time, especially medical supplies. The procedures under Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC were lengthy. Public officials were trying to find solutions to speed up the procurement procedure and thus ensure faster delivery of the needed goods. The European Commission has provided guidance to contracting authorities on how to proceed during this difficult time in the form of Guidelines on the use of the framework for public procurement in the emergency situation related to the covid-19 crisis. This article describes the practices of contracting authorities during the covid-19 pandemic. The article seeks to describe the procurement processes during the pandemic and outline the differences in the procurement process during the pandemic compared to the pre-pandemic situation. At the same time, the article briefly looks at a comparison of the measures adopted in selected EU Member States.

Keywords: public procurement, public procurement law, European law, European Union, Covid-19 pandemic

Vládnoucí a ovládaní

Explikace vlivu, kontroly a legitimního vládnutí

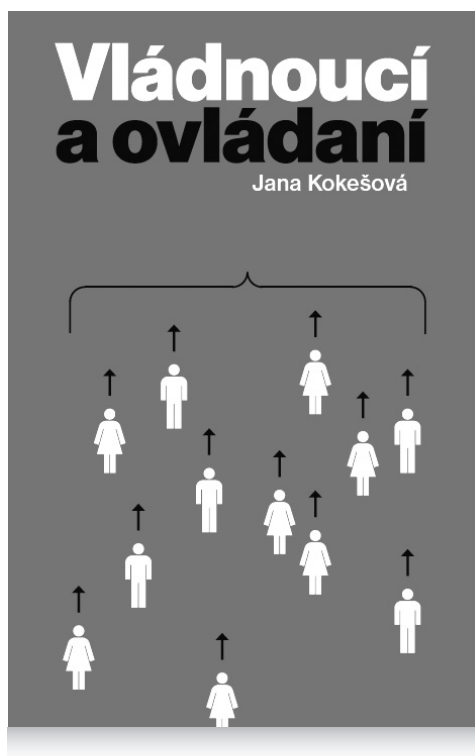
Jana Kokešová

Ústav státu a práva AV ČR
Praha 2022, 288 stran

ŮSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

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 tradice 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.



Nepřirozené právo

Tomáš Sobek

Ústav státu a práva AV ČR
Praha 2022, 292 stran

ÚSTAV	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 samozřejmé nejsou.



Úskalí asistované reprodukce v muslimských zemích

Lenka Bezoušková

Ústav státu a práva AV ČR
Praha 2021, 115 stran (e-kniha)

ÚSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

Akademie věd ČR

Publikace nabízí vhled do problematiky asistované reprodukce v kontextu islámského právního systému. Podrobně se věnuje konkrétním restrikcím a pravidlům ustanoveným v islámském právu a vysvětlením jejich smyslu. Autorka představuje postoje sunnitských i šíitských učenců k dostupným metodám asistované reprodukce, popisuje také rozdíly v právních úpravách jednotlivých muslimských států. Souběžně pojednává i o souvisejících tématech, jako je uzavření či ukončení manželství, určení otcovství či status nemanželských dětí.

