

STATI

Správní žaloba nejvyššího státního zástupce z hlediska poslání správního soudnictví

David Hejč*

Abstrakt: Článek se věnuje správní žalobě, kterou je oprávněn podat nejvyšší státní zástupce k ochraně závažného veřejného zájmu, a to z hlediska principu ochrany veřejných subjektivních práv jako hlavního poslání správního soudnictví. Poukázáno je na to, že ačkoliv žaloba nejvyššího státního zástupce sleduje primárně ochranu veřejného zájmu, princip ochrany subjektivních práv se v jejím rámci významně uplatňuje. Jde zejména o vliv principu ochrany subjektivních práv na předmět žaloby a na meritorní soudní rozhodování o ní. Pokud jde o prvně uvedenou oblast, tzn. určení, zda vůbec jde o správní rozhodnutí, které je nejvyšší státní zástupce oprávněn tímto způsobem před správními soudy napadnout, pozornost je věnována případům zejména atypických úkonů správních orgánů, kde princip ochrany subjektivních práv může mít rozhodující vliv. Jde-li o uplatnění principu ochrany subjektivních práv při samotném meritorním soudním rozhodování o žalobě nejvyššího státního zástupce, je pozornost věnována především otázce ochrany dobré víry adresáta napadeného správního rozhodnutí. Přitom jsou rozlišovány případy, kdy jde o správní rozhodnutí, které je jednak k dobru svého adresáta a zvyhodňuje jeho právní pozici, a které je naopak vydáno k jeho tíži.

Klíčová slova: správní žaloba, veřejný zájem, nejvyšší státní zástupce, správní soudnictví, dobrá víra

Úvod

V letošním roce uplynulo 20 let od účinnosti soudního řádu správního, tedy právního předpisu, upravujícího především otázky soudního procesu ve správním soudnictví.¹ Jeho přijetí bylo reakcí na nedostatky předchozí právní úpravy, která po stránce institucionální i procesní již neodpovídala požadavkům, které má správní soudnictví ve vztahu k právnímu řádu plnit.² Tyto nedostatky z ústavně a mezinárodně právního hlediska konstatoval Ústavní soud v nálezu ze dne 27. 6. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 16/99, kterým zrušil s účinností od 1. 1. 2003 celou pátou část občanského soudního řádu,³ ve které byla předchozí právní úprava správního soudnictví obsažena.

Předchozí právní úpravě bylo mimo jiné vytýkáno, že správní soudnictví je na jejím základě omezeno prakticky pouze na přezkum zákonnosti správních rozhodnutí. Podle soudního řádu správního tak správní soudnictví poskytuje ochranu rovněž proti dalším formám činnosti (i nečinnosti) správních orgánů. Žalobu proti rozhodnutí správního

* JUDr. David Hejč, Ph.D., odborný asistent, katedra správní vědy a správního práva Právnické fakulty Masarykovy Univerzity, a státní zástupce, Nejvyšší státní zastupitelství. Názory vyjádřené v článku jsou čistě osobní odborné názory autora. Článek vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Dvacet let moderního správního soudnictví* č. MUNI/A/1479/2022, podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2023.

¹ Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, účinný od 1. 1. 2003.

² Viz důvodová zpráva k vládnímu návrhu soudního řádu správního (tisk PSP ČR č. 1080/0, 3. volební období, 1998–2002).

³ Zákon č. 99/1963, občanský soudní řád, ve znění do 31. 12. 2002.

orgánu – jako nejstarší žalobní typ, sahající až do počátku správního soudnictví na našem území⁴ – je však možné i nadále považovat za dominující základní žalobní typ ve správním soudnictví. A to i proto, že oba další základní žalobní typy se vůči žalobě proti rozhodnutí vymezují negativně, respektive vymezení toho, vůči čemu směřuje žaloba proti správnímu rozhodnutí, je klíčové pro patřičné uchopení všech tří základních typů žalob podle soudního řádu správního.⁵

Není proto náhodou, že právě podle řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu se odvozuje většina charakteristik spojovaných se správním soudnictvím jako takovým.⁶ V žalobě proti správnímu rozhodnutí se více než u ostatních žalobních typů, které soudní řád správní obsahuje, promítají charakteristické zásady správního soudnictví, respektive jeho samotný účel a poslání.

Právní úprava řízení o žalobě proti správnímu rozhodnutí nicméně obsahuje současně i významné výjimky z těchto charakteristických zásad správního soudnictví či jejich odchylky a specifické projevy. Zřejmě nejvýrazněji se uvedené promítá do tzv. žalob k ochraně veřejného zájmu. Jde o žalobní institut, jehož uplatněním se lze odchýlit dokonce od zcela stěžejní zásady správního soudnictví, kterou je ochrana subjektivních práv, respektive od samotného účelu či poslání správního soudnictví, spočívajícího především v ochraně práv jednotlivců.⁷ Následující text se v tomto světle věnuje jedné z žalob k ochraně veřejného zájmu, a to správní žalobě nejvyššího státního zástupce.

1. Princip ochrany subjektivních práv a ochrana veřejného zájmu

Na základě soudního řádu správního poskytují správní soudy skrze jednotlivé (základní) žalobní typy ochranu primárně veřejným subjektivním právům jednotlivců. Ostatně, jak již bylo uvedeno, ochrana veřejných subjektivních práv je převážným posláním správních soudů. Uvedené souvisí s tím, že se soudní kontrola veřejné správy vyvíjela jako součást demokratické ideologie občanské společnosti. V posttotalitních státech, mezi které Česká republika v souvislosti s vývojem dnešního správního soudnictví patří, je právo na soudní přezkum aktů veřejné správy součástí balíčku demokratizačních opatření.⁸ Jak konstatoval rozšířený senát Nejvyššího správního soudu: „*Soudní řád správní je svojí povahou ‚obránnou‘ normou. Není normou ‚kontrolní‘, která by umožňovala komukoliv iniciovat, prostřednictvím podání žaloby ve správním soudnictví, kontrolu jakéhokoliv úkonu veřejné správy. Má pouze zajistit poskytování právní ochrany v případech, kdy veřejná správa vstupuje do právní sféry fyzických nebo právnických osob. Hraničním kritériem pro žalobní legitimaci je právě tvrzený zásah do veřejných subjektivních práv. Nikoliv veškerá činnost (případně veškeré pochybení) veřejné správy je podrobena soudní kontrole ze strany fyzických a právnických osob, ale pouze ta, kdy činnost správy přesáhne do jejich veřejných subjektivních práv.*“⁹

⁴ Srov. § 2 tzv. říjnového zákona (zákon č. 36/1876 ř. z., o zřízení správního soudu).

⁵ KÜHN, Zdeněk. Komentář k § 65. In: KÜHN, Zdeněk – KOCOUREK, Tomáš a kol. *Soudní řád správní. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 512.

⁶ POUPEŘOVÁ, Olga. Správní soudnictví – pojem a charakteristika. In: FRUMAROVÁ, Kateřina a kol. *Správní soudnictví*. Praha: Leges, 2022, s. 35.

⁷ § 2 soudního řádu správního.

⁸ POUPEŘOVÁ, Olga. *Správní soudnictví – pojem a charakteristika*, s. 28.

⁹ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2008, č. j. 8 As 47/2005-86.

Správní žaloba nejvyššího státního zástupce je ale případem, ve kterém primárně nejde o ochranu něčích veřejných subjektivních práv, nýbrž o ochranu veřejného zájmu či objektivního práva.¹⁰ Jak k žalobám ve veřejném zájmu trefně poznamenává Axel Halfmeier, „jestliže hovoříme o ‚veřejném zájmu‘, může to představovat pouze zkratku pro souhrn všech soukromých zájmů nebo těch zájmů, na kterých jsme se hromadně dohodli. V demokratické společnosti lze veřejný zájem a objektivní právo označit za totožné, protože právě na veřejném zájmu se lidé – nebo jejich zvolení zástupci – shodli v tom smyslu, že je pro společnost závazný. Z toho důvodu lze označit žaloby ve veřejném zájmu za žaloby, které se zaměřují na prosazování objektivního práva [...]“.¹¹

Má-li soudní kontrola aktů veřejné správy sloužit především k ochraně subjektivních práv jednotlivců, zatímco k ochraně objektivního práva a veřejného zájmu působí prostřednictvím konceptu ochrany subjektivních práv toliko zprostředkovaně,¹² pak v případě žaloby k ochraně veřejného zájmu jde o situaci v podstatě opačnou. Neboť ta primárně má vždy sloužit k ochraně objektivního práva a veřejného zájmu, zatímco k ochraně veřejných subjektivních práv jednotlivce v některých případech může (ale nemusí) zprostředkovaně dojít (viz 3.3).¹³

Nejvyššímu státnímu zástupci soudní řád správní přiznává zvláštní žalobní legitimaci k ochraně určitého veřejného zájmu, aniž by muselo být tvrzeno zkrácení něčích práv rozhodnutím žalovaného správního orgánu.¹⁴ Účelem této žaloby tedy není provedení ústavně garantovaného práva na soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny, respektive čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.¹⁵ V případě správní žaloby nejvyššího státního zástupce správní soudy chrání zákonnost jednání veřejné správy v obecné rovině a jsou ve své podstatě pokračovateli specifické kontrolní činnosti nejvyššího státního zástupce nad zákonností výkonu veřejné správy, a to zpravidla bez přímého vztahu k jednotlivcům, respektive jejich subjektivním právům. Jinak řečeno postačí tedy stav protizákonnosti, který nemusí zasahovat do ničích práv. Jde o ochranu

¹⁰ Zpravidla lze přitom „zájem na ochraně objektivního práva“ považovat za univerzálně platný veřejný zájem s ohledem na čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny (viz VIČAROVÁ HEFNEROVÁ, Hana. *Ochrana veřejného zájmu v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu*. Praha: Leges, 2018, s. 51).

¹¹ HALFMEIER, Axel. Co jsou žaloby ve veřejném zájmu a k čemu jsou dobré. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Žaloby ve veřejném zájmu v českém, německém, rakouském a portugalském právu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2022, s. 18–19. Axel Halfmeier se však současně zdráhá žaloby podávané nejvyšším státním zástupcem (i veřejným ochráncem práv) – v podobě, v jaké jsou obsaženy v českém právním řádu – nazývat „žalobami ve veřejném zájmu“, neboť se domnívá, že tento termín by měl být vyhrazen pro žaloby podávané občany nebo spolky, nikoliv státními institucemi, třebaže by byly formálně nezávislé. Dodává, že tyto žaloby sdílejí s žalobami ve veřejném zájmu některé společné rysy, lze je ale podřadit samostatné tradici. Obdobně k takovému rozlišení přistupuje i Andreas Frössel, podle kterého v rakouském právu jsou žaloby státního zástupce prostředkem nápravy ve veřejném zájmu, ale nejsou žalobou ve veřejném zájmu v pravém slova smyslu. Vychází přitom z převažující definice žalob ve veřejném zájmu v rakouském právu, a sice že „se jedná o žaloby, které jsou přístupné všem (nebo alespoň skupině potenciálních žalobců) a nemají původ v již existujícím individuálním (zákonném nebo smluvním) nároku žalobce“ [FRÖSSEL, Andreas. *Žaloby ve veřejném zájmu v rakouském právu*. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Žaloby ve veřejném zájmu v českém, německém, rakouském a portugalském právu*, s. 216, 227].

¹² POUPEROVÁ, Olga. *Správní soudnictví – pojem a charakteristika*, s. 28.

¹³ Tím se současně žaloby ve veřejném zájmu odlišují od tzv. hromadných žalob, jejichž hlavním účelem je náprava subjektivních práv [TICHÝ, Luboš. *Žaloby ve veřejném zájmu*. In: TICHÝ, Luboš (ed.). *Žaloby ve veřejném zájmu v českém, německém, rakouském a portugalském právu*, s. 46].

¹⁴ Nemusí tedy být splněny příslušné podmínky podle § 65 odst. 1 s. ř. s. (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 11. 2012, č. j. 7 As 147/2012-23).

¹⁵ POTĚŠIL, Lukáš. *Komentář k § 5*. In: POTĚŠIL, Lukáš – ŠIMÍČEK, Vojtěch a kol. *Soudní řád správní: komentář*. Praha: Leges, 2014, s. 26.

veřejného zájmu, který může být dokonce se zájmy adresátů napadených rozhodnutí protichůdný. Žalobou nejvyššího státního zástupce se umožňuje zjednání nápravy a soudní odstranění protizákonných aktů veřejné správy, které buď nikoho na právech nezkracují (či dokonce právě naopak), eventuálně sice zkracují, ovšem takové osoby žalobu nepodaly.¹⁶

Ačkoliv žaloba nejvyššího státního zástupce představuje ve světle výše uvedeného určitou výjimku z principu ochrany veřejných subjektivních práv, neznamená to, že je v rozporu s účelem správního soudnictví, jak je vyjádřený v § 2 s. ř. s. Jak k tomu poznamenal Nejvyšší správní soud, „*již § 2 s. ř. s. výslovně uvádí, že ochranu veřejných subjektivních práv je možné poskytovat pouze způsobem a za podmínek stanovených zákonem. Cílem ochrany práv před správními soudy je v širším slova smyslu zjištění, zda činností veřejné správy bylo či nebylo porušeno právo [...]. Účelem správního soudnictví tak nemůže být poskytování absolutní ochrany veřejným subjektivním právům přiznaným za každé myslitelné situace, tedy např. i právům, která byla deklarována či konstituována nezákonně [...]. Účelem správního soudnictví v širším smyslu je tak zajištění zákonnosti správních činností, potažmo tlak na kultivaci veřejné správy jako celku [...]. Tento účel je pak plně v souladu se smyslem oprávnění nejvyššího státního zástupce podat žalobu z důvodu závažného veřejného zájmu k odstranění nezákonného správního rozhodnutí.*“¹⁷

Současně však nemůže jít o jakýkoliv stav protizákonnosti. Podmínkou pro podání správní žaloby nejvyšším státním zástupcem je existence závažného veřejného zájmu na jejím podání. Při výkladu podmínky „závažného veřejného zájmu“ je zřejmě nezbytné akcentovat intenzitu veřejného zájmu v míře „závažné“, neboť jinak by samotná podmínka ochrany veřejného zájmu v podstatě žádnou podmínku či omezení pro oprávnění žalobu podat nepředstavovala, což zjevně úmyslem zákonodárce nebylo. Realizace a ochrana veřejného zájmu je totiž vlastním zaměřením či podstatou veřejné správy¹⁸ a v případě rozhodnutí veřejné správy, které by bylo v rozporu se zákonem, by proto bylo zpravidla možné shledat rozpor s veřejným zájmem. Musí proto zřejmě jít o v daném směru kvalifikovaný veřejný zájem, přičemž závažnost veřejného zájmu by podle komentářové literatury „*mohla být shledána v tom, že dopady nezákonného rozhodnutí budou velmi intenzivně zasahovat do významného zájmu, ježž byly správní orgány povinny chránit podle zvláštních předpisů, nebo do právní sféry jednotlivce, anebo jestliže účinky rozhodnutí sice nebudou mimořádně intenzivní, avšak budou mít dopad na veřejné zájmy zvláště chráněné či na právní sféru významného počtu osob (včetně zhodnocení případné dlouhodobosti takového působení a navazujících účinků).*“¹⁹

Z hlediska posouzení míry (významu) veřejného zájmu platí, že účel žaloby nejvyššího státního zástupce, kterým je ochrana právního řádu, je tím více naplněn, čím významnější je statek, který je předmětem ochrany poskytované objektivním právem. V tomto směru je relevantní také míra protiprávnosti (porušení) objektivního práva, kdy je významná nejen její kvalitativní stránka, tedy odchylka jednání či vzniklého stavu od stavu právního, ale i stránka kvantitativní, tedy rozsah neboli osobní a věcná působnost jednání či stavu a tomu odpovídající šíře dotčenosti. V odborné literatuře se dále objevuje i názor,

¹⁶ KÜHN, Zdeněk. Komentář k § 2. In: KÜHN, Zdeněk – KOCOUREK, Tomáš a kol. *Soudní řád správní: komentář*, s. 3.

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 8. 2015, č. j. 2 As 103/2015-171.

¹⁸ Srov. např. POTĚŠIL, Lukáš. Komentář k § 2. In: POTĚŠIL, Lukáš a kol. *Správní řád. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 44.

¹⁹ ŠURÁNEK, Petr. Komentář k § 66. In: BOHADLO, David a kol. *Soudní řád správní: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 526.

že význam míry porušení může být podmíněn rovněž osobním postavením zúčastněných subjektů, kdy stupeň porušení objektivního práva je vyšší, porušuje-li objektivní právo při výkonu funkce např. předseda vlády a nižší v případě stejného protiprávního jednání radního v malé obci.²⁰ V odborné literatuře se lze setkat i s jinými přístupy k rozlišování rozdílné váhy veřejných zájmů. Patří mezi ně i rozlišování na základní (*fundamental*) a diskutabilní (*debatable*) veřejné zájmy. Zatímco základní veřejné zájmy jsou esenciální pro soužití ve společnosti (např. život, zdraví nebo bezpečnost), diskutabilní veřejné zájmy do základních lidských potřeb nezasahují a jejich význam závisí z velké míry na mnohdy dynamicky se měnícím mínění společnosti.²¹

V praxi byl ve správních žalobách podaných nejvyšším státním zástupcem závažný veřejný zájem nejčastěji spatřován v následujících okruzích okolností – ochrana základních lidských práv, rozhodnutí bylo vydáno pod vlivem trestné činnosti, splnění cílů územního či stavebního řízení a ochrana životního prostředí.²² Hlediska, podle nichž lze usuzovat, že je dán závažný veřejný zájem na podání správní žaloby, však mohou být velmi rozdílná, což je dáno nejen tím, že veřejný zájem není neměnnou konstantou, ale rovněž velkým množstvím rozdílných a někdy dokonce vzájemně protichůdných veřejných zájmů, nacházejících se v řadě různých úseků veřejné správy.²³

Ve světle výše uvedeného se může zdát, že v případě správní žaloby nejvyššího státního zástupce, sledující primárně ochranu závažného veřejného zájmu, se princip ochrany subjektivních práv neuplatňuje buď vůbec, nebo jen velmi okrajově. Tak tomu ale není, a i v rámci žaloby nejvyššího státního zástupce se tento hlavní účel správního soudnictví určitým nikoliv nevýznamným způsobem projevuje. A to přinejmenším ve dvou základních rovinách. Jednak je to již v otázce, zda vůbec jde o tímto způsobem soudně přezkoumatelný akt veřejné správy (tzn. vliv na předmět žaloby, viz 2) a dále v otázce samotného meritorního soudního rozhodování o žalobě (viz 3). Projev principu ochrany subjektivních práv může mít přitom v uvedených oblastech podstatně rozdílný dopad na právní sféru adresáta napadeného správního rozhodnutí, jak je vysvětleno následovně.

2. Vliv principu ochrany subjektivních práv na předmět žaloby ve veřejném zájmu

Žaloba nejvyššího státního zástupce ve veřejném zájmu může směřovat pouze proti rozhodnutí správního orgánu, respektive je spojena toliko s tímto žalobním typem. Daný žalobní institut přitom nedefinuje pojem rozhodnutí samostatně, ale platí pro něj definice rozhodnutí podle § 65 odst. 1 s. ř. s., podle kterého jde o „úkon správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují [...] práva nebo povinnosti“. Podle již ustálené (nikoliv však nesporné)²⁴ judikatury Nejvyššího správního soudu jde pouze o tu činnost veřejné správy, která se týká veřejných subjektivních práv a povinností konkrétních

²⁰ TICHÝ, Luboš. *Žaloby ve veřejném zájmu*, s. 83–84.

²¹ POTACS, Michael. Public Interest in Legal Interpretation. In: TICHÝ, Luboš – POTACS, Michael (eds). *Public Interest in Law*. Cambridge: Intersentia, 2021, s. 54.

²² ZÁRUBA, Jan. Vývoj žalobního oprávnění nejvyššího státního zástupce podle § 66 odst. 2 soudního řádu správního k ochraně veřejného zájmu pod fenoménem dobré víry dotčeného účastníka správního řízení. *Státní zastupitelství*. 2022, č. 2, s. 11–22.

²³ Podrobněji k problematice veřejného zájmu aktuálně např. TICHÝ, Luboš – POTACS, Michael (eds). *Public Interest in Law*.

²⁴ Srov. KÜHN, Zdeněk. *Komentář k § 65*, s. 513.

fyzických a právnických osob, nebo alespoň jejich právní sféry.²⁵ Jinak řečeno, rozhodnutími podle § 65 odst. 1 soudního řádu správního nejsou úkony, které vůbec nezasahují do právní sféry žalobce, a do jeho právní sféry nebude zasaženo ani žádným souvisejícím či následujícím úkonem.²⁶

To, co může být předmětem soudního přezkumu v rámci řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu, tedy zjevně odpovídá účelu správního soudnictví, kterým je právě ochrana dané právní sféry jednotlivců, respektive jejich veřejných subjektivních práv. Ochrana veřejných subjektivních práv je pro soudy ve správním soudnictví důležitou výkladovou perspektivou²⁷ a týká se to rovněž otázky předmětu soudního přezkumu v řízení o žalobě proti správnímu rozhodnutí. Zejména v hraničních případech, kdy půjde o úkony atypické, bývá rozhodující pro jejich podřazení pod pojem rozhodnutí podle § 65 odst. 1 s. ř. s. hledisko ochrany veřejných subjektivních práv, respektive ústavně garantované právo na přístup k soudu. V některých sporných případech tak může být hlavním důvodem, proč je určitý úkon nutné považovat za rozhodnutí podle soudního řádu správního, právě argumentace ochranou veřejných subjektivních práv jednotlivce. Nejde přitom jen o posouzení, zda jde o úkon naplňující definici rozhodnutí podle § 65 odst. 1 s. ř. s. na straně jedné, nebo o akt správním soudem nepřezkoumatelný na straně druhé. Ale jde i o případy, kdy má být posouzeno, zda na uvedené straně druhé nejde o akt způsobilý soudního přezkumu v jiném řízení než v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu, typicky v řízení na ochranu před nezákonným zásahem (§ 82 a násl. s. ř. s.).

Řeč je především o posouzení otázek, zda 1) vůbec jde o akt správního orgánu, který může být podroben přezkumu ze strany správních soudů a případně 2) v rámci jakého žalobního typu takto lze učinit. Příkladem lze uvést posouzení charakteru výkonu pravomoci prezidenta republiky jmenovat vysokoškolské profesory, přičemž v dané konkrétní věci dospěl správní soud jednak k závěru, že prezident v určité věci rozhoduje jako správní orgán, pokud je splněna mj. podmínka, že výkonem takové pravomoci zasahuje do veřejných subjektivních práv konkrétních osob. Dále otázku konkrétního žalobního typu pak správní soud v této věci posoudil tak, že nešlo o nečinnost, ale o rozhodnutí, neboť prezident učinil jednoznačný úkon, který byl způsobilý zasáhnout právní sféru jednotlivce.²⁸

Judikatura Nejvyššího správního soudu k těmto otázkám konstatuje, že: „*Při určení povahy a procesního ‚uchopení‘ takových ‚nestandardních‘ úkonů správních orgánů musí být prioritou vždy především efektivní poskytnutí právní ochrany jednotlivcům, jejichž práv se tyto úkony dotýkají, neboť právě poskytování ochrany právům jednotlivců proti nezákonným aktům veřejné moci je základním smyslem existence správního soudnictví (srov. § 2 s. ř. s.). Při úvahách, jakému procesnímu režimu soudní kontrolu jednotlivých ‚hraničních‘ úkonů správních orgánů podřídít, je tedy třeba vždy v každém z jednotlivých typových případů přihlídnout k celé řadě znaků a charakteristik daného úkonu vyplývajících mimo jiné i z dosavadní judikatury rozšířeného senátu. Takové hodnocení nemůže být cvičením v soudním formalismu abstrahujícím od potřeby ochrany práv jednotlivců, nýbrž musí být vedeno právě potřebou těmto právům poskytnout nejúčinnější a nejrychlejší ochranu při respektování zákona. Jedním z aspektů, které musí být při takovém posouzení*

²⁵ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 3. 2005, č. j. 6 A 25/2002-42.

²⁶ K tomu blíže KÜHN, Zdeněk. *Komentář k § 65*, s. 520–522.

²⁷ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 4. 2020, č. j. 4 Ads 448/2019-44, nebo ze dne 10. 6. 2021, sp. zn. 6 Ads 235/2019-92.

²⁸ Blíže viz rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 27. 4. 2018, č. j. 10 A 174/2016-143.

*vzaty v úvahu, je mimo jiné i pravomoc soudu rozhodnout v jednotlivých řízeních určitým způsobem. To jest, zda soudní výrok, který soud v tom kterém řízení může vydat, koresponduje se skutečnou potřebou ochrany práv jednotlivců, kteří se obracejí na soud nikoli proto, aby se jim dostalo akademického pojednání o formální povaze toho kterého úkonu správního orgánu, nýbrž proto, aby jim soud proti takovému úkonu porušujícímu dle jejich přesvědčení jejich práva poskytl skutečnou ochranu“.*²⁹

V těchto hraničních případech může tedy správní soud určit, že s ohledem na ochranu veřejných subjektivních práv je nutné příslušný úkon správního orgánu považovat za soudně přezkoumatelný v rámci řízení o správní žalobě. Poněkud paradoxně pak může působit následující situace, kdy půjde o žalobu nejvyššího státního zástupce k ochraně nikoliv subjektivních práv, ale k ochraně veřejného zájmu, a to právě proti takovému hraničnímu úkonu. Příkladem lze uvést postup Nejvyššího správního soudu, který při posouzení povahy hraničního úkonu (osvědčení o účasti na národním boji), a to na základě žaloby nejvyššího státního zástupce, argumentoval právě právem na přístup k soudu a dospěl k závěru o přezkoumatelnosti daného úkonu, přičemž konstatoval, že „z ústavních interpretačních pravidel zároveň plyne, že v pochybnostech o tom, zda žalobci svědčí právo na přístup k soudu, či nikoliv, je nezbytné přiklonit se k výkladu svědčícímu ve prospěch výkonu tohoto práva“.³⁰ Uvedené nicméně neodpovídá povaze žaloby k ochraně veřejného zájmu, byť by jejím prostřednictvím v daném případě mělo dojít k ochraně subjektivního práva jednotlivce.

Naznačený rozpor pak bude výraznější v případech, kdy půjde o žalobu nejvyššího státního zástupce v neprospěch adresáta rozhodnutí (viz 3), ovšem její přípustnost se bude opírat o závěry soudní judikatury, učiněné na základě „běžných“ žalob podle § 65 odst. 1 s. ř. s., které sledovaly ochranu veřejných subjektivních práv. V takovém případě tak bude soudní přezkum umožněn z důvodů, které v případě žaloby nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu ale neplatí, neboť o ochranu veřejných subjektivních práv jít nemusí ani zprostředkovaně (ba právě „naopak“). Ostatně nejvyššímu státnímu zástupci jako orgánu veřejné moci ani nenáleží ústavně garantované právo na přístup k soudu, od kterého se v těchto případech příklon k přezkoumatelnosti hraničních úkonů mimo jiné odvozuje.³¹

Uvedené vyvolává otázku, zda vůbec – při posuzování úkonu jako rozhodnutí podle § 65 odst. 1 s. ř. s. – lze v těchto případech vycházet ze závěrů judikatury založené na argumentaci ochranou veřejných subjektivních práv, včetně práva na přístup k soudu. Zřejmě nelze přijmout řešení, podle kterého by měla být povaha takového hraničního úkonu správního orgánu posuzována rozdílně od předchozích závěrů judikatury jen proto, že v dané věci jde o rozdílného žalobce. Přínejmenším by to neprospěvalo požadavku bezrozpornosti a jednotnosti právního řádu. Proto při úvahách nad posouzením povahy úkonu správního orgánu by měla být argumentace ochranou veřejných subjektivních práv uplatnitelná i v případě žalob nejvyššího státního zástupce, a to prostřednictvím relevantní prejudikatury – vzniklé na základě „běžných“ správních žalob proti správním rozhodnutím (sledujících ochranu subjektivních práv).

²⁹ Usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 4. 2017, č. j. 6 Afs 270/2015-48.

³⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 4. 2009, č. j. 9 As 8/2009-75.

³¹ Nejvyšší státní zástupce, vystupuje-li jako nositel veřejné moci, není a ani nemůže být nositelem (subjektem) základních práv a svobod. Srov. stanovisko Ústavního soudu ze dne 9. 11. 1999, sp. zn. Pl. ÚS – st. 9/99.

Jde o přímý důsledek toho, že institut správní žaloby nejvyššího státního zástupce nemá žádnou vlastní definici rozhodnutí, vůči kterému může tato žaloba směřovat, a uplatňuje se definice rozhodnutí podle § 65 odst. 1 s. ř. s., jejíž interpretace je na konceptu účelu správního soudnictví, tzn. na ochraně veřejných subjektivních práv, vybudována. To může vést nejen k tomu, že určitý úkon bude díky tomu možné napadnout správní žalobou nejvyššího státního zástupce – tzn. rozšíření jeho legitimace. Uvedené může v některých případech znamenat také naopak zúžení toho, co lze na základě správní žaloby nejvyššího státního zástupce soudnímu přezkumu podrobit. Na hraniční úkon správního orgánu může být v zájmu efektivní ochrany veřejných subjektivních práv (tj. jen z tohoto důvodu) judikaturou správních soudů totiž nahlíženo jako na nikoliv správní rozhodnutí, ale zásah správního orgánu (důvodem může být např. delší lhůta pro podání zásahové žaloby).³² V takovém případě se však tento úkon dostává mimo žalobní legitimaci nejvyššího státního zástupce, neboť ten je oprávněn k podání toliko žaloby proti správnímu rozhodnutí.

3. Vliv principu ochrany subjektivních práv na meritorní soudní rozhodování o žalobě ve veřejném zájmu

Jak již bylo uvedeno, princip ochrany veřejných subjektivních práv se promítá nejen do počáteční fáze soudního přezkumu při posouzení, zda vůbec jde o soudně přezkoumatelný úkon správního orgánu, respektive při výkladu procesních norem upravujících přístup k soudu, ale významně ovlivňuje i následné meritorní rozhodování správního soudu. Ochrana veřejných subjektivních práv má v této fázi řízení o správní žalobě nejvyššího státního zástupce přímý vliv na to, zda bude napadené rozhodnutí správního orgánu, které bylo správním soudem shledáno jako nezákonné, nakonec pro nezákonnost zrušeno, nebo nikoliv.

3.1 Základní modelové skupiny situací

Otázce, jak posuzovat případy, kdy orgán veřejné správy nejprve svým rozhodnutím vyvolá v jednotlivci dobrou víru v tento akt, aby následně soud konstatoval, že je třeba jej pro zjištěná pochybení odstranit či uplatnit jiné negativní následky, se věnoval Ústavní soud v nález ze dne 30. 5. 2018, sp. zn. I. ÚS 946/1, ve kterém konstatoval: „V případech čistě vertikálních vztahů, v nichž byly nezákonným rozhodnutím založeny oprávnění nebo výhoda jednotlivce oproti stavu, který měl podle objektivního práva nastat, avšak který v důsledku nezákonnosti nenastal, je nutno důvěru v akty veřejné moci a právní jistotu nabytí práv pokládat za zásadní a ustoupit od její ochrany pouze za situace ohrožení vskutku závažného veřejného zájmu. Je totiž věcí státu, aby ve správních řízeních, která vede, nechyboval, a pokud k tomu přeci jenom dojde, aby zásadně nesl následky svých pochybení. Nezbytnost ochrany důvěry v akty veřejné moci a z nich nabytých práv však může být oslabena tam, kde není dána dobrá víra v jejich správnost či zákonnost. Platí přitom, že dobrá víra se předpokládá, a je na veřejné moci, aby její existenci vyvrátila.“³³

³² Srov. KÜHN, Zdeněk. *Komentář k § 65, s. 518.*

³³ Nález Ústavního soudu ze dne 30. 5. 2018, sp. zn. I. ÚS 946/16.

V návaznosti na uvedené Ústavní soud vyslovil, že mohou nastat v zásadě tři modelové skupiny situací:

- První skupinu situací představuje nezákonnost aktu veřejné správy, která je způsobena čistě na straně veřejné moci a důvěra jednotlivce pak může být kasačním výrokem soudu narušena jen ze zcela zásadních důvodů veřejného zájmu.
- Druhou skupinu představuje nezákonnost způsobená pochybením na obou stranách vertikálního vztahu veřejná moc – jednotlivec, tzn. pochybení orgánů veřejné správy, o nichž osoba, již svědčí žalobou napadené rozhodnutí, musela vědět. V případě zrušení napadeného rozhodnutí by měly být negativní dopady na osobu oprávněnou z tohoto rozhodnutí pokud možno zmírněny.
- Třetí skupinu představuje nezákonnost způsobená především či výlučně ze strany oprávněného ze správního rozhodnutí. V případě zrušení napadeného rozhodnutí soudem za takové situace zpravidla nebude důvodu, proč osobu oprávněnou z tohoto rozhodnutí chránit před dopady jejího protiprávního jednání.

Ústavní soud k těmto modelovým skupinám situací dodává, že bude-li proto soudem posuzovaná věc spadat do první nebo druhé z výše uvedených modelových skupin situací, požadavek minimalizace či zmírnění dopadů musí mít svůj projev v úvahách o nezbytnosti užití kasačního výroku, byť by napadené rozhodnutí bylo objektivně nezákonné. V těchto případech, pokud bude předmětnému zásadnímu veřejnému zájmu učiněno zadost a napadené rozhodnutí bude soudem zrušeno, musí současně negativní dopady do práv adresátů odpovídat jejich podílu na vzniklé nezákonnosti – jejich zmírnění či minimalizace, a to v podobě např. možnosti domáhat se škody, upuštěním od uložení sankce, urychleným vydáním nového rozhodnutí apod.³⁴

K výše uvedeným modelovým skupinám je nicméně nutné zdůraznit, že jejich hranice nebudou vždy jasně vymežitelné a rozlišení v konkrétních případech bude na aplikační praxi, jak v citovaném nálezu upozorňuje sám Ústavní soud. Na uvedené modelové skupiny lze proto nahlížet spíše jako na základní případy, přičemž s ohledem na konkrétní okolnosti případů budou jistě vznikat varianty, které bude možné buď podřadit přímo pod jednu z těchto základních skupin, nebo se budou nacházet někde na jejich pomezí. Typicky může docházet například k situacím, kdy sice půjde o nezákonnost způsobenou pochybením na obou stranách vertikálního vztahu veřejná moc – jednotlivec (tzn. druhá skupina případů), nicméně současně na straně jednotlivce nepůjde o situaci, kdy by nezákonnost nezapříčinil úmyslně, ale naopak o situaci, o kterou záměrně a protiprávně usiloval. Takové případy by měly mít v duchu předmětné judikatury Ústavního soudu blíže k v pořadí třetí skupině modelových případů, respektive k řešení v této skupině případů Ústavním soudem nabízenému.

Lze proto uzavřít, že modelové skupiny představují především vodítko k tomu, jakým způsobem by měl soud své úvahy přezkoumatelným způsobem vést, nelze je však považovat za jediné možné způsoby rozhodnutí v daných věcech. Rozhodování o žalobě podané podle § 66 odst. 2 s. ř. s. musí vždy zohlednit okolnosti konkrétní věci tak, aby bylo veřejnému zájmu na zachování zákonnosti učiněno zadost a zároveň aby negativní následky

³⁴ Ibidem.

do práv jednotlivců odpovídaly jejich podílu na vzniklé nezákonnosti.³⁵ Takové zohlednění přitom nevede vždy pouze k zařazení přímo do jedné ze tří uvedených základních modelových skupin situací.

3.2 Kritérium ochrany dobré víry

Výše uvedená korekce v podobě dobré víry a důvěry ve správnost veřejnosprávního aktu se neuplatní ve všech případech rozhodnutí napadených správní žalobou nejvyššího státního zástupce. Rozdělíme-li správní rozhodnutí podle přínosu jejich obsahu pro adresáta, uvedená korekce se uplatní v těch případech, kdy rozhodnutí bude k dobru jeho adresáta, bude zvýhodňovat jeho právní pozici, tzn. bude jej typicky k něčemu opravňovat. V uvedeném určení půjde o to, co je jádrem správního rozhodnutí, neboť nežádka rozhodnutí, která zakládají oprávnění, stanoví současně konkrétní meze výkonu takového oprávnění, respektive podmínky, které jsou ve své podstatě povinnosti uložené adresátu rozhodnutí. Jádro rozhodnutí, respektive jeho převážná povaha bude v tomto směru rozhodující v situaci, kdy správní žalobou nejvyššího státního zástupce bude napadeno správní rozhodnutí jako celek. Pokud by ale nejvyšší státní zástupce žalobou napadl jen ten výrok správního rozhodnutí,³⁶ který je k tíži jeho adresáta, a to coby součást jinak pro adresáta přínosného rozhodnutí, bude věc posuzována jako případ rozhodnutí, které je k tíži jeho adresáta, neboť žalobou napadená část rozhodnutí (daný výrok) jej znevýhodňuje, zatěžuje jeho právní pozici tím, že mu ukládá povinnosti (k těmto případům viz 3.3).³⁷

K posouzení dobré víry adresáta rozhodnutí tak dochází především v případech, kdy byl nezákonným rozhodnutím zákon porušen „v jeho prospěch“ a má být posouzeno, zda tato osoba nabyla veřejné subjektivní právo v dobré víře v zákonnost daného veřejnosprávního aktu.³⁸ V odborné literatuře je pojem dobré víry chápán jako subjektivní duševní stav objektivně zdůvodnitelného vlastního přesvědčení určité osoby, že jí patří právo, respektive že jedná po právu. Ve své podstatě půjde o právní omyl, o stav omluvitelného omylu – o nezaviněnou nevědomost.³⁹ Uvedenému odpovídá výklad pojmu „dobrá víra“ ze strany správních soudů. Podle Nejvyššího správního soudu „*pod pojmem dobrá víra je v tomto případě (účastníka správního řízení – pozn. autora) nutno chápat objektivně posuzované vědomí jedince o souladu jednání s právem. Jinými slovy, dobrá víra jako nezaviněná nevědomost chrání jedince, který se zřetelem ke všem okolnostem nevěděl a ani nemohl vědět, že určitý stav je v rozporu s právem. [...] Samotná nevědomost tedy nepředstavuje dobrou víru. K naplnění dobré víry je navíc potřeba objektivní nemožnost rozpoznat skutečný stav věci.*“⁴⁰ Uvedený výklad daného pojmu učinil Nejvyšší správní soud ve vztahu k právní úpravě správního přezkumu, která výslovně chrání práva osob nabytá v dobré víře.⁴¹

³⁵ Ibidem.

³⁶ Označení výroků rozhodnutí, které žalobce napadá, patří mezi náležitosti žaloby proti správnímu rozhodnutí [§ 71 odst. 1 písm. c) s. ř. s.], přičemž soud může přezkoumat jen žalobou napadené výroky (§ 75 odst. 2 s. ř. s.).

³⁷ K členění správních rozhodnutí podle přínosu jejich obsahu pro adresáta viz STAŠA, Josef. Další členění konstitutivních aktů. In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Správní právo. Obecná část*. 9. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 136.

³⁸ Výjimkou jsou případy rozhodnutí nicotných. Viz HEJČ, David. Správní žaloba nejvyššího státního zástupce proti nicotnému rozhodnutí a ochrana dobré víry. *Soudní rozhledy*. 2023, roč. 29, č. 7–8, s. 220–223.

³⁹ TELEČ, Ivo. Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a veřejný pořádek. *Právní rozhledy*. 2011, č. 1, s. 2.

⁴⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2016, č. j. 5 As 5/2014–24.

⁴¹ Část druhá, hlava IX zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

Narozdíl od právní úpravy správního přezkumu podle správního řádu ale právní úprava žaloby nejvyššího státního zástupce k ochraně veřejného zájmu neobsahuje výslovně požadavek, aby byla při posouzení, zda zrušit nezákonné rozhodnutí, přičítací se veřejnému zájmu, šetřena práva nabytá z takového rozhodnutí v dobré víře. Ústavní soud při výše uvedených závěrech (o základních modelových situacích) tak zjevně nevycházel z právní úpravy výslovně obsažené v soudním řádu správním, ale z konceptu materiálního právního státu, respektive jeho znaků, které jsou dovozovány z čl. 1. odst. 1 Listiny.

Jedním z centrálních znaků demokratického právního (materiálního) státu je princip právní jistoty, který se projevuje v odlišných jevových formách. Mezi varianty právní jistoty lze zařadit také právě principy ochrany nabytých práv, důvěry v právo či důvěry ve státní akty (akty veřejné moci). Tyto principy, které dávají jednotlivcům jistotu umožňující jim racionální volbu svého jednání, důvěru v prostředí, ve kterém se pohybují, či jim dávají možnost legitimní předvídatelnosti jednání veřejné moci, patří mezi neopominutelné znaky materiálního právního státu.⁴²

Konkrétně pak k uvedenému východisku Ústavní soud v již dříve citovaném nálezu konstatuje: „*Ústavní soud setrvale vychází z toho, že podstatou uplatňování veřejné moci v demokratickém právním státu (čl. 1 odst. 1 Ústavy České republiky) je kromě jiného také princip dobré víry jednotlivce ve správnost aktů veřejné moci a ochrana dobré víry v nabytá práva konstituovaná akty veřejné moci, ať už v individuálním případě plynou přímo z normativního právního aktu nebo z aktu aplikace práva. Důvěra jednotlivce v rozhodovací činnost orgánů státu, ať už jde o rozhodování orgánů moci zákonodárné, výkonné či soudní, je jedním ze základních atributů právního státu. Princip dobré víry pak působí bezprostředně v rovině subjektivního základního práva jako jeho ochrana, v rovině objektivní se pak projevuje jako princip presumpce správnosti aktu veřejné moci [...]. Je proto stěžejí akceptovatelné, pokud orgán veřejné moci při výkonu veřejné moci autoritativně přezkoumá a osvědčí určité skutečnosti, čímž vyvolá v jednotlivci dobrou víru ve správnost těchto skutečností a v samotný akt státu, aby následně konstatoval, že je třeba jej pro zjištěná pochybení odstranit či uplatnit jiné negativní následky. [...] Tyto závěry platí i pro uplatňování procesních prostředků ochrany objektivního práva, které jsou uplatňovány na základě rozhodnutí orgánu veřejné moci, kam lze vedle běžných dozorčích prostředků řadit i žalobu k ochraně veřejného zájmu podle § 66 odst. 2 soudního řádu správního.*“⁴³ K prvkům materiálního právního státu patří tedy vedle požadavku na zachování objektivní zákonnosti⁴⁴ také požadavek na zachování důvěry v zákonnost postupu orgánů veřejné moci, přičemž v případě žalob nejvyššího státního zástupce působí tyto prvky mnohdy protichůdně.

V judikatuře správních soudů k žalobám nejvyššího státního zástupce se uvedené kritérium dobré víry nicméně začalo zřetelněji uplatňovat až v případech žalob proti rozhodnutím Energetického regulačního úřadu o licencích k provozu fotovoltaických elektráren v období do konce roku 2010 (kdy se desítky subjektů snažily získat licenci tak, aby

⁴² HUSSEINI, Faisal. Komentář k čl. 2. In: HUSSEINI, Faisal – BARTOŇ, Michal – KOKEŠ, Marian – KOPA, Martin a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 125.

⁴³ Nález Ústavního soudu ze dne 30. 5. 2018, sp. zn. I. ÚS 946/16.

⁴⁴ Cílem žalob ve veřejném zájmu je ochrana objektivního práva a zájem na uplatňování principu legality, kdy tento veřejný zájem vychází ze základního principu právního státu zakotveného v čl. 1 odst. 1 Ústavy (TICHÝ, Luboš. *Žaloby ve veřejném zájmu*, s. 50).

si zajistily výhodnější podmínky pro získ veřejné podpory). Konkrétně Městský soud v Brně ve svých rozhodnutích v těchto věcech začal uplatňovat východisko, podle kterého „zvláště v případech čistě vertikálních vztahů (konkrétně vztahů stát – jednotlivce), v nichž byly nezákonnými rozhodnutími založeny oprávnění nebo výhody jednotlivce oproti stavu, který měl podle objektivního práva nastat, avšak který v důsledku nezákonnosti nenastal, je nutno prvek právní jistoty za naplnění nutného vstupního předpokladu existence dobré víry jednotlivce, respektive za neexistence skutečností opravňujících k závěru, že dobrá víra dána není, pokládat za kardinální a ustoupit od její ochrany pouze za situace ohrožení vskutku závažného veřejného zájmu, neboť je věcí státu, aby ve správních řízeních, která vede, nechyboval, a pokud ano, aby zásadně sám nesl následky svých pochybení“.⁴⁵ Citovaný závěr přitom krajský soud převzal z prejudikatury Nejvyššího správního soudu, která se ale týkala správního přezkumu, v jehož právní úpravě je kritérium dobré víry obsaženo výslovně.⁴⁶

Do té doby, mimo oblast fotovoltaiky, byla na základě žaloby nejvyššího státního zástupce vydána celá řada rozhodnutí správních soudů, v jejichž odůvodnění nebylo hledisko ochrany dobré víry výslovně zohledňováno, ačkoliv byla takto rušena rozhodnutí, která své adresáty k něčemu opravňovala. Příkladem lze uvést zrušení rozhodnutí o prodloužení doplňkové ochrany (azyl),⁴⁷ rozhodnutí o vydání osvědčení o uznání zahraničního vysokoškolského vzdělání a kvalifikace v České republice,⁴⁸ kolaudačního rozhodnutí,⁴⁹ rozhodnutí o umístění stavby,⁵⁰ souhlasu k provozování zařízení ke sběru, výkupu a využívání odpadů⁵¹ a rovněž některá starší rozhodnutí z oblasti správního trestání (k tomu 3.3).

Z výše uvedeného je patrné, že judikatura správních soudů ve věci žalob nejvyššího státního zástupce prošla vývojem, na jehož aktuálním konci je závěr, že při meritorním rozhodování o těchto žalobách má být, jde-li o správním rozhodnutím založená veřejná subjektivní práva, zohledňována dobrá víra adresáta v zákonnost rozhodnutí, ačkoliv soudní řád správní uvedené výslovně nestanoví. Východiskem pro tento postup je totiž ústavní pořádek, respektive koncepce materiálního právního státu, ke kterému se ústavní pořádek České republiky hlásí. Z toho důvodu není v aktuální judikatuře správních soudů činěn podstatný rozdíl v posuzování dobré víry v případech správních žalob nejvyššího státního zástupce na straně jedné a v případech rozhodování o správním přezkumu, jehož právní úprava obsahuje výslovný požadavek zohlednění dobré víry, na straně druhé. Uvedené dokládá – v opačném gardu – rovněž náleží Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 17/16 ze dne 4. 9. 2018, kde byly závěry o kritériu dobré víry, vznesené ve věci žaloby nejvyššího státního zástupce, aplikovány na případ, který se týkal správního přezkumu.

V tomto směru pak není bez zajímavosti, že zatímco v oblasti správních žalob nejvyššího státního zástupce se výše uvedené kritérium ochrany dobré víry adresátů napade-

⁴⁵ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 5. 2015, č. j. 62 A 112/2013-198.

⁴⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 7. 2010, č. j. 7 As 21/2010-232.

⁴⁷ Např. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 30. 10. 2015, č. j. 4 Az 11/2014-193, a na něj navazující rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2016, č. j. 4 Azs 33/2016-48.

⁴⁸ Např. rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 28. 3. 2013, č. j. 57 A 7/2012-46.

⁴⁹ Např. rozsudek Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 3. 11. 2010, č. j. 10 A 23/2010-78. Obdobně ve věci kolaudačního rozhodnutí rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 4. 2008, č. j. 29 Ca 60/2006-44.

⁵⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 3. 2013, č. j. 5 As 66/2011-98.

⁵¹ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 4. 6. 2009, č. j. 10 Ca 381/2007-113.

ných správních rozhodnutí na základě požadavků materiálního právního státu rozsáhle prosadilo, pokud jde o ochranu dobré víry tzv. třetích osob (nejsou přímými adresáty správního rozhodnutí), není jejich dobrá víra v zákonnost rušeného rozhodnutí zpravidla zohledňována, ačkoliv může být tímto zasažena.

Komentářová literatura poukazuje na to, že je poněkud zvláštní, že se zatím nevytvořila žádná judikatura, která by ve výjimečných případech ochránila dobrou víru třetích osob v trvalé existenci správního rozhodnutí, a to tak, že by i přes evidentní procesní vady nebo nezákonnost nebylo správní rozhodnutí zrušeno.⁵² Správní soudy v této otázce zastávají názor, že argumentace právní jistotou jiných účastníků řízení „je právně irrelevantní, neboť nemůže vycházet z protiprávního stavu“ a „k námitce [...], podle níž [...] je třeba poskytnout ochranu právům nabytým v dobré víře, lze uvést pouze tolik, že ani zájem na ochraně práv takto nabytých nemůže zhojit (vyvážit) nezákonnost postupu správních orgánů v projednávané věci. Aprobace takového postupu soudem by pak v podstatě znamenala rezignaci na úlohu správního soudnictví jako jedné z hlavních záruk zákonnosti výkonu veřejné správy.“⁵³

Uvedený přístup správních soudů k ochraně dobré víry třetích osob je částí komentářové literatury podroben kritice, podle které „jakkoliv soudní řád správní nepočítá ve svých ustanoveních s ochranou třetích osob, je absurdní, aby správní soud nemohl přihlížet k ochraně práv nabytých v dobré víře, zatímco správní orgán rozhodující o opravných prostředcích podle správního řádu k témuž naopak přihlížet musí. Inspirovat by se proto bylo opět možno analogicky ve správním řádu (jak je obecně dobře známo, použití analogie v procesním právu je obvyklé a vhodné).“⁵⁴

V oblasti správních žalob nejvyššího státního zástupce mohou v tomto směru vznikat ještě výraznější diskrpance, neboť v jejich případě již ke zohledňování dobré víry, bez ohledu na výslovnou právní úpravu, dochází, a to ve vztahu k přímému adresátovi správního rozhodnutí. Přitom může nastat situace, kdy dobrá víra bude nejen na straně přímého adresáta, kterému napadené rozhodnutí založilo určité oprávnění, ale i na straně třetích osob, které naopak mají zájem na tom, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno (např. vlastníci sousedních nemovitostí a do jejich zájmů zasahující rozhodnutí o kolaudačním souhlasu). Lze si dokonce představit situaci, kdy zrušení správního rozhodnutí naopak nezasáhne dobrou víru přímého adresáta rozhodnutí (neboť mu rušené rozhodnutí např. ukládalo povinnosti – 3.3), ale zasáhne jen dobrou víru třetích osob (např. vlastníci nemovitostí sousedících s nemovitostí, jejíž odstranění bylo z moci úřední nařízeno napadeným rozhodnutím). Při aplikaci závěrů výše citované judikatury mohou soudy v uvažovaných případech žaloby nejvyššího státního zástupce zohledňovat pouze dobrou víru přímých adresátů napadeného rozhodnutí, nikoliv již dalších (třetích) osob.

3.3 Žaloba proti zatěžujícímu rozhodnutí

Jinak tomu je s ochranou dobré víry v případech, kdy bylo rozhodnutí – napadené správní žalobou nejvyššího státního zástupce – vydáno k tíži jeho adresáta, tzn. na jeho základě mu byly ukládány především povinnosti. Do této skupiny obecně patří také správní

⁵² KÜHN, Zdeněk. Komentář k § 78. In: KÜHN, Z. – KOCOUREK, T. a kol. *Soudní řád správní. Komentář*, s. 644.

⁵³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 5. 2008, č. j. 3 As 11/2007-92.

⁵⁴ KÜHN, Zdeněk. *Komentář k § 78*, s. 644.

rozhodnutí vydaná na základě žádosti adresáta, kterému správní orgán nevyhověl a právo mu nepřiznal. V této souvislosti lze poznamenat, že i dodržování subjektivních práv v sobě obsahuje aspekt veřejného zájmu, neboť jejich ochranou dochází k řádné aplikaci objektivního práva. Závažnost veřejného zájmu pak bude posuzována jednak z hlediska významu takto dotčených zájmů a jednak z hlediska míry jejich dotčenosti.⁵⁵

K poměřování dobré víry adresáta rozhodnutí (v jeho zákonnost) s veřejným zájmem (na jeho zrušení) z povahy věci v těchto případech nedochází. Jen stěžít může být za takových okolností důvěra této osoby v zákonnost rozhodnutí překážkou či omezením pro zrušení napadeného rozhodnutí. Bylo by absurdní, pokud by princip dobré víry, který má sloužit k ochraně práv adresáta rozhodnutí, byl důvodem, proč v těchto případech nelze ochrany práv dané osoby dosáhnout.

V těchto případech – nebude-li přítomna ani žádná další (třetí) osoba, do jejíž dobré víry by zrušením správního rozhodnutí mohlo být zasaženo – proto soud tvrzení nejvyššího státního zástupce o tom, že na podání správní žaloby shledal závažný veřejný zájem, zpravidla vůbec nepřezkoumává, a to ani v úvahách o tom, zda má být nezákonné správní rozhodnutí zrušeno.

Jako příklady, kdy byl v minulosti nejvyšším státním zástupcem shledám veřejný zájem na zrušení zatěžujícího rozhodnutí, které bylo následně z důvodu nezákonnosti zrušeno, lze uvést sérii rozsudků ve věci ukládání povinnosti nezletilým dětem hradit příspěvek na péči ve specifikovaných zařízeních,⁵⁶ dále případ uložení trestu osobě v detenci v podobě umístění do uzavřeného oddílu,⁵⁷ platební výměr na daň z převodu nemovitosti⁵⁸ nebo rozhodnutí o odstranění dřevěné maringotky.⁵⁹

Vzhledem k výše uvedeným důsledkům obsahu napadeného rozhodnutí (z hlediska přínosu pro jeho adresáta) je nicméně významné správné určení, zda jde o rozhodnutí ve prospěch či v neprospěch jeho adresáta. Takové posouzení nemůže být učiněno toliko formálně, ale s přihlédnutím ke všem okolnostem případu. Příkladem lze uvést správní rozhodnutí, na jehož základě byla daná osoba uznána vinnou ze spáchání přestupku. Byť půjde o typický příklad správního rozhodnutí, které zpravidla zatěžuje právní pozici jeho adresátů (jde o správní trestání), může tomu být za specifických okolností i naopak. Tak tomu bude v případě, kdy správní rozhodnutí, kterým byl pachatel uznán vinným ze spáchání přestupku, bude zakládat překážku věci rozhodnuté vůči postupu podle trestního řádu, respektive rozhodnutí o přestupku bude bránit vedení trestního stíhání o totožném skutku (zásada *ne bis in idem*). Jak konstatoval Krajský soud v Plzni, „není důvod pochybovat o tom, že i nesprávná kvalifikace skutku podle skutkové podstaty méně závažného

⁵⁵ Vedle této kvalitativní stránky má předmětný zájem i rovinu kvantitativní, kdy z hlediska osobní působnosti lze rozlišovat kromě zájmu individuálního také zájem kolektivní. Ten zahrnuje zájem skupinový, týkající se určité omezené komunity dotčené v jejich subjektivních právech, a dále (kvantitativně nejvýznamnější) zájem neomezeného počtu osob, jako je např. zájem na životním prostředí vůbec, jež může mít znaky zájmu veřejného (TICHÝ, Luboš. *Žaloby ve veřejném zájmu*, s. 49–50). Na druhou stranu pro kvalitativní stránku platí, že ne všechny kolektivní zájmy jsou obecnými zájmy společnosti a v mnoha případech může být uspokojování kolektivních zájmů jistých skupin s obecnými zájmy společnosti v naprostém rozporu (náleží Ústavního soudu ze dne 28. 3. 1996, sp. zn. I. ÚS 198/95).

⁵⁶ Rozsudky Krajského soudu v Plzni ze dne 31. 7. 2013, č. j. 57 A 1/2013-47, ze dne 30. 7. 2013, č. j. 57 A 38/2012-55, a ze dne 29. 4. 2014, č. j. 30 A 26/2012-55.

⁵⁷ Rozsudky Krajského soudu v Plzni ze dne 14. 2. 2020, č. j. 57 A 116/2019-24, a č. j. 57 A 122/2019-24.

⁵⁸ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 3. 8. 2005, č. j. 7 Ca 210/2004-29, nebo rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 31. 1. 2006, č. j. 30 Ca 183/2004-33.

⁵⁹ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 9. 2005, č. j. 30 Ca 349/2003-33.

*deliktu je ‚výhodou‘, neboť s méně závažnou protiprávní činností jsou obvykle spojeny i mírnější sankce i další podmínky.*⁶⁰

Existenci dobré víry pachatele bude v těchto případech problematické oslabit jindy akceptovanou argumentací, že adresát napadeného správního rozhodnutí musel o pochybení správního orgánu vědět a neupozornil na ni (např. když si byl vědom toho, že byl dříve trestním soudem odsouzen pro předmětný trestný čin a tím pádem si měl být vědom i toho, že jeho další krádež tak nemůže být řešena pouze jako přestupek).⁶¹ V oblasti správního trestání takové úvaze brání právo obviněného na obhajobu, které patří mezi základní lidská práva, a z něho vyplývající zákaz sebeobviňování (čl. 37 odst. 1 a čl. 40 odst. 3 a 4 Listiny). Z hlediska posouzení přítomnosti dostatečně závažného veřejného zájmu, který by byl způsobilý prolomit důvěru pachatele v rozhodnutí, bude v těchto případech správního trestání významné zabývat se veřejným zájmem na soudním potrestání pachatele v posuzovaném případě, a to např. z hlediska, zda byl správní trest již uložen i vykonán; srovnání, jak by to pro pachatele bývalo dopadlo u trestního soudu oproti rozhodnutí správního orgánu; relevantní je také časový odstup od rozhodnutí z hlediska funkce trestu apod.⁶²

V případě rozhodování o žalobách nejvyššího státního zástupce v oblasti správního trestání je nutné zohledňovat také práva adresáta rozhodnutí, která plynou z čl. 4 odst. 2 protokolu č. 7 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, neboť žaloba k ochraně veřejného zájmu je v autonomním smyslu této právní úpravy prostředkem k obnově řízení a zrušení správního rozhodnutí tak může nastat až pokud jsou splněny i podmínky zákazu dvojího stíhání a trestání tam uvedené – tzn. že není porušením zákazu dvojího stíhání a trestání obnova řízení podle zákona a trestního řádu příslušného státu, jestliže nové nebo nově odhalené skutečnosti nebo podstatná vada v předešlém řízení mohly ovlivnit rozhodnutí ve věci.⁶³

Závěrem

Předchozí text dokládá, že princip ochrany subjektivních práv se významně prosazuje i v rámci žalob nejvyššího státního zástupce podaných k ochraně veřejného zájmu. Je tomu tak již v případě určení, zda vůbec jde o správní rozhodnutí, které je nejvyšší státní zástupce oprávněn tímto způsobem před správními soudy napadnout. V případech atypických úkonů správních orgánů může být rozsah toho, co může být předmětem správní žaloby nejvyššího státního zástupce, určováno judikaturou prostřednictvím principu ochrany veřejných subjektivních práv, ačkoliv předmětná žaloba k ochraně veřejného zájmu představuje spíše výjimku z něj. Výsledkem může být i to, že bude v případě některých těchto úkonů správního orgánu nekonceptně zcela znemožněno nejvyššímu státnímu zástupci žalobu k ochraně veřejného zájmu podat.

Určitým řešením uvedeného by bylo, pokud by žaloba nejvyššího státního zástupce byla navázána nejen na žalobu proti správnímu rozhodnutí, ale rovněž na žalobu proti

⁶⁰ Rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 29. 11. 2019, č. j. 17 A 114/2019-41.

⁶¹ § 205 odst. 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.

⁶² Srov. např. rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 29. 11. 2019, č. j. 17 A 114/2019-41.

⁶³ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 9. 2022, č. j. 41 A 32/2022-30.

nezákonnému zásahu. Uvedené lze podpořit i úvahou, že veřejný zájem může být narušen nezákonností principiálně jakékoli formy správní činnosti, nejen vydáním rozhodnutí (individuálního správního aktu).⁶⁴ V otázce rozšíření aktivní legitimace nejvyššího státního zástupce ve veřejném zájmu i na další žalobní či návrhové typy podle soudního řádu správního je významné, zda by i v těchto dalších oblastech aktivní legitimace bylo zachováno propojení s hlavním posláním správního soudnictví – tzn. ochranou veřejných subjektivních práv (obdobně, jako tomu je dnes v případě žaloby proti správnímu rozhodnutí). V opačném případě by totiž předmětem soudní kontroly mohly být prostřednictvím žaloby nejvyššího státního zástupce také odpovídající dozorčí či „správcovské“ pravomoci správních orgánů.⁶⁵

Zřejmě nejviditelněji se princip ochrany subjektivních práv projevuje při samotném meritorním soudním rozhodování o žalobě nejvyššího státního zástupce. A to tak, že veřejný zájem na zrušení napadeného správního rozhodnutí má být (s výjimkou některých případů) poměřován s dobrou vírou adresáta, v jehož prospěch bylo rozhodnutí vydáno. Dobrá víra adresátů v zákonnost rozhodnutí je s veřejným zájmem na jeho zrušení správními soudy poměřována i přesto, že soudní řád správní takový postup výslovně nestanoví. Řešení je tak ponecháno na soudní judikatuře, což zřejmě přispívá ke vzniku prostoru pro nedůvodné diskrepance v ochraně dobré víry osob dotčených napadeným rozhodnutím. Předvídatelnost soudních rozhodnutí by v tomto směru mohlo posílit, pokud by se zohledňování dobré víry při posuzování žaloby nejvyššího státního zástupce opíralo o výslovnou právní úpravu soudního řádu správního.

⁶⁴ Srov. HEJČ David. Jaké je současné postavení ochrany veřejného zájmu v systému žalobních typů? In: SVOBODA, Tomáš – HALML, František – HEJČ, David – HRUBEŠOVÁ, Sára – SKLÁDALOVÁ, Denisa. *Žalobní typy ve správním soudnictví – aktuální otázky*. Brno: Masarykova univerzita, 2022, s. 201. V odborné literatuře se objevuje v tomto směru i názor, že by se ve veřejném zájmu měla uplatnit i žaloba proti nečinnosti – viz TICHÝ, Luboš. *Žaloby ve veřejném zájmu*, s. 86.

⁶⁵ K tomu srov. CODL, Daniel. Zamyšlení nad stávajícím pojetím veřejných subjektivních práv jakožto základu aktivní žalobní legitimace v soudním řízení správním. *Právník*. 2021, roč. 160, č. 1, s. 58.

Prawo i Sprawiedliwość vs. svoboda projevu – skrytá nebezpečí tzv. zákona o holokaustu

Michaela Glac*

Abstrakt: Článek se věnuje polské novele zákona o Ústavu národní paměti, označované rovněž jako zákon o holokaustu. Uvedená novela, přijatá na začátku roku 2018, vyvolala obrovské mezinárodní rozpaky a podnítila odbornou i laickou veřejnost k opětovným diskusím o hranicích omezování svobody projevu. V článku je věnována pozornost nejvíce kontroverzním ustanovením čl. 55a a 55b novely, která byla v důsledku výrazného mezinárodního tlaku zrušena novelou z června 2018. Představena jsou však také další ustanovení novely zákona o Ústavu národní paměti, která zůstávají nadále v platnosti a mohou potenciálně představovat hrozbu pro výkon práva na svobodu projevu. Kromě uvedeného stať dále znázorňuje jisté praktické dopady dané legislativy, která účinně mobilizuje polskou společnost k boji o hledání historické pravdy. V článku přitom není věnována pozornost problematickým aspektům zákona izolovaně, ale naopak je právní předpis zasazen do celkového kontextu populistické rétoriky strany Právo a Spravedlnost. Cílem stati totiž není pouze posoudit, zda může mít zákon v současné době negativní dopad na výkon svobody projevu, ale také zhodnotit, zda tento předpis představuje cílený, politicky motivovaný útok na svobodu projevu, či nikoli.

Klíčová slova: zákon o holokaustu, Ústav národní paměti, svoboda projevu, PiS, populismus

Úvod

Politický vývoj v některých evropských státech vzbuzuje stále větší obavy, a to jak mezi odbornou, tak laickou veřejností. V některých zemích zejména střední a východní Evropy totiž dochází k výraznému opouštění demokratických hodnot, což ostatně dokládají i výzkumy měřící míru demokracie, jako je např. V-Dem, Human Rights Watch anebo Freedom House Index.

Konkrétně Polská republika patří mezi jednu z nejvíce „autokratizujících“ zemí na světě.¹ Nejvýraznější úpadek kvality liberální demokracie v Polsku přitom sledujeme konkrétně od parlamentních voleb v roce 2015, kdy se k vládní moci dostala politická strana Právo a Spravedlnost (*Prawo i Sprawiedliwość*).

V právní teorii bychom k popisu vývoje v Polsku po roce 2015 našli celou řadu termínů. Tom Daly hovoří o demokratickém úpadku (*democratic decay*), Fareed Zakaria o neliberální demokracii (*illiberal democracy*), další autoři současný stav v Polsku označují jako nový autoritarismus (*new authoritarianism*), případně také jako určitý hybridní režim (*hybrid regime*) mezi liberální demokracií a autoritarismem.²

* Mgr. Michaela Glac, Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: glacmichaela@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-8265-3517>. Text článku byl zpracován v rámci řešení grantu IGA *Jak umírá demokracie ve střední Evropě*, IGA_PF_2022-008.

1 V-DEM INSTITUTE. *Democracy Report 2022 Autocratization Changing Nature?* [online]. Gothenburg: V-Dem Institute, 2022 [cit. 2023-02-03]. Dostupné z: <https://v-dem.net/media/publications/dr_2022.pdf>.

2 SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 12–14.

Specifické označení přináší rovněž Wojciech Sadurski, který hovoří o tzv. *anti-constitutional populist backsliding*,³ tedy o jisté protiústavní populistické erozi.⁴ Sadurski v tomto označení zohledňuje významný aspekt současného vývoje v Polsku, a to populismus. Ten můžeme označit jako určitý zdroj či původ tamních nedemokratických změn.⁵ K výraznému narušení dělby moci a systému brzd a protiváh totiž dochází právě v důsledku vlády populistické pravicové strany Právo a Spravedlnost (dále také „PiS“), která v parlamentních volbách⁶ získala absolutní většinu v Sejmu i Senátu. PiS neztrácela čas a velmi záhy po svém zvolení začala oslabovat nezávislost justice, útočit na svobodná média, ale také porušovat základní lidská práva, a to primárně práva politická. Legislativa z dílny PiS mnohdy představovala, a nadále představuje, vážnou hrozbu pro svobodu shromažďování, sdružování, ale také pro svobodu projevu.

Tento článek představí konkrétní příklad sporné legislativy z dílny vládnoucí politické strany, a to novelu zákona o Ústavu národní paměti ze dne 26. ledna 2018⁷ (dále jen „novela zákona o ÚNP“), označovanou rovněž jako zákon o holokaustu. Novela byla v době svého přijetí vystavena ostré kritice právě kvůli její potenciální hrozbě pro svobodu projevu, ale také svobodu vědeckého bádání.

Nutno však podotknout, že v článku nebude věnována pozornost problematickým aspektům tohoto zákona izolovaně, ale naopak bude tento právní předpis zasazen do celkového kontextu populistické rétoriky strany Právo a Spravedlnost. Cílem stati totiž není pouze posoudit, zda může mít zákon v jeho aktuálním znění negativní dopad na výkon svobody projevu, ale také zhodnotit, zda tento předpis představuje cílený, politicky motivovaný útok na svobodu projevu, či nikoli.

1. Dvě novely zákona o Ústavu národní paměti z roku 2018

Nechvalná právní úprava, označovaná jako polský zákon o holokaustu,⁸ byla přijata dne 26. ledna 2018 jakožto novela zákona o Ústavu národní paměti. Touto novelou byla do uvedeného zákona z roku 1998⁹ (dále také „zákon o ÚNP“) zakotvena mimo jiné nadměrně kontroverzní ustanovení článků 55a a 55b.¹⁰

³ Viz SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*.

⁴ Vlastní překlad autorky. Termín „eroze“ zvolila autorka na základě polského překladu publikace, ve které je užíváno označení *przeciwi-konstytucyjna erozja demokracji liberalnej*.

⁵ Autorka si je vědoma skutečnosti, že populismus nemusí ve všech případech vést k opuštění hodnot liberální demokracie. V případě Polska je však útok na systém brzd a protiváh a formální ignorování ústavních pravidel přímým důsledkem vlády populistické PiS. Viz SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 2.

⁶ Myšleno v parlamentních volbách v roce 2015.

⁷ Zákon č. 369, o zmiane ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, ustawy o muzeach oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. In: *Dziennik Ustaw*. 2018, číslo 369. Dostupné z: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20180000369/T/D20180369L.pdf>>.

⁸ MAKOWSKI, Grzegorz. Nowelizacje ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej i siedem grzechów głównych państwa PiS. In: *researchgate.net* [online]. Červenec 2018 [cit. 2023-02-11]. Dostupné z: <https://www.researchgate.net/publication/326424024_Novelizacje_ustawy_o_Instytucie_Pamieci_Narodowej_i_siedem_grzechow_glownych_panstwa_PiS>.

⁹ Zákon č. 1016, o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu. In: *Dziennik Ustaw*. 1998, částka 155, číslo 1016. Dostupné z: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19981551016>>.

¹⁰ Nejednalo se však o jediná sporná ustanovení. Dle citované novely mělo například podléhat trestnímu postihu popírání zločinů spáchaných tzv. ukrajinskými nacionalisty. Tato ustanovení však byla zrušena rozhodnutím Ústavního tribunálu Polské republiky ze dne 23. ledna 2019, sp. zn. K 1/18. Dostupné z: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20190000131/O/D20190131.pdf>>.

Článek 55a stanovil, že „kdo veřejně a v rozporu se skutečností přisuzuje polskému národu nebo polskému státu odpovědnost nebo spoluodpovědnost za nacistické zločiny spáchané Třetí říší [...], popř. trestné činy představující zločiny proti míru, lidskosti nebo válečné zločiny nebo jinak hrubě snižuje odpovědnost skutečných pachatelů těchto zločinů, bude potrestán peněžitým trestem nebo odnětím svobody až na 3 roky.“¹¹ Odstavec druhý uvedeného ustanovení dále doplnil, že „jestliže pachatel [...] jedná neúmyslně, bude potrestán peněžitým trestem nebo trestem obecně prospěšných prací“.¹² V odstavci třetím bylo následně stanoveno, že se trestního jednání nedopouští osoby, které takto činí v rámci umělecké nebo vědecké činnosti.

V druhém problematickém ustanovení novely, tedy článku 55b citovaného zákona, bylo zakotveno, že se články 55 a 55a vztahují rovněž na cizince, a to bez ohledu na ustanovení platná v místě, kde byl trestný čin spáchán.

Citované články novely nejenže vzbudily bouřlivé debaty v Polsku, ale přinesly rovněž výraznou zahraniční kritiku a diplomatickou krizi mezi Polskem a Izraelem.¹³ Poněkud překvapivě vyjádřil obavy ohledně souladu zákona s ústavním pořádkem rovněž prezident Andrzej Duda tím, že zákon předložil k posouzení Ústavnímu tribunálu Polské republiky. Paradoxně však takto učinil až po podpisu daného zákona. Dá se proto předpokládat, že se k tomuto kroku uchýlil spíše se záměrem uklidnit mezinárodní pozorovatele nežli z jeho vlastního přesvědčení o protiústavnosti dané právní úpravy.¹⁴

Ještě před tím, než stihl Ústavní tribunál ve věci rozhodnout, však došlo dne 27. června 2018 k opětovné novele zákona o Ústavu národní paměti.¹⁵ Touto novelou byla, zejména v důsledku silného zahraničního tlaku, kontroverzní ustanovení čl. 55a a 55b zrušena. Za zmínku stojí, že tato druhá novela následovala bezprostředně po přijetí tzv. Společné deklarace mezi premiéry Státu Izraele a Polské republiky.¹⁶ V deklaraci byla zdůrazněna zjevná nesprávnost termínu „polské tábory smrti“.¹⁷ Obě strany této deklarace rovněž vehementně odsoudily všechny formy antisemitismu a antipolonismu¹⁸ a vyzvaly ke zdvořilému dialogu ve veřejném diskurzu.¹⁹

Velmi znepokojivá je však rychlost, s jakou byla druhá novela zákona o Ústavu národní paměti přijata. Novela byla připravena, schválena a následně podepsána prezidentem během několika hodin.²⁰ A stejně jako v případě první novely ze dne 26. ledna 2018,

¹¹ Vlastní překlad autorky článku.

¹² Vlastní překlad autorky článku.

¹³ LISZKA, Katarzyna. Articles 55a and 55b of the IPN Act and the Dialogue about the Holocaust in Poland. In: *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej / Journal of the Polish Section of IVR* [online]. Březen 2019 [cit. 2023-02-16]. Dostupné z: <<https://archiwum.ivr.org.pl/3752/articles-55a-and-55b-of-the-ipn-act-and-the-dialogue-about-the-holocaust-in-poland/>>.

¹⁴ SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 156.

¹⁵ Zákon č. 1277, o zmianie ustawy o Instytucji Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary In: *Dziennik Ustaw*. 2018, číslo 1277. Dostupné z: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20180001277/T/D20181277L.pdf>>.

¹⁶ Společná deklarace předsedy vlády Státu Izrael a předsedy vlády Polské republiky. In: www.gov.pl [online]. 27. 6. 2018 [cit. 2023-02-16]. Dostupné z: <<https://www.gov.pl/web/premier/joint-declaration-of-prime-ministers-of-the-state-of-israel-and-the-republic-of-poland>>.

¹⁷ Viz ibidem, bod 3.

¹⁸ Někteří autoři považují takové postavení nedefinovaného fenoménu „antipolonismu“ naroveň s antisemitismem za nevhodné až trapné. Viz GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra. Deployments of Memory with the Tools of Law – the Case of Poland. *Review of Central and East European Law*. 2019, Vol. 44, No. 4, s. 483.

¹⁹ Společná deklarace předsedy vlády Státu Izrael a předsedy vlády Polské republiky, bod 6.

²⁰ MAKOWSKI, Grzegorz. *Nowelizacje ustawy o Instytucji Pamięci Narodowej i siedem grzechów głównych państwa PiS*.

a ostatně i mnohých dalších právních předpisů, nebyl při přijímání novely o ÚNP ze dne 27. června 2018 vytvořen prostor pro politickou debatu. Opoziční poslanci a senátoři byli naopak zcela ignorováni a veškeré jejich návrhy byly zamítnuty společně a bez jakékoli diskuse.²¹ V rámci projednávání této druhé novely v Sejmu bylo dokonce zcela znemožněno klást jakékoli dotazy, jelikož byl řečnický pult zablokován poslancem Robertem Winnickim, údajně na protest proti projednávání novele zákona.²² Předseda Sejmu Marek Kuchciński však přistoupil k hlasování navzdory přítomnosti Winnického u řečnického pultu a nezohlednil, že se opozice k druhé novele zákona neměla možnost vyjádřit. Z toho důvodu byli opoziční poslanci přesvědčeni, že popsané jednání Winnického nebylo ve skutečnosti projevem protestu, ale že tento jednal „*ve službách PiS*“.²³

Zrušení ustanovení čl. 55a a 55b bylo bezesporu správným krokem polského parlamentu. Na druhou stranu je však potřeba zmínit, že zůstala v platnosti další, o něco méně kontroverzní ustanovení novely ze dne 26. ledna 2018. Tato ustanovení zavádějí systém občanskoprávní odpovědnosti k ochraně dobrého jména Polské republiky a polského národa, kdy ustanovení čl. 53o stanovuje, že se k ochraně dobrého jména Polské republiky užijí ustanovení občanského zákoníku²⁴ o ochraně osobnostních práv, přičemž žalobu je oprávněna dle tohoto článku podat nevládní organizace v rámci svých zákonných úkolů a dle čl. 53p rovněž Ústav národní paměti. V ustanovení čl. 53q bylo dále doplněno, že ustanovení čl. 53o a 53p platí bez ohledu na to, které právo je použitelné.

2. Novela zákona o ÚNP: právní chyba nebo cílený útok na svobodu projevu?

Oficiálním důvodem k přijetí novely zákona o ÚNP bylo dle vládnoucí strany zamezit používání frází jako „polské koncentrační tábory“ či „polské tábory smrti“.²⁵ Otázkou však zůstává, zda se jednalo o skutečný, případně jediný cíl novely.

Pokud by se totiž skutečně jednalo o primární cíl legislativní změny, lze se domnívat, že by postačovalo omezit trestněprávní, případně výhradně občanskoprávní odpovědnost pouze na tyto případy projevů, kterými je „*připisována odpovědnost nebo spoluodpovědnost polskému národu nebo polskému státu za zřízení nebo provoz koncentračních táborů nebo jiných vyhlazovacích táborů založených německou Třetí říší během okupace Polské republiky*“.²⁶

Citovaná ustanovení novely ze dne 26. ledna 2018 však byla koncipována mnohem širěji. Ustanovení čl. 55a hovořilo o připisování odpovědnosti nejen za nacistické zločiny, ale rovněž za další trestné činy představující zločiny proti míru, lidskosti nebo válečné zločiny.

²¹ Ibidem.

²² DZIENNIK GAZETA PRAWNA. Winnicki próbował blokować mównicę podczas głosowania nad ustawą o IPN. In: *gazeta-prawna.pl* [online]. 27. 6. 2018 [cit. 2023-02-15]. Dostupné z: <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/arttykuly/1152434_ustawa-o-ipn-w-sejmie-blokada-mownicy-winnicki.html>.

²³ Jak uvedl na svém twitterovém účtu např. opoziční poslanec Arkadiusz Myrcha. Viz MYRCHA, Arkadiusz. *Żenująca ustawa Winnickiego*. In: *twitter.com* [online]. 27. 6. 2018 [cit. 2023-02-15]. Dostupné z: <<https://twitter.com/arkadiusz-myrcha/status/1011905560860614656>>.

²⁴ Zákon č. 93. Kodeks cywilny, ve znění pozdějších předpisů. In: *Dziennik Ustaw*. 1963, částka 16, číslo 93. Dostupné z: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19640160093>>.

²⁵ SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*, s. 155.

²⁶ Vlastní překlad autorky. GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra. *Deployments of Memory with the Tools of Law – the Case of Poland*, s. 477.

Občanskoprávní odpovědnost dle ustanovení čl. 53o novely pak nastává obecně v případě *porušení osobnostních práv souvisejících s ochranou dobrého jména Polské republiky nebo polského národa*.²⁷ Ani v jednom z těchto případů se tedy právní úprava neomezila pouze na problematická označení koncentračních táborů, ale naopak stanovila důvody k omezení svobody projevu velmi široce a nejasně. Jeví se proto jako pravděpodobné, že skutečným záměrem novely nebylo pouze omezit šíření sporných frází jako „polské koncentrační tábory“, ale spíše zavést konkrétní narativ dějin, který nepřipouští, že by se polský stát, respektive polský národ mohl dopouštět zločinů v novele uvedených.

Zákony tohoto typu přitom nejsou ničím novým.²⁸ Legislativní pokusy o zavedení jednotného výkladu dějin bývají shodně označovány jako tzv. paměťové zákony (*memory laws*).²⁹ Tyto zákony typicky zakazují propagaci totalitních ideologií anebo kriminalizují projevy, které popírají, schvalují anebo ospravedlňují činy představující genocidu anebo zločiny proti lidskosti.³⁰ Argumenty na podporu těchto zákonů jsou založeny na konceptu „*militantní demokracie*“, která by neměla ponechat „*nepřátelům svobody žádnou svobodu*“.³¹

Sporná ustanovení novely však svým obsahem přesahují míru omezení svobody projevu, která je pro paměťové zákony typická. Bezprostředně po přijetí novely z ledna 2018 proto začaly vyvstávat oprávněné obavy, aby sankcím nepodléhali např. akademici zabývající se masakrem v Jedwabném, přeživší druhé světové války či jejich potomci obviňující polské šmalcovníky³² anebo jednoduše všichni, kteří tvrdí, že za vraždu konkrétní židovské osoby během druhé světové války je odpovědná polská osoba.³³ Není totiž zřejmé, kolik zabití kolika jednotlivci by bylo teoreticky zapotřebí, abychom nehovořili o zločinu páchaném jednotlivcem, ale státem či národem. I ty nejsložitější trestné činy jsou totiž technicky vzato páchany jednotlivci, kdy konkrétní osoba stiskne spoušť či podepíše určitý dokument.³⁴

Průznivci vládní novely poukazovali na výjimku stanovenou pro uměleckou a vědeckou činnost. Lze však souhlasit se Sadurskim, že takto stanovenou výjimku nelze považovat za dostatečnou,³⁵ a to mimo jiné proto, že opomíjí např. činnost novinářskou, což může

²⁷ Vlastní překlad autorky.

²⁸ Pojem paměťových zákonů se sice objevil teprve v roce 2000, ale právní úpravy zahrnující určité *vzpomínkové praktiky* sahají přinejmenším do devatenáctého století. KOPOSOV, Nikolay. Memory Laws: Historical Evidence in Support of the “Slippery Slope” Argument. In: *verfassungsblog.de* [online]. 8. 1. 2018 [cit. 2023-02-20]. Dostupné z: <<https://verfassungsblog.de/memory-laws-historical-evidence-in-support-of-the-slippery-slope-argument/>>.

²⁹ FRONZA, Emanuela. The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue between Law and Memory. *Vermont Law Review*. 2006, Vol. 30, No. 3, s. 609–626.

³⁰ COUNCIL OF EUROPE. “Memory Laws” and Freedom of Expression: Thematic Factsheet. In: *rm.coe.int* [online]. Červenec 2018 [cit. 2023-02-20]. Dostupné z: <<https://rm.coe.int/factsheet-on-memory-laws-july2018-docx/16808c1690>>.

³¹ KOPOSOV, Nikolay. *Memory Laws: Historical Evidence in Support of the “Slippery Slope” Argument*.

³² GLISZCZYNSKA, Aleksandra – KOZŁOWSKI, Wojciech. Calling Murders by Their Names as Criminal Offence: A Risk of Statutory Negationism in Poland In: *verfassungsblog.de* [online]. 1. 2. 2018 [cit. 2023-02-22]. Dostupné z: <<https://verfassungsblog.de/calling-murders-by-their-names-as-criminal-offence-a-risk-of-statutory-negationism-in-poland/>>. Za šmalcovníky jsou označováni lidé, kteří v průběhu druhé světové války vydírali a okrádali ukrývající se Židy anebo Poláky, kteří Židům pomáhali. SZAPIRO, Paweł. Szmalcownictwo In: *delet.jhi.pl* [online]. [cit. 2023-07-11]. Dostupné z: <<https://delet.jhi.pl/pl/psj?articleId=17794>>.

³³ BUCHOLC, Marta. The Polish ‘Holocaust Law’ Revisited: The Devastating Effects of Prejudice-Mongering. In: *digital.herder-institut.de* [online]. 19. 2. 2019 [cit. 2023-02-26]. Dostupné z: <<https://digital.herder-institut.de/publications/frontdoor/index/index/year/2020/docId/175>>.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ SADURSKI, Wojciech. *Poland’s Constitutional Breakdown*, s. 156.

bezesporu představovat hrozbu pro zachování svobodné diskuse o historických událostech v dějinách Polska.³⁶

Kromě uvedených výjimek však bylo poukazováno rovněž na skutečnost, že se novela nevztahuje na hodnotové soudy, ale pouze na nepravdivá faktická tvrzení. Ani tato skutečnost však nebyla nikterak uspokojivá. Mnohá „fakta“ o událostech polských dějin jsou totiž dlouhodobě považována za sporná. Z toho důvodu Sadurski vhodně poznamenává, že s novelou z ledna 2018 vyvstala hrozba, že budou soudci postaveni do role těch, kteří budou muset určit historická fakta o událostech, o kterých i mezi historiky přetrvávají dlouholeté spory.

Příkladem velmi kontroverzní události polských dějin je již dříve zmíněný masakr v Jedwabném. Diskuse kolem této události začaly v roce 2000 vydáním publikace Jana Tomasze Grosse s názvem *Sousedi (Sąsiedzi)*.³⁷ V knize bylo detailně popsáno, jak v létě roku 1941 Poláci mučili a následně zavraždili své židovské sousedy ve městě Jedwabne v severovýchodním Polsku.³⁸ Tato trhlina ve vyprávění o událostech druhé světové války narušila polskou identitu oběti. Socioložka Geneviève Zubrzycki dokonce hovoří o tom, že polská společnost utrpěla tzv. narativní šok.³⁹

V důsledku tohoto šoku začala část polské společnosti informace kolem masakru v Jedwabném absolutně popírat. Ve veřejném prostoru se začaly objevovat názory, že „*Židy nezabijeli Poláci, ale výhradně Němci*“, že „*bylo zavražděno mnohem méně Židů, než tvrdil Gross*“, anebo dokonce že „*si to Židé zasloužili, jelikož kolabovali se Sověty*“.⁴⁰ Situace následně vyústila k tomu, že byl mezi pravicovými skupinami jakýkoli pokus o diskusi ohledně účasti Poláků na holokaustu vnímán jako hanobení polského posvátného národa.⁴¹

Této společenské nálady dokázala následně velmi efektivně využít PiS před parlamentními volbami v roce 2005. Kaczyńskému totiž bouřlivý potlesk potvrdil jeho intuici, že by jeho strana mohla získat větší podporu ve volbách právě využitím příběhu masakru v Jedwabném,⁴² což se se následně ukázalo jako pravdivé, když Právo a Spravedlnost vyhrála v říjnu 2005 parlamentní volby.⁴³

V roce 2006 následně PiS zakotvila⁴⁴ do zákona svůj aktivní odpor k polskému zapojení do zločinů druhé světové války, a to konkrétně novelou trestního zákoníku. Nové ustanovení čl. 132a stanovilo, že „*kdo veřejně obviní polský národ z účasti na komunistických nebo nacistických zločinech, z jejich organizace anebo z odpovědnosti za tyto zločiny, bude*

³⁶ Dle Sadurského je problematická rovněž nejasnost pojmu „vědecká činnost“, jelikož není zřejmé, zda by mohl být trestně odpovědný např. historik vystupující v médiích apod. Viz *ibidem*, s. 156.

³⁷ GROSS, Jan. *Neighbors*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

³⁸ ZUBRZYCKI, Geneviève. Jan Gross's Neighbors and Poland's Narrative Shock. *Jewish Quarterly Review*. 2022, Vol. 112, No. 2, s. 234.

³⁹ ZUBRZYCKI, Geneviève. *Jan Gross's Neighbors and Poland's Narrative Shock*, s. 235.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² KONCZAL, Kornelia. Mnemonic Populism: The Polish Holocaust Law and its Afterlife. *EUROPEAN REVIEW*. 2021, Vol. 29, No. 4, s. 462.

⁴³ Příběh masakru v Jedwabném samozřejmě nebyl jediným faktorem, který vedl k vítězství PiS v parlamentních volbách. Někteří analytici však na základě povolebních průzkumů připisovali vítězství PiS právě jistě touze voličů po pocitu národní hrdosti a důstojnosti. Viz JANICKI, Mariusz – WŁADYKA, Wiesław. Dostawcy godności (The Providers of Dignity) In: *polityka.pl* [online]. 28. 3. 2017 [cit. 2023-02-25]. Dostupné z: <<https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1699236,1,jak-pis-rozdaje-dume.read>>.

⁴⁴ Společně s dalšími pravicovými politickými stranami, se kterými tvořila PiS v té době koaliční vládu.

potrestán trestem odnětí svobody až na tři roky“.⁴⁵ Mezi širokou veřejností nebylo pochyb, že skutečným cílem této novely bylo odradit osoby jako J. T. Gross od vědecké a novinářské činnosti. Z toho důvodu byla tato novela označována také jako *lex Gross*.⁴⁶

Ustanovení čl. 132a však bylo dne 19. září 2008 shledáno polským Ústavním tribunálem jako protiústavní.⁴⁷ Nutno však podotknout, že ke zrušení předmětného ustanovení došlo z důvodu neústavnosti legislativního procesu, věcný přezkum citovaného ustanovení Ústavní tribunál neprovedl.

Novela zákona o ÚNP z ledna 2018 tedy nebyla prvním pokusem strany Právo a Spravedlnost k ukončení jimi nazývané „politiky omluvy“.⁴⁸ PiS si přitom již v této fázi musela být vědoma skutečnosti, že jimi navrhovaná právní úprava je potenciální hrozbou pro svobodu projevu a svobodu vědeckého bádání. Již v případě novely trestního zákoníku z roku 2006 totiž zaznívaly kritické ohlasy, a to mimo jiné ze strany polského veřejného ochránce práv, který byl ostatně tím, kdo podal k Ústavnímu tribunálu návrh na zrušení předmětného ustanovení čl. 132a trestního zákoníku.

Skutečný záměr k přijetí novely zákona o ÚNP lze zároveň dovozovat i z rétoriky PiS a vyjádření jejich jednotlivých členů. PiS dlouhodobě apelovala, že Polsko musí „*vstát z kolien*“⁴⁹ a opustit již dříve zmiňovanou politiku omluvy. Svůj postoj k Jedwabne nepovažovala pouze za jeden ze dvou možných přístupů, ale naopak jej prohlašovala za jedinou přijatelnou představu o minulosti.⁵⁰ Historik a člen PiS Jan Żaryn krátce po volbách v roce 2015 dokonce prohlásil, že je „*čas zahájit dlouho odkládanou kontrarevoluci, jejímž cílem je změnit historické vědomí současného světa*“.⁵¹

Z uvedených skutečností lze jen stěží dovodit, že by jediným cílem PiS byl boj proti dezinformacím či nevhodným označením typu „polské koncentrační tábory“. Spíše se jeví jako pravděpodobné, že se PiS novelou pokoušela ve společnosti zakořenit historický narativ, kterým bude podpořen polský „syndrom obětí“⁵² a rovněž pocit národní hrdosti. PiS se také proto obecně zaměřovala na rétoriku tzv. spravedlivé obrany, jak o tom hovoří historik Jan Grabowski.⁵³ Tato rétorika spočívala v tom, že byla pozornost veřejnosti cíleně přesměrována na příběhy o polském mučednictví a příběhy o Polácích, kteří během druhé světové války zachránili Židy.⁵⁴ Jakékoliv informace, které odporovaly obrazu PiS o polsko-židovských vztazích, pak byly vnímány jako nepravdivé a odlišné názory jako nepřátelské.

⁴⁵ Vlastní překlad autorky. Zákon č. 1592, o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów In: *Dziennik Ustaw*. 2006, částka 218, číslo 1592. Dostupné z: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20062181592>>.

⁴⁶ WARZYKOWSKI, Mirosław. Zagadnienie odpowiedzialności karnej za pomawianie narodu i państwa polskiego In: *archiwumosiatsynskiego.pl* [online]. 23. 3. 2018 [cit. 2023-02-26]. Dostupné z: <<https://archiwumosiatsynskiego.pl/wpis-w-debacie/zagadnienie-odpowiedzialnosci-karnej-za-pomawianie-narodu-i-panstwa-polskiego/>>.

⁴⁷ Rozhodnutí Ústavního tribunálu Polské republiky ze dne 19. září 2008, sp. zn. K 5/07. Dostupné z: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20081731080/T/D20081080TK.pdf>>.

⁴⁸ Konec „politiky omluvy“ vyhlásila vládnoucí strana již v den svého volebního vítězství. Viz GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra. *Deployments of Memory with the Tools of Law – the Case of Poland*, s. 475.

⁴⁹ KOŃCZAL, Kornelia. *Mnemonic Populism: The Polish Holocaust Law and its Afterlife*, s. 463.

⁵⁰ Již v období předchozí vlády PiS se ve veřejném prostoru začala užívat fráze „Jedwabenská lež“ („*kłamstwo Jedwabieńskie*“). JANICKA, Elżbieta. Niewinność odzyskana. *Krytyka Polityczna*. 2018, Nr. 46, s. 40–73, citována v KOŃCZAL, Kornelia. *Mnemonic Populism: The Polish Holocaust Law and its Afterlife*, s. 462.

⁵¹ KOŃCZAL, Kornelia. *Mnemonic Populism: The Polish Holocaust Law and its Afterlife*, s. 463.

⁵² GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra. *Deployments of Memory with the Tools of Law – the Case of Poland*, s. 467.

⁵³ Citován v ZUBRYCKI, Geneviève. *Jan Gross's Neighbors and Poland's Narrative Shock*, s. 236.

⁵⁴ Ibidem, s. 236.

Tyto nacionalisticky orientované kroky, včetně posuzované novely zákona o ÚNP, dle mého soudu nelze považovat za nahodilé. Jsem přesvědčena, že se těmito PiS snažila využít společenské nálady ve svůj prospěch, což ostatně potvrzují i povolební analýzy, které vítězství PiS v parlamentních volbách v roce 2015 připisují mimo jiné touze voličů po pocitu národní hrdosti,⁵⁵ po kterém byla zejména po vydání Grossovy publikace zřejmá poptávka. Zvolení si konkrétní interpretace události v Jedwabném pak bylo pouze způsobem, jak vytvořit Polsku požadovaný sebeobraz a v jednotlivcích umocnit jejich pocit sounáležitosti s hrdinským polským národem.⁵⁶

Tuto anti-pluralistickou a průzkumy řízenou rétoriku, která absolutně nepřipouští odlišný pohled na události polských dějin, vhodně označuje historička Kornelia Kończal jako takzvaný mnemonický populismus.⁵⁷ Tento typ populismu se v Polsku stal velmi účinným nástrojem k přesvědčení voličů, že je to právě PiS, která bude chránit dobré jméno polského národa a která se náležitě vypořádá s jeho bolestnou minulostí.

Vzhledem k této populistické rétorice strany Právo a Spravedlnost a zejména vzhledem k samotnému znění ustanovení čl. 55a novely se jeví jako velmi nepravděpodobné, že by novela zákona o Ústavu národní paměti ze dne 26. ledna 2018 byla pouhou nešikovností zákonodárského sboru. Dle mého soudu naopak novela představuje cílený útok na svobodu projevu a doplňuje tak celou řadu kroků PiS, směřujících k demontáži liberální demokracie v Polsku.

3. Novela zákona o ÚNP jako nekončící hrozba pro svobodu projevu

Zrušení ustanovení čl. 55a a 55b novely je bezesporu možno považovat za malé vítězství pro svobodu projevu a svobodu vědeckého bádání. Na druhou stranu je však potřeba se zamyslet, zda není radost z tohoto vítězství poněkud předčasná. V zákoně o ÚNP totiž zůstávají v platnosti dříve citovaná ustanovení čl. 53o až 53q, zakotvující systém občanskoprávní odpovědnosti k ochraně dobrého jména Polské republiky a polského národa. Nelze proto vyloučit, že bude na jejich základě docházet k omezování nevhodných názorů, týkajících se kontroverzních událostí polských dějin, a možná nejen těchto.

Nebezpečí uvedených ustanovení přitom spočívá zejména v jejich potenciálním mrazivém účinku (tzv. *chilling effect*) na svobodu projevu. Není totiž pochyb, že hrozící občanskoprávní odpovědnost, vyplývající z citovaných ustanovení novely, může odradit některé jednotlivce od sdílení informací anebo vyjádření názorů ohledně polského národa či jeho historie.

Skutečnost, že *chilling effect* souvisí nejen s trestněprávními, ale také občanskoprávními sankcemi, vyplývá z judikatury Evropského soudu pro lidská práva.⁵⁸ ESLP dokonce

⁵⁵ JANICKI, Mariusz – WŁADYKA, Wiesław. Dostawcy godności (The Providers of dignity).

⁵⁶ Dle odborníků je vytváření narativů o minulosti jedním ze způsobů, jak si komunity mohou vytvořit určitý sebeobraz. Tyto komunity si proto vybírají konkrétní interpretace historických událostí, aby jim pomohly vytvořit snadno srozumitelnou a koherentní vizi jejich identity. Viz PATTERSON, Molly – RENWICK MONROE, Kristen. Narrative in Political Science. *Annual Review of Political Science*. 2003, Vol. 1, No. 1, s. 315–331.

⁵⁷ Mnemonický populismus se vyznačuje právě tím, že přispívá k vytvoření konkrétních, zjevně moralistických a průzkumy řízených představ o minulosti daného národa. KONCZAL, Kornelia. *Mnemonic Populism: The Polish Holocaust Law and its Afterlife*, s. 461.

⁵⁸ Viz např. Rozsudek ESLP ve věci *Steel a Morris proti Spojenému Království* ze dne 15. února 2005, stížnost č. 68416/01.

dovozuje, že i relativně nízká občanskoprávní sankce může mít mrazivý účinek, jelikož tato představuje jistou „důtku“ za výkon práva na svobodu projevu.⁵⁹

V případech posuzovaných ustanovení je navíc problematická jejich vágnost. Adresátovi právní normy pravděpodobně nebude zřejmé, které všechny projevy mohou být posouzeny jako poškozující dobré jméno Polské republiky nebo polského národa. Nelze proto vyloučit, že budou na základě tohoto ustanovení sankcionovány například dříve uváděné historické publikace pojednávající o nechvalných událostech polských dějin, názory vyjadřující nesouhlas s vládní politikou anebo další otázky týkající se věcí veřejného zájmu. Tato skutečnost přitom může mrazivý účinek daných ustanovení ještě umocňovat.

Obavy z potenciálních sankcí mohou být navíc zesíleny celospolečenskou náladou, která je obecně důsledkem nacionalistické a anti-pluralistické vlády PiS. Čelní představitelé této strany, jakož i její příznivci, si totiž po neúspěchu novely o ÚNP našli jiné způsoby, jak ve společnosti zakořenit požadovaný narativ o polsko-židovských vztazích. Příkladem je možno uvést ostrou kampaň, která byla v Polsku vedena proti vědcům z Polského centra pro výzkum holokaustu, cílené neprodoužení funkčního období Barbary Engelking jakožto předsedkyně Mezinárodní rady Státního muzea Osvětim-Březinka anebo veřejné zesměšňování publikace s názvem *Night without End*⁶¹ jsou jen dalšími příklady mnemonického populismu.⁶² S jeho pomocí se PiS relativně dobře daří ve společnosti zakořenit strach, že bude jakákoliv kritika interpretována jako útok proti polskému státu či polskému národu jako celku a bude vystavena minimálně společenskému odsouzení.

Rétorika PiS je zároveň velmi účinná v mobilizaci jejich příznivců. Ti vystupují ve službách PiS jako věrní obránci polské nevinny. Jakékoliv názory odporující hrdinské minulosti polského národa jsou proto zaplaveny vlnou nenávisti. Příkladem je možno uvést výrok známé polské spisovatelky a nositelky Nobelovy ceny za literaturu Olgy Tokarczuk. Ta prohlásila: „*Vymysleli jsme příběh o polské historii zobrazující Polsko jako tolerantní, otevřenou zemi, která se nikdy nezneuctila žádným proviněním vůči jeho menšinovým skupinám [...]. Mezitím jsme jako kolonizátoři a etnická většina dělali otravné věci, potlačovali menšiny; byli jsme otrokáři a vrazi Židů.*“⁶³ V důsledku tohoto výroku dostávala Tokarczuk opakovaně výhrůžky smrti, byla označována jako „nepřítel národa“ anebo jako „židovská děvka“.⁶⁴

Boje o historickou pravdu se však přesunuly také do soudních síní, a to například v případech občanskoprávního sporu Filomeny Leszczyńskiej proti historikům Barbaře Engelking a Janu Grabowskému. Žalobkyně podala na Engelking a Grabowského žalobu jakožto nejbližší příbuzná zemřelého Edwarda Malinovského. Ten byl jednou z osob, o kterých pojednávala publikace žalovaných s názvem *Night without End*. V této publikaci bylo mimo jiné uvedeno, že se Edward Malinovský účastnil honu organizovaného Němci na Židy ukrývající se v lesích anebo že okradl ženu židovské národnosti.

⁵⁹ Rozsudek ESLP ve věci *Lombardo a další proti Maltě* ze dne 24. dubna 2007, stížnost č. 7333/06.

⁶⁰ KOŃCZAL, Kornelia. *Mnemonic Populism: The Polish Holocaust Law and its Afterlife*, s. 464.

⁶¹ GRABOWSKI, Jan – ENGELKING, Barbara (eds). *Night without End: The Fate of Jews in German-Occupied Poland*. Bloomington: Indiana University Press, 2022.

⁶² KOŃCZAL, Kornelia. *Mnemonic Populism: The Polish Holocaust Law and its Afterlife*, s. 464.

⁶³ GLISZCZYŃSKA-GRABIAS, Aleksandra. *Deployments of Memory with the Tools of Law – the Case of Poland*, s. 490.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 491.

Okresní soud ve Varšavě ve svém rozhodnutí⁶⁵ přijal standard spolehlivosti pro historiky, když stanovil, že by měla být zveřejňována pouze fakta podložená všemi dostupnými zdroji. Na základě tohoto standardu dospěl soud k závěru, že byly informace obsažené ve vědecké práci nepřesné⁶⁶ a zdroje publikace nespolehlivé. Z toho důvodu shledal porušení osobnostních práv žalobkyně spočívajících v uctívání památky zesnulého (*veneration of a deceased person*) a uložil žalovaným, aby se žalobkyni veřejně omluvili. Náhrada škody však žalobkyni soudem přiznána nebyla. Proti tomuto rozsudku se následně odvolaly obě strany sporu.

Nad rámec uvedeného je vhodné poznamenat, že Okresní soud dovodil, že existuje osobnostní právo definované jako „právo na národní hrdost a identitu“, které spočívá mimo jiné v právu na nefalšovanou historii. Tohoto se však dle názoru Okresního soudu žalobkyně nedovolávala.

Odvolací soud ve Varšavě na rozdíl od soudu okresního poznamenal, že není v kompetenci soudu zkoumat „historickou pravdu“ nebo kriticky analyzovat historické prameny.⁶⁷ V tomto soud odkázal na judikaturu ESLP, z níž vyplývá, že by soudy neměly určovat, zda ke konkrétní historické skutečnosti došlo, či nikoli. Předmětem soudního řízení by proto dle odvolacího soudu nemělo být posuzování metodologie historického bádání, kritika historických pramenů či ověřování těchto pramenů. Takovýto postup by totiž představoval nepřijatelnou formu cenzury a zasahování do svobody výzkumu a vědecké práce. Odvolací soud proto standard spolehlivosti, který byl přijat Okresním soudem ve Varšavě, posoudil jako nereálný a zcela vylučující svobodný výzkum. Poznamenal, že by uplatnění tohoto standardu spolehlivosti vedlo k situaci, kdy by historici mohli publikovat pouze fakta, která jsou jistá, nezpochybnitelná a nekontroverzní, což však odporuje samotné povaze výzkumu.

Odvolací soud dále poznamenal, že soudní zásah do vědecké rešerše přichází v úvahu pouze v případě zveřejnění zjevné nepravdy vyplývající ze zlé vůle a zkreslení historických pramenů. Takovémuto jednání však postup Engelking a Grabowského dle posouzení soudu neodpovídal.

Soud dále zdůraznil, že omezení svobody vědců publikovat výsledky jejich výzkumu by přinášelo nebezpečí mrazivého účinku a omezovalo by možnost historické debaty ohledně otázky polsko-židovských vztahů, která má přitom velký společenský význam a představuje konkrétně v polské společnosti důležitý veřejný zájem.

Nad rámec uvedeného odvolací soud také doplnil, že podle občanského práva neexistuje žádné osobnostní právo spočívající v ochraně národní identity či národní hrdosti, jak zaznělo v rozhodnutí prvostupňového soudu. Odvolací soud naopak zdůraznil individualizovanou a přísně osobní povahu osobnostních práv dle ustanovení čl. 23 a 24 polského občanského zákoníku⁶⁸ (*kodeks cywilny*).⁶⁹

⁶⁵ Rozhodnutí Okresního soudu ve Varšavě ze dne 9. února 2021, sp. zn. III C 657/19.

⁶⁶ Dle posouzení Okresního soudu byly informace nepřesné, ačkoli nebyly nepravdivé.

⁶⁷ Rozhodnutí Odvolacího soudu ve Varšavě ze dne 16. srpna 2021, sp. zn. I ACa 300/21.

⁶⁸ Zákon č. 93, Kodeks cywilny, ve znění pozdějších předpisů. In: *Dziennik Ustaw*. 1963, částka 16, číslo 93. Dostupné z: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu19640160093>>.

⁶⁹ S takovýmto pojetím by dle odvolacího soudu vznikala rovněž problém aktivní věcné legitimize. Pokud by totiž byl k podání žaloby legitimován každý, kdo cítí sounáležitost s polským národem nebo kdo cítí hrdost být Polákem, mohlo by to vést k neomezenému počtu žalob všech členů společnosti, kteří by se dožadovali ochrany svého osobnostního práva. Viz rozhodnutí Odvolacího soudu ve Varšavě ze dne 16. srpna 2021, sp. zn. I ACa 300/21.

Z uvedených důvodů proto odvolací soud zamítl odvolání žalobkyně a změnil rozhodnutí Okresního soudu ve Varšavě ve prospěch žalovaných.

Nutno podotknout, že ačkoli se uvedený civilní spor týkal uctívání památky zesnulého, a nikoli ochrany dobrého jména Polské republiky a polského národa dle zákona o ÚNP, bezesporu do určité míry reflektuje polskou touhu po jednotném výkladu dějin a pocitu národní hrdosti. Samotná žalobkyně totiž vydala po zveřejnění rozhodnutí odvolacího soudu prohlášení, že má v úmyslu podat dovolání k Nejvyššímu soudu Polské republiky a v prohlášení zároveň uvedla: „*Polská republika je naší Matkou – o Matce nemůžeme mluvit zle*“.⁷⁰ Dovolání ve věci však v samotném důsledku nebylo podáno, jelikož žalobkyně dne 8. října 2021 zemřela.⁷¹

Uvedená kauza si vysloužila značnou mediální pozornost. Není však jediným případem soudního boje o historickou pravdu v Polsku. Například samotná fráze „polské koncentrační tábory“ byla předmětem sporu ve věci Zbigniewa Osewského proti německému deníku Die Welt, dále v případě Janiny Luburdy-Zapašnik proti týdeníku Focus anebo rovněž ve věci Karola Tendery proti německé televizní stanici ZDF.⁷²

Kromě občanskoprávní úpravy obsažené v polském *kodeksu cywilnym* však obráncům polské nevinny posloužila při boji o historickou pravdu právě i citovaná ustanovení novely o ÚNP. Na základě článku 53o novely zažalovala nadace s názvem Reduta Dobrego Imienia⁷³ společnost E.L.P. SA z Buenos Aires, vydavatele portálu Páginai2, u Okresního soudu ve Varšavě.⁷⁴ Žaloba byla podána z důvodu zveřejnění článku⁷⁵ o masakru v Jedwabném, respektive kvůli fotografii, která byla k textu článku přiložena. Tato fotografie totiž ve skutečnosti nezobrazovala masakr v Jedwabném, ale takzvané prokleté vojáky⁷⁶ zavražděné v roce 1950.⁷⁷ Dle Reduty Dobrego Imienia představovala kombinace textu článku a této fotografie manipulaci, která porušovala dobré jméno polského národa.⁷⁸ Okresní soud ve Varšavě však žalobu bez nařízení jednání zamítl, a to pro nedostatek jurisdikce.⁷⁹

⁷⁰ Vlastní překlad autorky. Prohlášení žalobkyně sdílel na svém twitterovém účtu člen PiS Maciej Świrski. Viz ŚWIRSKI, Maciej. Pani Filomena Leszczyńska była niezwykłą osobą... In: [twitter.com](https://twitter.com/Maciej_Swirski/status/1447131897214164994/photo/1) [online]. 10. 10. 2021 [cit. 2023-03-02]. Dostupné z: <https://twitter.com/Maciej_Swirski/status/1447131897214164994/photo/1>.

⁷¹ CEDZYŃSKI, Sławomir. Zmarła Filomena Leszczyńska. Jej walkę o prawdę opisywały media na całym świecie In: *i.pl* [online]. 11. 10. 2021 [cit. 2023-03-05]. Dostupné z: <<https://i.pl/zmarla-filomena-leszczyńska-jej-walkę-o-prawdę-opisywały-media-na-całym-swiecie/ar/c1-15846785>>.

⁷² BYNDIU, Olga. Tożsamość narodowa jako dobro osobiste w ujęciu dotychczasowego orzecznictwa. In: *palestra.pl* [online]. červenec 2020 [cit. 2023-03-15]. Dostupné z: <<https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/7-8-2020/artykul/tozsamosc-narodowa-jako-dobro-osobiste-w-ujeciu-dotychczasowego-orzecznictwa>>.

⁷³ Nutno podotknout, že konkrétně Reduta Dobrego Imienia má jisté vazby na politickou stranu Právo a Spravedlnost. Viz např. JAŁOSZEWSKI, Mariusz. Kolejne porażki Reduty Świrskiego w procesach przeciwko zagranicznym mediom i politykom. In: *oko.press* [online]. 17. 5. 2018 [cit. 2023-03-15]. Dostupné z: <<https://oko.press/kolejne-porazki-reduty-swirskiego-w-procesach-przeciwko-zagranicznym-mediom-i-politykom>>.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Článek však byl publikován již v červenci 2017, tedy před samotným přijetím novely zákona o ÚNP. Viz JAŁOSZEWSKI, Mariusz. Kolejne porażki Reduty Świrskiego w procesach przeciwko zagranicznym mediom i politykom. In: *oko.press* [online]. 17. 5. 2018 [cit. 2023-03-15]. Dostupné z: <<https://oko.press/kolejne-porazki-reduty-swirskiego-w-procesach-przeciwko-zagranicznym-mediom-i-politykom>>.

⁷⁶ Jako prokletí vojáci (*żołnierze wyklęci*) je označováno protikomunistické odbojové hnutí z let 1944–1947, které je v rámci hrdinského narativu období po roce 1989 oceňováno za boj proti komunismu a sovětzaci polského státu. ŠABEK, Jiří. Bádát, vystavovat a chránit archivy lidských myslí: Inspirace ze setkání s Mariou Buko. *MUZEUM*. 2021, roč. 59, č. 2, s. 40.

⁷⁷ JAŁOSZEWSKI, Mariusz. Kolejne porażki Reduty Świrskiego w procesach przeciwko zagranicznym mediom i politykom.

⁷⁸ Jak o tom hovoří novela zákona o ÚNP.

⁷⁹ JAŁOSZEWSKI, Mariusz. Kolejne porażki Reduty Świrskiego w procesach przeciwko zagranicznym mediom i politykom.

Ani jeden z popsaných soudních sporů ve svém důsledku nevedl k rozhodnutí, které by představovalo nelegitimní omezení svobody projevu. Otázkou však je, zda tato skutečnost není do určité míry dílem náhody. Minimálně v případě žalobkyně Filomeny Leszczyńskiej se totiž můžeme pouze domýšlet, jak by její boj o historickou pravdu dopadl, kdyby se jím zabýval Nejvyšší soud, případně Ústavní tribunál Polské republiky. Vzhledem k alarmujícímu stavu polské justice, kterou se PiS snaží dlouhodobě proměnit ve svého věrného pomocníka, jsou obavy ohledně výsledku dalších potenciálních sporů tohoto typu bezpochyby namístě.⁸⁰

Obecně formulované ustanovení čl. 53o zákona o ÚNP, zakotvující systém občansko-právní odpovědnosti za účelem ochrany dobrého jména Polské republiky, by totiž ve své podstatě nemuselo představovat zásadní problém. Ten nastává v případě kombinace tohoto ustanovení s nefunkčním systémem brzd a protíváh. Až v této situaci mají ustanovení čl. 53o až 53q potenciál sloužit jako účinný nástroj k potlačování politicky nevhodných názorů, ať již se týkají historických událostí, či nikoli. Moc soudní totiž v takovémto případě ztrácí svou kontrolní funkci a stává se pouhou loutkou vládnoucí strany.

Nebezpečí se navíc skrývá i v subjektech, které mají dle citovaných ustanovení novely aktivní legitimaci k podání žaloby. Ony nevládní organizace jsou totiž v některých případech pomocnou silou PiS⁸¹ a z toho důvodu nelze vyloučit, že budou cíleně žalovat ty projevy „snižující dobré jméno Polské republiky“, které budou nepohodlné právě pro vládnoucí stranu Právo a Spravedlnost.

Nutno však podotknout, že kromě zákona o ÚNP spočívá jistá hrozba také v polském občanském zákoníku, což je patrné i z prvostupňového rozhodnutí ve věci Filomeny Leszczyńskiej. Otevřený katalog osobnostních práv a s tím související tendence uznávat národní hrdost a identitu jako právo osobnostní⁸² totiž může vést k tomu, že bude občanské právo sloužit k ochraně hodnot kolektivní povahy, nikoli individuálních zájmů soukromých osob. Jak přitom vhodně poznamenává Teresa Grzeszak, toto pojetí může potenciálně vést k nepředvídatelnosti soudních rozhodnutí, jelikož může způsobit jisté splynutí soukromoprávní a veřejnoprávní úpravy.⁸³ Zároveň by se tímto mohl značně rozšířit okruh sankcionovaných projevů, když čistě teoreticky lze každý obecně kritický projev vůči Polsku vnímat jako narušující národní hrdost polského národa.

Závěr

Polská demokracie bojuje o život. A jak nastínil tento článek, novela zákona o ÚNP má potenciál být zbraní, která jí zasadí další bolestnou ránu.

⁸⁰ Zájem vládnoucí strany na prosazení konkrétní interpretace dějin přitom zůstává neměnný, což je možno dovodit i z veřejné podpory, kterou členové PiS vyjadřovali žalobkyni Leszczyńskiej. Ostatně i na samotném pohřbu žalobkyně vystoupil člen PiS Jan Dziedziczak, který v rámci projevu na rozloučenou zdůraznil „významnou roli Filomeny Leszczyńskiej při obraně dobrého jména Polska a Poláků“. Vlastní překlad autorky. Viz LESZCZYŃSKI, Adam. Za procesem Engelking i Grabowskiego stali rządzący. Dowód? Minister na pogrzebie powódki. In: *oko.press* [online]. 18. 10. 2021 [cit. 2023-03-05]. Dostupné z: <<https://oko.press/za-procesem-engelking-i-grabowskiego-stali-rzadzacy-dowod-minister-na-pogrzebie-powodki>>.

⁸¹ Viz např. dříve zmiňovaná Reduta Dobrego Imienia.

⁸² Rozhodnutí Okresního soudu ve Varšavě ve věci žalobkyně Filomeny Leszczyńskiej nebylo jediným případem, ve kterém soud uznal národní hrdost a identitu jako právo osobnostní. Viz BYNDIU, Olga. Tożsamość narodowa jako dobro osobiste w ujęciu dotychczasowego orzecznictwa.

⁸³ GRZESZAK, Teresa. Dobro osobiste jako dobro indywidualizowane. In: *uw.edu.pl* [online]. Duben 2018 [cit. 2023-03-22]. Dostupné z: <https://krzysztofriedl.bio.wpia.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2016/10/ps_2018_04_007.pdf>.

Zdá se totiž, že nadále platná ustanovení novely, zakotvující občanskoprávní odpovědnost za účelem ochrany dobrého jména Polské republiky, mohou být efektivním nástrojem k potlačování jakýchkoliv „protipolských“ názorů. Nemusí se přitom nutně jednat o difamační či vulgární projevy, ale také o zmíněné historické poznatky, případně i protivladní názory.

To, co bude posouzeno jako snižující „dobré jméno Polské republiky a polského národa“, bude přitom do budoucna věcí soudní judikatury, čímž se však nebezpečí spíše zvyšuje. Vzhledem ke snahám PiS o postupnou likvidaci nezávislosti soudní moci totiž vznikají pochybnosti, zda bude polská justice schopna plnit jedno z jejích základních poslání, spočívající v ochraně základních práv a svobod občanů.

Nutno navíc podotknout, že ani ochrana základních práv prostřednictvím Evropského soudu pro lidská práva není v současné době v Polsku zcela samozřejmá. Důkazem je šokující rozhodnutí polského Ústavního tribunálu z 24. listopadu 2021,⁸⁴ ve kterém politicky kontrolovaný Ústavní tribunál dovodil, že část Evropské úmluvy o lidských právech není slučitelná s polskou ústavou. Cílem tohoto rozhodnutí je bezpochyby zabránit implementaci těch rozsudků ESLP, které zpochybňují zákonnost soudních reforem polské vlády, a tím vytvářejí pro PiS překážku k ovládnutí justice. Lze se proto shodnout s polským právníkem Danielem Witkem, že si za těchto okolností nemůžeme být jisti, že bude Polsko v budoucnu respektovat jakákoli rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva.⁸⁵

Právě obecná formulace ustanovení čl. 53o novely v kombinaci s alarmujícím stavem polské justice je přitom dle mého názoru tím, co přináší výrazné riziko mrazivého účinku. Lze totiž předpokládat, že souhra těchto faktorů může odradit celou řadu osob i od relativně neutrálních projevů, pro jejichž omezení bychom obecně jen stěží hledali legitimní cíl.⁸⁶

Nad rámec uvedeného je nutno podotknout, že zůstává nadále otázkou, jaký byl skutečný účel uvedené právní úpravy. Je samozřejmě možné, že se vládnoucí strana pouze snažila vyhovět společenské poptávce po pocitu národní hrdosti. Na druhou stranu však nelze ani vyloučit, a to i s přihlédnutím k širokému pojetí ust. čl. 55a a čl. 53o, že se PiS touto novelou snažila připravit půdu pro budoucí omezování nepopulárních či nevhodných názorů.

Ať už byl přitom účel zákona jakýkoliv, nezbyvá než věřit, že se polská demokracie úspěšně ubrání populistickým útokům a že se polský národ zvládne vyrovnat se svou minulostí důstojným způsobem, při kterém zůstane prostor pro kladení obtížných otázek a otevírání nesporných, či dokonce bolestných témat.

⁸⁴ Rozhodnutí Ústavního tribunálu Polské republiky ze dne 24. listopadu 2021, sp. zn. K 6/21. Dostupné z: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20210002161/O/D20212161.pdf>>.

⁸⁵ CIOBANU, Claudia. Polish Government's Attitude to ECHR Seems Set to Follow the Russia Model. In: *balkaninsight.com* [online]. 16. 3. 2022 [cit. 2023-03-28]. Dostupné z: <https://krzysztofriedl.bio.wpia.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2016/10/ps_2018_04_007.pdf>.

⁸⁶ Jako např. dříve popisované informace ohledně sporných událostí polských dějin.

Neoprávněný přístup na online účty (internetové bankovníctví, sociální sítě) a dekriminalizace jednoho z počítačových trestných činů

Kateřina Kudrlová* – Jiří Vlach**

Abstrakt: Online účty představují dnes již nedílnou součást každodenního života. Mezi ty nejdůležitější patří na jedné straně internetové bankovníctví sloužící ke správě financí a na straně druhé profil na sociální síti sloužící ke komunikaci s širokým okolím. Protože jde o počítačové systémy, neoprávněný přístup k nim lze postihnout jako počítačový trestný čin dle § 230 odst. 1 tr. z. Reprezentativní dotazníkové šetření realizované v roce 2020 v ČR však ukázalo, že k neoprávněným přístupům dochází poměrně často, a to zejména mezi partnery nebo v rámci úzkého rodinného kruhu. Útočníci získávají přístup zejména s využitím přihlašovacích údajů, které uživatelé online účtů relativně běžně sdílejí s dalšími osobami, a samotná neoprávněnost přístupu může být v řadě případů sporná. Cílem článku je proto poukázat na nesoulad právní normy s běžnou uživatelskou praxí a navrhnout možnou úpravu *de lege ferenda* tak, aby lépe odpovídala sociální realitě. Při zohlednění mezinárodních závazků by mohlo dojít k částečné dekriminalizaci počítačového trestného činu dle § 230 odst. 1 tr. z. změnou výrazu „překoná“ na „poruší“ a přidáním dalšího znaku k této základní skutkové podstatě – jednáni „s úmyslem získat počítačová data nebo s jiným nečestným úmyslem“. Závěrem uvádíme stručná doporučení pro prevenci neoprávněných přístupů k online účtům.

Klíčová slova: neoprávněný přístup, internetové bankovníctví, sociální síť, dekriminalizace, počítačový trestný čin, online účty

Úvod

Online účty. Snad každý dnes disponuje hned několika, od sociálních sítí přes herní účty až po e-shopy a nepřeberné množství rozličných aplikací. A samozřejmě mezi ně patří v širším smyslu i internetové bankovníctví a účty v online světě nejstarší – e-mailové. Zcela běžně uživatelé využívají vícero účtů určitého typu, typicky několik e-mailových účtů, profily na sociálních sítích, herní účty i internetová bankovníctví.¹ Obvykle však některé z nich vynikají svým významem pro uživatele – internetové bankovníctví, hlavní e-mail coby brána do virtuálního světa uživatele,² nejvíce využívaný profil na sociální síti jakožto významný sociální a komunikační prostředek. Právě o internetovém bankovníctví a sociálních sítích tento článek pojednává.³

* Mgr. Kateřina Kudrlová, Ph.D., Institut pro kriminologii a sociální prevenci, odpovědná řešitelka výzkumného úkolu *Posouzení trendů kyberkriminality*. E-mail: kkudrlova@iksp.justice.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8911-1134>.

** Mgr. Jiří Vlach, Institut pro kriminologii a sociální prevenci, řešitel výzkumného úkolu *Posouzení trendů kyberkriminality*. E-mail: jvlach@iksp.justice.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7295-4677>.

¹ „Online účet“ ve spojení s internetovým bankovníctvím odkazuje na bankovníctví jedné banky spadající pod jednoho uživatele bez ohledu na množství bankovních účtů, které má k sobě přidružené.

² KUDRLOVÁ, K. *Kybernetická kriminalita – dílčí poznatky z výzkumu II*. In: ŠČERBA, F. (ed.). *Kriminologické dny 2018*. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2018, s. 148–157.

³ Obsah článku byl nastíněn autory spolu s Mgr. Lukášem Kutilem na odborné konferenci *Vliv nových technologií na trestní právo* pořádané 24. března 2022 katedrou trestního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy.

Vychází přitom z poznatků získaných v rámci dvou výzkumných úkolů věnujících se kyberkriminalitě a řešených v Institutu pro kriminologii a sociální prevenci (dále jen IKSP).⁴ První z nich, *Identifikace a posouzení druhů a trendů kriminality páchané prostřednictvím Internetu, případně dalších sociálních sítí*, řešený v letech 2016–2019, se zabýval zejména analýzou vybraných trestních spisů vedených o počítačových trestných činech, dále pak přípravou rozsáhlého dotazníkového šetření.⁵ Výsledky šetření jsou v současnosti předmětem analýz v rámci druhého ze zmíněných výzkumných úkolů, a to *Posouzení trendů kyberkriminality*, řešeného v letech 2020–2023.⁶ Dále čerpáme z veřejně dostupných statistických údajů a právních dokumentů. V následujícím textu uvádíme nejprve podrobnosti ke sběru vlastních dat. Dále pak analýzu relevantních hmotněprávních ustanovení *de lege lata* a naproti tomu zjištěné poznatky z uvedených výzkumů. Závěrem nastíníme možnou úpravu *de lege ferenda* a přidáme doporučení pro prevenci.

Analýza trestních spisů naznačila, že neoprávněné vstupování na cizí online účty není zdaleka ojedinělé, přičemž údaje z dotazníkového šetření tento trend potvrdily (a to dle vyjádření aktérů na obou stranách). Z právního hlediska může být neoprávněný vstup na cizí online účet počítačovým trestným činem (§ 230 zák. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, dále jen tr. z.), uvedené jednání však bývá vysoce latentní (ostatně jako převážná část protiprávního jednání online). Pokusíme se zde ukázat, že stávající formulace skutkové podstaty trestného činu neoprávněného přístupu k počítačovému systému a neoprávněného zásahu do počítačového systému nebo nosiče informací dle § 230 odst. 1 tr. z. neodpovídá přiměřeně současné sociální realitě.

1. Zdroje dat – analýza trestních spisů a dotazníkové šetření

Sledované trestní spisy zahrnovaly věci, ve kterých byla podána obžaloba pro naplnění skutkové podstaty některého z počítačových trestných činů a trestní řízení pravomocně skončilo v roce 2015.⁷ V drtivé většině z nich šlo o neoprávněný přístup k počítačovému systému a neoprávněný zásah do počítačového systému nebo nosiče informací dle § 230 tr. z., případně v souběhu s dalšími trestnými činy. Ostatní skutkové podstaty počítačových trestných činů dle § 231 a § 232 tr. z. nachází uplatnění jen sporadicky. Zpracováno bylo 66 trestních spisů z celkového počtu 71 věcí pravomocně skončených v roce 2015, jednalo se o 68 obviněných. Získané údaje sloužily jako významný zdroj informací při přípravě dotazníkového šetření. Přesto je třeba brát data s určitou rezervou především s ohledem na vysokou míru latence.

Při sběru dat ze spisů jsme sledovali zhruba 50 položek zahrnujících především základní údaje o obviněném, trestném činu samotném a o průběhu trestního řízení. Výjimečně ten či onen údaj chyběl, vždy však šlo o pouze ojedinělou absenci.

⁴ IKSP je výzkumnou organizací zřízenou Ministerstvem spravedlnosti ČR zabývající se kriminologickým výzkumem.

⁵ Celý výzkumný úkol a jeho výsledky podrobně shrnuje monografie VLACH, J. – KUDRLOVÁ, K. – PALOUŠOVÁ, V. *Kyberkriminalita v kriminologické perspektivě*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2020. Dostupná též online z: <<http://www.ok.cz/iksp/docs/463.pdf>>.

⁶ Druhou částí uvedeného projektu je pokračování analýzy trestních spisů vedených o počítačových trestných činech.

⁷ Přesněji řečeno jde o ta pravomocně skončená řízení, jejichž údaje (statistické listy trestní) byly v roce 2015 odeslány do evidence statistiky Ministerstva spravedlnosti, tedy s určitým převísem z roku 2014 a bez věcí odeslaných až začátkem roku 2016.

Následná analýza sebraných dat sestávala z běžných statistických operací, ovšem s tříděním nejvýše 2. stupně (vzhledem k počtu případů na samé hraně statisticky zpracovatelných dat). Mimoto bylo podrobněji kvalitativně analyzováno několik typických či naopak vyjímajících se kauz.⁸

Na základě takto získaných poznatků jsme vytvořili dotazník *Zkušenosti obyvatel ČR s vybranými jevy v online prostředí*, samotný sběr dat realizovala jako veřejnou zakázku společnost ppm factum research s. r. o. Po prvotních úskalích spojených s omezeními v souvislosti s pandemií covidu-19⁹ proběhl sběr dat v listopadu roku 2020. Většina otázek směřovala na „uplynulých 12 měsíců“, a tak lze hovořit o zkušenostech uživatelů zhruba v roce 2020 (dále jen 2020*). Respondenti byli vybíráni na základě kvót předem určených dle údajů Českého statistického úřadu a informací Sdružení pro internetový rozvoj. Jednalo se o české uživatele internetu ve věku 16–74 let (nikoliv tedy o obecnou populaci ČR). Při reprezentativním výběru respondentů byly použity jako kvótní znaky pohlaví, věk, nejvyšší dosažené vzdělání, velikost místa bydliště a kraj, kde se nacházelo. Pro sběr dat byla použita metoda CAWI (Computer Assisted Web Interviewing), tj. dotazování prostřednictvím interaktivního webového dotazníku. Celková velikost souboru činila 6811 osob. Analýza získaných dat v současnosti stále probíhá.

Dotazník se obrací na respondenty coby běžné uživatele, zaměstnance, oběti i útočníky (self-report).¹⁰ Zjištění tak poskytují ojedinělý obrázek zahrnující do jisté míry obě strany.¹¹ Dotazované oblasti zahrnovaly vybrané bezpečnostní návyky uživatelů, zařízení používaná k přístupu na internet a jejich ochranu (při rozlišování soukromých, zaměstnaneckých a podnikatelských zařízení), obchodování online (s rozlišením e-shopů a inzertních portálů), internetové bankovníctví, ransomware, phishing, e-mail, sociální sítě (samotné používání sociálních sítí, zneužívání profilů a zkušenosti s falešnými profily), herní účty (při rozlišení hazardních her, počítačových her a herních platform), darkweb, porušování autorských práv, baiting a zneužití přístupu zaměstnancem.

V tomto článku pracujeme se zjištěnými poznatky z oblasti internetového bankovníctví, neboť kriminalita spojená s přístupem na cizí bankovní účet bývá obvykle (byť ne nutně) motivována snahou finančně se obohatit a lze ji považovat za jednání s jasným kriminálním záměrem. Dále pracujeme s informacemi o neoprávněných přístupech na účty na sociálních sítích,¹² kde bývá naopak motivace rozmanitější a hranice mezi kriminálním a nekriminálním jednáním se z hlediska pachatele může jevit jako mlhavá. Tyto dvě oblasti proto považujeme za dobrou demonstraci neoprávněných přístupů na různé online účty. Zdrojem dat v grafech je výše uvedené dotazníkové šetření.

⁸ Veškeré poznatky i podrobnější metodologické informace lze nalézt souhrnně v již zmíněné monografii VLACH, J. – KUDRLOVÁ, K. – PALOUŠOVÁ, V. *Kyberkriminalita v kriminologické perspektivě*.

⁹ Vyloučena byla původně předpokládaná metoda osobního dotazování (CAPI). K podrobnějším informacím ohledně realizace dotazníkového šetření viz KUDRLOVÁ, K. – KUTIL, L. – VLACH, J. Výzkumné šetření IKSP „Zkušenosti obyvatel České republiky s vybranými jevy v online prostředí“. *Kriminalistika*. 2022, č. 2, s. 139.

¹⁰ Na některé otázky odpovídali všichni respondenti bez rozdílu, jiné byly selektivní dle předchozích odpovědí respondentů.

¹¹ K možnostem i omezením vyplývajícím z metody self-reportu viz např. TOMÁŠEK, J. *Self-reportové studie kriminálního chování*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2013.

¹² Nutno pro úplnost podotknout, že tyto poznatky se v obecné rovině prakticky shodují s poznatky o neoprávněných přístupech k soukromým emailovým schránkám.

2. Nezákonnost neoprávněných přístupů *de lege lata*

„Kdo překoná bezpečnostní opatření, a tím neoprávněně získá přístup k počítačovému systému nebo k jeho části, bude potrestán [...]“. Tak zní první ze dvou základních skutkových podstat trestného činu neoprávněného přístupu k počítačovému systému a neoprávněného zásahu do počítačového systému nebo nosiče informací dle § 230 odst. 1 tr. z.¹³ Dopadá tedy na jakýkoliv neoprávněný přístup k počítačovému systému za předpokladu překonání bezpečnostního opatření majícího za úkol přístup omezit.¹⁴ Další jednání (typicky manipulace s daty) již pro naplnění této základní skutkové podstaty není třeba.¹⁵

Naplnění objektivní stránky této skutkové podstaty může být samotným cílem pachatele (např. chce zjistit z profilu oběti na sociální síti podrobnosti o jejím soukromém životě, aniž by měl v úmyslu se zjištěnými daty jakkoliv manipulovat či k nim přidat data jiná). Nikoliv výjimečně však slouží jako příprava k dalšímu jednání, zejména v podobě neoprávněného nakládání s daty, tedy naplnění objektivní stránky základní skutkové podstaty uvedené v druhém odstavci § 230 tr. z. Zde již nezáleží na oprávněnosti získání přístupu k počítačovému systému. Může tedy jít o přístup oprávněný (např. přístup administrátora spravujícího firemní síť v rámci pracovněprávních povinností), stejně tak jako neoprávněný, kterým je zároveň naplněna skutková podstata dle prvního odstavce § 230 tr. z. Ta však bude v takových případech pravděpodobně (nikoliv však nutně) fakticky konzumována.¹⁶

Z hlediska subjektivní stránky vyžadují obě základní skutkové podstaty § 230 tr. z. úmyslné zavinění. U kvalifikovaných skutkových podstat se úmysl vyžaduje pro naplnění skutkové podstaty dle § 230 odst. 3 písm. a) i b) tr. z., stejně tak dle § 230 odst. 4 písm. a) tr. z. (vyplývá z povahy věci), ve všech ostatních případech postačí nedbalostní zavinění okolnosti zvláště přitěžující, zde vždy v podobě těžšího následku [srov. § 17 písm. a) tr. z. a § 230 odst. 4 písm. b), c), d) a e), odst. 5 tr. z.]. Všechny tři počítačové trestné činy jsou zařazeny v rámci hlavy páté tr. z. Kromě kvalifikované skutkové podstaty dle § 230 odst. 1 a/nebo 2, odst. 5 tr. z., kdy jde o zločin, se jedná o přečiny (srov. § 14 odst. 2 a 3 tr. z.).

Objektem počítačových trestných činů (§ 230–232 tr. z.) je „zájem na ochraně počítačových systémů a jejich částí, dále dat v nich uložených a dat uložených na nosičích informací a také na ochraně počítačů nebo jiných technických zařízeních pro zpracování dat před neoprávněnými přístupy a zásahy“.¹⁷ Klíčová je tedy jednak bezpečnost samotných zařízení, jednak bezpečnost informací a dat – slovy zákona o kybernetické bezpečnosti jejich důvěrnost, integrita a dostupnost [§ 2 písm. c) zák. č. 181/2014 Sb.]. Ve spojení s informacemi dostupnými prostřednictvím internetového bankovníctví pak jde zároveň o finanční stránku (např. zneužitelnost informací o finančních transakcích uživatele)¹⁸ a v neposlední řadě o osobnostní stránku v podobě soukromí uživatele. Ta vystupuje do popředí

¹³ KRUPÍČKA, J. Trestné činy proti majetku. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní právo hmotné*. 8. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 696.

¹⁴ GRÍVNA, T. Komentář k § 230. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník II: Zvláštní část (§ 140–421)*. (komentář). 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2305.

¹⁵ To potvrzuje i usnesení Nejvyššího soudu ze dne 29. 11. 2017, sp. zn. 7 Tdo 1469/2017.

¹⁶ Viz např. KUDRLOVÁ, K. *Kriminalita spojená s využíváním nových médií dětmi*. Dizertační práce. Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy, 2019. Dostupné z: <<https://dspace.cuni.cz/handle/20.500.11956/111603>>; nebo SMEJKAL, V. *Kybernetická kriminalita*. 3. vydání. Praha: Aleš Čeněk, 2022.

¹⁷ KRUPÍČKA, J. *Trestné činy proti majetku*, s. 695.

¹⁸ Nemluvě o případných neoprávněných finančních transakcích a jiných aktivitách.

zvláště palčivě v případě narušování soukromí prostřednictvím neoprávněných vstupů na profily na sociálních sítích, na něž bývá mnohdy navázána významná část sociálních kontaktů uživatele.¹⁹

2.1 Překonání překážky a svolení poškozeného

Dle prvního odstavce § 230 tr. z. se zmíněného trestného činu dopustí ten, „*kdo překoná bezpečnostní opatření, a tím neoprávněně získá přístup k počítačovému systému nebo k jeho části [...].*“ Jednou z podmínek je zde tedy překonání bezpečnostního opatření, přičemž úroveň zabezpečení není rozhodující. Již sama existence jakéhokoliv bezpečnostního opatření postačuje. Základním opatřením majícím za úkol zabránit zejména malwarovým útokům na samotné fyzické zařízení (hardware) či jeho programové vybavení (software) je v současnosti firewall, obvykle též zároveň doplněný o antivirový ochranný software, případně antispyware.²⁰ Bezpečnostních opatření si uživatel nemusí ani být zcela vědom (např. má jen neurčité povědomí o tom, že jeho zařízení používá nějaký antivirus). Druhým stupněm ochrany, tentokrát obsahu či přístupu, je především heslo, bez ohledu na jeho snadnou prolomitelnost (např. heslo „12345“) či naopak sílu (např. kombinace nejméně 8 různých znaků atp.).

Pro oblast osobních účtů je klíčový judikát Nejvyššího soudu ze 4. 11. 2020 ve věci 7 Tdo 1134/2020. V něm Nejvyšší soud deklaruje, že jakýkoliv neoprávněný přístup do osobního účtu bez ohledu na způsob, jakým bylo heslo či jiné bezpečnostní opatření překonáno, je překonáním bezpečnostního opatření dle § 230 tr. z.

V bodě 40 odůvodnění zmíněného rozhodnutí je citováno vcelku trefné přirovnání, jež uvedla státní zástupkyně ve svém vyjádření k dovolání. „*Facebook je v podstatě virtuální prostor a má podobnou povahu jako obydlí, jehož ‚dveře‘ tvoří počítačový systém, či jiný nosič informací, přičemž ‚klíčem‘ k těmto ‚dveřím‘ je bezpečnostní opatření, jimiž je lze odemknout. Trestní zákon při ochraně ústavou zaručeného práva na soukromí sankcionuje jakýkoli neoprávněný vstup do obydlí, a to i za pomoci shodného klíče, aniž by pachatel musel dveře do domu prolamovat násilím. Obdobně je tedy nutno postihovat případy, kdy pachatel prolomí ‚dveře‘ do virtuálního prostoru například za pomoci hesla, které znal z dřívější doby, či za pomoci telefonního čísla, na které jsou tyto soukromé účty navázány. Rozhodující je – obdobně jako u porušování domovní svobody – že v okamžiku, kdy pachatel tohoto způsobu narušení soukromí využívá, ví, že do toho důvěrného prostoru vstupuje neoprávněně, a je s tímto následkem přinejmenším srozuměn. Za překonání ‚bezpečnostního opatření‘ ve smyslu § 230 odst. 1 trestního zákoníku je proto možno považovat i využití duplikátu telefonní SIM karty, na kterou jsou tyto soukromé účty vázány, s jejímž využitím lze do důvěrného prostoru vstupovat přímo, nebo za pomoci nově vygenerovaných hesel.*“ Nelze proto pochybovat o tom, že překonáním bezpečnostní překážky ve smyslu ustanovení § 230 odst. 1 tr. z. tak bude i využití přístupových údajů tzv. zapamatovaných v zařízení, poznamenaných na papírku, uhodnutých, pachateli známých atp. Nemluvě o časté situaci, kdy pachatel využije přihlašovací údaje poskytnuté samotnou obětí, avšak za jiným účelem (viz dále).

¹⁹ KUDRLOVÁ, K. *Kriminalita spojená s využíváním nových médií dětmi.*

²⁰ Malware znamená škodlivý software, antivirus ochranný software sloužící k detekci a eliminaci malwaru. Antispyware se zaměřuje na sledovací malware a může i nemusí být součástí antiviru.

Právě hojně využívání cizích přístupových údajů pachateli známých (viz dále) vybízí k úvaze nad protiprávností jednání s ohledem na institut svolení poškozeného (§ 30 tr. z.). Svolení musí být dáno osobou oprávněnou, dobrovolně, určitě, vážně a srozumitelně. Může být dáno i následně jako důvodně předpokládaný a následně udělený souhlas. Za pozornost ovšem stojí určitá úskalí jeho aplikace.

Oprávnění ke svolení lze zpochybnit u použití cizích přístupových údajů k internetovému bankovníctví, neboť banky zpravidla smluvně stanovují prostřednictvím všeobecných obchodních podmínek přístup ke svým službám pouze na základě smlouvy či písemného zmocnění. Použití cizích přístupových údajů se tak dotýká nejen majitele účtu, ale i provozující banky, která předpokládá přístup ke svým službám pouze ze strany daného klienta (či disponenta nebo zmocněnce). Zvlášť pak, když banka potvrzuje identitu svého klienta coby tzv. bankovní identitu při komunikaci se státními orgány.²¹ Neoprávněně přístupující osoba by tak mohla jednat v omylu ohledně oprávněnosti majitele účtu bez dalšího udělit souhlas s jeho použitím.

Z hlediska dobrovolnosti, určitosti, vážnosti ani srozumitelnosti svolení by neměly v praxi vznikat větší pochybnosti. Dotčené osoby²² zpravidla reagují na zjištěný neoprávněný přístup ke svému online účtu jednoznačně (změna přístupových údajů, podání trestního oznámení aj.), kdy je nesouhlas zřejmý, anebo nereagují vůbec, což lze považovat za konkludentní, dostačující souhlas.²³ Problém nastává, když se dotčená osoba o neoprávněném přístupu ke svému účtu nedozví (pachatel si např. pouze prohlédne obsah) – v takovém případě nelze o souhlasu poškozeného vůbec uvažovat (respektive o jeho následném udělení).

2.2 Inspirace pro stávající právní úpravu

Důvodová zpráva k návrhu nového tr. z.²⁴ se k počítačovým trestným činům (tehdy § 228–230 namísto současných § 230–232 tr. z.) vyjadřuje poměrně stroze, když pouze poukazuje na závazky plynoucí z Úmluvy o počítačové kriminalitě²⁵ (dále jen Úmluva), zejména její články 2–11.

Na Úmluvu o počítačové kriminalitě pochopitelně odkazuje i odborná literatura, která vždy zmiňuje patero jednání, které se signatářské státy zavázaly kriminalizovat: protiprávní přístup (§ 230 odst. 1 tr. z.), neoprávněný zásah do dat nebo počítačového systému [§ 230 odst. 2 písm. a), b), d) tr. z.], falšování údajů související s počítači [§ 230 odst. 2 písm. c) tr. z.], podvod související s počítači [§ 230 odst. 3 písm. a) tr. z.] a neoprávněný

²¹ Vytrácí se tak společenská prospěšnost institutu svolení poškozeného spočívající v odpadnutí zájmu na stíhání odsouhlaseného jednání. Viz např. LUKÁŠOVÁ, M. Institut svolení poškozeného a jeho uplatnění nejen v judikatuře. *Trestněprávní revue*. 2019, č. 3, s. 60. Prospěšnost institutu svolení poškozeného je zde převážena zájmem na ochraně důvěrnosti a autenticitě komunikace mezi státem a obyvateli.

²² K problematickému označení dotčených osob za „poškozené“ v případě uplatnění institutu svolení poškozeného viz např. KLAPAL, V. Svolení poškozeného jako okolnost vylučující protiprávnost. *Trestněprávní revue*. 2005, č. 10, s. 259.

²³ GRIVNA, T. Komentář k § 30. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník I: Obecná část (§ 1–139) (komentář)*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 424.

²⁴ VLÁDA ČR. *Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., trestní zákoník*. 25. 2. 2008.

²⁵ Convention on Cybercrime, ETS No. 185. Vznikla na půdě Rady Evropy v roce 2001 a vstoupila v účinnost 1. 7. 2004, Česká republika ji podepsala 9. února 2005 a ratifikovala 22. srpna 2013. Viz RADA EVROPY. Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 185. In: *Council of Europe*. [cit. 2022-12-29]. Dostupné z: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=185>>.

zásah do systému [§ 230 odst. 3 písm. b) tr. z.].²⁶ Pro znění § 230 odst. 1 tr. z. je v rámci Úmluvy klíčový požadavek kriminalizace neoprávněného přístupu do počítačového systému nebo jeho části dle čl. 2. Signatářským státům se ponechává na zvážení, zda podmíní trestnost jednání mimo jiné překonáním bezpečnostních opatření, což ČR činí.

Mimoto zavazovalo ČR k postihu protiprávního přístupu i Rámcové rozhodnutí Rady EU 2005/222/SVV ze dne 24. února 2005 o útocích proti informačním systémům, které požadovalo v čl. 2 kriminalizaci protiprávního přístupu k informačním systémům [čl. 1 písm. a), d) a čl. 2, odpovídajícím ustanovením je v českém právním řádu § 230 odst. 1 tr. z.]. I zde měly zavázané státy možnost podmínit trestnost překonáním překážky (čl. 2 odst. 2). Toto rámcové rozhodnutí bylo s účinností od 3. září 2013 nahrazeno směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2013/40/EU ze dne 12. srpna 2013 o útocích na informační systémy a nahrazení rámcového rozhodnutí Rady 2005/222/SVV (dále jen Směrnice). Ta požaduje kriminalizaci neoprávněného přístupu k informačním systémům v čl. 3 a tentokrát je zde již výslovně uvedeno porušení bezpečnostního opatření jako podmínka požadované kriminalizace. Všechny uvedené právní dokumenty se vyjadřují i ke kriminalizaci pokusu a účastenství, nicméně vzhledem k trestněprávnímu pojetí vývojových stádií trestného činu a účastenství v ČR není třeba se jimi zde podrobněji zabývat.²⁷

3. Poznatky – internetové bankovníctví

Zhruba v 15 % analyzovaných trestních spisů mělo být zneužito internetové bankovníctví. Nutno podotknout, že zneužití internetového bankovníctví bylo zřejmě častější, a to i v praxi justičních orgánů (mimo latentní kriminalitu) – některé případy mohly být právně kvalifikovány např. pouze jako podvodné jednání (typicky podvod dle § 209 tr. z. nebo úvěrový podvod dle § 211 tr. z.), bez souběhu s § 230 tr. z.

V dotazníkovém šetření se k vlastnímu internetovému bankovníctví přihlásilo 93 % respondentů (6338 osob), přičemž 3 % z nich (199 osob) uvedlo, že jejich internetové bankovníctví někdo v roce 2020* (pravděpodobně)²⁸ zneužil, z toho v téměř polovině případů opakovaně. Naproti tomu 9 % respondentů v rámci self-reportu vypovědělo, že v roce 2020* používali internetové bankovníctví někoho jiného,²⁹ z toho 29 % (191 osob) tak činilo bez výslovného svolení majitele účtu.

Kdo byl útočníkem, vědělo 38 % napadených (75 osob). Podle nich se nejčastěji jednalo o nejbližší osoby: za pachatele označili respondenti především své stávající partnery,³⁰ bývalé partnery či osoby z úzkého rodinného kruhu³¹ (20, 12 a 8 %). Signifikantně často označovali své partnery za pachatele muži (29 %), ženy naopak někoho zcela jiného (55 %),

²⁶ GRÍVNA, T. *Komentář k § 230*, s. 2304. Dále např. SMEJKAL, V. *Kybernetická kriminalita*; KUDRLOVÁ, K. *Kriminalita spojená s využíváním nových médií dětmi*; GRÍVNA, T. – POLČÁK, R. *Kyberkriminalita a právo*. Praha: Auditorium, 2008; nebo KOLOUCH, J. *CyberCrime*. Praha: CZ.NIC, z. s. p. o., 2016.

²⁷ Pro podrobnější informace k mezinárodněprávním dokumentům zavazujícím ČR k postihu kyberkriminality viz např. KUDRLOVÁ, K. *Vliv práva EU na trestněprávní postih kyberkriminality v ČR*. In: JELÍNEK, J. – IVOR, J. a kol. *Trestní právo Evropské unie a jeho vliv na právní řád České republiky a Slovenské republiky*. Praha: Leges, 2015, s. 285.

²⁸ Souhrn odpovědí, kdy si respondenti byli napadení jisti, spolu s odpověďmi, kdy se domnívali, že k napadení pravděpodobně došlo.

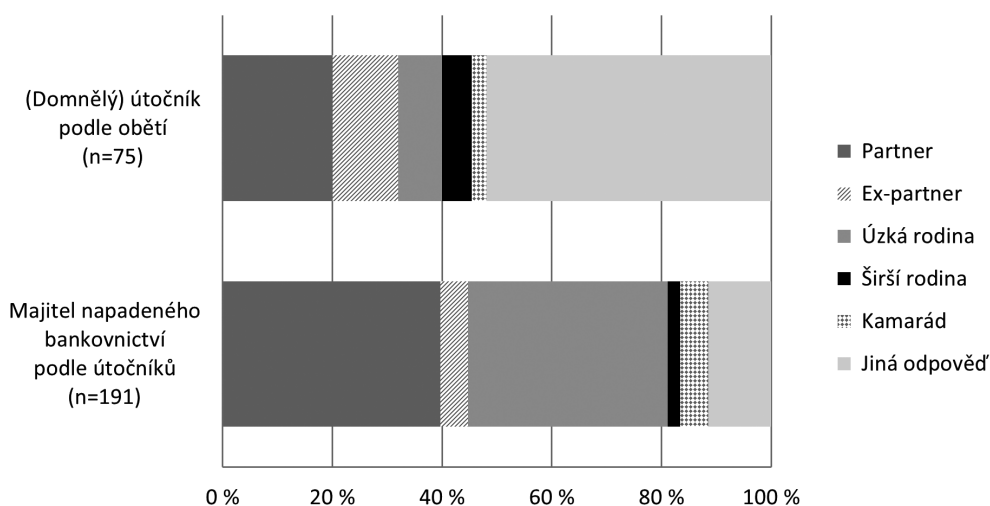
²⁹ Nejčastěji tak činily osoby mladší 29 let, přičemž s věkem počet osob používajících internetové bankovníctví někoho jiného postupně klesá.

³⁰ V rámci zjednodušení uvádíme vždy pouze „partneři“ namísto „partneři či partnerky“ atp.

³¹ Výlučně děti, rodiče, prarodiče, vnoučata, sourozenci.

častou odpovědí byl v tomto případě neznámý hacker. Podobně uvažovaly i osoby starší 45 let (ve věku 45–59 let to bylo 60 %, ve věku 60–74 let 77 %).

I z pohledu osob používajících cizí internetové bankovníctví bez výslovného svolení oprávněného uživatele nacházíme na druhé straně především stávající partnery a osoby z úzkého rodinného kruhu (45 a 41 %), avšak výrazně méně bývalých partnerů (6 %). Pro zajímavost doplníme, že motivace neoprávněného přístupu k cizímu internetovému bankovníctví (respektive přístupu bez výslovného svolení jeho majitele) nebyla zdaleka pouze finanční (27 %), nýbrž šlo i o prostou zvědavost (12 %).³² Statisticky významně často hovořili o zvědavosti osoby mladší 29 let (22 %). Zvědavosti a finanční motivaci odpovídá i další otázka zaměřená na samotnou aktivitu po (neoprávněném) přístupu, když respondenti uváděli nejčastěji zjištění finanční situace majitele účtu (61 %) a převod peněz na jiný účet (45 %), ostatní možnosti byly jen minoritní.



Graf č. 1: Aktéři neoprávněného vstupu do internetového bankovníctví

Ze 75 respondentů, kteří vědí, kdo v roce 2020* nejméně jednou³³ zneužil jejich internetové bankovníctví, jich 45 % dobrovolně pachateli poskytlo své přihlašovací údaje. Nejčastěji (62 %) z důvodu jednorázové výpomoci (např. zjištění zůstatku). Ostatní důvody byly pouze minoritní, za zmínku stojí snad jen trvalá péče o internetové bankovníctví (např. vnuk spravující internetové bankovníctví prarodičů) – 15 %.

V rámci self-reportu uváděli respondenti ještě vyšší poměr známých přístupových údajů, když jich 80 % uvedlo, že je znají přímo od majitelů (neoprávněně) navštívených účtů. Dále jich 16 % uvedlo, že získali přístup prostřednictvím zařízení, na kterém bylo internetové bankovníctví přihlášené (statisticky významně často osoby mladší 29 let, 28 %),

³² 45 % respondentů uvedlo „jinou“ motivaci, často nějakou formu pomoci – (ne)oprávněnost jejich přístupu je proto diskutabilní.

³³ Pakliže bylo takových incidentů více, otázky v dotazníku směřovaly vždy jen na incident, jenž byl z pohledu respondenta nejzávažnější.

ostatní způsoby získání přístupu byly jen sporadické. I pachatelé uvádí jako důvod poskytnutí přihlašovacích údajů žádost samotného majitele účtu (72 %), především tak byli žádání respondenti mladší 29 let (84 %, jejich poměr s věkem setrvale klesá) a vysokoškolsky vzdělané osoby (83 %). Třetina (33 %) pak uvádí trvalou péči o internetové bankovníctví někoho jiného.³⁴

Když se přitom podíváme na odpovědi všech respondentů (bez ohledu na viktimizaci nebo neoprávněné přístupy) ohledně dobrovolného poskytování přihlašovacích údajů k vlastnímu internetovému bankovníctví jiným osobám, jde o jednání relativně časté. Svě přihlašovací údaje k internetovému bankovníctví někdy poskytlo 8 % uživatelů (495 osob), z toho 23 % dokonce více než jednomu člověku (především osoby mladší 29 let, 31 %). Svě přihlašovací údaje poskytují statisticky významně často ženy (9 %), osoby mladší 29 let (10 %) a osoby se základním vzděláním nebo vyučené bez maturity (12 a 10 %). Přihlašovací údaje bývají poskytnuty především stávajícím partnerům (72 %) a/nebo někomu z úzkého rodinného kruhu (29 %). Muži a osoby ve věkové skupině 30–44 let, kteří poskytli své přihlašovací údaje více osobám, je sdělovali statisticky významně často svým partnerům, kdežto ženy a osoby mladší 29 let nebo starší 60 let je sdělovaly někomu z úzkého rodinného kruhu.

Nejčastějším důvodem poskytnutí přihlašovacích údajů je i v této skupině jednorázové použití internetového bankovníctví (74 %), dále pak trvalá správa internetového bankovníctví (21 %). Statisticky významný vztah zde vykazuje pouze kategorie respondentů ve věku 45–59 let, kteří nechávají někoho pečovat o své internetové bankovníctví trvale. Respondenti starší 60 let (respektive ve věku 60–74 let) nejčastěji uváděli jako důvod umožnění dlouhodobého přístupu dané osobě obavu z náhlé nehody, vlastní invaliditu či jinou zdravotní překážku.

4. Poznatky – sociální sítě

Co se týče zneužívání sociálních sítí z pohledu analyzovaných trestních spisů za rok 2015, zdaleka převažovala protiprávní jednání spojená s Facebookem (zhruba 27 %), zneužívání jiných sociálních sítí bylo v posuzovaných věcech jen občasné (4 %).

Stejný trend potvrdili i respondenti v rámci dotazníkového šetření, kteří měli zkušenosti se zneužíváním sociálních sítí zejména v případech Facebooku a dále též Messengeru.³⁵ Zhruba 80 % všech respondentů používalo v roce 2020* nějakou sociální síť, z toho 7 % (377 osob) mělo zkušenost s (pravděpodobným) napadením jejich účtu v uvedeném období, z toho 36 % zřejmě opakovaně. Celkem 250 osob hovořilo o napadení jejich účtu na Facebooku, 19 osob o účtu v Messengeru.³⁶ Statisticky významně často měly zkušenost s napadením svého profilu na sociální síti ženy, osoby mladší 29 let a osoby s pouze základním vzděláním.

Povědomí o útočnickovi mělo pouze 16 % napadených respondentů (59 osob), častěji to věděli muži, zatímco ženy naopak nikoliv. Opět označovali především stávající i bývalé

³⁴ Zde i na jiných místech měli respondenti možnost vybrat více odpovědí, pokud se vzájemně nevylučovaly.

³⁵ Messenger, dříve navázaný na účet uživatele na Facebooku, slouží jako komunikační platforma podobná aplikaci WhatsApp.

³⁶ Účty na Facebooku a Messengeru mohou splývat, nicméně respondenti byli tázáni ohledně incidentu, který oni sami považují za nejzávažnější.

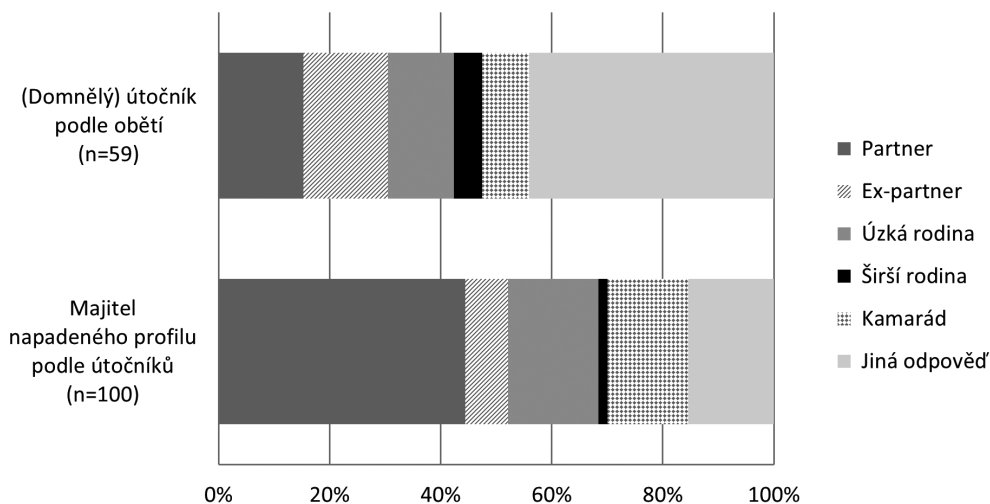
partnery a osoby z úzkého rodinného kruhu (15, 15 a 12 %). Častěji se u sociálních sítí objevil v pozici (domnělého) útočníka i kamarád.

U domnělého způsobu získání přístupu dominovalo z pohledu napadených respondentů uhádnutí přihlašovacích údajů (24 % napadených), dále použití zařízení napadeného respondenta s otevřenou příslušnou aplikací či účtem (7 %), ovšem i zde řada respondentů poskytla své přihlašovací údaje útočníkovi z vlastní vůle (5 %). V rámci otevřených odpovědí uvedlo zhruba 15 % napadených respondentů, že jejich účet někdo „hacknul“.

Napadení respondenti věděli především o vložení obsahu na jejich profil a/nebo převzetí jejich identity³⁷ (37 %). Útočníci měli také často měnit přihlašovací údaje, potažmo zamezit přístupu oprávněného uživatele (23 %). Dále mazali a stahovali si nějaký obsah (9 a 7 %). Nejjistější si byli ohledně formy zneužití jejich účtu respondenti mladší 29 let. Kupodivu v případě neoprávněných přístupů na cizí profily na sociálních sítích hrála z pohledu napadených hlavní roli majetková motivace (15 %). Následuje pouhá zvědavost (11 %). Významný podíl zaujímá souhrnně virtuální násilí – žárlivost, stalking, osobní nenávisť a nesnášenlivost obecně považovalo za hlavní motivaci celkem 30 % napadených.

V rámci self-reportové části dotazníku byli respondenti dotázáni, zda použili něčí účet na sociální síti bez výslovného svolení jeho majitele. V roce 2020* tak učinilo 100 osob (2 % všech respondentů), z toho 86 % použilo jen jeden účet jedné osoby. Opět šlo především o Facebook a Messenger (75 a 18 %).

(Neoprávněně) navštívené účty patřily převážně stávajícím partnerům a osobám z úzkého rodinného kruhu (52 a 19 %),³⁸ jen v několika případech bývalému partnerovi (9 %). Naopak celých 17 % vypovědělo o neoprávněném přístupu k účtu kamaráda.



Graf č. 2: Aktéři neoprávněného vstupu do profilu na sociální síti

³⁷ Typicky např. odeslání zprávy jejich jménem.

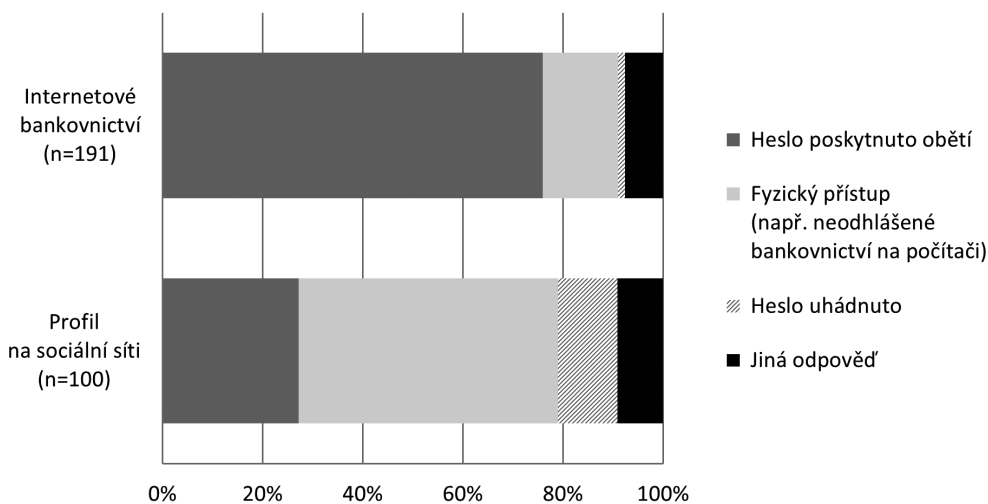
³⁸ Statisticky významně často tak odpovídaly ženy – ty mnohdy přistupovaly na profily svých potomků. V takových případech dost dobře nelze (ne)oprávněnost přístupů dovozovat bez dalšího (např. znalosti věku dohlížené osoby, resp. její rozumové a volní vyspělosti).

Na rozdíl od domněnek napadených respondentů hovořili respondenti-pachatelé převážně o získání přístupu díky použití zařízení napadené osoby, na kterém byl daný profil či účet přihlášený (57 %). Ve třetině případů (30 %) znali útočníci přihlašovací údaje od samotné napadené osoby³⁹ a pouze ve 13 % je uhádli.

Během přístupu bez výslovného svolení majitele účtu si respondenti zdaleka nejčastěji prohlíželi obsah (78 %). Případně si nějaký obsah stáhli (14 %), smazali nebo vložili vlastní (shodně 9 %). Statisticky významně často si obsah prohlížely osoby ve věku 30–44 let. Tomu odpovídá i motivace uváděná respondenty navštěvujícími cizí účty, a to převážně zvědavost (68 %), o peníze šlo pouze u 10 % případů. K dalším častějším pohnutkám patřila zábava/žert a žárlivost.

5. De lege ferenda

Na jedné straně máme právní úpravu, která postihuje jakýkoliv neoprávněný přístup k online účtu, ať už půjde o internetové bankovníctví, profil na sociální síti či jiný účet.⁴⁰ Podstatná je neoprávněnost přístupu určená překonáním překážky, a to i v případě, že dotyčný „má klíč“ (zná přihlašovací údaje). Zejména, když ona překážka chrání soukromý prostor či obsah, o čemž lze v případě internetového bankovníctví a profilu na sociální síti pochybovat jen výjimečně.⁴¹



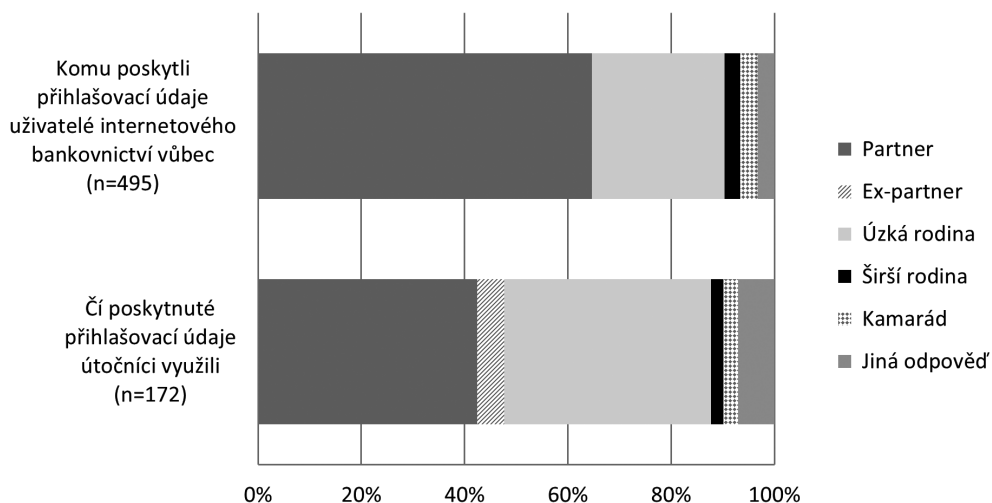
Graf č. 3: Získání přístupu k napadenému účtu podle útočníků

³⁹ 63 % bylo požádáno o nějakou jednorázovou aktivitu (např. posílání zprávy), 40 % spravovalo daný profil trvale (nicméně i tito zde odpovídali výlučně ohledně přístupu bez výslovného svolení majitele daného účtu).

⁴⁰ Zejména emailový.

⁴¹ I zcela veřejně přístupný profil na sociální síti k sobě může mít např. navázané soukromé zprávy. Na druhou stranu nelze pominout, že většina online účtů vyžaduje přihlášení prostřednictvím přihlašovacích údajů bez ohledu na to, zda o to uživatel stojí, či nikoliv. Samotná existence bezpečnostního opatření tedy nemusí vypovídat o snaze uživatele zabránit neoprávněnému přístupu.

Na straně druhé leží každodenní praxe mnoha uživatelů, kteří dobrovolně sdílejí své přihlašovací údaje, včetně přístupu k internetovému bankovníctví. V nezanedbatelném množství případů pak zakouší neoprávněný přístup k jejich účtům i sami neoprávněně přistupují k účtům cizím, byť si mnohdy pouze ze zvědavosti prohlédnou určitý obsah.⁴² Lze se přitom domnívat, že řada takových uživatelů si není vůbec vědoma, že se dopustili či by se mohli dopustit protiprávního jednání.⁴³



Graf č. 4: Sdílení přihlašovacích údajů k internetovému bankovníctví

Je tedy zřejmé, že obsah právní normy vtělený do § 230 odst. 1 tr. z. neodpovídá přilehlavě sociální realitě (přínejmenším v této oblasti). Nelze samozřejmě volat po zrušení skutkové podstaty trestného činu krádeže s odůvodněním, že řada osob krade, a jde tedy o „normální“ jednání. Stejně tak by nemělo smysl volat po zrušení skutkové podstaty § 230 odst. 1 tr. z. pouze s odůvodněním, že některé osoby se takového jednání dopouštějí (koneckonců by v podobném duchu ztratil opodstatnění celý trestní zákon). Namísto je však zamyšlení, zda je pro společnost vůbec žádoucí postihovat prostředky trestního práva jednání, které často z pozice aktérů na obou stranách není vůbec chápáno jako protiprávní, natož trestné. Naopak je docela dobře možné, že oběti přínejmenším některých oblastí kyberkriminality si v řadě případů ani nepřejí trestněprávní postih útočníka, třeba z důvodu přetrvávajícího vztahu, absence negativních dopadů atp.⁴⁴ Navíc ani zákonodárce

⁴² Koneckonců i „pouhé“ prohlédnutí si obsahu však může představovat významný zásah do soukromí.

⁴³ Domněnka vychází z analýzy trestních spisů, rozhovorů s experty i řady kurzů bezpečného chování online vedených autorkou.

⁴⁴ Ilustraci budí nizozemský projekt zabývající se šířením intimních snímků mladých obětí bez jejich souhlasu. Mimo jiné se zde ukázalo, že oběti by před trestním sankcionováním pachatele daly přednost tomu, aby byla pachateli uložena povinnost absolvovat osvětový kurz zaměřený na dopady daného jednání na oběti. Blíže k metodologii výzkumu a jeho výsledkům viz projekt @ntidote a program 3. dne (22. listopadu 2022) konference Human Factor in Cybercrime (2022), abstrakt vystoupení A. Gilen, C. Van de Heyning a M. Walrave. The Non-consensual Dissemination of Intimate Images (NCII): Victims' Rationales behind not Reporting This Crime and Their Perspective on How to Legally Conserve NCII. Viz BELSPO BRAIN-be 2.0. @ntidote. [cit. 2023-01-26]. Dostupné z: <<https://www.antidoteproject.be>>; a HFC CONFERENCE (2022). HFC conference. [cit. 2023-01-08]. Dostupné z: <<https://www.hfc-conference.com>>.

sám nepovažoval za nutné či vhodné uvést jiný důvod stávající právní úpravy než mezinárodní závazky.⁴⁵

Za zvážení proto stojí jiná cesta, která by omezila erozi právní normy plynoucí z jejího nepochopení, neznalosti a nedodržování. Takovou, která by zároveň zohlednila i skutečnost, že některé oblasti kyberkriminality vyžadují značné úsilí ze strany (všech) orgánů činných v trestním řízení k jejímu odhalení, vyšetření a odsouzení, zatímco „řešení“ daného jednání ze strany samotného napadeného uživatele může být výrazně rychlejší, efektivnější i preventivní. Nízkému zájmu napadených osob na řešení značné části útoků prostřednictvím orgánů činných v trestním řízení odpovídá i vysoká latence takového jednání – na policii se v roce 2020* obrátilo kvůli neoprávněnému přístupu do jejich internetového bankovníctví pouhých 15 % napadených respondentů, v případě účtů na sociálních sítích to bylo dokonce jen 5 %.⁴⁶

5.1 Částečná dekriminalizace

Z důvodů výše uvedených se nabízí zvážení částečné dekriminalizace, respektive legislativní úprava § 230 odst. 1 tr. z.⁴⁷ Již několikrát zmíněné mezinárodní závazky ponechávají si sice v tomto směru jen relativně malé možnosti, nicméně určitý prostor zde je.

Předně se podívejme na Úmluvu. V článku 2 vyžaduje kriminalizaci úmyslného neoprávněného přístupu⁴⁸ k počítačovému systému nebo jeho části, přičemž trestnost lze podmínit porušením bezpečnostních opatření, úmyslem získat počítačová data nebo jiným nečestným úmyslem nebo jednáním ve vztahu k počítačovému systému, který je spojen s jiným počítačovým systémem.

Úmluva – článek 2 – Nezákonný přístup

„[...] aby [...] byl trestným činem, pokud je spáchán úmyslně, neoprávněný přístup k celému počítačovému systému nebo jeho jakékoli části. Strana může stanovit, že bude považovat tento čin za trestný, jen pokud je spáchán porušením bezpečnostních opatření, s úmyslem získat počítačová data nebo s jiným nečestným úmyslem, nebo ve vztahu k počítačovému systému, který je spojen s jiným počítačovým systémem.“

Stávající právní úprava v ustanovení § 230 odst. 1 tr. z. zmiňuje toliko překonání bezpečnostních opatření. V úvahu proto připadá dekriminalizace úpravou subjektivní a/nebo objektivní stránky základní skutkové podstaty § 230 odst. 1 tr. z. vložení dalšího znaku.

Jedním takovým znakem může být v souladu s čl. 2 Úmluvy „úmysl získat počítačová data nebo jiný nečestný úmysl“, tedy znění např.: „Kdo překoná bezpečnostní opatření s úmyslem získat počítačová data nebo s jiným nečestným úmyslem, a tím neoprávněně

⁴⁵ VLÁDA ČR. *Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., trestní zákoník*. 25. 2. 2008.

⁴⁶ Několik dílčích poznatků ohledně latence různých typů online útoků je dostupných prostřednictvím tiskové zprávy ze zasedání Republikového výboru pro prevenci kriminality z května roku 2021 v její příloze č. 1 nazvané *Kybernetická kriminalita v ČR z kriminologické perspektivy – IKSP*, viz MINISTERSTVO VNITRA ČESKÉ REPUBLIKY. *Tisková zpráva ze zasedání Republikového výboru pro prevenci kriminality*. Květen 2021 [cit. 2023-01-08]. Dostupné z: <<https://www.mvcr.cz/clanek/tiskova-zprava-ze-zasedani-republikoveho-vyboru-pro-prevenci-kriminality-713175.aspx>>, příloha č. 1, s. 5.

⁴⁷ Záměrně vztahujeme úvahu k první základní skutkové podstatě § 230 tr. z. uvedené v odstavci 1 – neoprávněnému přístupu, a nikoliv zároveň ke druhé základní skutkové podstatě uvedené v odstavci 2, který se již věnuje různým formám neoprávněné manipulace s daty.

⁴⁸ Úmluva výraz „neoprávněný přístup“ blíže nespecifikuje.

získá přístup k počítačovému systému nebo k jeho části, bude potrestán [...].“ Z uvedené formulace by zároveň z hlediska jazykového výkladu vyplývalo, že i samotný úmysl získat počítačová data by musel být nečestný (srov. „*nebo s jiným nečestným úmyslem*“), a tak by tato skutková podstata nedopadala bez dalšího automaticky na řadu jednání, jejichž (ne)oprávněnost je sama o sobě diskutabilní – typicky např. sledování facebookového profilu rodiči.

Dalším dekriminalizujícím znakem by mohlo být z hlediska Úmluvy spojení napadeného počítačového systému nebo jeho části s jiným počítačovým systémem,⁴⁹ které bychom ovšem ponechali stranou. Především proto, že jednání, o jejichž dekriminalizaci zde uvažujeme, se v drtivé většině odehrávají online, tedy v rámci propojených počítačových systémů. „Dekriminalizace“ přidáním znaku propojených počítačových systémů nebo jejich částí by proto fakticky žádnou dekriminalizací nebyla. Zároveň se nedomníváme, že „nepropojenost“ počítačového systému či jeho části s jiným počítačovým systémem neznamena bez dalšího jeho menší význam, potažmo nesnižuje závažnost neoprávněného přístupu k němu.

Směrnice uvádí v čl. 2 písm. d) definici „neoprávněného“ jednání, kam zařazuje mimo jiné přístup, který není povolen majitelem (či jiným držitelem práv k systému nebo k jeho části), a v čl. 3 upravuje regulaci neoprávněného přístupu.

Směrnice – článek 3 – Neoprávněný přístup k informačním systémům

„[...] aby [...] je-li spáchán úmyslně, byl trestným činem, je-li tím porušeno bezpečnostního opatření, a to alespoň tehdy, pokud se nejedná o méně závažný případ.“

Směrnice je oproti Úmluvě mírnější, neboť na rozdíl od ní vyžaduje pro kriminalizaci neoprávněného přístupu kumulativní splnění podmínky úmyslu a porušení bezpečnostního opatření, kdežto Úmluva pouze umožňuje zavázaným státům zmírnit kriminalizaci přidáním podmínky porušení bezpečnostního opatření. Směrnice oproti Úmluvě zároveň předpokládá, že půjde o nikoli méně závažný případ neoprávněného přístupu. Jinými slovy nepožaduje kriminalizaci méně závažných případů.

Při zohlednění Směrnice i Úmluvy by tak bylo možno běžným legislativním procesem upravit znění skutkové podstaty v § 230 odst. 1 tr. z. tak, aby nedopadalo na úmyslný neoprávněný přístup k počítačovému systému (či nosiči informací) či jeho části, při němž sice bylo porušeno bezpečnostní opatření, ale je méně závažný a chybí u něj nečestný úmysl (včetně získání počítačových dat s nečestným úmyslem).⁵⁰ Pakliže by zákonodárce nechtěl použít široký pojem „nečestný úmysl“, inspiraci lze nalézt např. v úmyslu způsobit jinému škodu nebo jinou újmu nebo získat sobě nebo jinému neoprávněný prospěch [nyní odst. 3 písm. a) tr. z.], v úmyslu neoprávněně omezit funkčnost počítačového systému nebo jiného technického zařízení pro zpracování dat [nyní odst. 3 písm. b) tr. z.], v zavrženíhodné pohnutce, v úmyslu narušit soukromí dítěte atp.

Nutno podotknout, že výraz „*získat počítačová data*“ lze v širším významu vykládat jako jakékoliv jejich zpřístupnění pro sebe, tedy včetně pouhého přečtení či prohlédnutí. Dekriminalizaci by naproti tomu odpovídal užší význam získání dat, a to zajištění si

⁴⁹ Nemuselo by tak jít pouze o síťové propojení (typicky internetem, ale i jakoukoliv jinou sítí – např. uzavřenou firemní), ale de facto propojení jakýchkoliv dvou prvků – tedy např. i přímé spojení dvou zařízení.

⁵⁰ V převážně většině případů zřejmě bude menší závažnost jednání dána již samotnou absencí nečestného úmyslu, nicméně nemusí tomu tak být vždy.

možnosti manipulace s daty – tzn. jejich okopírování, zjednaní přístupu pro pozdější využití atp. Pouhé přečtení či prohlédnutí dat by tak nebylo jejich „získáním“, a zároveň by ještě nenaplnilo základní skutkovou podstatu uvedenou v odst. 2 § 230 tr. z.

Za pozornost stojí i úvaha nad zúžením znaku „překonání bezpečnostního opatření“, tedy nějaké překážky mající za úkol zabránit neoprávněnému jednání. Zatímco tr. z. používá výraz „překonání“, Úmluva i Směrnice mluví o „porušení“ bezpečnostního opatření.⁵¹ Úmluva v anglické verzi používá výraz „*infringing security measures*“, ve francouzské verzi „*en violation des mesures de sécurité*“. Adekvátním překladem je v obou případech „porušení bezpečnostních opatření“ (samotný rozdíl v použití singuláru a plurálu zde nehraje velkou roli). Zároveň obvykle nepřichází v úvahu výraz „překonání“,⁵² lze se tedy domnívat, že zákonodárce zvolil slovo „překonání“ namísto „porušení“ záměrně. Oba výrazy se částečně významově liší, když „překonat“ evokuje typicky překonání překážky, těž ale např. ovládnutí, nabytí moci, zdolání, tedy určité přemožení – v kontextu neoprávněného přístupu přemožení autentizačního systému, včetně případů použití správného hesla.⁵³ Naproti tomu „porušit“ odkazuje významově více k poškození.⁵⁴ S použitím správného hesla sice bezpečnostní opatření překonávám, ale neporušuji. Ono „porušení“ znamená už nějaký zásah do systému. O nezákonnosti vniknutí v podobě úpravy zdrojového kódu daného systému není pochyb. Nicméně „porušením“ by bylo např. i použití softwarového prolamovače hesel,⁵⁵ ba i prosté uhádnutí hesla bez předchozí znalosti. Někdo by snad namítl, že „porušení“ v trestním zákoně znamená i prosté seznámení se s jinak nedostupným obsahem, viz § 182 tr. z., porušení tajemství dopravovaných zpráv.⁵⁶ Zde však hovoříme o samotném přístupu, nikoliv o následné aktivitě.⁵⁷

Z hlediska trestního řízení by bylo namístě uvažovat o zařazení skutkové podstaty § 230 odst. 1 tr. z. mezi trestné činy, pro které lze zahájit a v již zahájeném trestním stíhání pokračovat pouze se souhlasem poškozeného dle § 163 odst. 1 zák. č. 141/1961 Sb., trestní řád (dále jen tr. ř.). A to zejména s ohledem na relativně četný výskyt neoprávněného přístupu do internetového bankovníctví i k sociálním sítím osobami v poměru rodinném či obdobném.⁵⁸ Procesněprávní normy nejsou předmětem tohoto článku, nicméně považujeme za vhodné tuto variantu pro úplnost uvést.

⁵¹ Příklad do češtiny uvádí na svém webu sama Rada Evropy, viz RADA EVROPY. *Council of Europe – Convention on Cybercrime (ETS No. 185) – Translations*. [cit. 2023-01-17]. Dostupné z: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/-/council-of-europe-convention-on-cybercrime-ets-no-185-translations>>. Směrnice coby právní dokument EU má vlastní oficiální znění i v češtině.

⁵² Různé slovníky se do jisté míry rozcházejí, nicméně z hlediska použití slova „porušení“ a absence slova „překonání“ se v překladech shodují. Viz např. OHEROVÁ, J. S. *Anglicko-český právní slovník*. 4. vydání. Praha: LINDE, 2010, s. 261; TOMÁŠEK, M. *Čtyřjazyčný právní slovník*. Antwerpen: MAKLU Uitgevers, 1997, s. 352; FRONEK, J. *Velký anglicko-český slovník*. Praha: LEDA, 2006, s. 791; nebo DeepL SE. *DeepL*. Dostupné z: <<https://www.deepl.com/translator>>.

⁵³ Dotyčný „vyzraje“ na systém, který nepředpokládá znalost hesla u nikoho jiného než oprávněného uživatele.

⁵⁴ ÚSTAV PRO JAZYK ČESKÝ AKADEMIE VĚD ČR. *Internetová jazyková příručka*. [cit. 2023-01-17]. Dostupné z: <<https://prirucka.ujc.cas.cz>>. Bliže k tomu viz zde dostupný Slovník spisovné češtiny a Slovník spisovného jazyka českého, výrazy „porušit“ a „překonat“.

⁵⁵ Tzv. brute-force útok, např. slovníkový útok (snaha získat přístup zkoušením všemožných slovních kombinací).

⁵⁶ ŠÁMAL, P. Komentář k § 182. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník II: Zvláštní část (§ 140–421)*, s. 1809.

⁵⁷ Při vstupu na cizí online účet nepochybně přichází v úvahu použití skutkové podstaty § 183 tr. z., porušení tajemství listin a jiných dokumentů uchovávaných v soukromí, nikoliv však nutně. Pachatel by musel zjištěný obsah nějakým způsobem „použít“, což zřejmě nezahrnuje prosté seznámení se s ním. K „použití“ obsahu viz např. ŠÁMAL, P. Komentář k § 183. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník II: Zvláštní část (§ 140–421)*, s. 1823.

⁵⁸ Obdobný návrh se již objevil např. v souvislosti s etickým hackingem, viz HLAVÁČOVÁ, K. Institut svolení poškozeného a etický hacking. *Trestněprávní revue*. 2018, č. 3, s. 53.

6. Prevence

Při pokračování stávající kriminalizace veškerých neoprávněných přístupů k informačním systémům v nezměněné podobě dost dobře nelze zamezit výše zmíněnému nesouladu mezi sociální realitou a požadavky právní normy. V banálních případech se lze sice dovolat materiálního korektivu v podobě zásady subsidiarity trestní represe a principu ultima ratio (§ 12 odst. 2 tr. z.) v duchu *minima non curat praetor* – o drobné záležitosti se praetor nestará.⁵⁹ Nelze však pominout náklady spojené být jen se zahájením a ukončením trestního řízení (zejména personální a časové).

Uvedený nesoulad vyplývá u řady osob z neznalosti právní normy a i případná dílčí dekriminalizace by ho pouze částečně omezila. Zmírnění by proto mohla přinést do jisté míry i vhodně realizovaná osvěta. V ideálním případě s takovým účinkem, aby povědomí o nezákonnosti neoprávněného přístupu k online účtu někoho jiného bylo tak samozřejmé jako např. povědomí o nezákonnosti krádeže.⁶⁰

Primární prevence by se tak měla zaměřit zejména na potenciální pachatele. Cílem je informovanost o nezákonnosti neoprávněného přístupu, potažmo odrazení od neoprávněného přistoupení k cizímu online účtu.

Naproti tomu sekundární prevence by měla zacílit na ohrožené skupiny obětí. Podrobnější rysy obětí různých typů online deliktů se sice stále hledají,⁶¹ obecně však můžeme hovořit o známých skupinách – především senioři a děti/dospívající. Překvapivě by ovšem měly být zahrnuty i osoby v partnerském vztahu, vzhledem k jejich nejčastějšímu aktérství na obou stranách. Osvěta by se měla zaměřit na ochranu vlastních přihlašovacích údajů, a to zejména jejich nesdílení s dalšími osobami a nepoužívání stejných hesel na různých místech.⁶²

Mohlo by se zdát, že terciární prevence zde nenajde příliš uplatnění (protože pachatelé již vědí o nezákonnosti svého jednání a oběti jsou viktimizací motivované pro příště své účty lépe chránit). V nezanedbatelném množství případů však dochází k reviktimizaci, a to i v rámci jediného roku, jak ukázalo dotazníkové šetření (viz výše). Terciární prevence by tak měla učit oběti lepším bezpečnostním online návykům souvisejícím s jejich napadením.

Shrnutí

Článek vychází z výzkumného úkolu IKSP Posouzení trendů kyberkriminality. Čerpá především z dotazníkového šetření ohledně zkušeností českých uživatelů internetu ve věku 16–74 let v roce 2020* a analýzy trestních spisů vedených o počítačových trestných činech, pro něž byl pachatel pravomocně odsouzen v roce 2019. Byla použita kombinace metod kvantitativního i kvalitativního výzkumu, včetně analýzy právních dokumentů.

⁵⁹ ŠÁMAL, P. Komentář k § 12. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník I: Obecná část (§ 1–139)*, s. 120. V procesní rovině by pravděpodobně v řadě takových případů přicházelo v úvahu i zastavení trestního stíhání s tím, že účelu trestního řízení bylo již dosaženo [§ 172 odst. 2 písm. c) tr. ř.].

⁶⁰ Takže by stačila zcela hrubá představa bez zvláštních technických znalostí nad rámec běžných uživatelských schopností.

⁶¹ Typologie obětí kyberdeliktů bude čítat zřejmě desítky typů. Informace k významnému aktuálně probíhajícímu projektu v tomto směru zazněly na již zmíněné konferenci Human Factor in Cybercrime (2022), viz abstrakt vystoupení S. van 't Hoff-de Goede, A. Moneva a R. Leukfeldt nazvaného *Examining Risk Profiles for Cybercrime Victimization*. Viz HFC CONFERENCE (2022). *HFC conference*.

⁶² Další doporučené bezpečnostní prvky jako síla hesla už patří do relativně běžného povědomí.

Analýza trestních spisů poskytla východisko pro zde uvedené úvahy i realizaci dotazníkového šetření. To mimo jiné naznačilo, že osoby ve věku 16–29 let představují do jisté míry specifickou skupinu.⁶³ Latence zjišťovaných jednání online je sice značná (dosahuje až 99 %), přesto lze usuzovat na určitý stav. Ve zde sledovaných oblastech poskytlo odpovědi 199 obětí a 86 útočníků ohledně neoprávněného přístupu k internetovému bankovníctví a 377 obětí a 100 útočníků ohledně neoprávněného přístupu k profilům na sociálních sítích. Ve významném množství případů byli aktéry na obou stranách partneři, případně osoby z úzkého rodinného kruhu. Často byly využity k neoprávněnému přístupu přihlašovací údaje, které dříve poskytly útočníkům samy oběti.

Současné znění § 230 odst. 1 tr. z. se z hlediska výkladu i judikatury vztahuje také na neoprávněný přístup k online účtu chráněnému heslem, včetně případů, kdy pachatel heslo zná. Vychází z mezinárodních závazků – Úmluvy a Směrnice. Ty sice vyžadují kriminalizaci úmyslného neoprávněného přístupu po porušení bezpečnostních opatření, nicméně ponechávají i určitý prostor pro zúžení kriminalizace, který český zákonodárce zcela nevyužil. Jde zjednodušeně např. o přidání znaku nikoli menší závažnosti a znaku nečestného úmyslu. K tomu se přidává i do jisté míry se odchylicí překlad, když Směrnice i Úmluva hovoří o „porušení“ bezpečnostních opatření, zatímco pro naplnění skutkové podstaty § 230 odst. 1 tr. z. stačí i jejich „překonání“.

Část neoprávněných přístupů k online účtům by tak bylo možné a žádoucí v souladu s mezinárodními závazky dekriminalizovat změnou znění § 230 odst. 1 tr. z. např. na *„Kdo poruší bezpečnostní opatření s úmyslem získat počítačová data nebo s jiným nečestným úmyslem, a tím neoprávněně získá přístup k počítačovému systému nebo k jeho části, bude potrestán [...]“*

Při dekriminalizaci i zachování stávající kriminalizace neoprávněného přístupu k online účtu se jeví jako žádoucí osvěta zaměřená na jedné straně na nezákonnost takového jednání (cílicí na potenciální pachatele), na straně druhé pak na základní bezpečnostní návyky, konkrétně především nesdílení přihlašovacích údajů s dalšími osobami, byť těmi nejbližšími (cílená na potenciální oběti, pro online prostředí neobvykle s důrazem na osoby v partnerském vztahu, nejen seniory a děti/dospívající).

Závěr

Z obsahu článku je zřejmě patrné, že za nejvhodnější řešení napětí mezi sociální realitou a trestní normou jednoznačně považujeme částečnou dekriminalizaci § 230 odst. 1 tr. z. Legislativní proces však představuje nesnadnou cestu, zvláště když aktuální stav není tak palčivý jako řada jiných otázek a společenských problémů.

O to větší důraz by měl být kladen na osvětu, zejména zaměřenou na potenciální oběti a budování základních bezpečnostních návyků v online prostředí vůbec. Měla by mezi ně patřit i schopnost vypořádat se vlastními silami s neoprávněným přístupem: zabezpečit samotný účet (typicky změnou přihlašovacích údajů), informovat osoby, kterých se neoprávněný přístup mohl dotknout, zálohovat důležité obsah atd. Důvodem vybízení k osvětě je i praktické hledisko, neboť zabezpečení svých online účtů může docílit nejlépe sám uživatel vlastními silami a s minimálními náklady (finančními, časovými i znalostními).

⁶³ Pravděpodobně v důsledku vyšší orientace v online prostředí a zároveň vyšší důvěry vůči ostatním osobám ve vztahu k online prostředí, nicméně to je pouze domněnka.

Osvěta se také oproti právní dekriminalizaci vyhýbá posouzení (ne)oprávněnosti přístupu. Nemusí se zabývat spornými případy, kdy např. rodič dohlíží na profil svého dospívajícího potomka na sociální síti bez jeho souhlasu. Podobně jako případy, kdy je heslo natolik zřejmé a evidentní, že ačkoliv ho jiná osoba nezná, okamžitě jej bez jakéhokoliv úsilí uhodne. A nakonec ani těmi, kdy si neoprávněně přistupující osoba pouze prohlédne nějaký obsah, avšak pro oběť to představuje výrazný zásah do jejího soukromí.

Zde uvedené údaje mají samozřejmě svá omezení. Údaje z analýzy trestních spisů zachycují pouze malou část skutečných jednání (samotné orgány činné v trestním řízení se dozví pravděpodobně nejvýše o čtvrtině z nich, pouze část pachatelů se podaří identifikovat a ještě menší podíl obžalovat, natož odsoudit). Dotazníkové šetření naproti tomu zachycuje pouze ty informace, které byli respondenti ochotni sdělit (limit především u self-reportu).⁶⁴ Přesto se domníváme, že jejich vypovídací hodnota je nezanedbatelná, a to i s ohledem na fakt, že při zohlednění velikosti obou výzkumných souborů se poznatky z nich poměrně shodují. Další analýzy se zaměří na případnou souvislost mezi aktérstvím na kterékoliv straně jednání a viktimizacemi různým jednáním, dále též na vztah mezi bezpečnostními návyky a viktimizací vůbec.

Online prostředí představuje rychle se vyvíjející oblast, kterou se daří jen pozvolna zachycovat výzkumným úsilím napříč sociálněvědními obory, natož prostředky trestního práva. Zatímco některé instituty zůstávají neměnné bez ohledu na online či offline prostředí (typicky význam skutečně soukromého prostoru), jiné doznávají výrazných změn – např. kvazisoukromý prostor v podobě veřejného profilu na sociální síti. Zároveň se přítomnost v online prostředí stala samozřejmou součástí každodenní reality a nezdá se, že by měl její význam ustoupit. Je proto namístě zamyslet se nad vhodnou právní regulací tak, aby kyberprostor nebyl zbytečně svázán nedodržovanými právními normami, ale ani „Divokým západem“.

⁶⁴ Zároveň referovaná jednání nemusí nutně bez dalšího naplňovat skutkovou podstatu § 230 odst. 1 tr. z.

Ku vzťahu Aktu o digitálnych trhoch a súťažného práva

Simona Rudohradská* – Regina Hučková**

Abstrakt: Príspevok sa zaoberá novoprijatým Aktom o digitálnych trhoch, jeho vzťahom k súťažnému právu ako aj jeho vplyvom na súťažné právo. Právny rámec súťažného práva a štandardné nástroje súťažného práva doposiaľ slúžili vo viacerých prípadoch ako nástroj pre postihovania praktík online platforiem, ktorých konanie vykazovalo určité digitálne špecifiká v nadväznosti na trhovú silu týchto subjektov. Nakoľko predmetom nariadenia je prispievať k správne fungovaniu vnútorného trhu stanovením harmonizovaných pravidiel, ktorými sa pre všetky podniky zabezpečia súťažeschopné a spravodlivé trhy digitálneho sektora v celej Únii, je zrejmé, že sa bude prelínať s problematikou hospodárskej súťaže. Hlavným cieľom príspevku je skúmať a aproximovať základné črty vzťahu medzi Aktom o digitálnych trhoch a súťažno-právnou reguláciou a objasniť vplyv na piliere súťažného práva.

Kľúčové slová: súťažné právo, Akt o digitálnych trhoch, online platformy, strážcovia prístupu, ne bis in idem

Úvod

Návrh nariadenia Akt o digitálnych službách¹ a návrh nariadenia Akt o digitálnych trhoch² boli zverejnené Európskou komisiou dňa 15. decembra 2020 spoločne ako balík právnych aktov. Oba uvedené návrhy nariadení boli (a sú) súčasťou legislatívnej iniciatívy v rámci druhej súčasnej priority Európskej komisie – Európa pripravená na digitálny vek. Medzičasom sa uvedené návrhy nariadení stali predmetom odborných diskusií a prešli riadnym legislatívnym postupom. Akt o digitálnych trhoch nadobudol „plnú“ účinnosť dňa 25. júna 2023³ a Akt o digitálnych službách sa bude v plnom rozsahu uplatňovať od 17. februára 2024.⁴ Stretávame sa s konštatovaním, že predmetná regulácia je

* Mgr. Simona Rudohradská, PhD., odborná asistentka, katedra obchodného a hospodárskeho práva, Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. E-mail: simona.rudohradska@upjs.sk. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6711-2141>.

** Doc. JUDr. Regina Hučková, PhD., docentka, katedra obchodného a hospodárskeho práva, Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. E-mail: regina.huckova@upjs.sk. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4731-0770>. Tento príspevok bol podporený Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-19-0424 *Inovatívna obchodná spoločnosť: vnútrokorporátne premeny, digitálne výzvy a nástup umelej inteligencie* a zmluvy č. APVV-21-0336 *Analýza súdnych rozhodnutí metódami umelej inteligencie*.

1 Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o jednotnom trhu s digitálnymi službami (Akt o digitálnych službách) a o zmene smernice 2000/31/ES, COM/2020/825 final.

2 Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora (Akt o digitálnych trhoch), COM/2020/842 final.

3 Podľa článku 54 Aktu o digitálnych trhoch „[t]oto nariadenie nadobúda účinnosť dvadsiatym dňom nasledujúcim po jeho uverejnení v Úradnom vestníku Európskej únie. Uplatňuje sa od 2. mája 2023. Článok 3 ods. 6 a 7 a články 40, 46, 47, 48, 49 a 50 sa však uplatňujú od 1. novembra 2022 a články 42 a 43 sa uplatňujú od 25. júna 2023. Ak je však dátum uplatňovania uvedený v druhom pododseku tohto článku neskôr ako 25. júna 2023, uplatňovanie článkov 42 a 43 sa odkladá do dňa uplatňovania uvedeného v druhom pododseku tohto článku.“

4 Podľa článku 93 Aktu o digitálnych službách „[t]oto nariadenie nadobúda účinnosť dvadsiatym dňom nasledujúcim po jeho uverejnení v Úradnom vestníku Európskej únie. 2. Toto nariadenie sa uplatňuje od 17. februára 2024. Článok 24 ods. 2, 3 a 6, článok 33 ods. 3 až 6, článok 37 ods. 7, článok 40 ods. 13, článok 43 a kapitola IV oddiely 4, 5 a 6 sa však uplatňujú od 16. novembra 2022.“

podobná napríklad právnej úprave ochrany osobných údajov, známej aj ako GDPR,⁵ ktorá vo vymedzenej oblasti nastavila celosvetový štandard.⁶ Oblasť digitalizácie je v súčasnosti pod gesciou Margrethe Vestager,⁷ ktorá v predchádzajúcej formácii Európskej komisie pôsobila ako európska komisárka pre hospodársku súťaž, čo zdôrazňuje skutočnosť, že sa po prvýkrát významne prepája agenda hospodárskej súťaže s konceptom digitalizácie.

Ako uvádza *Podszun*, v predchádzajúcich obdobiach sme sa pri hospodárskej súťaži stretávali s prístupom, ktorý sa zameriaval práve na ochranu súťažiteľov, a malé a stredne veľké podniky sa zdali byť dôležitejšie ako trhové výsledky pre spotrebiteľov. Naopak Vestager uprednostňuje „ekonomickjší prístup“, ktorý má napomáhať predovšetkým spotrebiteľom benefitovať zo súťažného práva.⁸ Akt o digitálnych trhoch by mal priniesť benefity tak pre komerčných užívateľov platforiem, ako aj pre koncových užívateľov.

Prostredníctvom tohto príspevku sa pokúsime o priblíženie nedávneho vývoja regulácie zameranej (predovšetkým) na veľké online platformy, ďalej sa budeme zaoberať vzťahom nového nariadenia Aktu o digitálnych trhoch a jeho prienikom do práva hospodárskej súťaže, a to so zreteľom k jednotlivým formám nedovoleného obmedzovania hospodárskej súťaže (tj. k dohodám obmedzujúcim súťaž, zneužívaniu dominantného postavenia a kontrole koncentrácií), poukážeme na eventuálne aplikačné problémy, ktoré môže uplatňovanie Aktu o digitálnych trhoch priniesť, pričom záverom zhrnieme najrelevantnejšie poznatky. Cieľom príspevku nie je vyčerpávajúco obsiahnuť skutočne komplexnú problematiku vzťahu Aktu o digitálnych trhoch a súťažného práva, ale poukázať na z nášho pohľadu najzásadnejšie aspekty.

1. Všeobecne k regulácii v oblasti digitálnych služieb a trhov

Aj keď to nemusí tak na prvý pohľad pôsobiť a môžeme mať dojem, že nás v online priestore „obklopuje“ iba zopár veľkých online platforiem, v rámci európskeho digitálneho hospodárstva pôsobí viac ako 10 000 online platforiem. Väčšina z nich sú však malé a stredné podniky, pričom najväčší podiel celkovej vytvorenej hodnoty získava malý počet veľkých online platforiem.⁹ Tieto veľké online platformy boli aj v nadväznosti na ich konanie a praktiky, ktoré v podstate predstavujú stráženie akejsi pomyslenej brány (umožňujúcej vstup na vybrané digitálne trhy), označené ako takzvaní strážcovia prístupu. Zo strany Európskej komisie však nedošlo k explicitnému pomenovaniu zmieňovaných veľkých online platforiem. Už návrh Aktu o digitálnych trhoch obsahoval koncept úpravy vystavaný na kvalitatívnych a kvantitatívnych parametroch,¹⁰ prostredníctvom ktorých bola zadefinovaná množina online platforiem, ktoré sú označované ako strážcovia prístupu.¹¹

⁵ Skratka názvu nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov), Ú. v. EÚ L 119, 4. 5. 2016, s. 1–88.

⁶ ILICHMAN, D. Akt o digitálnych tržích aneb nová unijní regulace online prostředí. *Právní rozhledy*. 2021, roč. 29, č. 9, s. 324.

⁷ Výkonná podpredsedníčka Európskej komisie pre prioritu „Európa pripravená na digitálny vek“.

⁸ PODSZUN, R. The Digital Markets Act: What's in it for Consumers? *Journal of European Consumer and Market Law*. 2022, Vol. 11, No. 1, s. 2.

⁹ Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora (Akt o digitálnych trhoch), COM (2020) 842 final, s. 1.

¹⁰ *Ibidem*, s. 38, článok 3.

¹¹ Z pôvodného anglického *gatekeepers*, doslovné gramatické znenie je ekvivalentom pojmu vrátnici.

Aj napriek absencii výslovného pomenovania konkrétnych subjektov sa možno oprávnene domnievať, že ide o tzv. Big Tech,¹² označovaných aj skratkou GAFAM¹³ (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft).¹⁴ Na tomto mieste je potrebné zdôrazniť, že do stanovených kritérií môžu spadať aj iné subjekty, ktoré budú naplňovať zmienené parametre a uvedený výpočet platformami rozhodne nemožno vnímať ako definitívny.

Trhová sila týchto subjektov (strážcov prístupu) spočíva predovšetkým v tom, že na vymedzených trhoch disponujú veľmi stabilnou pozíciou a predstavujú akúsi bránu pre komerčných používateľov, ktorú je nevyhnutné prekonať pre vstup na príslušné trhy. Pre ilustráciu, v rámci trhu internetových vyhľadávačov je Google už stabilne subjektom s výrazným trhovým podielom predstavujúcim 92,9 %.¹⁵ Priamym konkurentom spoločnosti Google na trhu internetových vyhľadávačov je napríklad spoločnosť Bing s trhovým podielom 3,03% či Yahoo! s trhovým podielom 1,22 %.¹⁶ Spoločnosť Google bola v nadväznosti na zneužitie svojho dominantného postavenia účastníkom viacerých súťažných konaní (vnútroštátnych súťažných autorít či Európskej komisie).¹⁷

Pre úplnosť je potrebné uviesť, že v rámci digitálnej agendy však Akt o digitálnych trhoch (a taktiež aj Akt o digitálnych službách) nepredstavuje prvý legislatívny akt Európskej únie. Ako prvý legislatívny akt Európskej únie pre oblasť online platformí je označované Nariadenie európskeho parlamentu a rady (EÚ) 2019/1150 z 20. júna 2019 o podpore spravodlivosti a transparentnosti pre komerčných používateľov online sprostredkovateľských služieb (ďalej len „nariadenie 2019/1150“). Nariadenie 2019/1150 je prvou tzv. P2B reguláciou¹⁸ a zároveň prvým pokusom zaviesť horizontálnu reguláciu založenú na konkurencii prispôsobenej platformovej ekonomike.¹⁹

V odbornej spisbe sa stretávame s konštatovaním, že nariadenie 2019/1150 bolo v značnom ohľade aj modelovou reguláciou pre Akt o digitálnych službách.²⁰ V prvom rade nariadenie 2019/1150 stanovilo povinnosti pre poskytovateľov online sprostredkovateľských služieb spočívajúce v požiadavke transparentnosti, neobmedzenej dostupnosti a komplexnosti obchodných podmienok poskytovateľov online sprostredkovateľských služieb vo vzťahu ku komerčnému užívateľovi.²¹ Za druhé, nariadenie 2019/1150 založilo povin-

12 ANDERSON, J. – MARINIELLO, M. Regulating Big Tech: The Digital Markets Act. In: *Bruegel-Blogs* [online]. 16. 02. 2021. [cit. 2023-07-17]. Dostupné z: <<https://go.gale.com/ps/i.do?id=GALE%7CA652062756&sid=googleScholar&v=2.1&it=r&linkaccess=abs&issn=&p=AONE&sw=w&userGroupName=anon%7Ef3b88e4&aty=open+web+entry>>.

13 CABRAL, L. et al. *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts* [online]. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021 [cit. 2023-07-17]. Dostupné z: <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>>.

14 Ibidem.

15 Údaj aktuálny pre obdobie január 2023. Globalstats. [cit. 2023-07-17]. Dostupné z: <<https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share>>.

16 Ibidem.

17 V kontexte zneužitia dominantného postavenia rezonuje napríklad konanie vedené na Všeobecnom súde, *T-612/17 – Google a Alphabet/Komisia (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, toho času prebiehajúce odvolacie konanie na Súdnom dvore EÚ, vec vedená pod C-48/22 P.

18 Platform to Business.

19 BANIA, K. The Platform-to-Business Regulation: Taming the “Big Tech” Beast. In: *Concurrences* [online]. May 2020, No. 2, [cit. 2023-07-17]. Dostupné z: <<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2020/articles/94429>>.

20 BUSCH, Ch. – MAK, V. Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2021, Vol. 10, No. 3, s. 114.

21 Definovaný v čl. 2 ods. 1 nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2019/1150 z 20. júna 2019 o podpore spravodlivosti a transparentnosti pre komerčných používateľov online sprostredkovateľských služieb.

nosť poskytovateľovi online sprostredkovateľských služieb uvádzať hlavné parametre určujúce poradie a dôvody relatívnej dôležitosti uvedených hlavných parametrov v porovnaní s inými parametrami. Za tretie, zachovávajúc regulačnú konzistenciu, Akt o digitálnych trhoch nadväzuje na nariadenie 2019/1150 tým, že stavia na definíciách vymedzených nariadením 2019/1150, ale aj skutočnosťou, že Komisia môže ťažiť z transparentnosti, ktorú online sprostredkovateľské služby a internetové vyhľadávače musia podľa nariadenia 2019/1150 zabezpečiť pokiaľ ide o praktiky, ktoré by mohli byť podľa zoznamu povinností nezákonné, ak by sa do nich zapojili strážcovia prístupu.

2. Vzťah súťažného práva a Aktu o digitálnych trhoch

Základný regulačný rámec práva hospodárskej súťaže predstavuje čl. 101 a nasl. Zmluvy o fungovaní Európskej únie a v rámci slovenského vnútroštátneho práva je to zákon 513/1991 Zb. Obchodný zákonník odkazujúc v § 42 ods. 2 na osobitný zákon č. 187/2021 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže. Tento rámec dopĺňa a spresňuje celá rada ďalších legislatívnych aktov na úrovni práva Európskej únie, či zákonov a podzákonných právnych predpisov vo vnútroštátnom práve.²² V rámci českého vnútroštátneho právneho poriadku je problematika hospodárskej súťaže obsiahnutá tak v zákone č. 89/2012 Sb., občanský zákonník, v § 2972 a nasl., ako aj v zákone č. 143/2001 Sb., o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene niektorých zákonov. Akt o digitálnych trhoch je vo svojej podstate *ex ante* reguláciou predstavujúcou určitú nadstavbu práva hospodárskej súťaže.

Aký je teda vzťah súťažného práva a Aktu o digitálnych trhoch? V prvom rade, cieľom Aktu o digitálnych trhoch by malo byť doplnenie presadzovania práva hospodárskej súťaže.²³ Úlohou Aktu o digitálnych trhoch nie je suplovať právne záväzné pravidlá hospodárskej súťaže, ktoré sa (prírodzene) budú na dotknuté subjekty vzťahovať aj naďalej a svoje opodstatnenie pre aplikáciu na vymedzenú oblasť nestrácajú v žiadnom rozsahu. Podľa znenia Aktu o digitálnych trhoch sú ciele súťažného práva a Aktu o digitálnych trhoch rozličné, nakoľko Akt o digitálnych trhoch má „zabezpečiť, aby trhy, na ktorých pôsobia strážcovia prístupu, boli a zostali súťažeschopné a spravodlivé, nezávisle od skutočných, možných alebo predpokladaných účinkov správania určitého strážcu prístupu, na ktorého sa vzťahuje toto nariadenie, na hospodársku súťaž na danom trhu. Akt o digitálnych trhoch sa teda zameriava na ochranu iného právneho záujmu ako záujmu chráneného uvedenými pravidlami (čl. 101 a 102 ZFEÚ) a malo by sa uplatňovať bez toho, aby tým bolo dotknuté ich uplatňovanie.“²⁴ Diferenciácia Aktu od tradičného súťažného práva sa z nášho pohľadu prejavuje predovšetkým v dvoch smeroch – a to vo vzťahu k špecifickým subjektom, na ktoré sa Akt o digitálnych trhoch sektorovo a výlučne vzťahuje (tzv. strážcovia prístupu), a v uplatnení výhradne pre oblasť digitálnych trhov (ktoré sú v Akte bližšie špecifikované).

²² Na úrovni práva EÚ napríklad nariadenie Rady (ES) č. 139/2004 z 20. januára 2004 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi (Nariadenie ES o fúziách), Ú. v. EÚ L 24, 29. 1. 2004, s. 1–22, nariadenie Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy (t. č. čl. 101 a 102 ZFEÚ), Ú. v. EÚ L 4, 1. 2003, s. 1–25, či nariadenie Komisie (EÚ) 2023/1067 z 1. júna 2023 o uplatňovaní článku 101 ods. 3 Zmluvy o fungovaní Európskej únie na určité kategórie dohôd o špecializácii, Ú. v. EÚ L 143, 2. 6. 2023, s. 20–26, a ďalšie iné.

²³ Čl. 10 preambuly Aktu o digitálnych trhoch.

²⁴ Čl. 11 preambuly Aktu o digitálnych trhoch.

Ďalšími determinantmi odlišnosti sú predovšetkým skutočnosti vyplývajúce zo záväznej časti nariadenia, konkrétne v čl. 1 ods. 6 je uvedené, že uplatňovanie článkov 101 a 102 ZFEÚ, prípadne ďalších vnútroštátnych právnych predpisov, ktoré zakazujú praktiky spôsobilé obmedzovať hospodársku súťaž, nie je predmetným Aktom o digitálnych trhoch dotknuté. Taktiež je potrebné uviesť, že čl. 101 a 102 ZFEÚ, respektíve konania vedené podľa čl. 101 a 102 ZFEÚ slúžili okrem iného ako zdroj „inšpirácie“ pre vymedzenie praktík, ktoré sú podľa znenia Aktu o digitálnych trhoch zakázané, či pre modelovanie povinností uložených pre strážcov prístupu.²⁵ V neposlednom rade, v snahe vyhnúť sa fragmentácii vnútorného trhu podľa čl. 1 ods. 5 Aktu o digitálnych trhoch sa zakazuje členským štátom ukladať strážcom prístupu ďalšie povinnosti v kontexte zabezpečenia súťažeschopných a spravodlivých trhov vyplývajúce z pozície strážcov prístupu.

V rámci právneho poriadku Slovenskej republiky (zameriavajúc sa na súťažnú reguláciu) nedisponujeme špecifickými predpismi, či ustanoveniami týchto predpisov, ktoré by reflektovali výslovne na problematiku súťažeschopnosti digitálnych trhov. Pokiaľ však vezmeme na zreteľ právne poriadky iných členských štátov, nie je tomu všade tak. Ako vyplýva aj zo stanoviska členských štátov k Aktu o digitálnych trhoch,²⁶ viaceré členské štáty už prijali, či zvažujú prijatie zmeny legislatívy v oblasti súťažného práva zameriavajúc sa na digitálny sektor. Medzi tieto členské štáty zaraďujeme napríklad Nemecko, Rakúsko, Grécko či Taliansko.²⁷ V tomto kontexte poukazujeme napríklad na 10. novelu nemeckého zákona o ochrane hospodárskej súťaže (sekcia 19a GWB²⁸), ktorá umožňuje Bundeskartellamt²⁹ zasiahnuť skôr a účinnejšie, najmä proti praktikám veľkých digitálnych spoločností.³⁰ Súčasne možno uviesť, že predmetná regulácia vykazuje viaceré regulatorné elementy súťažného práva.³¹ Príhodné pomenovanie pre túto reguláciu uviedol Mundt,³² ktorý ho nazval ako „*súťažné právo plus*“.³³ Poukazujúc na uvedené je zrejmé, že medzi Aktom o digitálnych trhoch a súťažným právom je bezpochyby silná väzba. Na tomto mieste je vhodné zároveň uviesť, že obdobná legislatívna iniciatíva, akou je Akt o digitálnych trhoch, bola predstavená aj vo Veľkej Británii a je známa ako Digital Markets Unit.³⁴

²⁵ Uvedené potvrdzuje aj čl. 19 ods. 1 Aktu o digitálnych trhoch, ktorý stanovuje, že v rámci prieskumu trhu Európska komisia do zoznamu základných platformových služieb, prípadne do zoznamu praktík môže zaradiť ďalšie z uvedených, pričom zohľadní práve konania vedené podľa čl. 101 a 102 ZFEÚ.

²⁶ Joint Paper of the Heads of the National Competition Authorities of the European Union: How National Competition Agencies can strengthen the DMA. In: *European Competition Network* [online]. 22. 6. 2021 [cit. 2023-07-17]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf>.

²⁷ *Ibidem*, s. 5.

²⁸ Z pôvodného nemeckého Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – zákon proti obmedzovaniu hospodárskej súťaže (voľný preklad autorky).

²⁹ Nemecká vnútroštátna súťažná autorita.

³⁰ Amendment of the German Act against Restraints of Competition. In: *Bundeskartellamt* [online]. 19. 1. 2021 [cit. 2023-07-17]. Dostupné z: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html>.

³¹ HEINZ, S. Draft German Competition Rules on Powerful Digital Gatekeepers. In: *Kluwer Competition Law Blog* [online]. 11. 12. 2020 [cit. 2023-07-18]. Dostupné z: <<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/12/11/draft-german-competition-rules-on-powerful-digital-gatekeepers/>>.

³² Andreas Mundt, predseda nemeckého Úradu pre ochranu hospodárskej súťaže.

³³ HEINZ, S. *Draft German Competition Rules on Powerful Digital Gatekeepers*.

³⁴ K tomu pozri napríklad DUNNE, N. Pro-competition Regulation in the Digital Economy: the United Kingdom's Digital Markets Unit. *The Antitrust Bulletin*. 2022, Vol. 67, No. 2, s. 341–346.

Ďalšou otázkou, ktorá vyvstáva na pozadí vzťahu súťažného práva a Aktu o digitálnych trhoch je ich vzájomné uplatňovanie. Ako uvádzame aj vyššie, uplatňovanie Aktu o digitálnych trhoch by malo byť realizované popri štandardnej súťažnej regulácii. S ohľadom na *ex ante* povahu predmetného nariadenia je zrejmé, že presadzovanie Aktu o digitálnych trhoch bude v mnohých ohľadoch rýchlejšie či efektívnejšie ako uplatňovanie nástrojov súťažného práva, hneď z niekoľkých dôvodov. Súťažná autorita nebude nútená preskúmať, či uvedený súťažiteľ skutočne disponuje dominantným postavením, nakoľko množina strážcov prístupu bude ohraničená kvalitatívnymi a kvantitatívnymi parametrami (pričom Európska komisia v nadväznosti na čl. 3 ods. 3 Aktu o digitálnych trhoch bude notifikovaná o tom, ktorý každý subjekt je v pozícii strážcu prístupu³⁵) a následne taktiež nebude nutné realizovať rozsiahle analytické skúmanie potenciálneho zneužitia dominantného postavenia, keďže Akt o digitálnych trhoch obsahuje výpočet konaní, ktoré sú zo strany strážcov prístupu zakázané a výpočet povinností, ktoré je strážca prístupu povinný vykonať. Niektorí autori uvádzajú, že by za uvedených okolností mohlo dôjsť k prevládaniu uplatňovania Aktu o digitálnych trhoch pred súťažným právom.³⁶ Konceptia Aktu o digitálnych trhoch je stavaná na takzvanom univerzálnom prístupe,³⁷ čo znamená, že bez ohľadu na rozličnosť obchodných modelov, ich štruktúr či charakteristík sú všetky povinnosti podľa čl. 5 a 6 Aktu uložené všetkým strážcom prístupu a nie sú im nijako prispôbované. V neposlednom rade, aj napriek „doširoka“ koncipovanej generálnej klauzule zneužívania dominantného postavenia (či iných nedovolených foriem obmedzovania hospodárskej súťaže), tieto nemusia byť za každých okolností spôsobilé poňať sofistikované praktiky veľkých online platforiem.

3. Konanie podľa Aktu o digitálnych trhoch a súťažného práva – úvahy k zásade *ne bis in idem*

V praxi nie je vylúčené, aby sa určitá online platforma (v pozícii strážcu prístupu) dopustila konania, ktoré bude spôsobilé porušiť právo hospodárskej súťaže, ale zároveň sa dostať aj do rozporu s Aktom o digitálnych trhoch. Ako príklad by sme si mohli uviesť situáciu, kedy by strážca prístupu bránil komerčnému používateľovi ponúkať koncovým používateľom rovnaké produkty alebo služby prostredníctvom online sprostredkovateľských služieb tretích strán alebo prostredníctvom ich vlastných priamych online predajných kanálov za ceny alebo za podmienok, ktoré sa líšia od cien alebo podmienok ponúkaných prostredníctvom online sprostredkovateľských služieb strážcu prístupu, čím by sa dopustil konania, ktoré by bolo v rozpore s čl. 5 ods. 3 Aktu o digitálnych trhoch. Pokiaľ by tak učinila online platforma, ktorá je v dominantnom postavení, a podmienila by napríklad ponúkanie výrobkov komerčnými používateľmi vo vzťahu ku (konečným) spotrebiteľom takou podmienkou, že tieto vybrané tovary alebo služby môžu poskytovať výlučne prostredníctvom tejto platformy, mohlo by sa v teoretickej rovine jednať o zneužitie jej

³⁵ Nevynímajúc kompetencie Komisie spočívajúce v označení subjektu za strážcu prístupu v nadväznosti na čl. 3, resp. čl. 21 Aktu o digitálnych trhoch.

³⁶ FERNÁNDEZ, C. A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA? *Journal of European Competition Law & Practice*. 2021, Vol. 12, No. 4, s. 271.

³⁷ Volný preklad autorky, z pôvodného anglického „one-size-fits-all approach“.

dominantného postavenia, podľa čl. 102 písm. a),³⁸ ktoré by malo nepriaznivý vplyv na hospodársku súťaž. V určitých prípadoch (ako uvádzame na príklade) by teda teoreticky mohlo dôjsť k postihovaniu určitého konania prostredníctvom súťažného práva a taktiež aj Aktu o digitálnych trhoch simultánne, čím by mohlo dôjsť k nárazu na zásadu *ne bis in idem*.

Zásada *ne bis in idem* bola v kontexte súťažného práva, respektíve konaní vedených súťažnými autoritami paralelne (napr. v prípade vedenia konaní viacerými vnútroštátnymi súťažnými autoritami zároveň, prípadne vedenie konania vnútroštátnou autoritou a Európskou komisiou, a napokon aj viacerými súťažnými autoritami a Európskou komisiou) vykladaná respektíve posudzovaná aj Súdny dvorom Európskej únie. Na prípade spoločnosti Booking.com zásadu *ne bis in idem* v súťažno-právnom kontexte analyzoval Petr, ktorý konštatuje, že do budúca by prístup paralelného vyšetrovania zo strany viacerých súťažných orgánov mal byť opustený.³⁹ Za dôležitý vo vymedzenom kontexte možno označiť rozsudok Súdneho dvora EÚ vo veci Toshiba⁴⁰ a rovnako tak aj návrhy generálnej advokátky Juliane Kokott v predmetnej veci.⁴¹ Ako poukazuje generálna advokátka, sudy Únie doposiaľ v konaniach týkajúcich sa práva hospodárskej súťaže vychádzali z toho, že uplatnenie zásady *ne bis in idem* podlieha trojakej podmienke, a to *totožnosti skutkov, totožnosti páchatela a totožnosti chráneného právneho záujmu*. V prípade tretej podmienky je potrebné poznamenať, že Akt o digitálnych trhoch v čl. 11 preambuly stanovuje, že sa zameriava na ochranu iného právneho záujmu akým je záujem chránený pravidlami súťažného práva.

Zásada *ne bis in idem* zakazuje, aby tá istá osoba bola za to isté protiprávne konanie na účely ochrany toho istého právneho záujmu potrestaná viackrát.⁴² Vo svojich návrhoch generálna advokátka ďalej uvádza, že z troch uvedených podmienok je splnenie dvoch – zhodnosť skutku a zhodnosť páchatela, nesporné. Sporné je naproti tomu splnenie tretej podmienky, to znamená kritéria *totožnosti chráneného právneho statku, respektíve chráneného právneho záujmu*.⁴³ Ako príklad uvádza, že Súdny dvor v kartelových veciach odmietol zákaz kumulatívneho ukladania sankcií vo vzťahu Únie k tretím štátom. Generálna advokátka poukazuje aj na zásadnú judikatúru Európskeho súdu pre ľudské práva v nadväznosti na Dohovor o ochrane ľudských práv, pričom poukazuje na to, že ESLP vychádza iba z totožnosti skutkového stavu a výslovne nie z právnej kvalifikácie skutku.⁴⁴ V dôsledku toho je nevyhnutné konštatovať, že na určenie *idem* v zmysle zásady *ne bis in idem* je rozhodujúca iba zhodnosť materiálneho činu chápaná ako súbor konkrétnych okolností, ktoré sú navzájom neoddeliteľne spojené. Inými slovami, dotknutý teda musí byť skutkový stav alebo v podstate rovnaký skutkový stav.⁴⁵

³⁸ Pre účely konštatácie, že sa jedná o zneužitie dominantného postavenie toho-ktorého podnikateľského subjektu by prirodzene bolo potrebné urobiť rozsiahlejšie vyšetrovanie zahŕňajúce jednak preverenie pozície tohto subjektu na relevantnom trhu, a taktiež aj spôsobilosť uvedeného konania „naplniť“ podstatu inštitútu zneužívania dominantného postavenia, pričom spôsoby, ktoré sa za zneužitie dominantného postavenia môžu rozumieť, sú vymenované len demonštratívne.

³⁹ PETR, M. Zásada *ne bis in idem* v unijním soutěžním právu. *Právník*. 2020, roč. 159, č. 2, s. 186.

⁴⁰ Rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa 14. februára 2012, *Toshiba Corporation a iní*, C-17/10, ECLI:EU:C:2011:552.

⁴¹ Návrhy generálnej advokátky Juliane Kokott zo dňa 08. septembra 2011, *Toshiba Corporation a iní*, ECLI:EU:C:2011:552.

⁴² *Ibidem*, bod 114.

⁴³ *Ibidem*, bod 115.

⁴⁴ *Ibidem*, bod 121.

⁴⁵ *Ibidem*, bod 124.

Uvedené závery však vychádzajú zo skutkového stavu, kedy bolo paralelne uplatňované právo hospodárskej súťaže vnútroštátnymi orgánmi a súťažnou autoritou Únie, vykazujúc určité odlišnosti naproti situácii, kedy by bol sankcionovaný subjekt za protisúťažné praktiky podľa súťažného práva a Aktu o digitálnych trhoch. V dôsledku zmienených odlišností je otáznе, či by rovnaký „postup“ respektíve prezentované závery bolo možné aplikovať na situáciu paralelného uplatnenia súťažného práva a Aktu o digitálnych trhoch. Nie je možné s určitosťou konštatovať, či by tieto boli aplikovateľné, čo by prirodzene vyplývalo z osobitostí veci samej. Charta základných práv Európskej únie upravuje v čl. 50 právo nebyť stíhaný alebo potrestaný v trestnom konaní dvakrát za ten istý trestný čin, konkrétne „*nikoho nemožno stíhať alebo potrestať v trestnom konaní za trestný čin, za ktorý už bol v rámci Únie oslobodený alebo odsúdený konečným rozsudkom v súlade so zákonom.*“ Zásada *ne bis in idem* je však aj všeobecnou zásadou práva Únie.⁴⁶

Na zásadu *ne bis in idem* napokon reflektuje aj samotný Akt o digitálnych trhoch, stanovujúc, že „*dodržiavanie povinností uložených týmito nariadením by malo byť vynútiteľné formou pokút a pravidelného penále. Na tento účel by sa mali stanoviť primerané výšky pokút a pravidelného penále za neplnenie povinností a porušenie procesných pravidiel, ako aj primerané premlčacie lehoty, v súlade so zásadami proporcionality a ne bis in idem.*“⁴⁷ Za účelom presadzovania Aktu by preto „*Komisia a príslušné vnútroštátne orgány mali koordinovať svoje úsilie v oblasti presadzovania s cieľom zabezpečiť dodržiavanie uvedených zásad. Komisia by predovšetkým mala zohľadniť všetky pokuty a pravidelné penále uložené tej istej právnickej osobe za tie isté skutky prostredníctvom konečného rozhodnutia v konaniach týkajúcich sa porušenia iných pravidiel Únie alebo vnútroštátnych pravidiel, aby sa zabezpečilo, že celkové uložené pokuty a pravidelné penále zodpovedajú závažnosti spáchaných porušení.*“⁴⁸

Stotožňujeme sa však s názorom, že pri materiálnej zhodnosti skutku vo všeobecnosti by sankcionovanie na právnom základe dvoch odlišných právnych predpisov narúšalo zásadu *ne bis in idem*, ktorá je všeobecnou zásadou práva Únie. Relevantnými faktormi pri posudzovaní konania, ktoré by bolo v rozpore so súťažnými pravidlami a zároveň aj Aktom o digitálnych trhoch, by taktiež mohli byť rozsah konania a účinky takéhoto konania. Pokiaľ by praktika platformy bola v rozpore s pravidlami hospodárskej súťaže a bola by sankcionovaná vnútroštátnou súťažnou autoritou, pričom by takéto konanie malo účinky len v rámci územia jedného členského štátu, zatiaľ čo Európska komisia by sankcionovala konanie v rozpore s Aktom o digitálnych trhoch, ktoré by malo účinky na podstatnej časti vnútorného trhu Únie, nemuselo by to automaticky znamenať rozpor s *ne bis in idem*. Podobnú argumentačnú líniu v kontexte prípadu Toshiba prezentoval aj Messina uvádzajúc, že Súdny dvor v prípade Toshiba pripomenul, že pravidlá hospodárskej súťaže na úrovni Európskej únie a na vnútroštátnej úrovni posudzujú obmedzenia hospodárskej súťaže z rôznych uhlov pohľadu a oblasti ich uplatňovania sa nezhodujú, pričom zároveň uznal, že táto situácia sa nezmenila ani prijatím nariadenia 1/2003.⁴⁹

⁴⁶ Ibidem, bod 99. Generálna advokátka v tomto smere poukazuje na ustálenú judikatúru SD EÚ, bližšie pozri judikatúru k poznámke pod čiarou 105.

⁴⁷ Čl. 86 preambuly Aktu o digitálnych trhoch.

⁴⁸ Ibidem, čl. 86.

⁴⁹ MESSINA, M. The Operation of *ne bis in idem* in the Application of European Union Competition Law Rules across the European Union: Recent Developments in the Light of the Toshiba Case. *ERA Forum*. 2012, Vol. 13, No. 2, s. 171.

4. K jednotlivým nedovoleným formám obmedzovania hospodárskej súťaže

Súťažné právo je postavené na tzv. trojpilierovej sústave. Jednotlivé piliere hospodárskej súťaže predstavujú zákaz dohôd obmedzujúcich súťaž, zákaz zneužívania dominantného postavenia a kontrolu koncentrácií. Vývoj digitálnej ekonomiky, nové obchodné stratégie, nové formy interakcie so spotrebiteľmi, zhromažďovanie užívateľských údajov a používanie analýz prinieslo spočiatku otázky, čo z uvedeného je skutočne problémom súťažného práva.⁵⁰ Bez ohľadu na komplexnosť a multidisciplinaritu vymedzenej problematiky, tradičné inštitúty práva hospodárskej súťaže doposiaľ slúžili vo viacerých prípadoch ako nástroje pre postihovanie nekalých praktík online platforiem,⁵¹ disponujúcich veľkou trhovou silou, bez ohľadu na špecifiká digitálneho priestoru. *Carugati*⁵² sa venoval konaniam prebiehajúcim na úrovni vnútroštátnych súťažných autorít, ktoré sa týkali digitálnej ekonomiky, pričom vypracoval prehľad o realizovaných konaniach v rozmedziach rokov 2010–2021. Podľa jeho záverov napríklad Slovenská republika v období rokov 2010–2021 nerealizovala žiadne konania týkajúce sa digitálnej ekonomiky. Rovnako tak absentuje údaj o konaniach vedených Úradom pro ochranu hospodárskej súťaže, avšak podľa dostupných údajov česká súťažná autorita viedla v období rokov 2018–2019 konanie voči online platforme Booking.com, ktoré sa týkalo nedovolennej vertikálnej dohody brániacej rozvoju konkurencie.⁵³

O tom, či takéto postihovanie nekalých praktík prostredníctvom súťažného práva možno označiť za efektívne, nepanuje medzi odbornou verejnosťou úplná zhoda. V odbornej spisbe sa stretávame tak s názormi, že súťažné právo predstavovalo efektívny a účinný prostriedok pre postihovanie praktík vykazujúcich určité digitálne špecifiká, a naopak aj s tvrdením, že súťažné právo v tejto oblasti zlyhalo.⁵⁴ Okrem týchto dvoch názorových prúdov možno rozoznať ešte pohľad prisvedčujúci tomu, že súťažné právo síce doposiaľ predstavovalo účinný nástroj pre postihovanie vybraných nekalých praktík veľkých online platforiem, avšak navzdory tomu je potrebná špecifická regulácia, ktorá by reflektovala výslovne potreby digitálnych trhov. Prikláňame sa k tretiemu prezentovanému názoru, a teda že súťažné právo doposiaľ slúžilo ako účinný nástroj, pretože je možné ho aplikovať naprieč disciplínami, bez sektorových alebo technických obmedzení. To ho robí obzvlášť vhodné na riešenie technologických posunov, ktoré spochybňujú hranice medzi rôznymi sektormi hospodárstva.⁵⁵ Nová regulácia však bude pôsobiť cielenejšie a efektívnejšie.

⁵⁰ EZRACHI, A. EU Competition Law Goals and the Digital Economy. *Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018* [online]. 21.07.2018 [cit. 2023-07-17]. Dostupné z: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766>.

⁵¹ PODSZUN, R. – BONGARTZ, P. The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers. *Journal of European Consumer and Market Law*. 2021, Vol. 10, No. 2, s. 60.

⁵² CARUGATI, Ch. The Role of National Authorities in the Digital Markets Act [online]. 04. 11. 2021 [cit. 2023-07-18]. Dostupné z: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3947037>.

⁵³ Rozhodnutie zo dňa 01. novembra 2019, č. j. RO219/2018/HS-29914/2019/310/AŠI. Dostupné z: <<https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/detail-16474.html>>.

⁵⁴ WITT, A. Platform Regulation in Europe—per se Rules to the Rescue? *Journal of Competition Law & Economics*. 2022, Vol. 18, No. 3, s. 670; alebo pozri BROADBENT, M. The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool. In: *Center for Strategic & International Studies* [online]. November 2020 [cit. 2023-07-18], s. 4. Dostupné z: <<https://www.csis.org/analysis/digital-services-act-digital-markets-act-and-new-competition-tool>>.

⁵⁵ *Joint Paper of the Heads of the National Competition Authorities of the European Union: How National Competition Agencies can strengthen the DMA*, s. 1.

Zmieňované digitálne špecifiká predstavujú napríklad prácu s veľkým množstvom užívateľských dát, ktoré užívatelia platforiem generujú, legalitu zberu a spracovania týchto dát, spôsob a metódy podmieňovania zberu údajov, analýzu veľkých dát, či zber a spracovanie a ďalšie využívanie dát o aktivitách užívateľov aj mimo platforiem.⁵⁶ Ako naznačuje uvedená enumerácia, v kontexte pôsobenia veľkých online platforiem dochádza k výraznému prepojeniu s problematikou ochrany osobných údajov. Aj keď používanie online platforiem akými sú napríklad Facebook či Google je v súčasnosti bezodplatné, ako platišlo za poskytnutie takýchto služieb sociálnych sietí či služieb internetového vyhľadávača slúžia v podstate naše údaje, ktoré napomáhajú týmto platformám v plnom presadzovaní sieťového účinku. V nasledujúcich podkapitolách sa zameriame na priblíženie súvzťažnosti Aktu o digitálnych trhoch a jednotlivých foriem nedovoleného obmedzovania hospodárskej súťaže, ktoré upravuje tak slovenský vnútroštátny právny poriadok, ako aj český vnútroštátny právny poriadok či európske právo.

4.1 Zneužívanie dominantného postavenia

Azda najrelevantnejším inštitútom súťažného práva, či lepšie povedané, najrelevantnejšou formou nedovoleného obmedzovania hospodárskej súťaže, je vo vymedzenom smere práve zneužívanie dominantného postavenia. Napokon, toto tvrdenie podporuje aj samotná textácia preambuly Aktu o digitálnych trhoch.⁵⁷ Ako uvádzame aj vyššie, na konanie strážcov prístupu sa prirodzene aplikujú aj pravidlá hospodárskej súťaže či pravidlá týkajúce sa ochrany osobných údajov užívateľov online platforiem, avšak tie nemusia byť za každých okolností účinne aplikovateľné. Navyše, *ex ante* povaha Aktu o digitálnych trhoch sa pri praktikách strážcov prístupu javí ako vhodnejšia alternatíva k *ex post* pravidlám hospodárskej súťaže. Problematickosť sa prejavuje predovšetkým v troch smeroch. Po prvé, v prípade aplikácie pravidiel hospodárskej súťaže, konkrétne zneužívania dominantného postavenia, je súťažná autorita povinná preskúmať, či konkrétny subjekt uplatňujúci nekalosúťažné praktiky takýmto dominantným postavením disponuje. Nie je teda pravidlom, že strážca prístupu musí mať na vymedzenom relevantnom trhu nevyhnutne dominantné postavenie v zmysle súťažno-právnych predpisov. Pokiaľ by platforma deformujúca svojimi praktikami trhy v rámci digitálneho sektora nedisponovala dominantným postavením, jej sankcionovanie by bolo na podklade zneužívania dominantného postavenia vylúčené. Za druhé, takéto preskúmanie trhovej sily v podobe (existencie) dominantného postavenia môže byť značne zdĺhavé či komplikované. A napokon, zákaz zneužívania dominantného postavenia nemusí byť spôsobilý poňať všetky praktiky strážcov prístupu, ktoré sa javia ako deformujúce digitálne trhy a zároveň majú nepriaznivé účinky tak vo vzťahu ku konkurentom, ktorí sú zamedzení v prístupe na ten ktorý trh, ale taktiež aj pre spotrebiteľov, či lepšie povedané používateľov týchto platforiem.

Zneužívanie dominantného postavenia veľkými online platformami bolo posudzované viacerými súťažnými autoritami, a to tak na vnútroštátnej úrovni, ako aj na úrovni EÚ Komisiou. Účelom príspevku nie je analýza všetkých konaní, kde sa potenciálni strážcovia prístupu dostali do pozície subjektu zneužívajúceho dominantné postavenie, ale poukaz

⁵⁶ Možno ich označiť ako dáta z tretích strán, tj. napríklad z iných aplikácií v prípade mobilného zariadenia či počítača.

⁵⁷ Pozri napríklad bod 5 preambuly Aktu o digitálnych trhoch.

na tie, ktoré by možno najvýstižnejšie charakterizovali, akým spôsobom môže Akt o digitálnych trhoch pôsobiť efektívne. Stručne zosumarizujeme teda prípad známej sociálnej siete Facebook, v súčasnosti pôsobiacej pod názvom Meta Platforms a i.

Nemecká súťažná autorita (Bundeskartellamt) začala vnútroštátne administratívne konanie⁵⁸ voči spoločnosti Facebook v roku 2016 v nadväznosti na podozrenie zo zneužívania dominantného postavenia týkajúce sa používania údajov o používateľoch tejto platformy. V odbornej verejnosti prípad zarezonoval aj v dôsledku intenzívneho prepojenia problematiky ochrany osobných údajov s hospodárskou súťažou. Nemecký súťažný orgán sa domnieval, že Facebook porušuje pravidlá ochrany osobných údajov, ktoré môžu byť zároveň zneužitím jej dominantného postavenia spočívajúc v ukladaní neférových podmienok používateľom Facebooku. Sporným bol predovšetkým zber údajov o užívateľoch aj mimo platformy Facebook a to tak z aplikácií, ako aj webových stránok tretích subjektov. V rámci prejednávanej veci sa naskytla aj otázka, do akej miery je úrad na ochranu hospodárskej súťaže oprávnený posudzovať protisúťažné konanie v kontexte súladnosti s GDPR, respektíve či je takýto orgán oprávnený konštatovať nesúlad všeobecných podmienok používania platformy s GDPR. Nemecká súťažná autorita dotknutej spoločnosti neuložila pokutu, ale povinnosť ukončiť používanie takých politík zberu dát, ktoré zahŕňajú zhromažďovanie údajov o používateľoch a zariadeniach z iných služieb a nástrojov Facebooku bez toho, aby používatelia vyjadrili s nimi súhlas a taktiež aj ich kombinovanie s údajmi z Facebooku na účely súvisiace so sociálnou sieťou.⁵⁹ Nakoľko sa spoločnosť Facebook s rozhodnutím vnútroštátnej nemeckej súťažnej autority nestotožnila, obrátila sa na Vyšší regionálny súd v Düsseldorfe, ktorý opatrením nariadil odkladný účinok rozhodnutia Bundeskartellamtu. Vnútroštátny nemecký súd vydal doposiaľ iba rozhodnutie predbežnej povahy, ktoré bolo v podstate v neprospech Bundeskartellamtu,⁶⁰ prikláňajúc sa k argumentom Facebooku,⁶¹ pričom zdôraznil, že má pochybnosti o zákonnosti tohto rozhodnutia.⁶² Vnútroštátny nemecký súd ďalej uviedol, že „spracúvanie údajov spoločnosťou Facebook nespôsobuje žiadnu relevantnú konkurenčnú ujmu ani nepriaznivý vývoj hospodárskej súťaže. To platí tak pre vykorisťovateľské zneužívanie na úkor spotrebiteľov zúčastňujúcich sa na sociálnej sieti Facebook, ako aj vo vzťahu k vylučujúcemu zneužívaniu na úkor skutočného alebo potenciálneho konkurenta Facebooku.“⁶³

Napokon sa vnútroštátny nemecký súd s prejudiciálnymi otázkami obrátil na Súdny dvor Európskej únie, ktorý (okrem ostatných výrokov rozsudku) rozhodol, že s výhradou dodržania povinnosti lojálnej spolupráce s dozornými orgánmi môže orgán na ochranu hospodárskej súťaže členského štátu v rámci preskúmania, či došlo k zneužitiu dominantného postavenia podnikom v zmysle článku 102 ZFEÚ, konštatovať, že všeobecné podmienky používania vypracované týmto podnikom a týkajúce sa spracúvania osobných

⁵⁸ Bundeskartellamt, Case B6-22/16 [online]. 15. 2. 2019 [cit. 2013-07-17], s. 12. Dostupné z: <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>>.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ BOTTA, M. – WIEDEMANN, K. Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision. *Journal of European Competition Law & Practice*. 2019, Vol. 10, No. 8, s. 470.

⁶¹ Unofficial translation of the decision Facebook /J. Bundeskartellamt – The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, Case VI-Kart 1/19 (V) [online]. 26. 8. 2019 [cit. 2023-07-18]. Dostupné z: <<https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>>.

⁶² Ibidem, s. 5.

⁶³ Ibidem, s. 6.

údajov a ich vykonávanie nie sú v súlade s nariadením 2016/679, ak je toto konštatovanie potrebné na preukázanie existencie takéhoto zneužitia.⁶⁴ Súdny dvor EÚ zároveň uviedol, že vzhľadom na povinnosť lojálnej spolupráce sa vnútroštátny orgán na ochranu hospodárskej súťaže nemôže odchyliť od rozhodnutia príslušného vnútroštátneho dozorného orgánu alebo príslušného vedúceho dozorného orgánu týkajúceho sa všeobecných podmienok alebo podobných všeobecných podmienok, pričom pokiaľ má orgán na ochranu hospodárskej súťaže pochybnosti o rozsahu takéhoto rozhodnutia, ak sú uvedené podmienky alebo podobné podmienky zároveň predmetom preskúmania zo strany týchto orgánov alebo ak sa orgán na ochranu hospodárskej súťaže v prípade neexistencie vyšetrovania alebo rozhodnutia zo strany uvedených orgánov domnieva, že predmetné podmienky nie sú v súlade s nariadením 2016/679, musí sa poradiť s týmito dozornými orgánmi a požiadať ich o spoluprácu, aby sa zbavil svojich pochybností alebo určil, či treba počkať na prijatie ich rozhodnutia pred začatím vlastného posúdenia. Ak tieto dozorné orgány nevzniesú námietku alebo neodpovedia v primeranej lehote, orgán na ochranu hospodárskej súťaže môže pokračovať vo vlastnom vyšetrovaní.⁶⁵ Napokon, v nadväznosti na otázku zneužívania dominantného postavenia Súdny dvor EÚ konštatoval, že okolnosť, že prevádzkovateľ online sociálnej siete, ktorý má dominantné postavenie na trhu s online sociálnymi sieťami, sama osebe nebráni tomu, aby používatelia takejto siete mohli platne udeliť súhlas so spracúvaním svojich osobných údajov týmto prevádzkovateľom v zmysle článku 4 bodu 11 GDPR. Táto okolnosť však predstavuje dôležitý prvok na určenie, či bol súhlas skutočne udelený platne, a najmä slobodne, čo musí preukázať uvedený prevádzkovateľ.⁶⁶

Pokiaľ nazrieme na praktiku online platformy Facebook (v nadväznosti na zmieňované administratívne a súdne konania), práve Akt o digitálnych trhoch by mal takýmto pomerne zdĺhavým a komplikovaným konaniam zabrániť. S prihliadnutím na čl. 5 ods. 2 písm. a) Aktu o digitálnych trhoch, ktorý zakazuje strážcovi prístupu spracúvať na účely poskytovania online reklamných služieb osobné údaje koncových používateľov využívajúcich služby tretích strán, ktoré využívajú jeho základné platformové služby, bez toho, aby bol oboznámený s konkrétnou voľbou a udelil svoj súhlas v zmysle GDPR, je možné konštatovať, že tento by bol na danú situáciu aplikovateľný. V ideálnom prípade by teda zber takýchto údajov bol konvalidovaný súhlasom užívateľa platformy, alternatívne by za porušenie svojej povinnosti strážca prístupu bol sankcionovaný v zmysle Aktu o digitálnych trhoch. Otázne zostáva, do akej miery a aké údaje je možné konvalidovať (pre účely spracovania osobných údajov) súhlasom dotknutej osoby. Napokon, je na každého slobodnom uvážení, či sa tú-ktorú platformu rozhodne používať a zveriť jej so svojím súhlasom spracovanie svojich údajov.

4.2 Koncentrácie

Okrem zneužívania dominantného postavenia má Akt vplyv aj na inštitút kontroly koncentrácií. Kontrolu koncentrácií na úrovni práva EÚ upravuje samostatné nariadenie

⁶⁴ Rozsudok Súdneho dvora EÚ zo dňa 04. júla 2023, *Meta Platforms a iní (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

Rady (ES) č. 139/2004 z 20. januára 2004 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi a nie je inkorporovaná do ZFEÚ. V rámci slovenského vnútroštátneho práva je kontrola koncentrácií upravená priamo v zákone č. 187/2021 Z. z., o ochrane hospodárskej súťaže, ako jedna z foriem nedovoleného obmedzovania hospodárskej súťaže. Rovnako tak, aj v podmienkach Českej republiky je spojování soutěžitelů upravené v § 12 a nasl. zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže.

V prostredí digitálnych platforiem sa stretávame s nezanedbateľným množstvom koncentrácií. Za posledných 10 rokov 5 najväčších spoločností (konkrétne sa jedná o skupinu technologických gigantov GAFAM) celosvetovo uskutočnilo viac ako 400 akvizícií.⁶⁷ Značné množstvo z týchto ekonomických spojení na trvalom základe je však nenotifikovaných. Je tomu tak zrejme v dôsledku vymedzenia prahových hodnôt založených na obrate, ktoré nezohľadňujú dynamiku slubných začínajúcich podnikov (start-upov) na digitálnych trhoch, ako aj riziko zvýšenej dominancie veľkého poskytovateľa služieb základnej platformy vyplývajúce z jej akvizícií menších inovatívnych firiem.⁶⁸

Akt o digitálnych trhoch článkom 14 v podstate rozširuje množinu subjektov povinných notifikovať Komisiu o zamýšľanej koncentrácii, nad rámec podmienok stanovených nariadením č. 139/2004. Podľa čl. 14 ods. 1 Aktu o digitálnych trhoch, „*strážca prístupu informuje Komisiu o akejkoľvek zamýšľanej koncentrácii v zmysle článku 3 nariadenia (ES) č. 139/2004, ak účastníci fúzie alebo cieľ koncentrácie poskytuje základné platformové služby alebo akékoľvek iné služby poskytované v digitálnom sektore alebo umožňuje získavanie údajov, a to bez ohľadu na to, či podlieha povinnosti oznámenia Komisii podľa uvedeného nariadenia alebo príslušnému vnútroštátnemu orgánu na ochranu hospodárskej súťaže podľa vnútroštátnych pravidiel o fúziách*“. Z citovaného ustanovenia je zrejmé, že bez ohľadu na obrátové kritériá stanovené v nariadení 139/2004 (čl. 1 a nadväzujúce) či napríklad slovenskom vnútroštátnom zákone č. 187/2021 Z. z., o ochrane hospodárskej súťaže (§8), prípadne českom zákone č. 143/2001 Sb., o ochrane hospodárskej súťaže (§13), pokiaľ sa subjekt „ocitne“ v postavení strážcu prístupu a zamýšľa fúziu so subjektom poskytujúcim služby v digitálnom sektore, musí o tom notifikovať za stanovených podmienok Komisiu. To, čo možno rozumieť službami v digitálnom sektore, zase spresňuje čl. 2 ods. 4 vymedzujúci, že digitálny sektor je sektor produktov a služieb poskytovaných prostredníctvom alebo s využitím služieb informačnej spoločnosti. Služba informačnej spoločnosti je každá služba poskytovaná informačnou spoločnosťou, to jest každá služba, ktorá sa bežne poskytuje za odmenu, na diaľku, elektronickým spôsobom a na základe individuálnej žiadosti príjemcu služieb. Z uvedeného vyplýva, že pokiaľ by sa strážca prístupu plánoval ekonomicky spojiť na trvalom základe so subjektom, ktorý nepôsobí v oblasti sektora digitálnych služieb, respektíve by subjekty zamýšľajúce koncentráciu nenaplnili prahové hodnoty založené na obrate, notifikačná povinnosť mu (im) nevznikne.

Článok 14 ods. 5 Aktu o digitálnych trhoch zároveň stanovuje, že príslušné orgány členských štátov môžu použiť tieto informácie na požiadanie Komisie o preskúmanie koncentrácie podľa článku 22 nariadenia (ES) č. 139/2004. S poukazom na citované, po plnom

⁶⁷ TREASURY, H. M. et al. Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel. In: Gov.uk [online]. March 2019 [cit. 2023-07-18], s. 12. Dostupné z: <<https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>>.

⁶⁸ HUTCHINSON, Ch. S. et al. Big Tech's Acquisition Challenge to EU Merger Control. *European Competition Journal*. 2023, Vol. 19, No. 2, s. 235.

nadobudnutí účinnosti Aktu o digitálnych trhoch si strážcovia prístupu bez ohľadu na ich obrat nemôžu byť istí, či Komisia nebude skúmať ich zlúčenie.⁶⁹ Zásadné fúzie v oblasti digitálnych trhov mapuje napríklad *Argetnesi*,⁷⁰ konštatujúc, že presadzovanie kontroly fúzií sa doteraz nedokázalo vyrovnáť s mnohými výzvami, ktoré predstavujú digitálne trhy. Aj pri koncentráciách a stanovení špecifických povinností pre subjekty v pozícii strážcu prístupu, v tomto prípade konkrétne povinnosť notifikovať Komisiu o plánovanej koncentrácii, je zdôraznené zameranie na oblasť digitálnych trhov, keďže pri spojení gatekeepera so subjektom nepôsobiacim v sektore digitálnych služieb mu povinnosť notifikovať Komisiu o plánovanej fúzii podľa Aktu o digitálnych trhoch nevznikne.

4.3 Dohody obmedzujúce súťaž

Spomedzi troch nedovolených foriem obmedzovania hospodárskej súťaže je podľa prvého dojmu zrejme najmenej vypuklá korelácia medzi Aktom o digitálnych trhoch a dohodami obmedzujúcimi súťaž. V rámci záväzného textu nariadenia sa explicitne s dohodami stretávame v podstate iba v čl. 1 ods. 6, ktorý stanovuje, že uplatňovaním nariadenia nie sú dotknuté čl. 101 a 102 ZFEÚ, a ani vnútroštátne pravidlá hospodárskej súťaže zakazujúce protisúťažné dohody, rozhodnutia združení podnikov či zosúladené postupy.

Vychádzajúc z prezumpcie, že spoločnosť Google a spoločnosť Meta⁷¹ sú v pozícii strážcov prístupu, v praxi súťažných autorít sa stretávame aj s dohodami medzi nimi samotnými. V tomto smere poukazujeme napríklad na konanie vedené Európskou komisiou⁷² na podklade čl. 101 ZFEÚ. Spoločnosť Google poskytuje služby reklamnej technológie, ktoré sprostredkujú medzi inzerentmi a vydavateľmi aukcie v online priestore pre obsahovú reklamu na webových stránkach alebo v mobilných aplikáciách v reálnom čase, a to aj prostredníctvom tzv. „programu otvorených ponúk.“⁷³ Vyšetrowanie Európskej komisie malo smerovať k preskúmaniu dohody medzi Google a Metou, ktorú spoločnosti podpísali v septembri 2018. Táto dohoda sa týkala účasti Meta na programe otvorených ponúk spoločnosti Google. Komisia vyjadrila obavu, že dohoda môže byť súčasťou úsilia obmedziť alebo narušiť hospodársku súťaž na trhoch s online zobrazovanou reklamou a súvisiacimi sprostredkovateľskými službami. Dňa 19. 12. 2022 však Komisia predmetné konanie ukončila, pričom v dostupnom dokumente sa neuvádza, z akých dôvodov.⁷⁴

Akt o digitálnych trhoch však nijako špecificky dohody medzi jednotlivými strážcami prístupu neupravuje. Z tohto dôvodu sa konania, ktoré budú vykazovať známky dohôd obmedzujúcich súťaž aj naďalej budú spravovať čl. 101 ZFEÚ, respektíve pokiaľ budú mať účinky len v rámci vnútroštátneho relevantného trhu, tak vnútroštátnymi súťažnými predpismi. Táto skutočnosť preukazuje, že súťažné právo bude aj napriek cielej právnej

⁶⁹ ROBERTSON, V. The Future of Digital Mergers in a Post-DMA World [online]. 7. 4. 2023 [cit. 2023-07-18]. Dostupné z: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4410362>.

⁷⁰ ARGENTESI, E. et al. Merger Policy in Digital Markets: An ex post Assessment. *Journal of Competition Law & Economics*. 2021, Vol. 17, No. 1, s. 132.

⁷¹ Známa aj pod označením Facebook.

⁷² Competition Policy, AT.40774 Google-Facebook (Open Bidding) agreement [online]. 14. 3. 2023. [cit. 2023-04-20]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40774>.

⁷³ Z pôvodného anglického „Open Bidding Programme“ (voľný preklad autorky).

⁷⁴ Competition Policy, AT.40774 Google-Facebook (Open Bidding) agreement [online]. 9. 1. 2023 [cit. 2023-04-20]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40774>.

úprave v podobe Aktu o digitálnych trhoch predstavovať nástroj sankcionovania praktík online platforiem, ktoré môžu deformovať trhy v rámci digitálneho sektora.

Záver

Aký je teda vzťah súťažného práva a Aktu o digitálnych trhoch? Veľmi zostručnene povedané, Akt o digitálnych trhoch má vo vzťahu k jestvujúcej súťažnej regulácii doplnkový charakter. Podľa zákonodarcu EÚ Akt o digitálnych trhoch chráni iný právny záujem ako súťažné právo. S týmto konštatovaním sa v zásade stotožňujeme dodávajúc, že diferenciacia sa prejavuje predovšetkým vo vzťahu k špecifickému okruhu subjektov, ktorým sú uložené špeciálne povinnosti či zákazy, ako aj vo vzťahu k regulovanej oblasti, a teda trhom v digitálnom hospodárstve. Vnútroštátne konania úradov na ochranu hospodárskej súťaže, ako aj konania vedené Európskou komisiou vo veciach porušenia pravidiel hospodárskej súťaže boli v značnom ohľade modelovými príkladmi pre koncepciu ustanovení Aktu o digitálnych trhoch, ktorý svojim univerzálnym prístupom (*one-size-fits-all approach*) ukladá rovnaké kategórie povinností pre strážcov prístupu, bez ohľadu na rozličnosť obchodných modelov, segmenty ich pôsobenia, ich vnútornú organizáciu či štruktúru. Snahu o reguláciu silných hráčov v prostredí digitálnych trhov možno vnímať pozitívne, keďže precíznejšia regulácia veľkých online platforiem dlhšie zaostávala, o čom svedčí aj alternatívne sankcionovanie nežiadúcich praktík využívaním iných nástrojov v rámci rozličných právnych odvetví, predovšetkým súťažného práva či práva na ochranu osobných údajov. Ako sme načrtli, vo vzťahu k potenciálnej súbežnej aplikácii súťažného práva a Aktu o digitálnych trhoch v nadväznosti na zásadu *ne bis in idem* môžu nastať určité aplikačné problémy, avšak benefity novej právnej úpravy prevažujú nad eventuálnymi úskaliaми, ktoré ich uplatňovanie prinesie. Podľa čl. 53 Aktu bude Komisia pravidelne vyhodnocovať naplnenie cieľov nariadenia, ako aj jeho vplyv vo vzťahu ku komerčným používateľom (predovšetkým malým a stredným podnikom) a koncovým používateľom, čo umožní modifikáciu znenia Aktu prispôbenú dynamickým podmienkam digitálnych trhov.

Metodologie řešení právních případů: subsumpce vs. proporcionalita

Jakub Valc*

Abstrakt: Aplikace práva je typicky spojována s řešením právních případů ze strany soudů a jiných orgánů veřejné moci, které jsou zákonem zmocněny k autoritativnímu projednávání a rozhodování sporů a právních věcí různého druhu. Z metodologického hlediska je poté aplikace práva nejčastěji spojována buďto s logicko-deduktivním postupem v podobě subsumpce, nebo s uplatňováním racionální argumentace v podobě testu proporcionality. Mým záměrem bude vymezit nejen podstatu a odlišnosti obou těchto postupů, ale také zkoumat společné znaky, které jim mohou být za určitých podmínek připisovány.

Klíčová slova: aplikace práva, právní případ, metodologie, subsumpce, proporcionalita

Úvod

Z teoretického pohledu můžeme rozlišovat různé formy realizace práva, mezi které patří rovněž jeho aplikace, jakožto proces spočívající ve výkladu a použití platného práva v podmínkách konkrétního případu. Jedná se o obecné vymezení, které lze využít bez ohledu na skutečnost, kým je aplikace práva fakticky prováděna. To, co subjekty aplikující právo zpravidla odlišuje, je až (ne)dostatek potřebné erudice a kompetence, kterou lze spojovat s otázkou formální pravomoci a příslušnosti. Pokud je aplikace práva prováděna kvalifikovaným způsobem, může v případě soukromých osob a orgánů veřejné moci vést k podobným, či dokonce naprosto stejným výsledkům, a to s tím rozdílem, že bude mít u orgánů veřejné moci typicky podobu závazného rozhodnutí, jakožto individuálního právního aktu, kterým je autoritativně a vynutitelně rozhodováno o právech a povinnostech účastníků řízení. Kromě toho bude nepochybně hrát určitou roli, zda je subjekt aplikující právo na výsledku nějak subjektivně zainteresován, či nikoliv (jako nestranný orgán), protože se jeho preference mohou promítnout buďto do způsobu výkladu právních norem, anebo přímo do použití konkrétních argumentů, pakliže je na nich posouzení případu bezprostředně založeno.

Cílem tohoto článku je zabývat se podstatou řešení právních případů, a to se zaměřením na rozdílné a společné znaky dvou základních metodologických postupů, které jsou v aplikaci práva běžně využívány, tedy subsumpce a proporcionality. Za tímto účelem budu nejprve věnovat pozornost vymezení jednotlivých rovin a typů právních případů, které jsou v teorii rozlišovány. Následně se již zaměřím na podrobnější rozbor subsumpce, která může být ve smyslu logicko-deduktivního postupu zjednodušeně pojímána jako

* JUDr. PhDr. Jakub Valc, Ph.D., advokát a odborný asistent na katedře právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: 380851@mail.muni.cz, kancelar@akvalc.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4080-2679>. Autor děkuje všem anonymním recenzentům za zpětnou vazbu a podnětné připomínky, které byly při zohlednění zaměření článku a jeho rozsahu reflektovány. Výjimkou byly pouze takové připomínky, které směřovaly proti hlavní myšlence či koncepci celého textu nebo spočívaly ve zpochybnění názorů autora, které však autor podle svého mínění dostatečně podložil a obhájil. Jejich vypořádání by poté změnilo text v nesystematickou a neadresnou polemiku, což pochopitelně nebylo jeho záměrem.

podřazení individuální skutkové podstaty pod abstraktní skutkovou podstatou zakotvenou v právním předpise, což však není za účelem praktického (aplikačního) vymezení její podstaty dostačující, protože je třeba zohledňovat možné obtíže při zjišťování skutkového stavu a výkladu dotčených pravidel chování, respektive právních norem. Ve vztahu k subsumpci poté významově odliším proporcionalitu jakožto metodologický postup, který je z povahy věci spojován s případy lidskoprávního charakteru, tedy takovými, jejichž řešení není obecně založeno na logickém vyplývání, ale na vyvažování kolidujících práv či chráněných zájmů za pomoci racionální argumentace. Závěrem ukážu, že navzdory přirozeným odlišnostem se můžeme u obou metodologických postupů setkat ve vazbě na povahu a okolnosti případu s větší nebo menší mírou nepředvídatelnosti výsledků jejich aplikace, což zesiluje požadavek na „transparentnost“, tedy přezkoumatelnost myšlenkových postupů a z nich vyplývajících závěrů.

1. Struktura a typologie právních případů

Pokud hovoříme o právních institutech jako je například manželství, vlastnictví nebo dědictví, máme v podstatě na mysli společenské instituty, které mají nějaký právní rámec. Stejně tak popisujeme právní vztahy smluvního nebo jiného charakteru jako společenské vztahy upravené platným právem. Analogicky pak můžeme za právní případy označit takové, na které dopadají nějaká pravidla chování či regulativy vyskytující se v jedné nebo více oblastech právní regulace. Jedná se o normativní hledisko, tedy vymezení právních případů ve vazbě na skutečnost, že jejich řešení má východisko v platné právní úpravě. Kromě toho však lze na každý právní případ nahlížet jako na souhrn nejen právně relevantních, ale také časově, prostorově a věcně ohraničených událostí či skutečností.¹ V tomto ohledu se již dostáváme ke struktuře právního případu, tedy k rozlišování jeho skutkové a právní roviny, které jsou ve vzájemné interakci a nelze je proto chápat zcela izolovaně. Jejich vymezení má však zcela zásadní význam nejen z důvodu teorie, ale také platné legislativy a aplikační praxe, protože jsou na dané rozlišování navázány jak standardizované postupy orgánů veřejné moci při zjišťování skutkového stavu věci a jeho právního kvalifikaci, tak procesní povinnosti a možnosti samotných účastníků řízení a jejich zástupců.²

Co se týče skutkové roviny, lze ji primárně spojovat s faktickou stránkou případu, tedy otázkami ohledně průběhu nějakých dějů nebo výskytu určitých skutečností či událostí,

¹ HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 206.

² Danou skutečnost lze demonstrovat na vybraných odlišnostech jednotlivých druhů soudního řízení. V civilním sporném řízení je běžně uplatňována zásada formální pravdy, která vychází z toho, že soudy rozhodují dané právní věci na základě skutkového stavu, který jim byl předestřen. Aktivita je tedy v tomto druhu řízení především na samotných účastnících řízení majících povinnost tvrzení a povinnost důkazní ohledně rozhodných skutečností, kterými jsou v podobě břemen obtížení a od jejichž (ne)splnění se odvozuje (ne)úspěch ve věci. Při plnění těchto procesních povinností navíc účastníci řízení musí brát v potaz zásadu koncentrace řízení, která spočívá v tom, že k později uplatněným tvrzením či důkazům již nebude až na zákonem stanovené výjimky a po příslušném poučení soudy přihlíženo, a to ani v případě uplatnění opravných prostředků, které jsou z hlediska přípustnosti či důvodů na rozlišování skutkové a právní roviny případu rovněž založeny. Diametrálně odlišnou roli soudů a postavení účastníků řízení lze naopak spatřovat nejen u civilního řízení nesporného, ale zejména u trestního řízení soudního, ve kterém je mimo jiné uplatňována zásada vyšetřovací a obviněný má ústavně garantované právo nevyповídat, tedy nemusí předkládat žádné důkazy na svoji obhajobu. Současně se zde neuplatňuje zásada koncentrace řízení a použití opravných prostředků je celkově jinak koncipováno, a to včetně již uvedených podmínek přípustnosti a důvodů. Viz k tomu také SVOBODA, K. Limity aktivního dokazování soudem. Může si soud v civilním řízení dokazovat, co chce? *Právní rozhledy*. 2007, č. 15, s. 562; VAŠUTOVÁ, V. Specifika dokazování v odlišných právních procesech. *Právní rozhledy*. 2011, č. 22, s. 795–803.

což lze souhrnně označit jako skutkový stav (*Sachverhalt*).^{3,4} Jinými slovy, vždy se bude jednat o hledání odpovědi na otázky mající odraz v reálném světě, ve kterém lze určité jevy bezprostředně zkoumat a pozorovat, popř. zpětně rekonstruovat. Od toho se bude odvíjet také povaha jednotlivých otázek, které se budou v tomto směru zaměřovat na relevantní popis toho, co, kdy, kde a jak se vlastně stalo. Z formálně procesního hlediska můžeme hledání odpovědi na takové otázky považovat za samotnou podstatu dokazování, jakožto formalizovaného postupu, jehož účelem je zjistit rozhodný skutkový stav, který má být předmětem právního posouzení.⁵ V této souvislosti je nutné věnovat pozornost tomu, co se skutkovým stavem rozumí. Rozhodně nelze vycházet z toho, že by se mělo jednat o směsici všech možných informací vztahujících se jakkoliv k projednávanému případu. Naopak je mnohdy poměrně složitým úkolem aplikujícího orgánu, aby tzv. oddělil zrno od plev, tedy při zohlednění typu soudního či správního řízení a povahy věci konkretizoval předmět a záběr dokazování, které by se mělo zásadně vztahovat pouze ke skutkovým okolnostem, která jsou podstatná pro ucelené zjištění skutkového stavu a jeho právní kvalifikaci, respektive pro rozhodnutí věci.⁶

Představme si modelový případ, kdy bude probírat civilní spor o náhradu újmy způsobené na zdraví v důsledku útoku psa souseda poškozené. Lze důvodně očekávat, že poškozená bude svému právnímu zástupci nebo jako nezastoupený účastník řízení přímo v žalobě podrobně popisovat nejen samotný útok, ale také vše, co mu předcházelo. V této souvislosti bude pravděpodobně uvádět velké množství údajů, které nejsou z právního hlediska (ve vazbě na posouzení uplatňovaného nároku) relevantní, přičemž naopak může záměrně či z neznalosti opomíjet okolnosti, které zásadní jsou. Pro rozsouzení věci nebude typicky podstatné, zda se jedná o psa s rodokmenem, čím ho soused krmí, do jaké části obce ho chodí běžně venčit apod. Naopak může mít podstatný význam okolnost,

³ Německý autor Franz Reimer popisuje skutkový stav doslova jako „abstrakci: výsek z širokého proudu příběhů, dějin a vývoje – výsek, který je určován příslušným zájmem daného pozorovatele“ (překlad autora). Viz REIMER, F. *Juristische Methodenlehre*. Baden-Baden: Nomos, 2016, s. 173–174.

⁴ Kromě skutkového stavu se můžeme v teorii a praxi často setkat rovněž s používáním pojmů „skutek“ a „skutkový děj“, a to zejména ve vztahu k problematice trestných činů a přestupků jakožto různých (byť v řadě ohledů podobných) forem veřejnoprávního trestání. Důvodem je skutečnost, že zejména s pojmem „skutek“ a „popis skutku“ výslovně pracují nejen odpovídající procesněprávní předpisy, ale na jejich základě také jednotlivá soudní či správní rozhodnutí, jejichž výrok o uznání viny musí stejně jako předcházející oznámení o zahájení přestupkového řízení nebo usnesení o zahájení trestního stíhání obligatorně obsahovat dostatečně určitý a navzájem odpovídající popis skutku s označením místa, času a způsobu jeho spáchání, aby byla mimo jiné zajištěna jeho nezaměnitelnost s jiným skutkem. Za účelem terminologického rozlišení pojmů „skutkový děj“, „skutkový stav“ a „skutek“ se pak lze v doktríně trestního práva setkat s následujícím vymezením: „Skutkový děj zahrnuje skutkové okolnosti konkrétního případu tak, jak se stal, bez ohledu na jejich trestněprávní relevanci [...]. Je to čistě skutková, faktická záležitost, popisovaná zpravidla osobou trestního práva neznalou. Jde tedy o skutek *de facto*. Skutkový stav věci je na rozdíl od skutkového děje pojmem užším a je souhrnem takových trestněprávně relevantních faktů, které jsou potřebné pro rozhodnutí orgánu činného v trestním řízení v příslušném stadiu tohoto řízení, a je označením pro skutek *de iure*.“ Viz FRYŠTÁK, M. *Znalecké dokazování v trestním řízení*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 6.

⁵ V obecném slova smyslu lze poté dokazování považovat za „specifický společenský gnozeologický proces individuálního charakteru zaměřený na potvrzení nebo vyvrácení existence či neexistence určité objektivní skutečnosti (jevu, vztahu, ideje atd.) nebo na potvrzení či vyvrácení teze o existenci či neexistenci takové objektivní skutečnosti“. Viz JIRSA, J. – HAVLÍČEK, K. *Dokazování: úvahy o teorii a praxi*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 17.

⁶ Z teoretického pohledu lze v této souvislosti hovořit o tom, že prvotní výsledek utváření skutkového stavu je tzv. surový skutkový stav (*Rohsachverhalt*) neboli veškerá fakta, která vyšla najevo ze sdělení klienta či účastníků řízení, čtení listin, šetření a dalších úkonů, které jsou za účelem zjištění skutkového stavu věci prováděny. Následující kroky pak typicky směřují ke kontextuálnímu zpracování těchto skutečností do podoby uceleného obrazu, jehož smyslem je v podstatě přetavení nabízených skutkových informací do právního světa představ a porozumění. Viz REIMER, F. *Juristische Methodenlehre*, s. 62.

kde k samotnému útoku došlo,⁷ zda byl pes na vodítku nebo ho měl souseď jinak pod kontrolou. Stejně tak bude mít například z hlediska spoluzavinění vliv, zda poškozená psa nějakým způsobem vyprovokovala, popř. související varování souseda při kontaktu se psem nerespektovala. Je tedy zřejmé, že náležitě zjištění a související upřesnění skutkového stavu (ve vazbě na druh a povahu řízení) je zcela zásadní, protože je předpokladem pro navazující fázi řešení případu, tedy jeho posouzení v právní rovině.⁸

Na rozdíl od roviny skutkové, která je neodmyslitelně spojena se světem bytí, tedy fakticitou, právní rovina povahově spadá do odlišného světa mětí neboli normativity. To navazuje na kantovské rozlišování mezi tím, co je (*sein*), a tím, co má být (*sollen*), což se ostatně stalo východiskem jednotlivých přístupů právního normativismu.⁹ Pokud například soud na podkladě zjištěných skutečností dospěje k závěru, že konkrétní osoba je jako dlužník v prodlení s plněním svého peněžitého dluhu, pohybuje se stále v rovině faktického popisu nějakého děje, byť právně relevantního. Do světa normativních úvah a závěrů se dostane až ve chvíli, kdy bude při vymezení právního rámce případu odkazovat na dotčená ustanovení občanského zákoníku¹⁰ (normativní věty), podle kterých platí, že dlužník je povinen splnit svůj závazek vůči věřiteli řádně a včas, jinak je v prodlení, a to se všemi souvisejícími právními důsledky. Z praktického pohledu lze tedy konstatovat, že právní rovina spočívá v nalezení rozhodného práva, tedy takového, které dopadá na posuzovaný případ v podobě, jak byl skutkově zjištěn a vymezen.¹¹

Kromě skutkové a právní roviny, které v podstatě představují základní strukturu každého právního případu, můžeme nicméně rozlišovat jednotlivé případy navzájem, a to podle míry jejich „jednoduchosti“ či „složitosti“. V tomto směru se již dostáváme především do fáze řešení právních otázek, tedy určení rozhodného práva a jeho následné aplikace. Nelze samozřejmě zpochybnit, že při zjišťování skutkového stavu a jeho hodnocení pro účely vydání rozhodnutí může rovněž vyvstat řada problémů a překážek, které mohou být zapříčiněny jak samotnou povahou projednávané věci, respektive její komplikovaností, tak důkazní nouzí spojenou mimo jiné s nedostatečnou součinností nebo dokonce obstrukční strategií účastníků řízení. V takových situacích jsou pak uplatňovány již dříve tematizované právní zásady, které mají svůj odraz nejen v doktríně, ale také přímo v procesních právních předpisech. Pokud například žalobce v civilním sporném řízení nebude v nezbytném rozsahu tvrdit a prokazovat rozhodné skutečnosti, nebude v zásadě úspěšný, protože ani přes případné poučení soudu neunesl břemeno tvrzení nebo břemeno důkazní. Jiná východiska jsou stanovena pro různá sankční řízení, ve kterých se v této souvislosti uplatňuje tzv. modifikovaná zásada materiální pravdy, podle níž platí, že příslušný orgán musí aktivně zjistit skutkový stav věci bez důvodných pochybností,

⁷ Nemuselo se tak stát na veřejném prostranství, ale na plotem ohraničené zahradě souseda, kde se pes z legitimních důvodů volně pohyboval a poškozená tam bez vědomí souseda (vlastníka psa a pozemku) vstoupila.

⁸ LARENZ, K. – CANARIS, C. H. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1995, s. 99–100.

⁹ Konkrétně lze zmínit zejména ryzí nauku právní Hanse Kelsena, která byla vystavěna na tom, že právo je uzavřený systém norem, které svou platnost odvozují jedna od druhé. Jinými slovy, právní norma je součástí duchovního světa, pročež ji nelze spojovat se světem přírody. Stejně tak musí být norma odlišována od jiných duchovních světů, zejména pak toho, který tvoří normy morální, se kterými jsou právní normy nejčastěji dávány do souvislosti. Viz KELSEN, H. *Reine Rechtslehre. Studienauslage der 1. Auflage 1934*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, s. 25.

¹⁰ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“).

¹¹ Jinými slovy lze hovořit o hledání odpovědi na právní otázky, které budou typicky výsledkem konfrontace skutkového stavu jako součásti světa bytí s právní úpravou jako součástí světa mětí. Viz také HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*, s. 206.

jinak musí rozhodnout ve prospěch obviněného (zásada *in dubio pro reo*), protože spáchání skutku danou osobou nebylo spolehlivě prokázáno.¹² Navzdory omezeným možnostem dopátrat se objektivní pravdy ohledně rozhodných skutečností proto mají orgány veřejné moci k dispozici procesní nástroje k tomu, aby na takové situace procesně předvídatelným způsobem reagovaly. Na základě toho nicméně nelze zpochybnit, že se nebude v řadě případů jednat o „jednoduché“ rozhodnutí, které musí být navíc vždy přezkoumatelně zdůvodněno, aby nebylo projevem libovůle v rozhodování.¹³

Jak již však bylo naznačeno, rozlišování jednoduchých a složitých právních případů je obecně používáno zejména ve vazbě právní řešení případu, tedy nalezení rozhodného práva ve smyslu jeho výkladu a aplikace. Z praktického pohledu se tak bude většinou jednat o postup spočívající v určení a následném použití konkrétních právních norem, které jsou ve formě normativních vět jazykově vyjádřeny v jednotlivých ustanoveních právních předpisů, jakožto formálních pramenech práva.¹⁴ O jednoduchém případě (*easy case*) pak bude hovořeno typicky za situace, kdy nebudou vyvstávat zásadní výkladové otázky ohledně toho, zda lze abstraktně stanovené pravidlo chování vztáhnout na projednávaný případ, či nikoliv. Jinak řečeno, zda lze konkrétní skutkovou podstatu podřadit pod abstraktní skutkovou podstatu zakotvenou v právní úpravě. V zásadě tak bude hrát roli, zda jsou v kondicionální části právní normy (hypotéze) jednotlivé podmínky pro aplikaci dotčeného pravidla chování stanoveny dostatečně určitým způsobem nebo naopak takovým, který za účelem určení právního následku vyžaduje jít doslova za rámec normativního textu, a to za pomoci širšího spektra výkladových metod, jejichž použití nelze z hlediska výkladového závěru dopředu objektivizovat.¹⁵ Od toho se odvíjí možné pojetí složitých případů (*hard cases*), které jsou zpravidla založeny na nějakém argumentačním problému, ať už spočívá v absenci jednoznačné právní úpravy, respektive potřebě náležitého zdůvodnění volby některého z více možných výkladů, anebo v tom, že je z povahy věci založen nikoliv na aplikaci konkrétních pravidel chování, ale na obtížnějším vyvažování v kolizi stojících principů, respektive základních práv a svobod nebo veřejných zájmů.¹⁶

¹² Se zásadou oficiality, zásadou materiální pravdy a zásadou vyšetřovací se kromě toho můžeme setkat také v civilním řízení nesporném, které je předně upraveno ve speciálním právním předpisu ve smyslu zákona č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů.

¹³ Samozřejmě mám na mysli situace, kdy je rozhodnutí zatíženo těžkou vadou spočívající mimo jiné v tom, že příslušný soud své skutkové nebo právní závěry v odůvodnění rozhodnutí srozumitelně nevymezí, popř. neuvede konkrétní důvody, proč neprovedl některé z navržených důkazů anebo proč jednotlivým tvrzením či námitkám účastníka řízení nepřisvědčil. K pojmu nepřezkoumatelnosti rozhodnutí srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2013, č. j. 1 Afs 92/2012-45, nebo ze dne 29. 6. 2017, č. j. 2 As 337/2016-64.

¹⁴ Pro účely tohoto článku se pohybuji v evropském právně-kulturním prostředí, kde jsou právní předpisy dominantním zdrojem platného práva. Tím nijak nezpochybňuji, že lze jinak uvažovat také o řešení právních případů na podkladě právních principů nebo jiných druhů formálních pramenů práva, mezi které patří nejen normativní smlouvy, ale zejména soudní precedenty, které mají především v oblastech pod vlivem angloamerické právní kultury stále své postavení, byť postupně ustupující narůstajícímu vlivu práva psaného. K tomu také viz KÜHN, Z. Jsou právní principy a soudcovská rozhodnutí pramenem práva? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2001, č. 3, s. 237–238.

¹⁵ Důvodem je skutečnost, že výklad práva lze do určité míry chápat jako subjektivní proces, který se odvíjí od individuálního přístupu soudce, pakliže musí dotvářet význam neurčitých právních pojmů, popř. pokud nevychází vlivem otevřené textury práva čistě z jazykového znění dotčeného ustanovení, ale opírá své úvahy a výkladové závěry mimo jiné o výklad teleologický, který na podkladě řešení případu zohledňuje účel dané právní úpravy. Účel právní normy pak lze (ve specifických případech) vnímat různým způsobem, přičemž může vést k podstatné modifikaci či korekci právní normy, ať ve smyslu omezení (redukci) nebo rozšíření (extenzi) jejího působení či právního následku. K tomu blíže viz REIMER, F. *Juristische Methodenlehre*, s. 173–174.

¹⁶ Zde pak bude hrát určitou roli, o kolizi jakých právních principů se jedná, jak bude později blíže vysvětleno.

Lze tedy shrnout, že mezi jednoduchými a složitými právními případy nelze stanovit jednoznačnou hranici, přičemž se mohou v určité podobě vyskytovat ve vazbě na oba metodologické postupy řešení právních případů.¹⁷

2. Subsumpce jako proces logického vyplývání?

Z hlediska pojmového vymezení, jehož smyslem je především postihnoutí základní podstaty nebo znaků zkoumaného jevu, bývá proces subsumpce často ztotožňován s procesem aplikace práva, respektive s jedním z hlavních kroků celého myšlenkového postupu.¹⁸ O tom svědčí také jednotlivé definice aplikace práva, které jsou za tímto účelem v teorii používány, přičemž z pochopitelných důvodů reflektují skutečnost, že subsumpce je metodologickým postupem, který je v soudní či obecně aplikační praxi standardně (v hojné míře) používán.¹⁹ Konkrétně lze poukázat na definici Aleše Gerlocha, podle kterého se aplikací práva rozumí zejména „kvalifikovaná forma realizace práva uskutečňovaná orgány veřejné moci, při níž dochází k podřazení (subsumpci) konkrétní skutkové podstaty pod příslušnou abstraktní skutkovou podstatu vyjádřenou v právní normě.“²⁰ Podobným způsobem se staví k vymezení daného pojmu také autorský kolektiv v čele s Jaromírem Harvánkem, když aplikaci práva obecně popisuje jako „druhé stádium realizace práva v linii tvorby právních norem – jejich použití na konkrétní dynamickou skutečnost (jejich aplikace). Jde tedy o použití určité statické právní normy na konkrétní případ lidského chování ve společnosti“.²¹ Lze se pak setkat ještě se stručnějším vymezením, podle kterého se v případě aplikace práva jedná prostě o „použití obecné právní normy na skutkový stav.“^{22, 23}

Ze všech výše uvedených definic lze abstrahovat několik postupných kroků, které jsou s aplikací práva v podobě subsumpce běžně spojovány: 1. určení skutkového stavu, 2. nalezení právní normy, 3. podřazení skutkového stavu pod právní normu a 4. vymezení právního následku. Nejedná se však o izolované kroky, nýbrž takové, které jsou navzájem provázány a podmíněny. Již jsem ukázal, že samotné zjištění skutkového stavu v nezbytném rozsahu může být často problematické, a to z více objektivních i subjektivních důvodů. Pokud se dostaneme k druhému kroku, tedy k nalezení právní normy, může vyvstávat otázka ohledně toho, jaká právní úprava má být vlastně na daný případ použita. Tím nemám na mysli případné střety norem nebo pochybnosti ohledně výkladu konkrétních ustanovení v právních předpisech, ať už kvůli výskytu neurčitých právních pojmů, anebo z jiných důvodů, ale samotné určení toho, v jaké oblasti právní regulace se budeme pohy-

¹⁷ KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2022, s. 41–44.

¹⁸ To potvrzuje také Knapp, když doslova píše, že: „*Usus communis právního jazyka používá výrazu aplikace často prostě ve významu subsumpce.*“ Viz KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 187.

¹⁹ Podle mého názoru lze mezi právníky považovat za obecně známou skutečnost, že subsumpce je běžně používaným metodologickým postupem při řešení právních případů, byť se vlivem obtíží se zjišťováním skutkového stavu nebo právní kvalifikace nemusí pravidelně jednat o jednoduchý případ, resp. takový, který by bylo možné bez dalšího řešit cestou logického vyplývání, tedy jednostranného podřazení skutkového stavu pod právní normu, jak bude později blíže rozvedeno.

²⁰ GERLOCH, A. *Teorie práva*. Dobrá voda: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2001, s. 179.

²¹ HARVÁNEK, J. a kol. *Právní teorie*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 279.

²² KOLLER, P. *Theorie des Rechts: Eine Einführung*. Böhlau: Böhlau Verlag Gesellschaft, 1992, s. 169.

²³ Jsem si samozřejmě vědom toho, že odkazované publikace jsou primárně určeny k propedeutickým (nikoliv vědeckým) účelům, což však podle mého názoru nevylučuje, aby byly využity výhradně pro účely rámcového a ve své podstatě kvalifikovaného vymezení pojmů, které jsou v právu běžně používány.

bovat.²⁴ Pokud dojde například k dopravní nehodě, při které bude v důsledku zaviněného jednání řidiče jiné osobě způsobena újma na zdraví, bude namísto uvažovat o tom, zda daný případ právně posuzovat jako přestupek,²⁵ některý z trestných činů připadajících v úvahu,²⁶ anebo v rovině soukromoprávní povinnosti nahradit poškozenému újmu na zdraví podle § 2958 občanského zákoníku. Teprve následně může být přistoupeno k výkladu rozhodné právní úpravy, abychom zjistili, zda ji můžeme na zjištěný skutkový stav aplikovat, či nikoliv.²⁷

Tento navazující krok již vyjadřuje samotnou podstatu subsumpce neboli podřazení skutkového stavu pod příslušnou právní normu, respektive soubor právních norem. Ve své podstatě se jedná o právní sylogismus, jakožto logicko-deduktivní postup, kdy se obecné pravidlo (horní premisa) použije v konkrétním případě (dolní premisa). Obecně se můžeme s takovým způsobem uvažování, kdy z nějaké premisy vyplývá konkrétní závěr, setkat zcela běžně. Právní relevanci má však pouze za předpokladu, že má oporu v právních předpisech, popř. v na jejich základě vydaných interních normativních aktech.²⁸ Abstraktně lze daný postup vysvětlit na následujícím schématu. Pokud právní norma stanovuje, že pro všechny osoby x platí: Pokud nějaká osoba x naplní skutkovou podstatu T , pak by z toho měl pro osobu x vyplývat právní následek R . Z toho lze dovodit, že osoby $x_{1,2,3...x}$, které naplnily skutkovou podstatu T , by měly nést následek R .²⁹

Abych tento příklad učinil více představitelný, můžu výše uvedené schéma konkretizovat, tedy demonstrovat na základní skutkové podstatě trestného činu těžkého ublížení na zdraví ve smyslu § 145 odst. 1 trestního zákoníku, podle kterého platí, že: „*Kdo jinému úmyslně způsobí těžkou újmu na zdraví, bude potrestán odnětím svobody na tři léta až deset let.*“ Z normativního hlediska můžeme hovořit o tom, že dané ustanovení zákona stanovuje sankci spojenou s naplněním skutkové podmínky, jejíž podstata spočívá v porušení implicitně stanoveného či předvídaného zákazu zasahovat jinému neoprávněně do zdraví (tělesné integrity), jakožto zájmu chráněnému trestním zákoníkem. Pokud tedy bude v řízení spolehlivě prokázáno, že osoba x_1 , říkejme jí například Pavel, vychrstla jiné osobě do obličeje kyselinu nebo jinou leptavou látku, v důsledku čehož tato osoba oslepla, mohli bychom intuitivně dospět k závěru, že Pavel se dopustil trestného činu těžkého ublížení na zdraví, protože mu má být soudem uložen trest odnětí svobody v zákonem stanoveném rozsahu.

²⁴ Jinak řečeno, v jakém řízení a jakým orgánem by měl být právní případ autoritativně vyřešen.

²⁵ Konkrétně by se mohlo jednat o skutkovou podstatu přestupku podle § 125c odst. 1 písm. h) zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

²⁶ V tomto případě by se mohlo jednat o trestný čin těžkého ublížení na zdraví z nedbalosti podle § 147 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“), nebo o trestný čin ublížení na zdraví podle § 148 téhož zákona. Rozdíl mezi těmito skutkovými podstatami bude zejména v povaze a rozsahu způsobených následků na zdraví poškozeného, což reflektuje zejména § 122 trestního zákoníku, který obsahuje legální definice ublížení na zdraví a těžké újmy na zdraví. V tomto směru je v obou definicích (popř. použitém výčtu) zohledněna jako rozlišovací kritérium doba spojená s rekonvalescencí, přičemž u ublížení na zdraví se vyžaduje kromě potřeby lékařského vyšetření také ztížení obvyklého způsobu života poškozeného alespoň po dobu sedmi dnů. V případě způsobení těžké újmy na zdraví je naopak za „delší dobu trvající poruchu zdraví“ považována doba alespoň v délce šesti týdnů. K tomu blíže viz ŠČERBA, F. a kol. *Trestní zákoník. Komentář*. 1. vydání (2. aktualizace). Praha: C. H. Beck, 2022.

²⁷ K tomu (ve vazbě na německou právní úpravu) srov. také RÜTHERS, B. – FISCHER, Ch. – BIRK, A. *Rechtstheorie und juristische Methodenlehre*. München: C. H. Beck, 2020, s. 114–415.

²⁸ Opomenout nelze ani normativní význam kolektivních smluv, pakliže by se jednalo o (mzdové) nároky v oblasti pracovního práva.

²⁹ KOLLER, P. *Theorie des Rechts: Eine Einführung*, s. 169.

Na první pohled se jedná o jednoduché vymezení právního následku na principu subsumpcie ve smyslu právního sylogismu. Je však vhodné připomenout, že takovému závěru musela z povahy věci předcházet řada kroků spojených s procesem zjišťování skutkového stavu a jeho právní kvalifikace. Příslušný trestní soud se totiž musel skrze dokazování zabývat nejen pouze objektivní stránkou trestného činu, tedy tím, zda Pavel výše uvedeným způsobem skutečně jednal a zákonem předvídaný následek způsobil. Naopak musel za pomoci systematického výkladu zohlednit také jiná ustanovení trestního zákoníku, která v podstatě stanovují další podmínky ve vazbě na naplnění hlavní hypotézy (negace dispozice) spojené s aplikací dané skutkové podstaty a uplatněním souvisejícího trestního postihu. Jinými slovy, příslušný soud musel zkoumat naplnění všech prvků subjektivní právní odpovědnosti. Předně musel věnovat pozornost tomu, zda je Pavel trestně odpovědný, a to nejen z hlediska věku, ale také přičetnosti, a to jak v rovině vědomí (schopnosti rozpoznat následky svého jednání), tak vůle (schopnost své jednání ovládnout). Současně musela být v kontextu okolností případu posuzována skutečnost, zda se Pavel daného jednání dopustil úmyslně, popř. zda nejednal v mezích nutné obrany, pakliže by přiměřeně reagoval na přímo hrozící nebo trvajících útok poškozeného. Všechny tyto a další kroky jsou nezbytnou podmínkou k tomu, aby mohla být subsumpcie skutkového stavu pod danou skutkovou podstatu trestného činu provedena, a to při současném respektování právních zásad presumpce nevinu a v pochybnostech ve prospěch. Nelze navíc opomenout, že vznik následku v podobě těžkého ublížení na zdraví nelze automaticky předvídat, ale musí být hodnocen na podkladě povahy a rozsahu zranění, popř. jeho následků, a to jak ve vazbě na související ustanovení trestního zákoníku,³⁰ tak při zohlednění jejich výkladu v doktríně a judikatuře. V opačném případě by se mohlo jednat o jiný trestný čin, který vykazuje odlišné formální znaky a podléhá z logiky věci jiné trestní sazbě. Všechny tyto úvahy se navíc stále týkají toliko otázky viny, nikoliv samotného uložení trestu, což je v mezích zákona záležitostí uvážení soudního orgánu, které musí reflektovat různé okolnosti případu a musí být řádně zdůvodněno.³¹

Podobným způsobem by bylo možné rozebírat také jiné skutkové podstaty trestných činů či jiných druhů veřejnoprávních deliktů, které se navzájem často odlišují toliko v míře společenské škodlivosti.³² Stejně tak je možné spatřovat podobné aplikační problémy v jiných oblastech právní regulace, včetně posuzování oprávněnosti různých nároků soukromoprávní povahy.³³ Tento modelový případ nicméně potvrzuje již vyslovenou tezi, že

³⁰ Jedná se o již odkazovaný § 122 trestního zákoníku.

³¹ Určitým návodem jsou v tomto směru § 41 a § 42 trestního zákoníku, které obsahují demonstrativní výčet polehčujících a přitěžujících okolností, které má soudce při úvahách o druhu a výši trestu zohlednit, pakliže nejsou již součástí formální stránky trestného činu, protože by se jednalo o porušení zákazu dvojího přičítání (např. ve vazbě na recidivu).

³² Jako příklad může sloužit projednávání přestupku proti majetku podle § 8 odst. 1 písm. a) bodu 1 zákona č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích, ve znění pozdějších předpisů, kterého se fyzická osoba dopustí krádeží. V § 205 odst. 1 písm. a) trestního zákoníku je totiž zakotvena skutková podstata trestného činu krádeže, které se pachatel dopustí tím, že si присvojí cizí věc tím, že se jí zmocní, a způsobí tak na cizím majetku škodu nikoliv nepatrnou. V podstatě je tak rozlišovacím kritériem právě míra společenské škodlivosti, která je v tomto případě vyjádřena výší vzniklé škody na majetku, kterou se pro účely trestněprávního postihu rozumí škoda nejméně ve výši 10 000 Kč, jak vyplývá z nedávno novelizovaného § 138 odst. 1 písm. a) trestního zákoníku. Jinak lze ve vztahu k projednání daného přestupku obecně hovořit v podstatě o identických právech obviněného, a to včetně souvisejících povinností správního orgánu, zejména ve vazbě na striktní uplatňování zásady presumpce nevinu, modifikované zásady materiální pravdy a zásady *in dubio pro reo*. Nelze samozřejmě opomenout rozdíl spočívající v tom, že přestupkové řízení je založeno na formálně-materiálním pojetí deliktu, což klade zvýšené požadavky na zdůvodnění společenské škodlivosti, která je v trestním právu uplatňována toliko ve formě materiálního korektivu (projev subsidiarity trestní represe).

označení nějakého právního případu za jednoduchý nelze odvozovat pouze z toho, že je v důsledku řešení za pomoci subsumpce, tedy cestou logického vyplývání, protože se jedná pouze o poslední krok komplexního a často kreativního postupu, který může být spojen s řadou problematických otázek skutkového i právního charakteru.

Kromě toho lze na daném případě demonstrovat skutečnost, že subsumpce není v zásadě založena na jednosměrném podřazení skutkového stavu pod příslušnou právní normu zakotvenou v zákoně. Příslušný orgán veřejné moci nepochybně přistupuje k řešení případu s určitým předporozuměním,³⁴ protože v tomto ohledu disponuje požadovanou erudicí a typicky také zkušeností. Z toho důvodu bude na podkladě základních skutkových kontur případu schopen provést jeho předběžné právní posouzení, tedy určení skutkové podstaty trestného činu, jejíž naplnění připadá do úvahy. Teprve následně bude postupně posuzovat naplnění předestřených podmínek pro uplatnění dané formy veřejnoprávní odpovědnosti, čemuž bude odpovídat také rozsah a zaměření dokazování neboli zjišťování relevantních skutkových okolností. Ve své podstatě tak bude dotyčný orgán veřejné moci na kruhovém principu oscilovat mezi skutkovou a právní rovinou případu, přičemž se nemůže zcela vyhnout tomu, že bude někdy muset v důsledku nových skutečností a související změny právní kvalifikace některé kroky zopakovat.³⁵

3. Proporcionalita jako cesta k řešení případů lidskoprávního charakteru

Proti výše popisované podstatě subsumpce, tedy postupu spočívajícímu v podřazení skutkového stavu pod právní normu zakotvenou typicky v nějakém ustanovení právního předpisu, bývá často stavěn do opozice princip proporcionality neboli poměřování. Rozlišování těchto dvou metodologických postupů ve své podstatě vychází z již tradičně uznávané a níže popisované dichotomie mezi způsoby řešení střetu právních norem a střetu právních principů jakožto konkrétních pravidel chování na straně jedné a abstraktních regulativních idejí na straně druhé. Právě rozdílná povaha těchto dvou forem práva se pak

³³ Pokud je například uplatňován nárok na náhradu újmy na zdraví vlivem jednání jiné osoby, bude muset příslušný soud na základě tvrzení účastníků a provedených důkazů posuzovat nejen otázky příčinné souvislosti, ale také (spolu)zavinění vzniklé újmy. Samotné uznání nároku na náhradu újmy navíc ještě nedává odpověď na otázku spojenou se samotnou výší odškodnění, která je požadována, což bude často velmi komplikovanou záležitostí soudního uvážení. Zpravidla se tak bude jednat o případy, které nelze rovněž spojit s jednoznačným řešením v podobě logického vyplývání, tedy jednosměrné aplikace odpovídajícího pravidla chování.

³⁴ Předporozumění úzce souvisí s výkladem textů. Jeho význam spočívá v tom, že umožňuje učinění předběžného úsudku nebo představy, která je následně konfrontována se samotným textem jako objektem interpretace, a to na kruhovém či opakujícím se principu. Za pomoci předporozumění věci pak soudce podvědomě filtruje relevantní skutkové okolnosti, a to ve vazbě na předběžné určení odpovídající právní normy, resp. právní úpravy, která má umožňovat dosažení správného (právně konformního) řešení případu. K tomu dále viz KLATT, M. *Juristische Hermeneutik*. In: HILGENDORF, E. – JOERDEN, J. C. (Hrsg.). *Handbuch Rechtsphilosophie*. Stuttgart: J. B. Metzler, 2016, s. 233–234.

³⁵ Na tyto aspekty procesu aplikace práva (subsumpce) poukazuje také Pavel Hölländer, když uvádí, že: „Počátkem aplikace práva je uvědomění si určitých empirických faktů a jejich prvotní právní posouzení (podřazení pod určitý prvotní právně-normativní rámec). Z tohoto rámce pak plyne nutnost zaostrění (zoomu), tj. nutnost přesného určení rozsahu skutkových zjištění, nezbytných pro naplnění skutkové podstaty daného (hypotetického) normativního rámce. Konfrontace takto vymezeného rozsahu skutkových zjištění se skutečně zjištěným skutkovým stavem pak vrací proces aplikace opět k právně-normativnímu rámci. Jeho výsledkem je buď možná korekce (tj. změna právní kvalifikace) anebo přijetí závěru o právní normou vyžadované korelaci (tj. závěr o možné subsumpci skutkových zjištění pod skutkovou podstatu dané právní normy). V případě změny právní kvalifikace nutno opět vymežit relevantní rozsah skutkových zjištění, nezbytných pro naplnění takto, tj. změněným způsobem, určené skutkové podstaty a celý postup opakovat HOLLÄNDER, P. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 3, s. 274.

odráží do metodologického způsobu jejich použití, a to ve vazbě na již uvedené metody subsumpce a porporcionality.³⁶

Pokud se nejprve zaměřím na právní normy, ty jsou buďto platné, nebo neplatné. Jinými slovy, platí způsobem „všechno nebo nic“, což znamená, že dvě navzájem rozporuplná právní pravidla nelze navzájem vyvažovat nebo poměřovat.³⁷ Představme si modelovou situaci, kdy jedna platná právní norma stanoví pod sankcí zákaz sběru hub v lese a jiná (současně platná) právní norma naopak takové jednání výslovně dovolí. V takovém případě by se adresát právní regulace nacházel ve schizofrenní situaci, protože by nemohl z povahy věci legitimně vyhodnotit, zda je jeho jednání v souladu s právem, či nikoliv. Současně by došlo k celkovému narušení pojetí práva jako jednotného a vnitřně koherentního systému pravidel, mezi kterými by nemělo docházet k logickým rozporům.³⁸

Za tímto účelem jsou proto používána tzv. kolizní výkladová pravidla, která umožňují v konkrétních případech řešit vzájemný střet právních norem upravujících rozdílně stejnou společenskou situaci, aniž by byla některá z nich zákonodárcem či jiným kompetentním orgánem výslovně derogována, tedy z právního řádu odstraněna. Primárním kritériem je v tomto ohledu právní síla, na které je celý právní řád hierarchicky vystaven. Za předpokladu, že nastane naznačený střet právních norem s různou právní silou, je vždy nutné preferovat tu, která se nachází na vyšším stupni, tedy disponuje vyšší právní silou (*lex superior derogat legi inferiori*). Typicky však bude docházet k tomu, že dvě právní normy disponují stejnou právní silou, protože se obě nacházejí ve stejném druhu právního předpisu. V takovém případě je namísto zabývat se tím, zda je mezi těmito normami dán vztah obecnosti a speciality. Uvedené lze dobře demonstrovat například na problematice darování lidských tkání a buněk, které podléhá obecné právní úpravě zakotvené v zákoně č. 296/2008 Sb., o zajištění jakosti a bezpečnosti lidských tkání a buněk určených k použití u člověka a o změně souvisejících zákonů (zákon o lidských tkáních a buňkách). Pakliže se však bude jednat o případ darování pohlavních buněk jako lidských buněk svého druhu pro účely asistované reprodukce v licencovaném zařízení, je potřeba přednostně aplikovat pravidla obsažená ve speciálním právním předpisu, kterým je zákon č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách (*lex specialis derogat legi generali*). Nelze samozřejmě vyloučit ani situaci, kdy se jedná o právní normy disponující nejen stejnou právní silou, ale také obecností nebo specialitou. V takovém případě je namísto uplatnit časové kritérium, které spočívá v tom, že přednost má právní norma přijatá později (*lex posterior derogat legi priori*).³⁹

U právních principů nelze postupovat stejným způsobem, protože mezi nimi logický rozpor nenastává.⁴⁰ Na druhou stranu nelze vyloučit, aby se různé právní principy v konkrétních případech dostaly do vzájemné kolize, která musí být ve prospěch jednoho z nich nějakým způsobem vyřešena. Jinými slovy, právní principy se od právních pravidel ve

³⁶ ALEX, R. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*. 2000, Vol. 13, No. 3, s. 295.

³⁷ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously: With a New Appendix, a Response to Critics*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, s. 24.

³⁸ MÖLLERS, T. *Juristische Methodenlehre*. C. H. Beck, 2021, s. 142–143.

³⁹ K teoretickému vymezení a historickým východiskům jednotlivých (výkladových) kolizních pravidel viz ibidem, s. 144.

⁴⁰ V tomto směru Ronald Dworkin výslovně rozlišuje politiky a principy. Přestože obojí považuje za určité standardy, které nelze za normy označovat, jsou politiky spojeny se stanovením (politického, ekonomického nebo společenského) cíle, kterého má být dosaženo. Principy jsou naopak standardy, které vyplývají z požadavků spravedlnosti, férovosti nebo nějaké jiné dimenze morálky. Viz DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, s. 22.

smyslu norem liší svojí strukturou a použitím, neboť o nich nelze uvažovat pouze binárně, tedy způsobem, že buďto platí, nebo neplatí. Naopak je u nich možné uvažovat o různé intenzitě platnosti, což se odráží v tom, že jim lze přikládat na rozdíl od norem různou míru významu či důležitosti. Z toho vyplývá, že ani jeden z kolidujících principů nelze považovat za neplatný pouze proto, že musel v individuálním případě a z rozumných důvodů ustoupit principu jinému.⁴¹ Rozdílnou povahu střetu právních pravidel a střetu právních principů ostatně zdůrazňuje rovněž Robert Alexy, který již principy a z hlediska struktury podobné standardy (politiky) chápe jako tzv. příkazy k optimalizaci, což znamená, že musí být při řešení vzájemné kolize usilováno o jejich naplnění v nejvyšší možné míře, a to jak ve vazbě na skutkové okolnosti, tak právní možnosti.⁴² Tím se podle něj liší od právních norem, kterou jsou svoji povahou příkazy definitivní, neboť jasně stanovují, co má být, tedy co se smí, nesmí nebo může.⁴³

Za účelem demonstrace povahy právních principů a způsobu řešení jejich kolize poté Alexy používá případ řešený německým Spolkovým ústavním soudem, ve kterém byla posuzována otázka, zda může být v rámci trestního řízení soudního projednáno obvinění vůči osobě, jejíž špatný zdravotní stav by v kombinaci se stresem způsobeným procesem mohl vést k újmě na zdraví, či dokonce ke smrti v důsledku srdeční mrtvice. V této souvislosti Alexy poukazuje na skutečnost, že zde na jedné straně stojí ochrana individuálního práva na zdraví a život obviněného a na straně druhé princip právního státu, který se odráží v požadavku na zachování fungujícího systému trestní justice. Na tomto případě poté ukazuje, že jeho řešení nespočívá ve zneplatnění jednoho nebo druhého principu, popř. stanovení nějaké výjimky z pravidla, ale jedná se o vymezení konkrétních podmínek (např. výše rizika nebo rozsah hrozící újmy na zdraví obviněného), za kterých jeden princip musí v daném případě tomu druhému ustoupit. Na základě toho Alexy formuluje tzv. kolizní zákon (*collision law* nebo *Kollisionsgesetz*), od kterého je řešení případu ve smyslu kolize právních principů odvozováno a jehož podstata obecně spočívá v tom, že: „*Podmínky, za kterých má jeden princip přednost před druhým, představují tzv. rozhodné skutečnosti pro pravidlo, které dává právní účinek principu považovanému za přednostní.*“⁴⁴

Jak poté uvádí Pavel Holländer, lze právě Alexyho koncepci považovat za obecné východisko pro praktické používání principu proporcionality neboli poměřování v kolizi stojících principů v ústavněprávním kontextu, tedy při řešení konkrétní kolize lidských práv a svobod.⁴⁵ Z dnešního pohledu lze již hovořit o tom, že princip proporcionality je ustáleným kritériem pro posuzování ústavnosti omezování základních práv. Jinými slovy, hlavním smyslem principu proporcionality je „*napevno stanovit metodologii, prostřednictvím které je možno určit, zda za konkrétních skutkových okolností je zásah do základního práva ústavně přijatelný.*“⁴⁶ K tomu je však vhodné doplnit, že použití daného metodologického postupu nemusí souviset výlučně s řešením kolize dvou základních práv a svobod navzá-

⁴¹ HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 143–145.

⁴² Ve vazbě na potřebu optimalizace Alexy koncipuje tzv. obecný zákon vyvažování (*balancing law* nebo *Abwägungsgesetz*), který zní: „*Čím intenzivnější je zásah do jednoho principu, tím důležitější je realizace druhého principu.*“ (překlad autora). Viz ALEXY, R. *On the Structure of Legal Principles*, s. 298.

⁴³ *Ibidem*, s. 295.

⁴⁴ V originálním jazyce Alexy formuluje kolizní zákon jako: „*The conditions under which one principle takes priority over another constitute the operative facts of a rule giving legal effect to the principle deemed prior.*“ Viz *ibidem*, s. 297.

⁴⁵ HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, s. 147.

⁴⁶ ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 95.

jem, ale může se nejen teoreticky, ale také prakticky používat rovněž při střetu základních práv nebo svobod s veřejnými zájmy, což kromě výše uvedeného příkladu dokládá rovněž judikatura českého Ústavního soudu.⁴⁷ Mým záměrem nicméně není podrobný rozbor jednotlivých přístupů ke způsobům nebo limitům uplatnění principu proporcionality,⁴⁸ ale spíše postihnout základního mechanismu jeho použití jako metodologického postupu, který lze vymezit vůči subsumpci jako základnímu způsobu řešení právních případů.⁴⁹

V této souvislosti se běžně setkáme spíše s používáním pojmu test proporcionality, což zdůrazňuje význam daného principu při posuzování neboli „testování“ přípustnosti omezení nějakého principu ve smyslu základního práva či veřejného zájmu. Z povahy věci lze dovodit, že se nebude na rozdíl od subsumpce jednat o postup spočívající v logickém vyplývání, tedy v aplikování obecného pravidla v konkrétním případě.⁵⁰ Řešení kolize dvou základních práv nebo veřejných zájmů pomocí jejich vyvažování je totiž primárně založeno na racionalitě a přesvědčivosti použité argumentace,⁵¹ na základě které bude zdůvodněno, proč jeden princip v daném případě převážil nad druhým principem.⁵² Současné však nelze vycházet z toho, že by se jednalo o nestrukturovanou argumentaci, tedy takovou, která by neměla nějaké standardizované kroky. Pokud budu pro účely tohoto článku vycházet toliko z představení klasického testu proporcionality, ten je historicky úzce spjat zejména s judikaturou německého Spolkového ústavního soudu, přičemž je složen ze tří základních kroků či složek, mezi které patří kritérium vhodnosti, potřebnosti a poměrování v užším slova smyslu.⁵³

V posuzování naplnění kritéria vhodnosti se odráží požadavek spočívající v tom, že omezení nějakého základního práva nebo svobody může legitimně dojít pouze za předpokladu, že se jedná o prostředek umožňující reálné dosažení nějakého legitimního cíle, typicky ochrany kolidujícího základního práva nebo veřejného zájmu. Pokud je dané kritérium splněno, posuzuje se požadavek potřebnosti, jehož podstata spočívá v hodnocení toho, zda by nebylo možné dosáhnout daného cíle jiným způsobem, popř. takovým, který

⁴⁷ Viz např. nálezy Ústavního soudu ze dne 11. 2. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 4/17, ze dne 14. 5. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 45/17, a ze dne 27. 1. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 19/14.

⁴⁸ V samotné judikatuře českého Ústavního soudu lze ostatně rozlišovat různé modifikace testu proporcionality, který je obecně založen na hledání odpovědi na otázky ohledně legitimitnosti stanoveného cíle, racionality prostředků vedoucích k jeho dosažení a (ne)existence alternativních prostředků umožňujících eliminaci nebo zmírnění dopadů do základního práva. Kromě toho lze totiž v judikatuře Ústavního soudu pozorovat rovněž pojetí proporcionality ve smyslu racionality nebo vyloučení toliko extrémní disproporcionality. K tomu blíže viz ONDŘEJEK, P. Princip proporcionality a další modely řešení kolizí základních práv. *Jurisprudence*. 2012, č. 1, s. 13–21.

⁴⁹ K odlišným pojetím testu proporcionality viz např. ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. Praha: Leges, 2021, s. 37–40.

⁵⁰ Odlišení metodologických postupů subsumpce a proporcionality naznačuje také Pavel Holländer, když uvádí, že: „V případě jejich určitosti postupujeme při aplikaci práva subsumpcí skutkových zjištění pod (relativně určitou) skutkovou podstatu normy a vyvozením normativního následku (respektive hermeneutickou spirálou oscilující mezi skutkovými zjištěními, skutkovou podstatou a normativním následkem). V případě opačném se otevírá prostor pro úvahu o aplikaci principu proporcionality (poměřování), přičemž neurčitost normativních premis může být důsledkem nejasnosti, nepřesnosti, vysoké míry obecnosti, neúplnosti formulování normativních premis, anebo jejich konfliktem [...]“ Viz HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, s. 274.

⁵¹ Zdeněk Červínek doslova píše: „Výše jsem uvedl, že ústavní soudy nejčastěji zkoumají ospravedlnitelnost omezení základních práv pomocí metody proporcionality. V tomto smyslu je proporcionalita podmnožinou racionality a slouží tak k naplnění výše zmíněného ideálu kultury ospravedlnění. [...] Metoda proporcionality totiž po těchto orgánech požaduje, aby svůj postup či rozhodování zdůvodnily za pomoci objektivních a racionálních důvodů, čímž pěstuje tzv. kulturu ospravedlnění.“ Viz ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 36–44.

⁵² ALEXY, R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, Vol. 16, No. 4, s. 433.

⁵³ ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 36.

bude z hlediska zásahu do základního práva nebo svobody šetrnější. Smyslem je tedy ospravedlnit pouze takové zásahy či omezení, která nejsou realizována ve větším než nezbytném rozsahu.⁵⁴ Posledním krokem je poté samotné poměřování v kolizi stojících základních práv nebo veřejných zájmů, který lze podle již citovaného Zdeňka Červínka spatřovat v posouzení otázky, „*zda existuje přiměřený vztah mezi újmou způsobenou omezenému základnímu právu a důležitostí důvodů svědčících ve prospěch opatření základního práva omezující, resp. zda opatření omezující základní práva svými negativními důsledky nepřesáhla pozitiva plynoucí z jejich přijetí ve prospěch ochrany jiných základních práv nebo veřejných zájmů.*“⁵⁵ Ve vazbě na proporcionalitu neboli poměřování v užším slova smyslu, tedy při individuálním posuzování závažnosti kolidujících základních práv či veřejných zájmů, lze poté v judikatuře českého Ústavního soudu pozorovat rovněž potřebu zohledňovat nejen empirické, ale také systémové, kontextové a hodnotové argumenty.⁵⁶

4. Hledání průsečíků mezi subsumpcí a proporcionalitou

Na základě výše popsané struktury testu proporcionality lze konstatovat, že jeho praktické použití je založeno na odlišném mechanismu než subsumpce, jakožto proces, jehož konečný výsledek spočívá v logickém vyplývání.⁵⁷ Přesto se lze v doktríně setkat rovněž

⁵⁴ Pavel Ondřejek nicméně poukazuje na problémy spojené s chápáním požadavku nezbytnosti ve smyslu potřeby hledání absolutně nejvhodnější úpravy umožňující dosažení legitimního cíle při méně intenzivním zásahu do základního práva. Podle něj by totiž neměly soudy dospět do stádia, kdy budou prostřednictvím individuálního přezkumu jednotlivých aktů moci zákonodárné a výkonné nepřiznávat možnost volby mezi různými způsoby regulace, pakliže jsou všechny ústavně konformní. Smyslem by tedy mělo být sice hledání alternativních možností, ale stále při zachování přiměřené intenzity soudního přezkumu. Viz k tomu ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*, s. 104.

⁵⁵ ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 36.

⁵⁶ Uvedené argumenty pak byly obsahově blíže vymezeny v nálezu Ústavního soudu ze dne 9. 10. 1996, sp. zn. Pl. ÚS 15/96: „*Empirickým argumentem lze chápat faktickou závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva. Systémový argument znamená zvažování smyslu a zařazení dotčeného základního práva či svobody v systému základních práv a svobod. Kontextovým argumentem lze rozumět další negativní dopady omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného. Hodnotový argument představuje zvažování pozitiv v kolizi stojících základních práv vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.*“ Dále viz také nálezu Ústavního soudu ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94 (použití důkazu anonymního svědka v trestním řízení).

⁵⁷ K tomu je třeba doplnit, že vedle subsumpce a proporcionality je v odborném diskurzu diskutováno také o existenci *analogie* jako třetího a svojí povahou svébytného metodologického postupu, který nemůže být vyjádřen pomocí deduktivního (subsumpce) nebo aritmetického (proporcionalita) schématu, neboť je založen na srovnávání, resp. hledání skutkových podobností právních případů, byť k němu vždy dochází kontextuálně a na pozadí právních principů, které z hlediska účelu ovlivňují nejen tvorbu konkrétních pravidel, ale také jejich dotváření cestou výkladu. Uvedené Alexy ukazuje na známém příkladu H. L. A. Harta ohledně regulace zákazu vjezdu do parku za předpokladu, kdy bude v jednotlivých případech posuzováno, zda se daný zákaz má vztahovat nejen na motorová vozidla (automobily), ale také třeba na kola nebo motorové skútry. V této souvislosti zdůrazňuje, že soud bude na podkladě srovnání různých okolností případů zohledňovat jak sledovanou ochranu zájmu na pokojném užívání parku (znečištění ovzduší, hluk apod.), tak skutečnost, že má být obecně jeho účelem rekreace obyvatel, k čemuž může docházet mimo jiné jízdu na kole nebo na jiných „vozidlech“. Vyvažování kolidujících principů (zájmů) je proto podle Alexyho předpokladem pro racionální zdůvodnění výsledku, kterého bude srovnáním dosaženo. Z mého pohledu je však označení analogie jako svébytného aplikačního postupu přinejmenším diskutní, protože ve svém důsledku bude řešení odvozováno od nějakého existujícího pravidla, pod které bude po náležitém výkladu (mimo jiné pomocí srovnávání případů a hledání podobností či sdíleného účelu) skutkový stav podřazen. Jinými slovy, nakonec se nějaké obecné a předem stanovené pravidlo deduktivně použije na konkrétní případ. Analogie zde tedy nestojí osamoceně, ale je spíše prostředkem k tomu, aby bylo použití subsumpce v obtížných případech racionálně zdůvodněno. Výjimkou mohou být situace, kdy právní norma řešící podobné případy zcela absentuje, pročež nicméně musí být ona „mezera v zákoně nebo v jiném normativním aktu“ řešena (vyjma případů veřejnoprávního trestání či postihu) na podkladě přílehlajícího právního principu, popř. kolize v úvahu

s opačným přístupem, který je založen na snaze o částečnou syntézu neboli hledání společných znaků obou na první pohled konkurujících způsobů rozhodování právních případů. V této souvislosti Pavel Ondřejek poukazuje na skutečnost, že součástí subsumpce je mimo jiné posuzování toho, zda jsou splněny v hypotéze právní normy vymezené podmínky pro individualizaci pravidla chování v posuzované věci. Podle jeho názoru lze obdobným způsobem uvažovat v situacích ústavněprávního přezkumu nějakého ustanovení zákona, které se svými účinky dotýká ochrany základních práv a svobod. Jako příklad uvádí právní úpravu, která by zakazovala propagaci náboženských symbolů na školách a ve školských zařízeních, což by bylo možné chápat jako konflikt mezi náboženskou svobodou na straně jedné a ochranou veřejného zájmu zachovat nábožensky neutrální vzdělávací prostředí na straně druhé. Na daném příkladu vysvětluje, že ústavněprávní přezkum daného ustanovení spočívá *de facto* v hodnocení stanoveného zákazu buďto jako nepřijatelného omezení náboženské svobody, nebo jako legitimního způsobu k ochraně kolidujícího veřejného zájmu. Jinými slovy, posuzování podmínek pro naplnění hypotézy právní normy probíhá za pomoci principu proporcionality.⁵⁸

Aniž bych měl tendence výše předestřené úvahy zpochybňovat, je třeba připomenout, že se primárně vztahují ke specifické situaci ústavního přezkumu norem, které mají lidsko-právní konotace. Subsumpce je naopak svým způsobem univerzální postup, který umožňuje řešit právní případy různorodého charakteru, včetně takových, které nemají nějaký zvláštní hodnotový rozměr. Pokud si pak odmyslíme proces abstraktní kontroly norem, jsou oba metodologické postupy používány při řešení individuálních právních případů, což znamená, že jsou z povahy věci shodně navázány na konkrétní skutkový stav, který musí být v potřebném rozsahu zjištěn a posouzen. Co je však odlišuje, je myšlenkový postup spojený s provedením právní kvalifikace. Zatímco u subsumpce se jedná o hledání deduktivního řešení na podkladě nějaké konkrétní právní úpravy, byť vyžadující složitější interpretaci za pomoci standardizovaných výkladových metod, je proporcionalita typicky spojena s vyvažováním abstraktních principů, přestože k němu bude zpravidla docházet na pozadí nějaké právní úpravy, ze které jsou dovozovány nároky účastníka řízení spojené s tvrzeným zásahem do jeho základních práv a svobod. Jednoduše řečeno, při uplatnění testu proporcionality není z povahy věci možné učinit právní závěr vycházející přímo z nějakého existujícího pravidla chování, z něhož by bezprostředně vyplývalo, proč bylo rozhodnuto určitým způsobem. Z toho důvodu považuji vzájemné rozlišování těchto metodologických postupů za relevantní, což nic nemění na tom, že oba mají v procesu aplikace práva své místo a použití, a to ve vazbě na povahu projednávaného případu, popř. povahu řešených otázek právního charakteru. Nejedná se tedy o konkurující kategorie, ale spíše dva samostatné metodologické postupy, mezi kterými je z hlediska rozsahu a způsobu použití dán vztah obecnosti a speciality.⁵⁹

Možnost hledání spojnice mezi subsumpcí a proporcionalitou podle mého názoru nespočívá ve způsobu jejich použití, ale spíše v posouzení společné (ne)možnosti dosáhnout

připadajících protichůdných principů, čímž se však *de facto* dostáváme do oblasti poměřování neboli proporcionality. K tomu blíže viz ALEXY, R. Two or Three? In: BOROWSKI, M. (ed.). *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, s. 9–18.

⁵⁸ ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*, s. 118–119.

⁵⁹ Tento obecný závěr v podstatě nerozporuje ani Pavel Ondřejek, když s odkazem na Thomase Kuhna výslovně uvádí, že princip proporcionality nemění paradigma aplikace práva, ale může být chápán jako jeho specifikum či anomálie. Viz *ibidem*, s. 119.

naprosté objektivizace myšlenkových postupů, což souvisí jak s problematikou předvídatelnosti rozhodování, tak s následnou potřebou přesvědčivosti a „transparentnosti“ jeho výsledku.⁶⁰ Pokud se nejprve opět zaměřím na praktické uplatnění subsumpce při řešení právních případů, je vhodné připomenout, že se ve správní či soudní praxi vyskytují rovněž skutkově a právně natolik jednoduché případy, že aplikujícímu orgánu neumožní nic jiného, než postupovat v souladu s doslovným zněním normativního textu, čímž se sice *ad hoc* stane oním „subsumpčním automatem“, ale s tím rozdílem, že výsledek celého procesu bude pro účastníka řízení z objektivního hlediska předvídatelný a z pohledu soudu jednoznačně zdůvodnitelný, a to bez nutnosti použití sofistikované právní argumentace. Na druhou stranu se při aplikaci právních norem setkáme rovněž s případy, které vyjma obtíží při zjišťování a hodnocení skutkového stavu (ve vazbě na již diskutované procesní zásady) vyvolávají potřebu použití nejen jazykového výkladu, ale také dalších výkladových metod. Často k tomu dochází za předpokladu, že není vlivem abstraktnosti právní úpravy na první pohled zřejmé, zda lze projednávaný a nikoliv „typový“ případ podřadit pod podmínkovou část právní normy, zpravidla vlivem výskytu neurčitých právních pojmů, vyžadujících individuální dotvoření pravidla, které bude reflektovat mimo jiné účel právní regulace a specifické okolnosti případu. Z teoretického hlediska lze hovořit o otevřené textuře práva, která poskytuje rozhodujícímu orgánu prostor k tomu, aby volil mezi více možnostmi výkladových řešení, přestože samozřejmě musí svoji volbu řádně zdůvodnit. V důsledku toho je zajištěna nezbytná míra flexibility práva, protože není možné do zákona pojmut všechny myslitelné situace, na které by měla právní norma dopadat.⁶¹ Na druhou stranu se tím logicky oslabuje předvídatelnost rozhodování,⁶² protože účastník řízení nemůže s jistotou očekávat, že aplikující orgán se přikloní právě k jednomu z výkladů či řešení případu přicházejících v úvahu. Zákonodárce samozřejmě může souběžně existující zájmy v podobě právní jistoty a flexibility práva částečně korigovat, a to nejen za pomoci legálních definic nebo taxativních či demonstrativních výčtů v právních předpisech, ale rovněž objasněním svého záměru v důvodové zprávě, která může skrze užití historického výkladu „manévrovací prostor“ příslušného orgánu veřejné moci usměrňovat. Nezpochybnitelný však podle mě zůstává fakt, že subsumpce umožňuje pouze v omezeném rozsahu použití čistě logicko-deduktivního postupu, jehož výsledek je spolehlivě předvídatelný, přičemž po rozhodujícím orgánu nevyžaduje sofistikovanou argumentaci nad rámec normativního textu, tedy takovou, na základě které jsou úvahy stran řešení „složitého“ případu přezkoumatelné a z pohledu účastníka řízení „transparentní“.⁶³

⁶⁰ Z procesněprávního hlediska je v tomto směru významný zejména již zmíněný požadavek přezkoumatelnosti rozhodnutí.

⁶¹ Na nezbytnost určité míry neurčitosti právní regulace ostatně upozorňuje také Lukáš Hlouch, když uvádí: „Na druhé straně však právní život sám přináší situace, kdy vágnost užitých formulací způsobuje onu představu ‚gumových‘, ‚elastických‘ či ‚pružných‘ (plastických – tedy tvárných) právních konstrukcí, které se umí lépe přizpůsobit potřebám skutečných životních příběhů, pro něž jsou právotvůrcem konstruovány. Proto lze nepochybně tvrdit, že vágnost může být chápána též jako žádoucí vlastnost výrazu práva, ba dokonce jako komplementární princip doplňující právně-politický požadavek určitosti a srozumitelnosti právních textů. Řečeno velmi diplomaticky, právo potřebuje být určité i neurčité, tak jak to vyžadují situace, které jsou jím regulované.“ Viz HLOUCH, L. Neurčitost jako vlastnost právních pojmů. *Ratio Publica*. 2022, č. 2, s. 80–81.

⁶² Záměrně používám pojem předvídatelnost rozhodování jako dílčí projev právní jistoty, protože procesní zásada legitimního očekávání se primárně týká požadavku, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly (viz také § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů), jedná se tedy v určitém slova smyslu o kontinuitu rozhodování ve vztahu k otázkám, které již byly dříve řešeny.

⁶³ K tomu také viz KOLLER, P. *Theorie des Rechts: Eine Einführung*, s. 202–203.

Otázka předvídatelnosti a transparentnosti je diskutována rovněž ve vazbě na uplatnění testu proporcionality jakožto metodologického nástroje k řešení případů založených na kolizi lidských práv a svobod, popř. veřejných zájmů. V tomto směru je problém subjektivity rozhodování spojen zejména s posledním krokem daného testu, tedy se samotným vyvažováním neboli proporcionalitou v užším slova smyslu. Někteří autoři poté argumentují tím, že nelze dospět k řešení kolize principů, které by bylo racionální, nikoliv libovolné nebo založené na obecně uznávaných zvycích či hierarchiích.⁶⁴ Uvedenému přístupu či stanovisku se snaží oponovat Robert Alexy, když zdůrazňuje možnost využití výsledků aplikace principu proporcionality v soudním rozhodování, a to konkrétně v judikatuře německého Spolkového ústavního soudu. Na podkladě několika významných rozhodnutí ukazuje, že je zejména v některých případech možné vytvořit určitou škálu či stupně závažnosti zásahu do chráněných práv či statků,⁶⁵ a to v úrovni „lehká“ (*light*), „střední“ (*moderate*) a „vážná“ (*serious*). Posouzení intenzity se má odvíjet jak od skutkových okolností případu, tak od povahy kolidujících práv či veřejných zájmů.⁶⁶ K tomu Alexy dodává, že lze uvažovat o redukci, nebo naopak rozšiřování dané škály, tedy koncipování dalších stupňů závažnosti nebo intenzity, přestože sám nepovažuje takové směřování za vhodné, neboť by vytvořilo či spíše prohloubilo problémy spojené s orientací, tedy určením a zdůvodněním, jaká míra závažnosti byla v konkrétním případě naplněna.⁶⁷

Ve snaze čelit namítané iracionalitě způsobu uplatnění principu proporcionality Alexy dále koncipuje tzv. vážící formuli a její specifické varianty (ve vazbě na vyšší abstraktní váhu některých principů),⁶⁸ jejichž smyslem je konkrétní myšlenkový postup poměřování blíže objasnit. Za tímto účelem používá vzorce, které mají za pomoci proměnných v rovnici znázornit argumentační postup při vyvažování v kolizi stojících principů. Jednotlivé proměnné poté *de facto* vyjadřují kritéria poměřování, přičemž jejich číselné vyjádření má pouze symbolickou hodnotu, protože reprezentuje předpoklady pro řešení

⁶⁴ Za jednoho ze zastánců daného přístupu či kritiky lze označit rovněž Jürgena Habermase, který výslovně hovoří o iracionalitě zdůvodnění výsledku poměřování, když uvádí: „Protože normy a principy si mohou na základě svého deontologického charakteru nárokovat univerzální závaznost, a ne jen zvláštní preferenci, mají větší ospravedlňující sílu než hodnoty. Hodnoty musí být případ od případu uváděny do tranzitivního uspořádání s jinými hodnotami. Protože v tomto směru neexistují racionální standardy, vážení probíhá buď arbitrárně, nebo nerefektovaně, podle obvyklých standardů a hierarchií.“ (překlad autora). Viz HABERMAS, J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996, s. 259.

⁶⁵ Mezi tyto kategorie lze zahrnovat jak statky materiální neboli vyčíslitelné cenou, tak statky duchovní, jako jsou například práva osobnostní povahy. Viz také ČERVÍNEK, Z. Alexyho teorie proporcionality: kritická reflexe. *Právník*. 2020, roč. 159, č. 12, s. 911–912.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 436–439.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 443.

⁶⁸ V tomto směru lze poukázat zejména na význam práva na život a lidské důstojnosti. Jak uvádí Alexy, lidská důstojnost má více významů, přičemž může být chápána rovněž jako abstraktní právní princip, kterému je třeba ve vazbě na uplatnění vážící formule přisuzovat větší váhu, což v jejím případě vytváří sklony k určité absolutizaci, o které však nelze rovněž s odkazem na rozhodování německého Spolkového ústavního soudu hovořit, protože zásahy do lidské důstojnosti určité intenzity připouští, a to ve vazbě na ochranu jiných chráněných hodnot, resp. veřejných zájmů. V této souvislosti nicméně Alexy zdůrazňuje, že je třeba specificky pojímat případy tragických nebo extrémních zásahů do lidské důstojnosti (popř. také práva na život), a to například v podobě mučení teroristy za účelem odhalení bomby nebo sestřelení uneseného letadla s pasažéry, které by mohlo být použito jako zbraň. Jedná se totiž o situace, kde budou proměnné na straně lidské důstojnosti naplněny v nejvyšší hodnotě, protože lze o legitimitě takového zásahu uvažovat pouze tehdy, pokud bude kolidující princip rovněž naplněn v maximální míře. V opačném případě by se podle Alexyho jednalo o zásah protiústavní. Blíže viz ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 867–878.

vzniklé kolize, které mají ve skutečnosti povahu úsudků o stupních intenzity posuzovaného zásahu.⁶⁹

Jedná se pouze o velmi stručné představení významu vážící formule, které je však ve vztahu k tématu tohoto článku postačující k demonstraci toho, že Alexy skrze vytvoření matematicky znázorněného mechanismu výpočtu usiluje o určitou formu racionalizace myšlenkových postupů soudců řešících případy lidskoprávního charakteru. Přijaté rozhodnutí je pak výsledkem konkrétního použití vážící formule, jehož popis v odůvodnění rozhodnutí umožňuje ze strany účastníků řízení nebo dalších orgánů či osob zpětnou rekonstrukci úvah a závěrů ohledně toho, proč jeden princip převážil nad druhým. Podle Tomáše Korefa je však vhodné vnímat test proporcionality spíše jako nástroj zdůvodnění přijatého řešení než jako postup, na základě kterého soudce ke svému rozhodnutí skutečně dospívá. V tomto ohledu zdůrazňuje význam intuice, když soudce při posuzování případů, na které právní řád neposkytuje jednoznačnou odpověď, nepostupuje deduktivně, tedy od premis k závěru, ale naopak si nejprve učiní počáteční úsudek o řešení lidskoprávní kolize, respektive o ústavnosti či neústavnosti opatření nebo zásahu, kterým bylo do jednoho z kolidujících principů zasaženo.⁷⁰ Jedná se nicméně pouze o předběžný úsudek ve smyslu derivativní ústavní normy,⁷¹ která ve vazbě na posuzovaný skutkový stav stanovuje, proč byl jeden princip upřednostněn před druhým principem. Test proporcionality poté slouží za účelem následného ověření, zda byl intuitivně učiněný úsudek správný, respektive zda je přijaté řešení racionálně zdůvodnitelné.⁷²

Souhlasím s tím, že soudce přistupuje (podobně jako u subsumpce) rovněž k těmto druhům případů nejen s jistým předporozuměním, ale také s určitou představou o možném výsledku, popř. argumentech, které by mohly svědčit ve prospěch jednoho nebo dru-

⁶⁹ Podrobněji ke struktuře vážící formule a jejích komponentů viz ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 443–448.

⁷⁰ Teoretickým východiskem je využití abdukce, která je vedle dedukce a indukce řazena mezi základní způsoby uvažování, byť je ve vztahu k řešení právních případů mnohdy opomíjena. Zatímco dedukce vždy spočívá v aplikaci obecného pravidla v konkrétním případě, je indukce založena na vytvoření pravidla na základě pozorování jednotlivých případů, přičemž pravdivost takto učiněného závěru se odvíjí od velikosti pozorovaného vzorku, resp. od množství zohledňovaných případů. Abdukce má sice rovněž empirický základ, protože se odvíjí od pozorování nějakých skutečností, ale jejím cílem je vytvoření či generování vlastní hypotézy, která má potenciál nejlépe či nejhodněji vysvětlit pozorované jevy a fakta. Jak poté vysvětluje Katarzyna Żák Krzyżanková, abdukci lze v právu využít jak při zjišťování skutkového stavu, tak při právní kvalifikaci. Vytvoření hypotézy ve smyslu předběžného úsudku totiž mimo jiné usměrňuje proces dokazování rozhodných skutečností a současně umožňuje přijetí právní kvalifikace, která nejvíce připadá v úvahu (při zohlednění odlišné pozice či role soudce a třeba právního zástupce). V neposlední řadě má abdukce svůj význam pro interpretaci rozhodné právní úpravy (právních norem), když umožňuje zejména v případech jazykové neurčitosti normativního textu učinit hypotézu o jednom nebo více možných interpretačních závěrech, které pak budou ověřovány či selektovány na základě dalších výkladových metod. K užití abdukce v právu blíže viz ŽÁK KRZYŻANKOVÁ, K. K roli abdukce v právním myšlení aneb jak poznatky o abdukci mohou zvýšit pro-systémovost interpretace a aplikace práva. *Acta Universitatis Carolinae – Juridica*. 2019, roč. 65, č. 4, s. 82–87.

⁷¹ Za derivativní ústavní normu můžeme obecně považovat takovou normu, která neplyne přímo z dikce normativního textu ústavněprávního charakteru, ale jejíž existence nebo implicitní zakotvení může být za pomoci odpovídajících argumentů racionálně zdůvodněno. V podmínkách konkrétního ústavněprávního případu lze proto za derivativní ústavní normu považovat rovněž pravidlo získané kontextuálním poměřováním v kolizi stojících principů, pod které lze poté posuzovaný skutkový stav de facto podřadit. V této souvislosti pak Alexy hovoří o ústavní derivativní normě doslova jako o precedentu, který má argumentační základ, protože může být na podkladě jiných (později uplatněných) argumentů zrušen, resp. překonán. Viz ALEXY, R. Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law*. 2018, Vol. 16, No. 3, s. 875–878.

⁷² KOREF, T. Abduktivní úsudek při rozhodování kolizí základních práv. In: ŽÁK KRZYŻANKOVÁ, K. a kol. (eds). *Lidská práva na roz(s)cestí*. Praha: Auditorium, 2022, s. 180–184.

hého z kolidujících principů, což mu umožňuje učinit si předběžný úsudek ať už o konkrétním výsledku, anebo o více konkurujících řešeních, která podle jeho názoru připadají do úvahy. Ať už však budeme test proporcionality chápat jako cestu k nalezení rozhodnutí, nebo jako pouhý nástroj k ověření již dříve (intuitivně) učiněného závěru, nic to nemění na tom, že podrobnější a na skutkový stav navázané přiblížení jeho použití v odůvodnění rozhodnutí povede v obou případech ke zvýšení racionality a celkové „transparentnosti“ přijatého výsledku, což je z pohledu účastníka řízení nepochybně žádoucí.

Na druhou stranu nelze racionalitu a transparentnost rozhodnutí ani ve věci kolize právních principů zaměňovat s jeho předvídatelností, kterou lze chápat tak, že řešení případu je možné dopředu s určitou mírou spolehlivosti dovodit, nebo dokonce objektivizovat. Podobně jako u subsumpce spatřuji problém v tom, že lidskoprávní případy mohou mít různou podobu, a to nejen ve vazbě na rozmanitý a stále se utvářející katalog základních práv a svobod, ale rovněž proto, že jejich kolize navzájem nebo vůči veřejným zájmům mohou vytvářet různé skutkové situace, jejichž řešení je značně individuální, tedy těžko předvídatelné. Za účelem zmírnění těchto projevů může sloužit určitá forma kategorizace, což by znamenalo, že jednotlivým právním principům by byla předem stanovena odlišná abstraktní váha či míra důležitosti. Dané řešení nicméně kritizuje Tomáš Lalík, když ve vazbě na problematiku (ne)souměřitelnosti hodnot mimo jiné namítá, že vytváření různých kategorií lidských práv a svobod, včetně jejich hierarchizace pro účely řešení kolize právních principů, není optimální, protože má za následek rozhodování podle předdefinovaných parametrů, což potlačuje roli soudců a neumožňuje jim jak řádně zohledňovat specifické okolnosti případu, tak zachovat potřebnou míru flexibility práva.⁷³

Podle mého názoru lze souhlasit s tím, že představa, aby každému lidskému právu, svobodě nebo veřejnému zájmu byla dopředu a na neměnném základě přidělena číselná nebo jinak vyjádřená hodnota váhy nebo důležitosti, přičemž soudce by jen dosadil do rovnice dopředu známé proměnné, je utopická. Důvodem je nejen pestrost výskytu veřejných zájmů a neuzavřenost katalogu základních práv a svobod,⁷⁴ ale také skutečnost, že v rámci jednotlivých „kategorií“ lidských práv a svobod by bylo obtížné jejich abstraktní váhu navzájem stanovit.⁷⁵ Kromě toho nelze opomenout, že v praxi běžně dochází ke kolizi stejných lidských práv, například práva na soukromý a rodinný život dvou různých osob, kde se řešení případu bez důsledného zohlednění kontextu v podstatě neobejde. Na druhou stranu připomínám, že již v současné době existují hodnoty, kterým je přisuzován dokonce absolutní charakter, tedy bez možnosti vyvažování s jinými hodnotami, popř. právy nebo veřejnými zájmy. Typickým příkladem je absolutní zákaz uvěznění pro dluh ve smyslu neschopnosti dostát svému smluvnímu závazku, který je závazně stanoven v Protokolu č. 4 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.⁷⁶ Přestože by bylo nepochybně možné argumentovat tím, že uvedený zákaz je mimo jiné v rozporu se

⁷³ LALÍK, T. Vyvažovanie – nesúmerateľnosť, racionalita a tragédia. *Ratio Publica*. 2021, č. 1, s. 73.

⁷⁴ V tomto směru hraje podstatnou roli zejména modernizace společnosti a vývoj nových technologií, které mají zásadní dopad do života jednotlivců, včetně související potřeby náležité ochrany.

⁷⁵ To samozřejmě nepochybně potvrzuje skutečnost, že obecně bude přisuzována jiná abstraktní váha právům občanským a politickým oproti právům sociálním, jejichž univerzální charakter a garance jako lidských práv jsou obecně problematické. K povaze a struktuře sociálních práv blíže viz HAPLA, M. *Lidská práva bez metafyziky: legitimita v (post)moderní době*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 45–48.

⁷⁶ Zákaz uvěznění pro dluh pak samozřejmě nevylučuje odnětí svobody za specifických okolností, zejména za situace, kdy byl vznik dluhu následkem podvodu. Viz Protocol No. 4 to the Convention [online]. *Council of Europe* [cit. 29. 3. 2023]. Dostupné z: <<https://www.coe.int/en/web/echr-toolkit/protocol-4>>.

zájmem věřitelů či obecně společnosti, aby byly nastaveny dostatečně efektivní právní postihy motivující dlužníka ke splnění závazku, může se dlužník jeho absolutní povahy dovolávat a příslušné orgány ho musí respektovat. Jiným příkladem může být zákaz mučení, který je zakotven hned v několika mezinárodních dokumentech⁷⁷ a jehož absolutní charakter byl opakovaně potvrzen judikaturou Evropského soudu pro lidská práva.⁷⁸ Stejně jako výše, také v tomto případě si lze představit různé morální a právní argumenty proti striktní koncepci a pojetí zákazu mučení, zejména za předpokladu, že by mělo sloužit k záchraně života jiných osob. Jednalo by se však ve vztahu k případnému vyvažování o onen excesivní zásah do lidské důstojnosti⁷⁹, která je v určitém významu považována za východisko soudobého systému lidskoprávní ochrany, ačkoliv nejsou její hranice výjma zákazu mučení a jiných explicitně stanovených zásahů jednoznačně stanoveny.^{80, 81} Jinak je to v případě práva na život, které sice nelze považovat za absolutní, ale přesto ho není možné hodnotově ztotožňovat s jinými lidskými právy či svobodami, u kterých jsou podmínky pro vyvažování stanoveny abstraktnějším způsobem, a to typicky skrze individuální posuzování, zda je přijaté opatření v demokratické společnosti nezbytné pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost nebo ochranu veřejného zdraví a mravnosti.⁸² Za nepřijatelné porušení práva na život lze naopak považovat *de facto* jakékoliv situace, které nespádají pod zákonem výslovně stanovené výjimky související především s ochranou života jiných osob.⁸³ Již z toho lze podle mého názoru usuzovat, že systém lidskoprávní ochrany je z hodnotového hlediska alespoň částečně (ve prospěch některých hodnot) vnitřně diferenciován, přičemž by tomu tak z rozumných důvodů mělo být, ať už cestou všeobecného zakotvení v právních dokumentech, anebo *ad hoc* přiřazováním vyšší abstraktní váhy či důležitosti při soudním rozhodování konkrétních případů. Ačkoliv tímto nechci zpochybnit, že lidská práva a svobody mají ve svém souhrnu umožnit realizaci různých složek osobnosti člověka jako svobodné bytosti, je pochopitelné, že bez náležité ochrany jeho samotné (biologické) existence a integrity nemá ochrana soukromí, svobody projevu nebo dalších hodnot své reálné opodstatnění. Hypoteticky je navíc absurdní uvažovat o možnosti poměrování práva na život například s právem na soukromí nebo se svobodou projevu. Nelze totiž považovat za oprávněný výkon práva někoho na soukromí nebo svobodu projevu, když jiného usmrtí proto, že chtěl tímto vyjádřit subjektivní pocit bezvýznamnosti jeho života, anebo řešit situaci, kdy ho daná osoba každý den pozorovala a bez souhlasu natáčela přes okna sousedního domu, čímž mu neoprávněně zasahovala do soukromí. V uvedených situacích by totiž vyvažování principů patrně vůbec nenastalo, protože by nebyly splněny ani předcházející kroky

⁷⁷ Na evropské úrovni daný zákaz vyplývá zejména z čl. 3 ve spojení s čl. 15 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, popř. také z Úmluvy o zabránění mučení a nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání.

⁷⁸ Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights – Prohibition of Torture [online]. *Council of Europe*. 31. 8. 2022 [cit. 29. 3. 2023]. Dostupné z: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_ENG.pdf>.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ K různé povaze lidské důstojnosti viz např. HORÁK, F. Lidská důstojnost v ústavním právu: legitimní argument nebo axiom? *Jurisprudence*. 2017, č. 4, s. 3–14.

⁸¹ S ohledem na nemožnost vyvažování s jinými hodnotami lze proto dospět k závěru, že výše uvedené (absolutní) zákazy lze za současného právního stavu aplikovat na jednotlivé případy nikoliv za pomoci proporcionality, ale spíše subsumpce, tedy ve smyslu logického vyplývání.

⁸² K tomu srov. např. čl. 16 odst. 4, čl. 17 odst. 4 nebo čl. 20 odst. 3 ústavního zákona č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod (dále jen „Listina“).

⁸³ Uvedené lze dovozovat již z dikce čl. 6 odst. 4 Listiny.

testu proporcionality. Pokud se nějaké „vyvažování“ v neprospěch práva na život reálně nabízí, bude to zejména za situace, kdy bude jeho porušením usilováno o ochranu života nebo zdraví jiných osob, popř. ochranu vybraných veřejných zájmů, a to ve vazbě na okolnosti případu, na čemž je ostatně současná právní úprava založena.⁸⁴ Uvedené (hypotetické) příklady nicméně nesouvisí výlučně s otázkou (ne)souměřitelnosti některých hodnot či základních práv, ale otevírají rovněž možnost zkoumání legitimacy výkonu práva jako podmínky ústavnosti. Jinými slovy, ne každý domnělý výkon (základního) práva musí požívat právní ochrany, pakliže ze své podstaty odporuje nejen jejímu účelu, ale také hodnotovému systému lidských práv a společnosti jako takové.⁸⁵ Pozitivní právo a judikatura ostatně výslovně pamatují na situace, kdy nějaké jednání nelze podle individuálních okolností považovat za výkon práva, ale naopak jeho zneužití, které nepožívá právní ochrany.⁸⁶ Ačkoliv se lze v současné době setkat spíše s uplatňováním daného institutu ve vazbě na obcházení prostého zákona nebo účelové či obstrukční zneužívání procesních práv,⁸⁷ nelze vyloučit, že se jedná o problematiku, která bude mít v budoucnu aplikačně daleko širší význam. Jinými slovy, může být zásadní rovněž pro řešení naznačených případů ústavněprávního charakteru a související užití testu proporcionality, což nicméně vyvolává potřebu dalšího zkoumání a vedení odborné diskuze.

Lze tedy shrnout, že při řešení právních případů je nutné rozlišovat mezi předvídatelností rozhodnutí na straně jedné a jeho následným racionálním zdůvodněním na straně druhé. Co se týče otázky předvídatelnosti jako projevu právní jistoty, je problematická jak u subsumpce, tak proporcionality, pakliže se jedná o „složitější případy“, které buďto neumožňují jednoduché podřazení skutkového stavu pod právní normu, anebo nespočívají v řešení kolize právních principů, u kterého by bylo možné uvažovat o určité formě objektivizace výsledku proto, že jednomu z kolidujících principů byla předem přisouzena vyšší abstraktní váha či míra důležitosti.⁸⁸ Otázka předvídatelnosti se pak nepřímo promítá také do způsobu zdůvodnění přijatého řešení, které bude muset spočívat v sofistikované argumentaci zejména za předpokladu, že v úvahu přicházelo více výkladových závěrů, popř. se jednalo o kolizi právních principů, u kterých nelze *a priori* uvažovat o přiřazené absolutní nebo vyšší abstraktní váhy jednomu z nich, pročež musí být převážení jednoho nad druhým přesvědčivě zdůvodněno, a to při důsledném zohlednění individuálních okolností případu.

⁸⁴ Kromě již výše odkazovaného článku Listiny lze poukázat na přílehlavé okolnosti vylučující protiprávnost (zejména ve smyslu nutné obrany nebo oprávněného použití zbraně) podle § 29 a § 32 trestního zákoníku, popř. na související podmínky použití zbraně policistou podle § 56 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

⁸⁵ Význam společenského dobra nebo užitku při posuzování individuální povahy lidských práv a jejich ochrany, včetně specifického významu práva na vlastní zachování a obranu, lze ostatně pozorovat také v přístupech klasických myslitelů, čímž se z historické perspektivy podrobněji zabývá rovněž Martin Abel ve svém nedávno publikovaném článku. Blíže viz ABEL, M. Is Individualism the Intrinsic Quality of Natural Rights? *Ratio Publica*. 2022, No. 1, s. 17–19.

⁸⁶ K tomu srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 11. 2016, sp. zn. 4 Afs 137/2016: „[...] zneužitím práva je situace, kdy někdo vykoná své subjektivní právo k neodůvodněné újmě někoho jiného nebo společnosti a zdánlivě dovoleným chováním ve skutečnosti dosahuje výsledku nedovoleného. Právo musí předkládat svým adresátům racionální vzorce chování, které slouží k rozumnému uspořádání společenských vztahů. Smyslu práva proto odpovídá jen taková aplikace právního předpisu, která uvedené uspořádání vztahů ve společnosti respektuje. Výkonu práva, který je vlastně jeho zneužitím, proto soud nemůže poskytnout ochranu.“

⁸⁷ Viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 5. 2022, sp. zn. 4 Afs 376/2021, ze dne 7. 12. 2007, sp. zn. 1 Afs 35/2007, ze dne 26. 5. 2016, sp. zn. 1 As 157/2015, nebo rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové – pobočka v Pardubicích ze dne 15. 7. 2020, sp. zn. 52 A 100/2019.

⁸⁸ Jak jsem již konstatoval výše, považuji to ve vztahu k některým právním principům za legitimní a opodstatněné.

Závěr

V tomto článku jsem se zabýval metodologickou stránkou procesu aplikace práva. Mým cílem bylo nejen zkoumat celkovou podstatu řešení právních případů, ale také představit a porovnat povahu a způsob použití subsumpce a proporcionality jakožto dvou základních metodologických postupů. Za tímto účelem jsem nejprve věnoval pozornost vymezení jednotlivých rovin právních případů a jejich kategorizaci. V tomto ohledu jsem zdůraznil, že rozlišování mezi skutkovými a právními aspekty případu je zcela zásadní, protože se odráží jak ve specifických postupech orgánů aplikujících právo, tak v souvisejících procesních aspektech a možnostech samotných účastníků řízení. Co se pak týče kategorizace jednoduchých a složitých případů, bylo mým záměrem zdůraznit, že jejich klasifikace není založena pouze na tom, zda je případ řešen jedním nebo druhým metodologickým postupem (subsumpcí nebo proporcionalitou), protože oba z nich mohou být a pravidelně jsou spojeny s nějakým argumentačním problémem.

Ve druhé části textu jsem se již zaměřil na samotné vymezení podstaty subsumpce jakožto postupu, který je principiálně založen na logickém vyplývání. V této souvislosti jsem na podkladě výše uvedeného rozlišování skutkové a právní roviny identifikoval problematické aspekty, které mohou být s řešením případů tohoto druhu běžně spojovány. Na základě toho jsem chtěl ukázat, že podřazení skutkového stavu pod právní normu ve smyslu právního sylogismu zpravidla předchází mnohdy komplikovaný proces spočívající v selektivním zjišťování rozhodných skutečností, a to při důsledném zohlednění různých procesních zásad ovládajících jednotlivá právní odvětví. Kromě toho bude aplikující orgán mnohdy čelit rovněž problémům právního charakteru, když bude muset za pomoci standardizovaných výkladových metod přesvědčivě vyargumentovat, zda dané pravidlo chování na jím projednávaný případ dopadá, či nikoliv. Následně jsem již věnoval pozornost principu proporcionality, který má své hodnotové základy mimo jiné v rozlišování povahy střetu norem a střetu právních principů, mezi kterými nemůže z povahy věci docházet k logickým rozporům. To se pak odráží v potřebě vytvoření jiného metodologického postupu, který má v klasickém provedení podobu třístupňového textu proporcionality. Na podkladě doktríny jsem proto provedl nejen vymezení podstaty a významu jednotlivých kroků či v rámci nich zohledňovaných kritérií, ale také snahy o hledání cest k předvídatelnosti rozhodnutí a ke zdůvodnění racionality použité argumentace, na které by mělo být použít principu proporcionality při řešení (lidsko)právních případů založeno. V tomto ohledu jsem dospěl k závěru, že povahové rozdíly mezi proporcionalitou a subsumpcí nelze zcela překonat. Určitou spojnicí lze spatřovat spíše v tom, že použití obou těchto metodologických postupů je až na případy ryzího právního sylogismu a řešení kolize „nesouměřitelných“ právních principů vždy spojeno s určitou nepředvídatelností konečného rozhodnutí, čímž se jen zesiluje požadavek na jeho náležitě a racionálně zdůvodnění, byť bude z povahy věci vždy vykazovat určitou míru subjektivity.

GLOSA

Nahrazení cookies třetích stran ambiciózním systémem Google FLoC

Jakub Klodwig*

Abstrakt: Identifikace koncových zařízení a cílení jejich uživatelů je významně se vyvíjející oblastí, která ovlivňuje každodenní život miliard lidí. Technologické společnosti pod tlakem veřejnosti zakazují používání problematických cookies třetích stran a přicházejí s novými metodami i celými systémy fungování online cílení a behaviorální reklamy. Nové však nemusí znamenat lepší, ale může přinést další či trvalé omezení soukromí, tak jak se o to pokusila společnost Google prostřednictvím systému FLoC (Federated Learning of Cohorts). Tento článek vysvětluje fungování systému FLoC, jímž společnost Google plánovala vyřešit tlak na zákaz cookies třetích stran ve svém dominantním prohlížeči Google Chrome. Propracovaný systém kohort, na kterém společnost Google pracovala řadu let, měl kompletně nahradit cookies třetích stran a současně ještě vylepšit pozici Googlu na trhu online marketingu. Nejen že by totiž Google implementací systému kohort zhoršil postavení ostatních společností nabízejících online behaviorální reklamu, jelikož by musely vycházet z dat, které poskytuje právě systém Google Kohort, ale současně se nový systém kompletně vyhnul regulaci ochrany osobních údajů. Jaké změny, trhliny a rizika měl systém kohort přinést, jak reagovali zástupci odborné veřejnosti, ale i jiní soutěžitelé, a co nakonec způsobilo, že Google svůj nový systém kohort zavrhl, se v článku pokouším mapovat a diskutovat z pohledu ochrany soukromí.

Klíčová slova: soukromí, Google, cookies, online marketing, ePrivacy, FLoC, Google Topics

Úvodem: Aktuální metody identifikace koncových zařízení

Soubory cookies jsou nejrozšířenějším způsobem sledování uživatelů na internetu.¹ Jedná se o malé textové soubory, které navštívený web ukládá² do prohlížečů jeho návštěvníků a tímto způsobem obchází anonymitu klasického http protokolu.³ Soubory cookies

* JUDr. Jakub Klodwig, doktorand, Ústav práva a technologií Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: Jakub.Klodwig@mail.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9599-2043>. Tento článek vznikl za podpory projektu *Centrum excelence pro kyberkriminalitu, kyberbezpečnost a ochranu kritických informačních infrastruktur* (CZ.02.1.01/0.0/0.0/16_019/0000822).

1 KLODWIG, Jakub. *Pokročilé metody identifikace koncových zařízení*. In: JANOVEC, Michal a kol. (eds). *COFOLA 2020: Sborník příspěvků mladých právníků, doktorandů a právních vědců* [online]. Brno: Masarykova univerzita, 2020, s. 1096 [cit. 16. 4. 2022]. Dostupné z: <<https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola/2020/cofola2020.pdf>>; ROESNER, Franziska – KOHNO, Tadayoshi – WETHERALL, David. *Detecting and Defending Against Third-Party Tracking on the Web*. *9th USENIX Symposium on Networked Systems Design and Implementation* [online]. 2012, s. 1. Dostupné z: <<https://www.usenix.org/system/files/conference/nsdi12/nsdi12-final17.pdf>>.

2 Česká právní úprava, která je implementací čl. 5 odst. 3 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (Směrnice o soukromí a elektronických komunikacích), v § 89 odst. 3 zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, vyžaduje pro netechnické či nevyžádané ukládání nebo čtení dat z koncového zařízení předchozí souhlas uživatele. Podrobněji je tato problematika vysvětlena např. v KLODWIG, Jakub. *Ochrana soukromí v kontextu koncových zařízení uživatelů*. Diplomová práce. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2019, s. 56.

3 Hypertext Transfer Protocol (http) je klasický bezstavový protokol, který neumí uchovávat stav komunikace a takto postupně identifikovat uživatele, kteří na stránku přistoupí. Přistoupivší uživatel je tak v tomto protokolu bez dalšího vždy nejprve neznámý.

dělíme na cookies prvních stran, které jsou ukládány webem, na kterém se uživatel aktuálně nachází, a cookies třetích stran, které do prohlížečů koncových zařízení ukládají další jiné weby než ten, který si uživatel aktuálně načel. Zatímco cookies prvních stran mohou být ještě považovány za relativně přijatelný nástroj pro zjišťování informací o uživateli, kteří na daný web přistupují, cookies třetích stran jsou odbornou veřejností označovány za jeden z nejintruzivnějších nástrojů pro soukromí koncového uživatele.⁴ Hlavní rozdíl mezi těmito druhy cookies je, že cookies třetích stran fungují *cross-site*, neboli napříč webovými stránkami. To znamená, že když uživatel přistoupí na webovou stránku A, cookies prvních stran budou pouze z této webové stránky A, zatímco cookies třetích stran budou z dalších webových stránek B či C. Uživatel tedy může mít oprávněné očekávání, že jej bude při procházení stránkou sledovat stránka A, na které se nachází, ale nikoliv že si bude současně data ukládat i jiná webová stránka B nebo C. Nelze totiž předem určit, jaké webové stránky budou své cookies třetích stran ukládat, přičemž se může jednat i o webové stránky, na které uživatel nikdy nevstoupil a ani vstoupit v budoucnu nemusí. V důsledku cookies třetích stran však o něm budou i tyto webové stránky zpracovávat data.

Tento problém je o to větší, že množství stran, které cookies třetích stran do zařízení uloží, může být v řádu desítek nebo i stovek. Uživatel, který tak bez rozmyslu odklikne vyskakovací okno s žádostí o souhlas, nevědomky otevřel stavidla pro sledování nejen konkrétní webové stránce, na kterou přistoupil, ale i velkému množství dalších subjektů. Problém je navíc násoben tím, že každá z těchto webových stránek potenciálně může data sdílet se svými „partnery“ napříč internetem. Není proto divu, že se ve společnosti postupně rozšířilo povědomí o negativním vlivu cookies třetích stran. Jednotlivé prohlížeče proto postupně na tuto poptávku veřejnosti reagovaly a ve svém výchozím nastavení začaly cookies třetích stran zakazovat. Druhý i třetí nejrozšířenější prohlížeč na trhu, tedy prohlížeče Safari a Firefox, zablokovaly ve svých nastaveních cookies třetích stran již v roce 2013.⁵ Tímto vstřícným krokem směrem k soukromí svých uživatelů tak *de facto* z pozice definiční autority zamezily v pokračování těchto nepřiměřených zásahů do soukromí uživatelů.⁶

1. Vzestup FLoC

Není náhodou, že poslední prohlížeč, který se k zákazu cookies třetích stran odhodlal, byl začátkem roku 2020 Google Chrome (dále jen „Chrome“). Ten v rámci iniciativy Privacy Sandbox (usilující o omezení sledování uživatelů napříč weby) tehdy deklaroval, že do dvou let také zakáže cookies třetích stran.⁷ Chrome, který však již tou dobou byl domi-

⁴ CARDLYTICS. Third-Party Cookies and Their Impact on Privacy. In: *Cardlytics* [online]. 25. 3. 2022 [cit. 2022-12-04]. Dostupné z: <<https://www.cardlytics.com/blog/third-party-cookies-and-their-impact-on-privacy/>>; NOUWENS, Midas et al. *Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence*. CHI 2020 Paper, Honolulu, April 25–30, 2020, s. 5. Dostupné z: <<https://people.csail.mit.edu/ilaria/papers/Midas-MITCHI2020.pdf>>. DOI: 10.1145/3313831.3376321.

⁵ BUMP, Pamela. The Death of the Third-Party Cookie: What Marketers Need to Know About Google's 2022 Phase-Out. In: *blog.hubspot.com* [online]. 27. 7. 2022 [cit. 2022-12-06]. Dostupné z: <<https://blog.hubspot.com/marketing/third-party-cookie-phase-out>>.

⁶ POLČÁK, Radim. *Právo informačních technologií*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2018, s. 12.

⁷ GOOGLE, INC. Building a More Private Web: A Path towards Making Third Party Cookies Obsolete In: *Blog Chromium* [online]. 2020, s. 1 [cit. 29. 3. 2020]. Dostupné z: <https://blog.chromium.org/2020/01/building-more-private-web-path-towards.html>.

nantním prohlížečem, ovládajícím zhruba 60 % trhu,⁸ potřeboval přijít s jiným řešením, díky němuž by mohl dále prodávat online reklamu, která produkuje přes 80 %⁹ veškerých příjmů společnosti Google Inc. (dále jen „Google“).

Z toho důvodu byl představen projekt *Federated Learning of Cohorts* (dále jen „FLoC“), který měl nahradit cookies třetích stran tak, aby mohl Google i nadále poskytovat svým inzerentům behaviorální reklamu. Systém měl fungovat tak, že webové stránky nejprve pomocí cookies a dalších nástrojů prvních stran uživatele identifikují a přiřadí jim ID,¹⁰ které následně zařadí do skupin s ID dalších prohlížečů, jejichž uživatelé projeví obdobné zájmy. Těmto skupinám Google přezdívá „kohorty“ a je to základní stavební prvek jeho nového systému FLoC. Jakmile jsou totiž uživatelé zařazeni do kohorty, Google dále pracuje pouze s kohortou jako s celkem, a nikoliv s jednotlivými ID. Ani sám Google tedy není schopen v rámci kohorty identifikovat konkrétního uživatele, a tedy dále již necílí na jednoho uživatele, ale na kohortu uživatelů se stejnými zájmy. Každý uživatel je zařazen do většího množství kohort v závislosti na jeho zjištěných zájmech, které se budou postupně aktualizovat. Takovými kohortami může být například kohorta milovníků fotbalu, kohorta levicových ekonomů nebo kohorta zájemců o pilates. ID kohort se navíc mělo měnit každý týden na základě posledních aktivit uživatele a aktualizovat tak zařazení do jednotlivých kohort.¹¹ Výhodou tohoto systému je, že data uživatelů neměla být ukládána na externích serverech, ale ke generování ID prostřednictvím algoritmu SimHash mělo docházet pouze lokálně na koncovém zařízení uživatele. Údaje o kohortách, do kterých bude uživatel na základě jeho předešlého chování zařazen, sice mají být každému běžně dostupné v koncovém zařízení, ale Google Chrome nebude kohortám přidělovat žádné označení pojící se s materiálním důvodem pro jejich vznik. Kohorty dostupné v koncovém zařízení tak budou mít pouze formální označení jako např. A123, C228, nebo C340.

Google, který byl již v roce 2020 pod tlakem, aby cookies třetích stran ve svém prohlížeči také zakázal, se snažil své řešení FLoC prezentovat jako pro-uživatelský krok v zájmu podpory ochrany soukromí. Leitmotiv počínání Googlu však byl od počátku relativně zřejmý. Bylo jím hledání systému, který by anonymizoval uživatele pouze do té míry, aby bylo možné plně využívat přesné behaviorální cílení a nadále prodávat personalizovanou online reklamu.

Tento cíl FLoC naplnil velmi dobře. Nejenže pozdržel úplné zrušení cookies třetích stran o několik let (cookies třetích stran nebyly v Chromu dosud zrušeny!), ale poskytl Googlu zdánlivý punc společnosti snažící se o zlepšení uživatelského soukromí za současného dosažení kvality cílené reklamy na úrovni 95% účinnosti¹² oproti tradičnímu sledování uživatelů prostřednictvím cookies třetích stran.¹³ Tah je pro Google přínosný také

⁸ STATCOUNTER. StatCounter Global Stats – Browser, OS, Search Engine Including Mobile Usage Share. In: *StatCounter Global Stats* [online]. 2022 [cit. 2020-03-29]. Dostupné z: <<https://gs.statcounter.com>>.

⁹ GLOBALDATA. Google's Revenue (2002–2021). *LinkedIn* [online]. 2022 [cit. 4. 12. 2022]. Dostupné z: <<https://www.linkedin.com/company/globaldatapl/>>.

¹⁰ Jedná se o jedinečný identifikátor tvořený zpravidla alfanumerickou řadou znaků.

¹¹ TECHNOGLITZ. Co je FLoC společnosti Google a jak jste sledováni online? In: *TechnoglitZ* [online]. [cit. 2022-12-06]. Dostupné z: <<https://technoglitZ.com/czechrepublic/co-je-floc-spolecnosti-google-a-jak-jste-sledovani-online>>.

¹² SCHIFF, Allison. The Industry Reacts To Google's Bold Claim That FLoCs Are 95% As Effective As Cookies. In: *AdExchanger* [online]. 26. 1. 2021 [cit. 2022-12-09]. Dostupné z: <<https://www.adexchanger.com/online-advertising/the-industry-reacts-to-googles-bold-claim-that-flocs-are-95-as-effective-as-cookies/>>.

¹³ JEŽEK, David. Novou sledovací techniku Google FLoC odmítají Vivaldi, Brave i DuckDuckGo. In: *Root.cz* [online]. 16. 4. 2021 [cit. 2022-12-09]. Dostupné z: <<https://www.root.cz/clanky/novou-sledovaci-techniku-google-floc-odmitaji-vivaldi-brave-i-duckduckgo/>>.

ve vztahu k regulaci ochrany osobních údajů, které se FLoC elegantně vyhne. Regulace ochrany osobních údajů totiž dopadá pouze na fyzické osoby, které jsou dle čl. 4 odst. 1 nařízení č. 2016/679 obecné nařízení o ochraně osobních údajů (dále jen „GDPR“) identifikované nebo identifikovatelné. Díky tomu, že kohorty mají být záměrně nastaveny tak, že sdružují skupinu osob, která díky zavedeným interním mechanismům systému nikdy nemá být tak malá, aby byla schopna identifikovat jednotlivce, nikdy by tak nemělo docházet ke zpracování osobních údajů. Velice významný je však také další efekt systému kohort, který nemusí být na první pohled zřejmý. Je jím pohled nekalé soutěže.

Analýza a způsob využívání kohort, dostupných v koncových zařízeních, zůstane ve FLoC na schopnostech reklamního průmyslu. Jakákoliv marketingová společnost si tak sice může sama nastavit způsob svého cílení, nicméně se významná část reklamních operací přesune do prohlížeče koncového zařízení, a tudíž mimo jejich dosah. Je proto zřejmé, že když bude jednotlivé kohorty nastavovat a spravovat právě Google, marketingový nástroj Googlu bude pravděpodobně nejefektivnější. Google si tímto krokem pod svoji faktickou kontrolu stahuje další významné činnosti a data a umocňuje tak svůj vliv. V jeho dominantním prohlížeči (a tedy již ve všech relevantních prohlížečích) bude nastaven zákaz ukládání cookies třetích stran, což zásadně omezí jiné metody identifikace. Jiní potenciální soutěžitelé na poli online marketingu tímto přijdou o velice efektivní cookies třetích stran bez adekvátní náhrady. Alternativu pak naleznou pravděpodobně jen v analyzování kohort, v nichž však vždy bude mít náskok právě Google.

Tento krok je proto nutné posuzovat v kontextu čl. 102 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „SFEU“), který stanoví, že: „S vnitřním trhem je neslučitelné, a proto zakázané, pokud to může ovlivnit obchod mezi členskými státy, aby jeden nebo více podniků zneužívaly dominantního postavení na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části.“ Vzhledem k tomu, že Google má na daném trhu dominantní postavení, dojde prostřednictvím nového systému kohort k dalšímu omezení vlivu ostatních soutěžitelů, což dle mého názoru naplní výše uvedenou definici zneužití dominantního postavení.

2. Kritika a pád FLoC

Po představení systému FLoC si Google vysloužil řadu nesouhlasných reakcí a výzev k bojkotu nového systému.¹⁴ FLoC schytl kritiku například od významné mezinárodní neziskové organizace Electronic Frontier Foundation (EFF), která ve svém blogu uvedla, že v kohortách vidí pouze nový systém sledování, který nahradí starý systém sledování bez pozitivního vlivu na ochranu soukromí uživatelů.¹⁵ EFF pak konkrétně upozornil na možné kombinování metody fingerprintingu¹⁶ s již uloženými skupinami kohort v prohlížeči. Pomocí řady kohort, do kterých bude uživatel zařazen a které budou dostupné

¹⁴ COOKIEYES. Google FLoC: A Third-Party Cookie Alternative. In: *CookieYes* [online]. 17. 6. 2022 [cit. 2022-12-11]. Dostupné z: <<https://www.cookieyes.com/blog/what-is-google-floc/>>.

¹⁵ CYPHERS, Bennett. Google's FLoC Is a Terrible Idea. In: *Electronic Frontier Foundation* [online]. 3. 3. 2021 [cit. 2021-03-11]. Dostupné z: <<https://www.eff.org/deeplinks/2021/03/googles-floc-terrible-idea>>.

¹⁶ Fingerprintingem se rozumí metoda identifikace koncového zařízení spočívající ve využívání technických údajů o zařízení, které jsou dostupné při přístupu zařízení na webovou stránku. Kombinací jednotlivých technických údajů, jako je například aktuální verze prohlížeče, MAC adresa, šifra zobrazované úhlopříčky a mnoho dalších údajů, lze uživatele s vysokou pravděpodobností identifikovat. Více viz KLODWIG, Jakub. *Ochrana soukromí v kontextu koncových zařízení uživatelů*, s. 30.

v koncovém zařízení, se totiž znatelně zvýší úspěšnost fingerprintingu, čímž bude uživatel touto metodou identifikován mnohem přesněji než dříve.

V článku s názvem *No, Google! Vivaldi users will not get FLoC'ed*. společnosti Vivaldi Technologies, provozující freewarový multiplatformní internetový prohlížeč, Vivaldi deklaruje, že FLoC nebude na prohlížeči Vivaldi funkční. Odůvodňuje to tím, že se FLoC spoléhá na některá skrytá nastavení v prohlížeči, která Vivaldi blokuje.¹⁷ Upozorňuje také na to, že Chrome musí volat servery Google, aby zkontroloval, zda může být spuštěn, jelikož Google FLoC zatím spustil pouze v těch částech světa, které nespádají do působnosti nařízení GDPR.¹⁸

Vivaldi pak shrnuje, že zatímco dosud se k profilování používaly cookies a local storage,¹⁹ FLoC toto pouze integruje do nitra prohlížeče Chrome, který profiluje uživatele na základě mnohem většího množství dat. Kohorty totiž budou agregovat data i z těch webů, které dříve cookies třetích stran nepoužívaly, a proto bude docházet k profilování prostřednictvím daleko většího množství webů, a tedy i na základě většího množství dat.²⁰

Další zajímavé vymezení se pochází od prohlížeče Brave, který slovy svého zakladatele a tvůrce JavaScriptu, Brendana Eich, hovoří o FLoC jako o promarněné šanci, nepochopení konceptu ochrany soukromí a škodlivosti pro koncové uživatele.²¹ Brave tak ve svém blogovém příspěvku otevírá problematiku zpracování zvláštních kategorií osobních údajů podle čl. 9 GDPR. Těmto údajům, které zahrnují například informace o zdravotním stavu, sexuální orientaci, politických názorech nebo o víře, se Google ve tvorbě svých kohort chce vyhnout tak, že kohorty s tímto citlivým obsahem nebude vytvářet, nebo upravovat algoritmus, který kohorty vytváří tím způsobem, aby takové korelace omezil.²²

Jak ale Brave trefně uvádí, rozhodnout, že jsou určité osobní údaje citlivé a nebude z nich generovat kohortu, může Google pouze po tom, co tyto údaje z koncového zařízení zpracuje a analyzuje. Navíc vytváření výčtu citlivých údajů je vysoce problematické a ve společnosti relativně subjektivní. Zatímco zařazení jedné osoby do kohorty sdružující lidi se zájmem v dívčím oblečení může zrcadlit jednoduše ženské pohlaví uživatelky, v jiném případě se může jednat o velice citlivou informaci o dospívajícím chlapci. Stejně tak zařazení v kohortě se zájmem o malé děti může sdružovat jak pediatry, tak i pedofily, a proto je zařazení určité informace mezi osobní údaje dle čl. 9 GDPR velice morálně ale i právně problematické. Brave proto pokládá otázku, kdo je Google, aby mohl rozhodovat, které informace o koncových uživateli jsou citlivé a které nejsou.²³ Kontext je proto důležitý a cílení na základě citlivých dat by mohlo snadno vést k diskriminaci.

Reklama nastavená na základě těchto citlivých dat by navíc mohla koncovým uživatelům velice přitížit. Pokud by se například zobrazovaly teenagerovi na jeho mobilu a počítači reklamy na ženské oblečení a mohli to zahlédnout jeho spolužáci, nebo pokud by Rusa

¹⁷ VON TETZCHNER, Jon. *No, Google! Vivaldi users will not get FloC'ed*. In: *Vivaldi Blog* [online]. 13. 4. 2021 [cit. 2022-12-10]. Dostupné z: <<https://vivaldi.com/blog/no-google-vivaldi-users-will-not-get-floced/>>.

¹⁸ COOKIEYES. *Google FLoC*.

¹⁹ Jako *local storage* je označováno úložiště ve webovém prohlížeči uživatele, ke kterému může být přístupováno pouze prostřednictvím uživatele.

²⁰ VON TETZCHNER, Jon. *No, Google! Vivaldi users will not get FloC'ed*.

²¹ EICH, Brendan – SNYDER, Peter. *Why Brave Disables FLoC*. In: *Brave Browser* [online]. 12. 4. 2021 [cit. 2022-12-10]. Dostupné z: <<https://brave.com/why-brave-disables-floc/>>.

²² MARCOSCACERES. *Excluding sensitive categories*. In: *Web Incubator CG* [online]. 2022 [cit. 2022-12-10]. Dostupné z: <<https://github.com/WICG/floc>>.

²³ EICH, Brendan – SNYDER, Peter. *Why Brave Disables FLoC*.

přístupujícího k určitým webovým stránkám, které dříve cookies neshbíraly, začal FLoC řadit do kohorty podporující NATO. Plošnost sběru dat FLoC, jejich přístupnost v prohlížeči a efekt na zobrazovaný obsah tak nemusí ve výsledku narušovat pouze soukromí, ale může mít i další zásadní dopady.

Z výše uvedených důvodů byl projekt FLoC velice kritizován již od svého představení. Žádný z velkých prohlížečů včetně Opery, Mozilly Firefox či Applu nevyjádřil podporu projektu FLoC, přičemž naopak Brave, Vivaldi, DuckDuckGo a Microsoft Edge jej ve svých prohlížečích zakázaly. Další významné technologické společnosti jako Oracle nebo WordPress jej aktivně kritizovaly, či dokonce chystaly jeho blokaci.²⁴

Poslední ranou pro FLoC pak pravděpodobně bylo vyšetřování Evropské komise. Ta se snažila zjistit, zda Google neporušil pravidla hospodářské soutěže EU tím, že si uživatelská data na webových stránkách a v aplikacích vyhradil pro vlastní zpracování pro reklamní účely a omezil k nim tak přístup třetích stran.²⁵ Google totiž shromažďuje údaje pro účely cílené reklamy, prodává reklamní prostor a působí také jako zprostředkovatel online reklamy, a je tedy přítomen na všech úrovních dodavatelského řetězce online grafické reklamy.²⁶ Tím může být ohrožen čl. 102 SFEU zakazující zneužívání dominantního postavení. Vyšetřování Evropskou komisí bylo zahájeno již 22. 6. 2021, ale vzhledem k tomu, že právo nestanoví žádnou lhůtu pro možné trvání antimonopolního šetření, není jisté, kdy bude zveřejněn jeho výsledek.²⁷ Vyšetřování Evropskou komisí spolu s řadou dalších žalob stran soukromých marketingových společností každopádně nakonec vedlo k rozhodnutí Google FLoC zrušit a začít vyvíjet nové odlišné a pravděpodobně i dobrovolné řešení, nazývané Google Topics.²⁸

Závěr

Po představení projektu FLoC, kterým Google zamýšlel nahradit cookies třetích stran, se zvedl silný odpor ze strany odborné veřejnosti i soukromých společností, který způsobil, že Google zvládl projekt FLoC spustit jen v testovací verzi, se zpožděním a pouze v některých státech, kde není platné nařízení GDPR. Po dalších problémech, kritice, žalobách a vyšetřování ze strany Evropské komise Google nakonec v lednu 2022 definitivně oznámil, že s projektem FLoC končí.

Toto oznámení ale nemůže být bez dalšího, jelikož se již dříve Google zavázal cookies třetích stran ve svém prohlížeči Chrome zakázat, což ale nemůže udělat, aniž by před-

²⁴ COOKIEYES. *Google FLoC*.

²⁵ EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission Opens Investigation into Possible Anticompetitive Conduct by Google in the Online Advertising Technology Sector. In: *European Commission* [online]. 22. 6. 2021 [cit. 2022-12-09]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143>.

²⁶ KAYE, Kate. Why Google's Approach to Replacing the Cookie is Drawing Antitrust Scrutiny. In: *Digiday* [online]. 2. 2. 2021 [cit. 2023-01-28]. Dostupné z: <<https://digiday.com/media/why-googles-approach-to-replacing-the-cookie-is-drawing-antitrust-scrutiny/>>.

²⁷ Naposledy 14. 6. 2023 zveřejnila Evropská komise tiskovou zprávu uvádějící, že Google na poli online reklamy porušuje v Evropské unii regulaci hospodářské soutěže, a nastínila možné řešení v povinném prodeji části služeb Google. Viz EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Google over Abusive Practices in Online Advertising Technology. In: *European Commission* [online]. 2023 [cit. 2023-06-14]. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207>.

²⁸ TOWNSHEND, Pete. Google Topics API: Everything you need to know. In: *SmartFrame* [online]. 8. 2. 2022 [cit. 2022-12-04]. Dostupné z: <<https://smartframe.io/blog/google-topics-api-everything-you-need-to-know/>>.

stavil jiný alternativní systém, který by dále živil jeho miliardový business, postavený na online reklamě. Google se proto nyní upíná k cílené inzerci, založené na zájmech koncových uživatelů. Nový systém, který by měl být přívětivější k soukromí koncových uživatelů, se nazývá Topics a měl by být podle předběžných prohlášení na rozdíl od FLoC dobrovolný.²⁹

Pokud tedy projekt FLoC něco přinesl, pak je to poznání, jak důležitá je aktivita odborné veřejnosti a její dohled nad novými projekty, zejména v oblasti informačních technologií. Bude proto důležité sledovat vývoj metod identifikace koncových zařízení, diskutovat a i nadále se zasazovat o ochranu soukromí.

²⁹ Ibidem.

RECENZE

Svoboda Ondřej. Mezinárodní investiční právo v kontextu Evropské unie. Praha: Leges, 2023, 235 s.

Publikace *Mezinárodní investiční právo v kontextu Evropské unie* od autora Mgr. Ondřeje Svobody, Ph.D., kterou v letošním roce vydalo nakladatelství Leges, představuje jeden z nejčerstvějších příspěvků do diskuze k investiční politice Evropské unie (EU).

Téma investiční politiky EU je velmi aktuální. Pravidla, jimiž se řídí mezinárodní investice, prochází v posledních letech dynamickým vývojem. Na jedné straně stále platí pravidla a postupy vytvořené v druhé polovině 20. století, jež nejviditelněji reprezentují dohody o podpoře a ochraně investic, a na straně druhé dochází k zásadním posunům jak v oblasti zaměření těchto dohod o ochraně investic a jejich obsahu,¹ tak také v oblasti, zda by vůbec měly být uzavírány, co by je mohlo nahradit a jaká rizika mohou být s investicemi spojena.²

Každá země na aktuální dění reaguje jinak a na základě potřeby zohlednit vlastní ofenzivní i defenzivní zájmy a vnitropolitické dění. Nejinak tomu je také v EU. Situace v ní dostává výjimečnou dynamiku z důvodu potřeby sladit zájmy jednotlivých členských států EU, Evropské komise a také Evropského parlamentu. Díky hospodářské síle EU má vývoj a posuny v přístupu k investiční politice EU zásadní dopady na ostatní hráče v oblasti mezinárodních zahraničních investic.

Hlavní přínos publikace vidím v jednoduchém a přehledném stylu, v němž je napsána a který umožňuje na poměrně krátkém prostoru 235 stran získat základní přehled o všech tématech, jimž se kniha věnuje. Monografii lze rozdělit tematicky do tří částí. V prvních čtyřech kapitolách se autor věnuje aktuálnímu investičnímu prostředí, investiční politice EU obecně a reakci EU na kritiku aktuálního systému ochrany mezinárodních investic. Autor zde čtenářům předestírá základní informace, které potřebují pro pochopení dalších částí knihy. V druhé části autor již na konkrétních příkladech v jednotlivých kapitolách demonstruje unijní přístup k investiční ochraně a řešení sporů investor – stát (ISDS). Na těchto částech publikace velmi oceňuji, že autor poměrně jasně vysvětluje aktuální přístup EU k liberalizaci a ochraně investic a ISDS. Toto demonstruje jak na již uzavřených dohodách zabývajících se investiční problematikou, tak také na těch, jež unie sjednává nebo plánuje sjednat. Při čtení těchto částí se jasně ukazuje, že se autor podílel na jednáních k dotčeným dohodám, a disponuje tak relevantními informacemi. Nejvíce je tato okolnost zřejmá při čtení části věnující se jednáním o reformě ISDS na úrovni Komise OSN pro právo mezinárodního obchodu (UNCITRAL). Poslední tematická část knihy je zaměřena na problematiku přezkumu příchozích investic do EU a přístupu EU k tomuto

¹ ECHANDI, R. Bilateral Investment Treaties and Investment Provisions in Preferential Trade Agreements. In: YANNACA-SMALL, K. (ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 3–30.

² GEHRING, M. – TOKA, M. Synergies and Approaches to Climate Change in International Investment Agreements. *The Journal of World Investment & Trade* [online]. 2022, Vol. 23, No. 5–6, s. 778–812 [cit. 2022-12-06]. Dostupné z: <<https://doi.org/10.1163/22119000-12340270>>.

tématu jako dalšího z nových prvků, který čím dál tím více ovlivňuje regulaci mezinárodních investic.

Autor investiční politiku EU vnímá jako výsledek velmi komplikovaných právních a politických debat, které nutně nemusí končit ideálním výsledkem, ale neustále unijní investiční politiku posouvají dopředu. Za posledních 15 let došlo k velkému posunu jak na straně toho, co EU sama sjednává, tak na straně toho, jak jsou investiční politiky jednotlivých členských států a EU samotné koordinovány. Vznikla celá řada nových pravidel a koordinačních mechanismů s tím, že unie v oblasti mezinárodních investic získala celou řadu nových pravomocí. Touto optikou mohu pozitivní vnímání vývoje v EU s autorem sdílet. Přesto se nemohu ubránit dojmu, že situace není tak pozitivní, jak se na první pohled může zdát.

První oblastí, v níž nejsem tak pozitivní jako autor, je právní jistota a otázka rozdělení pravomocí mezi EU a její členské státy v oblasti investiční politiky. I když lze souhlasit s tím, že mnoho otázek v této oblasti bylo po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost vyjasněno, a to především ve vztahu k rozdělení odpovědnosti mezi EU a jejími členskými státy v případě investičního sporu či k rozdělení pravomocí v návaznosti na posudek Soudního dvora EU č. 2/15,³ domnívám se, že situace stále zůstává v některých oblastech nepřehledná a tolik žádaná právní jistota je stále nedostatkovým zbožím.

Jako příklad mohu uvést vymezení dělící čáry mezi tím, co spadá do pravomoci členských států a co do pravomoci EU v oblasti investiční politiky. Soudní dvůr EU sice ve svém posudku č. 2/15 stanovil základní rozdělení toho, co podle něj spadá do výlučné pravomoci EU, co do sdílené pravomoci EU a jejích členských států a co do výlučné pravomoci členských států EU, stále ovšem zůstává řada aspektů ohledně pravomocí nejasná. Jako příklad mohu jmenovat otázku, zda lze jednoznačně oddělit, co v případě sdílené pravomoci mohou členské státy EU samostatně činit v rámci výkonu svých pravomocí a co může činit EU.

Tato otázka se nejpalcivěji ukazuje v případě Úmluvy OSN o transparentnosti při rozhodování investorů a států na základě smlouvy (dále jen „Mauricijská úmluva“).⁴ Aby mohly jednotlivé členské státy EU alespoň v teoretické rovině uvažovat o tom, že by k Mauricijské úmluvě, jako smlouvě zabývající se otázkami spadajícími do smíšené pravomoci EU a jejích členských států, přistoupily samostatně a nemusely čekat na to, až k ní EU a její členské státy přistoupí společně, musely by jasně deklarovat, v jakém rozsahu svých pravomocí v oblasti investiční politiky k úmluvě přistupují. Fakt, že tuto jasnou dělící čáru mezi svými pravomocemi a pravomocemi EU nebyly členské státy schopny za posledních 6 let od vydání posudku č. 2/15⁵ nakreslit, dle mého názoru jasně ukazuje, že otázka pravomocí není v unijní investiční politice stále uzavřena.

Jako podobný příklad mohu zmínit Smlouvu o energetické chartě, u níž se aktuálně vede velmi živá debata o tom, zda by od ní měla EU spolu s jejími členskými státy koordinovaně odstoupit, nebo by mělo být umožněno odstoupit jen EU a těm členským státům,

³ Posudek Soudního dvora (pléna) ze dne 16. května 2017 Posudek vydaný na základě čl. 218 odst. 11 SFEU, věc *Avis* 2/15. In: Úřední věstník C 239/3. 24. 7. 2017, s. 3.

⁴ United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014) (the “Mauritius Convention on Transparency”). In: *United Nations Commission On International Trade Law* [online]. 18. 10. 2017. [cit. 2023-03-05]. Dostupné z: <<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency>>.

⁵ Jednání o Mauricijské úmluvě byla dokončena v roce 2014, posudek Soudního dvora EU č. 2/15 byl vydán v roce 2017 a Mauricijská úmluva vstoupila v platnost v roce 2018.

kteřé by o to měly zájem. I zde se opět palčivě ukazuje, že není jasně nakreslena dělící čára mezi to, co spadá do pravomocí EU a co do pravomocí členských států, tzn. v jakém rozsahu mohou členské státy v oblasti investiční politiky vystupovat samostatně. Nařízení č. 1219/2012⁶ sice upravuje situace pro bilaterální jednání členských států, ale situace, kdy vedle sebe vystupuje unie a její členské státy a nemusí postupovat jednotně, vyřešeny nejsou.

Myslím si, že by bylo velmi užitečné, kdyby se autor dané problematice v publikaci také věnoval, jelikož dříve řešené problémy do jisté míry přetrvávají, jen se přesunuly na jiná místa.

Druhou tezí, v níž s autorem nemohu úplně souhlasit, je otázka dospělosti investiční politiky EU. Do jisté míry je pravda, že unijní investiční politika dospěla, ale nedomnívám se, že je tento vývoj tak jednoznačný, jak by se na základě přečtení publikace mohlo zdát. Za poněkud znepokojivé znamení považuji fakt, že EU ustoupila od svého dřívějšího plánu sjednávat ambiciózní obchodní dohody obsahující investiční kapitolu a místo toho aktuálně sjednáváne dohody rozděluje nebo zahajuje separátní jednání o obchodu a investicích. Toto považuji za velký krok zpět. Častým výsledkem tohoto přístupu bohužel je, že se investiční dohody nepodaří dojednat⁷ nebo se nedaří dotáhnout do konce jejich ratifikační proces.⁸ Obojí vyvolává debaty, zda přesun pravomocí v rámci Lisabonské smlouvy byl vhodným řešením a zda by nemělo dojít k zpětnému přesunu pravomocí na členské státy.

Tento nesoulad ve vnímání pokroku v investiční politice EU ovšem nemůže zastínit pozitiva, která na publikaci oceňuji. Velkým pozitivem knihy pro mě je, že se nezastavuje pouze v mantinelech klasického přístupu k mezinárodnímu investičnímu právu. Autor kromě toho ukazuje také postoj EU k iniciativám snažícím se nahradit aktuální systém, ať už se jedná o snahu vytvořit multilaterální investiční soud, jehož hlavním propagátorem a autorem je sama EU, nebo vytvořit nový systém mezinárodních investic postavený na usnadňování investic a zlepšování investičního prostředí pomocí větší transparentnosti a legislativní předvídatelnosti v jednotlivých státech. Především výše zmíněný reformní proces ISDS zahájený EU veřejnou konzultací v roce 2016⁹ a pokračující od roku 2017 na půdě UNCITRAL¹⁰ představuje velký krok do neznáma. Vzhledem k odporu, s jakým se setkává ze strany zásadních hráčů na poli mezinárodních investic (USA, Japonsko nebo Izrael), musím s autorem souhlasit, že zásadní pro úspěch této iniciativy bude získání kritické masy států pro tento projekt.

Jako další velké pozitivum vnímám, že autor do publikace zahrnul i informace k přezkumu investic v EU a České republice (ČR). Dané téma se stává v návaznosti na rostoucí

⁶ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1219/2012 ze dne 12. prosince 2012, kterým se stanoví přechodná úprava pro dvoustranné dohody o investicích mezi členskými státy a třetími zeměmi. In: Úřední věstník L 351. 20. 12. 2022.

⁷ Viz jednání o Dohodě o ochraně investic mezi EU a jejími členskými státy na jedné straně a Japonskem na straně druhé.

⁸ Viz Dohoda o ochraně investic mezi Evropskou unií a jejími členskými státy na jedné straně a Singapurskou republikou na straně druhé, Dohoda o ochraně investic mezi Evropskou unií a jejími členskými státy na straně jedné a Vietnamskou socialistickou republikou na straně druhé.

⁹ LIM, C. L. – HO, J. – PAPARINSKIS, M. *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and other Materials*. 2nd edition. [Cambridge]: Cambridge University Press, [2021], s. 604–615.

¹⁰ Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL) se bude věnovat reformě systému řešení investičních sporů a projektu investičního soudu. In: *Ministerstvo průmyslu a obchodu* [online]. 14. 7. 2017 [cit. 2023-03-02]. Dostupné z: <<https://www.mpo.cz/cz/zahranicni-obchod/spolecna-obchodni-politika-eu/investicni-politika-eu/default.htm>>.

povědomí o rizicích, jež mohou z bezpečnostního hlediska zahraniční investice přinášet, stále zásadnější otázkou. Důkazem toho je i situace v samotné ČR, která na sklonku roku 2021 sama přijala svou vlastní právní úpravu věnující se přezkumu přímých zahraničních investic.¹¹ ČR se tak zařadila po bok celé řady dalších členských států, jež mají vlastní národní systém pro přezkum zahraničních investic. Přijetí zákona bylo velkým krokem, jelikož do té doby *de facto* neexistovala téměř žádná omezení pro příchod zahraničních investic do ČR. Tento stav byl pochopitelný vzhledem k faktu, že model hospodářského růstu ČR byl do velké míry založen na lákání zahraničních investic. S přelomem druhé dekády tohoto tisíciletí došlo ovšem k určitým změnám ve výhradně pozitivním vnímání zahraničních investic a začal být akcentován také jejich bezpečnostní aspekt. Zahrnutí kapitoly k přezkumu zahraničních investic tak jen kvituji, jelikož tato otázka se stala nedílnou součástí investiční politiky řady států a bez ní by pohled na unijní investiční politiku nebyl úplný.

Kniha *Mezinárodní investiční právo v kontextu Evropské unie* poskytuje čtenářům a čtenářkám základní a nezbytný přehled, který pomůže se zorientováním se v problematice mezinárodních investic ve vztahu k EU. Pokud by publikum stálo o detailnější analýzu a vhléd do jednotlivých témat, bude nutné hledat další publikace. Kniha jej ovšem může přes seznam použitých zdrojů nasměrovat na vhodné zdroje informací.

Tomáš Kozárek*

¹¹ Zákon č. 34/2021 Sb., o prověřování a přezkumu investic a o změně souvisejících zákonů.

* JUDr. Tomáš Kozárek, Ph.D., absolvent Právnické fakulty Masarykovy univerzity, vedoucí oddělení mezinárodního práva na Ministerstvu průmyslu a obchodu. Z této pozice se účastní řady mezinárodních jednání (např. UNCITRAL nebo OECD) a také jednání Výboru pro obchodní politiku – služby a investice, na jehož předsedání se v druhé polovině roku 2022 během CZ PRES podílel. E-mail: kozarek.t@seznam.cz.

Action to Administrative Court by Prosecutor General from Point of View of Purpose of Administrative Justice

David Hejč

Abstract: The article focuses on the administrative action that the Supreme State Prosecutor is entitled to bring in order to protect a serious public interest, from the point of view of the principle of protection of public rights as main purpose of administrative justice. It is pointed out that the principle of protection of public rights is significantly applied within the action of prosecutor general, although it is primarily aimed at protection of the public interest. It is mainly about effect of the principle of protection of public rights on the subject of the action and on decision-making about it. In case of the area mentioned first – determining whether it is an administrative decision, which the prosecutor general is empowered to sue in administrative courts – attention is paid to cases of atypical acts of administrative authorities, where the principle of protection of public rights can have a decisive influence. In case of question of application of principle of protection of public rights within decision-making about the subject of the action of prosecutor general, attention is paid primarily to the issue of protection of good faith of the administrative decision addressee. In doing so, a distinction is made between cases where it is an administrative decision that is for good of the addressee and improves his legal position, and on the contrary, which burdens him.

Keywords: action to administrative court, public interest, prosecutor general, administrative courts, good faith

Law and Justice v. Freedom of Expression – the Hidden Dangers of the So-called Holocaust Act

Michaela Glac (<https://orcid.org/0009-0002-8265-3517>)

Abstract: This article deals with the topic of the Polish amendment to the Act on the Institute of National Remembrance, also referred to as the “Holocaust Law”. The amendment, adopted in early 2018, has caused a huge international uneasiness and prompted a debate among experts and the general public about the permissible limits of restrictions on freedom of expression. The article focuses on the most controversial Articles 55a and 55b of the amendment, which were repealed five months later on 27 June 2018 because of the significant international pressure. However, other articles of the Holocaust Act that remain in force and that may potentially pose a threat to freedom of expression are also presented. In addition to the above, the paper also illustrates some of the practical effects of the legislation, which effectively mobilizes Polish society to fight for the search of historical truth. The article, however, does not only address the problematic aspects of the law, but rather places the legislation in the overall context of the populist rhetoric of the political party Law and Justice. The context is given because the aim of this article is not only to assess whether or not the Holocaust Act may currently have a negative impact on the freedom of expression, but also to assess whether or not this legislation represents a targeted, politically motivated attack on freedom of expression.

Keywords: The Holocaust Act, Institute of National Remembrance, freedom of expression, PiS, populism

Unauthorised Access to Online Accounts (Internet Banking, Social Networks)

Kateřina Kudrlová (<https://orcid.org/0000-0001-8911-1134>) –
Jiří Vlach (<https://orcid.org/0000-0002-7295-4677>)

Abstract: Online accounts are nowadays an inseparable part of everyday life. Among the most important ones are online banking for managing finances and a social network profile for communicating with the social networks community. As these are computer systems, unauthorised access to them can be punished as a computer crime under Section 230(1) of the Criminal Code. However, a representative questionnaire survey carried out in 2020 in the Czech Republic showed that unauthorised access occurs quite frequently, especially between partners or within a close family. In many cases, attackers gain access using login credentials that are relatively commonly shared with others by users of online accounts, and the unauthorised access itself may be questionable in many cases. The aim of this article is therefore to highlight the inconsistency of the legal norm with common user practice and to propose a possible legal modification to better reflect social reality. Considering international obligations, a partial decriminalisation of the computer offence under Article 230(1)

of the Criminal Code could be achieved by changing the term “overcomes” to “infringes” and adding an additional element to this offence – acts “with the intent to obtain computer data or with other dishonest intent”. Finally, we provide brief recommendations for preventing unauthorised access to online accounts.

Keywords: unauthorised access, internet banking, social networks, decriminalisation, computer crime, online accounts

On the Relationship between the Digital Markets Act and Competition Law

Simona Rudohradská (<https://orcid.org/0000-0002-6711-2141>) –

Regina Hučková (<https://orcid.org/0000-0003-4731-0770>)

Abstract: This paper deals with the newly adopted Digital Markets Act and its relationship and impact on competition law. The legal framework of competition law and standard instruments of competition law have so far served in several cases as a tool for punishing the practices of online platforms whose actions showed certain digital specifics in connection with their market power. As the subject of the regulation is to contribute to the proper functioning of the internal market by establishing harmonized rules that will ensure competitive and fair markets in the digital sector throughout the Union for all businesses, it is obvious that it will intersect with the issue of competition. The main goal of the paper is to examine and to approximate the fundamental features of relationship between the Act on Digital Markets and competition law regulation and clarify the impact on the pillars of competition law.

Keywords: competition law, Digital Markets Act, online platforms, gatekeepers, ne bis in idem

Methodology of Solving Legal Cases: Subsumption v. Proportionality

Jakub Valc (<https://orcid.org/0000-0002-4080-2679>)

Abstract: The application of law is typically associated with the resolution of legal cases by courts and other public authorities, which are empowered by law to authoritatively hear and decide disputes and legal matters of various kinds. From a methodological point of view, the application of law is most often associated either with a logical-deductive procedure in the form of subsumption or with the application of rational argumentation in the form of the proportionality test. My intention will be to delineate not only the nature and differences of these two procedures, but also to examine the common features that can be attributed to them under certain conditions.

Keywords: application of law, legal case, methodology, subsumption, proportionality

Replacing Third-party Cookies with Google’s Ambitious FLoC System

Jakub Klodwig (<https://orcid.org/0000-0002-9599-2043>)

Abstract: Identification of end user devices online and targeting their users is a significantly evolving area that affects the daily lives of billions of people. Under public pressure, technology companies are banning the use of privacy intrusive third-party cookies and coming up with new methods and entire systems for online targeting and behavioural advertising. However, new does not necessarily mean better, it can bring additional or permanent privacy restrictions, as Google has attempted to do with FLoC (Federated Learning of Cohorts). This article explains the workings of FLoC, which Google planned to use to address the push to ban third-party cookies in its dominant browser, Google Chrome. The sophisticated system of cohorts that Google had been working on for years was intended to completely replace third-party cookies while further improving Google’s position in the online marketing market. Not only would Google’s implementation of the cohort system worsen the position of other companies offering online behavioural advertising, as they would have to rely on the data provided by the Google Cohort system, but at the same time the new system completely avoided data protection regulation. What changes, cracks, and risks the cohort system was supposed to bring, how members of the professional community as well as other competitors reacted, and what ultimately caused Google to reject its new cohort system, this article attempts to map and discuss from a privacy perspective.

Keywords: privacy, Google, cookies, online marketing, ePrivacy, cohorts, Google Topics