

## STATI

# Poskytování zdravotních služeb na dálku (telemedicína) a její soukromoprávní aspekty

Ivo Smrž\* – Tomáš Doležal\*\* – Adam Doležal\*\*\*

**Abstrakt:** Článek se zaměřuje na relativně ucelenou část problematiky poskytování zdravotních služeb na dálku, a to na typické soukromoprávní aspekty s ní spojené. Nejprve bude přehledově pojednáno o právním zakotvení telemedicíny v zákoně č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování, ve znění pozdějších předpisů. Následně budou analyzovány dopady telemedicíny na smlouvu o péči o zdraví, tedy zejména otázky týkající se jejího uzavírání distančním způsobem, náležitého poučení pacienta a informovaného souhlasu, péče řádného odborníka, respektive standardu poskytování zdravotních služeb včetně s tím související povinnosti k náhradě újmy při jeho nedodržení a určení rozhodného právního řádu (*lex causae*) ve vztazích s mezinárodním prvkem při přeshraničním poskytování zdravotních služeb na dálku.

**Klíčová slova:** telemedicína, na dálku, distanční, poskytování zdravotních služeb, soukromoprávní aspekty

„Am Telefon und durch die Hose, stellt man keine Diagnose.“<sup>1</sup>  
 „Po telefonu ani přes kalhoty nelze stanovit diagnózu.“

## Úvod

Potřebuje-li nemocný člověk lékařskou péči, navštíví zpravidla jím preferované zdravotnické zařízení, respektive lékaře osobně. Samozřejmě tehdy, je-li toho s ohledem na svůj zdravotní stav schopen. I přes ohromný pokrok v oblasti technologií, včetně digitálních, který v posledních desetiletích nastal, se lze domnívat, že způsob poskytování zdravotních služeb pacientovi za současné fyzické přítomnosti jeho a lékaře je způsobem převládajícím a dominantním. S tím úzce souvisí úvodem citované německé rčení, jež reflektuje zakořeněné pojetí lékařské péče jako péče „prezenční“, a nikoliv péče poskytované na dálku, péče „distanční“.

\* JUDr. Ivo Smrž, Ph.D., Kabinet zdravotnického práva a bioetiky, Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: ivo.smrz@ilaw.cas.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0884-094X>. Tento článek vznikl v rámci projektu NPO *Národní institut pro výzkum socioekonomických dopadů nemocí a systémových rizik*, č. LX22NPO5101, financovaného Evropskou unií – Next Generation EU (MŠMT, NPO: EXCELES).

\*\* Doc. JUDr. Tomáš Doležal, Ph.D., LL.M., Kabinet zdravotnického práva a bioetiky, Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: tomas.dolezal@ilaw.cas.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2545-4549>. Tento článek vznikl v rámci projektu NPO *Národní institut pro výzkum socioekonomických dopadů nemocí a systémových rizik*, č. LX22NPO5101, financovaného Evropskou unií – Next Generation EU (MŠMT, NPO: EXCELES).

\*\*\* JUDr. Adam Doležal, Ph.D., LL.M., Kabinet zdravotnického práva a bioetiky, Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: adam.dolezal@ilaw.cas.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6884-5451>. Tento článek vznikl v rámci projektu NPO *Národní institut pro výzkum socioekonomických dopadů nemocí a systémových rizik*, č. LX22NPO5101, financovaného Evropskou unií – Next Generation EU (MŠMT, NPO: EXCELES).

1 HAHN, E. *Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung. Ein Überblick für Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Heilpraktiker und Juristen*. Wiesbaden: Springer, 2019, s. VII.

Oproti tomu mohou nastat situace, za nichž bude pro pacienta obtížné či téměř vyloučené lékaře osobně navštívit. Shodně platí *vice versa*. Takovými situacemi nemáme na mysli zdravotní služby poskytované např. ve vlastním sociálním prostředí pacienta (návštěvní službu) nebo na jiném místě, kde lékař zdravotní službu pacientovi poskytuje „prezenčně“ mimo zdravotnické zařízení (typicky v případě přednemocniční neodkladné péče poskytované v rámci zdravotnické záchranné služby). Poukázat lze v této souvislosti na recentní (faktická) omezení pohybu vyvolaná pandemií onemocnění covid-19 a na strach z nákazy při kontaktu s jiným člověkem, například pacientem v čekárně praktického lékaře. Potřeba péče na dálku může rovněž vyvstat v případě, kdy se pacient trvale zdržuje na odlehlem místě, přičemž dojezdová vzdálenost do zdravotnického zařízení sama o sobě představuje obtížné překonatelnou překážku pro poskytnutí zdravotní péče. Tato konstelace ale není pro naši zemi typická, odlišně tomu je kupříkladu v USA nebo Austrálii.

A je to právě telemedicína neboli poskytování zdravotní péče na dálku při užití informačních technologií, která se nabízí jako nástroj pro překonání uvedených bariér v přístupu ke zdravotní péči. Tím spíše, pokud současný stav vědy a lidského poznání nabízí technologické prostředky umožňující komunikaci na dálku nejen ve špičkové zvukové i obrazové kvalitě.

Do rozvoje telemedicíny se vkládají velké naděje, někdy se hovoří o telemedicině dokonce jako o život měnící příležitosti (*life-altering opportunity*).<sup>2</sup> Výhody implementace tohoto způsobu poskytování zdravotních služeb jsou spatřovány zejména v poměrně jednoduchém a rychlém překonání vzdálenosti mezi lékařem a pacientem (v oblastech, kde chybí nebo je obtížně dostupná zdravotní péče), v šanci dřívějšího rozpoznání potřeby zdravotní péče (pomocí *telemonitoringu*), ve snazším překonání studu pacienta oproti osobnímu vyšetření či v zamezení rizika infikování nemocemi při čekání na ošetření.<sup>3</sup> Velmi často se s nástupem telemedicíny hovoří i o její nákladové efektivitě a snížení výdajů souvisejících s tradičním způsobem poskytování zdravotních služeb.<sup>4</sup>

Na druhé straně se s rozvojem telemedicíny pojí i jistá negativa a obavy. Zmiňme například spíše etické<sup>5</sup> či sociologické hledisko spočívající v odcizení a odosobnění vztahu lékaře a pacienta (tzv. *Callcenter-Medicine*),<sup>6</sup> nemožnost užití klasických postupů při vyšetření pacienta za užití všech smyslů lékaře (palpace, perkuse, auskultace, aspekce?),<sup>7</sup> úskalí související s telemedicínou jako novým způsobem poskytování zdravotních služeb (absence „technických“ standardů) či rizika související s technickými nedostatky zařízení užívaných při poskytování zdravotních služeb na dálku.

Samostatnými otázkami, které vyvstávají při poskytování zdravotních služeb na dálku, jsou otázky dotýkající se právních aspektů, respektive právní regulace tohoto způsobu poskytování zdravotních služeb. Telemedicína s sebou do vztahu lékaře a pacienta přináší řadu nových prvků, primárně z důvodu absence fyzické přítomnosti pacienta při poskytování zdravotních služeb. Ty se nutně promítají do právní regulace tohoto poměru, která

<sup>2</sup> WOLF, T. Telemedicine and Malpractice: Creating Uniformity at the National Level. *William & Mary Law Review*. 2020, Vol. 61, No. 5, s. 1506.

<sup>3</sup> KATZENMEIER, CH. Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin. Digitalisierung des Gesundheitswesens – Herausforderung des Rechts. *Medizinrecht*. 2019, Jhrg. 37, Nr. 4, s. 267.

<sup>4</sup> WOLF, T. *Telemedicine and Malpractice*, s. 1507.

<sup>5</sup> Blíže k tomu např. ČERNÝ, D. Etika telemedicíny. *Časopis lékařů českých*. 2021, roč. 160, č. 7–8, s. 282–286.

<sup>6</sup> KATZENMEIER, CH. *Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin*, s. 267.

<sup>7</sup> CHROBÁK, L. Základní fyzikální vyšetřovací metody. In: CHROBÁK, L. a kol. *Propedeutika vnitřního lékařství*. 2. vydání. Praha: Grada, 2007, s. 23.

by na nova z nich plynoucí měla adekvátně reagovat a tradiční práva a povinnosti náležitě modifikovat. Má-li dojít k znatelnému rozvoji telemedicíny, je třeba, aby byla právní regulace nejen pro poskytovatele zdravotních služeb, ale také samotné pacienty srozumitelná, jasná, předvídatelná a v důsledku také vyvážená. Výhodiskem právní regulace má být nastolení právní jistoty při poskytování zdravotních služeb za pomoci prostředků telemedicíny, zaručení řádného standardu poskytování zdravotních služeb konkrétnímu pacientovi a ochrana jeho oprávněných zájmů.

Nedostatečná právní úprava, či dokonce její absence může na straně poskytovatelů zdravotních služeb vyvolávat jednak pochybnosti, zda jsou vůbec oprávněni zdravotní služby na dálku poskytovat, a jednak rovněž obavy, které souvisejí s odpovědnostními důsledky provozování telemedicíny (*medical malpractice*).<sup>8</sup> U pacientů se zase může jednat o strach z nových technologií a obecně nedůvěru vůči nim či pochyby, zda lze na dálku vůbec poskytnout zdravotní službu *lege artis* nebo zda nepůjde o zdravotní službu na horší úrovni, než kdyby lékaře navštívili osobně. Tato úskalí pak mohou poněkud snadno zastínit výhody s telemedicínou spojené a v důsledku naopak představovat místo lepší dostupnosti zdravotní péče překážku při jejím poskytování.

Následující text se zaměří na relativně ucelenou část problematiky poskytování zdravotních služeb na dálku, a to na typické soukromoprávní aspekty s ní spojené. Analyzovány budou primárně dopady telemedicíny na smlouvu o péči o zdraví, tedy zejména otázky týkající se jejího uzavírání distančním způsobem, náležitého poučení pacienta a informovaného souhlasu, péče řádného odborníka, respektive standardu poskytování zdravotních služeb včetně s tím související povinnosti k náhradě újmy při jeho nedodržení a určení rozhodného právního řádu (*lex causae*) ve vztazích s mezinárodním prvkem při přeshraničním poskytování zdravotních služeb na dálku. Nadto se rovněž dotkneme problematiky právního zakotvení telemedicíny v zákoně č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování, ve znění pozdějších předpisů.<sup>9</sup>

Z hlediska metodologie se nabízí užít mimo jiné metodu právní komparatistiky, přičemž zaměřit se lze (a případně se jimi inspirovat) na takové právní řády, v nichž je poskytování zdravotních služeb na dálku rozvinuté nebo v nichž se v širší míře objevují doktrinnární texty či judikatorní praxe. Z důvodu blízkosti právních řádů půjde primárně o zdroje vycházející z německy hovořících jurisdikcí.<sup>10</sup> Nutno dodat, že judikatura v těchto oblastech je spíše vzácná a jistě nejde o ustálenou soudní praxi. Trefná je v této souvislosti teze Bergmanna,<sup>11</sup> že technologické možnosti předběhly „každodenní právní život“, což nemusí být vždy na škodu, nicméně dlouhodobá absence právních pravidel nabeuráží právní jistotu a předvídatelnost práva.

Cílem článku je nastínit, v jakých ohledech může poskytování zdravotních služeb na dálku modifikovat klasické prvky soukromoprávního poměru mezi lékařem jako poskytovatelem zdravotních služeb a pacientem, a případně navrhnout řešení situací, které

<sup>8</sup> Ilustrativně lze poukázat na specifický právní stav v USA, kdy nedůvěru v telemedicínu na straně lékařů vyvolává např. absence jednotného pravidla, podle něhož by se posuzoval standard zdravotní péče. Viz WOLF, T. *Telemedicine and Malpractice*, s. 1506 an.

<sup>9</sup> Dále jen jako „z. z. s.“ nebo „zákon o poskytování zdravotních služeb“.

<sup>10</sup> Kdy např. v Německu došlo v květnu roku 2018 ke změně lékařských stavovských předpisů za účelem umožnit výlučné poskytování zdravotních služeb na dálku (*ausschließliche Fernbehandlung*).

<sup>11</sup> BERGMANN, K. *Telemedizin und das neue E-Health-Gesetz – Überlegungen aus arztthaftungsrechtlicher Perspektive. Medizinrecht*. 2016, Jhrg. 34, Nr. 7, s. 502.

s sebou telemedicína přináší. I když se jedná o oblast v českém právu poněkud novou, dosud zevrubně doktrínou ani judikaturu neprobádanou, a tudíž co do právní klasifikace otevřenou, nejde nutně vždy o to přinést nová, převratná či překvapivá řešení, nýbrž vzít rovněž v potaz tradiční, již známá pravidla, a ta se na distanční poskytování zdravotních služeb případně pokusit aplikovat. To vše se záměrem reflektovat na jedné straně zájmy lékařů a na straně druhé pacientů tak, aby ani jeden z aktérů nepocítoval telemedicínu jako něco, co do vztahu mezi nimi přináší překážky a další komplikace.

## 1. Terminologie: eHealth a telemedicína

S výrazem „telemedicína“ se dnes můžeme setkat poměrně snadno, zejména v článcích či příspěvcích na internetu, které často spojují její užívání s nástupem pandemie covidu-19, či v různých jiných souvislostech, kupříkladu při její propagaci.<sup>12</sup> Ne vždy je však význam užití tohoto slova shodný, přičemž může docházet k omylům, co si lze vlastně pod telemedicínu představit.

Telemedicína je součástí širší oblasti tzv. telematiky ve zdravotnictví, kterou lze obecně vymezit jako užití telekomunikačních a informačních technologií při poskytování zdravotních služeb.<sup>13</sup> Setkat se lze také s označením eHealth (*electronic Health*) – elektronické zdravotnictví či elektronizace zdravotnictví. Podle Světové zdravotnické organizace představuje eHealth nákladově efektivní a bezpečné užití informačních a komunikačních technologií za účelem podpory zdraví a oblastí se zdravím souvisejících, včetně poskytování zdravotních služeb, zdravotního dohledu, literatury, vzdělávání, znalostí a výzkumu.<sup>14</sup>

Oblast elektronického zdravotnictví lze členit zejména na následující kategorie, jejichž obsah se může prolínat, neexistuje mezi nimi neprostupná hranice:<sup>15</sup>

eHealth	Beispiele	Příklady*
eCare	Telekonsil, Telekonsultation, Telemonitoring	telekonzilium, telekonzultace, telemonitoring
eAdministration	eGK, eArztausweis, elektronische Akten, eRezept	ePrůkaz pojištěnce, ePrůkaz lékaře, elektronická zdravotnická dokumentace, eRecept
ePrevention	Altersgerechte Assistenzsysteme (AAL), Coaching	systémy pro ulehčení života starším lidem nebo lidem s určitými omezeními, koučování
eResearch	Genomforschung mittels IKT, Trendanalysen Internet (z. B. Google Flu)	výzkum genomu prostřednictvím informačních technologií, analýzy trendů / vývoje (např. Google Flu)
eLearning	Blended Learning über Plattformen (z. B. ILIAS)	kombinovaná výuka prostřednictvím platform (např. ILIAS)

(\*vlastní předklad autorů)

<sup>12</sup> Viz např. informace Všeobecné zdravotní pojišťovny ČR: KNIŽEK, T. Přínos telemedicíny pro zdravotnictví. In: *vzp.cz* [online]. 2021. Dostupné z: <<https://www.vzp.cz/poskytovatele/informace-pro-praxi/poradna/prinos-telemediciny-pro-zdravotnictvi>>.

<sup>13</sup> KARL, B. Rechtsfragen grenzüberschreitender telematischer Diagnostik und Therapie. *Medizinrecht*. 2016, Jhrg. 34, Nr. 9, s. 675.

<sup>14</sup> „Stressing that eHealth is the cost-effective and secure use of information and communications technologies in support of health and health-related fields, including health-care services, health surveillance, health literature, and health education, knowledge and research [...]“. FIFTY-EIGHTH WORLD HEALTH ASSEMBLY. *WHA58.28 eHealth*. 2005. Dostupné z: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/20378/wha58\\_28-en.pdf?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/20378/wha58_28-en.pdf?sequence=1)>.

<sup>15</sup> Telemedizinische Methoden in der Patientenversorgung – Begriffliche Verortung. In: *Bundesärztekammer* [online]. 2015. Dostupné z: <[https://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/\\_old-files/downloads/pdf-Ordner/Telemedizin\\_Telematik/Telemedizin/Telemedizinische\\_Methoden\\_in\\_der\\_Patientenversorgung\\_Begriffliche\\_Verortung.pdf](https://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Telemedizin_Telematik/Telemedizin/Telemedizinische_Methoden_in_der_Patientenversorgung_Begriffliche_Verortung.pdf)>.

Konkrétně na telemedicínu můžeme nahlížet jako na souhrnné označení pro různé koncepce (způsoby) poskytování zdravotních služeb, jejichž společným jmenovatelem je, že jsou pacientům poskytovány na dálku (nebo s časovým odstupem), a to při užití informačních a komunikačních technologií.<sup>16</sup> Z hlediska etymologie vznikla telemedicína pravděpodobně spojením slov „tele“ (τήλε, starořecky „na dálku“)<sup>17</sup> a „medicína“, tedy medicína provozovaná na dálku.

V České republice se můžeme setkat například s následující definicí telemedicíny: „*Telemedicína (TM), někdy též distanční medicína, je poskytování (provozování) zdravotních služeb na dálku, tedy bez přímého „fyzického“ kontaktu jejích aktérů (nejčastěji lékaře/zdravotníka s pacientem).*“ Autoři této definice dále rozlišují následující druhy telemedicínských služeb: telemedicínskou konzultaci, telemonitoring a telekonzilium.<sup>18</sup> Při pohledu do výše uvedené tabulky se patrně jedná v tomto smyslu o oblast eCare. Obdobně vymezení nabízí rovněž Národní telemedicínské centrum při Fakultní nemocnici Olomouc: „*Telemedicin[ou] se rozumí používání informačních a komunikačních technologií pro poskytování zdravotních služeb na dálku.*“<sup>19</sup>

Společné rysy obou definic tedy představuje jednak užití informačních technologií a jednak absence fyzického kontaktu mezi relevantními aktéry (lékař–pacient, lékař–lékař) při poskytování zdravotních služeb. A právě v tomto kontextu se v následujícím textu budeme telemedicínou a jejími dopady na soukromoprávní vztah lékaře jako poskytovatele zdravotních služeb a pacienta zabývat. Konkrétně tedy oblastí eCare a telekonzultacemi jako poskytováním zdravotní péče distanční formou nahrazující, respektive doplňující v určitém rozsahu „tradiční“ prezenční poskytování zdravotní péče ve zdravotnických zařízeních a telekonziliem jako konzultacemi dvou a více zdravotnických pracovníků na dálku. Oproti tomu nebude zvláštní pozornost věnována samostatné a specifické problematice zdravotnických prostředků umožňujících monitoring pacienta (např. jeho životních funkcí) na dálku – telemonitoringu.

## **2. Zákon o zdravotních službách a poskytování zdravotních služeb na dálku – nástin stavu *de lege lata* a *de lege ferenda***

Při pohledu do z. z. s. zjistíme, že obecnou právní úpravu poskytování zdravotních služeb na dálku neobsahuje, stejně tak ani výslovný zákaz takového jednání. Tento zákon nicméně zásadně předpokládá, že zdravotní služby budou pacientovi poskytovány pouze ve zdravotnických zařízeních v místech uvedených v oprávnění k poskytování zdravotních služeb.<sup>20</sup>

S účinností od 1. 1. 2022 došlo zákonem č. 371/2021 Sb. k novelizaci z. z. s. v tom smyslu, že konzultační služby je možno poskytovat mimo zdravotnické zařízení, a to prostřed-

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Viz tele-. In: *en.wiktionary.org* [online]. Dostupné z: <<https://en.wiktionary.org/wiki/tele->>.

<sup>18</sup> MUCHA, C. – BÝMA, S. – ŠONKA, P. – HALATA, D. – NOSEK, T. – MUCHA, V. – UHER, J. *Telemedicína*. Praha: Společnost všeobecného lékařství ČLS JEP, 2020. Dostupné z: <<https://www.svl.cz/files/files/Doporučene-postupy/2020/DP-Telemedicina.pdf>>.

<sup>19</sup> Úvod do telemedicíny. In: *Fakultní nemocnice Olomouc* [online]. Dostupné z: <<https://ntmc.fnol.cz/uvod-do-telemediciny>>.

<sup>20</sup> Viz § 11 odst. 5 z. z. s.

nictvím dálkového přístupu,<sup>21</sup> ve vlastním sociálním prostředí pacienta nebo v jiném místě jeho aktuálního výskytu. Není tedy pochyb o tom, že aktuálně lze konzultační služby jako služby zdravotní poskytovat na dálku mimo zdravotnická zařízení.

Konzultační služby, respektive jejich účel je ovšem specificky vymezen,<sup>22</sup> pročež nejsou obecně zaměřeny na poskytování zdravotní péče *per se* (§ 2 odst. 4 z. z. s.).

S ohledem na tyto skutečnosti se aktuálně vede diskuse, zda lze za současné právní úpravy zdravotní služby obecně (bez výjimky) poskytovat na dálku.<sup>23</sup> Názory nejsou zcela jednotné.<sup>24</sup>

Vhodné by v každém případě bylo, nejen pro zvýšení právní jistoty a z důvodu rapidního technologického pokroku, aby zákonodárce při nejbližší možné příležitosti z. z. s. novelizoval a aby se explicitně vyjádřil, zda lze obecně zdravotní služby na dálku poskytovat (anebo tuto možnost jednoznačně vyloučil).

Domníváme se, že by se v základu nemuselo jednat o novelu nijak komplikovanou. Příkladem lze nahlédnout do sousedního Německa, jakým způsobem zareagovalo tamní (stavovské) právo na technologický rozvoj a nástup telemedicíny. V květnu roku 2018 došlo změnou tzv. *Vzorového profesního řádu pro lékařky a lékaře působící v Německu*,<sup>25</sup> konkrétně jeho § 7 odst. 4, k otevření cesty pro výlučné poskytování zdravotních služeb na dálku. K tomu srov. původní a nové znění § 7 odst. 4 MBO-Ä:

§ 7 odst. 4 MBO-Ä původní znění:	§ 7 odst. 4 MBO-Ä nové znění:
<p>Ärztinnen und Ärzte dürfen individuelle ärztliche Behandlung, insbesondere auch Beratung, nicht ausschließlich über Print und Kommunikationsmedien durchführen. Auch bei telemedizinischen Verfahren ist zu gewährleisten, dass eine Ärztin oder ein Arzt die Patientin oder den Patienten unmittelbar behandelt.</p>	<p>Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen. Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird.</p>

<sup>21</sup> Terminologická poznámka: podle našeho názoru by bylo přesnější hovořit o poskytování tohoto typu zdravotních služeb prostřednictvím prostředků komunikace na dálku, viz rovněž terminologii právní úpravy uzavírání smluv distančním způsobem v občanském právu. Shodný přístup zvolily kupř. německé lékařské stavovské předpisy, viz dále.

<sup>22</sup> Viz § 2 odst. 2 písm. b) z. z. s.

<sup>23</sup> Pro podrobnosti odkazujeme na: SMRŽ, I. – DOLEŽAL, T. – KOPSA TĚŠINOVÁ, J. – DOLEŽAL, A. Poskytování zdravotních služeb na dálku (telemedicína) ve světle zákona o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování. *Praktický lékař*. 2023, roč. 103, č. 2, s. 71–75.

<sup>24</sup> K přípustnosti poskytování zdravotních služeb na dálku se kloní např. Dubanská (viz DUBANSKÁ, B. Právní rámec telemedicíny jako způsobu poskytování zdravotní péče. *Časopis lékařů českých*. 2021, roč. 160, č. 7–8, s. 280–281.), spíše odmítavý názor naopak zaujímají např. Smrž, Doležal, Kopsa Těšinová a Doležal (viz SMRŽ, I. – DOLEŽAL, T. – KOPSA TĚŠINOVÁ, J. – DOLEŽAL, A. Poskytování zdravotních služeb na dálku (telemedicína) ve světle zákona o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování, s. 71–75).

<sup>25</sup> (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte. In: *Bundesärztekammer* [online]. Dostupné z: <<https://www.bundesaerztekammer.de/themen/recht/berufsrecht>>. Dále jen jako „MBO-Ä“. MBO-Ä obsahuje stavovská pravidla a etické zásady lékařské profese a slouží jednotlivým lékařským komorám jako vzor pro jejich vlastní profesní předpisy, čímž přispívá k celostátnímu rozvoji co možná nejvíce jednotného profesního práva. MBO-Ä však není sám o sobě platným právem. Právních účinků daný profesní předpis nabývá, jakmile jej přijme příslušná zemská lékařská komora a potvrdí orgán dohledu. Viz Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä – Behandlung im persönlichen Kontakt und Fernbehandlung In: *Bundesärztekammer* [online]. <[https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/\\_old-files/downloads/pdf-Ordner/Recht/HinweiseErlaeterungenFernbehandlung.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Recht/HinweiseErlaeterungenFernbehandlung.pdf)>.

Vlastní překlad autorů:	
<p>Lékařky a lékaři nesmí poskytovat individuální lékařskou péči, zejména také konzultace, výlučně prostřednictvím tisku nebo komunikačních médií. Rovněž musí být v případě užití telemedicínských postupů zajištěno, aby pacienta ošetřoval přímo lékař nebo lékařka.</p>	<p>Lékařky a lékaři konzultují (radí) a ošetřují pacientky a pacienty při osobním kontaktu. Při tom mohou podpůrně užívat komunikačních médií. Výlučná konzultace nebo péče prostřednictvím komunikačních médií je v jednotlivých případech povolena za předpokladu, že je to z lékařského hlediska odůvodněné (vhodné) a pokud je dodržen vyžadovaný lékařský standard poskytovaných služeb, zejména způsob, jakým je zjišťována diagnóza, poskytována konzultace nebo péče, stejně tak jako vedena zdravotnická dokumentace, a pokud je pacientka nebo pacient rovněž informován o zvláštnostech výlučné konzultace a péče prostřednictvím komunikačních médií.</p>

Tím byl z profesně-právního hlediska toliko odstraněn zákaz výlučného poskytování zdravotních služeb na dálku, přičemž výkladový text<sup>26</sup> k této novele dodává, že všechny ostatní rámcové právní podmínky zůstávají nedotčeny a že je stále třeba beze změny dodržovat všechna ostatní ustanovení profesního práva při poskytování zdravotních služeb. Stejně tak nedošlo v tomto smyslu ani k novelizaci příslušných ustanovení § 630a a násl. německého občanského zákoníku (BGB) upravující smlouvu o péči (*Behandlungsvertrag*).

Povšimněme si, že § 7 odst. 4 MBO-Ä přitom stanovuje, že závisí na lékařském uvážení, zda lze určitou zdravotní službu, respektive péči poskytnout na dálku, a že tedy tato otázka není upravena právními předpisy.<sup>27</sup> Současně je příkázáno, že je při poskytování zdravotních služeb na dálku nutno dodržet vyžadovaný lékařský standard poskytovaných služeb *largo sensu*, tedy nejen postup *lege artis stricto sensu*, ale také povinnosti týkající se poučení pacienta, vedení zdravotnické dokumentace, mlčenlivosti atd. Lékařské postupy, jak lze poskytovat péči na dálku, mohou být typicky upraveny v *clinical guidelines*,<sup>28</sup> jelikož se jedná primárně o odbornou otázku medicínskou, a nikoliv právní.<sup>29</sup>

Z německého přístupu lze tudíž dovodit, že obecné (výlučné) umožnění poskytovat zdravotní služby na dálku nemusí nutně znamenat širokou novelizaci pravidel, kterými se řídí poskytování zdravotních služeb ve vztahu k pacientovi. Ostatně shodné lze odvodit i z předmětné části novely z. z. s. účinné od ledna roku 2022 umožňující poskytovat konzultační služby mimo zdravotnické zařízení na dálku. Samozřejmě je případně třeba adekvátně upravit související (veřejno)právní předpisy, pokud poskytování zdravotních služeb na dálku určitým způsobem znemožňují, k tomu viz v Německu např. otázky reklamy či předepisování léčiv na dálku,<sup>30</sup> avšak to nic nemění na tom, že je to primárně lékařský stav, který určí, zda vůbec a jakým způsobem může být z odborného medicínské-ho hlediska zdravotní péče na dálku poskytována.

Ministerstvo zdravotnictví již předložilo do meziresortního připomínkového řízení návrh novely z. z. s., jehož předmětem je mimo jiné zavedení definice telemedicínských služeb a základního rámce jejich používání, a to pro právní jistotu poskytovatelů, zdravotnických pracovníků a pacientů. Návrh novely je aktuálně spíše minimalistický, avšak počítá s přijetím prováděcího právního předpisu, který by stanovil podrobné podmínky

<sup>26</sup> *Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Abs. 4 MBO-Ä*, s. 2.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 3. Viz také HAHN, E. *Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung*, s. 8.

<sup>28</sup> K této problematice viz rovněž podkapitulu 3.3.

<sup>29</sup> K závaznosti *clinical guidelines* viz článek SMRŽ, I. Význam „clinical guidelines“ pro určení náležité odborné úrovně poskytování zdravotních služeb. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2017, roč. 7, č. 1, s. 13–27.

<sup>30</sup> KATZENMEIER, CH. *Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin*, s. 267.

poskytování telemedicínských zdravotních služeb včetně technických požadavků na kvalitu a bezpečnost komunikace.<sup>31</sup> Dodejme, že zásadní připomínky k dikci novely uplatnila rovněž Česká lékařská komora.<sup>32</sup>

### 3. Soukromoprávní aspekty telemedicíny

Jak již bylo uvedeno v úvodu článku, je zřejmé, že telemedicína s sebou do vztahu lékaře (jako poskytovatele zdravotních služeb) a pacienta přináší řadu nových prvků pramenících z absence vzájemné fyzické přítomnosti lékaře a pacienta při poskytování zdravotních služeb, což se nutně promítá do práv a povinností těchto dvou subjektů. Na tato nova musí právní řád adekvátně reagovat, ne vždy výlučně prostřednictvím novelizace relevantních právních předpisů, nýbrž rovněž výkladem stávajících norem a aplikací známých pravidel, je-li to pro konkrétní případ přiléhavé. A právě na část těchto otázek se zaměřuje následující text analyzující soukromoprávní aspekty dopadů telemedicíny primárně na smlouvu o péči o zdraví.

#### 3.1 Smlouva o péči o zdraví, její obsah a uzavírání distančním způsobem

Základem vztahu mezi poskytovatelem zdravotních služeb (lékařem)<sup>33</sup> a pacientem je smlouva, konkrétně smlouva o péči o zdraví. Tu vymezuje § 2636 občanského zákoníku:<sup>34</sup> „1) Smlouvou o péči o zdraví se poskytovatel vůči příkazci zavazuje pečovat v rámci svého povolání nebo předmětu činnosti o zdraví ošetřovaného, ať již je jím příkazce nebo třetí osoba. 2) Příkazce zaplatí poskytovateli odměnu, je-li to ujednáno; to neplatí, stanoví-li jiný právní předpis, že se péče o zdraví hradí výlučně z jiných zdrojů.“ Dodejme, že ke vzniku právního vztahu mezi pacientem a lékařem nemusí dojít toliko uzavřením smlouvy, nýbrž i z jiných právních důvodů. Jednak může jít o situace, za nichž není pacient schopen projevit právně relevantně svoji vůli, typicky v nouzové situaci vyžadující neprodlené poskytnutí odborné první pomoci, již lékař zásadně musí poskytnout.<sup>35</sup> Nebo o situace, v nichž převažuje zájem společnosti jako celku na poskytnutí zdravotní služby určitým osobám. Za takových okolností může být vztah mezi lékařem a pacientem založen i rozhodnutím orgánu veřejné moci (ochranné léčení či nařízení vyšetření zdravotního stavu).<sup>36</sup> Uzavření smlouvy o péči o zdraví, tedy poskytování zdravotních služeb na smluvní bázi, je ovšem pravidlem.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Pro text návrhu novely viz Vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách), ve znění pozdějších předpisů. In: *ODok Portál* [online]. Dostupné z: <<https://odok.cz/portal/veklep/material/KORNCMACTG12/>>.

<sup>32</sup> Připomínky České lékařské komory k návrhu vyhlášky, kterou se mění vyhláška č. 98/2012 Sb., o zdravotnické dokumentaci, včetně návrhu úpravy zákona o zdravotních službách. In: *ODok Portál* [online]. Dostupné z: <<https://odok.cz/portal/services/download/attachment/KORNCMZKDTFQ/>>.

<sup>33</sup> Terminologická poznámka: V následujícím textu vycházíme z tradičního pojmosloví lékař–pacient. Proto bude především užíváno výrazu lékař pro stranu, jež zdravotní služby poskytuje, tedy poskytovatele zdravotních služeb, přičemž takovou osobou může být i právnícká osoba, a výrazu pacient pro stranu, jež je jejich příjemcem, neplyne-li ze smyslu konkrétního textu něco jiného.

<sup>34</sup> Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen jako „občanský zákoník“ či „o. z.“.

<sup>35</sup> Viz § 49 odst. 1 písm. b) z. z. s.

<sup>36</sup> Viz § 38 odst. 1 písm. a) z. z. s.

<sup>37</sup> Jak nicméně připomíná Ústavní soud, poskytování zdravotních služeb je sice předmětem soukromoprávních vztahů, nicméně se rovněž jedná o oblast, v níž je „významným způsobem omezena kontraktační svoboda a zároveň je dán



V případě poskytování zdravotních služeb lékaři je s ohledem na typové znaky smlouvy o péči o zdraví zřejmé, že jejím předmětem je činnost lékaře spočívající v péči o zdraví pacienta.<sup>38</sup> Poskytovatel odpovídá za řádné poskytnutí služby (odbornost výkonu),<sup>39</sup> nikoliv za dosažení výsledku (v kontrapozici ke smlouvě o dílo).<sup>40</sup> Kaeding<sup>41</sup> trefně shrnuje, že předmětem smlouvy o péči je úsilí souladné s profesními standardy za účelem zachovat nebo zlepšit zdraví (*fachstandardgerechtes Bemühen um den Erhalt oder die Wiederherstellung der Gesundheit*).<sup>42</sup> Na tom užití prostředků komunikace na dálku při poskytování zdravotních služeb nic nemění. Zákonné vymezení smlouvy o péči o zdraví totiž neurčuje, „jak“ (jakými prostředky) má lékař konkrétně postupovat, nýbrž „co“ (obsah) lékař pacientovi takzvaně „dluží“. Přesný obsah smlouvy (plnění) nebývá zpravidla na počátku znám, přičemž k jeho konkretizaci dojde až po zjištění anamnézy a stanovení diagnózy.<sup>43</sup> Smlouva o péči o zdraví je tak otevřena užití prostředků komunikace na dálku.

Oproti tradičnímu prezenčnímu poskytování zdravotních služeb se bude v oblasti telemedicínských služeb častěji vyskytovat uzavírání smlouvy o péči o zdraví distančně, jinými slovy prostřednictvím prostředků umožňujících komunikaci na dálku. Typicky může jít o případy výlučných telekonzultací, tedy poskytování zdravotních služeb pacientovi, který lékaře před poskytnutím zdravotních služeb ani v jejich průběhu nenavštíví. Typicky si lze představit internetovou platformu umožňující v místě a čase přenos obrazu a zvuku, videokonferenci, mezi lékařem a pacientem, prostřednictvím které lékař poskytne pacientovi zdravotní služby.

V takovém případě na straně pacienta dochází k tzv. zdvojení informační asymetrie.<sup>44</sup> Na jednu stranu má nad pacientem jako medicínským laikem lékař jako odborník vědomostní převahu. Informační deficit se vyrovnává požadavkem na informovaný souhlas pacienta, kterému předchází náležité poučení ze strany lékaře.<sup>45</sup> Na straně druhé je vztah mezi lékařem jako poskytovatelem a pacientem rovněž vztahem spotřebitelským. Lékař-poskytovatel pravidelně jako podnikatel profesionál uzavírá smlouvu s pacientem jako slabší smluvní stranou vystupující mimo svou podnikatelskou činnost. K prohloubení informačního deficitu na straně pacienta nadto dochází užitím prostředků komunikace na dálku. Pro zmírnění informační asymetrie spotřebitelské právo rovněž podnikateli (lékaři) přikazuje spotřebitele (pacienta) o určitých skutečnostech poučit.

V rámci spotřebitelského práva se obecně jedná o § 1811 odst. 2 občanského zákoníku, který obsahuje seznam vybraných údajů a informací, které je lékař jako podnikatel povinen pacientovi jako spotřebiteli sdělit.

---

*výrazný prostor pro veřejnoprávní regulaci. Právo zde reflektuje rizika, která jsou při poskytování zdravotní péče spojena se zásahy do tělesné integrity, a stanoví pravidla, která mají v maximální možné míře vést k jejich eliminaci.“ Vztah mezi lékařem a pacientem je proto vztahem soukromoprávním s výraznou veřejnoprávní regulací. Nález Ústavního soudu ze dne 22. 10. 2013, sp. zn. Pl. ÚS 19/13.*

<sup>38</sup> Přičemž má-li být plněno za úplatu, je třeba sjednat odměnu, ledaže právní předpis stanoví, že se péče hradí výlučně z jiných zdrojů (veřejného zdravotního pojištění).

<sup>39</sup> Viz § 2645 občanského zákoníku.

<sup>40</sup> DOLEŽAL, T. Díl 9. Péče o zdraví (2636–2651). In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014): komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1148.

<sup>41</sup> KAEDING, N. *Medizinische Behandlung als Distanzgeschäft*. *Medizinrecht*. 2019, Jhrg. 37, Nr. 4, s. 288.

<sup>42</sup> Shodně WAGNER, G. In: HENSSLER, M. – KRÜGER, W. et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II §§ 535–630h*. München: C. H. Beck, 2019, s. 2676.

<sup>43</sup> *Ibidem*, s. 2687.

<sup>44</sup> KAEDING, N. *Medizinische Behandlung als Distanzgeschäft*, s. 288.

<sup>45</sup> Viz § 31 an. z. z. s.

Specifická pravidla pro uzavírání smluv distančním způsobem se spotřebitelem obsahuje § 1820 a násl. občanského zákoníku. Informace, které je třeba spotřebiteli v této souvislosti sdělit, upravuje § 1824 občanského zákoníku. Vedle toho má spotřebitel právo od smlouvy ve lhůtě čtrnácti dnů odstoupit, viz § 1829 občanského zákoníku. Pro poskytování zdravotních služeb se nicméně uplatní výjimka z těchto pravidel, jelikož dle § 1840 odst. 1 písm. b) občanského zákoníku se § 1820 a násl. občanského zákoníku neužijí na smlouvu, jejímž předmětem je poskytování zdravotní péče. Za zajímavé považujeme v této souvislosti zmínit názor Siglmüllera,<sup>46</sup> který uvažuje v německém právu<sup>47</sup> na základě teleologické redukce posílit práva pacienta jako spotřebitele a vyluku z užití relevantních ochranných ustanovení (zejména práva odstoupit od smlouvy) neaplikovat. Zjednodušeně argumentuje, že zákonodárce tehdy nepočítal s možností poskytovat zdravotní služby na dálku s tím, že nabídka zdravotních služeb prochází výraznými změnami v důsledku digitalizace, takže předpisy, které byly dříve koherentní, dnes nemusí plnit svůj účel.

Otázkou však je, zda by mělo při poskytování zdravotních služeb na dálku věcně smysl aplikovat právo pacienta na odstoupení od smlouvy o péči o zdraví uzavřené na dálku. Teoreticky lze uvažovat o tom, že pacient může smluvní vztah založený smlouvou o péči o zdraví ukončit kdykoliv v důsledku vyslovení nesouhlasu se všemi poskytovanými zdravotními službami.<sup>48, 49</sup> Nebo na základě subsidiární aplikace § 2443 občanského zákoníku: „*Příkazce může příkaz odvolat podle libosti, nahradí však příkazníkovi náklady, které do té doby měl, a škodu, pokud ji utrpěl, jakož i část odměny přiměřenou vynaložené námaze příkazníka.*“<sup>50</sup> Obdobné ostatně platí v německém právu, kdy se na smlouvu o péči (*Behandlungsvertrag*, § 630a a násl. BGB) jako na smlouvu služební vyššího řádu užije § 627 BGB umožňující ukončit smlouvu okamžitě bez výpovědní doby a důvodu, což reflektuje skutečnost, že plnění z takových smluv jsou založena na zvláštní důvěře, nelze je zcela jasně popsat a že obecná práva plynoucí z porušení smlouvy jsou zde nedostatečná.<sup>51</sup> Dokonce z pohledu historického zákonodárce byla skutková podstata tohoto ustanovení vytvořena s ohledem na „lékařské smlouvy“.<sup>52</sup>

Distanční uzavření smlouvy o péči o zdraví nadto nekomplikuje požadavek na písemnou formu, ani občanský zákoník, ani z. z. s. její uzavření písemně nepřikazuje. Ovšem v případech, v nichž nebude úplata lékaři za poskytnutí zdravotní služby hrazena z veřejného zdravotního pojištění, lze uzavření smlouvy o péči o zdraví v písemné formě očekávat.

<sup>46</sup> SIGLMÜLLER, J. *Rechtsfragen der Fernbehandlung*. Berlin: Springer, 2020, s. 138.

<sup>47</sup> Německo do právního řádu transponuje stejně jako Česká republika směrnici Evropského parlamentu a Rady 2011/83/EU ze dne 25. října 2011 o právech spotřebitelů, kterou se mění směrnice Rady 93/13/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/44/ES a zrušuje směrnice Rady 85/577/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>48</sup> K tomu srov. § 48 odst. 2 písm. c) z. z. s.: „*Poskytovatel může ukončit péči o pacienta v případě, že [...] pacient vysloví nesouhlas s poskytováním veškerých zdravotních služeb[...]*“.

<sup>49</sup> S tímto přístupem se lze setkat například v německém právu. Viz WEIDENKAF, W. In: PALANDT, O. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch*. 78. neubearb. Aufl. München: C. H. Beck, 2019, s. 1025, či WAGNER, G. In: HENSSLER, M. – KRÜGER, W. et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II §§ 535–630h*, s. 2688.

<sup>50</sup> Ustanovení § 2443 občanského zákoníku lze aplikovat na smlouvu o péči o zdraví na základě § 2444 občanského zákoníku. Viz SIMON, P. Oddíl 1. Příkaz (§ 2430–2444) In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014): komentář*, s. 810.

<sup>51</sup> WELLER, M. *Persönliche Leistungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, s. 180.

<sup>52</sup> WAGNER, G. In: HENSSLER, M. – KRÜGER, W. et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II §§ 535–630h*, s. 2688.

Formální požadavky kladené na smlouvu o péči o zdraví je nutné rozlišovat od formálních požadavků kladených na informovaný souhlas pacienta s poskytnutím zdravotní služby. I když smlouva o péči o zdraví nemusí být uzavřena v písemné formě, může zákon vyžadovat písemně vyjádřený informovaný souhlas pacienta. K tomu v občanském zákoníku srov. § 96,<sup>53</sup> i když případy tam uvedené nejsou pro telemedicínské služby vždy zcela přílehlavé (např. si nedovedeme představit, jak by lékař na dálku oddělil pacientovi část těla, která se již neobnoví). V z. z. s. se jedná o základní § 34 odst. 2 a násl. z. z. s.<sup>54</sup> Nadto je ve smyslu § 2638 odst. 1 občanského zákoníku poskytovatel povinen na žádost ošetřovaného podat vysvětlení v písemné formě.

Stejně tak mohou v této souvislosti vyvstat jiné situace, za nichž zákonodárce vyžaduje, aby bylo určité právní jednání nebo jiný úkon učiněn písemně. Na to musí být poskytovatel zdravotních služeb (technicky) vybaven a připraven. Tak například na vyžádání je třeba poskytnout pacientovi kopii písemné formy souhlasu (§ 34 odst. 2 z. z. s.) nebo potvrdit druhé smluvní straně v písemné formě, k čemu byl souhlas udělen (§ 2642 odst. 2 občanského zákoníku), nebo předat pacientovi písemné doporučení k poskytnutí příslušné specializované ambulantní péče, jednodenní péče nebo lůžkové péče (§ 47 odst. 5 z. z. s.) či konečně vydat pacientovi písemnou zprávu s uvedením důvodu ukončení péče o něj (§ 48 odst. 5 z. z. s.).

Zvýšenou pozornost při uzavírání smlouvy o péči na dálku je třeba rovněž věnovat náležitě identifikaci smluvních stran, poskytovatele a pacienta. Přitom nejde jen o verifikaci totožnosti pacienta, typicky prostřednictvím občanského průkazu a případně i průkazu pojištěnce.<sup>55</sup> Stejně tak je pro pacienta důležité, aby jistě věděl, kdo je osoba, se kterou jedná a která mu má poskytovat zdravotní služby, a že je tato osoba nositelem oprávnění k poskytování zdravotních služeb. Tyto údaje lze ověřit například přes Národní registr poskytovatelů (viz § 74 a násl. z. z. s.). Pro pořádek v této souvislosti připomínáme již zmíněnou informační povinnost poskytovatele jako podnikatele podle § 1811 odst. 2 písm. a) občanského zákoníku zakotvenou v rámci spotřebitelského práva či povinnost poskytovatele opatřit zdravotnické zařízení viditelným označením, které musí obsahovat obchodní firmu, název nebo jméno, popřípadě jména a příjmení poskytovatele, a identifikační číslo, bylo-li přiděleno (§ 45 odst. 2 písm. d) z. z. s.). Důsledky omylu v osobě smluvní strany (*error in persona*) pak budou případně řešeny pomocí obecných soukromoprávních pravidel, viz § 583 a násl. občanského zákoníku.

Distanční poskytování zdravotních služeb a uzavírání smlouvy o péči o zdraví na dálku ovšem nemodifikuje ani nevylučuje aplikaci standardních právních pravidel zakotvených pro tuto oblast v z. z. s. Máme tím na mysli především důsledky plynoucí z práva pacienta zvolit si svobodně poskytovatele oprávněného k poskytnutí zdravotních služeb<sup>56</sup>

<sup>53</sup> „1) Souhlas k zásahu do integrity člověka vyžaduje písemnou formu, má-li být oddělena část těla, která se již neobnoví.

2) Písemnou formu vyžaduje i souhlas k

a) lékařskému pokusu na člověku, nebo

b) zákroku, který zdravotní stav člověka nevyžaduje; to neplatí, jedná-li se o kosmetické zákroky nezanechávající trvalé nebo závažné následky.“

<sup>54</sup> „Písemná forma souhlasu se vyžaduje, pokud tak stanoví jiný právní předpis<sup>21)</sup> nebo pokud tak s ohledem na charakter poskytovaných zdravotních služeb určí poskytovatel. Souhlas s hospitalizací musí být vždy v písemné formě. Na vyžádání je pacientovi poskytnuta kopie písemné formy souhlasu.“

<sup>55</sup> Odmítnutí prokázání totožnosti pacientem je důvodem, pro který může poskytovatel odmítnout poskytnutí zdravotní služby, nejde-li o neodkladnou péči, viz § 41 odst. 4 z. z. s.

<sup>56</sup> Viz § 28 odst. 3 písm. b) z. z. s. s výjimkami podle § 29 odst. 2 z. z. s.

s důsledky v podobě obecné povinnosti zvoleného poskytovatele s pacientem smlouvu o péči o zdraví uzavřít s výjimkami podle § 48 odst. 1 z. z. s.<sup>57</sup> Stejně tak jako následné omezení možnosti poskytovatele ukončit péči o pacienta ve smyslu § 48 odst. 2 a násl. z. z. s.

Lze uzavřít, že smlouva o péči o zdraví je otevřena užití prostředků komunikace na dálku. Přitom je nutné sledovat a dbát na specifika z toho plynoucí, zejména při distančním uzavírání smlouvy o péči o zdraví, na něž lze ovšem reagovat pomocí standardních soukromoprávních pravidel. Nová, převratná či překvapivá řešení podle našeho názoru není třeba hledat. Důraz v této souvislosti klademe primárně na náležité splnění informační povinnosti vůči ošetřovanému nejen jako pacientovi, nýbrž také jako spotřebiteli. Současně nesmíme opomenout stávající regulaci zakotvenou v z. z. s., která reflektuje specifitu vztahu lékař–pacient, zejména co do omezení poskytovatelů neuzavřít s pacienty smlouvu o péči o zdraví, respektive péči ukončit.

### 3.2 Informace, respektive poučení pacienta o navrhovaných zdravotních službách a souhlas s jejich poskytnutím

Zásadně platí, že zdravotní služby lze pacientovi poskytnout pouze s jeho svobodným a informovaným souhlasem.<sup>58</sup> Souhlas pacienta tedy musí mít určitou kvalitu, musí být mj. *informovaný*. Co se tím rozumí, vysvětluje zákonodárce v § 34 odst. 1 z. z. s.<sup>59</sup> Pregnantně shrnuto: „*Informovaný znamená, že pacient musí být předem poučen o svém zdravotním stavu, o doporučené léčbě, její povaze a účelu, alternativách k ní a o možných rizicích a komplikacích s ní spojených.*“<sup>60</sup>

Povinnost lékaře náležitě pacienta informovat (poučit) řadíme mezi základní povinnosti při poskytování zdravotních služeb; můžeme ji rovněž subsumovat pod povinnost postupu *lege artis* v širokém smyslu.<sup>61</sup>

Požadavek na informovanost souhlasu vyjadřuje zásadu, že se má pacient svobodně rozhodnout, zda určitý zákrok podstoupí, či nikoliv, na základě znalosti rozhodných skutečností poskytnutých lékařem, jelikož jako laik nebývá pravidelně schopen tyto skutečnosti sám zjistit. Šustek a Holčápek<sup>62</sup> v této souvislosti citují Engelse, jenž uvádí, že:

<sup>57</sup> „Poskytovatel, kterého si pacient zvolil, může odmítnout přijetí pacienta do péče, pokud

- a) by přijetím pacienta bylo překročeno únosné pracovní zatížení nebo jeho přijetí brání provozní důvody, personální zabezpečení nebo technické a věcné vybavení zdravotnického zařízení; překročením únosného pracovního zatížení se rozumí stav, kdy by zajištěním zdravotních služeb o tohoto pacienta došlo ke snížení úrovně kvality a bezpečnosti zdravotních služeb poskytovaných pacientům již přijatým,
- b) by vzdálenost místa pobytu pacienta neumožňovala v případě poskytování zdravotních služeb v oboru všeobecné praktické lékařství a praktické lékařství pro děti a dorost výkon návštěvní služby, nebo
- c) není pojištěncem zdravotní pojišťovny, se kterou má poskytovatel uzavřenu smlouvu podle zákona o veřejném zdravotním pojištění; toto právo se nevztahuje na pojištěnce z jiných států Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru, Švýcarské konfederace, či ze států, se kterými má Česká republika uzavřenu smlouvu o sociálním zabezpečení, zahrnující ve věcném rozsahu nároky na zdravotní péči.“

<sup>58</sup> Viz § 28 odst. 1 z. z. s.

<sup>59</sup> „1) Souhlas s poskytnutím zdravotních služeb (dále jen „souhlas“) se pokládá za [...] b) informovaný, je-li pacientovi před vyslovením souhlasu podána informace podle § 31 [...]“.

<sup>60</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 2. 3. 2015, sp. zn. I. ÚS 1565/14.

<sup>61</sup> DOLEŽAL, T. *Lege artis*. In: TĚŠINOVÁ, J. – DOLEŽAL, T. – POLICAR, R. *Medicínské právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 39.

<sup>62</sup> ŠUSTEK, P. – HOLČÁPEK, T. *Informovaný souhlas: Teorie a praxe informovaného souhlasu ve zdravotnictví*. Praha: ASPI, 2007, s. 46.

„Svobodná vůle neznamená nic jiného než možnost rozhodnout se se znalostí věci.“ V případě, že by pacient nebyl před poskytnutím zdravotní služby poučen, tedy neznal-li by rozhodné skutečnosti, nevěděl by, k čemu vůbec souhlas uděluje. Souhlas bez náležitého poučení by vycházel naprázdno.

Navíc, jak již bylo uvedeno v předchozí podkapitole, má lékař nad pacientem vědomostní převahu, přičemž rovněž zdravotní stav pacienta dále jeho pozici ve vztahu s lékařem znesnadňuje. Ke zdvojení informačního deficitu nadto dochází nasazením prostředků umožňujících komunikaci na dálku. Požadavek na informovanost souhlasu má tedy vyrovnávat informační asymetrii, a to takovým způsobem, aby pacient nebyl pouhým objektem při poskytování zdravotních služeb, nýbrž plnohodnotným subjektem s možností se autonomně sám o sobě rozhodnout.<sup>63</sup> S vědomím těchto zásad je třeba na informační povinnost rovněž nahlížet.

Obsah poučení (vysvětlení, informace) pacienta je vymezen nejen v Úmluvě o biomedicině,<sup>64</sup> nýbrž také v z. z. s.<sup>65</sup> a konečně také v občanském zákoníku,<sup>66</sup> přičemž při poskytování zdravotních služeb se primárně užije speciální a podrobnější právní úprava z. z. s. nad právní úpravou zakotvenou v občanském zákoníku.

Podle § 31 odst. 1 z. z. s.<sup>67</sup> zjednodušeně platí, že poskytovatel je povinen zajistit, aby byl pacient v dostatečném rozsahu informován o svém zdravotním stavu a o navrženém individuálním léčebném postupu a současně aby pacient mohl klást v této souvislosti doplňující otázky a aby mu také byly srozumitelně zodpovězeny.<sup>68</sup>

Na obecné vymezení poučovací povinnosti navazuje podrobný, taxativní, výčet, jejího obsahu v § 31 odst. 2 z. z. s.:

*„Informace o zdravotním stavu podle odstavce 1 obsahuje údaje o*

- a) příčině a původu nemoci, jsou-li známy, jejím stadiu a předpokládaném vývoji,*
- b) účelu, povaze, předpokládaném přínosu, možných důsledcích a rizicích navrhovaných zdravotních služeb, včetně jednotlivých zdravotních výkonů,*
- c) jiných možnostech poskytnutí zdravotních služeb, jejich vhodnosti, přínosech a rizicích pro pacienta,*
- d) další potřebné léčbě,*
- e) omezeních a doporučeních ve způsobu života s ohledem na zdravotní stav [...].“*

<sup>63</sup> K tomu blíže DOLEŽAL, T. – DOLEŽAL, A. *Informovaný souhlas ve zdravotnictví. Právní a etické aspekty*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2023.

<sup>64</sup> Úmluva na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicině, vyhlášena pod č. 96/2001 Sb. m. s. Viz článek 5 Úmluvy: „Tato osoba musí být předem řádně informována o účelu a povaze zákroku, jakož i o jeho důsledcích a rizicích.“

<sup>65</sup> Viz dále.

<sup>66</sup> Viz § 93 a 94 občanského zákoníku a rovněž § 2638 an. občanského zákoníku.

<sup>67</sup> „1) Poskytovatel je povinen

- a) zajistit, aby byl pacient srozumitelným způsobem v dostatečném rozsahu informován o svém zdravotním stavu a o navrženém individuálním léčebném postupu a všech jeho změnách (dále jen „informace o zdravotním stavu“),*
- b) umožnit pacientovi nebo osobě určené pacientem klást doplňující otázky vztahující se k jeho zdravotnímu stavu a navrhovaným zdravotním službám, které musí být srozumitelně zodpovězeny.“*

<sup>68</sup> S tím koreluje také německé právo, konkrétně § 630e odst. 1 první věta BGB, které obecně požaduje, aby lékař informoval pacienta o všech okolnostech, které jsou pro udělení souhlasu podstatné: „Der Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären [...]“.

Jak tedy poskytování zdravotních služeb na dálku ve formě telekonzultací ovlivňuje, respektive modifikuje tato pravidla? Je zjevné, že pozornost je nutno směřovat primárně ve vztahu k údajům obsaženým v písm. b) a c) citovaného ustanovení.

Má-li být pacient informován o povaze zdravotních služeb, je zřejmé, že tato informace by měla obsahovat i poukaz na zvláštnosti vyplývající z nasazení prostředků komunikace na dálku při jejich poskytování, a to v kontrapozici k prezenčnímu poskytování zdravotních služeb. To znamená, že by se měl lékař při poučení pacienta zaměřit na taková specifika telemedicíny, která se při tradičním poskytování zdravotních služeb nevyskytují. Obdobné se uplatní rovněž ve vztahu k informaci o rizicích souvisejících s nasazením telemedicínských prostředků. Již samotná absence fyzické přítomnosti může v určitém případě vyvolávat ohrožení právních statků pacienta. Poučení by tak současně mělo obsahovat i poukaz na rizika nerozpoznaného informačního deficitu, jenž je imanentní každému poskytování zdravotních služeb na dálku.<sup>69</sup> To vše za účelem umožnění realizace práva pacienta na sebeurčení a utvoření autonomního rozhodnutí, zda navrhanou zdravotní službu přijmout, nebo odmítnout.

Jak bude uvedeno v následující podkapitole, nasazení prostředků umožňujících komunikaci na dálku ovšem bez dalšího neznačí automatickou modifikaci, či spíše snížení standardu péče oproti léčbě prováděné konvenčním způsobem.

Část německé doktríny doporučuje v této souvislosti aplikovat zásady zavádění nových metod (*Neulandmethoden*) nebo zdokonalování těch současných při poskytování zdravotních služeb. Podle nich by měl být pacient rovněž upozorněn na riziko poškození zdraví, které jako takové nelze předvídat, a dále že vzhledem k novosti užití metody nelze rozsah v zásadě známých rizik spolehlivě posoudit.<sup>70</sup> Proti tomu se nicméně staví Siglmüller s tím, že v případě telemedicíny nejde o novou metodu (*Neulandmethode*) poskytování zdravotních služeb, nýbrž toliko o způsob (*Modus*), jakým je zdravotní služba poskytována.<sup>71</sup> Slovy českého z. z. s. bychom mohli říci, že telemedicína není oborem zdravotní péče (viz § 4 odst. 4 z. z. s.), ani druhem zdravotní péče (ve smyslu § 5 z. z. s.), nýbrž spíše (pokud vůbec) její formou (podle § 6 z. z. s.).

V úvodní fázi zavádění telemedicíny do běžné lékařské praxe se tedy bude třeba riziky souvisejícími s tímto způsobem poskytování zdravotních služeb zabývat o to důkladněji, aby si pacienti skutečně uvědomovali související nebezpečí, a to do doby vytvoření informační základny ve společnosti. Na druhé straně bude lékař při informování pacienta moci poukázat i na výhody, respektive příležitosti, které s sebou distanční péče přináší<sup>72</sup> (jako např. snížení rizika nákazy infekcí ve zdravotnickém zařízení).

Dále, podle § 31 odst. 2 písm. c) z. z. s. zahrnuje poučení pacienta také informaci o jiných možnostech (alternativách) poskytnutí zdravotních služeb. Nehledě na to, zda je možné považovat nasazení telemedicíny za metodu poskytování zdravotních služeb, tedy za alternativu, se lze domnívat, že rovněž způsob (modus) poskytování zdravotních služeb spadá do okruhu skutečností, o nichž má lékař pacienta poučit, jelikož jde podle našeho

<sup>69</sup> SIGLMÜLLER, J. *Rechtsfragen der Fernbehandlung*, s. 144.

<sup>70</sup> Viz HAHN, E. *Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung*, s. 32, či BERGMANN, K. *Telemedizin und das neue E-Health-Gesetz*, s. 501.

<sup>71</sup> SIGLMÜLLER, J. *Rechtsfragen der Fernbehandlung*, s. 149 an. Pro argumentaci viz následující podkapitolu, jelikož tato problematika úzce souvisí se standardem poskytovaných zdravotních služeb.

<sup>72</sup> *Ibidem*, s. 144–145.

názoru o takové skutečnosti, které hrají roli pro utvoření autonomního rozhodnutí pacienta, zda navrhovanou zdravotní službu přijmout, anebo odmítnout.<sup>73</sup>

Co se týče formy poučení, z. z. s. žádné specifické podmínky nestanovuje. Pamatovat je současně třeba na pravidlo zakotvené v § 31 odst. 1 písm. b) z. z. s., které vyžaduje, aby pacient mohl klást doplňující otázky vztahující se k jeho zdravotnímu stavu a navrhovaným zdravotním službám, které mu samozřejmě musí být následně zodpovězeny. V případě telekonzultací se nedomníváme, že by toto pravidlo jejich provozování významně komplikovalo nebo omezovalo. Oproti tomu § 2638 odst. 1 občanského zákoníku zakládá právo pacienta na podání vysvětlení v písemné formě v případě, že o to požádá. Na splnění této povinnosti musí být poskytovatel zdravotních služeb připraven.<sup>74</sup>

Stejně tak mohou v této oblasti vyvstat další situace, za nichž se vyžaduje, aby určité právní jednání nebo jiný úkon byly provedeny písemně. Tak například v případě, kdy se pacient vzdá podání informace o svém zdravotním stavu, pak záznam o vzdání se podání takové informace podepíše pacient a zdravotnický pracovník (§ 32 odst. 1 z. z. s.) nebo vyjádření pacienta ve smyslu § 33 odst. 1 z. z. s. a záznamy o nich opět podepíše pacient a zdravotnický pracovník (určení osob, které mají být informovány o zdravotním stavu pacienta, nebo naopak vyslovení zákazu poskytovat informace kterékoliv osobě).

Lze shrnout, že poskytování zdravotních služeb na dálku sice určitým způsobem modifikuje obsah informační, respektive poučovací povinnosti lékaře o navrhovaných zdravotních službách, ale současně nepředstavuje pro tuto oblast nepřekonatelnou překážku. Stejně jako v předchozí podkapitole zaměřené obecně na smlouvu o péči o zdraví, i zde můžeme aplikovat již zavedená pravidla a netřeba podle našeho názoru hledat zásadně nové či odlišné postupy nebo výklady. Vždy bychom měli pamatovat na základní smysl informační povinnosti, a to aby pacient nebyl pouhým objektem při poskytování zdravotních služeb, nýbrž plnohodnotným subjektem s možností se autonomně sám o sobě rozhodnout, a tímto prizmatem na informační povinnost (nejen) při nasazení telemedicíny nahlížet.

### **3.3 Péče řádného odborníka (standard poskytování zdravotních služeb) a civilněprávní odpovědnost**

Jednu z hlavních povinností lékaře při poskytování zdravotních služeb představuje postup v souladu s péčí řádného odborníka či, jinak řečeno, poskytování zdravotních služeb na náležitě odborné úrovni. Obvykle se tato povinnost označuje samostatně jako povinnost postupu *lege artis*. Nedostojí-li lékař této povinnosti a v důsledku toho bude pacientovi způsobena újma, vznikne povinnost k její náhradě.

V českém právním řádu vymezuje povinnost lékaře postupovat při poskytování zdravotních služeb *lege artis* opět několik právních předpisů, například Úmluva o biomedicíně a její článek 4: „*Jakýkoliv zákrok v oblasti péče o zdraví, včetně vědeckého výzkumu, je nutno provádět v souladu s příslušnými profesními povinnostmi a standardy.*“ Dále z. z. s. a jeho § 4 odst. 5 upřesňující povinnost poskytovat zdravotní služby na náležitě odborné úrovni: „*Náležitou odbornou úroveň se rozumí poskytování zdravotních služeb podle pravidel vědy a uznávaných medicínských postupů, při respektování individuality pacienta,*

<sup>73</sup> Shodně *Ibidem*, s. 144.

<sup>74</sup> Formou informovaného souhlasu jsme se již zabývali v podkapitole 3.1.

s ohledem na konkrétní podmínky a objektivní možnosti.“ Stejně tak jako občanský zákoník v rámci smlouvy o péči o zdraví, viz § 2643 odst. 1: „Poskytovatel postupuje podle smlouvy s péčí řádného odborníka, a to i v souladu s pravidly svého oboru.“

Výrazy jako náležitá odborná úroveň, dodržování příslušných profesních standardů, péče řádného odborníka či vyžadovaný standard péče jsou tzv. neurčitými právními pojmy (*unbestimmte Rechtsbegriffe, open norms*), jejichž specifický obsah je vymezován až konkrétními okolnostmi jednotlivých případů, přičemž do popředí vstupuje hodnotový úsudek osoby, jež jejich obsah vykládá.<sup>75</sup> Není věcného důvodu vykládat obsah uvedených právních norem odlišně, jejich význam je v důsledku shodný.

Kdo určí, jaký postup lze považovat za řádný, respektive zda lékař postupoval *lege artis*? Tato problematika úzce souvisí s nutností diferenciací jednotlivých druhů standardů při poskytování zdravotních služeb. V základu můžeme rozlišovat standardy dva, jednak standard odborný, medicínský, a standard právní – pro účely práva upravujícího povinnost k náhradě újmy – s tím, že v každé z uvedených oblastí má standard svůj specifický obsah i význam, zejména s ohledem na funkce, jaké v těchto oblastech plní. Civilní delikt ní právo *largo sensu* se zde mimo jiné orientuje na ochranu právních statků, tedy života a zdraví člověka (ochranná funkce). „Závěr, zda zdravotnické zařízení (ne)postupovalo v souladu se současnými dostupnými poznatky lékařské vědy, je závěrem právním, a tudíž v kompetenci nezávislého soudu. Znalecký posudek může být jen skutkovým podkladem (nejčastěji jedním z více podkladů) pro tento právní závěr o postupu (non) *lege artis*.“<sup>76</sup>

Pro další úvahy v rámci této podkapitoly shrňme, že právo vymezuje pro své účely standardy poskytování zdravotních služeb rovněž za pomoci neurčitých právních pojmů, jejichž specifický obsah dotvoří konkrétní okolnosti jednotlivého případu zohledňující individualitu každého pacienta. Na rozdíl od medicíny finálně determinuje obsah těchto standardů soud (jako otázku právní) podle své úvahy, jež ovšem vychází z expertních lékařských posudků, což podporuje pro oblast civilněprávní odpovědnosti její ochrannou funkci (zajištění alespoň minimální ochrany nejvýznamnějších právních statků, života a zdraví člověka) a rovněž i s tím související nutnost kontroly a korekce medicínského standardu vytvářeného lékaři. Jednoduše, medicínské otázky řeší lékaři a právní otázky právníci.<sup>77</sup>

Ovlivňuje tedy distanční poskytování zdravotních služeb civilněprávní standard poskytování zdravotních služeb, respektive modifikuje telemedicína tato pravidla?

Pro ilustraci nejprve nastíníme klasický německý případ (tzv. „*notorischer Telefondiagnosefall*“):<sup>78</sup> Manželka telefonicky požádala lékaře svého nemocného manžela, aby jej doma vyšetřil. Manžel se cítil zle, měl teplotu, návaly pocení, zimnici, průjem a zvracení. Lékař se domníval, že manžela postihla virová infekce. Domácí návštěvu lékař nicméně odmítl, jelikož měl plnou čekárnu pacientů. Lékař však manželce nabídl, že manželovi předepíše antibiotika a aktivní uhlí, které mu manželka vyzvedne, s tím, že kdyby se manželův zdravotní stav nelepšil, nechť zavolá druhý den. To se již nestalo. Druhý den, jakmile

<sup>75</sup> VELTEN, W. *Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozess: ein Beitrag zu Umfang und Grenzen der Darlegungslast von Arzthaftungsklägern bezüglich der Standards medizinischer Heilbehandlung*. Baden-Baden: Nomos, 2001, s. 38–39.

<sup>76</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 9. 1. 2014, sp. zn. III. ÚS 2253/13.

<sup>77</sup> K problematice diferenciací standardů zdravotních služeb a jejich vzájemnému vztahu viz SMRŽ, I. Standardy zdravotních služeb a jejich vzájemný vztah. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*. 2021, roč. 11, č. 1, s. 1–20.

<sup>78</sup> Viz DIERKS, CH. Der Rechtsrahmen der Fernbehandlung in Deutschland und seine Weiterentwicklung. *Medizinrecht*. 2016, Jhrg. 34, Nr. 6, s. 406, a rozhodnutí BGH VI ZR 48/78 ze dne 20. 2. 1979. Dostupné z: <<https://dejure.org>>.



se manželka vrátila z práce domů, nalezla svého muže mrtvého. Pitva odhalila, že manžel zemřel na rozsáhlý zápal plic a hnisavý zánět pohrudnice s těžkým toxickým poškozením jater, srdečního svalu a ledvin. Nejvyšší soud dospěl k závěru, že lékař převzal manžela jako pacienta do péče. Manžel pak mohl důvodně předpokládat, že lékař využije své medicínské znalosti a dovednosti, bude pokračovat v jeho léčbě a v případě nouze mu zajistí další pomoc, jako např. odeslání ke specialistovi nebo do nemocnice. Pacient tedy může lékaři v tomto ohledu důvěřovat a nemusí sám vyhledat další pomoc. Zaviněné porušení takové povinnosti, které způsobí újmu na zdraví nebo smrt pacienta vede k občansko-právní odpovědnosti lékaře.<sup>79</sup>

Podle Dierkse<sup>80</sup> toto rozhodnutí vytvořilo základ praxe, že převzetím pacienta do péče vzniká lékaři komplexní povinnost péče o zdraví pacienta, jejíž rozsah nezávisí na způsobu kontaktu, tedy ať už osobním, nebo zprostředkovaném. Jinými slovy, standard péče není snížen způsobem (*modem*) poskytování zdravotních služeb. Tuto myšlenku ostatně vyjádřil před více než dvaceti lety rovněž Kern<sup>81</sup> ve svém článku zaměřeném na problematiku právních dopadů telemedicíny na standard péče: „*Der Facharztstandard muss gewährleistet sein. Die räumliche Trennung zwischen dem Spezialisten und dem den Patienten betreuenden Arzt darf nicht dazu führen, dass der Facharztstandard für den Patienten nicht gewährleistet ist.*“<sup>82</sup>

Jak bylo uvedeno výše, rozlišujeme medicínský a právně orientovaný standard péče (postup *lege artis*). Standard péče rozhodný pro oblast povinnosti k náhradě újmy není standardem subjektivním (reflektujícím konkrétní znalosti a schopnosti daného lékaře), nýbrž standardem objektivním současně zohledňujícím individualitu pacienta a konkrétní podmínky, za nichž jsou zdravotní služby poskytovány.<sup>83</sup> Nadto platí, že se standard péče tvoří, respektive diferencuje podle jednotlivých oborů zdravotní péče.<sup>84</sup> Častým pochybením vyskytujícím se v řízeních před soudy je v této souvislosti ustanovování znalců jiné než relevantní specializace, pročež je třeba dbát na to, aby postup *lege artis* například v oboru neurologie skutečně posuzoval znalec z oboru neurologie, a nikoliv například internista. Ani znalec z oboru soudního lékařství není schopen posuzovat jakékoliv odvětví medicíny.<sup>85</sup> Vnitřní diferenciacie medicíny jednoduše neumožňuje, aby se lékaři specializovali na všechny obory.<sup>86</sup>

<sup>79</sup> „Mit der Fallübernahme erweckt der Arzt bei dem Patienten in der Regel das Vertrauen, dieser werde ihm unter Einsatz seiner ärztlichen Kenntnisse und Fähigkeiten beistehen, ihn weiter behandeln und notfalls weitere Hilfsmaßnahmen, zu denen er selbst nicht in der Lage ist, in die Wege leiten, etwa die Überweisung an einen Facharzt oder in ein Krankenhaus... Der Kranke verläßt sich auf diese Obhut und wird nicht mehr versuchen, anderweitig Hilfe zu erlangen. Die schuldhafte Verletzung dieser Garantspflicht, die eine Körperverletzung oder den Tod des Patienten verursacht, führt zu einer Haftung des Arztes nach § 823 Abs. 1 BGB für den daraus entstandenen Schaden.“ Ibidem.

<sup>80</sup> DIERKS, CH. *Der Rechtsrahmen der Fernbehandlung in Deutschland und seine Weiterentwicklung*, s. 406.

<sup>81</sup> KERN, B. In: DIERKS, CH. – FEUSSNER, H. – WIENKE, A. (Hrsg.) *Rechtsfragen der Telemedizin*. Berlin, Heidelberg: Springer, 2001, s. 55.

<sup>82</sup> „Musí být zajištěn standard lékaře speciality. Prostorové oddělení speciality a ošetřujícího lékaře nesmí vést k tomu, že by pacientovi nebyl zaručen standard lékaře speciality.“

<sup>83</sup> Viz explicitně znaky náležitě odborné úrovně podle § 4 odst. 5 z. z. s.

<sup>84</sup> Viz § 4 odst. 4 z. z. s. Wagner uvádí, že se jedná o tzv. „Fachgebietsbezogener Standard“. WAGNER, G. In: HENSSELER, M. – KRÜGER, W. et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II §§ 535–630h*, s. 2707.

<sup>85</sup> DOLEŽAL, T. *Lege artis*, s. 49.

<sup>86</sup> WAGNER, G. In: HENSSELER, M. – KRÜGER, W. et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II §§ 535–630h*, s. 2707.

Nejen v doktríně, ale i v praxi se v této souvislosti objevuje myšlenka, že by bylo možné vytvořit vlastní standard péče pro „obor“ telemedicíny. Tyto úvahy je podle našeho názoru třeba odmítnout. Telemedicína totiž nepředstavuje svébytnou lékařskou specializaci (tedy obor zdravotní péče), nýbrž je na ni třeba nahlížet jako na horizontální „dovednost“ lékařů, která se uplatňuje napříč obory zdravotní péče. Standard neznačí to, co se ve skutečnosti praktikuje, naopak obsahuje převážně normativní prvky ve smyslu uznávaného „správného“, tj. normálního chování, které se ve vědě a praxi považuje za nezbytné.<sup>87</sup> Telemedicína není léčebnou metodou vycházející z pravidel medicínské vědy, nýbrž technicky novým způsobem aplikovaným v rámci již známých a uznávaných medicínských postupů.<sup>88</sup>

Tato skutečnost samozřejmě nevyklučuje, aby byly vytvořeny telemedicínské „standards“ v rámci jednotlivých oborů zdravotní péče, avšak reflektující fakt, že poskytování zdravotních služeb na dálku je způsobem (modem) poskytování zdravotních služeb, a nikoliv jejich metodou. V tomto smyslu se domníváme, že je možné nahlížet na hlasy hovořící o telemedicínském standardu péče.<sup>89</sup> Jinými slovy, takové standardy mohou obsahovat postupy směřující k dosažení vyžadovaného standardu péče v rámci medicínských oborů při nasazení prostředků umožňujících komunikaci na dálku, včetně vymezení podmínek, za nichž lze vůbec určité zákroky takto provádět. Pak by se jednalo o postupy spíše „technické“ než rigorózně „vědecky medicínské“.

Z výše uvedených tezí lze zcela jasně vyvodit námi zastávaný názor, že distanční poskytování zdravotních služeb v zásadě nemůže ovlivňovat, respektive snižovat úroveň vyžadovaného standardu péče. Pacient má vždy právo na náležitou odbornou úroveň poskytování zdravotních služeb nehledě na to, kde se v tomto smyslu nachází a jakým způsobem s ním lékař komunikuje. To ostatně a bez dalšího zdůrazňuje závěrem pasáže věnované standardu péče při distančně poskytované zdravotní péči i Wagner:<sup>90</sup> „*Selbstverständlich ist bei der Anwendung telemedizinischer Maßnahmen die standardmäßige Sorgfalt zu wahren.*“<sup>91</sup> V tomto ohledu působí také již shora zmiňovaná ochranná funkce právně orientovaného civilně deliktního standardu poskytování zdravotních služeb orientující se na ochranu právních statků, tedy včetně života a zdraví člověka.<sup>92</sup>

Lze zakončit, že lékař je vždy povinen poskytovat zdravotní služby na náležité odborné úrovni, tedy v souladu s profesními standardy. Finální arbitr, který rozhodne, zda byl určitý postup v tomto smyslu řádný, je soud, který současně vyjde z expertních medicínských posudků, což reflektuje kontrolu a korekci lékařského stavu a ochrannou funkci civilního deliktního práva *largo sensu*. Jedním z atributů náležité odborné úrovně poskytování zdravotních služeb je, jak již bylo uvedeno výše, i ohled na konkrétní podmínky

<sup>87</sup> SIGLMÜLLER, J. *Rechtsfragen der Fernbehandlung*, s. 150.

<sup>88</sup> Odlišně je třeba nahlížet na (méně časté) situace, v nichž technologický pokrok v oblasti prostředků umožňujících komunikaci na dálku změnil dosavadní medicínské postupy (metody).

<sup>89</sup> Viz např. KATZENMEIER, CH. Big Data, E-Health, M-Health, KI und Robotik in der Medizin, s. 267, či HAHN, E. *Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung*, s. 27 an, a ostatně i česky TÁBORSKÝ, M. a kol. Doporučené postupy – Distanční medicína. In: *kdp.uzis.cz* [online]. 2022. Dostupné z: <<https://kdp.uzis.cz/res/guideline/49-distančni-pece-final.pdf>>.

<sup>90</sup> WAGNER, G. In: HENSSLER, M. – KRÜGER, W. et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II §§ 535–630h*, s. 2713.

<sup>91</sup> „Samozřejmě je i při nasazení prostředků telemedicíny třeba zachovat vyžadovaný standard péče.“

<sup>92</sup> Shodně SPICKHOFF, A. In: SPICKHOFF, A. (Hrsg.). *Medizinrecht*. 4. Auflage. München: C. H. Beck, 2022, s. 4: „Das Recht nimmt den Schutz des Patienten beim Einsatz neuer Medien nicht zurück. Der Standard der ärztlichen Sorgfalt muss auch bei Fernbehandlungen stets gewahrt bleiben.“

a objektivní možnosti. Těmi nicméně nemůžeme rozumět inherentní rysy spjaté s nasazením prostředků telemedicíny projevující se v absenci možnosti lékaře pacienta osobně vyšetřit s důsledky v podobě nevyhnutelného smyslového deficitu, který musí lékař kompenzovat jiným způsobem. Není-li taková kompenzace možná, není poté možné zdravotní služby distančně poskytnout, protože je třeba pacienta vyšetřit osobně. Jinými slovy, sensorický deficit přítomný při nasazení prostředků telemedicíny automaticky nesnižuje vyžadovaný standard péče. Na druhé straně mohou nastat situace, za nichž pacienta objektivně nelze vyšetřit osobně (nouzové situace, odlehlá místa, pandemie infekčního onemocnění). Za takových okolností může být užití telemedicínských prostředků naopak korektní a prospěšné s tím, že konkrétní podmínky a objektivní možnosti zabraňují kompenzovat přítomný sensorický deficit lékaře, aniž by došlo k podkročení vyžadovaného medicínského standardu. Není to tudíž telemedicína, která v tomto ohledu ovlivňuje vyžadovaný standard péče, nýbrž právě přítomné konkrétní podmínky a objektivní možnosti.

### 3.4 Určení rozhodného právního řádu (*lex causae*) při přeshraničním poskytování zdravotních služeb na dálku

Užití prostředků umožňujících komunikaci na dálku při poskytování zdravotních služeb s sebou může nečíslně přinášet situace, v nichž právní vztah mezi lékařem a pacientem, případně mezi lékaři navzájem, přesáhne svým významem hranice určitého státu.

Jako příklad lze uvést situaci, v níž bude český lékař osloven pacientem, cizím státním příslušníkem, který se nachází v zahraničí, a to s žádostí o poskytnutí zdravotních služeb distančně přes videokonferenční zařízení. Pokud lékař takové žádosti vyhová, vznikne mezi ním a pacientem zpravidla soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem založený smlouvou.

Zásadní otázkou, kterou je třeba za těchto okolností vyřešit, je určení rozhodného právního řádu (*lex causae*), kterým se bude soukromoprávní vztah mezi smluvními stranami řídit.<sup>93</sup> Přitom se nemusí jednat toliko o smluvní závazkové vztahy (založené v naší zemi smlouvou o péči o zdraví), nýbrž také o závazky z deliktů (občanskoprávní odpovědnost, respektive povinnost k náhradě újmy).

Jelikož je Česká republika členským státem Evropské unie, užijí se pro řešení těchto případů zpravidla univerzálně použitelná<sup>94</sup> Nařízení Řím I<sup>95</sup> pro smluvní závazkové vztahy a Nařízení Řím II<sup>96</sup> pro mimosmluvní závazkové vztahy. Přednostně před těmito nařízeními se však uplatní mezinárodní smlouvy, zejména dvoustranné mezinárodní smlouvy o právní pomoci.<sup>97</sup>

<sup>93</sup> Nutno dodat, že lékař samozřejmě musí rovněž dodržovat normy veřejného práva státu, v němž poskytuje zdravotní služby.

<sup>94</sup> KUČERA, Z. – PAUKNEROVÁ, M. – PFEIFFER, M. – RŮŽIČKA, K. – VYBÍRAL, P. *Mezinárodní právo soukromé*. 9. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2022, s. 35.

<sup>95</sup> Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) (dále jen jako „Nařízení Řím I“).

<sup>96</sup> Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Řím II) (dále jen jako „Nařízení Řím II“).

<sup>97</sup> Např. Smlouva mezi Českou republikou a Ukrajinou o právní pomoci v občanských věcech, sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 123/2002 Sb. m. s. Srov. zejména čl. 48 a 49 smlouvy.

### 3.4.1 Kolizní úprava smluvních závazkových vztahů (Nařízení Řím I)

Na prvním místě se podle Nařízení Řím I řídí smlouva právem, který si smluvní strany zvolí – *lex electa* (čl. 3 odst. 1), což reflektuje autonomii vůle stran a představuje základní výstavbový princip v oblasti smluvních závazkových vztahů.<sup>98</sup> V případech, v nichž se všechny ostatní prvky významné pro danou situaci v okamžiku volby práva nacházejí v jiné zemi než v zemi, jejíž právo bylo zvoleno, není dotčeno použití těch ustanovení práva jiné země, od nichž se nelze smluvně odchýlit (*ius cogens*), viz čl. 3 odst. 3 Nařízení Řím I. Obdobné platí zjednodušeně v případě volby jiného práva než práva členského státu (odst. 4 téhož ustanovení).

V případě neexistence volby práva se pro smlouvy týkající se poskytování (zdravotních) služeb užije čl. 4 Nařízení Řím I, konkrétně odst. 1 písm. b) tohoto článku, podle něhož je rozhodným právem pro smlouvy o poskytování služeb právo země, v níž má poskytovatel služby obvyklé bydliště.<sup>99</sup> Nicméně v případě zjevně užšího spojení smlouvy s jinou zemí se použije právo této jiné země (čl. 4 odst. 3 Nařízení Řím I).

Speciální pravidla se užijí ve vztahu ke spotřebitelským smlouvám, přičemž smluvní vztah mezi pacientem a lékařem je zásadně vztahem spotřebitelským.<sup>100</sup> V těchto případech se smlouva řídí právem země, v níž má spotřebitel (pacient) obvyklé bydliště, pokud obchodník (lékař) provozuje svou profesionální nebo podnikatelskou činnost v zemi, kde má spotřebitel své obvyklé bydliště, nebo se jakýmkoli způsobem taková činnost na tuto zemi nebo na několik zemí včetně této země zaměřuje a smlouva spadá do rozsahu této činnosti (viz čl. 6 odst. 1 Nařízení Řím I).<sup>101</sup>

Nařízení Řím I konkrétně nedefinuje, co se rozumí *provozováním profesionální nebo podnikatelské činnosti v zemi obvyklého bydliště spotřebitele* ani *zaměřením činnosti na určitou zemi*.

Ve vztahu k prvnímu kritériu nebylo podle Hahna<sup>102</sup> dosud vyjasněno, zda poskytování zdravotních služeb výlučně na základě prostředků umožňujících komunikaci na dálku (telekonzultace) představuje provozování této činnosti v místě, kde se nachází pacient, i když se lékař nachází na místě odlišném. Podle Kyselovské<sup>103</sup> kritérium provozování činnosti vyžaduje, aby se obchodník „fyzicky“ (trvale nebo dočasně) nacházel v zemi obvyk-

<sup>98</sup> ROZEHNALOVÁ, N. Článek 3. In: ROZEHNALOVÁ, N. – VALDHANS, J. – KYSELOVSKÁ, T. – CSACH, K. – GREGOVÁ ŠIRICOVÁ, L. – ROHOVÁ, I. – SEHNÁLEK, D. – DRLIČKOVÁ, K. *Nařízení Řím I a Nařízení Řím II. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2021, s. 35.

<sup>99</sup> Co se rozumí obvyklým bydlištěm, vymezuje čl. 19 Nařízení Řím I:

„1. Pro účely tohoto nařízení se za obvyklé bydliště obchodní společnosti, sdružení nebo právnické osoby považuje místo jejich ústřední správy.

Za obvyklé bydliště fyzické osoby, která jedná při výkonu své podnikatelské činnosti, se považuje její hlavní místo podnikání.

2. Je-li smlouva uzavřena prostřednictvím pobočky, zastoupení nebo jiné provozovny nebo pokud podle smlouvy musí být plnění poskytnuto takovou pobočkou, zastoupením nebo provozovnou, považuje se za obvyklé sídlo místo, ve kterém se nachází pobočka, zastoupení nebo jiná provozovna.

3. Pro účely určení obvyklého bydliště je relevantním časovým okamžikem doba uzavření smlouvy.“

<sup>100</sup> Viz podkapitola 3.1.

<sup>101</sup> Nejsou-li tyto podmínky splněny, postupuje se podle výše uvedených pravidel zakotvených v čl. 3 a čl. 4 Nařízení Řím I, viz čl. 6 odst. 3 Nařízení Řím I.

<sup>102</sup> HAHN, E. *Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung*, s. 34.

<sup>103</sup> KYSELOVSKÁ, T. Článek 6. In: ROZEHNALOVÁ, N. – VALDHANS, J. – KYSELOVSKÁ, T. – CSACH, K. – GREGOVÁ ŠIRICOVÁ, L. – ROHOVÁ, I. – SEHNÁLEK, D. – DRLIČKOVÁ, K. *Nařízení Řím I a Nařízení Řím II. Komentář*, s. 119.

lého bydliště spotřebitele. Z toho bychom mohli odvodit, že případy distančního poskytování zdravotních služeb pod toto kritérium subsumovat nelze, jelikož lékař se fyzicky v zemi obvyklého bydliště spotřebitele nenachází. K obdobnému závěru ostatně dospívá i Hahn.<sup>104</sup>

Druhé kritérium v podobě *zaměření činnosti na určitou zemi* se zdá být pro poskytování zdravotních služeb na dálku přílehavější. Podle Kyselovské se tato podmínka uplatní na případy, kdy se obchodník či jeho pobočka nebo provozovna „fyzicky“ nenachází v zemi obvyklého bydliště spotřebitele, ale svou činnost provozuje např. prostřednictvím internetu a webových stránek. Nadto, kritérium *zaměření činnosti* bylo převzato z čl. 15 odst. 1 písm. c) Nařízení Brusel I,<sup>105</sup> které bylo vytvořeno s ohledem na elektronicky uzavírané smlouvy zejména prostřednictvím internetu. Toto kritérium bylo považováno za dostatečně abstraktní a technologicky neutrální, aby bylo použitelné pro co nejširší okruh smluvních závazkových vztahů vznikajících na internetu.<sup>106</sup>

Zda obchodník zaměřuje svoji činnost na určitou zemi, bude třeba určit s ohledem na konkrétní okolnosti daného případu, přičemž judikatura Soudního dvora Evropské unie<sup>107</sup> již vytvořila demonstrativní katalog relevantních indicií:<sup>108</sup>

- mezinárodní povaha činnosti;
- popis cesty do sídla obchodníka s počátkem v jiných členských státech;
- použití jiného jazyka nebo jiné měny, než jsou jazyk nebo měna, které jsou obvykle používány v členském státě, ve kterém má obchodník sídlo s možností provést rezervaci a potvrdit ji v tomto jiném jazyce;
- uvedení telefonického spojení s mezinárodním předčíslem;
- vynaložení nákladů na službu sponzorovaných odkazů na internetu s cílem usnadnit spotřebitelům s bydlištěm v jiných členských státech přístup na stránku obchodníka nebo jeho zprostředkovatele;
- použití jiného jména domény prvního řádu, než je doména členského státu, ve kterém má obchodník sídlo;
- uvedení mezinárodní klientely složené ze zákazníků s bydlištěm v jiných členských státech.

Oproti tomu neznamená podle SDEU pouhá dostupnost internetové stránky obchodníka v členském státě, na jehož území má spotřebitel bydliště, *zaměření činnosti* obchodníka na takovou zemi; stejně tak pro naplnění této podmínky nepostačuje uvedení elektronické adresy, jakož i dalších kontaktních údajů obchodníka.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> HAHN, E. *Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung*, s. 34.

<sup>105</sup> Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále jen jako „Nařízení Brusel I“).

<sup>106</sup> KYSELOVSKÁ, T. Článek 6. In: ROZEHNALOVÁ, N. – VALDHANS, J. – KYSELOVSKÁ, T. – CSACH, K. – GREGOVÁ ŠIRICOVÁ, L. – ROHOVÁ, I. – SEHNÁLEK, D. – DRLIČKOVÁ, K. *Nařízení Řím I a Nařízení Řím II. Komentář*, s. 120.

<sup>107</sup> Dále jen jako „SDEU“.

<sup>108</sup> Primární rozsudek SDEU (velkého senátu) ze dne 7. prosince 2010 ve spojené věci *Peter Pammer proti Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08)* a *Hotel Alpenhof GesmbH proti Oliver Heller (C-144/09)*.

<sup>109</sup> Tamtéž.

Rovněž v případě spotřebitelských smluv je možné určit rozhodné právo prostřednictvím volby (*lex electa*), nicméně s omezením, že spotřebitel nesmí být volbou práva zba-ven ochrany, kterou mu poskytují ustanovení právního řádu, od nichž se nelze smluvně odchýlit (*ius cogens*) a jež by se v případě neexistence volby práva jinak použila.<sup>110</sup>

Nadto čl. 6 odst. 4 písm. a) Nařízení Řím I zakotvuje výlukou aplikace ustanovení o spotřebitelských smlouvách pro případy, v nichž mají být služby spotřebiteli poskytnuty výlučně v zemi odlišné od země jeho obvyklého bydliště. Tato výjimka se ovšem pro přeshraniční poskytování zdravotních služeb na dálku zpravidla aplikovat nebude, jelikož za těchto okolností nelze dospět k závěru, že lékař poskytuje zdravotní služby *výlučně* v zemi odlišné od země obvyklého bydliště pacienta. Lze argumentovat, že lékař služby poskytuje nejen v místě, kde se nachází pacient, ale současně také v místě, kde se sám nachází.<sup>111</sup>

Dopady výše uvedených pravidel ilustrujme na několika typizovaných případech.

První: Lékař usazený v České republice poskytuje zdravotní služby rovněž prostřednictvím videokonferenčního zařízení, své internetové stránky provozuje rovněž v anglickém a německém jazyce, včetně kontaktů, a současně zveřejňuje recenze od svých německých pacientů. S žádostí o telekonzultaci prostřednictvím videokonferenčního zařízení se na něj obrátí německý státní příslušník s bydlištěm v Drážďanech. Lékař vyhoví. Smlouva mezi lékařem a pacientem se bude v takovém případě řídit německým právem, a to s ohledem na čl. 6 odst. 1 písm. b) Nařízení Řím I, tedy právem země, v níž má spotřebitel obvyklé bydliště, jelikož lékař se podle uvedených indicií zaměřuje na pacienty nacházející se v Německu. Volba práva učiněna nebyla.

Druhý: Lékař usazený v České republice poskytuje zdravotní služby primárně ve své ambulanci, své internetové stránky provozuje rovněž v anglickém jazyce. S žádostí o telekonzultaci prostřednictvím videokonferenčního zařízení se na něj obrátí německý státní příslušník s bydlištěm v Drážďanech. Lékař vyhoví. Smlouva mezi lékařem a pacientem se bude v takovém případě řídit podle našeho názoru českým právem, a to s ohledem na čl. 6 odst. 3 Nařízení Řím I ve spojení s čl. 4 odst. 1 písm. b), tedy právem země, v níž má lékař obvyklé bydliště, jelikož neexistují indicie, že se lékař zaměřuje na pacienty nacházející se na území Německa. Volba práva učiněna nebyla.

Třetí: Lékař usazený v České republice uzavře smlouvu se specializovaným lékařem usazeným v Německu, jejímž předmětem je poskytování specializovaných telekonzultací. Poskytovatelem služby je tedy německý lékař. Je zřejmé, že tento vztah není vztahem spotřebitelským (oba lékaři jsou podnikatelé a jednají v rámci své profesní činnosti) a že nebyla učiněna volba rozhodného práva. Smlouva se bude řídit německým právem, a to s ohledem na čl. 4 odst. 1 písm. b) Nařízení Řím I, tedy právem země, v níž má německý lékař jako poskytovatel služby obvyklé bydliště.

Lze uzavřít, že pro Českou republiku jako členský stát Evropské unie řeší problematiku určení rozhodného práva pro smluvní závazkové vztahy zpravidla Nařízení Řím I, které na první místo staví dohodu smluvních stran o volbě rozhodného práva, pročez lze těmto subjektům doporučit, aby si z důvodu právní jistoty ve smlouvách rozhodné právo vždy určily. Samozřejmě s vědomím případných omezení, která si například v oblasti spotřebitelského práva kladou za cíl chránit spotřebitele jako slabší smluvní stranu.

<sup>110</sup> Viz čl. 6 odst. 2 Nařízení Řím I.

<sup>111</sup> SPICKHOFF, A. Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Fernbehandlung. *Medizinrecht*. 2018, Jhrg. 36, Nr. 8, s. 536.

### 3.4.2 Kolizní úprava mimosmluvních závazkových vztahů (civilní delikty)

Určitá množina zdravotních služeb může být poskytována mimo oblast smluvního závazkového práva. Příkladem je o nouzové případy vyžadující urgentní poskytnutí zdravotní péče, v rámci nichž pacient není schopen projevit svou vůli.<sup>112</sup> Pro oblast poskytování telemedicínských služeb ovšem taková konstelace často nebude přicházet v úvahu, jelikož urgentní medicína je oborem, který lze sotva provozovat na dálku.

Na druhé straně, způsobí-li lékař při poskytování zdravotních služeb na smluvním základě protiprávně újmu na zdraví nebo zasáhne-li do jiného osobnostního práva pacienta, mohou pacientovi vzniknout práva nejen z porušení smlouvy, nýbrž také z porušení zákonné povinnosti (civilní delikt). Jednat se bude předně o oblast telekonzultací, a nikoliv telekonzilií. Na poškozeném pacientovi pak závisí, zdali zvolí pro náhradu újmy práva plynoucí z ustanovení upravujících porušení smluvní povinnosti, či povinnosti zákonné. Tato práva nestojí ve vzájemné kontrapozici, nýbrž vedle sebe, navzájem si konkurují.<sup>113</sup> Pokud jsou v jednom státě výše náhrad řádově vyšší než ve státě druhém, nelze vyloučit, že se pacient bude snažit postupovat tak, aby se jeho nároky řídily právem státu s vyššími náhradami.

Kolizní úprava mimosmluvních závazkových vztahů se v našem prostředí v souvislosti s poskytováním zdravotních služeb primárně řídí Nařízením Řím II, viz kapitola 3.4. Přednostně před nařízením Řím II se mohou uplatnit i již výše zmíněné dvoustranné mezinárodní smlouvy o právní pomoci.

V Nařízením Řím II jsou pravidla pro určení rozhodného práva mimosmluvních závazkových vztahů vznikajících z civilních deliktů zakotvena v čl. 4. V prvním odstavci je zakotven výchozí hraniční určovatel v podobě místa vzniku škody (*lex loci damni infecti*).<sup>114</sup> Při zásahu do absolutních práv (tedy i života a zdraví člověka) je tak rozhodující právní řád státu, ve kterém byl dotčen chráněný právní statek.<sup>115</sup> Nerelevantní je v této souvislosti jak místo nedovoleného jednání – deliktu (*lex loci delicti commissi*), tak i místo, kde se projeví nepřímé následky této skutečnosti.

Pokud však pacient (poškozený) i poskytovatel zdravotních služeb (škůdce) mají v okamžiku vzniku škody obvyklé bydliště ve stejné zemi, použije se právo této země, viz čl. 4 odst. 2 Nařízením Řím II.<sup>116</sup>

Nadto, třetí odstavec čl. 4 Nařízením Řím II upravuje případy, v nichž existuje zjevně užší vztah civilního deliktu k jiné zemi, pročež je-li tomu tak, použije se právo této jiné země. Jako typický příklad zjevně užšího vztahu k jiné zemi se uvádí existence smlouvy, která úzce s daným civilním deliktem souvisí.<sup>117</sup> Podle Tichého takový vztah existuje mj. tam,

<sup>112</sup> Viz kapitola 3.1.

<sup>113</sup> Viz např. BEZOUŠKA, P. Pododdíl 1. Obecná ustanovení § 2909–2919). In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014): komentář*, s. 1541.

<sup>114</sup> Čl. 4 odst. 1 Nařízením Řím II: „Nestanoví-li toto nařízení jinak, je rozhodným právem pro mimosmluvní závazkové vztahy, které vznikají z civilních deliktů, právo země, kde škoda vznikla, bez ohledu na to, ve které zemi došlo ke skutečnosti, jež vedla ke vzniku škody, a bez ohledu na to, ve které zemi nebo kterých zemích se projevily nepřímé následky této skutečnosti.“

<sup>115</sup> TICHÝ, L. *Nařízení č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy Řím II: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2018, s. 58.

<sup>116</sup> „Mají-li však osoba, vůči které je vznašen nárok na náhradu škody, a poškozený v okamžiku vzniku škody obvyklé bydliště ve stejné zemi, použije se právo této země.“

<sup>117</sup> „Vyplyvá-li ze všech okolností případu, že je civilní delikt zjevně úzce spojen s jinou zemí, než je země uvedená v odstavci 1 nebo 2, použije se právo této jiné země. Zjevně užší vztah k jiné zemi by mohl být založen zejména na již existujícím vztahu mezi stranami, jakým může být například smlouva, který úzce souvisí s daným civilním deliktem.“

kde porušení smlouvy lze vykládat i jako delikt, přičemž příkladem může být právě jednání lékaře, který se dopustí nedbalostního výkonu a ublíží pacientovi na zdraví.<sup>118</sup>

Rozhodné právo pro oblast civilních deliktů může být podle Nařízení Řím II rovněž určeno prostřednictvím volby práva, nicméně pouze ve specifických případech. Za prvé, pokud bude dohoda stran o volbě práva uzavřena poté, co došlo ke skutečnosti, jež vedla ke vzniku škody, což v praxi podle Hahna nebude časté.<sup>119</sup> A za druhé v případě, že všichni účastníci jednají v rámci své podnikatelské činnosti.<sup>120</sup> Vztah mezi lékařem a pacientem je nicméně zásadně vztahem spotřebitelským.<sup>121</sup>

Lze shrnout, že zvolit rozhodné právo pro mimosmluvní závazkové vztahy, které vznikají z civilních deliktů, bude podle Nařízení Řím II možné v rámci vztahu lékaře a pacienta pouze v případě, že se tak stane až po vzniku škodní události. Před jejím vznikem nikoliv, jelikož pacient zásadně nejedná v rámci své podnikatelské činnosti. Pokud volba práva nebude učiněna, budou se tyto vztahy řídit stejným právem jako smlouva (o péči o zdraví). Bude tomu tak z důvodu čl. 4 odst. 3 Nařízení Řím II, tedy pro existenci zjevně užšího vztahu civilního deliktu k jiné zemi. Tímto způsobem se zajišťuje, že jak na porušení smlouvy, tak na civilní delikty bude aplikován jediný právní řád.<sup>122</sup> Pro pořádek dodejme, že konkrétně u telekonzultací a telekonzilií si nedovedeme představit typickou situaci, v níž by poskytování zdravotních služeb nemělo smluvní základ.

Závěrečnou poznámku je třeba učinit ve vztahu k výjimkám z působnosti Nařízení Řím II, a to konkrétně k výjimce zakotvené v čl. 1 odst. 2 písm. g), podle kterého se z oblasti působnosti tohoto nařízení vyjímají mimosmluvní závazkové vztahy, které vznikají z narušení soukromí a osobnostních práv, včetně pomluvy. Život, zdraví, stejně jako právo na sebeurčení atd. Jsou v českém právu chráněny v rámci osobnosti člověka.<sup>123</sup> Lze tedy aplikovat Nařízení Řím II na nároky plynoucí z ublížení na zdraví nebo zásahu do práva na sebeurčení způsobené porušením povinnosti lékaře poskytovat zdravotní služby na náležitě odborné úrovni (*lege artis*), nebo nikoliv?

Nařízení Řím II, stejně tak jako ostatní normy evropského práva, je třeba vykládat autonomně podle jeho účelu,<sup>124</sup> tedy nehledě na specifický význam jednotlivých norem, respektive pojmů, který zastávají na národní úrovni. Nadto, pro dosažení zájmu na co nejširším sjednocení kolizního práva je třeba vykládat výjimky z Nařízení Řím II restriktivně.<sup>125</sup>

Výjimka zakotvená v čl. 1 odst. 2 písm. g) vznikla s ohledem na skutečnost, že na přípravě Nařízení Řím II participovali zástupci médií (lobby), přičemž finálně nebyla dosažena shoda na tom, co lze za „médiá“ považovat. V důsledku toho byly civilní delikty v oblasti osobnostních práv z působnosti Nařízení Řím II vyňaty.<sup>126</sup> Podle Spickhoffa<sup>127</sup> pak svědčí

<sup>118</sup> TICHÝ, L. Nařízení č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy Řím II: komentář, s. 72.

<sup>119</sup> HAHN, E. *Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung*, s. 37.

<sup>120</sup> Viz čl. 14 odst. 1 Nařízení Řím II. Další omezení při volbě práva obsahují odst. 2 a 3 tohoto článku.

<sup>121</sup> Viz kapitola 3.1.

<sup>122</sup> HAHN, E. *Telemedizin – Das Recht der Fernbehandlung*, s. 37, či TICHÝ, L. Nařízení č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy Řím II: komentář, s. 72.

<sup>123</sup> Viz § 81 občanského zákoníku.

<sup>124</sup> SPICKHOFF, A. In: SPICKHOFF, A. (Hrsg.). *Medizinrecht*, s. 1176.

<sup>125</sup> SCHAUB, R. In: PRÜTTING, H. – WEGEN, G. – WEINREICH G. (Hrsg.). *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*. 14. Auflage. Köln: Wolters Kluwer, 2019, s. 3210 an., či TICHÝ, L. Nařízení č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy Řím II: komentář, s. 43.

<sup>126</sup> TICHÝ, L. Nařízení č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy Řím II: komentář, s. 43.

<sup>127</sup> SPICKHOFF, A. In: SPICKHOFF, A. (Hrsg.). *Medizinrecht*, s. 1176.



v tomto ustanovení uvedený příklad pomluvy mj. o tom, že se má zdejší výjimka v základu aplikovat na případy zásahů do cti (*Ehrenverletzungen*) jako osobnostního práva. Zásahy do osobnostních práv, jako je život, zdraví či tělesná integrita, naopak do působnosti Nařízení Řím II podle Spickhoffa spadat mají.

Nahlédneme-li v této souvislosti do Nařízení Řím II, zjistíme, že 17. recitál jeho Preambule počítá s tím, že vztahy plynoucí z újmy na zdraví (*Personenschaden, personal injury*) nařízením upraveny budou.<sup>128</sup> O újmě na zdraví v důsledku škody na životním prostředí pak Nařízení Řím II explicitně hovoří v čl. 7.<sup>129</sup>

S ohledem na výše uvedené skutečnosti se lze domnívat, že záměrem evropského zákonodárce bylo vyloučit z působnosti Nařízení Řím II taková narušení osobnostních práv člověka, která se zakládají na zásazích do cti, a nikoliv do dalších složek osobnosti člověka jako je kupř. život nebo zdraví. Dikci předmětného ustanovení Nařízení Řím II je tudíž pravděpodobně třeba vykládat velmi restriktivně ve prospěch jeho co nejširší působnosti.<sup>130</sup> Pokud by se však Nařízení Řím II na tyto případy nemělo aplikovat, bylo by třeba v naší zemi užít z.m.p.s.<sup>131</sup> a jeho § 101,<sup>132</sup> případně výše zmíněné mezinárodní smlouvy.

## Závěr

Cílem článku bylo analyzovat, jakým způsobem může distanční poskytování zdravotních služeb modifikovat klasické prvky soukromoprávního poměru mezi lékařem jako poskytovatelem zdravotních služeb a pacientem a nastítnit možná řešení s tím spojených situací.

Nejprve jsme ovšem předestřeli právní rámec z. z. s. ve vztahu k telemedicině s doporučením novelizace z. z. s. v této oblasti. Ministerstvo zdravotnictví již návrh novely předložilo do mezirezortního připomínkového řízení, připomínky nicméně mimo jiné uplatnila Česká lékařská komora. Zásadní nyní bude sledovat legislativní proces a způsob, jakým bude problematika telemedicíny na této úrovni upravena. Dodejme, že se navrhuje novelizovat primárně normy veřejného práva (z. z. s.), a nikoliv současně občanskoprávní úpravu smlouvy o péči o zdraví.

Zkoumané soukromoprávní aspekty telemedicíny se týkaly smlouvy o péči o zdraví, konkrétně čtyř základních oblastí: jejího obsahu a uzavírání distančním způsobem, náležitého poučení pacienta a informovaného souhlasu, péče řádného odborníka, respektive standardu poskytování zdravotních služeb včetně s tím související povinnosti k náhradě újmy při jeho nedodržení a konečně určení rozhodného právního řádu (*lex causae*) ve vztazích s mezinárodním prvkem při přeshraničním poskytování zdravotních služeb na dálku.

<sup>128</sup> „Určení rozhodného práva by se mělo řídit místem, kde škoda vznikla, bez ohledu na zemi nebo země, ve kterých by se mohly projevit nepříjemné následky. V souladu s tím by se v případech škody na zdraví nebo na majetku měla za zemi, kde škoda vznikla, považovat země, v níž byla škoda na zdraví nebo na majetku způsobena.“

<sup>129</sup> „Rozhodným právem pro mimosmluvní závazkové vztahy, které vznikají ze škody na životním prostředí nebo škody na zdraví nebo na majetku v důsledku takové škody, je právo určené podle čl. 4 odst. 1, pokud si osoba, která uplatňuje nárok na náhradu škody, nezvolí za rozhodné právo pro svůj nárok právo země, kde došlo ke skutečnosti, jež vedla ke vzniku škody.“

<sup>130</sup> Rozhodnutí SDEU, které by jednoznačně tuto problematiku řešilo, se nám nepodařilo dohledat.

<sup>131</sup> Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém, ve znění pozdějších předpisů. Dále jen jako „z. m. p. s.“

<sup>132</sup> KUČERA, Z. – PAUKNEROVÁ, M. – PFEIFFER, M. – RŮŽIČKA, K. – VYBÍRAL, P. *Mezinárodní právo soukromé*, s. 319.

Lze uzavřít, že smlouva o péči o zdraví je v zásadě otevřena užití prostředků komunikace na dálku, zejména co se týče jejího uzavírání distančním způsobem a problematiky náležitého poučení pacienta a informovaného souhlasu. Poměrně specifické otázky vyvolává problematika péče řádného odborníka (standard péče). Jsme toho názoru, že distanční poskytování zdravotních služeb automaticky neznamená modifikaci, respektive snížení standardu péče, tedy že pacient má právo na péči na náležité odborné úrovni nehledě na prostředky, pomocí nichž s ním lékař komunikuje. Teprve judikatura v průběhu času ukáže, jaký názor na tato specifika zaujmou soudy.

Článek podle našeho názoru ukázal, že i když telemedicína představuje pro české právo poměrně nový prvek, nemusí to vždy znamenat nutnost přinášet nová, koncepčně převratná a v důsledku překvapivá řešení, nýbrž je možné uvažovat v této oblasti nad přiměřenou aplikací již známých a dogmaticky prověřených pravidel. To vše s cílem chránit práva a oprávněné zájmy nejen pacientů, ale také lékařů a nevytvářet místo lepší dostupnosti zdravotní péče v důsledku překážky pro její poskytování.

# O solidaritě v evropském unijním právu

Luboš Tichý\*

**Abstrakt:** Příspěvek je stručnou analýzou pojmu „solidarita“ v kontextu evropského unijního práva. Protože zejména v české právní literatuře jde o téma prakticky nezpracované, předně vysvětluje význam tohoto pojmu v mimoprávní oblasti a jeho průnik do práva EU. Definuje podstatu, obsah a funkci solidarity a rozebírá její vztah k obdobným obecným kategoriím unijního práva včetně jeho základních principů. Solidarita obsahuje nejen povinnost, ale i práva, jež působí nejen mezi členskými státy navzájem, členskými státy a orgány Evropské unie, ale v některých případech i vůči jednotlivcům. Příspěvek dospívá k závěru, že v případě solidarity se jedná o klíčovou kategorii, která má jednak postavení metaprincipu několikvrstevné struktury a tvoří základ právního a ústavního společenství, jakým je Evropská unie, jednak má význam jako součást právní normy vyjadřující konkrétní pomoc.

**Klíčová slova:** solidarita, princip solidarity, metaprincip, základní principy, hodnoty EU, základní lidská práva, věcná a osobní působnost, vynutitelnost, azylová a přistěhovalecká politika, primární právo EU, sekundární právo EU

## 1. Účel příspěvku a způsob výkladu

Účelem tohoto příspěvku je postihnout význam pojmu „solidarita“, jenž je vzdor jeho postavení v unijněprávním kontextu stále poněkud nedocenen. O tom svědčí i okolnost, že tento příspěvek, jenž uvedeného účelu nemůže pro jeho omezený rozsah plně dosáhnout, je svého druhu v české právní literatuře osamocený. Tak tomu je vzdor skutečnosti, že někteří autoři<sup>1</sup> solidaritu řadí k nejpozoruhodnějším, i když současně nejproblematičtějším pojmům. Duguit dokonce soudí, že solidarita může být označována jako základ práva.<sup>2</sup>

Pro splnění výše uvedeného úkolu je třeba se zabývat několika základními problémy. K objasnění významu a úlohy solidarity v právu EU je předně zapotřebí podat stručný přehled významu tohoto pojmu v mimoprávní oblasti, ovšem včetně průniku do oblasti právní. V druhé řadě vysvětlují podstatu, obsah a účel solidarity. Třetím problémem, na který se soustřeďuji, je vymezení její působnosti v právu EU, a to jak ve vztahu k obdobným obecným kategoriím včetně základních principů, hodnot, základních svobod a lidských práv, tak při její aplikaci jako součásti právních norem unijního práva. Poslední problémovou rovinou je vynutitelnost obsahu solidarity, která, jak se pokusím prokázat, se skládá nejen z povinnosti (odpovědnosti), ale i práva, jež svědčí i jednotlivcům.

Ve výsledku se snažím prokázat hypotézu, že solidarita představuje klíčovou kategorii, tedy metaprincip několikvrstevné struktury, která tvoří základ právního společenství, a jejíž dodržování lze, za splnění určitých předpokladů, právně vynuocovat.

\* Prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc. Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: tichy@prf.cuni.cz.

1 BIEBER, Roland. Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union. In: CALLIESS, Christian (Hrsg.). *Europäische Solidarität und nationale Identität*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, s. 73.

2 DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Tome 3. 3e édition. Paris: Hachette, 2018, s. 595.

Při výkladu postupuji podle shora uvedené struktury, a to tak, že v druhé části prezentuji a hodnotím názory na solidaritu obsažené v relevantní literatuře a judikatuře SDEU, ve třetí části formuluji vlastní koncept solidarity a v závěru shrnuji poznatky, k nimž jsem dospěl.

## 2. Solidarita – stručný přehled názorů a koncepcí

### 2.1 Obecná východiska

Etymologicky má termín solidarita základ v latinském *solidus*, jež znamená semknutý, pevný, celistvý. Solidarita se tak v různých obměnách objevuje ve většině evropských jazycích, tedy i v úředních jazycích EU jako *Solidarität*, *solidarité*, *solidaridad*, *solidaritet*, *solidarieta*, *solidariteit* nebo *solidaridade*. Obecně má tento výraz v těchto jazycích v zásadě stejný význam, tedy soudržnost, pospolitost, spoluúčast, shoda, jednota.<sup>3</sup> Jakožto synonyma se užívají výrazy společný duch, společný smysl, společný zájem, shoda, vázanost, společná příslušnost či soudržnost.<sup>4</sup>

Jako mimoprávní pojem byl pojem solidarity rozpracován teprve na začátku 19. století. Objevuje se mimo jiné u křesťanského socialisty Leroux v roce 1840<sup>5</sup> a je spojen se vznikem sociologie, zejména díky osobnostem, jakými byli A. Comte<sup>6</sup> a E. Durkheim.<sup>7</sup> Solidaristické nauky či křesťanský solidarismus pokládají člověka za tvora společenského, nezbytně odkázaného na společenské soužití, jehož předpokladem je solidarita. Podle tohoto učení solidarita vyplývá ze společenského kontraktu (společenské smlouvy) a je vedle ideje svobody nejdůležitější hybnou silou duchovního a mravního vývoje lidstva a předpokladem pokroku.<sup>8</sup>

Platí však, že kromě tohoto obecného pojmu je slovo „solidarita“ užíváno velmi mnohोznačně. Tak Supiot<sup>9</sup> cituje např. francouzského sociologa Malamouda,<sup>10</sup> který rozlišuje solidaritu jako spoluúčast, náboženskou solidaritu, smluvní solidaritu, solidaritu kooperativní a realistickou solidaritu. Podstatné však je její odlišení od dobročinnosti, jež rozlišuje svět na ty, kteří dávají, aniž něco dostanou, a ty, kteří dostávají, aniž by něco dávali. Solidarita v jeho pojetí znamená, že všichni musejí podle svého majetku přispívat a všichni mají právo profitovat podle svých potřeb.

Toto vymezení obdobně jako definice solidarity ve *Všeobecné encyklopedii*<sup>11</sup> je klíčovým momentem, jenž má rozhodující význam pro pojem solidarity ve smyslu právním. Znamená totiž oprávněnost a závazanost. Obsahuje tak, jak ještě vysvětlím (viz ad 3.3), nejen povinnost, ale také jí odpovídající právo, které lze vynutit.

<sup>3</sup> Viz např. *Všeobecná encyklopedie ve čtyřech svazcích. Díl 4*. Praha: Nakladatelský dům OP, 1998, s. 170, či *Duden. Das Bedeutungswörterbuch*. 2. Auflage, Mannheim, Wien, Zürich: Meyers Lexikonverlag, 1985, s. 591.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Srov. LEROUX, Pierre, *De l'humanité*. Paris: Fayard, 1985, s. 157 an.

<sup>6</sup> Viz HIERONYMI, Tonja. *Solidarität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003, s. 7.

<sup>7</sup> DURKHEIM, Émile. *Společenská dělba práce*. Brno: CDK, 2004, s. 119 an.

<sup>8</sup> Srov. *Masarykův slovník naučný. Díl VI*. Praha: Československý Kompas, 1932, s. 800.

<sup>9</sup> SUPIOT, Alain. Der Rechtsgrundsatz der Solidarität. In: KOHTE, Wolfhard – ABSENGER, Nadine (Hrsg.). *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs, Festschrift für Armin Höland*. Baden-Baden: Nomos, 2015, s. 167–182.

<sup>10</sup> MALAMOUD, Charles. En quête de l'idée de solidarité dans l'Inde ancienne. In: SUPIOT, Alain (dir.). *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris: Odile Jacob, 2015.

<sup>11</sup> Viz *Všeobecná encyklopedie ve čtyřech svazcích. Díl 4*, s. 170.

Solidarita a její koncept mají různé významy v rámci sociálních věd a odůvodňují rozdílné teorie společenské integrace a desintegrace, týkající se pojmů jako kosmopolitika, redistribuce, vzájemná pomoc, přínosy blahobytu, a často jsou spojovány i s pojmy spravedlnost, sociální spravedlnost, liberalismus aj. Koncept solidarity reflektuje různorodé normativní významy a slouží k velmi rozdílným účelům; základy solidarity jakožto politického konceptu jsou jasnější a odlišují se od teorií spravedlnosti, zahrnující morální příkazy přijatelné v dané politice či politické situaci.<sup>12</sup>

## 2.2 Solidarita v právu, její význam a postavení v právu EU

### 2.2.1 Právní etika a právní sociologie

Určitým „můstkem“ mezi mimoprávní a právní dimenzí solidarity je pojetí solidarity v právní etice a právní sociologii. Podle Aristotelovy *Etiky Nikomachovy* je solidarita založena na přátelství mezi svobodnými lidmi v městském státu. Předpokládá vzájemnost. Tak se naplňují potřeby lidí a smysluplný život. Na Aristotela navazuje Rousseau svou společenskou smlouvou, která zavazuje všechny lidi jako jednolitý celek. Ve svém konceptu organické solidarity klade Durkheim<sup>13</sup> důraz na morálku společnosti. Základem společnosti je podle Parsonse normativní řád, v němž platí hodnoty a normy, a mimo jiné také solidarita, která znamená povinnost jednat ve prospěch společnosti. Tato povinnost vzniká zejména, jakmile se společnost ocitá v nebezpečí.<sup>14</sup>

### 2.2.2 Národní právní systémy a mezinárodní právo veřejné

V národních právních řádech, což platí především o právním řádu České republiky, není pojmu solidarity věnována zvláštní pozornost. Jak však uvádí Kunig,<sup>15</sup> ve vnitrostátním právním systému se setkáváme s pojmem solidarity v její pozitivní i negativní funkci. Její pozitivní funkce se vyčerpává tím, že vyrovnává rozdíly v zásadě rovnocenných subjektů, jako tomu je např. v případě nerovného postavení slabších smluvních stran v občanském právu. Trestní právo privileguje určitá společenství (např. mírnějším posuzováním deliktů v rodinných vztazích), rodinné právo stanovuje určité povinnosti manželů navzájem a rodičů vůči dětem, specifické funkce má solidarita v dědickém právu. O negativní solidaritě lze uvažovat v právu kartelovém, které naopak solidaritu mezi soutěžiteli zakazuje.

Relativně svébytný význam má solidarita v mezinárodním právu veřejném. Jako princip<sup>16</sup> se konstituuje ve 20. století v důsledku vzniku mezinárodních organizací, zejména OSN, jako reakce na nový světový pořádek. Výrazem solidarity jako povinnosti je čl. 5 Smlouvy o NATO.

<sup>12</sup> VAN CLEYNENBREUGEL, Pieter. Typologies of Solidarity in EU Law: A Non-Shifting Landscape in the Wake of Economic Crises. In: BIONDI, Andrea – DAGILYTĚ, Eglė – KÚČŮK, Esin. (eds). *Solidarity in EU Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, s. 38 an.

<sup>13</sup> DURKHEIM, Émile. *Společenská dělba práce*, s. 119 an.

<sup>14</sup> PARSONS, Talcott. *The Social System*. London: Routledge: 1991, s. 97–98.

<sup>15</sup> KUNIG, Roland. Solidarität als rechtliche Verpflichtung. In: HATJE, Armin – ILIOPOULOS, Constantinos – ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia – KÄMMERER, Jörn Axel. (Hrsg.). *Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos, 2015, s. 63.

<sup>16</sup> Viz např. GUSSONE, Peter *Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*. Berlin: Humboldt, 2006, s. 44.

### 2.2.3 Kodifikace solidarity v evropském právu

Skutečná solidarita (*solidarité de fait*) je podle R. Schumana<sup>17</sup> základem a základním motivem sjednocení evropských národů do Evropského společenství, jehož založením se členské státy zavázaly na bázi společných hodnot dosahovat společně definovaných cílů. Tento pojem obsažený původně jen v preambuli SESUO<sup>18</sup> se pak v důsledku Maastrichtské smlouvy dostává do primárního práva a jeho četnost v něm se Lisabonskou smlouvou zvyšuje, takže je v současné době uveden na 17 místech SEU a SFEU.

Význam solidarity podstatným způsobem vzrostl kodifikací tohoto pojmu v sekundárním právu. Za příklad slouží jeho úloha v oblasti práva azylu a přistěhovalectví v jeho posledním vývoji (viz 3.1.1a).

### 2.2.4 Chápání solidarity v nauce

V následujícím textu není možné prezentovat úplný přehled názorů právní vědy. Soustřeďuji se proto na představitele rozdílných pojetí solidarity.

Zásadní význam přikládá solidaritě Bieber, jenž patří k nejdůležitějším analytikům tohoto pojmu. Podle Biebera<sup>19</sup> lze některé poznatky Duguita<sup>20</sup> přenést přímo do kontextu unijního práva. Solidarita se předpokládá, neboť svazek jako Evropská unie by bez ní nemohl existovat. Solidarita představuje pro Unii nezadatelný strukturální princip. Je pojetím společných hodnot a má normativní kvalitu.<sup>21</sup> Solidarita zahrnuje společný zájem, jenž se konkretizuje především ve vztazích mezi EU a členskými státy. Bieber chápe „solidaritě“ ve smyslu odpovědnosti,<sup>22</sup> která spočívá v uznání evropského společného zájmu, jenž se odlišuje od množiny zájmů jednotlivých členských států. Solidarita podle Biebera však neznamená jenom princip, nýbrž i hodnotu samu o sobě a cíl jakožto orientační bod normotvůrce.<sup>23</sup> Pozoruhodný je postřeh o tom, že adresáty solidarity jsou nejen orgány či jiné instituce EU a členské státy, ale i občané. K této problematice se vrátím níže (3.3 a 3.5).

Za ústřední prvek integrace EU považuje solidaritu i Dagilytė.<sup>24</sup> Nemluví však o základním principu, nýbrž považuje solidaritu za politický nástroj a zdroj inspirace v normotvorbě. Považuje ji též za základní hodnotu, která má současně účelové postavení v právně závazných normách. Dagilytė však zdůrazňuje, že nelze mluvit o solidaritě jako o obecném právním principu, který by zasahoval celé spektrum unijního práva.<sup>25</sup>

<sup>17</sup> Viz SCHUMAN, Robert. Erklärung von Robert Schuman vom 9. Mai 1950. In: SCHWARZE, Jürgen – BIEBER, Roland (Hrsg.). *Eine Verfassung für Europa*. Baden-Baden: Nomos, 1984, s. 394–396.

<sup>18</sup> V němčině, jakožto jednom z úředních jazyků této zakládací smlouvy, není tento pojem označený ve francouzštině jako „solidarité“ vůbec uveden (!).

<sup>19</sup> BIEBER, Roland. *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union*, s. 67 an.

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 68.

<sup>21</sup> *Ibidem* s odvoláním na HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Einzelnen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

<sup>22</sup> BIEBER, Roland. *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union*, s. 74.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 73.

<sup>24</sup> DAGILYTĖ, Eglė. Solidarity: A General Principle of EU Law? Two Variations on the Solidarity Theme. In: BIONDI, Andrea – DAGILYTĖ, Eglė – KÜÇÜK, Esin. (eds). *Solidarity in EU Law*, s. 61 an.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 89.

Calliess<sup>26</sup> považuje solidaritu za hodnotu, která je imanentní Evropské unii a je součástí jejich definičních znaků. Velmi podstatný je poznatek tohoto autora o tom, že solidarita nepředstavuje jenom povinnost členských států, nýbrž i základ jejich oprávnění.

Kritický je van Cleynenbreugel,<sup>27</sup> který kritizuje okolnost, že koncept solidarity není definován a že není rozpracován ani teoretický základ tohoto údajného principu primárního unijního práva, a konstatuje, že solidarita představuje inspirativní hodnotu pro unijní právo a politiku, aniž by byla zásadním vodítkem jakožto právní princip unijního práva.<sup>28</sup> Pozoruhodný je poznatek, že „všechny kategorie solidarity“, které van Cleynenbreugel rozeznává, vedou nepřímou i k aplikaci i ve vztazích mezi občany.

Küçük<sup>29</sup> na jedné straně skepticky uvádí, že neexistuje shoda o tom, co solidarita znamená, a tvrdí, že jde o nejasný pojem jak v právu primárním, tak sekundárním. Po analýze judikatury však dospívá k optimistickému poznatku, že totiž pojem solidarity z hlediska sociálních důvodů je integrovaný právní koncept, a proto se jeví méně amorfním a dvojsmyslným, než tomu je na první pohled.

Hatje<sup>30</sup> uvádí, že povinnost solidarity existuje nejen ve výslovně upravených případech a že ji lze považovat za cíl integrace a její nástroj.<sup>31</sup> Jako příklad uvádí Sociální fond na podporu pracovní síly nebo společný zemědělský trh.<sup>32</sup>

Za svorník mezi členskými státy navzájem a členskými státy a EU považuje solidaritu Krzan.<sup>33</sup> Solidarita je mu ve smyslu judikatury SDEU (viz věc 39/72 *Komise v. Itálie*) nástrojem spolupůsobení na uskutečnění obecného zájmu. Správně tento autor poukazuje i na určitou krizi solidarity, jak to plyne z rozsudku SDEU ve věcech C-643, 647/15 *Slovensko a Maďarsko proti Komisi* a z rozsudku C-715, 718, 719/17 *Komise proti Polsku, Maďarsku a České republice*. Krzan soudí, že solidarita znamená pro východní Evropu něco jiného než pro Evropu západní. I přesto je obsah solidarity existenční podmínkou EU.

Obdobně jako Bieber přikládá zásadní význam solidaritě Tomuschat, pro kterého je solidarita „od počátku evropského integračního procesu cílovým určením (*Zielbestimmung*)“.<sup>34</sup>

Böckenförde se ve svém novinovém článku<sup>35</sup> kloní k tomu považovat princip solidarity za rozhodující zásadu a možná za určující aspekt Evropské unie.

<sup>26</sup> CALLIESS, Christian. „In Vielfalt geeint“ – Wie viel Solidarität? Wie viel nationale Identität? In: CALLIESS, Christian (Hrsg.), *Europäische Solidarität und nationale Identität*, s. 5 an.

<sup>27</sup> VAN CLEYNENBREUGEL, Pieter. *Typologies of Solidarity in EU Law*, s. 13.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 36, 37.

<sup>29</sup> KÜÇÜK, Esin. Solidarity in EU Law: An Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance? In: BIONDI, Andrea – DAGILYTE, Eglė – KÜÇÜK, Esin. (eds). *Solidarity in EU Law*, s. 38.

<sup>30</sup> HATJE, Armin. Die EU auf dem Weg zur Solidarunion- Wandel durch Krise. In: HATJE, Armin – ILIOPOULOS, Constantinos – ILIOPOULOS-STRANGAS, Julia – KÄMMERER, Jörn Axel. (Hrsg.). *Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union*, s. 74, 76.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 77.

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 77.

<sup>33</sup> KRZAN, Bartolomiej. Solidarität mit und durch Osteuropa. In: HILPOLD, Peter – RAFFEINER, Andreas – STEINMAIR, Walter (Hrsg.). *Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Solidarität in Österreich und in Europa: Festgabe zum 85. Geburtstag von Professor Heinrich Neisser, einem europäischen Humanisten*. Wien: Facultas, 2021, s. 754 an.

<sup>34</sup> TOMUSCHAT, Christian. Solidarität in Europa. In: CAPOTORTI, Carlo – EHLERMANN, Claus-Dieter – FROWEIN, Jochen – JACOBS, Francis – JOLIET, René – KOOPMANS, Thijmen – KOVAR, Robert (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'intégration: liber amicorum Pierre Pescatore*. Baden-Baden: Nomos, 1987, s. 730.

<sup>35</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundlagen europäischer Solidarität. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 20. 6. 2003, s. 8.

Podle Gussone plyne již z judikatury SDEU, ačkoliv soud solidaritu neoznačil (v tehdejší době) za právní princip, že solidarita je základní existenční hodnotou EU a proto ji lze považovat za nepsanou zásadu. Solidarita má podle něho význam ústavní hodnoty, která působí na všech úrovních a stává se konečným účelem Unie.<sup>36</sup> Je formujícím faktorem EU a současně základním cílem zakládacích smluv.

Hieronymi považuje solidaritu za jeden z cílů evropského společenství. Je podporou společného zájmu a závazkem k obecnému blahu či veřejnému zájmu, případně ochotou k péči o druhé, respektive pomoci slabším.<sup>37</sup>

### 2.2.5 Solidarita v judikatuře SDEU

K solidaritě jako k existenční otázce tehdejšího Evropského hospodářského společenství a k zásadnímu významu solidarity pro jeho fungování se velmi jednoznačným způsobem vyjadřoval ESD ve své judikatuře z konce 60. a počátku 70. let. Z tohoto období pocházejí zejména dva rozsudky, a to ve věci 6 a 11/69 *Komise proti Francouzské republice* a ve věci 39/72 *Komise proti Itálii*. Z toho, že soud považoval solidaritu za základ celého systému Společenství (viz prvně citovaný rozsudek), a proto, že porušení povinnosti solidarity, kterou státy převzaly svým přístupem ke Společenství, považoval soud za porušení právního řádu Společenství v jeho samotných základech, je zřejmé, že solidarita je chápána jako princip evropského práva, obsažený v jeho samotných základech, a to i když soud výslovně nezmiňoval ani např. čl. 10 tehdejšího znění SEHS (odst. 115, 39/72 *Komise v. Itálie*).

Významná jsou rozhodnutí i z období, kdy se soud k otázce solidarity vyjadřoval pouze zřídka, jako tomu je např. ve věci 128/78 *Komise proti Spojenému království*, v němž porušení transpoziční povinnosti (nařízení 1463/72 o zavedení tachografu v silničním provozu) považoval ve svých důsledcích za porušení solidarity Společenství (odst. 9 rozsudku), neboť to zpochybňuje rovnost členských států a ve svých důsledcích diskriminuje státní příslušníky EU (odst. 12).

Za výraz solidarity, jež má význam pro státní příslušníky a svobodu pohybu, považoval soud ve věci C-184/99 *Grzelczyk* finanční spoluúčast státních příslušníků jednoho státu s příslušníky ostatních členských států (odst. 44 rozsudku).

Relativně častěji se vyjadřoval soud k pojmu solidarity v poslední době, a to ve věcech azylové politiky o porušení rozhodnutí Rady EU 2015/1601 a 2015/1523 ve věcech C-715, 718 a 719/17, *Komise proti Polsku, Maďarsku a České republice*. Za princip považovaly soudy solidaritu ve věci společné energetické politiky, a to jak Tribunál ve věci T-883/16 o protiprávnosti rozhodnutí Komise podle čl. 36 odst. 1 Směrnice 2009/73 o zásadě energetické solidarity Polska, Lotyšska a Litvy proti Evropské komisi, tak SDEU ve svém potvrzujícím rozsudku ve věci C-848/19 P, zejména v odst. 41, 42, 45, 46 a 49, přičemž významné je též stanovisko Generálního advokáta.

Z hlediska vývoje judikatury SDEU a ve vztahu ke konceptu solidarity jsou důležitá i jeho rozhodnutí ve věcech 264/77 a 85/79 *Ferreira Valsabbia* ještě v režimu SESUO, ve kterých soud považoval solidaritu za základní princip, na kterém jsou založena protikrizová opatření v oblasti uhlí a oceli.

<sup>36</sup> GUSSONE, Peter. *Das Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, s. 173.

<sup>37</sup> HIERONYMI, Tonja. *Solidarität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, s. 14.



### 3. Analýza

#### 3.1 Podstata, účel a obsah solidarity

##### 3.1.1 Právní povaha termínu „solidarita“ v právu EU

Jak je obecně známo a jak to vyplývá i z ilustrace v předchozí části, není zcela jasná ani právní povaha solidarity. Tak tomu však u těchto obecných pojmů bývá, neboť normotvůrce je záměrně nedefinuje. To přispívá k jejich určité nevyhraněnosti či nejasnosti, ale zároveň díky své flexibilitě plní tyto pojmy zásadní výkladovou funkci v rámci právní argumentace (blíže 3.2.1). Je též příznačné, že tento mnohadimenzionální pojem bývá označován za princip, hodnotu, cíl, faktor či pouze pojem aj.

##### a) Význam solidarity v primárním právu a její vývoj v sekundárním právu

###### *Solidarita v unijním primárním právu*

Z hlediska terminologického a formálně systematického můžeme provést klasifikaci pojmu „solidarita“ na základě dvou kritérií podle jeho umístění v primárním právu a podle toho, zda toto slovo spojil evropský normotvůrce s určitým atributem.

Jako princip (viz ekvivalentní termín „zásada“) je solidarita zakotvena pouze jedinkrát, a to v čl. 80 SFEU, který se týká politiky kontrol na hranicích, azylu a přistěhovalectví. Pozoruhodné je, že princip solidarity zahrnuje i v tomto případě spravedlivé rozdělení odpovědnosti mezi členskými státy.<sup>38</sup>

Ve dvou případech SEU je solidarita obsažena v základních předpisech této smlouvy (společná ustanovení), a to v čl. 2, v němž solidarita spolu s ostatními pojmy zásadního charakteru tvoří bezprostřední kontext základních hodnot, na nichž je EU založena, a v čl. 3 odst. 3 pododst. 1 a pododst. 2 tohoto odstavce, kde je uvedena „mezigenerační solidarita“ a „solidarita mezi členskými státy“.

Ve dvou případech má solidarita privilegované postavení v preambulích základních dokumentů. V Listině základních práv Evropské unie je to ve druhém odstavci její preambule a v sedmém odstavci preambule SFEU s ohledem „na vztah Evropy a zámořských zemí“.

Termínem solidarita jsou označeny hlava IV. Listiny základních práv EU (čl. 27–38) a ustanovení čl. 222 SFEU („Doložka solidarity“).

Výraz solidarita se vyskytuje bez přívlastku v „běžných“ ustanoveních SFEU, a to v čl. 67 odst. 2 a v čl. 194.

Ve dvou případech, jak již shora zmíněno, se tento pojem vyskytuje jako solidarita „mezigenerační“ a dále ve spojení „solidarita mezi členskými státy“ (čl. 3 SEU).

Termín „solidarita“ se dále nachází ve dvou případech ve spojení „vzájemná solidarita“ (čl. 24 odst. 3, 31 odst. 1 pododst. 2 SEU) a konečně jako sousloví „vzájemná politická solidarita“ v čl. 24 odst. 2 a odst. 3 pododst. 2 SFEU.

Z celé řady konkrétních právních norem obsažených v primárním právu je však zřejmé zakotvení konkrétní povinnosti poskytnutí plnění ve smyslu pomoci členskému státu v nouzi, tedy v souladu s naším chápáním konkrétního účelu solidarity (viz 3.1.2 níže), aniž by toto slovo bylo jakkoliv zmíněno. To vyplývá, i když s určitými přísnými omeze-

<sup>38</sup> Čl. 80 SFEU: „Politiky Unie podle této kapitoly a jejich provádění se řídí zásadou solidarity a spravedlivého rozdělení odpovědnosti mezi členskými státy, a to i na finanční úrovni. Kdykoliv je to nutné, obsahují akty Unie přijaté podle této kapitoly vhodná opatření pro používání této zásady.“

ními, z ustanovení, která byla v nedávné minulosti předmětem bouřlivých diskusí právě v souvislosti s pojmem solidarity. Jde např. o čl. 122 odst. 2, čl. 125 a čl. 136 SFEU, který v novelizovaném znění odst. 3 výslovně za přísných podmínek konkrétní solidární pomoc upravuje.

### *Vývoj solidarity v sekundárním právu EU*

I pod vlivem krize vyvolané invazí ruské armády na Ukrajinu dochází k realizaci zásadních změn „migračního práva“ a existuje reálná naděje na přijetí předpisů sekundárního unijního práva, jejichž návrhy byly předloženy Evropskou komisí v roce 2020 jako opožděná reakce na bezprecedentní imigrační vlnu v roce 2015 a další, byť svým významem omezený příliv imigrantů ze třetích států poté, co se dosavadní úprava v této oblasti ukázala jako zcela nedostatečná. Dne 21. září 2020 předložila Evropská komise pět návrhů předpisů sekundárního práva na ochranu „prostoru svobody, bezpečnosti a práva“ (viz hlavu V. SFEU, zejména její kapitolu 2). Jde o návrh nařízení o řešení krizových situací a zásahů vyšší moci v oblasti migrace a azylu, směrnice, kterou se stanoví normy pro přijímání žadatelů o mezinárodní ochranu, nařízení o zavedení společného postupu pro mezinárodní ochranu v Unii a zrušení směrnice 2013/32/EU, nařízení, kterým se zavádí prověřování státních příslušníků třetích zemí na vnějších hranicích a mění nařízení č. 767/2008, a konečně nejdůležitější předpis, a to návrh nařízení o řízení<sup>39</sup> azylu a migrace a o změně směrnice 2003/109/ES (dále jen „návrh nařízení o azylu a migraci“). Navržené právní akty jsou součástí Paktu o migraci a azylu, který je nepochybným výrazem nového, neboť komplexního přístupu k vnější hranici EU a Schengenského prostoru volného pohybu v širokém smyslu. Na svém zasedání 8. a 9. června 2023 dosáhla Rada zpřesnění díky návrhům nařízení o zavedení společného postupu pro mezinárodní ochranu v Unii a zrušení směrnice 2013/32/EU a návrhu nařízení o azylu a migraci. Významného pokroku bylo dosaženo především rozvinutím a konkretizací mechanismu solidarity druhého shora zmíněného návrhu v předpisech čl. 44a–44k.

Z hlediska tohoto příspěvku je podstatné, že pojem solidarita, ve své konkrétní formě plnící účel pomoci (viz 3.1.2), získává nový rozměr a zcela klíčovou roli v této oblasti. Jenom frekvence výskytu tohoto pojmu v návrhu nařízení o řešení krizových situací na 60 místech a v návrhu nařízení o řešení azylu a migrace na více než 230 místech svědčí o jeho zásadním významu.

Tyto předpisy, tvořící zmíněný Pakt o migraci a azylu, zavádějí společný rámec pro řešení azylu a migrace, jenž je vytvořen na základě principu solidarity. Solidarita je imanentní vlastností politiky v oblasti azylu, migrace, navracení, ochrany vnějších hranic, boje proti převaděčství a vztahu ke třetím státům. Obecný přístup k těmto otázkám je konkrétním výrazem principu solidarity, jež usiluje v širším kontextu o spravedlivé rozdělení povinností (doslova „*spravedlivé rozdělení odpovědnosti*“). Správně se v návrzích citovaných předpisů konstatuje, že dosud neexistoval žádný účinný mechanismus solidarity a ani pravidla povinnosti (odpovědnosti) pro řešení migrační vlny.<sup>40</sup> Novému režimu v této oblasti je vlastní komplexní mechanismus solidarity zahrnující relevantní dílčí režimy a nástroje založené na vzájemné důvěře mezi členskými státy.

<sup>39</sup> V českém znění návrhu viz nesprávný překlad slova. Anglickému *management* odpovídá „organizace“, a nikoliv „řízení“.

<sup>40</sup> Viz důvodová zpráva (dále „DZ“) k návrhu nařízení o azylu a migraci. In: *EUR-Lex*. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=celex%3A52020PC0610>, s. 1.

Návrhy uvedených pěti předpisů vycházejí nejen z výsledků předchozího úsilí o reformu azylové politiky zahrnujícího sedm návrhů předpisů sekundárního práva z období po roce 2015, ale zejména z rozsudků SDEU, především ve věcech C-715, 718 a 719/17, jež tento příspěvek analyzuje.<sup>41</sup> Potřeba dalšího zásadního vývoje solidarity byla v této oblasti pocíťována velmi intenzivně během finského předsednictví a předsednictví Rakouska v roce 2019, kdy členské státy uvítaly záměr Evropské komise znovu zahájit reformu této oblasti s cílem znovu nalézt nové formy solidarity. Z diskusí vedených na toto téma vyplynula potřeba vypracovat „*nový princip solidarity a spravedlivého sdílení odpovědnosti*“.<sup>42</sup>

Lze konstatovat, že dochází k zásadnímu zvratu ve vývoji pojmu solidarity obohacením jeho obsahu. Zavádí se např. pojem „solidární opatření“, který „*zahrnuje i nové možnosti, jak si mohou členské státy vzájemně pomáhat při provádění návratu, a to formou patronátu nad návraty přistěhovalců*“.<sup>43</sup> Tyto formy projevů solidarity znamenají, že členské státy se zavazují k navrácení nelegálních migrantů jménem jiného členského státu, přičemž se využívá pomoci ve formě poradenství, vedení dialogu s třetími státy či poskytování podpory pro dobrovolný návrat.<sup>44</sup> Mechanismus solidarity zahrnuje např. i speciální solidární opatření po vylodění, při pátracích a záchranných operacích.<sup>45</sup>

Pojem „solidární opatření“ se ovšem zčásti překrývá s pojmem „solidární příspěvek“ např. ve smyslu čl. 45 návrhu nařízení o azylu a migraci. Jiným výrazem solidarity je solidární reakce (v situacích migračního tlaku) podle čl. 52 návrhu nařízení o azylu a migraci, která zahrnuje pomoc členských států tomu členskému státu, který se ocitl pod migračním tlakem.

Jiným klíčovým pojmem je „rezervoár solidarity“, který může sloužit při vylodění při pátracích a záchranných operacích (viz čl. 49 návrhu nařízení o azylu a migraci). V tomto případě by měla Evropská komise na návrh členského státu přijmout prováděcí akt zahrnující soubor solidárních opatření, jež by měly pomoci dotčenému členskému státu řešit problémy spojené s vyloděním. Další formou solidárního opatření je „forum solidarity“, které zahrnuje všechny členské státy s cílem zajistit řádné fungování mechanismu solidarity.<sup>46</sup>

### b) *Solidarita jako metaprincip*

Dosavadní výklad je jistě užitečný, ale zdaleka nestačí k tomu, abychom určili význam solidarity, zejména právní sílu tohoto pojmu a vztah ke konkrétním pravidlům primárního práva EU.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Viz 2.2.5 shora a DZ k návrhu nařízení o azylu a migraci, s. 4.

<sup>42</sup> Viz DZ k návrhu nařízení o azylu a migraci, s. 14. V průběhu přípravy nové úpravy „migračního práva“ (viz Pakt o migraci a azylu) probíhalo za předsednictví České republiky intenzivní jednání, jak to plyne ze zprávy Rady EU z 25. 11. 2022 (14532/1/22, REV 1). Klíčovou problematikou je regulace obsažená v návrhu nařízení o azylu a migraci, která by měla být legislativně upravena do konce roku 2024, a tato úprava by měla přispět ke zjednodušení postupů dosud upravených „nefunkčním Dublinským systémem“ (s. 38 zprávy).

<sup>43</sup> Viz DZ návrhu nařízení o azylu a migraci, s. 3.

<sup>44</sup> Srov. ibidem, s. 2.

<sup>45</sup> Viz ibidem, s. 17 a 18.

<sup>46</sup> Viz čl. 46 návrhu nařízení o azylu a migraci.

<sup>47</sup> Na tomto místě není možné provést hlubší analýzu, proto tedy jen zmiňujeme relevantní díla, z nichž vycházíme: DWOR-KIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenth, 2001, passim; ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Discurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1995, s. 239 an.; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994; BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. Auflage, Wien/New York: Springer, 1991; MÖLLERS, Thomas. *Juristische Methodenlehre*. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 2020, s. 322.

Vycházíme tedy z poznání, že právní principy lze definovat jako základní hodnotové soudy, jež jako regulativní ideje prostupují právním řádem a podstatným způsobem ovlivňují dotčenou právní materii. Dále lze přijmout názor, že za principy evropského práva lze považovat nástroje k pochopení Evropské unie jako supranacionální a demokratické organizace, přičemž souhrn těchto principů tvoří základ evropského ústavního práva a páteř evropské ústavy.<sup>48</sup> Principům se přisuzuje stabilizační funkce<sup>49</sup> a role měřítek a základní orientace.

Solidarita ve smyslu základu soudržnosti Evropské unie jakožto ústavního, sociálního a hospodářského společenství založeného na hodnotách, respektive principech, mj. svobody, demokracie, rovnosti, právního státu a lidských práv, je jejím existenčním předpokladem. Princip solidarity představuje hodnotu i cíl procesu evropské integrace a v důsledku toho je způsobilý zakládat právní účinky.<sup>50</sup> Zároveň solidarita představuje záruku míry dalšího integračního procesu v souladu s jeho cíli (viz čl. 3 SEU).

Solidarita je tak bazálním pojmem představujícím svorník mezi členskými státy navzájem a členskými státy a Evropskou unií. S ohledem na tuto charakteristiku je nerozhodné, zda solidarita je či není formálně označována za princip, protože jej ve skutečnosti představuje (viz *Solidarité de fait* R. Schumana – 2.2.3 shora). Táhne se totiž jako červená nit veškerým unijním právem a představuje nejvyšší veřejný zájem.<sup>51</sup> Příznačný v tomto smyslu je názor generální advokátky Sharpston o tom, že solidarita „je životodárnou mírou evropského projektu. Členské státy mají povinnost vzít na svá bedra v zájmu podpory společného blaha kolektivní odpovědnost, a tedy určitou zátěž“.<sup>52</sup>

Solidaritě lze tak definovat jako princip evropského práva zvláštní povahy a významu. Je ji proto možno považovat za metaprincip, který je nadřazený ostatním principům evropského práva. Je zárukou stability, neboť je i nástrojem řešení konfliktů mezi konkurujícími principy a hodnotami (např. hodnotou jednoty EU a hodnotou národní identity členských států); slouží totiž jako jejich výkladové měřítko.

### 3.1.2 Účel solidarity

V samotné podstatně solidarity jako mnohodimenziálního pojmu (viz dále 3.2) lze rozeznávat dva základní druhy účelů: a) účel strukturální a b) účel funkcionální.

#### a) Strukturální účel

Evropská unie a její orgány i členské státy a jejich orgány jsou povinny respektovat jednotu unijního práva, dělbu pravomocí (působností) při jeho tvorbě a používání včetně principu omezené působnosti dělby pravomocí mezi orgány Unie a orgány členských států, jakož i zásadu aplikační přednosti unijního práva včetně přímého a nepřímého účinku. Evropská unie a členské státy jsou povinny respektovat princip přímé a nepřímé

<sup>48</sup> TERHECHTE, Jörg. § 14 Prinzipienordnung der Europäischen Union. In: HATJE, Armin – MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian (Hrsg.). *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 1*. Baden-Baden: Nomos, 2022, s. 778.

<sup>49</sup> MÖLLERS, Thomas. *Juristische Methodenlehre*, s. 777.

<sup>50</sup> Srov. stanovisko generálního advokáta Camposa Sánchez-Bordony z 18. 3. 2021, C-848/19 P, marg. č. 70.

<sup>51</sup> Viz k tomu ibidem, marg. č. 80, podle něhož zásada energetické solidarity odpovídá legitimnímu veřejnému zájmu.

<sup>52</sup> Srov. stanovisko generální advokátky Eleanor Sharpston z 31. 10. 2019, C-715, 718, 719/17, marg. č. 253 a 254.

demokracie při tvorbě unijního práva. Evropská unie a členské státy jsou povinny dodržovat základní lidská práva a umožňovat jejich vynucování. Obsahem solidarity jakožto povinnosti (viz ad 3.1.3 níže) je respektování rovnosti a současně i zásady spravedlnosti jako nástroje vyvažování formální rovnosti. K tomu slouží mimo jiné pravidla přerozdělování rozpočtu EU a politika soudržnosti. Výraznou součástí solidarity je sociálně tržní hospodářství a respektování základních tržních svobod.

Strukturální účel plní solidarita jako metaprincip unijního práva. K uplatnění principu solidarity v oblasti legislativní, výkonné či soudní kompetence není proto zapotřebí zvláštního (konkrétního) zmocnění.

#### *b) Funkcionální účel (solidarita jako konkrétní povinnost pomoci)*

V této své funkci se projevuje především řečená mnohodimenzionálnost solidarity.<sup>53</sup> Rozhodující je kontext (skutkový stav) konkrétního případu nouze. Cíl konkrétní povinnosti má solidarita při respektování zásady přednosti v případech pomoci podle čl. 222 SFEU členskému státu zasaženému teroristickým útokem. Jiný účel konkrétní pomoci plní Regionální fond jako výraz politiky soudržnosti při podpoře strukturálních sítí méně rozvinutého regionu a výrazem jejího funkcionálního účelu je i uskutečňování solidarity při řešení uprchlické krize ve smyslu čl. 77 odst. 2 SFEU. Na rozdíl od strukturálního účelu uskutečňuje se funkcionální účel v případech její výslovné úpravy, jako tomu je např. v oblasti migrační politiky podle čl. 67 odst. 2 a čl. 80 SFEU či při realizaci úkolů energetické politiky podle čl. 194 SFEU.

### 3.1.3 Obsah solidarity

Solidarita má deskriptivní a normativní dimenzi. Deskriptivní dimenze je obsažena v samotném jádru solidarity, znamenající v kontextu EU nutnost plnění jejích cílů ve vzájemném působení. Jde o jakousi kvalifikovanou provázanost. Z této deskriptivní dimenze vychází dimenze normativní, jež znamená specifikované zvláštní chování (jednání) zahrnující konání či opomenutí. Předpokládá se připravenost k akceptaci nevýhod, respektive vzdání se výhod. Solidarita jako jedna z vůdčích idejí evropské integrace (viz preambuli k SEU) vyjadřuje za určitých okolností požadavek přednosti společného (veřejného) zájmu před zájmy individuálními.

Základem solidarity a jejím vlastním obsahem je povinnost a jí odpovídající právo.<sup>54</sup> Za nesprávné považuji pojetí, jež ztotožňuje solidaritu jen s povinností, respektive odpovědností. Solidarita zakládá právní vztah mezi jednotlivými členskými státy navzájem nebo mezi členským státem a EU. Součástí tohoto vztahu je i právo požadovat určité jednání (konání – plnění, či zdržení se nebo strpění). Podle toho rozeznávám solidaritu pozitivní a negativní.

Nelze souhlasit ani s názorem<sup>55</sup> o tom, že při plnění povinnosti solidarity existuje reciprocita. Přímá reciprocita ve smyslu předpokladu protiplnění, a tedy synallagmatický

<sup>53</sup> To dovozuje i generální advokát Campos Sánchez-Bordona ve svém stanovisku z 18. 3. 2021, C-848/19 P, který vzdor určitému skepticizmu vůči významu zásady solidarity ve smyslu jejího univerzálního a všezahrnujícího pojetí tuto vlastnost solidarity vzápětí potvrzuje (marg. č. 60).

<sup>54</sup> Viz též rozsudek Tribunálu z 10. 9. 2019, T-883/16 OPAL, odst. 70.

<sup>55</sup> REHBAHN, Robert. *Solidarität in der Wirtschafts- und Währungsunion*. Baden Baden: Nomos, 2015, s. 286.

vztah není obsahem reciprocity. Spočívá-li plnění solidární povinnosti v uskutečňování obecného blaha, lze pak uvažovat jen o jakési nepřímé reciprocitě, spočívající v obecné výhodě pro společenství států, a tedy i „povinného“ státu.

Mnohdy se v souvislosti se solidaritou uvažuje o pojmech altruismus či dobročinnost, s nimiž se srovnává. V této souvislosti je třeba připomenout, že solidarita v kontextu EU je právním pojmem a povinnost v ní zakotvená je povinností právní. Příznačný je v tomto ohledu přístup Kadelbacha, který termíny „princip solidarity“ (*Solidarprinzip*) a termín „povinnost solidarity“ (*Solidarpflicht*) používá promiscue.<sup>56</sup> Nejde tedy o tzv. dobrovolnou solidaritu.<sup>57</sup> Proto se liší solidarita v našem pojetí od dobročinnosti.

Vzdor tomu nelze vyloučit chápání solidarity jako výrazu bezprostřední převahy altruismu nad egoismem ve smyslu vzdání se vlastního prospěchu ve prospěch druhého. Ve svých důsledcích však převažuje význam solidární povinnosti jako základu existence soudržného společenství. Proto je např. přijetí uprchlíků jimi přímo „nedotčeným“ členským státem výrazem konkrétní solidarity a investicí do stability EU.

Povinnost poskytnout pomoc státu nacházejícímu se v nouzi existuje v zásadě bez ohledu na jeho zavinění, ledaže to Smlouva výslovně neumožňuje či zakazuje, jako tomu je v čl. 122 odst. 2 SFEU. To platí zejména, bylo-li by ohroženo plnění základního cíle EU – společenství založeného na solidaritě.<sup>58</sup>

## 3.2 Působnost a používání – základní teze

### 3.2.1 Obecně

Další klíčovou problematikou je věcná a osobní působnost solidarity a způsob používání tohoto pojmu. Nejprve se zabývám obecnými otázkami, jež plynou z chápání solidarity, jak jsem ji jakožto princip vymezil v předchozím textu. Poté rozebírám zvláštnosti používání (výkladu a subsumpcie) tohoto principu (3.2.2) a konečně jeho věcnou a osobní působnost, a to na příkladu vztahu solidarity k vybraným principům unijního práva (3.2.3).

Princip solidarity se uplatňuje jak v oblasti výlučné pravomoci EU, tak v působnosti sdílené, aniž by mělo docházet ke konfliktu se zásadou subsidiarity (viz níže). Otázkou je, do jaké míry by členské státy měly k principu solidarity přihlížet i v oblasti své výlučné působnosti. Obecně však platí, že činnost členských států i v rámci této působnosti musí být v souladu s unijním principem solidarity. To zcela jednoznačně dovozuje generální advokátka Sharpston výkladem čl. 72 SFEU.<sup>59</sup> Unijní právo totiž členskému státu neumožňuje, aby povinností i v rámci své výlučné pravomoci nedbal. S tímto názorem je třeba se ztotožnit.

I když adresáty povinností a práv vyplývajících z principu solidarity jsou v první řadě členské státy a Evropská unie, práva v některých oblastech, jakými jsou především práva sociální a obecně práva vyplývající z principu rovnosti, plynou i jednotlivcům.

Povinnost členských států, respektive EU vycházející z principu solidarity se však nepřímo dotýká i jednotlivců jako plátců daní, jež představují příjmy rozpočtů členských

<sup>56</sup> KADELBACH, Stefan. Solidarität als europäisches Rechtsprinzip? In: KADELBACH, Stefan (Hrsg.). *Solidarität als europäisches Rechtsprinzip?* Baden-Baden: Nomos, 2014, s. 17.

<sup>57</sup> Správně REHBAHN, Robert. *Solidarität in der Wirtschafts- und Währungsunion*, s. 288.

<sup>58</sup> K tomu viz KADELBACH, Stefan. *Solidarität als europäisches Rechtsprinzip?*, s. 17.

<sup>59</sup> Viz stanovisko generální advokátky Eleanor Sharpston z 31. 10. 2019, C-715, 718, 719/17, marg. č. 212.

států a potažmo i EU. Nepřímými adresáty povinnosti solidarity jsou tedy i občané Evropské unie.

### 3.2.2 Charakteristiky používání principu solidarity

#### a) *Specifikum principů jako neostrých pojmů*

Právní principy mají uvnitř souboru norem, jakým je systém unijního práva, povahu jakýchsi regulativních idejí majících především úlohu interpretačních východisek. I pro princip solidarity je charakteristický vysoký stupeň obecnosti subsumpčních podmínek. Principy jsou však aplikovány způsobem, který se mnohdy blíží způsobu používání právních norem, neboť zejména v některých případech, u nichž jsou výslovně zmíněny pozitivním právem [viz dále ad b) níže], si nárokují obdobně jako právní normy platnost, ovšem nikoliv absolutní, nýbrž jakousi aproximační.<sup>60</sup> I pro princip solidarity však platí obecný poznatek, že je příkazem k optimalizaci, tedy postupem, který má za cíl ideální měří.<sup>61</sup>

#### b) *Zvláštnosti používání principu solidarity*

Příznačnou vlastností pojmu solidarity je jeho rozdílné umístění v textu obou Smluv (viz 2.1). To rozhoduje nejen o jeho právní síle a významu jako právního principu EU, ale svědčí také o mnohadimenzionálnosti solidarity v systému unijního práva. Tato charakteristika má zcela nepochybný význam pro způsob jeho používání.

Z výslovného uvedení termínu „solidarita“ a ze zcela nepochybných závěrů, k nimž lze dospět systematickým a zejména teleologickým výkladem, je možno totiž dospět téměř ke zjištění ubiquity solidarity v primárním unijním právu.

Toto konstatování má přirozeně i logický následek spočívající již v řečené mnohovýznamnosti solidarity. Prvním krokem při používání solidarity je proto použití metody specifikace, která slouží ke konkretizaci mnohdy vysokého stupně obecnosti subsumpčních podmínek tohoto právního principu.

To v daném případě znamená mimo jiné zjištění základního předpokladu: míry intenzity potřebnosti aplikace tohoto pojmu. V první řadě je relevantní nejen míra naléhavosti, ale i význam příspěvku k obecnému dobru. Současně však je třeba přihlížet i k následkům použití tohoto principu, byť následkům nepřímým, jež mohou být v rozporu se zamýšleným cílem jeho realizace. Přitom je nutno opět použít metodu vyvažování při respektování zásady proporcionality. Relevantní je nejen řečený teleologický, ale i systematický a mnohdy i lingvistický výklad. Jak již bylo shora (3.1) vysvětleno, je třeba rozlišovat, zda se pojem solidarita nachází v samotném textu příslušné právní normy či preambuli nebo nadpisu určitého komplexu norem nebo, což je velmi významné pro míru intenzity použití, zda termín „solidarita“ je spojen s určitým atributem. Zejména pro určení již zmíněné intenzity použití je významné sousloví „v duchu solidarity“.

Zcela zásadní význam má s ohledem na podmínky subsumpce faktický kontext. Nejen při řešení konfliktu principu solidarity s jinými právními principy unijního práva, ale i při úvaze o míře intenzity jeho používání (viz výše) je třeba opět používat metodu poměřování (vyvažování) a zásadu proporcionality.

<sup>60</sup> „Ideales Sollen“, ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, s. 202 an.

<sup>61</sup> Srov. pojetí Melzera o tom, že právní princip je též axiologickým a funkčním východiskem normativního systému. MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 46.

Charakteristická je v tomto ohledu Bastova argumentace.<sup>62</sup> Bast považuje princip solidarity za ústavní princip, jenž je dalekosáhle akceptován. Připouští však, že jeho aplikace v jednotlivých členských státech závisí na akcentech, které jsou tomuto principu přikládány. Například v oblasti migračního práva je podle Basta solidarita mezi členskými státy nikoliv primárním cílem, jako tomu je např. v oblasti politiky soudržnosti, nýbrž by měla být, např. při poskytnutí mezinárodní ochrany uprchlíkům, podmínkou v rámci uskutečňování prostoru svobody, bezpečnosti a práva.

Jedním ze zdrojů obtížné aplikace principu solidarity je napětí mezi vysokým stupněm integrace a heterogenitou právních systémů členských států. Stále existují velmi rozdílné náklady na přizpůsobení vnitrostátních právních režimů evropským veřejným statkům. Koncept mezistátní solidarity je tak výrazem komplikovaného procesu přechodu Evropské unie k užší integraci.

Princip solidarity obsahující nejen povinnosti, ale i práva, musejí z úřední povinnosti (*ex officio*), a tedy nikoliv na žádost aplikovat jak EU, tak členské státy ve všech svých předvídaných působnostech, a to stanovenými prostředky a příslušnými orgány.

Fungování těchto obecných metodologických tezí představím na vztahu solidarity vůči principům a hodnotám, jakož i ve vybraných oblastech evropského práva (viz ad 3.2.3, 3.2.4).

### 3.2.3 Vztah solidarity vůči principům a hodnotám unijního práva

#### a) Obecně

Při řešení této otázky je třeba kromě jiných charakteristik nejen principu solidarity, ale i ostatních principů, zdůraznit variabilitu jejich struktury. Jak bylo shora naznačeno, zásadním způsobem řešení tohoto vztahu a zejména otázek možných rozporů, je metoda proporcionality, která se postupně stala standardní metodou interpretace ústavního práva nejen ústavními soudy, jak byla převzata z judikatury německého Spolkového ústavního soudu, ale i soudy evropskými.<sup>63</sup> Dostalo se jí obecného uznání explicitním zakotvením v čl. 52 odst. 2 Listiny základních práv EU. Jak známo, tato metoda obsahuje tři základní prvky, a to zásadu vhodnosti,<sup>64</sup> zásadu potřebnosti<sup>65</sup> a konečně zásadu proporcionality v úzkém smyslu.<sup>66</sup>

#### b) Solidarita a právní stát

Solidaritě lze chápat jako povinnost členských států dodržovat zásadu právního státu, a tedy mimo jiné udržovat vlastní právní řád v souladu s evropským unijním právem, jak správně uvádí Calliess.<sup>67</sup> To znamená, že ve světle vzájemného působení obou těchto zásad je třeba vykládat i transpozici unijních předpisů do vnitrostátního práva členských států či interpretaci zákazů určitého jednání v konkrétních právních normách evropského

<sup>62</sup> BAST, Jürgen. Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht. In: KADELBACH, Stefan (Hrsg.) *Solidarität als Europäisches Rechtsprinzip?*, s. 31, 32.

<sup>63</sup> BVerfGE, 61, 126 (134) a 80, 109 (120).

<sup>64</sup> Např. BVerfGE 67, 57 (173).

<sup>65</sup> BVerfGE 53, 135 (145 an.).

<sup>66</sup> BVerfGE 67, 157 (172 an.).

<sup>67</sup> CALLIESS, Christian. „In Vielfalt geeint“ – Wie viel Solidarität? Wie viel nationale Identität?, s. 5 an.



práva aj. Porušení zásady právního státu znamená na druhé straně i porušení povinnosti solidarity, kterou členský stát převzal svým přístupem k EU.<sup>68</sup>

### c) *Solidarita a národní identita členských států*

Na rozdíl od shora uvedeného případu může k určitému napětí dojít ve vztahu mezi solidaritou a zásadou identity členského státu. Vyváženost obou těchto principů je velmi delikátní záležitost. Relevantní pro poměrování významu obou zásad je opět metoda proporcionality, kterou je třeba uplatňovat obecně, ovšem s přihlédnutím ke konkrétním zvláštnostem případu.<sup>69</sup> Správný přitom je postřeh Hatjeho,<sup>70</sup> že v zásadě by evropská solidarita měla skončit tam, kde může být ohrožena identita, a tedy fungování členského státu, jak to vyplývá i z rozsudku SDEU ve věci C-370/12 *Pringle* a z čl. 136 odst. 4 SFEU.<sup>71</sup>

### d) *Solidarita a loajální spolupráce*

Vztah mezi principem solidarity a pojmem či principem loajality či loajální spolupráce je, jak vyplývá z velmi rozdílných názorů v literatuře, komplikovaný a ne plně ujasněný. Borger soudí,<sup>72</sup> že princip loajality je výrazem principu solidarity na úrovni Unie, neboť povinnost loajality jako výraz solidarity stanoví dodatečné povinnosti k zajištění účinnosti právního řádu. To tento autor dokazuje na příkladu rozsudku SDEU ve věci *Pringle*<sup>73</sup> a na argumentaci generálního advokáta v případě SDEU C-62/14 *Gauweiler*. Gussone považuje solidaritu za základ (*Geltungsgrund*) loajality, když se odvolává na rozsudek SDEU ve věci 128/78 *Komise v. Spojené království* (odst. 9, 10). Současně však tvrdí, že loajalita a solidarita jsou navzájem komplementární pojmy, přičemž solidarita je strukturální, existenciální princip, zatímco loajalita je funkční kategorií. Mnozí autoři oba pojmy směšují. To se týká představitelů zejména britské nauky. Ale i německý autor Jacqué<sup>74</sup> tvrdí, že loajalita je „přirozeným výrazem solidarity, protože žádná solidarita neexistuje bez vzájemné důvěry, neboť všichni musí plnit svoje povinnosti“.

Mezi zásadou solidarity a zásadou loajální spolupráce je podle mého názoru vztah jakési kaskády. Loajalita vyplývá ze zásady solidarity, kterou je poměřován důvod použití zásady loajální spolupráce. Zásada loajální spolupráce za předpokladu, že je výslovně zakotvena, stanoví prostředky, tedy způsob, jak lze loajální spolupráci uskutečnit. Loajální spolupráce je tedy v tomto stadiu jakási zprostředkovaná solidarita; pojí se se zásadou solidarity tím, že na ni navazuje i v případech, kde výslovně uvedena v primárním právu není. Její použití ve smyslu konkrétní pomoci, např. v případě čl. 83 a čl. 222 SFEU, je projevem funkcionálního účelu solidarity (3.1.2).

<sup>68</sup> Srov. též rozsudek Soudního dvora ze dne 2. 2. 1973 ve věci *Komise Evropských společenství proti Italské republice*, 39/72, odst. 24.

<sup>69</sup> K tomu viz HATJE, Armin – SCHWARZE, Jürgen. Der Zusammenhalt der Europäischen Union. *Europarecht (EuR)*. 2019, Jhrg. 54, Nr. 2, s. 171, 179 a 181.

<sup>70</sup> HATJE, Armin. *Die EU auf dem Weg zur Solidarunion- Wandel durch Krise*, s. 73, 77.

<sup>71</sup> K tomu viz též POTACS, Michael. Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion und das Solidaritätsprinzip. *Europarecht (EuR)*. 2013, Jhrg. 48, Nr. 2, s. 133 an.

<sup>72</sup> BORGER, Vestert. *The Currency of Solidarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 58 an.

<sup>73</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 27. 12. 2012 ve věci *Thomas Pringle v. Government of Ireland a další*, C-370/12, odst. 137–144.

<sup>74</sup> JACQUÉ, Joachim. Komentář k čl. 2, 3 SEU. In: VON DER GROEBEN, Hans – SCHWARZE, Jürgen – HATJE, Armin. *Europäisches Unionsrecht*. 7. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2019, Marg. č. 12.

*e) Solidarita a rovnost*

Význam a interpretaci pojmu solidarity v souladu s principem rovnosti dovedl SDEU v několika rozsudcích. Konstatoval, že jestliže členský stát „*porušuje rovnováhu mezi výhodami a povinnostmi, zpochybňuje rovnost členských států v rámci komunitárního práva*“ (viz věc 39/72 *Komise v. Itálie*). Stejně souladný výklad mezi těmito dvěma zásadami dovedl SDEU ve věci 128/78 *Komise proti Spojenému království*, kde uvedl, že v případě, že členský stát ve svém národním zájmu porušuje rovnováhu mezi výhodami a povinnostmi jednostranným způsobem, zpochybňuje nejen rovnost členských států, ale diskriminuje i jejich státní příslušníky (odst. 12).

Právo musí být uplatňováno rovně (stejně) vůči všem členským státům; výjimečně tomu tak nemusí být právě v důsledku použití principu solidarity sledujícího uskutečňování integrace EU. V tomto smyslu jde o použití funkcionálního účelu solidarity ve smyslu materiální spravedlnosti s cílem vyrovnávání (pomoci) životní úrovně v jednotlivých členských státech. Princip solidarity má v tomto smyslu přednost před (formální) rovností. Solidarita se prosazuje na úkor rovnosti členských států, zejména v oblasti politiky hospodářské, sociální a územní soudržnosti v čl. 174–178 SFEU.<sup>75</sup>

*f) Solidarita a hospodářská a sociální soudržnost EU*

Po zakotvení solidarity v čl. 2 SES Maastrichtského znění znamená solidarita i jeden z cílů Unie; solidarita představuje svým strukturálním účelem (viz 2.1.2 shora) trvalou podporu hospodářské a sociální soudržnosti EU.

Výrazem principu solidarity je celá řada paradigmat příznačných pro unijní právo. Mají sloužit v první řadě k lepší soudržnosti a v druhé řadě k lepšímu fungování vnitřního trhu tím, že se jeho použitím odstraňuje formální rovnost, jež je vlastně materiální nerovností. Výrazem principu solidarity je tedy především politika soudržnosti.

V rámci pěti elementů (aspektů) blahobytu podle čl. 3 odst. 1 a 3 SEU (trvalý a vyvážený hospodářský růst, měnová unie a cenová stabilita, sociální tržní hospodářství, ochrana životního prostředí a vědecký a technický pokrok) má z hlediska solidarity největší význam sociálně tržní hospodářství. To je charakteristické svým cílem spočívajícím v sociálním pokroku. Ten je konkretizován v samotné SFEU tím, že čl. 151 odst. 1 odkazuje na Evropskou sociální chartu (1961) a Komunitární chartu sociálních základních práv (1981) a zdůrazňuje cíle zaměstnanosti, zlepšení harmonizace životních a pracovních podmínek, přiměřenou sociální ochranu, sociální dialog, rozvoj kvalifikovaného pracovního potenciálu a potírání diskriminace.

*g) Solidarita a subsidiarita*

Callies<sup>76</sup> se pokouší sloučit zásady solidarity a subsidiarity s naukou o společném blahu (veřejném zájmu). Soudí, že zájem společenství má přednost a zájmy členských států jako jeho částí se mu musí podřídit. Na rozdíl od Calliesse mám za to, že mezi principem solidarity a principem subsidiarity nedochází k zásadnímu konfliktu. Jde o zásady na různých úrovních unijního práva. Zatímco princip solidarity je obecnou zásadou, zásada subsidiarity je hlediskem míry působnosti EU a působnosti členských států. Při řešení

<sup>75</sup> K tomu viz též TICHÝ, Luboš. O rovnosti členských států v EU. *Jurisprudence*. 2021, roč. 31, č. 3, s. 17, 18 a 20.

<sup>76</sup> CALLIES, Christian. *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip*. Baden-Baden: Nomos, 2001, s. 186.

konfliktů pravomocí členských států a EU je třeba přihlížet k principu solidarity, a to s ohledem na oba jeho účely, jakožto k rozhodujícímu hledisku, což ovšem nemusí vždy vést k uspokojivému výsledku, jenž Calliess zmiňuje.<sup>77</sup>

### 3.2.4 Příklady působnosti solidarity

#### a) *Hospodářská a měnová unie*

V oblasti rozpočtové politiky členských států, jejichž měnou je Euro, je solidarita určitou výjimkou z principu odpovědnosti členského státu, neboť dodržování fiskálních úkolů je věcí vlastní odpovědnosti jednotlivých členských států. Ta v zásadě znamená, že státy nesmějí získat žádnou pomoc od jiných členských států či samotné EU, jestliže nedodržují přísná rozpočtová pravidla.

Klíčovým je chápání čl. 136 odst. 3 SFEU ve světle rozsudku SDEU C-370/12 *Pringle*.<sup>78</sup> Jestliže tuto oblast a pomoc jiných členských států posuzujeme jako oblast fiskální odpovědnosti, pak nepochybně výslovné ustanovení čl. 125 SFEU zakazuje použití solidarity ve smyslu podpory či pomoci členských států ve prospěch členského státu, který nedodržuje rozpočtovou disciplínu. Jestliže však tuto oblast posuzujeme jako oblast hospodářské politiky, jež je v působnosti členských států, lze dovozovat dokonce povinnost pomoci EU, vyplývající ze zásady solidarity ve prospěch členského státu, jenž se nachází v nouzi.<sup>79</sup> Uplatnit zásadu solidarity je však možné jedině za zcela výjimečných okolností, zejména jestliže neexistuje žádné jiné východisko z hrozícího státního bankrotu. Proto je ustanovení čl. 136 odst. 3 SFEU třeba vykládat velmi restriktivně.

#### b) *Solidarita a intergouvernementalizace práva EU*

Specifickým problémem je použití solidarity v případě intergouvernementalizace či internalizace unijního práva, jež znamenají zakotvení určitých činností v mezinárodních smlouvách, jakými jsou Schengenská dohoda (1985), Schengenská prováděcí dohoda (1990), Prümská dohoda (2005) aj. Klíčovou otázkou je, do jaké míry lze použít ustanovení, která jsou výrazem principu solidarity, konkrétně čl. 78, 79, a zejména 80 SFEU na vztahy vyplývající z těchto mezinárodních smluv. Pro řešení této problematiky je relevantní názor Dagilyté,<sup>80</sup> podle které jde o mezivládní solidaritu, tedy oblast, v níž platí koncept solidarity vyvinutý SDEU např. v rozhodnutí C-606/10 *ANAFE*, kde soud vyložil např. nařízení 562/2006 (Schengenský přeshraniční kodex). Podstatné však je, že princip solidarity se aplikuje i na činnosti EU a členských států, jež se uskutečňují, respektive jejichž následky působí mimo území EU.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Zejména marg. č. 115 a analýza v POTACS, Michael. *Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion und das Solidaritätsprinzip*, 133 an.

<sup>79</sup> Viz též k tomu RUFFERT, Matthias. Komentář k čl. 3, 4 SEU. In: CALLIESS, Christian – RUFFERT, Matthias (Hrsg.). *EUV/AEUV, Kommentar*. 6. Auflage. München: C. H. Beck, 2022, s. 17. K tomu však rozporuplný komentář Jacquého (JACQUÉ, Joachim. *Komentář k čl. 2, 3 SEU*.) a Pechsteina (PECHSTEIN, Matthias. Komentář k čl. 2. SEU. In: STREINZ, Rudolf (Hrsg.). *EUV/AEUV, Kommentar*. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2012, marg. č. 5).

<sup>80</sup> DAGILYTÉ, Eglé. *Solidarity: A General Principle of EU Law? Two Variations on the Solidarity Theme*, s. 61 an.

<sup>81</sup> K tomu srov. SVOBODA, Pavel. Řešení krizí v právu EU. *AUC IURIDICA*. 2016, roč. 62, č. 2, s. 63 an., zejména s. 64 a 65. Autor zde nazývá stav nouze ve smyslu tohoto příspěvku krizí. Z toho je mj. zřejmé, že stav nouze, byť v případě jednoho členského státu, může být příčinou krize celé Evropské unie.

*c) Solidarita a prostor svobody, bezpečnosti a práva*

Pojem „solidarita“, jenž se v této úpravě vyskytuje předně v obecných ustanoveních (čl. 67 an. SFEU), je třeba vykládat jako konkrétní pomoc v nebezpečných situacích v oblasti politik azylu a přistěhovalectví (viz čl. 77 an. SFEU). Jde o vyrovnávání handicapů sociální spravedlnosti. Solidarita a v ní obsažené povinnosti členských států se tak týkají cizích státních příslušníků.<sup>82</sup> Tato povinnost zahrnuje i rozdělování a umisťování migrantů nacházejících se v některých členských státech, jimž vznikají značné ekonomické a organizační problémy [viz k tomu rozvoj sekundárního unijního práva v 3.1.1 a výklad ad d) níže].

Solidarita je formulována ve shora uvedených ustanoveních primárního práva výslovně jako zásada zahrnující povinnost pomoci znevýhodněným členským státům i finančními prostředky a za tím účelem zmocňuje k přijetí vhodných opatření. Pak lze toto ustanovení chápat i jako součást politiky hospodářské a sociální soudržnosti. Solidarita mezi členskými státy odpovídá základnímu předpokladu zajištění existence EU. Proto SDEU kvalifikoval jako flagrantní porušení povinností členských států nedodržení rozhodnutí Rady EU 2015/1523 a 2015/1601 o povinných kvótách pro přijímání uprchlíků členskými státy<sup>83</sup> jako porušení zásady solidarity.

*d) Mechanismus solidarity v oblasti politiky azylu a migrace*

Jak je popsáno shora (3.1.1), doznala solidarita významného rozvoje; má se stát součástí konkrétních právních norem sekundárního unijního práva podle návrhu pěti nařízení v oblasti politik azylu a přistěhovalectví.<sup>84</sup>

Pojem solidarita jako součást konkrétních právních norem má zcela konkrétní obsah. Jak již bylo řečeno, v těchto případech se jedná o „konkrétní, pomocnou“ formu solidarity s funkcionálním účelem.

Z navrhovaných legislativních opatření lze vyvodit několik obecných poznatků.

Především se konstatuje, že v oblasti azylu a migrace dosud neexistoval žádný účinný mechanismus solidarity. To však platí o unijním právu obecně. Tento mechanismus je zakládán nově návrhy sekundárního práva, přičemž lze z hlediska jejich působnosti rozlišovat dva druhy mechanismu solidarity. Jeden je komplexním pojmem obecného charakteru zahrnujícím konkrétní pomocnou činnost nejen mezi členskými státy, ale i mezi členskými státy a orgány Evropské unie, zejména Evropskou komisí. Druhým druhem mechanismu konkrétní povahy jsou určité činnosti ve formě nově zaváděných nástrojů, jakými jsou solidární opatření, fórum solidarity, rezervoár solidarity aj. (viz blíže 3.1.1).

Solidarita znamená v těchto případech konkrétní povinnost pomoci při plnění jejího funkcionálního účelu.<sup>85</sup> Tato konkrétní povinnost solidarity může mít ovšem též kromě obecné formy míry povinnosti ještě dvě formy zvláštní. Zvýšená míra povinnosti existuje v případech migračního tlaku, pod nímž se členský stát ocitne.<sup>86</sup> Jinou formou solidarity

<sup>82</sup> Viz též WEISS, Wolfgang – SATZGER, Helmut. Komentář k čl. 67 odst. 2 SFEU. In: STREINZ, Rudolf (Hrsg.). *EUV/AEUV. Kommentar*, marg. č. 32.

<sup>83</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 2. 4. 2020 ve spojených věcech *Evropská komise v. Polská republika, Komise v. Maďarsko, Komise v. Česká republika*, C-715/17, C-718/17 a C-719/17.

<sup>84</sup> Viz čl. 77 an. SFEU.

<sup>85</sup> Viz DZ k návrhu nařízení o azylu a migraci, s. 10.

<sup>86</sup> Viz čl. 50 an. návrhu nařízení o azylu a migraci.

je zcela výjimečná tzv. dobrovolná solidární podpora, o kterou může členský stát kdykoliv požádat jiné členské státy.<sup>87</sup>

V oblasti volného pohybu a s přihlédnutím k otázce migrace je pro míru používání principu solidarity, zejména ve smyslu poskytování konkrétní pomoci, relevantní nejen čl. 67 odst. 2 SFEU, jenž stanoví základní obrys jeho aplikace, ale zejména čl. 80 SFEU ve své první větě, který má význam kompetenčního ustanovení, jehož adresátem je Evropská unie. Od ní, jakožto normotvůrce, se očekává vytvoření solidárního vyrovnávání nákladů mezi členskými státy. Evropský normotvůrce zde nevytváří nový princip, jestliže k zásadě solidarity připojuje „*spravedlivé rozdělení odpovědnosti mezi členskými státy*“, nýbrž tento dodatek je velmi účinnou konkretizací samotného principu solidarity ve smyslu konkrétní pomoci:<sup>88</sup> rozsah povinnosti jednotlivých členských států je vyjádřen ve spravedlivém hrazení nákladů na splnění této povinnosti.<sup>89</sup>

Solidarita získává ve své konkrétní formě strukturovanou podobu, která umožňuje komplexní a zároveň flexibilní použití. Mechanismus solidarity zahrnuje totiž různé druhy solidárních opatření, aby byl schopen pružně reagovat na dané problémy.<sup>90</sup> Současně umožňuje ve výjimečných případech určité uvážení ústící v odchylky či výjimky z kritérií příslušnosti, a to např. nejen z humanitárních důvodů, ale též z důvodů solidarity ve smyslu sloučení rodinných příslušníků.<sup>91</sup>

### 3.3 Problematika vynutitelnosti

Právo odpovídající povinnosti plynoucí ze solidarity by mělo být v zásadě vynutitelné (justiciabilní). Obsah povinnosti závisí na účelu solidarity (viz výše); může mít nejrůznější podobu (formu) a reflektuje významným způsobem kontext. Porušení povinnosti znamená odpovědnost za negativní následek.

Vynutitelným by mělo být jak právo plynoucí z principu solidarity sledující konkrétní účel pomoci (funkcionální účel), tak i právo založené na strukturálním účelu principu solidarity. V případě porušení povinnosti konkrétní pomoci, např. neposkytnutím pomoci členskému státu, jenž se nachází v nouzi způsobené skutečnostmi představujícími vyšší moc, náleží aktivní legitimace k vymáhání této povinnosti nejen dotčenému členskému státu, nýbrž i jiným členským státům a Evropské komisi.

Lze však připustit vynutitelnost povinnosti sledující relativně abstraktní strukturální účel. Například neadekvátní použití míry solidarity v důsledku nepřihlížení k jiným principům unijního práva může vést ke vzniku aktivní žalobní legitimace. Absence řádného reflektování principu solidarity v legislativním procesu Evropské unie je typickým příkladem porušení smlouvy, který se může stát základem žalobní legitimace.

<sup>87</sup> Srov. DZ k návrhu nařízení o azylu a migraci ad 3.11 a) shora, s. 20.

<sup>88</sup> Viz čl. 80 věta první SFEU: „*Politiky Unie podle této kapitoly a jejich provádění se řídí zásadou solidarity a spravedlivého rozdělení odpovědnosti mezi členskými státy, a to i na finanční úrovni.*“ Poněkud rušivě působí text zprávy Rady z 25. 11. 2022 (14532/1/22, REV 1) (viz pozn. 43 výše), který, aniž by se odvolával na čl. 80 SFEU a bez dalšího odůvodnění, rozlišuje mezi principy solidarity a odpovědnosti (viz např. s. 8 zprávy), když se snaží odůvodnit dle našeho názoru imanentní vlastnost principu solidarity, totiž jeho vztah k odpovědnosti, kterou se solidarita chápe ve smyslu konkrétní povinnosti [viz výklad ad 3.11 b) výše].

<sup>89</sup> Viz odst. 27 preambule návrhu nařízení o azylu a migraci a čl. 5 tohoto návrhu.

<sup>90</sup> Viz k tomu odst. 16 preambule k návrhu nařízení o azylu a migraci.

<sup>91</sup> Viz odst. 52 preambule k návrhu nařízení o azylu a migraci.

Členské státy a Evropská komise se mohou domáhat nápravy několika způsoby. Slouží jim k tomu žaloba pro porušení Smlouvy podle čl. 258 a násl. SFEU. Členské státy se mohou domáhat přezkoumání legislativních aktů žalobou na jejich neplatnost podle čl. 263 odst. 2 SFEU. Kromě toho se členské státy a některé orgány EU mohou domáhat nápravy žalobou proti nečinnosti podle čl. 265 odst. 1 SFEU. Jednotlivci jako tzv. neprivilegovaní žalobci mají aktivní žalobní právo v případě protiprávnosti legislativních aktů podle čl. 263 odst. 3 SFEU a oprávnění k žalobě proti nečinnosti podle čl. 265 odst. 3 SFEU.

Jednotlivci se považují za adresáty práv vyplývajících z principu solidarity nejen v oblasti sociálních práv podle Listiny, nýbrž i ve smyslu zásady rovnosti občanů EU podle čl. 9 SEU.<sup>92</sup> Jednotlivec je oprávněn k vynucování principu solidarity v případě vzniku škody. Jde tak vlastně o nepřímé vymáhání povinnosti plynoucí z tohoto principu, a to ve dvojitým smyslu. Jednak se jedná o nápravu následků způsobených porušením povinnosti solidarity, jednak jde o nápravu, jíž se jednotlivec domáhá nikoliv vůči EU, nýbrž vůči členskému státu. V daném případě jde o odpovědnost členského státu za škodu při nerespektování principu solidarity nesprávnou implementací unijního práva ve smyslu doktríny Francovich, tedy analogicky podle čl. 340 odst. 2 SFEU za předpokladu zaviněného vážného pochybení negativním dopadem do základních lidských práv.<sup>93</sup>

Solidarita znamená ochranu slabší strany (pracovníka, dítěte, vylučovaných osob aj.).<sup>94</sup> I vzdor relativně složité povaze základních sociálních práv lze dovodit jejich vynutitelnost jako např. u zákazu diskriminace mezi občany v rámci sociálních systémů. Ruffert<sup>95</sup> správně uvádí, že solidarita ve smyslu čl. 67 odst. 2 SFEU se vztahuje i na osoby bez státní příslušnosti třetích států<sup>96</sup> na území EU, a to zejména s ohledem na neuspokojivý stav základních lidských práv. Tato osobní působnost solidarity nachází výraz i v používání čl. 80, tedy jakési diagonální klauzule, na jejímž základě vydala Komise celou řadu opatření [viz 3.2.4 d) shora].

V důsledku neřádné implementace unijní úpravy, např. zejména práv pracovníků, mohou být porušena subjektivní práva jednotlivců. Jak konstatoval SDEU již ve svém rozsudku *Tachograph* (viz 2.5.5 shora),<sup>97</sup> následkem porušení rovnosti členských států může být diskriminace mezi jejich příslušníky. To představuje porušení povinnosti solidarity a ve svém důsledku poškozují právní řád Společenství v jeho základech.

## 4. Shrnutí poznatků

1. Solidaritu lze považovat za metaprincip evropského unijního práva plnící strukturální účel; v jiné formě plní funkci součásti konkrétní právní normy (funkcionální účel, konkrétní pomoc).

<sup>92</sup> Tak výslovně KADELBACH, Stefan. *Solidarität als europäisches Rechtsprinzip?*, s. 18.

<sup>93</sup> Srov. TICHÝ, Luboš, *Odpovědnost státu za legislativní újmu. Pojem, význam a návrh řešení*. In: TICHÝ, Luboš – HRÁDEK, Jiří (eds). *Odpovědnost státu za legislativní újmu*. Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy, 2012, s. 33.

<sup>94</sup> BIEBER, Roland. *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union*, s. 67 an., a rozsudek Soudního dvora ze dne 20. 9. 2001 ve věci *Rudy Grzelczyk proti Centre public d'aide sociale d'Otignies-Louvain-la-Neuve*. C-184/99.

<sup>95</sup> RUFFERT, Matthias. *Komentář k čl. 3,4 SEU*, marg. č. 4.

<sup>96</sup> Viz WEISS, Wolfgang, SATZGER, Helmut. *Komentář k čl. 67 odst. 2 SFEU*, marg. č. 32.

<sup>97</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 7. 2. 1979 ve věci *Komise Evropských společenství proti Spojenému království Velké Británie a Severního Irsku*, 128/78.

2. Solidarita jako metaprincip představuje obecný svorník Evropské unie, neboť je existenčním předpokladem tohoto světově ojedinělého společenství států.
3. Solidarita má v zásadě všeobecnou věcnou působnost ve vztazích mezi EU a členskými státy a státy navzájem a dále i mezi EU a členskými státy na straně jedné a jednotlivci na straně druhé.
4. Jako součást právní normy při plnění funkcionálního účelu znamená solidarita povinnost poskytování pomoci v nouzi. Při jejím plnění ze strany povinných subjektů se jedná o zřeknutí se očekávaných dober v krátkodobé perspektivě ve prospěch obecného blaha (veřejného zájmu).
5. Obsahem solidarity při poskytování pomoci jsou jednostranně orientované povinnosti jejich adresátů (Evropská komise a členské státy) na straně jedné a práva subjektů oprávněných pomoc požadovat na straně druhé. Jejich plnění, respektive vynucování nelze vázat na protiplnění. Reciprocita ve smyslu synallagmatu neplatí.
6. Používání solidarity je závislé na vyvažování základních zájmů ztělesněných v jiných základních principech a hodnotách EU a na konkrétním kontextu relevantní právní úpravy a skutkového stavu.
7. Povinnost a subjektivní právo obsažené v pojmu solidarity lze vynucovat relevantními prostředky jako v případě porušení (objektivního) práva EU. Oprávnění domáhat se nápravy subjektivních práv v důsledku porušení zásady solidarity náleží i jednotlivci.
8. Evropská integrace jakožto proces založený na solidaritě evropských států a EU je zásadním vkladem do evropské kultury. Z principu solidarity plyne ústavní odpovědnost orgánů Unie a členských států. Svazek EU může existovat jen v té míře, v jaké bude solidarita jednání zúčastněných formovat jejich odpovědnosti.

# Test proporcionality jako nástroj zdůvodňování, nikoli nalézání rozhodnutí

Tomáš Koref\*

**Abstrakt:** Triumfální technika. Destruktivní nihilismus. Téma číslo jedna. Odborná literatura charakterizuje test proporcionality různě, v každém případě hojně. Přesto však zůstává spíše stranou pozornosti otázka, jak si test proporcionality stojí v rámci právní metodologie. Zejména není jasné, jak se test proporcionality vztahuje k tradičním metodám interpretace, k subsumpci a k právnímu sylogismu. Nahrazuje test proporcionality tyto instituty? Doplnuje je? A jakou roli při aplikaci práva vlastně hraje? Předloženými otázkami se zabývám v tomto článku. Nejprve doplňuji českou doktrínu tím, že s odkazem na německé autory rozliším dva odlišné aspekty aplikace práva: nalézání a zdůvodňování rozhodnutí. V tomto kontextu následně představím test proporcionality jako nástroj tzv. interního zdůvodňování, jenž ze své povahy nutně předpokládá další, tzv. externí zdůvodňování (zejména externí zdůvodňování prostřednictvím metod interpretace, judikatury a doktríny). Ve třetím kroku ukazují, že test proporcionality vyžaduje subsumpci, ústí v subsumpci a že jej lze integrovat do tradičního právního sylogismu. Článek je analytický a normativní. Analytičnost spočívá v tom, že článek objasňuje postavení testu proporcionality. Normativní rozměr článku míří k právní praxi a lze jej shrnout jednou základní tezí: test proporcionality nelze užívat bez dalších nástrojů aplikace práva, zejména bez subsumpce a interpretačních metod.

**Klíčová slova:** test proporcionality, právní metodologie, subsumpce, právní sylogismus, aplikace práva

## Úvod

Test proporcionality patří k celosvětově diskutovaným konceptům současné právní teorie.<sup>1</sup> Česká odborná literatura popisuje jak původ a strukturu testu proporcionality,<sup>2</sup> tak i jeho užití v rozhodovací praxi.<sup>3</sup> Detailnější pozornosti se však doposud nedostalo postavení testu proporcionality v rámci právní metodologie.<sup>4</sup>

Zejména není jasné, jak se test proporcionality vztahuje k tradičním metodám interpretace, k subsumpci a k právnímu sylogismu. Nahrazuje test proporcionality tyto instituty? Doplnuje je? A jakou roli při aplikaci práva vlastně hraje?

Předloženými otázkami se zabývám v tomto článku. Postavení testu proporcionality představují prostřednictvím tří kroků. Nejprve doplňuji českou doktrínu tím, že s odkazem

\* Mgr. Tomáš Koref, doktorand, katedra teorie práva a právních učení, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: tomas.koref@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9634-3272>. Vznik tohoto článku byl podpořen Grantovou agenturou Univerzity Karlovy (projekt č. 185023).

1 Viz např. KLATT, M. – MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 1–2 a tam citovanou literaturu.

2 ONDŘEJJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, a HOLLÄNDER, P. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 3, s. 261–284.

3 KOSAŘ, D. Kolize dvou základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, roč. 17, č. 1, s. 3–19, a ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. Praha: Leges, 2021.

4 V letech 2015 a 2016 vyšlo v časopisu *Právník* několik článků zaměřených na test proporcionality. Právní metodologii se věnuje text P. Holländera, na který navazují ve třetí části tohoto článku. Viz HOLLÄNDER, P. *Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky*, s. 272–280. Podstatná část článků zdejšího časopisu z období 2015 a 2016 věnovaných proporcionalitě nově vyšla v AGHA, P. – PAVLAKOS, G. (eds). *Princip proporcionality Roberta Alexyho v českém právním myšlení*. Praha: Academia, 2022.



na německé autory rozliším dva odlišné aspekty aplikace práva, *nalézání* a *zdůvodňování rozhodnutí*. V tomto kontextu následně představím test proporcionality jako nástroj (tzv. interního) *zdůvodňování*, nikoli *nalézání rozhodnutí*. Ve třetím kroku ukážu vztah testu proporcionality k tradičním institutům aplikace práva (k právnímu sylogismu, k subsumpci a k metodám interpretace).

Předkládaný článek má analytickou a normativní povahu. V článku předkládám možné vysvětlení, jaké náleží testu proporcionality postavení v rámci aplikace práva a právní metodologie (analytická rovina). Nezabývám se tedy tím, jak české či jiné soudy aktuálně k testu proporcionality přistupují. Tento zdánlivě „teoretický“ rozměr článku má „praktické“ důsledky. Ve svém článku totiž rovněž vymezuji, jakou roli má test proporcionality při řešení konkrétních případů práva zastávat (normativní rovina).

## 1. Vymezení problému

### 1.1 Aplikace lidskoprávních norem a test proporcionality jako nástroj řešení jejich kolizí

Základní práva jsou právní normy. Jakožto normy stanovují něco, co má být. Právní normy lze členit na právní principy a právní pravidla.<sup>5</sup> Spolu s veřejnými zájmy patří většina základních práv mezi právní principy. Jakožto principy stanovují základní práva, aby bylo něco realizováno v co nejvyšší míře. Například základní právo na ochranu dobré pověsti přikazuje, aby byla co možná nejvíce chráněna dobrá pověst, a základní právo na svobodu projevu přikazuje, že má být co možná nejvíce chráněna možnost svobodného projevu.

Kolize nastává tehdy, uplatní-li se v konkrétním případě více principů, tedy alespoň dvě základní práva či jedno základní právo a jeden veřejný zájem, a stanovují-li tyto normy odlišný právní následek. Tehdy musí soud posoudit, který z principů má s ohledem na skutkový stav přednost. Dojde-li ke kolizi, rozhoduje soud, v jaké míře se každý z principů uplatní, a to v závislosti na skutkových a právních okolnostech případu. Výsledkem sporu bude rozhodnutí o tom, že jeden z principů v konkrétním případě převážil. Převáží-li právo jednoho z účastníků na zachování dobré pověsti, soud uloží druhému účastníku například povinnost nahradit újmu.

K řešení kolize slouží test proporcionality. Výsledek lidskoprávní kolize závisí na tom, zda je zásah do příslušného základního práva vhodný a nutný k dosažení jiného základního práva či veřejného zájmu, a dále na tom, zda je zásah tzv. přiměřený v užším smyslu. První krok testu proporcionality je proto testem vhodnosti, druhý testem potřebnosti a třetí testem přiměřenosti.<sup>6</sup> Při posuzování přiměřenosti v posledním kroku má soud zohlednit,

<sup>5</sup> Ohledně povahy základních práv vycházím ve svém článku z teorie principů rozpracované R. Alexym v ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. Alexy míní výrazem *norma* souhrnně dvě podmnožiny: *pravidla a principy*. Tento článek se zaměřuje především na (lidskoprávní) principy, k jejichž aplikaci test proporcionality slouží. K terminologickým otázkám viz detailněji HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 142.

<sup>6</sup> Ke struktuře testu proporcionality viz KLATT, M. – MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*, s. 7–13, a v české literatuře ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*, s. 98 an., či ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 61–63. M. Klatt uvádí v citované publikaci čtyřstupeňovou variantu testu proporcionality, která jako první krok zahrnuje otázku, zda akt zasahující do základního práva sleduje legitimní cíl. Obdobně jako Z. Červínek mám za to, že lze prověření legitimacy chápat jako součást testu vhodnosti, a proto lze test proporcionality považovat za tříkrokový.

jak jsou kolidující principy důležité, v jaké míře jsou kolidující principy zasaženy/naplněny a jak spolehlivé jsou normativní a empirické předpoklady, z nichž soud vychází.<sup>7</sup>

Navzdory nejrůznějším modifikacím jde o dominantní nástroj, který evropské nejvyšší soudy využívají při řešení lidskoprávních kolizí.<sup>8</sup> Rovněž český Ústavní soud test proporcionality užívá. Standardní strukturou je v českém ústavním soudnictví struktura tříkroková, tj. test vhodnosti, potřebnosti a přiměřenosti.<sup>9</sup>

## 1.2 Ukotvení testu proporcionality

Předestřená charakteristika testu proporcionality je v důležitém ohledu nedostatečná. Aplikace lidskoprávních norem bychom nepochybně chápali jako aplikaci práva. S aplikací práva však právní nauka tradičně spojuje několik tradičních institutů, typicky právní sylogismus, subsumpci a právní interpretaci. Tvrdíme-li, že se lidskoprávní normy aplikují prostřednictvím testu proporcionality, pak nutně musíme vyřešit i otázku, jak se test proporcionality vztahuje k těmto tradičním institutům.

Tato otázka se dále větví. Je aplikace lidskoprávních norem natolik specifická, že se tradiční nauka o aplikaci práva vůbec neuplatní? Nebo test proporcionality představuje pouhé doplnění k tradičním institutům? V jaké míře se v rámci testu proporcionality případně uplatní subsumpce či interpretační metody a kdy? A jakou roli při aplikaci práva test proporcionality vlastně hraje? Uvedená charakteristika tyto otázky neřeší a stávající literatura toto téma systematicky nezpracovává.<sup>10</sup> V následující části článku míním vztah testu proporcionality a tradičních institutů vyjasnit.

## 2. Test proporcionality jako nástroj zdůvodňování, nikoli nalézání rozhodnutí

Pro správné pochopení testu proporcionality je nezbytné učinit zdánlivě triviální rozlišení dvou aspektů aplikace práva: *nalézání a zdůvodňování rozhodnutí*. Jedná se o rozlišení německého *Herstellung, Rechtsfindung, Entdeckung* či anglického *discovery* na jedné straně a německého *Darstellung, Rechtfertigung, Begründung* či anglického *justification* na straně druhé.<sup>11</sup> Specificky české učebnice teorie práva uvedené rozlišení netematizují.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> K tzv. vážící klauzuli náležící do posledního kroku viz ALEXÝ, R. A *Theory of Constitutional Rights*, s. 408–409. Vážíci formulí rozebírá též do češtiny přeložený článek ALEXÝ, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 870–872. Od českých autorů viz WINTR, J. Alexyho vážící klauzule. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 446–461.

<sup>8</sup> BARAK, A. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 181–182.

<sup>9</sup> O sjednocení struktury nově hovoří na základě empiricko-analytického výzkumu Z. Červínek, viz ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 52–60. Nedůslednost Ústavního soudu při aplikaci testu proporcionality historicky kritizoval D. Kosař v KOSAŘ, D. *Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu*, s. 3–19.

<sup>10</sup> Dvě nejvýznamnější české monografie věnované metodologii aplikace práva, Wintrový *Metody a zásady interpretace práva* a Melzerova *Metodologie nalézání práva*, se soustředí primárně na aplikaci podústavního práva. Specificky tématu tohoto článku, tj. metodologii aplikace lidskoprávních norem prostřednictvím testu proporcionality, se věnují pouze ve velmi obecné rovině. Viz WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2019, a Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. C. H. Beck, 2009.

<sup>11</sup> Dílčí sémantické rozdíly mezi jednotlivými výrazy na každé ze stran nezohledňuji. Z děl spojených s diskurzivní teorií užívajících uvedené rozlišení lze zmínit všechna doposud citovaná díla R. Alexyho či M. Klatta. Mezi další autory důsledně zavádějící zmíněné rozlišení patří KOCH, H. J. – RÜBMANN, H. *Juristische Begründungslehre: eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. München: Beck, 1982, s. 1, dále např. SCHLINK, B. *Bemerkungen zum Stand*

Jak se pokusím ukázat, pro test proporcionality jde o rozlišení klíčové; test proporcionality je spjat se *zdůvodňováním* a jako takový by měl být chápán. Aby bylo možné objasnit tuto roli testu proporcionality, navrhuji ve zbylé části pohled na aplikaci práva, který na rozlišení *nalézání* vs. *zdůvodňování* důsledně dbá.

## 2.1 Odlišný pohled na aplikaci práva: rozlišení nalézání vs. zdůvodňování obecně

Distinkce *nalézání* a *zdůvodňování* má nejhlubší tradici ve filozofii vědy, která toto rozlišení rozpracovává v souvislosti s naukou o poznání a logikou.<sup>13</sup> Vypůjčím si pasáž z úvodu Popperovy *Logiky vědeckého zkoumání*, která distinkci výstižně ilustruje a která je přenositelná i do právní vědy.

Karl Popper důrazně odlišuje psychologický proces, který vzniku teorie předchází, od procesu ověřování nové teorie. Klíčové je, že samotný proces vzniku poznání (teorie) dle Poppera bezprostředně nesouvisí s platností či správností nové teorie. Rozlišení *nalézání* nové teorie a *zdůvodnitelnosti* nové teorie věnuje Popper samostatnou podkapitulu přílehlavě nazvanou „vyloučení psychologismu“. V té uvádí:

*„Otázka, jak dojde k tomu, že člověka napadne nová myšlenka, ať už je to nějaké hudební téma, dramatický konflikt nebo vědecká teorie, může být velmi zajímavá pro empirickou psychologii: pro logickou analýzu vědeckého poznání je však irrelevantní.“*

Proces vzniku nového poznání (na rozdíl od procesu ověřování nového poznání) vykazuje iracionální prvky, s logikou nemá mnoho společného a má být zkoumán z pohledu empiricko-psychologického. Jelikož Poppera zajímá, co činí teorii (poznání) platnou, zabývá se procesem ověřování nové teorie (nového poznání). Platnost teorie dle Poppera spočívá v její *zdůvodnitelnosti*, v její přezkoumatelnosti a koherentnosti s jinými větami. Právě tehdy hraje roli logika. Že poznávání obsahuje iracionální prvky, to je dle Poppera jistě pravdivé tvrzení. Zajímá jej však platnost teorie a kritéria této platnosti, iracionální prvky proto nezkoumá.<sup>14</sup>

Obdobně jako Bernhard Schlink se domnívám, že Popperova myšlenka je uplatnitelná i ve vztahu k přijímání rozhodnutí a k právní metodologii.<sup>15</sup> Při zkoumání aplikace práva

---

der Methodendiskussion. in der Verfassungsrechtswissenschaft. *Der Staat*. 1980, Jhrg. 19, Nr. 1, s. 88 an. Z anglosaských autorů viz např. WASSERSTROM, A. R. *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, s. 25–27.

<sup>12</sup> Zmiňují-li některé české autorky či autoři toto rozlišení, činí tak obvykle v rámci stručného odkazu na některého z německých autorů. Viz ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 73, dále BOBEK, M. O odůvodňování soudních rozhodnutí. *Právní rozhledy*. 2010, č. 6, s. 204–211, či HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, s. 233. Německé právní teorii, z níž ve svém článku vycházím, nejvíce odpovídají výše citovaná klasická díla J. Wintra a F. Melzera, která se věnují interpretaci a argumentaci. J. Wintr svou monografii výslovně řadí do oblasti *zdůvodňování*, samotné rozlišení však detailně nerozpracovává a odkazuje na dílo W. Hassemera. Viz WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 13. F. Melzer své dílo nazval „Metodologií nalézání“, avšak zaměřuje se výlučně na argumentaci a ten aspekt aplikace, který jsem nazval *zdůvodňováním*. Viz Melzer, F. *Methodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 10–11. Byť jde o detail, Melzerovo názvosloví opouštím a držím se terminologie, která podle mého názoru lépe odpovídá filozofii vědy a zahraniční debatě.

<sup>13</sup> Pro shrnutí dosavadní diskuze ve filozofii vědy viz HOYNINGEN-HUENE, P. Context of Discovery and Context of Justification. *Studies in History and Philosophy of Science*. 1986, Vol. 18, No. 3, s. 501–515.

<sup>14</sup> POPPER, K. *Logika vědeckého zkoumání*. Praha: OIKOYMENH, 1997, s. 7–9.

<sup>15</sup> SCHLINK, B. *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion. in der Verfassungsrechtswissenschaft*, s. 88.

nám také může jít o psychologický proces na straně právníka, tedy například o to, zda se při aplikaci práva užívá intuice, anebo můžeme zkoumat, jaké řešení konkrétního případu je správné a jaká jsou kritéria této správnosti. Jak rozvádím v následující části článku, v obou případech by se zkoumání dotýkalo aplikace práva, přesto by se významně lišilo.

## Nalézání rozhodnutí

Zkoumáme-li psychologický proces, zkoumáme *nalézání rozhodnutí*, tedy proces vzniku rozhodnutí. Takový proces bude nutně dynamický a komplikovaný, a tudíž z pohledu právní vědy obtížně popsatelný. Pro *nalézání rozhodnutí* a jeho zkoumání je relevantní pestrá škála mnohdy obtížně postihnuteľných vlivů – od vzdělání a hodnotové orientace interpreta přes psychologické a jiné procesy empirické povahy, k nimž dochází během čtení spisu či soudních jednání. Zkoumání procesu *nalézání rozhodnutí* bude převážně deskriptivní, vychází obvykle z empirického a analytického přístupu.<sup>16</sup>

Ilustrativním příkladem přístupu, který se zaměřuje výlučně na *nalézání rozhodnutí* z ryze empirického pohledu, by v českém prostředí byla empiricky orientovaná disertační práce Michala Malaníka. Jeho výzkum spočíval v tom, že se Malaník několika soudců Nejvyššího soudu dotazoval, zda při rozhodování případu skutečně aplikují interpretační metody.<sup>17</sup>

Tradičním tématem souvisejícím s *nalézáním rozhodnutí* je v českém či německém prostředí tzv. právní hermeneutika. Ta tematizuje poznávání normativního právního textu s ohledem na předporozumění či hermeneutický kruh,<sup>18</sup> přičemž právě důraz na poznávání tuto oblast právní vědy orientuje na *nalézání rozhodnutí*.

## 2.2 Odlišný pohled na aplikaci práva: Obrat ke zdůvodňování jakožto stěžejnímu aspektu

V kontrastu proti *nalézání rozhodnutí* stojí *zdůvodňování* jako druhý aspekt aplikace práva. Zabýváme-li se *zdůvodňováním*, nemíníme popsat, jak se rozhodnutí *nalézá*; chceme identifikovat, co to je správné rozhodnutí, a vymezit, podle jakých kritérií se tato správnost posuzuje. Zkoumání zaměřené na *zdůvodňování* je charakterizováno svým normativním pohledem na aplikaci práva spojeným s právní metodologií a logikou. Přenechává empiricky zaměřenému zkoumání to, zda interpreti dospívají k přiznávání nároku intuitivně či pro svůj světonázor; tyto prvky aplikace práva se samy o sobě nedotýkají správnosti rozhodnutí.

Soud ani advokát ve svém rozhodnutí nepopisuje cestu vedoucí ke vzniku konkrétního rozhodnutí či právního závěru, tento proces se nestává součástí diskurzu a jako takový

<sup>16</sup> Počínaje právním realismem je empirický výzkum čtený typicky v anglosaském prostředí. Z posledních děl viz BARRY, B. M. *How Judges Judge: Empirical Insights into Judicial Decision-Making*. New York: Routledge, 2021, či empiricko-analyticky zaměřenou publikaci BROZEK, B. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2019.

<sup>17</sup> MALANÍK, M. *Empirický výzkum metodologie interpretace práva*. Disertační práce. Brno: Právníká fakulta Masarykovy univerzity, 2019. Většina soudců odpověděla, že metody interpretace užívá „spíše intuitivně“. Ibidem, s. 110.

<sup>18</sup> Z českých autorů se tzv. právní hermeneutice věnuje HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 74 an., či ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*, s. 151.

není proces *nalézání rozhodnutí* předmětem kontroly. Jde-li o správnost rozhodnutí, domnívám se, že není podstatné, zda interpret skutečně použil nebo nepoužil tu či onu metodu interpretace, účastníci ani odvolací soud se to obvykle nedoví. Jak ostatně v tomto ohledu uvádí Matthias Klatt, špatné motivy mohou vést soudce ke správnému (*zdůvodnitelnému*) rozhodnutí, dobré motivy mohou vést soudce k nesprávnému (*nezdůvodnitelnému*) rozhodnutí.<sup>19</sup> V této souvislosti Koch a Rübmann zdůrazňují:

„[...] otázku po akceptovatelnosti daného zdůvodnění je třeba striktně odlišit od otázky, jaké jsou skutečné determinanty rozhodování v právu.“<sup>20</sup>

Posuzuje-li se správnost nějakého rozhodnutí, jde podle mého názoru o to, zda existuje důvod pro zvolené řešení (např. zda ve prospěch výkladu předpisu, který soud zvolil, svědčí účel zákona) a zda tento důvod obstojí vůči důvodům pro odlišný závěr (např. zda teleologický výklad soudu obstojí vůči účastníkem navrhovanému jazykovému výkladu). U *zdůvodňování* nás zajímá, na základě jakých kritérií měl soud za konkrétních skutkových okolností z právního předpisu dovodit, že žalobci nárok náleží.

Důraz na *zdůvodňování rozhodnutí* teoreticky nejlépe postihuje diskurzivní teorie právní argumentace rozpracovávaná Robertem Alexym a Matthiasem Klattem. V jejím jádru stojí zcela základní otázka aplikace práva, a sice co ospravedlňuje interpreta k tomu, aby přešel od konkrétního skutkového stavu k dovození právního následku.

Typicky v případě lidskoprávních kolizí nepostačí samotný právní předpis; z lidskoprávního katalogu obvykle neplyne řešení tzv. bez dalšího. Jak uvádí Alexy, aplikaci práva komplikuje vágnost právních předpisů, dále konflikty norem či mezerovitost práva.<sup>21</sup> Diskurzivní teorie zkoumá, zda lze i přes tyto limity právní úpravy rozlišit správný výsledek aplikace práva od nesprávného. Jelikož platí, že garantem správnosti rozhodnutí nemůže být právní předpis sám o sobě, hledá diskurzivní teorie nějaká další pravidla, která by mohla určovat výsledek případu.

Podle diskurzivní teorie čerpá rozhodnutí svou správnost z důvodů, které pro toto rozhodnutí existují. Rozhodnutí je správné tehdy, pokud pro ně existují správné důvody, tj. existuje-li pro rozhodnutí správné *zdůvodnění*. Teprve díky *zdůvodnění* může být rozhodnutí správným (či nesprávným). K tomu je nutné doplnit, že důvody pro rozhodnutí lze uvádět buďto správně, nebo nesprávně, a proto diskurzivní teorii jde o pravidla, jimiž se konkrétní *zdůvodnění* musí řídit. Vypracování těchto pravidel umožňuje rozlišit správné *zdůvodnění* od nesprávného, dobré od špatných důvodů.<sup>22</sup>

Jinak řečeno, diskurzivní teorie právní argumentace zkoumá podmínky možnosti správného rozhodnutí, aby mohla vypracovat kritéria této správnosti.<sup>23</sup> Protože správnost rozhodnutí nelze posoudit jinak než z důvodů, které pro rozhodnutí svědčí, zkoumá diskurzivní teorie *zdůvodňování*, a tedy i pravidla, jimiž se konkrétní *zdůvodnění* musí řídit.

<sup>19</sup> KLATT, M. Juristische Hermeneutik. In: HILGENDORF, E. – JOERDEN, J. C. *Handbuch Rechtsphilosophie*. Stuttgart: J. B. Metzler, 2021, s. 233–239.

<sup>20</sup> KOCH, H. J. – RÜBMANN, H. *Juristische Begründungslehre*, s. 1 (překlad vlastní).

<sup>21</sup> ALEXY, R. *A Theory of Legal Argumentation: A Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 1–2.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 178. Naukou o zdůvodňování (*Begründungslehre* či *Theory of Justification*) lze rozumět nauku o tom, co je správné zdůvodnění a jakými pravidly se má zdůvodnění řídit.

<sup>23</sup> Shodně SCHLINK, B. *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion. in der Verfassungsrechtswissenschaft*, s. 88.

Otázka po správnosti rozhodnutí se tak posouvá. Rozhodnutí není správné jaksí samo o sobě, nýbrž proto, že je lze *zdůvodnit*, tj. že pro ně lze uvést důvody a že toto *zdůvodnění* odpovídá pravidlům, jimiž se má *zdůvodnění* řídit. Diskurzivní teorie je teorií procedurální; onou procedurou, v níž tkví správnost rozhodnutí, je právě *zdůvodňování*.

Shrneme-li, diskurzivní teorie netematizuje problém předporozumění, hermeneutického kruhu ani jiné empirické aspekty soudního rozhodování. Za tímto účelem vyčlenila diskurzivní teorie převážně empirický proces vzniku rozhodnutí do „oblasti“ *nalézání rozhodnutí*, aby se mohla věnovat výlučně druhému aspektu aplikace práva, *zdůvodňování* rozhodnutí.

Právě pod *zdůvodňování* tak dle německých autorů spadají otázky právní metodologie a logiky, které jsou normativní ze své povahy.<sup>24</sup> Jak bude rozebráno níže, nástroje či instituty právní metodologie (test proporcionality, interpretační metody, subsumpce, právní sylogismus) považuje diskurzivní teorie za nástroje *zdůvodňování*; umožňují rozlišit správné od nesprávného rozhodnutí tím, že jimi lze posoudit správnost *zdůvodňování*.

### 2.3 Interní a externí zdůvodňování: interpretace, subsumpce a sylogismus jako nástroje zdůvodňování

Než se zaměřím na samotný test proporcionality, je nutné uvést poslední obecné upřesnění. U *zdůvodňování* rozlišuje diskurzivní teorie *zdůvodňování interní* a *zdůvodňování externí*.<sup>25</sup> Nejdříve rozvedu *interní a externí zdůvodňování* v souvislosti s aplikací právních pravidel, poté se již zaměřím na aplikaci norem lidskoprávních a test proporcionality.

#### 2.3.1 Interní zdůvodňování

Schématem znázorňujícím *interní zdůvodňování* při aplikaci právních pravidel je tzv. právní sylogismus. Právní sylogismus není nic jiného než jednoduché schéma logického vyplývání založené na implikaci a *modu ponens* jakožto odvozovacím pravidle. Cílem *interního zdůvodňování* je ukázat, z jakých premis vyplývá závěr, k němuž interpret dospěl. V tomto ohledu má ryze formální charakter.

Právní sylogismus se skládá ze dvou základních premis. Jako horní premisa se uvádí normativní právní věta, jež obsahuje podmínky (hypotézu) a podmínkami podmíněný právní následek (dispozici). Tato premisa se obvykle vyjadřuje implikací. Dolní premisou je formulace skutkového stavu. Řeší-li se složitější případ, není obvykle zřejmé, zda konkrétní skutkový stav naplňuje předpisem stanované podmínky. V takovém případě

<sup>24</sup> V. Kolman k roli logiky přiléhavě uvádí: „[L]ogiku podobně jako etiku nezajímají případy skutečného usuzování, ale usuzování idealizovaného, tj. nikoli toho, jak reálně usuzujeme či jak jednáme, což přirozeně zahrnuje i chyby, ale jak bychom usuzovat či jednat měli, což teprve umožňuje ony chyby jako chyby rozeznat.“ Viz KOLMAN, V. – PUNČOCHÁŘ, V. *Formy jazyka: úvod do logiky a její filosofie*. Praha: Filosofia, 2015, s. 33.

<sup>25</sup> ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, s. 17, či ALEXY, R. *A Theory of Legal Argumentation: A Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, s. 221–331, a KLATT, M. *Proportionality and Justification*. In: HERLIN KARNELL, E. – KLATT, M. – MORALES ZÚÑIGA, H. A. (eds). *Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*. Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 178. Podobné rozlišení zavádí Koch a Rübmann, kteří *externí zdůvodňování* nazývají vedlejším schématem. Viz KOCH, H. J. – RÜBMANN, H. *Juristische Begründungslehre*, s. 57–58. Alexy a Klatt vychází z díla J. Wroblewského. Viz WRÓBLEWSKI, J. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer Science+Business Media, 1992, s. 178.

by právní sylogismus obsahoval ještě další premisy, které by odůvodňovaly překonání „propasti“ mezi podmínkami a formulací skutkového stavu, tedy subsumpci. Právní sylogismus ústí v dovození právního následku, který uvádí horní premisa.<sup>26</sup>

Jsou-li premisy pravdivé (tj. platí uvedená normativní právní věta a naplňuje-li skutkový stav podmínky uvedené v hypotéze právní věty), vyplývá z právního sylogismu uplatnění dispozice uvedeného pravidla. Byť to samozřejmě není nijak nutné, právní teorie vyjadřuje dovození právního následku v právním sylogismu obvykle jazykem výrokové či predikátové logiky:

### Právní sylogismus<sup>27</sup>

Formalizovaná premisa	Slovy vyjádřená premisa
1) $\forall x (A(x) \rightarrow B(x))$	<i>Porušil-li zaměstnanec povinnost vyplývající z právních předpisů vztahujících se k jím vykonávané práci zvlášť hrubým způsobem (A), může zaměstnavatel se zaměstnancem okamžitě zrušit pracovní poměr (B).</i> <sup>28</sup>
2) $S(a)$	<i>Nastal skutkový stav (a), kdy problémový zaměstnanec strávil 16 minut pracovní doby vyřizováním soukromých záležitostí na poště (S).</i> <sup>29</sup>
3) $\forall x (S(x) \rightarrow A(x))$	<i>Jestliže problémový zaměstnanec stráví 16 minut pracovní doby vyřizováním soukromých záležitostí na poště (S), poruší tím povinnost vyplývající z právních předpisů vztahujících se k jím vykonávané práci zvlášť hrubým způsobem (A).</i>
$B(a)$	<i>Zaměstnavatel může za skutkového stavu (a) ukončit se zaměstnancem pracovní poměr [z premis 1) – 3)].</i>

Podstatné je, že *interní zdůvodňování*, jež má být znázorněno právním sylogismem, představuje pouhou základní kostru *zdůvodňování*. Jedná se o (pouhé) schéma, které musí být dále vyplněno obsahem. Tím míním, že *interní zdůvodňování* samo o sobě neříká nic o tom, jaké premisy do něj mají být vneseny a neříká ani nic o jejich pravdivosti. Jako takové se nijak nedotýká toho, jaká norma se má užít, jak zjistit skutkový stav a ani toho, jaké normy *zdůvodňování* mohou být relevantní pro přechod od skutkového stavu k hypotéze právní normy. *Interní zdůvodňování* má prostřednictvím logického vyplývání pouze ukázat, k jakému závěru je třeba dospět, jsou-li do něj vneseny premisy, které jsou pravdivé. Ve výše uvedeném případě by bylo nutné dále *zdůvodnit* zejména to, proč platí premisa 3).<sup>30</sup>

<sup>26</sup> LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer-Verlag, 1983, s. 260–265.

<sup>27</sup> Obdobně jako Alexy či Koch a Rübmann volím pro formalizaci predikátovou logiku. S ohledem na relativní jednoduchost uváděných schémat lze užít i logiku výrokovou, jak to činí např. Larenz.

<sup>28</sup> § 55 odst. 1 písm. b) zákona č. 262/2005 Sb., zákoník práce.

<sup>29</sup> Skutkově byl případ kuriozní v tom, že zaměstnanec onen osudný čas na poště věnoval odesílání kostýmu vězeňského pyžama místostarostovi obce, jež zaměstnance zaměstnávala, což kromě výpovědi vedlo i k zahájení řízení o přestupku proti občanskému soužití.

<sup>30</sup> Argumentem pro platnost premisy 3) by byla rozhodovací praxe, konkrétně rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 5. 2022, sp. zn. 21 Cdo 424/2021 (bod 36).

Ač právní sylogismus nepochybně nemůže sám rozhodnout případ, má *interní zdůvodňování* prostřednictvím znázornění premis a závěru garantovat trojí: jednak interní racionalitu rozhodování (existuje vztah mezi závěrem a premisami, z nichž má závěr vyplývat), dále formální spravedlnost (naplňuje-li jakýkoli případ v budoucnu znaky hypotézy nějakého pravidla uvedeného v sylogismu, měl by se uplatnit tentýž následek)<sup>31</sup> a v neposlední řadě též vázanost soudce zákonem (přechod od skutkového stavu k hypotéze právní normy není libovolným, řídí se dalšími pravidly, které musí být uvedena a *zdůvodněna*).<sup>32</sup> Nadto *interní zdůvodňování* strukturuje argumentaci a ukazuje premisy, čímž činí rozhodnutí transparentním a přezkoumatelným.

### 2.3.2 Externí zdůvodňování

Jak jsem uvedl, *interní zdůvodnění* je kostrou, jež předpokládá další *zdůvodňování*. Pravdivost či platnost premis vnášených do právního sylogismu vychází z *externího zdůvodňování*. Potřeba *externího zdůvodňování* vyvstává u případů, které nemají prosté a jednoznačné řešení. Typicky není jasné, zda zjištěný skutkový stav spadá pod hypotézu právní normy. Rovněž nemusí být jednoznačné, jak vlastně formulovat aplikovanou právní normu (například nachází-li se její části v několika předpisech). Pro dovození řešení tehdy nestačí samotný právní předpis a zjištěný skutkový stav; je nutné využít další z šesti metod *externího zdůvodňování*:<sup>33</sup>

- i. *interpretační pravidla* – například okřídlené pravidlo, že jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě,
- ii. *pravidla vycházející z právní dogmatiky* – například pravidlo uvedené v odborném komentáři, že úprava odvolání daru pro nevďek v § 2072 odst. 2 občanského zákoníku obsahuje legislativní chybu, a proto se užije jiné znění,<sup>34</sup>
- iii. *pravidla vyplývající z judikatury* – například pravidlo z praxe vyšších soudů, že veřejně známá osobnost má snášet vyšší míru kritiky,<sup>35</sup>
- iv. *pravidla obecného praktického diskurzu* – například pravidlo, že *zdůvodňování* nesmí být vnitřně rozporné,
- v. *empirickou argumentaci* – například argument, že by zrušení právního předpisu mělo likvidační dopad na určitou skupinu obyvatel,
- vi. *zvláštní právní argumenty* – například argument právní analogií či argument od většího k menšímu.

<sup>31</sup> Strávil-li v budoucnu zaměstnanec čtvrt hodiny vyřizováním soukromých záležitostí, mělo by se jednat o porušení povinnosti vyplývající z právních předpisů zvláště hrubým způsobem, nebude-li existovat nějaká relevantní skutková odlišnost.

<sup>32</sup> KOCH, H. J. – RÜBMANN, H. *Juristische Begründungslehre*, s. 112–114.

<sup>33</sup> V tomto článku sdílím Alexyho klasifikaci externího zdůvodňování, jež rozlišuje šest odlišných metod. Viz ALEXY, R. *A Theory of Legal Argumentation*, s. 231.

<sup>34</sup> Dle odborné literatury zákonodárce nesprávně zakotvuje možnost odvolání daru pro nevďek při „porušení dobrých mravů vůči osobě *obdarovanému* blízké“, byť o nevďek mělo jít v případě „porušení dobrých mravů vůči osobě *dárci* blízké“. Viz JANOUŠEK, M. Komentář k § 2072. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník*. Praha: C. H. Beck, 2022. [cit. 2023-02-06]. Dostupné z: <<https://www.beck-online.cz/bo/>>.

<sup>35</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 15. 3. 2005, sp. zn. I. ÚS 367/03.



Přínosem diskurzivní teorie je to, že objasňuje každou z šesti uvedených metod a snaží se v obecné rovině vypracovat vzájemné vztahy mezi těmito metodami *externího zdůvodňování*.

### 2.3.3 Dílčí shrnutí

Při zkoumání aplikace práva musíme rozlišovat, zdá nám jde o to, jak se rozhodnutí ve skutečnosti nachází (*nalézání*), nebo o to, kdy je rozhodnutí správné (*zdůvodňování*). Právě v rámci *zdůvodňování* se uplatní právní sylogismus, jenž prostřednictvím logického vyplývání ukazuje základní premisy rozhodnutí a vztah mezi nimi, tedy vztah mezi aplikovaným ustanovením, skutkovými okolnostmi případu a dovozeným právním následkem. Rozhodnutí je *interně zdůvodněné*, vyplývá-li dovozený právní následek ze soudem zvolených premis. Avšak zda zvolené premisy platí, *interní zdůvodnění* neřeší. Platnost premis musí být *zdůvodněna* prostřednictvím *externího zdůvodnění*, typicky prostřednictvím interpretačních metod, rozhodovací praxe a právní nauky.

## 2.4 Test proporcionality jako nástroj interního zdůvodňování při aplikaci principů

Konečně se dostávám k postavení testu proporcionality. Dosavadní výklad měl vytvořit prostor pro to, aby test proporcionality mohl být pochopen jako nezbytná součást toho aspektu aplikace práva, který v tomto článku nazývám *zdůvodňováním*.

Podobně jako může vědec *nalézt* novou teorii lečjak, může i právník *nalézt* řešení lidskoprávní kolize nejrůznějším způsobem. Byť soudce, advokát či student mnohdy užije test proporcionality k *nalezení* řešení případu, bude toto *nalézání* vždy spoluurčeno řadou jiných faktorů empirické povahy. Empirický výzkum potvrzuje, že skutečné *nalézání* práva determinují jiné faktory než exaktní úsudková schémata. Studie ukazují, že právníci často *nalézají* rozhodnutí intuitivně a že rozhodování ovlivňují iracionální vlivy, jako jsou vlastnosti konkrétního soudce či soudkyně.<sup>36</sup> Tento prostor se ještě více otevírá právě u lidskoprávních sporů, které charakterizuje neurčitost lidskoprávních norem a častý morálně-politický rozměr lidskoprávní kolize.

Klíčové je, že test proporcionality je pouze jedním z mnoha faktorů ovlivňujících *nalézání* rozhodnutí (*nalézání* rozhodnutí determinuje řada empirických vlivů), že test proporcionality není nutným nástrojem *nalézání* rozhodnutí (proporcionální rozhodnutí lze nalézt lečjak) a že test proporcionality se všemi třemi kroky a složitým vážením v kroku posledním velmi pravděpodobně nebude dominantním nástrojem *nalézání* rozhodnutí (významnou roli při *nalézání* rozhodnutí bude hrát intuice, nikoli exaktní úsudkové schéma).<sup>37</sup> Pokud bychom test proporcionality zamýšleli chápat jako popis *nalézání* práva,

<sup>36</sup> Viz RACHLINSKI, J. J. – WISTRICH, A. J. Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges. *Annual Review of Law and Social Science*. 2017, Vol. 13, s. 203–229, či RACHLINSKI, J. J. – WISTRICH, A. J. Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? *Texas Law Review*. 2015, Vol. 93, No. 4, s. 855–923, dále OLABOREDE, Adebola – MEINTJES-VAN DER WALT, Lirieka. Cognitive Bias Affecting Decision-Making in the Legal Process. *Obiter*. 2021, Vol. 41, No. 4, s. 806–830, a LEVINSON, J. D. – BENNETT, M. W. – HIOKI, K. Judging Implicit Bias: A National Empirical Study of Judicial Stereotypes. *Florida Law Review*. 2017, Vol. 69, No. 1, s. 63–112.

<sup>37</sup> Není mi znám empirický výzkum, jenž by zkoumal, zda právníčky a právníci při aplikaci lidskoprávních norem užívají spíše intuici, úsudková schémata nebo oboje. Předpokládám zde, že když právníčky a právníci významně užívají intuici při aplikaci tzv. jednoduchého práva, budou tak činit i u norem lidskoprávních.

museli bychom s kritiky poměřování připustit, že „skutečnému“ *nalézání práva* neodpovídá a že se test proporcionality pouze snaží oslnit iluzorním mechanickým vážením a zdánlivou matematickou přesností.<sup>38</sup>

Není-li test proporcionality sám o sobě adekvátní deskripcí toho, jak se lidskoprávní normy skutečně aplikují, tj. není-li test proporcionality popisem *nalézání rozhodnutí*, jaká role mu pak vlastně náleží? Jsem přesvědčen, že jako není cílem právního sylogismu či metod interpretace popsat, jak interpret objevuje či *nalézá* své rozhodnutí, tak není cílem testu proporcionality popsat, jak takové rozhodnutí objevuje či *nalézá* (typicky) ústavní soudce v případě lidskoprávní kolize. Tematizujeme-li test proporcionality, domnívám se, že takové zkoumání spadá pod druhý z aspektů aplikace práva, tj. aspekt *zdůvodňování*.

Domnívám se, že test proporcionality je ve vztahu k aplikaci práva nástrojem, který vypracovává právní metodologie, aby stanovila, jak může být aplikace lidskoprávních norem správná a racionální. Jak jsem již ukázal, správnost rozhodnutí tkví v důvodech a pravidlech *zdůvodňování*, proto je třeba na test proporcionality nahlížet jako na nástroj *zdůvodňování*. Test proporcionality tedy nemá být empirickou výpovědí o tom, jak právník dospívá k řešení lidskoprávní kolize, nýbrž testem, jímž se správnost jeho závěru (třeba intuitivního) poměřuje.

Chápeme-li test proporcionality jako kritérium správnosti, nikoli jako popis, pak test proporcionality obstojí vůči výše uvedené kritice. Nevadí totiž, že test proporcionality neodpovídá „skutečnému“ *nalézání rozhodnutí*, neboť jeho role nespočívá v popisu. Jeho role tkví v tom, že umožňuje zhodnocení správnosti nalezeného řešení.

Je-li úsudkovým schématem pro aplikaci právních pravidel právní sylogismus, pak velmi obdobnou roli plní v případě aplikace lidskoprávních norem test proporcionality. Ten, stejně jako právní sylogismus, vynáší na světlo premisy lidskoprávního rozhodnutí, znázorňuje vzájemné vztahy mezi jednotlivými premisami a ukazuje, k jakému je nutné dospět závěru, pokud jsou premisy pravdivé (uplatní-li se v konkrétním případě jiná ústavní hodnota a je-li omezení základního práva vhodné, potřebné a přiměřené, je omezení po právu; není-li jedna z podmínek splněna, je omezení protiústavní).

Obdobně jako právní sylogismus, i test proporcionality však tvoří pouhou kostru *zdůvodňování*, tedy *interní zdůvodňování*, které ze své povahy vyžaduje další (*externí*) *zdůvodňování*.<sup>39</sup> Jak rozvedu v poslední části svého článku, test proporcionality ze své povahy předpokládá, že musí být identifikována konkrétní práva či jiné ústavní hodnoty, které se mají v konkrétním případě uplatnit; dále předpokládá zejména empirickou argumentaci, proč má či nemá být dané opatření vhodné k dosažení nějakého cíle (vhodnost) a proč má být dané opatření právě to nejšetrnější (potřebnost); stejně tak vyžaduje, aby byla náležitě *zdůvodněna* důležitost vážených principů, intenzita zásahu (i důležitost naplnění jiného principu) a spolehlivost předpokladů, z nichž soud vychází. Z toho důvodu lze test proporcionality společně s Alexym a Klattem označit jako nástroj *interního zdůvodňování*.

<sup>38</sup> TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*. 2009, Vol. 7, No. 3, s. 474–475, či JESTAEDT, M. The Doctrine of Balancing – Its Strengths and Weaknesses. In: KLATT, M. (eds). *Institutionalized Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 163. M. Jestaedt v této souvislosti kritizuje vážící formulí, která má být posledním krokem testu proporcionality; vážící formule podle Jestaedta pouze vyvolává klamný dojem logické či matematické preciznosti, byť ve skutečnosti zůstává její užití zásadně limitované. Jestaedt nazývá formulí iluzi či metodologickou chimérou, neboť se jejím užitím problémy aplikace práva neosvětlují, nýbrž zakrývají.

<sup>39</sup> Viz např. ALEXY, R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, Vol. 16, No. 4, s. 448, či KLATT, M. – MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*, s. 12.

Důležitost testu proporcionality vyplývá z povahy lidskoprávních norem. Ty díky své otevřenosti mohou svádět k svévoli a k dovozování závěru z nevyčtených zavrženíhodných premis. Při jejich aplikaci proto vyvstává požadavek po limitaci soudu, po formální spravedlnosti, po přezkoumatelnosti a po odhalení skrytých premis. Stejně jako u právního sylogismu platí i v případě aplikace lidskoprávních norem, že test proporcionality jakožto nástroj *interního zdůvodňování* garantuje interní racionalitu rozhodování prostřednictvím znázornění premis a závěru. Současně test proporcionality vede k větší přezkoumatelnosti rozhodnutí, napomáhá k formální spravedlnosti (viz derivativní ústavní normy níže) a limituje soud ohledně toho, jaký právní následek z neurčité lidskoprávní normy dovodí. Jak dále uvádí Barak, test proporcionality strukturuje argumentaci prostřednictvím odhalování premis a činí rozhodnutí transparentním.<sup>40</sup>

### 3. Vztah testu proporcionality k metodám interpretace, subsumpci a sylogismu

Zbývá část článku se věnuje vztahu testu proporcionality k tradičním institutům aplikace práva. Test proporcionality představují jako nástroj *interního zdůvodňování*, jenž předpokládá *externí zdůvodňování*. Test proporcionality v rámci *externího zdůvodňování* konkrétně předpokládá užití interpretačních metod, užití argumentů vycházejících z rozhodovací praxe, užití právní nauky, morální argumentaci, empirickou argumentaci a zvláštní právní argumenty.<sup>41</sup> Test proporcionality dále předpokládá subsumpci a ústí v subsumpci. Jako takový je součástí právního sylogismu.

Dle Pavla Holländera se test proporcionality užívá při posouzení toho, zda se má uplatnit právní pravidlo tzv. jednoduchého práva. Konkrétně Holländer uvádí, že „*neurčitost (otevřená textura) subsumpčních podmínek je v procesu aplikace práva překlenuta poměrováním (principem proporcionality)*“.<sup>42</sup> Tehdy soud váží ústavněprávní principy.<sup>42</sup> S tímto názorem se představované pojetí nevyklučuje, naopak, Holländerův názor doplňují. Ve zbylé části svého článku řeším, jak má soud postupovat, pokud k testu proporcionality skutečně přistoupí a dva kolidující ústavněprávní principy poměruje.

#### 3.1 Test proporcionality a metody právní interpretace

Aplikuje soud při řešení lidskoprávní kolize výlučně test proporcionality, nebo má užít též interpretační metody? Má soud například zohlednit textaci lidskoprávních norem? Měl by nějak reflektovat úmysl ústavodárce vyjádřený v přípravných dokumentech či společensko-historický kontext vzniku lidskoprávních katalogů? A měl by mít na zřeteli účel konkrétního základního práva? A je-li odpověď kladná, jak by měly být interpretační metody v rámci testu proporcionality užity?

Ze zahraniční literatury by se mohlo zdát, že se interpretační metody při řešení lidskoprávních kolizí neuvžívají. Například německý ústavní soudce Ernst Böckenförde, jeden

<sup>40</sup> BARAK, A. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, s. 460–463.

<sup>41</sup> Alexy explicitně uvádí interpretační metody, rozhodovací praxi a právní nauku – viz ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 371–387. K propojení Alexyho ústavní teorie a teorie právní argumentace viz KLATT, M. Robert Alexy's Philosophy of Law As System. In: KLATT, M. (ed.). *Institutionalized Reason*, s. 18–21.

<sup>42</sup> HOLLÄNDER, P. *Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky*, s. 272–279.

z odpůrců poměrování, uvádí, že se v případě základních práv o interpretaci nejedná, neboť interpretace má být zprostředkování něčeho „předem daného“, zatímco v případě základních práv dochází spíše k jejich konkretizaci.<sup>43</sup> Obdobně Mattias Kumm hovoří o obratu od interpretace<sup>44</sup> a Frederick Schauer uvádí, že se aplikace pravidel odlišuje od testu proporcionality právě tím, že v ní jde zejména o jazykový výklad právního předpisu, zatímco v případě testu proporcionality se uplatní zejména odlišný typ argumentace.<sup>45</sup>

Tyto závěry lze podle mého názoru sdílet pouze částečně. *Zdůvodňování* při lidskoprávní kolizi bude nepochybně v podstatné míře odlišné než v případě aplikace právních pravidel, současně lze v obou uvedených případech identifikovat obdobnou strukturu *zdůvodňování*, tj. rozlišení na *interní zdůvodňování* (jemuž odpovídá test proporcionality a v případě aplikace pravidel jednoduchý právní sylogismus) a *externí zdůvodňování* (*zdůvodňování* premis vnášených do testu proporcionality či právního sylogismu).

Interpretační metody jsou jedním z nástrojů *externího zdůvodňování*. Proto test proporcionality nemůže interpretační metody nahradit, právě naopak, test proporcionality jejich užití ze své povahy předpokládá. To se projevuje jednak před samotným testem proporcionality, současně i v rámci jeho posledního kroku.

Aby soud k testu proporcionality vůbec přistoupil, musí v konkrétním případě identifikovat lidskoprávní rovinu sporu, tj. musí stanovit, jaká základní práva či jiné ústavní hodnoty se uplatní. Jelikož jsou základní práva zakotvena v několika lidskoprávních katalozích, bude muset systematickým výkladem vyřešit jejich vzájemný vztah. Jelikož jsou katalogy psané, vyjde soud nutně nejprve z textace příslušných ustanovení. Například u tzv. podezřelých kritérií diskriminace musí soud vyložit, co se rozumí „pohlavím“, „náboženstvím“ či „etnickou menšinou“. V případě svobody projevu nebude moci aplikovat čl. 17 Listiny, aniž by vyložil, že daný skutkový stav lze pod výraz „projev“ skutečně podřadit. Totéž platí u shromažďovacího práva (čl. 19), sdružovacího práva (čl. 20) či u práva na vzdělání (čl. 33). A jsou-li základní práva vázána na „občanství“, předpokládá určení nositele základního práva interpretaci výrazu občan (dle definice zakotvené v čl. 42). Pokud by soud tyto výrazy nevyložil užitím interpretačních metod, nemohl by test proporcionality užít, neboť by nebylo zřejmé, zda se nějaké lidskoprávní normy vůbec uplatní a zda tyto normy stojí v kolizi.<sup>46</sup>

Interpretační metody budou dále ovlivňovat, jaké premisy se do testu proporcionality vnáší. Zvažuje-li soud při poměrování v posledním kroku abstraktní váhu a intenzitu zásahu/míru naplnění příslušného principu, pak je zcela namístě, aby zohlednil zejména historický výklad (je například žádoucí, aby Spolkový ústavní soud při určení abstraktní váhy lidské důstojnosti zohlednil kontext přijetí Základního zákona SRN) či teleologický výklad (např. aby soud při určení míry naplnění veřejného pořádku určil, jaký účel veřejný pořádek v současné společnosti má a v jaké míře je tento účel naplněn konkrétním opatřením).

<sup>43</sup> BÖCKENFÖRDE, E. W. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*. 1990, Jhrg. 29, Nr. 1, s. 13.

<sup>44</sup> KUMM, M. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. *Law & Ethics of Human Rights*. 2010, Vol. 4, No. 2, s. 142–175.

<sup>45</sup> SCHAUER, F. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, M. (ed.). *Institutionalized Reason*, s. 314–315.

<sup>46</sup> Jak jsem uvedl, tento článek vychází z Alexyho teorie principů; to implikuje široký rozsah práv, jak je Alexyho teorii mnohdy vytýkáno. Široký rozsah práv však není rozsahem neomezeným. Právě textace lidskoprávních ustanovení a interpretační metody jsou částečným limitem, který z neomezeného rozsahu práv činí právě rozsah široký, tj. nějak omezený.

Shrneme-li, interpretační metody je nezbytné užít jak před testem proporcionality, tak během něj, a to zejména v jeho posledním kroku. Při *zdůvodňování* premis pak má soud spolu s interpretačními metodami užít další nástroje *externího zdůvodňování*, tj. ii) pravidla rozpracovaná rozhodovací praxí, iii) pravidla rozpracovaná právní naukou, iv) morální argumentaci, v) empirickou argumentaci a vi) zvláštní právní argumenty.<sup>47</sup>

### 3.2 Test proporcionality a subsumpce jako jeho předpoklad

V této části svého článku se pokusím zodpovědět otázku, zda při aplikaci lidskoprávních norem dochází k subsumpci, tj. zda při testu proporcionality (či spíše před ním) dochází k podřazení skutkového stavu pod právní normu.

Vztah testu proporcionality a subsumpce je v české literatuře na rozdíl od jiných aspektů testu proporcionality tematizován spíše více. Mám za to, že závěry zdejších autorů jsou víceméně obdobné a daly by se paušálně shrnout takto: před testem proporcionality je nutné nejprve zkoumat, zda konkrétní jednání lze podřadit pod lidskoprávní normu, nebo nikoli, tj. zda mu lze (tzv. *prima facie*) poskytnout lidskoprávní ochranu.<sup>48</sup>

Se závěrem českých autorů zcela souhlasím. Jelikož je u některých zahraničních autorů sporný, podpořím závěr české právní teorie dvěma dalšími argumenty. Zdrženlivý postoj zahraničních autorů vůči podřazování plyne z široké koncepce základních práv. Typicky Kai Möller chápe základní práva velmi extenzivně; základní práva mají poskytovat (tzv. *prima facie*) ochranu nejrozumnějším jednáním jednotlivců včetně jednání zavrženíhodných.<sup>49</sup> Dle Möllera by tak prakticky žádná činnost jednotlivce neměla být automaticky vyloučena z lidskoprávní ochrany bez předchozího posouzení testem proporcionality. Zda zavrženíhodným a jiným jednáním nakonec skutečně bude poskytnuta lidskoprávní ochrana, nezáleží na podřazení či nepodřazení pod základní právo, neboť k podřazení dojde prakticky vždy. K neposkytnutí ochrany dojde teprve tehdy, převáží-li jiný kolidující princip v rámci testu proporcionality. Protože má k podřazení dojít téměř u jakýchkoli jednání, nevěnuje Möller problematice podřazování zvláštní pozornost.

Můj první argument pro zařazení subsumpce jakožto jakéhosi nultého kroku testu proporcionality má empiricko-analytickou povahu a je prostý. Principy příkazují, že se má něco realizovat v co nejvyšší možné míře. Toto „něco“ může být svoboda projevu, domovní svoboda, právo na spravedlivý proces, právo na stávku, veřejné zdraví, veřejný pořádek či jiná ústavní hodnota. Každý z principů se může realizovat pouze za určitých skutkových okolností. Právo na spravedlivý proces se bude realizovat v souvislosti s nějakým řízením,

<sup>47</sup> Souhlasím v tomto směru s M. Šejvlem, že základní práva lze chápat jako „diskurzivní pojem“, kde může nastávat rozumná neshoda, a že typicky abstraktní váha základního práva může záviset na etické teorii, kterou osoba aplikující právo zastává. Slovy tohoto článku (a Alexyho diskurzivní teorie), abstraktní váha závisí na pravidlech externího zdůvodňování, tedy i na nějaké morální argumentaci, kam spadá i argumentace etickou teorií. Přínos testu proporcionality spočívá v tom, že činí explicitním, kde tato neshoda nastává, proč nastává a jaké jsou důvody pro zvolené řešení. Viz ŠEJVL, M. Lidská práva jako diskurzivní pojem. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 4, 473–500.

<sup>48</sup> ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*, s. 119; MADEJ, M. *Meze základních práv v České republice*. Praha: Leges, 2018, s. 93 an.; ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 190.

<sup>49</sup> Viz MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation. In: HUSCROFT, G. – MILLER, B. – WEBBER, G. (eds). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 161–165. Širokou koncepcí základních práv zastávají i R. Alexy a M. Klatt. V české literatuře předložil přehled různých koncepcí a jejich zastánců M. Abel. Viz MADEJ, M. *Meze základních práv v České republice*, s. 41–46.

právo na stávkou v souvislosti se stávkou. Návštěvník hudebního festivalu se nebude moci dovolávat domovní svobody, vstoupí-li do areálu policie. Principy mají omezený okruh svého uplatnění, neuplatní se vždy; v tom se podobají pravidlům. Principy platí tehdy, když se – s ohledem na skutkové okolnosti – uplatnit mohou. Aplikuje-li soud test proporcionality, pak musí nutně zjistit, zda je dán takový skutkový stav, který lze podřadit pod konkrétní základní právo či jinou ústavní hodnotu, nebo nikoli.

Druhý argument má normativní povahu. Domnívám se, že před testem proporcionality má dojít k subsumpci pod základní práva či veřejný zájem i z toho důvodu, že soud musí s příslušnou hodnotou intenzivně pracovat v rámci zbylých kroků testu proporcionality. Jak uvádím výše, test proporcionality nutně předpokládá tzv. *externí zdůvodňování* zejména v posledním kroku, tedy při stanovení abstraktní váhy konkrétního principu či při stanovení intenzity zásahu/důležitosti naplnění konkrétního principu. Má-li být soud s to identifikovat a *zdůvodnit* konkrétní abstraktní váhu principu či intenzitu zásahu do principu s mírou naplnění kolidujícího principu, musí pracovat s principem, který má nějaký obsah, neboť zásah musí být zásahem do „něčeho“ a stejně tak abstraktní váha (důležitost) musí být abstraktní vahou „něčeho“; v opačném případě by podle mého názoru nebylo možné tyto premisy stanovit.<sup>50</sup> To mne vede k závěru, že by s tímto „něčím“, tedy s principem, který má nějaký obsah, měl soud operovat již před testem proporcionality, když zodpovídá otázku, jaký princip se v konkrétním případě uplatní.

Je-li test proporcionality považován za základní nástroj, jímž má být ospravedlněn zásah do základního práva, neboť vynáší premisy na světlo a vyžaduje jejich další *zdůvodňování*, pak by jeho nedílnou součástí mělo být i *zdůvodňování*, proč se uplatní konkrétní základní právo či ústavní hodnota, tj. proč se test proporcionality vlastně provádí (nebo neprovádí).

V této souvislosti souhlasím s Martinem Abelem, který přesvědčivě argumentuje, že by před testem proporcionality mělo dojít k důslednému zohlednění toho, jak přesně jsou lidskoprávní ustanovení formulována.<sup>51</sup> Obdobně sdílím názor Pavla Ondřejka, že „*prvým krokem při posuzování aplikace určité právní normy je vždy vyřešení otázky, zda skutkový stav spadá pod abstraktně formulovaný text – tedy subsumpce skutkového stavu pod právní normu*“.<sup>52</sup> Důkladnou argumentaci při určování obsahu základního práva považuje za „velmi dobrý příklad aplikace metody proporcionality“ i Zdeněk Červínek, který ke svému závěru dospívá na základě pečlivé analýzy rozhodovací praxe českého Ústavního soudu.<sup>53</sup> Jak jsem uvedl, v české literatuře panuje v této oblasti až pozoruhodná shoda.

### 3.3 Test proporcionality a subsumpce jako jeho vyústění

Doposud jsem o testu proporcionality hovořil jako o nástroji *zdůvodňování*, který je třeba užít při střetu základních práv či jiných ústavních hodnot. Test proporcionality jsem vyložil jakožto nástroj racionálního a předvídatelného rozhodování lidskoprávních kolizí.

<sup>50</sup> Například abstraktní váha veřejné bezpečnosti, jež může sloužit jako legitimní cíl pro omezení základních práv, bude nutně závislá na tom, zda jí soud bude rozumět ochranu zdraví, ochranu životů obyvatelstva nebo jakýsi obecný princip, dle kterého je třeba předcházet možnému nebezpečí.

<sup>51</sup> MADEJ, M. *Meze základních práv v České republice*, s. 93 an.

<sup>52</sup> ONDŘEJKA, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*, s. 119.

<sup>53</sup> ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 190.

Tím se test proporcionality podílí na naplnění zásady právní jistoty a zásady formální spravedlnosti navzdory neurčitosti lidskoprávních norem, neboť zamezuje arbitrárnímu rozhodování prostřednictvím odhalování premis a ukazováním vzájemného vztahu mezi premisami.

Tvrzení, že test proporcionality naplňuje požadavek formální spravedlnosti a právní jistoty, je možné ještě dále posílit, zohledníme-li koncept tzv. derivativních ústavních norem, jak jej popisuje Robert Alexy v *Teorii základních práv* a jak jej dále rozpracovávají někteří z Alexyho žáků.<sup>54</sup>

Myšlenka stojící za derivativními ústavními normami je jednoduchá. Jestliže soud provedl při řešení konkrétního případu test proporcionality, dospěl na základě konkrétního skutkového stavu S k rozhodnutí o přednosti jednoho z poměřovaných principů, což vedlo ke stanovení právního následku R, který z daného principu vyplýval (např. zásah do principu P je za těch a těch okolností protiústavní). Derivativní ústavní norma pak spočívá v zobecnění rozhodnutí, k němuž soud dospěl, pro všechny skutkově obdobné případy.

Výsledkem testu proporcionality tak není pouhé stanovení právního následku v konkrétním případě, nýbrž i stanovení tzv. derivativní normy pro všechny skutkově obdobné případy. V konkrétním případě tak soud neříká pouze to, že ochrana osobnosti má přednost a že žalobci náleží právo na náhradu újmy, nýbrž i to, že právo na náhradu újmy má náležet všem současným či pozdějším žalobcům, u nichž se skutkový stav bude v relevantních ohledech podobat řešenému případu. Právě toto zobecnění právního následku na obdobné případy se nazývá derivativní normou.

### Schéma

Formalizované pravidlo	Slovy vyjádřené pravidlo
$\forall x (S(x) \rightarrow R(x))$	<i>Jestliže nastanou skutkové okolnosti S, pak platí právní následek R.</i>

Pravidlo po provedení testu proporcionality stanovuje, že za skutkového stavu S nastává právní následek R. Derivativní ústavní norma má dle Alexyho povahu pravidla, neboť pod ni lze jednoduše subsumovat nový skutkový stav a vyřešit tak případ.<sup>55</sup>

### Schéma

Formalizovaná premisa	Slovy vyjádřená premisa
1) $\forall x (S(x) \rightarrow R(x))$	<i>Jestliže nastanou skutkové okolnosti S, pak platí právní následek R.</i>
2) $S_2(a)$	<i>Nastaly skutkové okolnosti S2.</i>
3) $\forall x (S_2(x) \rightarrow S(x))$	<i>Jestliže nastanou skutkové okolnosti S2, platí S.<sup>56</sup></i>
$R(a)$	<i>Platí právní následek R.</i>

<sup>54</sup> V propracované verzi viz např. WANG, P. H. *Defeasibility in der juristischen Begründung*. Baden-Baden: Nomos, 2003, s. 94.

<sup>55</sup> ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 54–56.

<sup>56</sup> Skutkové okolnosti S2 nového případu se v relevantních ohledech shodují se skutkovým stavem S již řešeného případu.

Koncepci derivativních ústavních norem lze považovat za důsledné uplatnění zásady formální spravedlnosti a právní jistoty při rozhodování o základních právech.

Zohlednění existujících derivativních ústavních norem považují za žádoucí zejména v případech, kdy se soud při obdobném skutkovém případě odchyluje od stávající judikatury, neboť právě v těchto případech by měl s ohledem na zásadu formální spravedlnosti vyjasnit, z jakých důvodů opouští stávající rozhodovací praxi. V tomto ohledu považují povědomí o existenci derivativních norem za důležité.

Velmi skeptický však jsem v případě uplatnění derivativních ústavních norem v opačném případě, tj. v případě, kdy by soud existující derivativní ústavní normu měl pouze následovat. Má-li totiž stěžejní role testu proporcionality spočívat v odhalování premis, vyjasňování vztahu mezi premisami, v limitaci prostřednictvím *externího zdůvodňování* a v nejobecnější rovině i ve strukturaci toho, jak orgány veřejné moci *zdůvodňují* zásahy do základních práv, pak nepovažují za správné, aby měl být lidskoprávní spor vyřešen výlučně poukazem na existující pravidlo. Těžiště případu by se v takovém případě přesunulo na pouhé posouzení podobnosti a soud by nebyl nucen zdůvodňovat premisy, z nichž aplikovaná derivativní norma vyplývá. Takový postup je nežádoucí pro zvýšené riziko svévole, jakož i pro snížení transparentnosti. Třetím důvodem je, že by soud měl v každém konkrétním případě posoudit, zda derivativní ústavní norma (přijata jiným soudem) ob-  
stojí, tj. měl by sám přezkoumat premisy, z nichž byla dovozena, a měl by přezkoumat, zda neexistují nové argumenty, které lze pro zdůvodnění premis použít.<sup>57</sup> Derivativní ústavní norma by tak měla spíše sloužit pouze jako ukazatel směru, jímž se má soud v rámci vlastního *zdůvodňování* prostřednictvím testu proporcionality vydat.

### 3.4 Test proporcionality a právní sylogismus

Jak jsem uvedl, právní sylogismus je formálním schématem, jež ukazuje vztah mezi premisami (1. premisa: *jestliže A, pak B*; 2. premisa: *A*) a dovozeným právním následkem (platí *B*). Podle mého názoru lze užít právní sylogismus i tehdy, mají-li být aplikovány lidskoprávní normy prostřednictvím testu proporcionality.

Ilustrujme nejprve situaci, kdy by se v konkrétním případě uplatnil pouze jediný ústavní princip, například svoboda projevu (*T*). Tehdy by konkrétnímu projevu měla být poskytnuta ochrana (*R*). Soud by v konkrétním případě podřadil skutkový stav pod lidskoprávní ustanovení a dovodil by právní následek. Právní sylogismus by vypadal následovně:

#### Právní sylogismus

Formalizovaná premisa	Slovy vyjádřená premisa
$\forall x (T(x) \rightarrow R(x))$	<i>Jestliže se uplatní svoboda projevu, pak má být projevu poskytnuta ochrana.</i>
$T(a)$	<i>Svoboda projevu se v konkrétním případě uplatní.</i>
$R(a)$	<i>Konkrétnímu projevu má být poskytnuta ochrana.</i>

<sup>57</sup> „Nové argumenty mohou překonat sílu argumentů původních a tím i platnost derivativní ústavní normy.“ 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. 878.



Test proporcionality by v takovém případě nebylo třeba aplikovat, neboť ten je užíván při kolizi lidskoprávních norem. Aby se skutečně jednalo o kolizi, musí soud dospět ke dvěma závěrům. Jednak k tomu, že i) se na konkrétní skutkový stav uplatní alespoň dva odlišné principy, a současně k tomu, že ii) tyto principy stanovují odlišné řešení případu. Dojde-li soud k takovému závěru, pak pochopitelně nemůže vydat kontradiktorní rozhodnutí, jímž by poskytl ochranu oběma právům zároveň, a musí tuto kolizi řešit. Při řešení kolize rozhodne, jaké z odlišných řešení případu upřednostní po zvážení konkrétních skutkových a právních okolností.<sup>58</sup>

V konkrétním případě se například uplatní svoboda projevu (T) a ochrana veřejného pořádku (V). Ze svobody projevu na jedné straně plyne ochrana projevu (znemožňující uložení sankce za příslušný projev), z ochrany veřejného pořádku na straně druhé plyne protiprávnost projevu a možnost jeho postižení. Rozpor mezi přiznáním ochrany projevu a nepřiznáním ochrany projevu je lidskoprávní kolizí, kterou musí soud vyřešit. Soud poskytne konkrétnímu projevu ochranu tehdy, bude-li mít v konkrétním případě přednost svoboda projevu před ochranou veřejného pořádku. To lze vyjádřit následovně:

- 1) *Jestliže se uplatní svoboda projevu (T) a současně ochrana veřejného pořádku (V) a současně má svoboda projevu přednost před ochranou veřejného pořádku (T P V), pak má být projevu poskytnuta ochrana (R).*

Formalizováno:

$$\forall x \{ [T(x) \wedge V(x) \wedge (T P V)(x)] \rightarrow R(x) \}^{59}$$

Test proporcionality se dostává ke slovu tehdy, ptáme-li se, kdy má přednost svoboda projevu před veřejným pořádkem, tj. v konkrétním případě platí (T P V). Test proporcionality prostřednictvím svých tří kroků stanovuje podmínky, při jejichž splnění se upřednostní jedna z kolidujících ústavních hodnot, v tomto případě svoboda projevu. Z testu proporcionality plyne, že svoboda projevu má přednost tehdy, „neobstojí-li“ ospravedlnění zásahu do svobody projevu v jakémkoli z kroků testu proporcionality. To lze vyjádřit následovně:

- 2) *Jestliže omezení svobody projevu není vhodné (–U) k dosažení veřejného pořádku anebo toto omezení není nejšetrnějším způsobem pro naplnění (–W) veřejného pořádku a nebo toto omezení svobody projevu není přiměřené v užším smyslu (–S), platí, že svoboda projevu má přednost před ochranou veřejného pořádku (T P V).*

Formalizováno:

$$\forall x \{ [ \neg U(x) \vee \neg W(x) \vee \neg S(x) ] \rightarrow (T P V)(x) \}$$

Uvedenými příklady chci ukázat, že se test proporcionality nevymyká právnímu sylogismu, právě naopak, test proporcionality lze do právního sylogismu integrovat. Je tomu tak proto, že test proporcionality slouží ke stanovení podmínek, za kterých se uplatní nějaký právní následek (např. poskytnutí ochrany konkrétnímu projevu). Tyto podmínky

<sup>58</sup> Vyjádřeno Alexyho terminologií: Soud rozhodne, jaké z „ideálních mětí“ se stane „reálným mětím“. Viz ALEXY, R. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 191–192.

<sup>59</sup> KOCH, H. J. – RÜBMAN, H. *Juristische Begründungslehre*, s. 97–111, 244.

lze chápat jako rozšíření hypotézy konkrétního právního principu, jejíž splnění vede k právnímu následku (k uplatnění dispozice konkrétního principu).

Vztah právního sylogismu a testu proporcionality lze uchopit tak, že test proporcionality je součástí rozšířeného právního sylogismu, který by zahrnoval i) podřazení pod dvě kolidující základní práva či jiné ústavní hodnoty a ii) test proporcionality. Nejprve má orgán aplikující lidskoprávní normy přistoupit k subsumpci skutkového stavu pod dvě základní práva či jiné ústavní hodnoty. Dojde-li k takovému podřazení a stanovují-li tyto principy odlišné řešení případu, má orgán aplikující lidskoprávní normy přistoupit k aplikaci testu proporcionality, jehož výsledkem je upřednostnění jednoho z kolidujících principů na základě skutkových a právních okolností. Premisy vnášené do testu proporcionality má *zdůvodnit* prostřednictvím *externího zdůvodňování*.

Pokud bychom chtěli vyjádřit prostřednictvím právního sylogismu *zdůvodňování* rozhodnutí lidskoprávní kolize, v níž bude mít přednost právo na svobodu projevu z toho důvodu, že omezení svobody projevu není v konkrétním případě nejšetrnějším nástrojem vůči svobodě projevu, pak by bylo možné postupovat následovně:

### Právní sylogismus

Formalizovaná premisa	Slovy vyjádřená premisa
1) $\forall x \{ [T(x) \wedge V(x) \wedge (T \mathbf{P} V)(x)] \rightarrow R(x) \}$	Viz 1) výše.
2) $\forall x \{ [ \neg U(x) \vee \neg W(x) \vee \neg S(x) ] \rightarrow (T \mathbf{P} V)(x) \}$	Viz 2) výše.
3) $T(a)$	V konkrétním případě se uplatní svoboda projevu.
4) $V(a)$	V konkrétním případě se uplatní ochrana veřejného pořádku.
5) $U(a)$	Omezení svobody projevu je v konkrétním případě vhodné k dosažení veřejného pořádku.
6) $\neg W(a)$	Omezení svobody projevu v konkrétním případě není tím nejšetrnějším nástrojem vůči svobodě projevu.
7) $(T \mathbf{P} V)(a)$	Svoboda projevu má v konkrétním případě přednost před ochranou veřejného pořádku [z premis 2), 6)].
$R(a)$	V konkrétním případě má být poskytnuta ochrana svobodě projevu [z premis 1) – 7)].

Zakomponování testu proporcionality do právního sylogismu zdůrazňuje tři zásadní vlastnosti testu proporcionality. Za prvé, vynáší na světlo skryté premisy. Za druhé, vyjadřuje vztahy mezi premisami. Za třetí, ukazuje nutnost dalšího (*externího*) *zdůvodňování* premis.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> V právním sylogismu uvedeném výše by bylo třeba externě zdůvodnit zejména premisy č. 3), 4) a 6).

## Závěr

Článek představuje alternativní přístup k aplikaci práva, který je charakteristický pro Alexyho diskurzivní teorii. Základní distinkcí tohoto přístupu je rozlišení dvou různých aspektů aplikace práva: *nalézání* a *zdůvodňování rozhodnutí*.

První tezí tohoto článku je, že striktní rozlišení *nalézání* a *zdůvodňování rozhodnutí* umožňuje vhodněji popsat roli testu proporcionality, právního sylogismu, subsumpce či metod interpretace, kterou tyto nástroje při aplikaci práva zastávají. Uvedené nástroje jsem představil jako metody *zdůvodňování*, nikoliv *nalézání rozhodnutí*.

Druhá teze článku se týká testu proporcionality a jeho role při *zdůvodňování rozhodnutí*. Test proporcionality je nástrojem *zdůvodňování*. Když odpůrci testu proporcionality namítají, že ve skutečnosti není užíván a že je příliš schematický, opomíjí tím jeho roli. Test proporcionality není popisem. Jde o metodu, jejímž prostřednictvím se skutečná aplikace práva „poměřuje“ a hodnotí. Jakožto nástroj tzv. *interního zdůvodňování* vynáší na světlo mnohdy implicitní premisy rozhodnutí, jejichž další (tzv. *externí*) *zdůvodňování* tím test proporcionality „vyžaduje“ po orgánu aplikujícím právo.

Poslední teze se týká nástrojů aplikace práva (test proporcionality, právní sylogismus, subsumpce a metody interpretace) a vztahům mezi nimi; test proporcionality je součástí právního sylogismu (v širším smyslu), vyžaduje subsumpci, ústí v subsumpci a ze své povahy nutně předpokládá užití tradičních metod interpretace a další *externí zdůvodňování*.

# Aktuálnosť zásady mater semper certa est v kontexte náhradného materstva (komparatívno-historická sonda)

Martin Gregor\*

**Abstrakt:** Určovanie materstva predstavovalo oblasť, ktorá tradične vychádzala z náuky rímskeho práva a v praxi nevyvolávala osobitné diskusie. V konfrontácii s medicínskymi metódami posledných desaťročí však vzniká otázka, nakoľko má starobylá zásada mater semper certa est svoje opodstatnenie aj v súčasnosti. V niektorých krajinách jej platnosť relativizujú metódy náhradného materstva, inde si udržiava ďalekosiahly praktický význam. Po hľadani romanistických a historických koreňov tejto zásady sa príspevok zameria na komparáciu právnej úpravy vybraných štátov, ktoré náhradné materstvo nepripúšťajú (Nemecko, Rakúsko), s krajinami, kde je naopak táto metóda legalizovaná (Holandsko, Veľká Británia). Naše závery sa pokúsime premietnuť aj do oblasti českej a slovenskej právnej úpravy.

**Kľúčové slová:** materstvo, náhradné materstvo, mater semper certa est, Fortpflanzungsmedizinengesetz

## Úvod

Už v časoch antického Ríma bola za matku pokladaná žena, ktorá dieťa porodila. Keďže matka bola na základe pôrodu vždy istá (*mater semper certa est*), právna úprava sa skôr sústredila na vytýčenie pravidiel určenia otcovstva, keďže tam exaktný dôkaz o vzájomnom príbuzenstve absentoval. Väčšinou sa uplatnila domnienka (*praesumptio iuris*), podľa ktorej otcom je ten, na koho ukazuje manželstvo (*pater est quem nuptiae demonstrant*).<sup>1</sup> Obe zásady sa stali notoricky známymi a pre svoju výstižnosť prenikli dokonca aj medzi laickú verejnosť.<sup>2</sup>

V dôsledku rozvoja reprodukčnej medicíny v druhej polovici 20. storočia sa začalo uvažovať o jej právnych následkoch. Jedným zo spôsobov umelého oplodnenia je artificálna inseminácia prostredníctvom mužských pohlavných buniek manžela (homológna inseminácia) alebo anonymného darcu (heterológna inseminácia). V minulosti právna úprava viacerých štátov pripúšťala na procese umelého oplodnenia len účasť manžela, až neskôr sa v prípade jeho neplodnosti umožnilo využiť materiál anonymného darcu. Ešte diskutovanejšou bola otázka poskytnutia ženských pohlavných buniek – teda tzv. heterológna inovulácia – keď vajíčko (resp. oocyt) v danom procese pochádzalo od darkyne, teda inej ženy ako tej, ktorá sa zamýšľala stať matkou a oplodnené embryo vynosila. Cieľ tohto mimotelového oplodnenia – *fertilizácie in vitro* (IVF) – spočíval v prekonaní neplodnosti

\* Doc. JUDr. Martin Gregor, PhD., katedra rímskeho práva a cirkevného práva, Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave. E-mail: martin.gregor@flaw.uniba.sk. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6168-9233> / Scopus ID: 57219350436. Príspevok je výstupom z grantu VEGA č. 1/0548/22 „Križa dôvery a jej rímsko-kánonické riešenia“.

<sup>1</sup> HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém soukromého práva římského. První polovice*. Třetí vydání. Praha: J. Otto, 1901, s. 155; DONATUTI, G. *Le praesumptiones iuris in diritto romano*. Perugia: Tipografia Guerra, 1931, s. 76.

<sup>2</sup> Túto zásadu prevzalo aj kánonické právo. Napr. kán. 1115 § 1 CIC 1917 uvádzal: „Otcem je ten, na koho ukazuje manželstvo uzavreté podľa predpisov, iba ak by bol jasne dokázaný opak.“

danej ženy. Tieto možnosti vo svete viedli k ustáleniu praktík známych ako náhradné materstvo.

Náhradná matka je žena, ktorá je ochotná podstúpiť na základe dohody umelé, niekedy však aj prirodzené oplodnenie (*per viam naturalem*), pričom plod donosí a narodené dieťa (väčšinou) prenechá tretím osobám na adopciu. Niektoré právne poriadky vyžadujú, aby bola táto dohoda bezodplatná (podobná požiadavka dokonca vyplýva z európskeho práva).<sup>3</sup> Náhradná matka nemusí vždy participovať na celom procese, niekedy iba prijme oplodnené embryo a dieťa vynosí. Z tohto pokusu o definíciu vyplýva, že náhradné materstvo môže mať dvojakú podobu. V prvom zmienenom prípade náhradná matka poskytne svoje vlastné pohlavné bunky, ktoré budú oplodnené, pričom následne dieťa vynosí a porodí. Ide o tzv. klasické alebo úplné (genetické) náhradné materstvo, keď sa „surogátka“ stáva genetickou aj biologickou matkou. V druhom prípade ide o tzv. náhradné materstvo na gestačnom princípe,<sup>4</sup> kedy náhradná matka len prijme oplodnené embryo „objednávateľského páru“ a vynosí ho (*uterus mercennarius*), teda jej angažovanosť je prakticky menšia.<sup>5</sup> Ak je to medicínsky možné, druhý spôsob býva v praxi preferovaný, snád aj preto, že „objednávateľský pár“ nestráca genetické spojenie s očakávaným dieťaťom.<sup>6</sup>

Tieto prevratné možnosti kladú otázku, či zažitá doktrína materstva obstoja aj vo svetle nových technológií. V kontexte surrogácie môžeme teoreticky diferencovať až medzi tromi druhmi materstva: genetickým (žena poskytla oocyty, genetický materiál), biologickým (žena porodila dieťa) a napokon aj sociálnym (žena, resp. pár poskytuje dieťaťu starostlivosť dlhšiu dobu). V ideálnom – a zároveň najčastejšom – prípade budú všetky uvedené druhy materstva splyvať do jedného celku. Zásadu *mater semper certa est* v modernom poňatí je potrebné chápať ako interpretačné pravidlo práve pri riešení situácií, ktoré sa vymykajú z načrtnutého bežného rámca. Eventuálna kolízia medzi genetickým a biologickým chápaním materstva je riešená jasnou preferenciou biologického náhľadu. Nejde len o pôrod ako ľahko preukázateľnú skutočnosť – koncept biologického rodičovstva zohľadňuje aj mimoriadny vzťah, ktorý sa vytvoril medzi ženou a dieťaťom počas gravidity i po pôrode.

Tento článok sa pokúsi zaujať stanovisko k otázke, či prípustnosť náhradného materstva oslabuje alebo neguje platnosť zásady *mater semper certa est* v právnom poriadku. Celkom logickou hypotézou pre nás je, že v kontexte medicínskych pokrokov matka naozaj prestáva byť v niektorých prípadoch istá, čo predznamenáva konflikt jednotlivých konceptov materstva. Na druhej strane treba zohľadniť, že viacero štátov sa k dotknutej

<sup>3</sup> Podľa niektorých interpretácií je náhradné materstvo ako dohoda založená za účelom zisku v rozpore s čl. 3 ods. 2 písm. c) Charty základných práv EÚ, kde sa zakazuje využívanie ľudského tela alebo jeho častí za účelom dosiahnutia zisku v oblasti medicíny alebo biológie. Z toho minimálne vyplýva zákaz odplatného plnenia.

<sup>4</sup> Gestácia (gravidita, stav tehotenstva). DUFALOVÁ, L. *Surogačné materstvo*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2020, s. 29, 103.

<sup>5</sup> K uvedenej diferenciácii pozri SCHÖLMERICH, A. *Entwicklungspsychologische Aspekte der Leihmutterchaft*. In: SCHRAMM, E. (Hrsg.). *Leihmutterchaft und Familie: Impulse aus Recht, Theologie und Medizin*. Berlin: Springer Verlag, 2018, s. 209. Túto diferenciáciu využíva napr. aj BEZOUŠKOVÁ, L. *Úskalí asistované reprodukce v muslimských zemích*. Praha: Ústav státu a práva, 2021, s. 82; KRÁLÍČKOVÁ, Z. *Mater semper certa est! O náhradní a kulhající mateřství*. *Právní rozhledy*. 2015, roč. 23, č. 21, s. 726.

<sup>6</sup> Na druhej strane je klasické náhradné materstvo menej invazívne ako gestačné, preto sú s ním spojené aj nižšie náklady. GAYK, M. *Vaterschaft und weitere Rechtsprobleme bei heterologer Insemination*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2020, s. 37 an.

zásade explicitne prihlásilo. Po historickom exkurze sa zameriame najmä na komparáciu právnej úpravy krajín, ktoré náhradné materstvo zakazujú (Nemecko, Rakúsko), alebo naopak povoľujú (Holandsko, Veľká Británia). Je pozoruhodné, že právna úprava tejto otázky vykazuje niektoré spoločné znaky naprieč krajinami, či už náhradné materstvo povoľujú alebo nie.

## 1. Určovanie materstva v staršej úprave

Určovanie materstva predstavovalo smerodajnú otázku už v staroveku. Môžeme to ilustrovať na starozákonnej kauze dvoch žien, ktoré sa so sporom o dieťa obrátili na kráľa Šalamúna. Jedna z nich začala žalobou: „[J]a a táto žena bývame v tom istom dome. I porodila som pri nej v dome. Na tretí deň po mojom zláhnutí porodila aj táto žena. Boli sme spolu a v dome nebol s nami nik cudzí [...] V noci zomrel synček tejto ženy [...] I vzala môjho syna a svojho mŕtveho dala na moje prsia [...]“.<sup>7</sup> Je známe, že kráľ identifikoval pravú matku prostredníctvom materinských citov, keď prikázal dieťa rozpoliť vo dvoje, čo bolo účinné vzhľadom na absenciu iných dôkazov.

V rímskom práve nachádza zásada *mater semper certa est* svoje explicitné vyjadrenie v justiniánskych Digestach. V titule o predvolaní na súd Ulpianus vysvetľuje, že syn narodený mimo manželstva nemôže povolať svoju biologickú matku na súd (a podať voči nej žalobu), lebo tým by zrejme konal v rozpore s ich pokrvným vzťahom. K jeho výkladu následne právnik Paulus dodáva: „[P]retože (matka) je vždy istá, aj keď porodila mimo manželstva, ocom je naopak ten, na koho ukazuje manželstvo.“<sup>8</sup> Materstvo bývalo určené na základe pôrodu ako relatívne ľahko preukázateľnej skutočnosti (aj keď do zavedenia registra narodených za vlády Marca Aurelia to záviselo výlučne od svedkov). Od osoby matky sa následne odvodzovalo otcovstvo v kontexte uplatnenia príslušných domniek. Preto sa v rímskom práve stretávame s opatreniami na zabezpečenie „transparentnosti“ pôrodu. Išlo o predchádzanie fingovaného tehotenstva, keď dotyčnej žene mal byť novorodenec počas simulácie pôrodu podstrčený (bolo to podstatné, ak šlo o pohrobka). Nezabúdalo sa však ani na to, aby žena nezatajila tehotenstvo napr. bývalému manželovi.<sup>9</sup>

Od materstva sa tým pádom odvodzovalo aj otcovstvo, čím sa zároveň otvárala otázka manželského alebo nemanželského pôvodu dieťaťa. Maternitné spory prebiehali celé stáročia najmä v prípadoch nájdených detí (arch. *nalezenci*), ktoré nepoznali matku či oboch rodičov. Mohlo k tomu dôjsť napr. v prípadoch, že sa stratili v útľom veku pri prírodnej katastrofe alebo vo vojne, rovnako mohlo ísť o zamenené deti.<sup>10</sup> Podstata sporu sa

<sup>7</sup> 1Kr 3, 26–27.

<sup>8</sup> D. 2, 4, 5 (Paul. I. IV. ad Ed.): „*Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.*“ Pozri LANFRANCHI, F. *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano II: La c. d. presunzione di paternità*. Bologna: N. Zanichelli, 1964, s. 37 an.

<sup>9</sup> Zatajenie pôrodu rozvedenej ženy (ak dieťa splodila s bývalým manželom) bolo v širšom rozsahu upravené osobitným reskriptom Marca Aurelia a Lucia Vera. Ulpianus k tomu napísal: „V čase božských bratov sa stalo, že manžel tvrdil, že manželka je tehotná, hoci ona to poprela. Mestskému prétorovi Valeriovi Priscianovi na otázku odpovedali: Zdá sa, že Rutilius Severus si praje niečo nové, keď chce postaviť strážcov k rozvedenej manželke, ktorá vyhlásila, že nie je tehotná.“ Božskí bratia ustanovili za účelom zistenia prípadného tehotenstva nutnosť prehliadky v dome počestnej ženy (*inspectio ventris*). Pozri D. 25, 4, 1, pr. (Ulp. I. 24 ad Ed.). NICZYPORUK, P. Stwierdzenie ciąży jako środek ochrony interesów dziecka poczętego w prawie rzymskim. *Miscellanea Historico-Iuridica*. 2010, tom 9, s. 29 an.

<sup>10</sup> FIALA, J. – STEINER, V. Teoretické otázky určení mateřství podle československého práva. *Právnik*. 1970, roč. 109, č. 1, s. 35.

upínala na tzv. dôkaz materstva. Sporné mohlo byť v týchto prípadoch jednak to, či daný pôrod vôbec nastal, v druhom rade to, či dotyčný je totožnou osobou s porodeným dieťaťom.<sup>11</sup> Niekedy mohol byť sporný aj čas pôrodu, keď sa skúmalo, či sa daná osoba narodila ako manželské dieťa. Môžeme teda hovoriť nielen o určení materstva, ale aj o jeho zapretí, keď sa malo preukázať, že za potomka ženy sa vydáva osoba, ktorú v skutočnosti neporodila.<sup>12</sup> Maternitné spory nepatrili medzi matériu, ktorú by jednotlivé kódexy osobitne upravovali. Istú výnimku v tomto smere predstavuje napr. čl. 341 francúzskeho *Code civil*, ktorý ustanovil tento procesný postup: „Ak osoba označí nejakú ženu za svoju matku, musí predložiť dôkaz o tom, že je práve tým dieťaťom, ktoré žena v minulosti porodila. Prostredníctvom svedkov je prípustné podať takýto dôkaz len vtedy, ak pred tým predloží o tejto skutočnosti písomný dôkaz.“ Dochádzalo teda k favorizácii písomného dôkazu.

V právnej úprave platnej na území Československa sa maternitným sporom nevenovala takmer žiadna pozornosť. Počas platnosti Všeobecného občianskeho zákonníka (ABGB) sa na nemanželské deti hľadelo, akoby nemali žiadnych rodičov.<sup>13</sup> Naopak, podľa uhorskej úpravy nemanželské dieťa nasledovalo svoju matku, hoci spornou ostávala otázka, či má spojitost aj s matkinými príbuznými. Po nástupe komunistického režimu sa problematika maternitných sporov pokladala za teoretický problém, ktorý v praxi nemohol ani nastať. Absenciu právnej úpravy v tomto smere zákonodarca odôvodňoval zvýšením povedomia a životných možností pracujúcich žien, ktoré sa mohli oprieť o sociálnu starostlivosť štátu. V neposlednom rade však k pôrodom väčšinou začalo dochádzať v zdravotníckych zariadeniach, ktoré pôsobili ako faktor eliminujúci problémy podobného rázu. Ako dôkaz pôrodu sa teoreticky mohla použiť napr. evidencia poberania sociálnych dávok z dôvodu tehotenstva a materstva.<sup>14</sup> Výnimočným prípadom sa stalo posudzovanie materstva v súvislosti s deťmi z vypálených Lidíc, ktoré boli odvedené od ich matiek.

Iní autori pripúšťali, že k určení materstva by mohlo teoreticky dôjsť aj pri zámene detí v dôsledku omylu pôrodnice alebo pri nájdenom dieťati v rámci živelnej katastrofy, rovnako v prípade, kedy by sa osoba usilovala určiť materstvo k žene, ktorá ho odložila ešte pred nástupom socializmu v dôsledku vtedy platnej úpravy.<sup>15</sup> Preto podanie podobného návrhu na súd pokladali za prípustné. Napr. Haderka odvodzoval možnosť určenia materstva v prípade nalezencov z extenzívneho výkladu § 38 ods. 3 zákona o rodine z roku 1964: „[...] ak žiadny z rodičov nie je známy, určí meno alebo priezvisko súd“, a to v spojení so všeobecným právom domáhať sa ochrany na súde v prípade porušenia jeho práva. Po zohľadnení novšieho vývoja iní autori už pochybovali o tom, či by vtedajšia úprava dovoľovala takýto návrh podať.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> SEDLÁČEK, J. *Rodinné právo*. Brno: Čs. a. s. Právnik, 1934, s. 114.

<sup>12</sup> HADERKA, J. Umělé oplodňování a otázky rodičovství v novelizovaném zákonu o rodině. *Bulletin advokacie*. 1983, č. 4–5, s. 93.

<sup>13</sup> SEDLÁČEK, J. § 155. In: ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. (eds). *Komentář k Československému Obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: V. Linhart, 1935, s. 791.

<sup>14</sup> GLOS, J. a kol.: *Rodinné právo*. Bratislava: Obzor, 1965, s. 155.

<sup>15</sup> ELIÁŠ, J. Původ dítěte. In: ELIÁŠ, J. a kol. *Právní postavení mládeže v ČSSR*, Praha: Academia, 1966, s. 36. Podľa dvorského dekrétu č. 885/1788 Sb. z 5. 9. 1788 a dekrétu dvorskej kancelárie č. 1185/1815 Sb. z 21. 10. 1815 prislúchalo matke nemanželského dieťaťa právo, aby jej meno nebolo uvedené v matrike pri tomto dieťati. Rovnako mala právo dieťa bez ďalšieho odložiť v ústave.

<sup>16</sup> DRGONEC, J. – HOLLÄNDER, P. *Moderná medicína a právo*. Druhé vydanie. Bratislava: Obzor, 1988, s. 154.

## 2. Mater semper certa est a náhradné materstvo

Za najstaršiu metódu umelého oplodnenia možno pokladať intrauterinnú insemináciu (IUI), ktorá sa začala častejšie realizovať v priebehu 40. rokov 20. storočia. Spočívala v relatívne jednoducho úkone technického zavedenia mužských pohlavných buniek do tela ženy. Prelom reprodukčnej medicíny nastal v roku 1978, keď sa vo Veľkej Británii historicky prvýkrát narodilo tzv. dieťa zo skúmavky. V prvej polovici osemdesiatych rokov vedecký vývoj umožnil vajíčko (presnejšie oocyt) darované zo strany tretej osoby v laboratórnych podmienkach nielen oplodniť, ale zároveň takéto embryo implantovať do tela inej ženy (tzv. embryotransfer), čo otvorilo cestu realizácii náhradného materstva.

Medzi prvé predpisy, ktoré sa explicitne prihlásili k princípu *mater semper certa est*, patrí napr. *Európsky dohovor o právnom postavení detí narodených mimo manželstva* z roku 1975, ktorý v čl. 2 jednoznačne konštatoval, že „určení matky dieťaťa narodeného mimo manželství bude závisieť výhradne na skutočnosti porodu.“<sup>17</sup> Citované ustanovenie by malo byť interpretačne jasné, avšak jeho prijatie predchádzalo načrtnutému zlomu v reprodukčnej medicíne. Z dôvodovej správy vyplýva, že cieľ tohto článku sa vtedy sústredil skôr na úpravu statusu dieťaťa v prípade, ak by jeho matka nebola známa, než na zdôraznenie zásady *mater semper certa est*.<sup>18</sup> Preto podľa nášho názoru kauzálne na nové vedecké možnosti v oblasti umelého oplodnenia reagoval ako prvý rodinný kódex teritória Južná Austrália (*Family Relationships Act 1975*) na základe novely (dodatkov) č. 102/1984 z 20. decembra 1984.<sup>19</sup> Do jeho rámca bol včlenený § 10c, podľa ktorého: „žena, ktorá dieťa porodila, sa pokladá za matku dieťaťa na účely práva tohto štátu, bez ohľadu na to, či pri počatí v rámci umelého oplodnenia bolo použité vajíčko tejto ženy.“<sup>20</sup> K zásade *mater semper certa est* sa prihlásilo v kontexte možnosti darovať vajíčko Bulharsko ako jedna z prvých krajín v Európe. Ďalšie krajiny pristupovali k úprave tejto výzvy len postupne. V ďalšom texte sa zameriame najmä na nemeckú a rakúsku legislatívu.

Netreba zdôrazňovať, že právna úprava zaostávala za reálnymi vedeckými možnosťami celé roky až desaťročia. Je známe, že v čase nesmelých pokusov o zavedenie prvej regulácie umelého oplodnenia medzi manželmi sa podobné úkony realizovali celé desaťročia na klinikách asistovanej reprodukcie.<sup>21</sup> Pred prijatím právnych noriem bola realizácia tohto zákroku upravená internými smernicami pracoviska či inej organizácie. Veda predbieha právo aj dnes, v súčasnosti je možné, aby vzhľadom na prenos mitochondriálnej DNA dieťa získalo genetické informácie od troch rodičov alebo aby boli vylúčené gény niektorého zo zúčastnených, čo dáva náhradnému materstvu úplne iné možnosti.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> *European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock*. Slovenská republika k tomuto Dohovoru nepristúpila. Česká republika ho prijala do svojho právneho poriadku na základe Oznámenia č. 47/2001 Sb. m. s.

<sup>18</sup> Dieťa bolo totiž možné vo viacerých európskych štátoch zapísať do matriky aj bez uvedenia mena matky. Materskú príslušnosť k dieťaťu však bolo možné následne založiť na základe údajov v rodnom liste, kde práve zápis matky absentoval. Za účelom zlepšenia postavenia dieťaťa Európsky dohovor o právnom postavení detí narodených mimo manželstva spojil materstvo s pôrodom; ak by matka nebola známa, materstvo spočívalo do okamihu zistenia, ktorá žena dieťa porodila.

<sup>19</sup> Porovnaj DRGONEC, J. Umelé oplodňovanie podľa niektorých zahraničných právnych úprav. *Právny obzor*. 1986, roč. 69, č. 9, s. 828.

<sup>20</sup> Predmetné ustanovenie platí dodnes, pričom doplnený § 10c ods. 2 hovorí: „Ak (a) žena otehotnie v dôsledku umelého oplodnenia a (b) vajíčko bolo na účely tohto úkonu vzaté od inej ženy, potom na účely práva tohto štátu sa žena, z ktorej bolo vzaté vajíčko, nepokladá za matku dieťaťa, ktoré sa na tomto základe počalo.“

<sup>21</sup> Prijímanie novej úpravy stagnuje často v dôsledku hodnotovej nerozhodnosti spoločnosti. VALC, J. Hodnotové pojetí a právni ochrana nenarodeného života v kontextu biomedicínskeho vývoje. *Jurisprudence*. 2017, roč. 26, č. 4, s. 21.

<sup>22</sup> DUŠKOVÁ, Š. – KOURILOVÁ, K. – HOFSCHEIDEROVÁ, A. *Úmluva o právech dieťaťa: Komentár*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2021, s. 119.



## 2.1 Náhradné materstvo v rakúskej a nemeckej úprave

V Západnom Nemecku sa narodilo prvé dieťa v dôsledku použitia metódy IVF v apríli 1982.<sup>23</sup> V auguste toho istého roku ho nasledovalo prvé podobne počaté dieťa aj v Rakúsku.<sup>24</sup> Výzvy na poli reprodukčnej medicíny si vyžadovali prijatie novej právnej úpravy, po ktorej volali najprv teoretici (apelovala na to napr. expertná komisia rakúskej rektorskej konferencie v roku 1986). V Nemecku vydávala čiastkové smernice Nemecká lekárska komora.

Legislatívne prvenstvo získalo Nemecko. Ešte v novembri 1989 bol novelizovaný zákon o sprostredkovaní osvojenia dieťaťa (*Adoptionsvermittlungsgesetz*), ktorý bol doplnený o relatívne podrobnú úpravu náhradného materstva.<sup>25</sup> Zákon obsahoval definíciu náhradného materstva (§ 13a cit. zákona),<sup>26</sup> definíciu sprostredkovania náhradného materstva (§ 13b) a napokon zákonný zákaz oboch týchto činností (§ 13c). Na základe týchto ustanovení je náhradné materstvo v Nemecku do dnešných dní explicitne zakázané. Nič na tom nezmenila ani podstatná novela uvedeného zákona z roku 2021.<sup>27</sup> Tento zákon zároveň obsahuje sankcie trestnej povahy, stíhajúce vyhľadávanie náhradnej matky prostredníctvom verejných informačných prostriedkov (najmä v novinách), ale tiež verejnú ponuku byť náhradnou matkou (§ 13d). Podľa § 14c *AdVermiG* sa také konanie trestá odňatím slobody až do jedného roka alebo peňažným trestom.

Kým analyzovaný zákon sa dotýkal skôr rodinnoprávnej (resp. sociálnoprávnej) agendy, ďalší krok na ceste k vylúčeniu náhradného materstva priamo v oblasti reprodukčnej medicíny predstavoval trestnoprávne zameraný Zákon o ochrane embryí (*Embryonenschutzgesetz*) z roku 1990, ktorý sa stal inšpiráciou pre rakúsku i švajčiarsku úpravu.<sup>28</sup> Okrem iného ním došlo nielen k plošnému zakazu darovania vajíčok od tretej ženy, ale aj implantovania oplodnených embryí do tela tretej ženy.<sup>29</sup> Zároveň „odňatím slobody do dvoch rokov alebo peňažným trestom sa potrestá ten, kto podniká alebo chce získať majetkový prospech v dôsledku dohody, podľa ktorej po pôrode bude matka ochotná prenechať

<sup>23</sup> Išlo o Olivera W., ktorý sa narodil v Erlangene.

<sup>24</sup> Išlo o manželský pár Jovanovičovcov, ktorým sa narodil chlapec Zlatan. Pozri KEMETER, P. 25 Jahre Geburt des ersten IVF-Babys Österreichs – eine Wiener Erfolgsgeschichte. *Journal für Fertilität und Reproduktion*. 2007, Jhrg. 17, Nr. 3, s. 24. Naproti tomu vo Švajčiarsku došlo k podobnému pôrodu až v roku 1985.

<sup>25</sup> *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind*, skr. *AdVermiG* z 2. 7. 1976 (BGBl. I. S. 1762). Zákon bol novelizovaný na základe: *Gesetz zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes* z 27. 11. 1989 (BGBl. I., Nr. 54, S. 2014).

<sup>26</sup> „Náhradnou matkou je žena, ktorá je na základe dohody pripravená (1) podstúpiť umelé alebo prirodzené oplodnenie alebo (2) od nej nepochádzajúce embryo prijať alebo prenášať a dieťa po pôrode natrvalo prenechá tretím k osvojeniu alebo podobnému vzťahu“ (preklad autora). Upozorňujeme na nejednotnosť nemeckej právnej terminológie, keď citovaný zákon hovorí o náhradnom materstve (*Ersatzmuttertschaft*), ale v právnom i spoločenskom diskurze jednoznačne dominuje termín *Leihmuttertschaft* s odkazom na požičanie matky. „Surogátne“ materstvo je pojmom inšpirovaným anglo-americkým prostredím.

<sup>27</sup> Cieľom zákona bolo zmodernizovať proces adopcie so zvláštnym ohľadom na záujem dieťaťa. Pozri *Adoptionshilfe-Gesetz (Gesetz zur Verbesserung der Hilfen für Familien bei Adoption)* z 12. 2. 2021 (BGBl. I., Nr. 7, S. 226).

<sup>28</sup> *ESchG* z 13. 12. 1990 (BGBl. I. S. 2746) v znení neskorších predpisov (naposledy v znení z roku 2011, BGBl. I. S. 2228). Ďalším čiastkovým trestnoprávnym predpisom v tejto oblasti je Zákon o zabezpečení ochrany embryí v súvislosti s dovozom a používaním ľudských embryonálnych kmeňových buniek (*Stammzellgesetz*, skr. *StZG*).

<sup>29</sup> Z teoretického hľadiska upozorňujeme na legálnu definíciu embrya v § 8 *ESchG* „ide o oplodnenú, rastu schopnú bunku ženského vajíčka od momentu splynutia buniek...“. Táto definícia býva kritizovaná práve preto, že pod karyogamiou, teda „momentom splynutia pohlavných buniek“ môžeme chápať rôzne časové okamihy. Pozri PRÜTTING, D. – PRÜTTING, J. *Medizin- und Gesundheitsrecht*. 2. Auflage. Berlin – Boston: Walter de Gruyter, 2021, s. 350; v českej literatúre BLAŽEK, P. *Medicinskoprávni a trestněprávní aspekty asistované reprodukce. Právní rozhledy*. 2013, roč. 20, č. 9, s. 319.

dieťa natrvalo tretím osobám“ (teda eventuálnemu objednávateľskému páru) na adopciu (§ 1 ods. 1 bod 7 *ESchG*).<sup>30</sup>

Za účelom regulácie asistovanej reprodukcie boli v Rakúsku predkladané rôzne legislatívne návrhy. Na základe dlhotrvajúcej diskusie bol prijatý Zákon o reprodukčnej medicíne (*Fortpflanzungsmedizingesetz*),<sup>31</sup> ktorý nadobudol účinnosť od 1. júla 1992. Metódu umelého oplodnenia mohol využiť len manželský pár. Na tento účel mali byť spravidla využité ich vlastné pohlavné bunky (§ 2 ods. 1 *FmedG*). Hoci pri darovaní mužských pohlavných buniek mohlo dôjsť k výnimke, ak bola manželova reprodukčná schopnosť vylúčená, v prípade ženy mohli byť v procese asistovanej reprodukcie použité výlučne jej vlastné oocyty (§ 3 ods. 3 *FmedG*).<sup>32</sup> Podobne ako nemecká legislatíva, aj ustanovenia tohto zákona vylučovali, aby dochádzalo k sprostredkovaniu tretích žien ochotných prijať oplodnené embryo, čím by sa prakticky stali náhradnými matkami (§ 21, bod 3 *FmedG*). Na tomto základe je jasné, že zákon neumožňuje realizáciu náhradného materstva (hoci nešlo o explicitnú úpravu ako v Nemecku). Zákon bol kritizovaný z viacerých uhlov pohľadu. Bolo mu napr. vyčítané, že prakticky znemožnil využitie asistovanej reprodukcie v prípade osamelo žijúcich žien, keďže v ich prípade nemohlo dôjsť k darovaniu spermií zo strany (tretieho) darcu.<sup>33</sup>

Filozofia citovaného zákona vychádzala z predpokladu, že účel umelého oplodnenia je potrebné obmedziť na tie prípady, keď napomáha realizácii prirodzenej reprodukcie. Medicína tohto druhu sa mala podľa zákonodarcu zamerať na prekonanie alebo minimalizovanie takej telesnej vady, ktorá bráni manželskému páru v počatí dieťaťa (*Gebrechensorientiertheit*). Nemala však byť prostriedkom na splodenie dieťaťa tam, kde by to inak neprichádzalo do úvahy.<sup>34</sup>

Uvedené normy o reprodukčnej medicíne vlastne dopĺňali a stále vykonávajú úpravu, ktorú v dôsledku nepriamej novelizácie zaviedol *FmedG* 1992 do ABGB. Do pôvodného znenia bol v príslušnej časti vsunutý § 137b, podľa ktorého: „[m]atka je žena, ktorá dieťa porodila“.<sup>35</sup> ABGB tým priamo reflektoval zmenu v zdravotníckej legislatíve a prihlásil sa k rímskoprávnej zásade *mater semper certa est*. Aktuálne predmetnú dikciu už v § 137b nenájde. Bez akýchkoľvek obsahových zmien bol text v identickej podobe „presunutý“ do § 143 ABGB v dôsledku komplexnej reformy rodinného práva v roku 2013, v dôsledku čoho boli prezentované podstatné zmeny ABGB v časti o právach medzi rodičmi a deťmi (*Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013*).<sup>36</sup> V Nemecku bolo identicky znejúce pravidlo – recipujúce zásadu *mater semper certa est* – doplnené do rámca

<sup>30</sup> WÄBNER, M. *Medizinstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2022, s. 230–231. Za vizionársky možno z pohľadu právnej filozofie označiť text KAUFMANN, A. Humangenetik und Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Sicht. In: HERZBERG, R. (Hrsg.). *Festschrift für Dieter Oehler zum 70. Geburtstag*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1985, s. 649–671.

<sup>31</sup> *FmedG* zo 4. 6. 1992 (BGBl. I. Nr. 275/1992, S. 69). Ak neuvádzame nič iné, ide o znenie zákona v pôvodnom znení.

<sup>32</sup> Na tomto základe sa *FmedG* javí výrazne reštriktívnejšie oproti § 3 an. zákona č. 373/2011 Sb. o špecifických zdravotných službách v znení neskorších predpisov, ktorý neobmedzuje darovanie ženských vajíčok zo strany darykne [napr. § 3 ods. 4 písm. c) citovaného zákona].

<sup>33</sup> Predmetom kritiky sa stalo aj to, že hoci bol výkon umelého oplodnenia medzi manželmi právne dovolený, tieto úkony nespádali do rozsahu úhrad zdravotného poistenia. K tejto metóde mali prístup len zabezpečení občania. Pozri SCHLAG, M. Zur Regierungsvorlage eines Fortpflanzungsmedizingesetzes. In: BYDLINSKI, F. (Hrsg.). *Fortpflanzungsmedizin und Lebensschutz*. Innsbruck: Tyrolia Verlag, 1993, s. 72.

<sup>34</sup> REINKE, M. *Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot des Fremdeizellspende*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008, s. 49.

<sup>35</sup> „Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat.“

<sup>36</sup> *KindNamRÄG 2013* z 11. 1. 2013 (BGBl. I., Nr. 15, S. 816).

Občianskeho zákonníka na základe novely (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*) v roku 1997 (v súčasnosti ide o ustanovenie § 1591 BGB).<sup>37</sup>

Rigoróznosť rakúskeho zákona o reprodukčnej medicíne bola predmetom prieskumu rakúskeho ústavného súdu (1997). Viacerí sťažovatelia totiž namietali, že jeho ustanovenia zasahovali do ich práva na súkromný život marením nádeje mať dieťa (ide o tzv. *right to procreate*).<sup>38</sup> Negatívny verdikt súdu vo vzťahu k tejto otázke bol založený na argumente, že „zákonodarcovi nemožno brániť, aby stanovil obmedzenia v prípade *in vitro* fertilizácie, keďže vyvoláva okrem vysokých technických nárokov aj eticko-morálne otázky“ a vo svojej podstate môže ohroziť najlepší záujem dieťaťa. Preto bol jej zákaz opodstatnený, napokon homológnu insemináciu zákon nezakazoval.<sup>39</sup>

Uvedené východisko bolo aprobované o desaťročie neskôr zo strany Veľkej komory ESLP v prípade *S. H. a ostatní proti Rakúsku*, v ktorom sťažovatelia namietali porušenie čl. 8 Dohovoru.<sup>40</sup> Uvedené rozhodnutie pokladáme za inšpiratívne z toho dôvodu, že ESLP sa síce meritórne priklonil k princípu voľného uváženia štátu (*margin of appreciation*), no na druhej strane pripomenul potrebu zohľadniť rýchlo sa meniace pomery v spoločnosti ako základ pre evolutívny výklad Dohovoru.<sup>41</sup> V judikatúre ESLP je napokon obvyklé, že vnútroštátne orgány majú priestor na uváženie najmä v citlivých etických otázkach (a to predovšetkým v kontexte čl. 8 Dohovoru),<sup>42</sup> pričom dokážu efektívnejšie reflektovať požiadavky a nastavenie spoločnosti ako vzdialený medzinárodný súd. Preto je prípustné, aby zákonodarca schválil vlastnú úpravu v danej veci. Podľa ESLP sa rakúsky zákon priklonil k „základnej zásade občianskeho práva *mater semper certa est*“, čím „zamedzil možnosti, aby si dve odlišné osoby ženského pohlavia nárokovali status biologickej matky toho istého dieťaťa, príp. aby sa predišlo sporom medzi biologickou a genetickou matkou.“<sup>43</sup>

Na druhej strane však ESLP pripomenul, že hoci v prípade sťažovateľov nedošlo k porušeniu práva na ich súkromný život, no členský štát musí citlivo vyhodnocovať nielen neustály rozvoj lekárskej vedy, ale aj meniaci sa spoločenský (a európsky) konsenzus pri riešení týchto otázok.<sup>44</sup> Uvedenú pripomienku reflektoval rakúsky ústavný súd veľmi zodpovedne, keď posudzoval možnosť podstúpiť umelú reprodukciu v prípade lesbického

<sup>37</sup> *KindRG* z 16. 12. 1997 (BGBl. I., Nr. 84, S. 2942).

<sup>38</sup> GROCHOVÁ, M. Prístup k rodičovstvu v judikatúre Evropského soudu pro lidská práva. *Jurisprudence*. 2018, roč. 23, č. 3, s. 28–29.

<sup>39</sup> VfGH, sp. zn. G 91/98, G 116/98 z 14. 10. 1999. Komentár k tomuto rozhodnutiu poskytuje: BERNAT, B. Die Zivilrechtlichen Folgen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. In: SCHURR, F. (Hrsg.). *Festschrift für Bernhard Ecker*. Wien: Verlag Österreich, 2017, s. 45.

<sup>40</sup> Ku skoršiemu prístupu ESLP k umelej reprodukcii pozri FAHRENHORST, I. Fortpflanzungstechnologien und Europäische Menschenrechtskonvention. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*. 1988, Jhrg. 15, Nr. 6, s. 125–131.

<sup>41</sup> Konkurencia uvedených metód výkladu Európskeho dohovoru o ľudských právach nie je predmetom tohto článku. K tomu pozri LETSAS, G. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford – New York: Oxford University Press, 2007, s. 46 an.; MCGOLDRICK, D. A Defense of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee. *International and Comparative Law Review*. 2015, Vol. 65, No. 1, s. 28 an.

<sup>42</sup> Koncepciu voľného uváženia štátu ESLP priorizoval napr. v doktrínálnom prípade zo sféry slobody prejavu *Handyside proti Spojenému kráľovstvu* z 7. 12. 1976 (sťažnosť č. 5492/72) a ďalších.

<sup>43</sup> *S. H. a ostatní proti Rakúsku* z 3. 11. 2011, sťažnosť č. 57813/00, bod. 47: „Zákonodarný orgán sa pokúsil zladiť pranie sprístupniť lekársky asistovanú reprodukciu s existujúcim znepokojením veľkej časti spoločnosti ohľadne úlohy a možnosti modernej reprodukčnej medicíny...“ K tomu pozri v slovenskej literatúre: BITTEROVÁ, N. Doktrína voľnej úvahy v judikatúre Európskeho súdu pre ľudské práva vo veciach náhradného materstva. *Justičná revue*. 2017, roč. 69, č. 12, s. 1417.

<sup>44</sup> *Ibidem*, body 58–60.

páru,<sup>45</sup> pričom rozhodol o protiústavnosti zákona o reprodukčnej medicíne. Podnietilo to prijatie novely v roku 2015.<sup>46</sup> V jej rámci došlo aj k istému posunu vo vzťahu k darovaniu ženských pohlavných buniek. Výnimočne mohlo dôjsť k použitiu vajíčok od tretej osoby, ak dotknutá žena v manželskom páre alebo registrovanom partnerstve nebola schopná reprodukcie (podmienky ako pri darcovi spermii) a nedovršila 45. rok veku.

Podľa právnej vedy túto úpravu nemožno interpretovať ako nepriamu legalizáciu náhradného materstva.<sup>47</sup> Jej primárnym cieľom bolo postaviť registrované partnerstvo na roveň manželstvu, preto: „*zákaz náhradného materstva sa opiera o samostatné dôvody, ktoré sú od tohto prípadu nezávislé.*“<sup>48</sup> Z toho vyplýva, že v Nemecku aj Rakúsku stále platí, že žena, ktorá dieťa porodila, je jedinou skutočnou matkou dieťaťa, pričom medzi eventuálnou dárkyňou vajíčka (za akýchkoľvek okolností) a dieťaťom nevzniká žiadny právny vzťah.<sup>49</sup> Hoci vnútroštátna legislatíva zakazuje viaceré praktiky, ktoré by generálne mohli smerovať k náhradnému materstvu, stále je možnosť získať dieťa pochádzajúce z náhradného materstva v iných krajinách, kde ide o povolenú metódu asistovanej reprodukcie. Preto diskusia o postavení biologickej a genetickej matky nie je vylúčená ani v Rakúsku či v Nemecku (tzv. krivajúce materstvo).<sup>50</sup>

Podľa nemeckej právnej vedy tento legislatívny smer prioritizuje biologické rodičovstvo (matkou je žena, ktorá dieťa porodila) pred genetickým vzťahom k dieťaťu.<sup>51</sup> Genetickú blízkosť možno posudzovať iba ako skutkovú otázku, ktorá nemá žiadne právne konzekvencie. V prvom rade nemecké právo neumožňuje podať žalobu, ktorou by sa žalobca domáhal určenia, že dieťa nie je potomkom ženy, ktorá ho porodila. Postavenie „genetickej matky“ si nemožno nárokovať ani určovacou žalobou podľa § 256 nemeckého Civilného procesného poriadku (ZPO).<sup>52</sup>

Napriek tomu by sa na genetické materstvo malo prihliadať ako na manželskú prekážku blízkeho príbuzenstva podľa § 1307 BGB.<sup>53</sup> Uvedený stav evokuje rodinné väzby otroka v rímskom práve (otrok je vecou bez nároku na rodinné väzby z právneho hľadiska, po jeho prepustení na slobodu sa tieto vzťahy spätne nevytvárajú, napriek tomu pre neho platí manželská prekážka blízkeho príbuzenstva, ak by chcel uzavrieť manželstvo s pokrvnou príbuznou). Hoci tento legislatívny rámec opodstatnene recipuje zásadu *mater semper certa est*, uprednostnenie biologickej matky je na druhej strane – formálne – v rozpore s princípom, že rodina je založená na pokrvnom (teda „genetickom“) príbuzenstve

<sup>45</sup> § 2 ods. 1 FmedG v aktuálnom znení: „*Medicínsky podporovaná reprodukcia je prípustná len v manželstve, registrovanom partnerstve alebo životnom spoločenstve. (Ods. 2): Medicínsky podporovaná reprodukcia je ďalej prípustná, keď dochádza k vyvolaniu tehotenstva u dvoch žien žijúcich navzájom v registrovanom partnerstve*“ (preklad autora).

<sup>46</sup> Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz z 23. 2. 2015 (FMedRÄG 2015), BGBl. I. Nr. 35, S. 59.

<sup>47</sup> WENDEHORST, CH. Fortpflanzungsmedizinrecht in Deutschland und Österreich: ein Kopf-an-Kopf-Rennen. In: HILBIG-LUGANI, K. – JAKOB, D. – MÄSCH, G. – REUB, P. – SCHMID, C. U. (Hrsg.). *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2015, s. 1047 an.

<sup>48</sup> VfGH, sp. zn. G 16/2013, G. 44/2013 z 10. 12. 2013: „*partnerstvo osôb rovnakého pohlavia a životné spoločenstvá osôb opačného pohlavia nie sú v substitučnom vzťahu oproti manželstvu, naopak, k manželstvu sa pridávajú, preto ho nemôžu ani ohroziť*“ (preklad autora).

<sup>49</sup> KERSCHNER, F. *Bürgerliches Recht. Band 5: Familienrecht*. 4. Auflage. Wien: Springer Verlag, 2010, s. 134.

<sup>50</sup> K tomu pozri: MAYER, C. *Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2014, Bd. 78, H. 3, s. 551–590.

<sup>51</sup> ZORN, D. *Das Recht der elterlichen Sorge*. 3. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 2016, s. 5.

<sup>52</sup> Účel žaloby spočíva v určení, či tu je alebo nie je právny vzťah.

<sup>53</sup> § 1307 BGB v platnom znení: „*Manželstvo sa nesmie uzavrieť medzi príbuznými v priamom rade, ako aj medzi plnorodými a polorodými súrodencami. To platí, aj keď príbuzenský vzťah zanikol na základe adopcie dieťaťa.*“ Dikcia druhej vety potvrdzuje predostretú domnienku.

podľa § 1589 BGB. Napriek tomu nejde o nič výnimočné, keďže tento princíp je účelne prelomený minimálne pri – zásadne anonymnom – darovaní mužských pohlavných buniek zo strany tretej osoby (darcu), keď dieťa svojho genetického (a v tomto prípade aj biologického) otca nepozná. Táto problematika je teda úzko spätá s interpretáciou práva dieťaťa poznať svoj genetický pôvod.<sup>54</sup>

Legislatívne uprednostnenie biologického materstva zo strany nemeckého a rakúskeho zákonodarcu ukončilo právnu neistotu ohľadom statusu dieťaťa pochádzajúceho od náhradnej matky. Ešte v osemdesiatych rokoch sa nezmierne objavovali názory, ktoré by prirekli materstvo nielen žene, ktorá dieťa porodila, ale aj daryni genetického materiálu. Na tomto základe mnohí akademici nabádali na zakotvenie tzv. dvojmaterstva (*Doppelmutterschaft*),<sup>55</sup> či inak povedané „rozštiepeného materstva“ (*gespaltene Mutterschaft*). Podobná konštrukcia predstavovala nebezpečenstvo, že by dieťa napokon mohlo ostať bez určenej matky, čo by bolo v rozpore s jeho najlepším záujmom.<sup>56</sup>

V súvislosti s týmito krajinami na záver upozorníme na čl. 119 ods. 2 Spolkovej ústavy Švajčiarskej konfederácie, ktorý vyhlasuje darovanie embryí alebo inú formu surrogátneho materstva za nezákonnú [písm. d)].<sup>57</sup> Zakotveniu tejto problematiky do Spolkovej ústavy predchádzalo prijatie takto formulovaného zákazu v kantónoch St. Gallen (1988) a Bazilej (1990).<sup>58</sup> Následne Spolkový súd vyslovil protiústavnosť týchto noriem práve z dôvodu prílišného narušenia súkromného života jednotlivcov, čo iniciovalo proces zmeny Ústavy celej konfederácie.<sup>59</sup> Švajčiarsko, ktoré zaujalo liberálny postoj napr. k otázke eutanázie,<sup>60</sup> sa tak od roku 1992 prihlásilo k zákazu náhradného materstva, čo potvrdil aj vykonávajúci predpis – spolkový zákon o medicínsky podporovanej reprodukcii z roku 1998.<sup>61</sup>

## 2.2 Náhradné materstvo v Holandsku a vo Veľkej Británii

Oproti striktnej nemeckej úprave sú praktiky surrogátneho materstva umožnené napr. v Holandsku, kde postupom času došlo k ešte väčšej liberalizácii právnej úpravy. Zákon

<sup>54</sup> LURGER, B. Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht. In: BERNAT, E. (Hrsg.). *Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik*. Wien: Manz'sche Verlagsbuchhandlung, 2000, s. 108–159.

<sup>55</sup> SELB, W. *Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1987, s. 76. V slovenskej literatúre k tomu pozri DRGONEC, J. – HOLLÄNDER, P. *Moderná medicína a právo*. Druhé vydanie, s. 153.

<sup>56</sup> BERNAT, B. *Die Zivilrechtlichen Folgen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung*, s. 51.

<sup>57</sup> Aktuálne je zákaz náhradného materstva obsiahnutý v čl. 119 Ústavy Švajčiarskej konfederácie z 18. 4. 1999 v znení neskorších predpisov, ktorá bola prijatá ľudovým hlasovaním. Tento zákaz bol však inkorporovaný už do predchádzajúcej švajčiarskej ústavy z roku 29. 5. 1874, a to doplnením textu do čl. 24 predchádzajúcej Spolkovej ústavy.

<sup>58</sup> K tomu pozri MAYER-MALY, T. Il diritto alla vita e la trasmissione della vita nei diversi sistemi ed esperienze giuridiche contemporanee. In: HONSELL, H. (Hrsg.). *Recht – Gerechtigkeit – Rechtswissenschaft: Gesammelte Schriften von Theo Mayer Maly*. Wien: Verlag Österreich, 2019, s. 112–115.

<sup>59</sup> BGE 115 IA 234 z 15. 3. 1989, BGE 119 IA 460 z 22. 12. 1993.

<sup>60</sup> STILLER, L. *Sterbehilfe und assistierter Suizid*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2020, s. 264; BELEŠ, A. Niektoré aspekty účasti na samovražde a komparácia právnych úprav vo vybraných krajinách. *Acta facultatis iuridicae Universitatis Comenianae*. 2017, roč. 36, č. 1, s. 9–10.

<sup>61</sup> *Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG)* z 18. 12. 1998 (SR 810.11). Okrem všeobecného zákazu náhradného materstva (§ 4) obsahuje aj trestnoprávne normy postihujúce osoby, ktoré by participovali pri náhradnom materstve alebo ho sprostredkovali, trestom odňatia slobody do troch rokov alebo peňažným trestom (§ 31). Definícia náhradného materstva je obsiahnutá pri vymedzení pojmov v § 2 písm. k). V roku 2017 bol síce novelizovaný, no zmeny sa týkali napr. preimplantačnej diagnostiky, nie darovania vajíčok. BÜCHLER, A. *Medizin – Mensch – Recht: eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz*. 2. Auflage. Zürich: Schulthess, 2020, s. 349 an.; GETER, C. Änderung des Fortpflanzungsmedicinesgesetzes und daraus resultierende Entwicklungen in der Schweiz. *Gynäkologische Endokrinologie*. 2021, Jhrg. 17, Nr. 2, s. 157.

z 20. júna 2002 ustanovujúci pravidlá používania gamét a embryí v pôvodnom znení sa stal východiskom pre legalizáciu náhradného materstva (*Embryowet*).<sup>62</sup> Stav zo začiatku milénia síce náhradné materstvo umožnil, avšak štát sa ho nesnažil zásadne podporovať.<sup>63</sup> Podľa čl. 1:198 Občianskeho zákonníka (*Burgerlijk Wetboek*) z roku 1992 bola „*matkou dieťaťa žena, ktorá ho porodila alebo ktorá ho adoptovala.*“ Podľa čl. 1:202 materstvo možno poprieť, ak matka nie je biologickou matkou dieťaťa. Nadalej bolo teda prioritované biologické materstvo. Tým pádom náhradnej matke tiež prislúchalo prednostné postavenie. Disponovala všetkými rodičovskými právami a povinnosťami vo vzťahu k dieťaťu až do momentu, kým ho neprenehala na adopciu. Svoje rozhodnutie mohla kedykoľvek odvolať až do skončenia tohto procesu, v dôsledku čoho by ostala riadnou matkou dieťaťa. V neposlednom rade treba zdôrazniť, že proces adopcie bol zdĺhavý a administratívne náročný. Na jeho schválení participoval najprv orgán sociálnej kurately, potom súd, navyše „objednávateľský pár“ sa najprv musel osvedčiť v pozícii opatrovníka dieťaťa. Eventuálna zmluva o náhradnom materstve medzi náhradnou matkou a objednávateľským párom sa nepokladala za vymožitelnú v exekučnom konaní, niektorí právni vedci dokonca uvažovali o tom, že nevymožiteľné sú aj niektoré finančné plnenia v rámci ich dohody.<sup>64</sup>

V rovine trestného práva však platila a stále platí úprava, podľa ktorej nie je dovolené verejne ponúkať služby tohto druhu. Podľa §§ 151b – 151c Trestného zákona (*Wetboek van Strafrecht*) z roku 1881 bude trestný čin spáchaný, ak niekto v rámci svojho podnikania alebo potenciálna náhradná matka bude informačnými prostriedkami propagovať alebo ponúkať náhradné materstvo.

Citovaná definícia materstva v holandskom Občianskom zákonníku bola podstatne rozšírená na základe zákona z roku 2013,<sup>65</sup> podľa ktorého: „*Matka dieťaťa je žena: a) ktorej sa dieťa narodilo; b) ktorá bola v čase narodenia dieťaťa vydatá za jeho matku, alebo s ňou uzavrela registrované partnerstvo [...]*“ ak bolo dieťa splodené umelým oplodnením podľa zákona o údajoch darcov pri umelom oplodnení, pričom zdravotnícke zariadenie predložilo potvrdenie, že totožnosť darcu im nie je známa, „*c) ktorá dieťa uznala za svoje, d) ktorej rodičovstvo bolo súdne určené, e) ktorá si ho osvojila.*“ Doplnenie písm. b) reflektuje zmenu, ku ktorej pristúpilo o rok neskôr po Holandsku aj Rakúsko. Týka sa rodičovstva dvoch žien žijúcich v manželstve alebo registrovanom partnerstve, ak jedna z nich podstúpila umelé oplodnenie. Žena, ktorá žije s matkou dieťaťa, má tým nárok na rodičovstvo za podobných podmienok ako mužský manžel, ak jeho manželka podstúpi umelé oplodnenie. Ďalšie doplnky do značnej miery relativizujú zásadu *mater semper certa est* a uľahčujú proces uznania náhradného materstva. V roku 2018 bol novelizovaný tzv. *Embryowet*, vďaka ktorému sa proces náhradného materstva zjednodušil aj v rovine medicín-

<sup>62</sup> Citovaný zákon zmenil dovtedajšiu reštriktívnu legislatívu z roku 1985. Bol doplnený aj zákonom z 25. 4. 2002 o údajoch darcov pri umelom oplodnení (*Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting*). Zaujímavosťou je, že zdravotnícke zariadenia v dôvernom režime archivujú údaje o darcoch pohlavných buniek, aj keď tieto údaje nie sú známe strane, ktorá podstupuje umelé oplodnenie.

<sup>63</sup> BURGHT, G. – DOEK, J. *International Encyclopaedia of Laws: The Netherlands – Family and Succession Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2002, s. 78.

<sup>64</sup> REUß, P. *Künstliche Fortpflanzung im niederländischen Recht*. In: DUTTA, A. – SCHWAB, D. – HENRICH, D. – GOTTWALD, P. – LÖHNIG, M. (eds). *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht*. Bielefeld: Gieseking Verlag, 2015, s. 137.

<sup>65</sup> Zákon, ktorým sa mení a dopĺňa 1. kniha Občianskeho zákonníka v súvislosti s rodičovstvom ženy, ktorá je partnerom matky, inak než osvojením.

sko-administratívnych nárokov. Z predchádzajúcej úpravy ostali platné najmä trestno-právne ustanovenia, ktoré by sme si dovolili charakterizovať ako „verejné ponúkanie služieb náhradného materstva“ (§ 151b) a „navádzanie ženy na náhradné materstvo“ (§ 151 c).

Vo Veľkej Británii je spojenie medzi pôrodom a vlastným rodičovstvom do značnej miery spretrhané. Oproti analyzovanému nemeckému systému, ktorý jednoznačne preferuje biologické rodičovstvo, je podľa pravidiel *common law* oveľa významnejší genetický pôvod dieťaťa. Rodičovstvo je pokrvným zväzkom overiteľným prostredníctvom genetických testov. Z toho vyplýva, že otcom a matkou sú osoby, ktoré poskytli pohlavné bunky potrebné pre zrod dieťaťa.<sup>66</sup> Do značnej miery sa rešpektuje aj „sociálne rodičovstvo“. Praktiky náhradného materstva sú v praxi pomerne časté, páry sa usilujú využívať najmä gestačné náhradné materstvo. Iba v prípade potreby siahajú po darovaní vajíčka alebo celého oplodneného embrya od darcov. Kľúčovým právnym predpisom je *Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (HFEA 2008)*. V článku 33 ods. 1 sa na účely tohto predpisu za matku pokladá „žena, ktorá dieťa nosí alebo vynosila ako výsledok umiestnenia embrya alebo vajíčka a spermy, nie iná žena“. Podľa nasledujúceho odseku to neplatí, ak sa dieťa na základe osvojenia pokladá za potomka inej ženy.<sup>67</sup> Aj vo Veľkej Británii je vylúčená komerčná forma náhradného materstva, pripúšťa sa len uhradenie výdavkov spätých s pôrodom (kompenzácie).<sup>68</sup>

### 3. Reflexie náhradného materstva v Českej republike a na Slovensku

Zo všetkých krajín socialistického bloku explicitne vyjadril pravidlo *mater semper certa est* ako prvý bulharský zákonodarca prijatím pomerne pokrokového Zákona o rodine č. 41/1985 S. G. Tento predpis deklaroval v čl. 31 ods. 1, že materstvo sa určuje pôrodom a to aj vtedy, ak by bolo dieťa počaté z genetického materiálu inej ženy. V kontexte aktuálnej bulharskej úpravy treba dodať, že k tomuto zneniu sa priklonil aj platný § 60 Zákona o rodine č. 43/2009 S. G. („matkou dieťaťa je žena, ktorá ho porodila, a to aj v prípadoch uskutočnenia asistovanej reprodukcie“). Materský pôvod sa teda vždy zakladá zo strany matky pôrodom, zo strany dieťaťa narodením. Dieťa nemá právo na informácie ohľadom genetického pôvodu.<sup>69</sup>

Viacere ďalšie krajiny „Východného bloku“ zakotvili podobnú úpravu až po páde socializmu. Napr. československý zákon o rodine č. 94/1963 Zb. pôvodne vôbec neupravoval problematiku asistovanej reprodukcie.<sup>70</sup> V jeho rámci nebola upravená ani oblasť materských sporov (čo i len vo vzťahu k nájdeným deťom). Na medicínske objavy v oblasti ľudskej reprodukcie reagovala novela Zákona o rodine č. 132/1982 Zb., ktorá ustanovila nemožnosť zaprieť otcovstvo k dieťaťu, ktoré sa narodilo v určitej lehote z úkonu umelého

<sup>66</sup> PROBERT, R. – HARDING, M. *England and Wales: Family and Succession Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2018, s. 123–124.

<sup>67</sup> SIVÁK, J. *Náhradní mateřství v českém právu a související otázky*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2021, s. 46.

<sup>68</sup> DUFALOVÁ, L. *Surogačné materstvo*, s. 29, 126.

<sup>69</sup> TODOROVA, V. – STAVRU, S. – TOPUZOV, D. *Family and Succession Law: Republic of Bulgaria*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019, s. 130.

<sup>70</sup> Aspoň na čiastočnej báze mala byť problematika umelého oplodnenia upravená už v pôvodnom znení Zákona o rodine z roku 1963, počas kodifikačných prác sa však od tohto zámeru upustilo pre nerozvinutosť týchto metód. HADERKA, J. *Moderní genetika a naše současné rodinné právo*. In: *Medico-iuridica III: Zborník referátov z 3. československej medicínsko-právnej konferencie*. Bratislava: Československá lekárska spoločnosť, 1974, s. 354.

oplodnenia, ak s tým manžel vyjadril súhlas.<sup>71</sup> Vágnosť novelizovaného znenia vyvolala už v tom čase viacero otázok, skúmala sa možnosť oplodnenia manželiek, ktoré zákrok podstúpili bez manželovho súhlasu, prípadne oplodnenie osamelo žijúcich žien.<sup>72</sup> Avšak kým postupy pri inseminácii boli upravené už v 80. rokoch internými normami Ministerstiev zdravotníctva ČSR a SSR,<sup>73</sup> inovulácii (darovaniu vajíčka) nebola venovaná pozornosť. Avšak ešte za socializmu sa na stránkach našich právnických periodík dočítame „desivé správy“ o tom, že v Spojených štátoch amerických existujú agentúry, ktoré objednávajú-cemu páru za poplatok sprostredkujú ženu ochotnú sa podrobiť artificijálnej inseminácii a donoseniu dieťaťa.<sup>74</sup>

V Českej republike sa pravidlo o materstve biologickej rodičky stalo explicitnou súčasťou právneho poriadku na základe „veľkej novely“ zákona o rodine č. 91/1998 Sb. (§ 50a).<sup>75</sup> Napokon nemecký BGB bol obohatený o explicitné vyjadrenie zásady *mater semper certa est* len v roku 1997. V súčasnosti predmetné ustanovenie prešlo do § 775 o. z., ktorý znie: „*Matkou dítěte je žena, která je porodila.*“<sup>76</sup> Hoci v krajinách „germánskeho okruhu“ vplývali na konkrétnu interpretáciu tejto zásady zákony o reprodukčnej medicíne, český zákon č. 373/2011 Sb. o špecifických zdravotných službách sa o náhradnom materstve nezmieňuje.<sup>77</sup> V českom právnom poriadku sa však tento postup spomína v § 804 o. z. v súvislosti s osvojením: „*Osvojení je vyloučeno mezi osobami spolu příbuznými v přímé linii[...]. To neplatí v případě náhradního mateřství.*“ Druhá veta citovaného ustanovenia bola do o. z. inkorporovaná v samom závere legislatívnych prác, pričom ideovo sa zameriava najmä na prípady, keď blízke príbuzné pomáhali svojim neplodným sestram či dcéram vynosiť dieťa, ktoré mohlo byť počaté napr. aj celkom prirodzene alebo za využitia asistencie.<sup>78</sup> Najväčší záujem o náhradné materstvo totiž prevláda zrejme medzi príbuznými ženami,<sup>79</sup> čo je pochopiteľné vzhľadom na nemožnosť využitia komerčnej stránky náhradného materstva. Podľa nášho názoru § 804 o. z. predstavuje materiálny korektív

<sup>71</sup> To neplatí, ak matka otehotnela inak. Obsah tohto ustanovenia je stále platný (porovnaj § 787 českého o. z. a § 87 ods. 2 slovenského Zákona o rodine č. 36/2005 Z. z.). Zo všetkých socialistických krajín prijalo podobné ustanovenie do svojho zákonodarstva ako prvé Bulharsko už v roku 1968, Juhoslávia v roku 1977. K tomu pozri: DRGONEC, J. Právne problémy umelého oplodňovania a ich úprava v ČSSR. *Právny obzor*. 1984, roč. 67, č. 2, s. 139.

<sup>72</sup> KOVÁČIKOVÁ, V. K novelizácii Zákona o rodine. *Právny obzor*. 1983, roč. 66, č. 4, s. 318; PLANKOVÁ, O. Úvahy nad novelizáciou úpravy rodinnoprávnych vzťahov. *Právny obzor*. 1984, roč. 67, č. 4, s. 333; KABÁT, J. Rodinnoprávna problematika vo svetle novely Zákona o rodine. *Socialistické súdnictvo*. 1985, roč. 37, č. 1, s. 12.

<sup>73</sup> Smernica Ministerstva zdravotníctva ČSR č. OP-066.8-18.11 o podmienkach pre umelé oplodnenie (č. 6/1983), Závazné opatrenie Ministerstva zdravotníctva SSR o úprave podmienok pre umelé oplodnenie (č. 24/1983).

<sup>74</sup> HADERKA, J. Surogační mateřství. *Právny obzor*. 1986, roč. 69, č. 10, s. 919.

<sup>75</sup> NYKODÝM, J. Novela zákona o rodině (zák. č. 91/1998 Sb. zák.). *Bulletin advokacie*. 1998, č. 8, s. 21. Dôvodová správa k novému § 50a bola výstižná: „*Nově navrhané ustanovení je reakcí na problematiku tzv. asistované reprodukce. Navrhané ustanovení vylučuje diskusi o mateřství v případě dárčovství vajíčka ve prospěch ženy, která dítě porodila. V zahraničí je v této souvislosti známa řada dlouhodobých, složitých sporů a kontroverzních rozhodnutí.*“

<sup>76</sup> Dôvodová správa k § 775 o. z. je v tomto smere pomerne stručná: „*Právní pravidlo u nás přijaté, podle kterého je porod jedinou relevantní skutečností pro rozhodnutí otázky mateřství, odpovídá i článku 2 evropské Úmluvy o právním postavení dětí narozených mimo manželství (bez ohledu na věcnou působnost této Úmluvy). Je nepochybné, že žalobě ženy, která byla dárkyní genetické látky, proti ženě, která dítě porodila, nelze vyhovět.*“

<sup>77</sup> Ide o § 3–11 citovaného zákona v znení neskorších predpisov.

<sup>78</sup> KRÁLÍČKOVÁ, Z. – KYSELOVSKÁ, T. § 775 [Mateřství]. In: HRUŠÁKOVÁ, M. – KRÁLÍČKOVÁ, Z. – WESTPHALOVÁ, L. a kol. *Občanský zákoník II: Rodinné právo (§ 655–975)*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 489–492.

<sup>79</sup> NOVÁ, H. § 804 [Vyloučení osvojení]. In: ŠVESTKA, J. – DVORÁK, J. – FIALA, J. – ZUKLIŇOVÁ, M. – NOVÁ, H. – ELISCHER, D. – FRINTA, O. – FRINTOVÁ, D. *Občanský zákoník 2 (§ 655 – 975): Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 352.



zásady *mater semper certa est*, lebo obsahuje spôsob uznania právneho rodičovstva, a to bez toho, aby túto zásadu oslaboval alebo inak favorizoval náhradné materstvo.

Podľa názoru veľkej časti autorov nie je náhradné materstvo v Českej republike explicitne zakázané, preto by mala byť jeho realizácia v intenciách Listiny základných práv a slobôd v zásade dovolená.<sup>80</sup> Akékoľvek dohody medzi objednávateľským párom a tehotnou ženou sú pokladané za právne nevymáhateľné.<sup>81</sup> Boli totiž vznesené aj varovné hlasy, podľa ktorých statusová povaha materstva bráni uplatneniu princípu autonómie vôle, známeho skôr zo záväzkového práva.<sup>82</sup> So zreteľom na § 1 ods. 2 o. z. (kogentnosť statusových pomerov) je to pochopiteľné.

Na Slovensku došlo k explicitnému potvrdeniu statusu biologickej matky až prijatím nového zákona o rodine č. 36/2005 Z. z. Predchádzajúce kódexy sa až dovedy nevenovali tejto problematike. V ustanovení § 82 ods. 1 Zákon o rodine deklaroval, že „*matkou dieťaťa je žena, ktorá dieťa porodila*“. Dôvodová správa v tomto bode odkázala na rozvoj asistovanej reprodukcie pri liečbe neplodnosti mužov a žien, čo odôvodnilo potrebu definovať matku ako ženu, ktorá dieťa porodila, čím sa slovenský zákonodarca prihlásil k „rímско-germánskej vetve európskeho civilného práva“.<sup>83</sup> V § 82 ods. 2 zákon celkom jasne uvádza, že „*dohody a zmluvy, ktoré sú v rozpore s uvedeným, sú neplatné*.“ Eventuálna zmluva o náhradnom materstve by bola postihnutá absolútnou neplatnosťou.<sup>84</sup> V slovenskej praxi sa však vyskytujú aj názory, že aj keby predmetné ustanovenie absentovalo, rodičovské práva a povinnosti nemožno zmluvne prevádzať vzhľadom na to, že ide o statusový pomer, čo je názor značne ovplyvnený českou úpravou.<sup>85</sup>

Z pohľadu medicínskeho práva reguloval problematiku reprodukčnej medicíny (najmä darcovstva pohlavných buniek) tzv. transplantčný zákon č. 317/2016 Z. z. o požiadavkách a postupoch pri odbere a transplantácii ľudského orgánu, ľudského tkaniva a ľudských buniek v znení neskorších predpisov, ktorý oproti stále platnému Opatreniu Ministerstva zdravotníctva SSR z roku 1983 umožnil prístup k umelému oplodneniu nielen manžel-skému páru, ale aj životným partnerom opačného pohlavia (mužovi a žene, ktorí vyhlásia, že majú medzi sebou intímny vzťah).<sup>86</sup> Konzervatívnosť tejto regulácie oproti aktuálnej rakúskej úprave je zrejmalá.<sup>87</sup> Predpis neupravuje problematiku náhradného materstva.

<sup>80</sup> ZEMANDLOVÁ, A. Současnost a budoucnost právní regulace surrogátního mateřství u nás. In: *Dny práva 2012: Biologické a sociální rodičovství versus rodičovství právní*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 1337.

<sup>81</sup> JIRÁSKOVÁ, K. Náhradní mateřství. In: ŠUSTEK, P. – HOLČAPEK, T. a kol. *Zdravotnické právo*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 503–504.

<sup>82</sup> KRÁLÍČKOVÁ, Z. *Mater semper certa est! O náhradním a kulhajícímateřství*, s. 726.

<sup>83</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov: K § 82 a 83.

<sup>84</sup> SVOBODA, J. – FICOVÁ, S. *Zákon o rodine: Komentár*. Bratislava: Eurounion, 2005, s. 217; PAVELKOVÁ, B. *Zákon o rodine: Komentár*. Druhé vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2013, s. 516.

<sup>85</sup> DUFALOVÁ, L. *Surogačné materstvo*, s. 29, 100.

<sup>86</sup> § 2 ods. 12 citovaného zákona. Právnu úpravu pred prijatím tohto zákona precízne zhrnul HUMENÍK, I. *Ochrana osobnosti a medicínske právo*. Žilina: Eurokódex, 2011, s. 178–180.

<sup>87</sup> Literatúra pesimisticky konštatuje, že slovenská právna úprava asistovanej reprodukcie nie je dostatočná, pričom využívanie týchto medicínskych metód v SR je v porovnaní s inými členskými krajinami EÚ nižšia. Tento faktor spôsobuje aj vysoká religiozita slovenského obyvateľstva (FREEL, L. – NOVÁKOVÁ, M. *Zdravotnícke právo*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, s. 145–147). Podľa Katechizmu Katolíckej cirkvi sú homológa inseminácia a umelé homológne oplodnenie aj čo len v rámci manželského páru morálne neprijateľné, lebo oddelujú pohlavný úkon od úkonu plodenia. Ešte neprijateľnejšie je darovanie mužských alebo ženských pohlavných buniek od tretej osoby na reprodukčné účely, lebo tým „*porušujú právo dieťaťa narodiť sa z otca a matky, ktorých pozná a ktorí sú medzi sebou spojení v manželstve*“ (čl. 2376–2377). Náhradné materstvo je teda tiež neprijateľné.

## Záver

*De lege lata* rímskoprávna zásada *mater semper certa est* od právnika Paula nachádza svoje explicitné vyjadrenie v českom, slovenskom, rakúskom, nemeckom, ba i holandskom právnom poriadku (opomenúc mnohé ďalšie štáty, ktoré sa k nej hlásia, osobitne sme analyzovali napr. Bulharsko). Ide o jednu z univerzálnych právnych zásad. Na jej dodržiavanie existuje konsenzus minimálne v rámci rodiny kontinentálneho práva. Napríklad v holandskom občianskom zákonníku (ako príklade z opačného spektra) bola najvýraznejšie modifikovaná týmto spôsobom v podobe dodatku: „*matkou dieťaťa je žena, ktorá ho porodila alebo ktorá ho adoptovala.*“

Vnútorň a filozofický obsah tejto zásady sa v priebehu dejín bezpochyby posunul. V rímskom práve predstavovala východiskový bod pre určenie otcovstva a tým aj manželského statusu dieťaťa. Matka bola relatívne istá v dôsledku pôrodu, preto sa otcovstvo odvodzovalo od jej postavenia. Prioritou nebolo zistenie skutočného otca dieťaťa (čo napokon bolo až do zavedenia genetických testov prakticky nemožné). Určenie otcovstva malo vyjadriť istú mieru pravdepodobnosti ustálenej spoločenskou praxou s cieľom získať pre dieťa „legitímneho“ otca.<sup>88</sup> Preto bola zásada *mater semper certa est* v pôvodnom texte doplnená domnienkou „*otec je ten, na koho ukazuje manželstvo*“ (*pater est quem nuptiae demonstrant*).<sup>89</sup> Ak by šlo v historickom kontexte o nemanželské dieťa, je jasné, že podľa väčšiny úprav by právne „nemalo otca“. Podstatné však je, či by takýto potomok patril aspoň do rodiny matky, alebo by sa stal samostatnou entitou, od ktorej by sa mohla „právne“ dištancovať aj matka.<sup>90</sup> V kontexte humanizácie právneho poriadku práve tu opäť vynikla zásada, že matkou dieťaťa je žena, ktorá ho porodila.

Renesanciu zásady *mater semper certa est* na konci 20. storočia zapríčinil rozvoj reprodukčnej medicíny, keď hrozilo, že v dôsledku využívania metód IVF by mohlo byť postavenie matky spochybnené. Kontradikciu medzi biologickým a genetickým rodičovstvom, prípadne medzi faktickým a právnym stavom sa veľká skupina štátov rozhodla vyriešiť explicitným zakotvením favorizácie tehotnej ženy, ktorá dieťa porodí.<sup>91</sup> Túto zásadu by sme mohli presnejšie vyjadriť pravidlom zo sféry *common law* ako „*mater est quam gestatio demonstrat*“ (na matku poukazuje pôrod).<sup>92</sup> Hypotéza v úvode tohto článku hlásala, že náhradné materstvo môže do značnej miery relativizovať jednoznačne určité postavenie ženy, ktorá dieťa porodila, aspoň *de lege ferenda*. Hoci ide o lákavý a v intencióch náhradného materstva logický záver, toto tvrdenie sa podľa nášho názoru nepotvrdilo. Náhradné materstvo, ktoré sa v našom priestore pokladá za „Pandorinu skrinku“,<sup>93</sup> nemá potenciál narušiť všeobecný princíp biologického materstva.

Ak je vôbec dovolené, náhradné materstvo spravidla rámcujú normy trestného práva.<sup>94</sup> Osobitne by sme poukázali na trestnosť ponúkajú služieb náhradného materstva ženou,

<sup>88</sup> PLANKOVÁ, O. Úvahy nad novelizáciou úpravy rodinnoprávných vzťahov. *Právny obzor*. 1984, roč. 67, č. 4, s. 332.

<sup>89</sup> Porovnaj § 85 slovenského Zákona o rodine.

<sup>90</sup> SEDLÁČEK, J. § 155, s. 791.

<sup>91</sup> IVANČO, M. – ČIPKOVÁ, T. The Position of the Biological Father of a Child in the Context of Paternity Determination. In: SZAKÁCS, A. (ed.). *European Law as a Tool for Approximation of Slovak Law and Ukrainian Law*. Bratislava: Comenius University in Bratislava, 2020, s. 36.

<sup>92</sup> V súčasnosti je toto pravidlo z roku 1983 predmetom sporov, či možno do „*gestatio*“ zahrnúť aj tehotenstvo ako také. Dokonca býva nesprávne vykladané v prospech genetickej matky.

<sup>93</sup> KRÁLÍČKOVÁ, Z. *Mater semper certa est! O náhradní a kulhájícím mateřství*, s. 726.

<sup>94</sup> Proti trestnému postihu metód umelého oplodnenia v staršom československom práve vystúpili DRGONEC, J. –

ako aj na trestnosť vyhľadávania náhradnej matky zo strany objednávateľského páru, ak bola táto správa zverejnená prostredníctvom informačných prostriedkov (napr. novín a časopisov). Trestnosť tohto konania vyplýva z rigoróznejskej nemeckej, ale aj liberálnej holandskej úpravy (v Holandsku prevládala téza „*štát náhradné materstvo dovoľuje, ale nepropaguje ho*“). Do úvahy tiež prichádza uplatnenie osobitnej skutkovej podstaty „obchodovania s deťmi“. Tento trestný čin bol zakotvený vo viacerých štátoch na základe požiadaviek Dohovoru o právach dieťaťa.<sup>95</sup> Podľa § 169 zákona č. 40/2009 Sb. trestní zákoník<sup>96</sup> by mala byť predmetom trestného postihu komercializácia náhradného materstva, nemalo by teda dôjsť k prenechaniu odnoseného dieťaťa objednávateľskému páru za odmenu (okrem výdavkov spätých s tehotenstvom a pôrodom). Môžeme sa však stretnúť s názorom, ktoré bagatelizujú škodlivosť podobného skutku, pričom poukazujú na nízku uplatniteľnosť tohto trestného činu v praxi, pokiaľ vyslovene nejde o zamestnanie náhradnej matky.<sup>97</sup> Zrkadlovo možno poukázať na trestný čin zverenia dieťaťa do moci iného (v minulosti „obchodovanie s deťmi“) podľa § 180 slovenského Trestného zákona (č. 300/2005 Z. z.), ktorý sa napriek podobnej koncepcii líši od českého náprotivku jednak viazaním dôvodu prenechania dieťaťa výlučne na adopciu,<sup>98</sup> zároveň toto konanie nemusí byť motivované odmenou, čo evokuje plošný zákaz náhradného materstva aj v optike trestného práva. Veľmi podobnú skutkovú podstatu trestného činu „obchodovania s deťmi“ (*Kinderhandel*) obsahuje aj § 236 nemeckého *StGB*, ktorý postihuje prenechanie dieťaťa za odmenu tretej osobe zo strany rodiča, adoptívneho rodiča alebo pestúna.<sup>99</sup> Konkrétne formy trestnej činnosti v súvislosti s náhradným materstvom v Nemecku ďalej neupravuje trestný zákon, ale osobitné predpisy.<sup>100</sup>

---

FÁBRY, A. Zodpovednosť za moderné medicínske výkony. *Právnik*. 1983, roč. 122, č. 9, s. 862: „Spoločnosť nemôže považovať narodenie dieťaťa za udalosť, ktorá je v rozpore so záujmami spoločnosti, ak to je v súlade s vôľou rodičov.“

<sup>95</sup> Porovnaj čl. 35 Dohovoru o právach dieťaťa (č. 104/1991 Sb.).

<sup>96</sup> V minulosti šlo o § 216a Trestného zákona č. 140/1961 Sb. v znení neskorších predpisov. V novom Trestnom zákonníku z roku 2009 nesie § 169 názov: *Svěření dítěte do moci jiného*.

<sup>97</sup> SVATOŠ, R – KONEČNÁ, H. Náhradní mateřství v trestněprávních konsekvencích. *Trestněprávní revue*. 2019, roč. 18, č. 1, s. 9–12. Oproti tomu pozri: „*Důvodem trestněprávního postihu jsou morální zásady, neboť toto jednání je zavržením hodné zejména z toho důvodu, že je uskutečňováno za peníze a předmětem tohoto obchodu je dítě.*“ ŠÁMAL, P. § 169 [Svěření dítěte do moci jiného]. In: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník: Komentář*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2023, s. 2157.

<sup>98</sup> Kým § 169 zákona č. 40/2009 Sb. v príslušnej časti znie „za účelom adopce nebo pro jiný obdobný účel“ (pestúnska starostlivosť, iná rodinná výchova v zahraničí), § 180 slovenského trestného zákona znie „kto [...] zverí dieťa na účel adopcie alebo kto [...] získá dieťa na účel adopcie“. Pozri PALKOVIČ, J. § 180 [Zverenie dieťaťa do moci iného]. In: ČENTÉŠ, J. a kol. *Trestný zákon: Veľký komentár*. Bratislava: Eurokódex, 2013, s. 322: „*Nevyžaduje sa prísľub odmeny, ako tomu bolo v minulosti.*“

<sup>99</sup> KINDHÄUSER, U. *Strafrecht: Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte*. 8. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, s. 177.

<sup>100</sup> Dopĺňame, že aktuálne účinný rakúsky trestný zákon obsahuje obdobný trestný čin v § 194 (Zakázané sprostredkovanie adopcie).

## RECENZE

## Tauchen Jaromír – Vojáček Ladislav – Kolumber David – Salák Pavel – Horák Ondřej. *České právní dějiny po roce 1989*. Brno: Masarykova univerzita, 2023, 220 s.

Publikace s názvem *České právní dějiny po roce 1989* z dílny autorského kolektivu katedry dějin státu a práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity vyšla v prvním pololetí letošního roku coby první učebnice pojednávající o historickoprávním vývoji po pádu komunismu u nás. Jako první v rámci pedagogické disciplíny právních dějin představuje pojednání o dynamickém vývoji obnoveného československého, potažmo českého demokratického právního státu.<sup>1</sup> Učebnice je tak jedním z dalších důležitých kroků již započaté orientace oboru právních dějin směrem k tématu postkomunistického vývoje v tuzemsku.<sup>2</sup>

Vzhledem k tomu, že učebnice pojednává o vývoji našeho státu a práva od pádu komunistického režimu, tedy od poměrně nedávné historické události, nabízí se ve vztahu k ní důležitá otázka, a to, v jaké době výklad končí. Tato otázka je relevantní i s ohledem k časovým souběhům líčených skutečností se současností. Otázku si položili i sami autoři hned v úvodu první podkapitoly, věnované úvodním poznámkám k členění výkladu. Zatímco *terminus a quo* byl stanoven k okamžiku pádu komunismu u nás, což předvídá i rok 1989 uvedený v názvu publikace, *terminus ad quem* autoři spojili s první polovinou roku 2022 s doplněním, že rozhodným momentem (k odlišení, co ještě je právní historií a co už platným právním stavem) bude zásadně okamžik přijetí kodifikace v daném právním odvětví, případně přijetí poslední zásadní změny dané kodifikace.<sup>3</sup> Takový postup je pragmatičtější, neboť tím historický výklad publikace činí kontinuální se současností. Nutno dodat, že takový postup je i pochopitelný vzhledem k častým novelizacím, třebaže relativně nedávných kodifikací.<sup>4</sup>

Jistě by se periodizace, zejména s ohledem ke stanovení konečného data, určovala lépe s určitým časovým odstupem, čehož jsou si vědomi i autoři.<sup>5</sup> Na druhou stranu, po přečtení publikace se nezdá, že by se riziko spočívající v možném neodhadnutí toho, co bylo z pohledu autorů pro účely obsahu učebnice v polovině roku 2022 historicky důležité, naplnilo. Nutno dodat, že u nás zatím nemáme příliš příkladů učebnic řešících obdobný

<sup>1</sup> K tomu blíže kupříkladu HŘEBEJK, J. Česká republika je demokratický právní stát, stanoví naše ústava. In: ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K – KÜHN, Z. – BERAN, K. – MARŠÁLEK, P. – WINTR, J. et al. (eds). *Právo jako multidimenzionální fenomén: pocta Aleši Gerlochovi k 65. narozeninám*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2020, s. 164–173. Dále též včetně přehledu existujících výkladů pojmu demokratický právní stát viz TOMOSZEK, M. *Podstatné náležitosti demokratického právního státu*. Praha: Leges, 2015, s. 56 an.

<sup>2</sup> GÁBRIŠ, T. – LYSINA, T. Výučba a výskum právných dějin v globalizovanom svete. In: VOJÁČEK, L. (ed.). *Tradice, současnost a perspektivy české a slovenské právní vědy a výuky práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 11.

<sup>3</sup> TAUCHEN, J. – VOJÁČEK, L. – KOLUMBER, D. – SALÁK, P. – HORÁK, O. *České právní dějiny po roce 1989*. Brno: Masarykova univerzita, 2023, s. 11–12.

<sup>4</sup> Příkladem za všechny budiž teprve devět let účinný občanský zákoník, který byl již několikrát novelizován, což zmínkou o změnách fungování podstatných institutů reflektuje i recenzovaná učebnice. *Ibidem*, s. 85.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 12.

problém. Mezi právními historiky se však již delší dobu prosazuje retrospektivní výklad právních dějin, který je založený na výkladu historických kořenů právě platné právní úpravy dle jednotlivých odvětví práva.<sup>6</sup> Retrospektivnímu výkladu je totiž na rozdíl od chronologického výkladu dějin vlastní výklad současného práva z historickoprávního hlediska.<sup>7</sup> K tomu se svým přístupem blíží i recenzovaná učebnice, neboť na nedávném právním vývoji vykládá současný právní stav. Takový výklad rozhodně působí vhodněji než výklad založený na nepřiléhající periodizaci.

Účelem učebnice je dle autorů předložení studijního materiálu posluchačům právnických fakult při studiu právních dějin.<sup>8</sup> V prostředí brněnské právnické fakulty pak vydání učebnice konkrétně znamená poskytnutí učebního textu pro výuku tématu vývoje státu a práva po roce 1989, které rozšířilo kurikulum tamního povinného kurzu s názvem *České a československé právní dějiny novověku* už v roce 2020.<sup>9</sup> K obdobné změně portfolia výuky právních dějin došlo také na pražské právnické fakultě, a to v povinném předmětu s názvem *Historické základy českého práva II*.<sup>10</sup> Ze slovenských fakult lze zmínit právnickou fakultu v Trnavě<sup>11</sup> a Banské Bystrici,<sup>12</sup> kde jsou právní dějiny Slovenska po roce 1989 vyučovány pouze do roku 1992. Vyučování českých (na Slovensku slovenských) a československých právních dějin v období po pádu komunismu tedy není na českých a slovenských fakultách samozřejmé.

Přítom z pohledu cíle, který by si výuka právních dějin měla klást, tedy aby studenti práv porozuměli logice proměn, kterými prošlo tuzemské právo v rámci své geneze, nemůže nadále vynechání vývojové etapy po roce 1989 obstát. Tím spíše toto vynechání neobstojí, má-li být výuka aktuální. Období po sametové revoluci totiž bezprostředně utváří podobu současného státu a práva. Tu lze jen s obtížemi dovozovat z předcházející vývojové etapy socialismu či z etapy první československé republiky. Ještě obtížněji pak z dřívějších etap, jako je například středověké období. Vynechání vývoje po roce 1989 tak v roce 2023 ve výuce dějin práva znamená nutnou mezeru, na jejíž zaplnění v lekcích pozitivně právních předmětů přirozeně není a ani nemůže být pro časový odstup 34 let plných dynamických legislativních změn prostor. Zaplnění této mezery by proto mělo být úlohou výuky právních dějin, třebaže na úkor předmoderních právních dějin.

S ohledem na skutečnosti zmíněné v předchozím odstavci se tedy studentům nabízí učebnice, která má potenciál učinit jejich studium z časového hlediska kontinuální, neboť kurz právních dějin obvykle bývá v rámci českých a slovenských fakult zařazen vedle dalších teoretických předmětů do počátečních semestrů studia mateřského oboru práva

<sup>6</sup> GÁBRIŠ, T. – LYSINA, T. *Výučba a výskum právnych dejin v globalizovanom svete*, s. 13.

<sup>7</sup> K tomu blíže GÁBRIŠ, T. *Právo a dejiny: právnohistorická propedeutika*. Kraków: Spolok Slovákov v Polsku, 2012, s. 153.

<sup>8</sup> TAUCHEN, J. – VOJÁČEK, L. – KOLUMBER, D. – SALÁK, P. – HORÁK, O. *České právní dějiny po roce 1989*, s. 10–11.

<sup>9</sup> Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra dějin státu a práva. *MP201Zk České a československé právní dějiny novověku* [online]. Informační systém Masarykovy univerzity, 2023. [cit. 2023-10-15]. Dostupné z: <<https://is.muni.cz/predmet/law/jaro2020/MP201Zk>>.

<sup>10</sup> Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra právních dějin. *České a československé právní dějiny II – HP0892* [online]. Univerzita Karlova, 2023. [cit. 2023-10-15]. Dostupné z: <<https://www.prf.cuni.cz/kpd/predmety>>.

<sup>11</sup> Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, Katedra dějin práva. *Otázky na skúšky Katedry DP* [online]. Trnavská univerzita v Trnave, 2023. [cit. 2023-10-15]. Dostupné z: <<https://iuridica.truni.sk/otazky-na-skusky-katedry-dp>>.

<sup>12</sup> Univerzita Mateja Bela, Banská Bystrica, Právnická fakulta, Katedra dějin státu a práva. *Dejiny štátu a práva na území Slovenska II* [online]. Univerzita Mateja Bela, Banská Bystrica, 2023. [cit. 2023-10-15]. Dostupné z: <<https://www.prf.umb.sk/katedry/katedra-dejin-statu-a-prava/predmety-katedry/dejiny-statu-a-prava-na-uzemi-slovenska-ii.html>>.

a právní vědy, na které v následujících semestrech navazují předměty současného práva.<sup>13</sup> Zmíněná kontinuita může u studentů vhodným způsobem podpořit jejich studium pozitivního práva tím, že jim umožní pochopit souvislosti a důvody zvolených legislativních řešení určitého právního institutu či úpravy jako celku. Z dlouhodobého hlediska se k učebnici studující mohou vracet i po absolvování předmětu právních dějin právě při studiu předmětů platného práva. Kromě studujících může učebnice dle autorů posloužit i dalším čtenářům ze spřízněných oborů. Takový předpoklad se i s ohledem na pojednání o poměrně nedávné historii, která má v současnosti stále své živé právní konsekvence, nezdá být nadsazený.

Svou strukturou je učebnice vhodně redakčně připravená. Úvodem je čtenář vnesen do politicko-ekonomických souvislostí revolučního roku 1989, tedy do kontextu pádu komunismu u nás a následujícího období devadesátých let plného politických kauz a krizí spojených s privatizací státního majetku a s celkovou ekonomickou i celospolečenskou transformací. Poté jsou nastíněny základní tendence vývoje právního řádu a mezinárodních vazeb České a Slovenské Federativní Republiky, potažmo České republiky, včetně členství v mezinárodních organizacích a Evropské unii.

Ještě předtím, než učebnice přistupuje k pojednání o vývoji jednotlivých právních odvětví, se ve zvláštní kapitole věnuje vývoji soudnictví společně s veřejnou žalobou a poté následuje kapitola o vybraných právnických povoláních, která se člení do čtyř podkapitol o advokacii, notářství, soudních exekutorech a o znalecké a tlumočnické činnosti. Zahrnutí této materie je velmi vhodné, neboť současná podoba fungování a zákonné nastavení uvedených činností se bezprostředně vyvíjela právě v období po roce 1989. Lze snad vytknout jen to, že podkapitola věnovaná znalecké a tlumočnické činnosti, která by jinak v publikaci měla mít své místo, terminologicky neodpovídá nadřazené kapitole nazvané „právníká povolání“,<sup>14</sup> neboť jde o činnosti, které nemusí být právníké a nemusí být ani povoláními, byť jsou spjaty s aplikací práva a v právním řádu mají své nutné opodstatnění.

Poté již následují pojednání o jednotlivých právních odvětvích veřejného i soukromého práva. Závěr učebnice je pak věnován zvláštní právní úpravě, která transformaci post-totalitního státu definuje snad nejvíce, a to restitucím, privatizací a lustrací. Být jde o zásadní problematiku, je zařazena do posledních tří kapitol. Na druhou stranu pro studující může být toto zařazení vhodné pro lepší pochopení látky díky získání souvisejících vědomostí v předchozích kapitolách.

Zařazení zmiňované trojice kapitol zvláštního zákonodárství je vhodné také proto, že do dnešních dní pro posluchače práv neexistoval ucelenější přehled dané problematiky,

<sup>13</sup> Jako je tomu v případě pražské, brněnské, plzeňské, banskobystrické, trnavské i košické právníké fakulty. Výjimkou je snad bratislavská právníká fakulta, kde byla povinná výuka právních dějin relativně nedávno přeřazena do studijního programu navazujícího magisterského studia v oboru Právo. Fakticky jsou předměty dějin práva na této instituci vyučovány v závěru právníkého studia. In: Univerzita Komenského v Bratislave, Právníká fakulta. *Magisterský studijný program Právo* [online]. Univerzita Komenského v Bratislave, 2023. [cit. 2023-10-15]. Dostupné z: <<https://ais2.uniba.sk/repo2/repository/default/ais/studijneplany/2023-2024/PraF/SK/mPRV17.html>>. Ve výčtu českých právníkých fakult schází olomoucká fakulta, kde v rámci studijního programu mateřského oboru povinná výuka komplexního předmětu právních dějin absentuje. In: Univerzita Palackého v Olomouci, Právníká fakulta. *Studijní plán Právo a právní věda – MO421A220005* [online]. Univerzita Palackého v Olomouci, 2023. [cit. 2023-10-15]. Dostupné z: <[https://www.pf.upol.cz/files/userdata/PF/Studijni\\_zalezitosti/Studijni\\_plany/SP\\_2023-24\\_-M6805.pdf](https://www.pf.upol.cz/files/userdata/PF/Studijni_zalezitosti/Studijni_plany/SP_2023-24_-M6805.pdf)>.

<sup>14</sup> Jedná se o kapitolu 5.4. In: TAUCHEN, J. – VOJÁČEK, L. – KOLUMBER, D. – SALÁK, P. – HORÁK, O. *České právní dějiny po roce 1989*, s. 74.

přítom se studenti během svého studia (či v pozdější praxi) velice pravděpodobně s uvedenou legislativou setkají. V úvahu je třeba brát i stálou přítomnost terminologie z těchto oblastí ve veřejném prostoru. A nakonec, s majetkovými a osobnostními souvislostmi nejen komunistické minulosti se Česká republika stále ještě definitivně nevypořádala, jak sami autoři publikace ilustrují na příkladu majetkových nároků státních příslušníků Lichtenštejnska.<sup>15</sup> Velmi vhodně jsou k uvedeným kapitolám zmíněny kontroverze doby a nechybí ani pojem „tunelování“,<sup>16</sup> kterým čeština na pozadí politicko-kriminálních kauz obohatila např. angličtinu.<sup>17</sup>

Celkově svou strukturou učebnice odpovídá jinak tradiční osnově učebnice právních dějin. Do obecného a politického kontextu je nejprve zasazeno pojednání o státoprávním, ústavním a správním vývoji, na což poté navazují pojednání k právním odvětvím s případným zaměřením na vybrané právní instituty.<sup>18</sup> Je proto vhodným zpestřením, že tuto jinak tradiční konstrukci v učebnici doplňují kapitoly o právnických povoláních a závěrem o restitucích, privatizaci a lustracích.

Byť bylo období devadesátých let v mnohých směrech kontroverzní, šlo o období, na jehož pozadí se utvářel moderní stát, který se postupně oprostil od socialistického právního řádu a který se etabloval v evropském a širším mezinárodním společenství. Posledně zmiňované recenzovaná publikace zachycuje na skutečnostech teprve nedávných dní. Namátkou lze zmínit rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie z minulého roku,<sup>19</sup> poslední novelizaci Listiny základních práv a svobod z roku 2021<sup>20</sup> či novelizaci zákona o soudech a soudcích z téhož roku<sup>21</sup> atp.

Ačkoliv jsou v dějinách našeho státu v období po roce 1989 zdůrazňovány zejména politické události, většinou se učebnice drží právní roviny a politický kontext dokresluje pouze tam, kde to autoři zřejmě považovali za důležité (jde například o proces přijímání české ústavy<sup>22</sup> či schvalovací proces ve vztahu k zákonu o registrovaném partnerství,<sup>23</sup> který může kontextově dobře posloužit i v dnešní diskusi o uzákonění stejnopohlavního manželství). Na druhou stranu, možná takových politických kontextů mohlo být poskytnuto více. Za zmínku by jistě stál kupříkladu politický kontext vzniku jedinečného konstruktů, který nemá v ústavním právu příliš dalších referenčních případů, totiž konstruktů ústavního pořádku, jenž vznikl jako politický kompromis k výhradám politických stran ODS a ODA, a zejména premiéra Václava Klause o „zaplevelování ústavy“.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> Ibidem, s. 190.

<sup>16</sup> Ibidem, s. 201.

<sup>17</sup> JOHNSON, S. – LA PORTA, R. – LOPEZ-DE-SILANES, F. – SHLEIFER, A. Tunneling. *The American Economic Review*, 2000, roč. 90, č. 2.

<sup>18</sup> Z celé řady učebních pomůcek pro vyučování českých právních dějin jde aktuálně například o učební pomůcku VOJÁČEK, L. – SCHELLE, K. – KNOLL, V. *České právní dějiny*. 3. upravené vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2016. Přiměřeně dále též KUKLÍK, J. *Dějiny československého práva: 1945–1989*. Praha: Auditorium, 2011. MOSNÝ, P. – LAČLAVÍKOVÁ, M. *Dějiny státu a práva na území Slovenska*. II., (1848–1948). 2. doplnené vydání. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019. BEŇA, J. – GÁBRIŠ, T. *Dějiny práva na Slovensku. I., (Do roku 1918)*. Bratislava: Univerzita Komenského, 2016. VOJÁČEK, L. – KOLÁŘIK, J. – GÁBRIŠ, T. *Československé právní dějiny (1918–1992): text a pramene*. Bratislava: Paneurópska vysoká škola, 2011.

<sup>19</sup> TAUCHEN, J. – VOJÁČEK, L. – KOLUMBER, D. – SALÁK, P. – HORÁK, O. *České právní dějiny po roce 1989*, s. 85.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 38.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 63.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 32–33.

<sup>23</sup> Ibidem, s. 93.

<sup>24</sup> KOPEČEK, L. *Éra nevinnosti: česká politika 1989–1997*. Brno: Barrister & Principal, 2010, s. 158.

Proti uvedenému by se jistě dalo oponovat tím, že smyslem učebnice, která má pojednávat o právních dějinách, není líčit politický vývoj. Na druhou stranu jsou pro vybrané období vývoje naší právní úpravy poměrně typické obdobné politické zásahy, které jsou z dnešního pohledu iracionální, neboť bez jakéhokoli odůvodnění často spočívaly v uplatnění osobních zájmů jednotlivců, případně politických stran či jiných skupin, což může být pro danou právní úpravu příznačné. V tomto ohledu se do budoucna naskýtá prostor ke zpracování komplexnější publikace, což nyní nelze na učební pomůcce požadovat, neboť přílišná objemnost a kazuističnost je v rozporu s účelem obdobných publikací pracujících s určitým zjednodušením.

Shrnutím výše uvedeného lze konstatovat, že recenzovaná publikace je kvalitním počinem, který se zásadním způsobem spolupodílí na orientaci výuky vstříc aktuálním moderním právním dějinám, což je nepochybně jeden z jejích největších přínosů. Učební pomůcka jistě dobře poslouží studentům práv, kteří tak nyní dostávají možnost kontinuálního poznání českého právního řádu, případně také odborné veřejnosti k získání komplexního přehledu o transformaci našeho státu a práva vstříc modernímu demokratickému právnímu státu.

Jan Kabát\*

---

\* Mgr. Jan Kabát, katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: Jan.Kabat@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6469-0491>.



## Telemedicine and its Private Law Aspects

Ivo Smrž (<https://orcid.org/0000-0002-0884-094X>) –  
Tomáš Doležal (<https://orcid.org/0000-0002-2545-4549>) –  
Adam Doležal (<https://orcid.org/0000-0002-6884-5451>)

**Abstract:** The article focuses on a relatively comprehensive part of telemedicine, namely on its typical private law aspects. First, the legal regulation of telemedicine in Act No. 372/2011 Coll., on Health Services and Conditions of Their Provision, as amended, will be shortly discussed. Subsequently, the impact of telemedicine on the treatment contract will be analyzed, i.e. in particular issues related to its remote conclusion, the proper patient information and informed consent, due professional care (standard of care) including the thereto related duty to provide compensation for harm, and the determination of the applicable law (*lex causae*) in legal relationships with an international element when providing telemedicine services cross-border.

**Keywords:** telemedicine, remote, distance, provision of health services, private law aspects

## On Solidarity in Law of the European Union

Luboš Tichý

**Abstract:** The contribution is a brief analysis of the concept of “solidarity” in the context of European Union law. Since it is a topic that is practically undeveloped, especially in Czech legal literature, it is first necessary to give a brief explanation of the meaning of this notion in the non-legal field and its penetration into the legal field and its development in EU law. Secondly, it defines the essence, content and function of solidarity and analyzes its relationship with similar general categories of EU law, including its basic principles, fundamental human rights. The article thus describes the scope of the concept of solidarity, the regulation of which is already found in seventeen places of primary European law. The last problem area is the enforceability of the content of solidarity, which includes not only obligations, but also rights that operate not only between member states, member states and the institutions of the European Union, but also in some cases towards individuals. The contribution comes to the conclusion that the solidarity is a key category, which has the status of a meta-principle of a multi-layered structure. It forms the basis of a legal and constitutional community such as the European Union, and also as a part of a legal norm expressing specific assistance. This is evidenced not only by the high frequency of this term in primary law, which was enriched with this term only in the last twenty-five years, the case law of the European Court of Justice, which considers it an existential notion in several of the decisions, and the development in the field of migration and asylum policy in recent years.

**Keywords:** solidarity, the principle of solidarity, basic principles, EU values, fundamental human rights, real and personal jurisdiction, enforceability, asylum and immigration policy, EU primary law, EU secondary law

## Proportionality Test as Instrument of Justification, not Discovery

Tomáš Koref (<https://orcid.org/0000-0002-9634-3272>)

**Abstract:** Triumphant technique. Destructive nihilism. Cutting-edge topic. The scholarship describes the proportionality test in various ways and, undoubtedly, does so frequently. Nonetheless, discussion of how the proportionality test stands within legal methodology remains rather underrepresented. In particular, it is not clear how the proportionality test relates to traditional methods of interpretation, to subsumption and to legal syllogism. Does the proportionality test replace these tools? Does it complement them? And what role does it play in the application of the law? The article addresses these questions. First, I complement a traditional Czech legal scholarship by distinguishing two different contexts of the application of law: discovery and

justification. In this context, I describe the proportionality test as an instrument of so-called internal justification which requires further external justification by its very nature (especially external justification by traditional methods of interpretation, case-law and legal doctrine). Third, I show that the proportionality test can be integrated into a legal syllogism and that the proportionality test both requires the subsumption and results in the subsumption. The article is analytical and normative. As analytically based, the article illuminates the role and status of the proportionality test. The normative dimension of the article is directed towards legal practice and can be summarized in one essential claim: the proportionality test cannot be used without other tools of the application of law, especially without subsumption and traditional methods of interpretation.

Keywords: proportionality test, legal methodology, subsumption, legal syllogism, application of law

## **The Topicality of the Principle *mater semper certa est* in the Context of Surrogacy from a Historical-Comparative Perspective**

Martin Gregor (<https://orcid.org/0000-0001-6168-9233>)

Abstract: The establishment of maternity presented an issue that has traditionally been based on the doctrine of Roman law and raised no specific discussion in the legal practice. However, in the confrontation with the medical methods of recent decades, the question arises as to what is the current role of a rather ancient principle “*mater semper certa est*”, relating to its place in present times. In some countries, the validity of the principle is relativized by the methods of surrogacy, while elsewhere it retains far-reaching practical meaning. After looking for romanistic and historical roots of the principle, the contribution aims at the comparison of the legal regulations of chosen states that do not accept surrogacy (Germany, Austria) with countries, where, on the contrary, this method is legalized (Netherlands, Great Britain). We will also try to project our conclusions to the area of Czech and Slovak legal regulation.

Key words: maternity, surrogacy, *mater semper certa est*, Fortpflanzungsmedizingesetz

# OBSAH ROČNÍKU 2023

Časopis Právník získal spolu s Právními rozhledy první místo v anketě o Prestižní cenu pro nejlepší právnícký časopis v České a Slovenské republice 2023. Cenu uděluje společnost Karlovarské právnícké dny na základě hlasování odborné veřejnosti.

## ÚVODNÍK

Mediální výročí .....	377–378
-----------------------	---------

## STATI

BERÁNEK, Jan: Proces USA vs. Tomojuki Jamašita a jeho význam pro pojetí odpovědnosti nadřízeného .....	764–778
BÍLKOVÁ, Veronika: Sankce z pohledu mezinárodního práva .....	481–495
BRIM, Luboš: Přičítání vědění členů orgánů právnícké osobě .....	193–220
ČENTĚŠ, Jozef – BELEŠ, Andrej: Právo na pokojné zhromažďovanie a možnosti jeho obmedzenia .....	257–280
ČERVINKA, Lukáš Lev: Odpovědnost státu za škodu a autonomie Parlamentu: Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu jako ústřední správní úřady .....	858–866
DRAHORÁD, Jakub: Přerušení výkonu trestu či poskytnutí eskorty pro naléhavé rodinné důvody jako součást práva na respektování soukromého a rodinného života osob omezených na svobodě .....	337–351
DUBOVSKÝ, Milan: Európsky súd pre ľudské práva a preskúvanie individuálnych návrhov podľa článku 34 dohovoru s prítomnosťou spojenia s právom Európskej únie .....	122–151
EBERHARD, Harald: Soudní aktivismus a soudní zdrženlivost v judikatuře rakouského Ústavního soudního dvora .....	89–102
FLÍDR, Jan: Domněnka vadnosti věci u prodeje zboží spotřebiteli .....	308–325
GLAC, Michaela: Prawo i Sprawiedliwość vs. svoboda projevu – skrytá nebezpečí tzv. zákona o holokaustu .....	913–925
GREGOR, Martin: Aktuálnosť zásady mater semper certa est v kontexte náhradného materstva (komparatívno-historická sonda) .....	1176–1191
GÜTTLER, Vojen – SOLARCZYK KRAUSOVÁ, Alžběta: Několik poznámek k problematice umělé inteligence v normotvorbě a rozhodování soudů .....	496–507
HANDRLICA, Jakub: Anexe cizího území, vojenská okupace a separatistické entity v mezinárodním právu správním .....	993–1006
HANYCH, Monika: De/kriminalizace pomluvy: přiměřená sankce, nebo odrazující prvek pro diskuzi o veřejném zájmu? .....	431–447
HAPLA, Martin: Morální dilema v profesní etice advokátů: jak řešit rozpor mezi obecnou a profesní morálkou? .....	610–627
HEJČ, David: Správní žaloba nejvyššího státního zástupce z hlediska poslání správního soudnictví .....	897–912

CHVOJKA, Šimon: Ke správnosti východisek diskuse o řešení přetíženosti Nejvyššího správního soudu .....	245–256
JURAS, Adam – URBANOVÁ, Martina – NOVÁK, Jakub: Restorativní justice pohledem české veřejnosti .....	713–729
KLENKA, Michal: Digitálne dôkazy z otvorených zdrojov .....	508–529
KLUČKA, Ján: Úloha a význam demokracie v súčasných medzinárodných organizáciách (1992–2022) .....	809–834
KOMENDOVÁ, Jana: Nerovné zacházení z důvodu věku v zaměstnání a při výkonu povolání .....	103–121
KOREF, Tomáš: Test proporcionality jako nástroj zdůvodňování, nikoli nalézání rozhodnutí .....	1156–1175
KOTLÁN, Pavel: Jazyková metoda jako východisko při interpretaci norem trestního práva .....	628–643
KOZUBÍK, Jan: Rodičem v jedné zemi, rodičem ve všech zemích? Analýza uznávání cizích rozhodnutí o osvojení páry stejného pohlaví .....	867–883
KOŽELUHA, Patrik: Užítí analogie legis v judikatuře českých soudů .....	49–64
KRIŠTOFÍK, Andrej: Právo na odôvodnené rozhodnutie a algoritmizácia rozhodovacích systémov .....	39–48
KUDRLOVÁ, Kateřina – VLACH, Jiří: Neoprávněný přístup na online účty (internetové bankovníctví, sociální sítě) a dekriminalizace jednoho z počítačových trestných činů .....	926–943
KUDRNA, Jaroslav – ŠEVČÍKOVÁ, Tereza: Nejrozsáhlejší změny pravidel rozhodčího řízení ICSID v jejich historii: evoluce, nebo revoluce? .....	152–174
MACH, Martin: Komparace práva být zapomenut a placených alternativ .....	644–656
MARTINEC, Jakub: Služební poměr příslušníků bezpečnostních sborů a nároky po jeho skončení v komparaci české a německé právní úpravy .....	657–679
MATIAŠKO, Maroš: Tři podoby solidarity a solidarita jako odpověď na strukturální nespravedlnost .....	793–808
MIZEROVÁ, Tina – HARAŠTA, Jakub: Dostupnost mediálního obsahu: blokování dezinformačních webů .....	415–430
MRÁZEK, Josef: Koncepce zločinu genocidia a ozbrojený konflikt na Ukrajině .....	221–244
OTTA, Šimon: Rozhodování předběžných otázek Tribunálem – bortí se poslední nedotknutelný pilíř soudního systému Evropské unie? .....	326–336
PAUKNEROVÁ, Monika: Mezinárodní ochrana kulturních statků z pohledu českého, mezinárodního a unijního práva .....	289–307
PODRAZIL, Petr: Ratio legis u dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr v historicko-právních souvislostech .....	25–38
ROZEHNALOVÁ, Naděžda: Prorogační dohoda pohledem Haagské úmluvy o dohodách o volbě soudu .....	1–24
RUDOHRADSKÁ, Simona – HUČKOVÁ, Regina: Ku vztahu Aktu digitálních trhoch a súťažného práva .....	944–958
SLEŽKOVÁ, Anna: Dichotomie politické a společenské sféry podle Hannah Arendtové a její přínos pro pojetí lidské důstojnosti v intencích teorie objektu .....	1007–1034
SMRŽ, Ivo – DOLEŽAL, Tomáš – DOLEŽAL, Adam: Poskytování zdravotních služeb na dálku (telemedicina) a její soukromoprávní aspekty .....	1109–1134
SOUKUPOVÁ, Jana: Virtuální realita a vlastnické právo .....	730–742
SVOBODA, Tomáš: Objektivní a vyvážené informace ve vysílání – racionální požadavek, či iluze? .....	393–414
ŠIMÍČEK, Vojtěch: Obiter dictum v praxi českých soudů: kdy ho psát a kdy se mu raději vyhnout .....	697–712

ŠKOP, Martin – WASCHKOVÁ CÍSAŘOVÁ, Lenka: Objektivita a vyváženost v rozhlasovém a televizním vysílání: nepochopený mýtus rovnosti všech hlasů .....	379–392
ŠTURMA, Pavel: K problematice donucovacích opatření (sankcí či protipatření) podle mezinárodního práva .....	593–609
TICHÝ, Luboš: O solidaritě v evropském unijním právu .....	1135–1155
TVRDIKOVÁ, Linda: Morální uvažování (a morální intuice) v soudním rozhodování: Je možné dospět k racionálnímu rozhodnutí? .....	835–857
VALC, Jakub: Metodologie řešení právních případů: subsumpce vs. proporcionalita .....	959–979
VALC, Jakub: Problém komercializace dárcovství pohlavních buněk v České republice .....	530–548
VYŠNÝ, Peter – PUCHOVSKÝ, Ján: Fenomén latinskoamerického sociálneho konštitucionalizmu na príklade Mexika a Peru .....	743–763

## DISKUSE

ABEL, Martin: Utilitaristická justifikace lidských práv: čtyři argumenty .....	1062–1066
BAROŠ, Jiří: Proč nejsem utilitaristou? Vyznání přirozenoprávníka .....	1047–1061
HAPLA, Martin: Proč být utilitaristou? O smyslu a zdůvodnění lidských práv .....	1080–1094
SOBEK, Tomáš: Utilitaristická teorie lidských práv jako explanační projekt .....	1035–1046
TURČAN, Martin: Utilitarismus, lidské práva a naše morálne intuície .....	1067–1079
VOJTUŠ, František – KORDÍK, Marek – DRAŽOVÁ, Petra: Umělá inteligencia, jej využívanie a trestnoprávna zodpovednosť – výzvy, problémy a možné riešenia .....	549–570

## GLOSÝ

KLODWIG, Jakub: Nahrazení cookies třetích stran ambiciózním systémem Google FLoC .....	980–986
MINAŘÍKOVÁ, Pavlína: Veřejné zakázky v době pandemie covidu-19 .....	65–74
SVOBODA, Jan – VOSTOUPAL, Jakub: Kybernetická obrana a novela zákona o Vojenském zpravodajství .....	352–364

## RECENZE

ADAMEC, Martin: Srstka Jiří. Autorské právo v divadle. 2., podstatně přepracované a doplněné vydání. 2022 .....	177–183
BALÍK, Stanislav: Frintová Dita. Mezitímní a částečné rozhodnutí ve světle judikatury a evropské komparace. 2022 .....	580–583
BENÁK, Jaroslav: Tretera Jiří Rajmund – Horák Zábaj. Právní dějiny církvi: synagoga a cirkve v průběhu dějin. 2019 .....	75–77
DOBEŠ, Milan: Kubeš Vladimír. ... a chtěl bych to všechno znovu: filozofické vypořádání s pesimistickým světovým názorem. 2., doplněné a upravené vydání. 2022 .....	281–283
FIALOVÁ, Eva: Matejka Ján – Mates Pavel. Zákon o právu na digitální služby. Komentář. 2022 .....	884–888
FLORIAN, Tristan: Goodale Mark. Reinventing Human Rights. 2022 .....	781–788

KABÁT, Jan: Tauchen Jaromír – Vojáček Ladislav – Kolumber David – Salák Pavel – Horák Ondřej. České právní dějiny po roce 1989. 2023 .....	1192–1196
KOZÁREK, Tomáš: Svoboda Ondřej. Mezinárodní investiční právo v kontextu Evropské unie. 2023 .....	987–990
MATEJKA, Ján: Tomášek Michal. Bilanční zpráva 60. 2023 .....	283–285
MRÁZEK, Josef: Ondřej Jan. Vybrané otázky práva mezinárodní bezpečnosti a odzbrojení. 2021 .....	574–576
OSINA, Petr: Hapla Martin. Utilitarismus a filozofie lidských práv. 2022 .....	1095–1101
PRUDOVIČ, Marek: Vyšný Peter – Puchovský Ján. Právne dejiny Latinskej Ameriky: Koloniálne obdobie a obdobie nezávislých štátov. 2021 .....	365–369
ŠUŠKA, Marián: Turčan Martin. Etické dimenzie teórie práva. 2. prepracované vydanie. 2022 .....	686–689
TICHÝ, Luboš: Handrlica Jakub. Úvod do mezinárodního práva správního. 2022 .....	683–686
TICHÝ, Luboš: Hatje Armin – Müller-Graff Peter-Christian (Hrsg.). Enzyklopädie Europarecht (ve dvanácti svazcích). 2. vydání. 2021 .....	450–468
VÁLEK, Petr: David Vladislav – Sladký Pavel. Mezinárodní právo veřejné s kazuistikou. 3. aktualizované a přepracované vydání. 2022 .....	577–580

## Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA

DOBĚŠ, Milan: Zpráva z IX. právněhistorického setkání doktorandů a postdoktorandů .....	690–692
KONČEKOVÁ, Kateřina: Zpráva z 18th ICC International Commercial Mediation Competition ..	473–474
KOREF, Tomáš: Zpráva z mezinárodního semináře Current Central European Perspectives on Judicial Law-Making and Judicial Interpretation .....	80–83
PROCHÁZKOVÁ, Andrea – HOŘEŇOVSKÝ, Jan: Zpráva z konference Global Meeting on Law and Society .....	78–80
SYLLOVÁ, Jindřiška: Kam kráčíš, ústavní právo? Zpráva z 11. Světového kongresu ústavního práva .....	469–472

## MORS VENIT VELOCITER

Odešel velikán evropského soukromého práva (K úmrtí prof. Jürgena Basedowa) .....	779–780
Za Jarmilou Pokornou .....	571–573

## GAUDEAMUS

Jubileum profesora Tomáška .....	175–176
Jubileum profesorky Patakyové .....	448–449
Životní jubileum profesora Šturmy .....	680–682

# Vyrovnání újmy prospěchem se zaměřením na újmu způsobenou při ublížení na zdraví

## Compensatio lucri cum damno

**Tomáš Doležal – Ivo Smrž**

Ústav státu a práva AV ČR  
Praha 2022, 144 stran

ÚSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

Akademie věd ČR

Publikace cílí na zodpovězení klíčové otázky, zda je přípustné a obecně vůbec vhodné při stanovení výše náhrady újmy zohlednit prospěch nabytý v důsledku škodní události. Záměrem autorů je mimo jiné přispět do české právní doktríny argumentací a teoretickými vodítky, která mohou napomáhat při řešení jednotlivých případů.



# Vládnoucí a ovládaní

## Explikace vlivu, kontroly a legitimního vládnutí

**Jana Kokešová**

Ústav státu a práva AV ČR  
Praha 2022, 288 stran

ŮSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

Akademie věd ČR

Publikace je právní monografií s přesahy do příbuzných filozofických oborů, zejména etiky a politické filozofie. Zaměřuje se na problematiku normativity, legitimacy a kolektivního aktérství, přičemž metodologicky vychází z tradice analytické filozofie a využívá právě vznikající teorii normativity, tzv. teorii kontroly, již zároveň rozvíjí. Kniha si klade otázku, jak skloubit teorie demokratické legitimacy s faktem existence jednotlivců neschopných autonomního jednání. Kniha prokazuje, že nástrojem vládnutí je normativní vliv každého jednoho člena společnosti a identifikace takového nástroje umožňuje zdůvodnit pozitivní povinnosti společnosti vůči každému jednotlivci.

