

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 2/2019

Vol. LXV

IURIDICA

2/2019

Vol. LXV

UNIVERZITA KARLOVA
NAKLADATELSTVÍ KAROLINUM

Vědecký redaktor: doc. JUDr. Karel Beran, Ph.D.

Všechny články tohoto čísla byly recenzovány.

<http://www.karolinum.cz/journals/iuridica>

© Univerzita Karlova, 2019

ISSN 0323-0619 (Print)

ISSN 2336-6478 (Online)

OBSAH

<i>Jan Kudrna</i> : K otázce odpovědnosti člena parlamentu za způsob výkonu jeho mandátu . . .	7
<i>František Halfar</i> : Úskalí použití zásady <i>iura novit curia</i> v mezinárodním rozhodčím řízení	21
<i>Agnieszka Bielska-Brodziak, Sławomir Tkacz</i> : Using Legislative History in Interpreting Polish Law: Example of Changes in Understanding Principles of Law During the Transition Period	37
<i>Jacek Trzewik</i> : Grant Contract as a Civil Law Form of Action of the Provincial Monument Conservator in the Polish Legal System	55
<i>Tomáš Mach</i> : Legitimní očekávání jako součást FET standardu: <i>quo vadis</i> , legitimní očekávání ve světle případů <i>JSW Solar v. Česká republika a Novenergia v. Španělsko</i> ?	71
<i>Ondřej Svoboda</i> : Změny společné obchodní politiky po posudku Soudního dvora EU k dohodě o volném obchodu EU–Singapur	91
<i>Jakub Vojtěch</i> : Svěřenské fondy a podílové fondy: společné znaky ve vztahu k majetkové podstatě a právům oprávněných osob.	103
<i>Karel Beran</i> : Výklad právních jednání a interpretace soukromoprávních předpisů: co mají společného, čím se liší a jaký to má význam?	117
<i>Tomáš Havel</i> : Pojem rozsudku v římském civilním právu	133
<i>Michal Urban, Eliška Hronová</i> : Proč by měl povaleče Leopolda Hilsnera znát každý právník?	151

K OTÁZCE ODPOVĚDNOSTI ČLENA PARLAMENTU ZA ZPŮSOB VÝKONU JEHO MANDÁTU

JAN KUDRNA*

Abstract: On the Responsibility of Members of Parliament for the Way of Exercise of Their Mandates

This article deals with some still open issues of the immunity of members of parliament. Namely the question, if the member of parliament may be accountable for the resignation on the mandate or for a bill which the member of parliament proposed or for a personal nomination. The article also focuses on an issue, if the member of parliament may be accountable for a political purport of the speech in parliament. The issue of possible accountability for inactivity of a member of parliament in mentioned fields is also considered. Author criticizes the decision of the Supreme Court of the Czech Republic, which is based on the interpretation that all above mentioned activities of members of parliament should be recognized as “expression” and covered by the art. 27 (2) of the Constitution of the Czech Republic. Author bases his argumentation on the art. 26 of the Constitution, which protects the free mandate and excludes the imperative mandate, including accountability for (in)activities of members of parliament. In cases of corruption, according to the author, members of parliament could be accountable, because buying a vote negates a free will and a free mandate. Thus members of parliament may be accountable for circumstances, which influenced the way, how they exercised their mandates, but they cannot be accountable just for exercising their mandates.

Keywords: Czech Republic; constitution; parliament; immunity; responsibility; resignation; mandate; speech; voting; proposals; expression

Klíčová slova: Česká republika; ústava; parlament; imunita; odpovědnost; mandát; rezignace; projev; hlasování; návrhy; vyjádření

DOI: 10.14712/23366478.2019.13

Ačkoliv Ústava České republiky (dále jen „Ústava“) v záležitosti imunity členů parlamentu – nebo dokonce i bývalých členů parlamentu – stanoví mnohé, přesto existují poměrně zásadní otázky, které Ústavou nejsou výslovně řešeny. Jsou to záležitosti spojené se způsobem výkonu mandátu člena parlamentu. Zejména se může jednat o následující tři otázky:

* Tento článek byl vypracován v rámci programu PROGRES Q04. Autor je odborným asistentem na katedře ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy.

1. Může být vyvozena právní odpovědnost za to, že se poslanec či senátor vzdá svého mandátu?
2. Může být vyvozena právní odpovědnost za to, zda a jak poslanec či senátor vykonávají svůj mandát? Například zda a s jakým projevem v parlamentu vystupují anebo naopak nevystupují? Míňeny jsou v tomto případě projevy po všech stránkách korektní, nezavdávající žádný důvod k vyvození disciplinární odpovědnosti ve smyslu čl. 27 odst. 2 Ústavy. Jedná se tedy o otázku vyvození odpovědnosti za to, zda člen parlamentu určitou věc či osobu podporoval anebo naopak nepodporoval.
3. Může být vyvozena právní odpovědnost za to, jaké návrhy poslanec či senátor předložil parlamentu k projednání? A to ať už se jedná o návrhy věcné či personální.

Tyto tři otázky, ačkoliv se mohou zdát odlišné, jsou ve skutečnosti různou formou téhož. A to základní otázky, zda může být vyvozena právní odpovědnost za to, jakou politiku a jakými kroky v rámci Ústavy člen parlamentu prosazuje. Anebo zda tato oblast spadá do rámce imunitní ochrany a na jakém právním základu.

Upozorníme hned na počátku, že v případě členů parlamentu Ústava nezná obdobu ustanovení čl. 54 odst. 3, který velmi široce chrání politické jednání prezidenta republiky. Toto ustanovení výslovně konstatuje, že prezident republiky není z výkonu své funkce odpovědný. I když zvolená formulace vyvolává řadu výkladových otázek,¹ na tomto místě je patrně možno konstatovat, že v případě výše vypočtených třech otázek by v případě prezidenta republiky díky čl. 54 odst. 3 Ústavy měla být na každou z nich odpověď záporná. V případě členů a bývalých členů parlamentu tedy odpověď na položené tři otázky nemusí být zcela zjevná. Proto může být na místě pokusit se o ucelený výklad.

Ani jedna z položených otázek není čistě teoretická. Pokud se jedná o otázku prvou a druhou, můžeme poukázat na případ bývalých poslanců Petra Tluchoře, Marka Šnajdra a Ivana Fuchsy. Pokud se jedná o třetí otázku, zatím v České republice řešena nebyla, nicméně se stále častěji hovoří o vhodnosti určitých politických projevů či předkládaných návrhů.²

Odborná literatura se uvedeným otázkám věnuje pouze okrajově. L. Bahýřová odkazuje³ na důvodovou zprávu k návrhu Ústavy,⁴ v níž se uvádí, že: „Projevem se rozumí nejen výroky, ale i gesta, písemná podání, návrhy a jiné projevy vůle.“ Na uvedené případy tedy podle jejího názoru dopadá imunitní ochrana podle čl. 27 odst. 2 Ústavy. V. Pavlíček ve svém komentáři k témuž ustanovení Ústavy dochází k obdobnému závěru, přičemž mezi projevy zahrnuje také legislativní a jiné návrhy činěné při práci

¹ Bližší výklad viz např. zde: FILIP, J. K ústavní odpovědnosti v ČR a odpovědnosti hlavy státu zejména za velezradu. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2010, č. 1, s. 21–39. Nebo zde: KUDRNA, J. Odpovědnost za akty prezidenta republiky. *Správní právo*, 2013, č. 7–8, s. 386–405.

² Na Slovensku je v tomto směru politická situace s ohledem na složení tamního parlamentu dále. Předseda Národní rady Slovenské republiky hovořil o vhodnosti postihovat poslanecké projevy šířící antisemitismus a xenofobii. Viz zpravodajství dostupné online: <https://www.novinky.cz/zahranici/evropa/481654-sef-slovenskeho-parlamentu-chce-kvuli-extremistum-v-lavicich-omezit-imunitu-poslancu.html> [cit. 22. 9. 2018].

³ BAHÝŘOVÁ, L. – FILIP, J. – MOLEK, P. – PODHRÁZKÝ, M. – SUCHÁNEK, R. – ŠIMÍČEK, V. – VYHNÁNEK, L. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 394.

⁴ Tisk České národní rady č. 152 v VII. volebním období. Dostupný online: http://www.psp.cz/eknih/1992cnr/tisky/t0152_03.htm [cit. 22. 9. 2018].

v parlamentu, podpisy na parlamentních dokumentech, písemné interpelace a další.⁵ Současně však V. Pavlíček tamtéž konstatuje, že činnost poslanců a senátorů směřující k legislativní a kontrolní činnosti parlamentu má blíže k hlasování a měla by být spíše zahrnuta pod ochranu předchozího odstavce, tedy ustanovení čl. 27 odst. 1 Ústavy.

Úvaha V. Pavlíčka naznačuje podstatu problému. Má být například předkládání či nepředkládání návrhů zákonů, pozměňovacích návrhů, návrhů usnesení nebo personálních nominací vůbec imunitně chráněno? A pokud ano, o jaký druh ochrany by se mělo jednat? Měla by to být imunita hmotněprávní, tedy indemnita, jako je tomu v případě hlasování, nebo imunita založená čl. 27 odst. 2 Ústavy? Připomeňme dále, že toto ustanovení zakládá pouze trestněprávní a přestupkovou indemnitu. Přitom platí, že členy parlamentu lze podle čl. 27 odst. 2 Ústavy, postupem a v mezích stanovených jednacími řády komor parlamentu, disciplinárně postihnout. Otevřená je navíc také otázka možné občanskoprávní (ne)odpovědnosti poslanců a senátorů za výroky učiněné v režimu čl. 27 odst. 2 Ústavy.

Z formulace ustanovení čl. 27 odst. 2 Ústavy se na první pohled zdá, že s vyloučením občanskoprávní odpovědnosti vůbec nepočítá. Také odborná literatura k tomuto tématu takto přistupuje. Buď otázku možného vyloučení občanskoprávní odpovědnosti za parlamentní výroky neřeší, nebo se jí dotýká a dochází k závěru, že poslanci a senátoři nesou za své výroky při jednání parlamentu a jejich orgánů plnou občanskoprávní odpovědnost. Do první skupiny patří například L. Bahýřová⁶ a J. Syllová,⁷ do druhé skupiny potom V. Pavlíček,⁸ V. Šimíček,⁹ P. Mlsna,¹⁰ případně další autoři.¹¹ Obě skupiny vycházejí buď výslovně, nebo patrně implicitně z jazykového výkladu čl. 27 odst. 2 Ústavy.

A právě tím, že režim čl. 27 odst. 2 Ústavy připouští disciplinární postih, a podle převažujícího názoru odborníků také vyvození odpovědnosti občanskoprávní, se dostáváme k samému jádru celé věci. Má a může být člen parlamentu potenciálně postižitelný svou komorou za obsah návrhu zákona, který předložil? K této možnosti směřuje zahrnutí uvedených úkonů realizujících mandát člena parlamentu pod ochranu čl. 27 odst. 2 Ústavy.

Soudní praxe se nastíněné otázce již věnovala, a to ve velkém případě trestního stíhání bývalých poslanců Petra Tluchoře, Marka Šnajdra a Ivana Fuchsy vedeného právě z důvodu okolností, za kterých se vzdali svých mandátů. Svě stanovisko k této věci vyjádřil Nejvyšší soud, a to celkem dvakrát. Poprvé se tak stalo dne 16. července 2013 usnesením spis. zn. 3 Tcu 76/2013 a 3 Tcu 77/2013, podruhé usnesením spis. zn. 3 Tcu 85/2013 ze dne 30. října 2013.

⁵ PAVLÍČEK, V. – HŘEBEJK, J. *Ústava a ústavní řád České republiky. 1. díl.* Praha: Linde, 1998, s. 151.

⁶ BAHÝŘOVÁ, L. – FILIP, J. – MOLEK, P. – PODHRÁZKÝ, M. – SUCHÁNEK, R. – ŠIMÍČEK, V. – VYHNÁNEK, L. *Ústava České republiky. Komentář.* Praha: Linde, 2010, s. 394–396.

⁷ SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář.* Praha: C. H. Beck, 2016, s. 310–314.

⁸ PAVLÍČEK, V. – HŘEBEJK, J. *Ústava a ústavní řád České republiky. 1. díl.* Praha: Linde, 1998, s. 151.

⁹ ŠIMÍČEK, V. Imunita jako ústavněprávní problém. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 1996, č. 1, s. 45.

¹⁰ RYCHETSKÝ, P. – LANGÁŠEK, T. – HERC, T. – MLSNA, P. a kol. *Ústava České republiky. Ústavní zákon o bezpečnosti České republiky. Komentář.* Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 297.

¹¹ HENDRYCH, D. – SVOBODA, C. a kol. *Ústava České republiky.* Praha: C. H. Beck, 1997, s. 40.

Všichni jmenovaní bývalí poslanci byli trestně stíháni pro trestné činy zneužití pravomoci úřední osoby podle § 329 odst. 1 písm. a) trestního zákoníku¹² a přijetí úplatku podle § 331 odst. 1 a odst. 3 písm. b) trestního zákoníku. Obou činů se měli dopustit ve spolupachatelství ve smyslu § 23 trestního zákoníku. Trestní stíhání všech tří bývalých poslanců bylo zahájeno usnesením Vrchního státního zastupitelství v Olomouci, pobočka v Ostravě, ze dne 13. června 2013, vedeného pod spis. zn. 4 VZV 5/2013.

Uvedených trestných činů se měli podle žalobce všichni tři poslanci dopustit tím, že si výměnou za rezignaci na své poslanecké mandáty měli dát slíbit zvolení či jmenování do orgánů obchodních společností, v nichž je Česká republika většinovým akcionářem, případně do odpovídajících orgánů státních podniků.

Výše popsanych trestných činů se měli uvedení poslanci dopustit v souvislosti se snahou vlády přijmout úsporná opatření ke snížení schodků veřejných rozpočtů,¹³ s nimiž vláda spojila otázku důvěry ve smyslu čl. 44 odst. 3 Ústavy a s jehož obsahem všichni tři poslanci vyslovili svůj nesouhlas. Podle tvrzení žalobce touto cestou uvedení poslanci měli využít pro vládu kritickou situaci k získání neoprávněného prospěchu v podobě zmíněných funkcí v orgánech společností s většinovou majetkovou účastí státu, případně ve státních podnicích výměnou za to, že se vzdali svých mandátů a tím umožnili schválit předložený návrh zákona.

Žalobce tedy ve vyjednávání, které podle něj mělo proběhnout mezi zmíněnými třemi poslanci na straně jedné, a předsedou vlády, respektive jeho zástupci, na straně druhé, spatřoval naplnění skutkové podstaty několika trestných činů. V případě trestného činu zneužití pravomoci úřední osoby mělo dojít k naplnění skutkové podstaty tím, že poslanci nepostupovali ve věci předmětného návrhu zákona dle svého nejlepšího vědomí a svědomí, jak požaduje slib člena parlamentu uvedený v čl. 23 odst. 3 Ústavy, ale nakonec se přímo vzdali svých mandátů. Tím mělo dojít k výkonu poslanecké pravomoci „způsobem odporujícím jinému právnímu předpisu“. Pokud jde o trestný čin přijetí úplatku, k naplnění jeho skutkové podstaty mělo dojít tím, že si poslanci jako veřejné osoby dali slíbit úplatek, který měl spočívat v příslibu funkcí v řídicích orgánech společnosti či podniků kontrolovaných státem, a to výměnou za to, že nebudou hlasovat proti předmětnému návrhu zákona.

Na tomto místě je vhodno upozornit na to, že předmětem trestního stíhání měla být otázka politického vědomí a svědomí poslanců. Tedy jejich náhled na to, co je nejlepší ve veřejném zájmu. K němu žalobce trestní stíhání přímo vázal. Z hlediska teoretického stojí za zamyšlení, zda takové vědomí a svědomí je záležitostí statickou, definovanou například v okamžiku volby na základě předvolebního programu anebo jednou učiněným veřejným prohlášením na určité téma, případně zda se může proměňovat a směřovat s ohledem na měnící se okolnosti k určitému politickému kompromisu. Může tedy poslanec či senátor změnit politický názor, aniž by se vystavoval hrozbě právního postihu?

V době stíhání se již bývalí poslanci P. Tluchoř a M. Šnajdr obrátili na Nejvyšší soud s návrhem na posouzení podle ustanovení § 10 odst. 2 trestního řádu,¹⁴ zda jsou vylučováni

¹² Zákon č. 40/2009 Sb. v platném znění.

¹³ Viz tisk Poslanecké sněmovny č. 801 v VI. volebním období. Dostupný online: <https://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=6&T=801> [cit. 23. 9. 2018].

¹⁴ Zákon č. 141/1961 Sb. v platném znění.

z pravomoci orgánů činných v trestním řízení, nebo nikoliv. Argumentace obou byla velmi podobná, postavená jednak na indemnitní ochraně hlasování na základě čl. 27 odst. 1 Ústavy, jednak na z hlediska trestního práva indemnitní ochraně projevů na základě čl. 27 odst. 2 Ústavy. Jestliže žalobce do skutku, jímž se všichni poslanci měli dopustit výše uvedených trestných činů, zahrnul jejich údajné vyjednávání s předsedou vlády v době, kdy disponovali svými poslaneckými mandáty, tedy do 7. listopadu 2012, kdy na ně rezignovali, potom stíhání mělo vylučovat ustanovení čl. 27 odst. 2 Ústavy. A to proto, že jednání takového druhu je nutno podle bývalých poslanců vnímat jako „projev“ ve smyslu rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 3. října 2012, spis. zn. 11 Tcu 135/2012. Oba obvinění poslanci se tedy odvolali na závěry z rozhodnutí v případě bývalého poslance V. Bárty.

Navíc ve svém vyjádření oba poslanci argumentovali tím, že poslanec při výkonu svého mandátu neobstarává žádnou věc obecného zájmu a neplní žádné úkoly. Proto podle nich nepřísluší složkám výkonné moci kontrolovat činnost poslance. To má náležet pouze voliči. V této souvislosti také P. Tluchoř ve svém vyjádření upozornil na svobodný charakter mandátu s tím, že pohnutky, které vedou k jeho uplatňování či rezignaci na něj, podléhají hmotněprávní imunitě.

Také vyjádření obou poslanců směřovalo k otázce politického vědomí a svědomí členů parlamentu a jejich svobodného uplatnění. To zaručuje čl. 26 Ústavy. V jejich vnímání tedy člen parlamentu může se svým mandátem nakládat a uplatňovat ho dle svého uvážení, jak bude nejhodnější pro voliče, ale i pro jeho osobní politický náhled na věc, respektive jeho osobní politickou integritu. V pojetí obviněných poslanců se tedy náhled člena parlamentu na jeden a tentýž problém může měnit tak, jak se mění okolnosti, a konečný postoj může být výsledkem kompromisu. Přitom takový kompromis může být odlišný od počátečních požadavků a od postojů vyjadřovaných v průběhu jednání.

Nejvyšší soud se ve svých závěrech přiklonil k argumentům obviněných poslanců. V prvé řadě vyloučil, že by v jejich případě mohla být použita procesní imunita ve smyslu čl. 27 odst. 4 Ústavy. A to proto, že trestní stíhání bývalých poslanců nebylo zahájeno v době trvání jejich mandátů, a protože nebylo žádáno o jejich vydání, nemohlo dojít ani k jeho odmítnutí, které do 31. května 2013 vylučovalo trestní stíhání navždy. Nejvyšší soud se naopak přiklonil k extenzivnímu výkladu imunity chránící projevy členů parlamentu zastávajícímu například V. Pavlíčkem, podle něhož je pod pojem „projev“ nutno zařadit „jakýkoliv úřední úkon, jímž se poslanec či senátor projevuje při plnění svého mandátu v příslušné komoře Parlamentu“.¹⁵ Nejvyšší soud dále sám doplnil, že rozšiřující výklad je možno opřít také o to, že není důvod chránit imunitou verbální projevy a nechránit písemné projevy, ačkoliv mají v podstatě shodný význam. Takový projev by dle Nejvyššího soudu měl být vždy činěn v souvislosti s výkonem mandátu poslance či senátora, což podle soudu vyplývá ze smyslu právní úpravy.

Nejvyšší soud své závěry opřel také o čl. 26 Ústavy zaručující volný mandát poslance a senátora, přičemž Ústava nestanoví žádnou odpovědnost za výkon mandátu člena parlamentu. Přitom Nejvyšší soud označil parlament za orgán, v němž se „*střetávají názory skupin reprezentujících různé části voličstva, jde o místo, kde dochází k řešení*

¹⁵ PAVLÍČEK, V. – HŘEBEJK, J. *Ústava a ústavní řád České republiky. 1. díl.* Praha: Linde, 1998, s. 151.

*konfliktu zájmů uzavíráním dohod mezi zájmovými skupinami. Zájmové střety jsou tak řešeny nikoli cestou striktního dodržování stranické linie, ale hledáním ad hoc kompromisů. Jelikož jsou zákonodárci jak reprezentanty lidu, tak i členy politických stran, musí při konečném rozhodování řešit, jaké zájmy budou reprezentovat. Konečné rozhodnutí je tak odrazem buď jejich svědomí, nebo zájmů, které by měli v parlamentu v souladu se stranickou politikou hájit.*¹⁶

Podstata rozhodnutí Nejvyššího soudu je potom obsažena v jeho výkladu pojmu „projev“ chráněného čl. 27 odst. 2 Ústavy. K této věci Nejvyšší soud uvedl: „*Za projev učiněný v poslanecké sněmovně je s ohledem na shora uvedené nutno pokládat jednání poslance v souvislosti s politickou činností a tedy jednání vedoucí k politickým dohodám, kompromisům či politickým rozhodnutím, ať už v rámci jedné či více politických stran či jejich koalic.*“¹⁷ S ohledem na to Nejvyšší soud doplnil, že projev učiněný poslancem v Poslanecké sněmovně není možné zakomponovat jako jeden ze znaků skutkové podstaty trestného činu.

S ohledem na vše výše uvedené Nejvyšší soud rozhodl tak, že všichni tři obvinění poslanci jsou pro skutky, které jim byly žalobcem kladeny za vinu, vyňati z pravomoci orgánů činných v trestním řízení.

Než vyhodnotíme závěry učiněné Nejvyšším soudem, je užitečné již zde doplnit, že se Nejvyšší soud k této otázce na základě nového návrhu žalobce vrátil ještě jednou, a to v usnesení spis. zn. 3 Tcu 85/2013 ze dne 30. října 2013, které se týkalo navíc také přípustnosti trestního stíhání bývalého předsedy vlády Petra Nečase. V tomto rozhodnutí Nejvyšší soud ve vztahu k otázce stíhatelnosti třech bývalých poslanců v podstatě zopakoval výše uvedené argumenty. V případě P. Nečase trestní stíhání připustil s odkazem na to, že „*žádné skutečnosti neukazují na to, že by si bývalý předseda vlády mezi podzimem 2012 až lednem 2013 počínal v rámci jednání Poslanecké sněmovny nebo jejich orgánů způsobem předpokládaným v ustanoveních čl. 27 odst. 1 a odst. 2 Ústavy*“.¹⁸ V jednání předsedy vlády, který měl být sám nebo prostřednictvím svých zástupců druhou stranou jednání s výše uvedenými třemi poslanci, tedy Nejvyšší soud nespatořoval jednání poslance. To je jediný prvek, který odlišuje roli předsedy vlády od role poslanců v jednáních, za která měli být všichni zúčastnění stíháni.

Nejvyšší soud se tedy velmi zřetelně přiklonil ke stanovisku, že politická činnost spočívá v hledání kompromisů při řešení společenských otázek, jejichž vhodnost nebo nevhodnost je oprávněně posoudit pouze sám člen parlamentu. Odpovědnost za učiněná rozhodnutí může být pouze politická a vyvozují ji pouze voliči. Toto stanovisko vyvolalo celou řadu negativních reakcí jak z řad politiků, tak i právníků, novinářů a dalších osobností působících ve veřejném prostoru. Důvodem těchto negativních reakcí byly okolnosti, které v konkrétním případě měly nalézání onoho politického kompromisu doprovázet. Tyto reakce vedly také k poměrně neobvyklému kroku, kdy Vladimír Jurka, jeden z členů senátu Nejvyššího soudu (a bývalý soudce Ústavního soudu), který se na daném rozhodnutí podílel, veřejně vystoupil a smysl příslušného usnesení veřejně

¹⁶ Citováno dle usnesení spis. zn. 3 Tcu 77/2013.

¹⁷ Citováno dle usnesení spis. zn. 3 Tcu 77/2013.

¹⁸ Citováno dle usnesení spis. zn. 3 Tcu 85/2013.

vysvětloval a obhajoval.¹⁹ Stejně tak učinil také Stanislav Rizman, předseda trestního kolegia Nejvyššího soudu, který se podílel na přípravě druhého z usnesení.²⁰

Nejvyšší soud tedy podřadil vyjednávání poslanců P. Tluchoře, M. Šnajdra a I. Fuchsy o postoji, který zaujmou k předmětnému vládnímu návrhu, pod ochranu poskytnutou projevům podle čl. 27 odst. 2 Ústavy, a to mj. s odkazem na své dřívější rozhodnutí v případě bývalého poslance V. Bárty.

Taková úvaha je v zásadě srozumitelná, ale jedná se o poněkud formalistickou aplikaci Ústavy. Podřazení samotného politického vyjednávání, případně aktu vzdání se mandátu pod režim čl. 27 odst. 2 Ústavy znamená, že způsob, jakým člen parlamentu „dělá politiku“, by hypoteticky mohl být předmětem disciplinární odpovědnosti. V případě rezignace na mandát nic takového nehrozí, protože komory parlamentu mohou disciplinární odpovědnost vyvozovat pouze vůči svým aktuálním členům, nikoliv vůči členům bývalým. Také v případě politického vyjednávání hovoříme o pouze hypotetické možnosti disciplinárního postihu, protože v tuto chvíli jednací řády komor takovou možnost nedávají. *De lege ferenda* však nemusí být vyloučena odlišná situace.

Otázka však stojí tak, zda má existovat i jen hypotetická možnost jakéhokoliv právního postihu poslance či senátora za to, jakou cestu uplatňování svého mandátu při výkonu politiky zvolí.

Jsem přesvědčen o tom, že člen parlamentu nemá být vůbec postižitelný za to, jaké politické postoje zastává, jaká vyjednávání vede a s jakými výsledky. Toto má být záležitostí odpovědnosti voličům, která je vyvozována prostřednictvím voleb. Přirozeně svůj postoj může zaujmout také politická strana, která člena parlamentu do voleb postavila a svou podporu pro další volby mu odejmout.

Stejně platí také pro rezignaci na poslanecký či senátorský mandát, ale také jeho uplatňování způsoby, které předpokládá ústavní pořádek nebo vůbec právní řád. To se týká například podávání návrhů zákonů, nominování osob do veřejných funkcí, žádostí o informace adresované orgánům veřejné moci, a samozřejmě také neuplatňování těchto práv člena parlamentu.

Je nutno si uvědomit, že zařazení všech těchto oprávnění a způsobu jejich uplatňování do režimu ustanovení čl. 27 odst. 2 Ústavy – protože čl. 27 odst. 1 Ústavy vzhledem k jeho jasné formulaci nepřichází v úvahu – znamená z ústavního hlediska potenciální možnost vyvození disciplinární odpovědnosti za způsob jejich uplatnění. I když jednací řády takovou možnost nyní neznají, neznamená to, že tomu tak musí být navždy. Mám za to, že je v naprostém rozporu se smyslem parlamentní demokracie a volného mandátu, aby mohl být člen parlamentu podroben disciplinárnímu řízení za to, jaký návrh zákona předložil nebo jakou osobu nominoval do určité funkce. Respektive za to, že určitý návrh zákona nepředložil nebo nepodpořil, a osobu nenominoval nebo pro ni nehlasoval. Nemluvě o možnosti vyvozovat občanskoprávní odpovědnost, což odborná literatura běžně připouští, jak již bylo popsáno podrobně i s odkazy výše.

¹⁹ Viz zpravodajství dostupné online: <https://domaci.ihned.cz/c1-60310780-ze-je-nase-rozhodnuti-o-imunitě-nesrozumitelne-to-me-dojima-rika-soudce-ns-soudu-jurka> a <https://domaci.ihned.cz/c1-60310010-soudce-vladimir-jurka-z-nejvyssiho-soudu> [cit. 28. 9. 2018].

²⁰ Viz zpravodajství dostupné online: https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/trestni-stihani-byvalych-poslancu-ods-by-podle-nejvyssiho-soudu-mohlo-pokracovat_201307192053_imanour [cit. 28. 9. 2018].

Toto je možný, a podle mého soudu nepřijatelný důsledek podřazení všech těchto oprávnění člena parlamentu pod pojem „projev“ a následně zahrnutí výkonu těchto práv pod ochranu čl. 27 odst. 2 Ústavy.

Ústavu je nutno vykládat s ohledem na smysl a podstatu nejenom imunity, ale i samotného mandátu člena parlamentu a základní principy, na kterých je postaven. Do tohoto výkladu je nutno zahrnout také podstatu a smysl jednotlivých oprávnění člena parlamentu, a to také s ohledem na způsob jejich právního zakotvení.

Východiskem pro pojetí a výklad podstaty mandátu člena parlamentu a (ne)odpovědnosti za jeho výkon je čl. 2 odst. 1 Ústavy stanovící, že zdrojem mj. zákonodárné moci v České republice je lid. Toto ustanovení je posléze realizováno příslušnými pravidly obsaženými zejména v čl. 15–19 Ústavy, z nichž vyplývá, že obě komory parlamentu jsou voleny, a to lidem, přičemž kandidáti vycházejí opět z řad lidu. Lid si tedy vládne sám prostřednictvím svých volených zástupců. Obecné pravidlo stanoví, že ten, kdo někoho pověřuje výkonem funkce, může také vyvodit odpovědnost za způsob jejího vykonávání. Tuto odpovědnost lze vyvozovat pouze v mezích ústavních, případně právních pravidel. *De lege lata* existuje jediný způsob vyvození odpovědnosti za způsob nakládání se svěřeným mandátem, a to cestou voleb. Ústava ani právní řád neznají ani možnost odvolání člena parlamentu z funkce, ani jiný způsob jeho eliminace za to, jaká politická rozhodnutí učinil.

Připomeňme, že to je rozdílný právní stav od československé ústavní historie. V letech 1920–1938 bylo možné člena parlamentu zbavit mandátu prostřednictvím Volebního soudu, a to na základě vyloučení dotyčného z politické strany, za niž do voleb nastoupil. V letech 1954–1990 bylo možné odvolání poslanců prostřednictvím schůzí voličů. V prvním období ke zbavování mandátů docházelo proto, že člen parlamentu z důvodů nízkých a nečestných opustil svou politickou stranu, což v praxi znamenalo, že se rozešel s její politikou. V druhém období k odvolání mohlo dojít pro zklamání důvěry voličů.

Ostatně také v současnosti zaznívají, a to opakovaně, hlasy žádající znovuzavedení imperativního mandátu. Komunistická strana Čech a Moravy opakovaně předkládá návrhy změny Ústavy, které by umožnily odvolání členů parlamentu v případě, že by opustili svou politickou stranu.²¹ V těchto návrzích se komunistická strana setrvale hlásí k výše popsané praxi meziválečného Československa. S podobným požadavkem, zatím nekonkretizovaným, vystupuje také předseda Strany přímé demokracie T. Okamura.²²

Jak ústavní minulost, tak i návrhy na možnou úpravu do budoucna můžeme brát jako potvrzení značné odlišnosti současné ústavní a právní úpravy vylučující vyvozování odpovědnosti za způsob výkonu mandátu člena parlamentu.

²¹ Jedná se o tisk Poslanecké sněmovny č. 146 z V. volebního období, dále o tisk Poslanecké sněmovny č. 795 z V. volebního období, potom o tisk Poslanecké sněmovny č. 640 z VI. volebního období, a konečně o tisk Poslanecké sněmovny č. 65 z VIII. volebního období. Všechny dostupné online zde, citovány 6. 8. 2018: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=146&CT1=0>, <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=795&CT1=0>, <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=6&CT=640&CT1=0>, <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=8&CT=65&CT1=0>.

²² Viz např. internetové zpravodajství ze dne 18. srpna 2013, dostupné online: https://zpravy.idnes.cz/odvolatelnost-politiku-podle-okamury-i-ve-svete-f6m-/domaci.aspx?c=A130716_123239_domaci_jw [cit. 6. 8. 2018].

Volný mandát je však také výslovně ústavně vyjádřen, a to v čl. 26 Ústavy. Připojit k němu můžeme čl. 23 odst. 3, kde je volné pojetí mandátu člena parlamentu reflektováno ve slibu poslance a senátora.

Přímo Ústava tedy stanoví, že člen parlamentu nemůže být při výkonu svého mandátu ničím limitován. Účel a smysl volného mandátu je zřejmý, a pokud by byl tento výklad čl. 26 Ústavy vnímán jako extenzivní, je nutno připomenout, že to není první případ takového výkladu v oboru imunity a neodpovědnosti členů parlamentu. Takové příklady ve věci imunity členů parlamentu existují a rozšiřující výklad je akceptován a používán jak odbornou literaturou, tak i soudními rozhodnutími.

Zmíňme například otázku výkladu pojmu „postih“ užitého v čl. 27 odst. 1 Ústavy. Vylučuje uplatnění odpovědnosti pouze v oblasti veřejného práva, anebo také vylučuje možnou odpovědnost soukromoprávního charakteru? V této věci se odborná literatura neshodne. J. Syllová zastává stanovisko, že čl. 27 odst. 1 Ústavy vylučuje pouze odpovědnost veřejnoprávního charakteru, tedy odpovědnost za trestné činy, případně přestupky, kterých by se poslanec či senátor hlasováním mohl dopustit. Jako důvod pro tento užší výklad J. Syllová uvádí, že pojem „postih“ je spojen pouze s veřejnoprávními delikty a rozhodnutí soudu v soukromoprávní věci nelze za postih považovat.²³ Stejně stanovisko zastává L. Bahýřová, která hovoří pouze o vyloučení odpovědnosti za přestupky, správní delikty a trestné činy.²⁴ Naproti tomu V. Pavlíček zastává názor, že pojem „postihnout“ je širší a pro zamýšlený účel výstižnější než v dřívějších normách zakotvený pojem „stíhat“. Dále V. Pavlíček uvádí, že zákaz „postihnout“ znamená nejen zákaz trestního stíhání, ale jakoukoliv sankci ze strany státních orgánů, tedy i občanskoprávní či správní za účast na rozhodování parlamentu a ve všech jeho orgánech.²⁵ V. Šimíček vykládá toto ustanovení totožně. Podle jeho názoru ústavodárce vyloučil jakoukoliv odpovědnost poslance a senátora za jejich hlasování v komorách parlamentu a jejich orgánech.²⁶ Široký výklad pojmu „postih“ prostřednictvím sledování smyslu a účelu ochrany svobody hlasování člena parlamentu podporuje také E. Částková.²⁷ Stejně stanovisko zastávají také další autoři.²⁸ K. Klíma je ve svém komentáři k čl. 27 odst. 1 velmi lakonický, když konstatuje, že zákaz postihu za jakékoliv hlasování v komoře je ústavní zárukou plnění volného mandátu člena parlamentu a jeho svobodné úvahy.²⁹ Zmínka o záruce volného mandátu by naznačovala možnost širšího výkladu pojmu „postih“. Obdobný postoj patrně zastává také P. Mlsna, když uvádí, že

²³ Citováno dle SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 309. Stejně tak v prvním vydání tohoto komentáře, viz: SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 293.

²⁴ BAHÝŘOVÁ, L. – FILIP, J. – MOLEK, P. – PODHRÁZKÝ, M. – SUCHÁNEK, R. – ŠIMÍČEK, V. – VYHNÁNEK, L. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 394.

²⁵ Citováno dle PAVLÍČEK, V. – HŘEBEJK, J. *Ústava a ústavní řád České republiky. 1. díl*. Praha: Linde, 1998, s. 150.

²⁶ Viz ŠIMÍČEK, V. Imunita jako ústavněprávní problém. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 1996, č. 1, s. 45.

²⁷ ČÁSTKOVÁ, E. Indemnita jako součást parlamentní imunity. *Právník*, 2011, č. 12, s. 1194.

²⁸ Viz HENDRYCH, D. – SVOBODA, C. a kol. *Ústava České republiky*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 40.

²⁹ Uvedeno dle KLÍMA, K. a kol. *Komentář k Ústavě a Listině*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2005, s. 177.

proti členovi parlamentu je zakázáno zahájit jakékoliv řízení v souvislosti s jeho hlasováním.³⁰

Názory na výklad pojmu „postih“ se tedy sice liší a otázka je zřejmě interpretačně stále otevřená, nicméně většina autorů se kloní spíše k výkladu, že pojem „postih“ je třeba ve vztahu k ochraně svobody hlasování vykládat extenzivně a zahrnout do něj vyloučení všech forem právní odpovědnosti.

Podobným příkladem extenzivního výkladu může být případ interpretace pojmu „orgán komory“. Nejvyšší soud ve svém usnesení spis. zn. 11 Tcu 135/2012 ze dne 3. října 2012 došel k závěru, že poslanecké a senátorské kluby lze považovat s ohledem na účel imunity poskytované členům parlamentu za orgány komor v materiálním slova smyslu. Tento extenzivní výklad uvítali i někteří autoři odborné literatury, jako například J. Syllová. Ta poukázala na to, že účelem indemnity je ochrana svobody člena parlamentu při jeho politické činnosti.³¹

Ostatně také nález Ústavního soudu spis. zn. I. ÚS 3018/2014 bude patrně nutno vykládat extenzivně, protože jak správně upozorňuje J. Syllová, Ústavní soud dostatečně neoceníl to, že parlamentní komory jsou veřejným fórem, kde pronesené projevy obvykle směřují k veřejnosti a nikoliv vůči kolegům.³²

Také ustanovení čl. 27 odst. 2 Ústavy je patrně nutno vykládat extenzivně v tom smyslu, že vylučuje nejenom trestní, ale také přestupkovou odpovědnost člena parlamentu za projevy učiněné při jednání komory či jejích orgánů. Odborná literatura se v náhledu na tento problém liší, ale většina autorů se kloní spíše k výkladu extenzivnímu. V. Šimíček³³ a V. Pavlíček³⁴ volí výklad restriktivní, oba autoři hovoří o vyloučení „pouze trestní odpovědnosti“, staví tedy svůj výklad spíše na metodě jazykové. Shodně také další autoři.³⁵ J. Syllová,³⁶ L. Bahýľová,³⁷ P. Mlsna³⁸ a E. Částková³⁹ volí naopak výklad extenzivní. Tito autoři užívají spíše výklad systematický a poukazují na druhou větu čl. 27 odst. 2 Ústavy, podle něhož členové parlamentu za výroky, které jsou vyloučeny z uplatnění trestní odpovědnosti, odpovídají pouze disciplinárně před svou komorou. J. Syllová, a stejně tak i L. Bahýľová, používá logickou argumentaci *a maiore ad minus*, tedy není-li člen parlamentu odpovědný za trestné činy, tím spíše by neměl být odpovědný ani za přestupky, jako veřejnoprávní delikty nižší míry společenské nebez-

³⁰ Uvedeno dle RYCHETSKÝ, P. – LANGÁŠEK, T. – HERC, T. – MLSNA, P. a kol. *Ústava České republiky. Ústavní zákon o bezpečnosti České republiky. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 293.

³¹ Viz SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 311.

³² Viz SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 313.

³³ ŠIMÍČEK, V. Imunita jako ústavněprávní problém. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 1996, č. 1, s. 45.

³⁴ PAVLÍČEK, V. – HŘEBEK, J. *Ústava a ústavní řád České republiky. 1. díl*. Praha: Linde, 1998, s. 151.

³⁵ HENDRYCH, D. – SVOBODA, C. a kol. *Ústava České republiky*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 40.

³⁶ SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SUCHÁNEK, R. – SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 311.

³⁷ BAHÝĽOVÁ, L. – FILIP, J. – MOLEK, P. – PODHRÁZKÝ, M. – SUCHÁNEK, R. – ŠIMÍČEK, V. – VYHNÁNEK, L. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 395.

³⁸ RYCHETSKÝ, P. – LANGÁŠEK, T. – HERC, T. – MLSNA, P. a kol. *Ústava České republiky. Ústavní zákon o bezpečnosti České republiky. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 295.

³⁹ ČÁSTKOVÁ, E. Indemnita jako součást parlamentní imunity. *Právník*, 2011, č. 12, s. 1195.

pečnosti.⁴⁰ E. Částková navíc používá metody výkladu teleologického, když odkazuje na účel této části parlamentní imunity, který spatřuje v zajištění svobodného vyjádření názoru. Imunitu je dle ní v této části nutno vykládat „co nejšířejí“.⁴¹

Po této odbočce ukazující používání extenzivního výkladu ve věci imunity členů parlamentu však zdůrazněme, že tento výklad je pouze obecným principiálním východiskem k řešení otázky, co volný mandát člena parlamentu ve svých důsledcích znamená.

V prvé řadě to je skutečnost, že pokud způsob výkonu mandátu člena parlamentu nemůže jinak než cestou voleb postihnout lid, nemůže takovou pravomoc pro sebe dovést žádný orgán veřejné moci. Ústava tento výklad dále podporuje řadou svých dalších ustanovení.

V prvé řadě se jedná o otázku vzdání se mandátu člena parlamentu. Tuto možnost výslovně připouští čl. 24 Ústavy a počítá s ní jako s cestou vedoucí k zániku mandátu také ustanovení čl. 25 písm. c) Ústavy. Tedy poslanec nebo senátor se mohou kdykoliv vzdát svého mandátu a nemohou být za tento svůj úkon nikdy právně postíženi, protože se jedná o úkon, který je Ústavou předpokládán a je s ní vždy v souladu. Jedná se o realizaci Ústavy. Zmíněná ustanovení korespondují s čl. 9 Listiny⁴² zakazujícím nucené práce. Výkon mandátu člena parlamentu není zmíněn mezi výjimkami připouštěnými čl. 9 odst. 2 Listiny. Proto není možné členovi parlamentu legálně bránit ve vzdání se funkce. Opak, kromě toho, že by byl nesmyslný, by v konečném důsledku znamenal presumování nucené práce. Naopak vzdání se mandátu je jednou ze složek volného mandátu a jedním z možných způsobů vyjádření politického postoje k určité záležitosti.

Jinou záležitostí však může být posouzení okolností, za kterých došlo k vyjednání rezignace na mandát poslance či senátora. Nejvyšší soud ve svém usnesení č. j. 3 Tcu 85/2013 ze dne 30. října 2013 vyslovil názor, podle něhož nelze okolnosti, za nichž došlo k rezignaci na mandát, oddělit od samotné rezignace. Z odůvodnění samotného usnesení, stejně jako usnesení č. j. 3 Tcu 76/2013 a č. j. 3 Tcu 77/2013 nelze dovést, zda tento obecně znějící závěr vychází z konkrétních skutkových okolností a za jiných by Nejvyšší soud připustil posuzování všech souvislostí rezignace.

Absolutní a obecně vyloučení přezkumu okolností, za nichž k rezignaci na mandát člena parlamentu došlo, není podle mého názoru udržitelné. V případě poslanců P. Tluchoře, M. Šnajdra a I. Fuchsy může být udržitelná úvaha, že neučinili nic, co by nebylo ve světě profesionálních politiků běžné a obhajitelné. Soudím tak také proto, že od počátku jejich případu nikdy nezazněla zmínka o přímém důkazu, například odposlechu, potvrzujícím korupční charakter jejich jednání. V případě uvedených třech poslanců lze argumentovat, jak učinil již Nejvyšší soud, že nesouhlasili s jedním aspektem politiky své politické strany, ale s ostatními ano, a proto uvolnili cestu předmětnému návrhu zákona a politiku v zájmu svých voličů zamýšleli vykonávat v jiných funkcích.

⁴⁰ SLÁDEČEK, V. – MIKULE, V. – SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 218. BAHÝLOVÁ, L. – FILIP, J. – MOLEK, P. – PODHRÁZKÝ, M. – SUCHÁNEK, R. – ŠIMÍČEK, V. – VYHNÁNEK, L. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 395.

⁴¹ ČÁSTKOVÁ, E. Indemnita jako součást parlamentní imunity. *Právník*, 2011, č. 12, s. 1195.

⁴² Listina základních práv a svobod.

Mohou však nastat situace kvalitativně zcela jiné. Tak by tomu bylo například tehdy, kdyby si poslanec či senátor nechal přímo a prokazatelně zaplatit za to, že se svého mandátu vzdá, případně ho bude uplatňovat určitým způsobem. Za takových okolností by dle mého názoru přicházela v úvahu imunitní ochrana pouze podle ustanovení čl. 27 odst. 4 Ústavy, která však končí spolu s koncem mandátu. A to proto, že doslova prodej mandátu za účelem osobního obohacení poslance či senátora nemůže být chápán – snad s výjimkou hypotetických extrémních případů – jako výkon funkce „v zájmu všeho lidu“, „podle nejlepšího vědomí a svědomí“, jak to žádá slib člena parlamentu.

Shrneme-li, rezignace na parlamentní mandát je ze své podstaty vždy legální a jako taková nemůže být nikdy postižitelná. A to proto, že se jedná o právní úkon předpokládaný přímo Ústavou, a to bez jakýchkoliv konkretizujících podmínek. Mám však současně za to, že obchodování s parlamentním mandátem principiálně postižitelné je. A to tehdy, pokud by se prokázalo, že smyslem jednání nebyl politický, ale čistě osobní a materiální zájem poslance či senátora.

Tento závěr lze vztáhnout také na jiné způsoby výkonu mandátu člena parlamentu. Tím může být například předložení návrhu zákona. Takové oprávnění je poslanci dáno čl. 41 odst. 2 Ústavy. Ústava tak činí opět bez jakýchkoliv omezujících podmínek. Tedy předložení návrhu zákona je úkonem, který je vždy v souladu s právem. Stejně jako v případě rezignace na mandát, ani zde však dle mého názoru není vyloučen postih okolností, za nichž k uplatnění oprávnění člena parlamentu došlo. Imunitní ochrana zde může přicházet v úvahu pouze v režimu čl. 27 odst. 4 Ústavy.

Poslance, případně i senátora, kde je ale procedura složitější, nelze postihnout za obsah předloženého návrhu. V úvahu podle mého názoru nepřichází ani eventuální úvaha o aplikaci čl. 9 odst. 2 Ústavy, protože předložení návrhu zákona neznamená jeho schválení a teprve schválený zákon případně může vést o odstranění podstatných náležitostí demokratického právního státu. Naopak obsahová kontrola a omezování práva zákonodárné iniciativy z tohoto hlediska by mohly k odstranění podstatné náležitosti demokratického právního státu vést.

Podřadit ochranu práva podávat návrhy zákonů, nominovat osoby, vznášet interpelace nebo podávat žádosti o informace pod ochranu projevů podle čl. 27 odst. 2 Ústavy je vysoce problematické. A to proto, že tyto způsoby výkonu mandátu člena parlamentu by podléhaly disciplinární pravomoci příslušné komory parlamentu. Jinými slovy, poslanec či senátor by potenciálně⁴³ mohl být postižen za to, co navrhl k projednání nebo koho navrhl zvolit, či na co se dotázal. Eventuálně by mohl být postižen za to, že tak neučinil, respektive by mohlo být zkoumáno, proč tak neučinil. Takový důsledek je principiálně nepřijatelný, protože by podřídil jednotlivé členy parlamentu aktuální politické většině a tím popřel zájem voličů a mandát jimi udělený.

Závěrem tedy lze shrnout, že čl. 26 Ústavy je nutno vnímat jako ustanovení mající také imunitní charakter. Jedná se o částečnou obdobu čl. 54 odst. 3 Ústavy. Tak jako je čl. 54 odst. 3 Ústavy dále modifikován čl. 65 Ústavy, tak je čl. 26 Ústavy dále modifikován čl. 27 a čl. 28 Ústavy. Vrátime-li se ke třem otázkám uvedeným na počátku, nemůže být vyvozen žádný druh právní odpovědnosti za to, zda se člen parlamentu

⁴³ Pokud by došlo k novelizaci jednacích řádů obou komor.

vzdá nebo nevzdá svého mandátu. Stejný závěr musíme učinit ohledně pronesení či nepronesení projevu, nebo předložení či nepředložení návrhu parlamentu či jeho orgánu k projednání. Zkoumány by však případně mohly být okolnosti, které člena parlamentu ke konkrétnímu konání či nekonání vedly. A to v režimu čl. 27 odst. 4 Ústavy. Dodejme, že rezignace na mandát je právním úkonem, nikoliv však projevem, stejně tak podání návrhu. Uplatňování čl. 27 odst. 2 Ústavy by v těchto případech bylo zcela nevhodné a použito může být pouze na případný projev uvozující samotný návrh nebo vyjadřující rezignaci na mandát.

JUDr. Jan Kudrna, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
kudrnaj@prf.cuni.cz
ORCID 0000-0001-8009-4294

ÚSKALÍ POUŽITÍ ZÁSADY *IURA NOVIT CURIA* V MEZINÁRODNÍM ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

FRANTIŠEK HALFAR

Abstract: **The Perils of Application of the *Iura novit curia* Principle in International Arbitration**
The article discusses the practicability of application of the *iura novit curia* principle in international arbitration and the potential problems arising thereof. The procedural principle governing most civil-law jurisdictions concerns the arbitrator's power to assess the merits of the case independently of the arguments of the parties and to ascertain and apply the law on its own motion. In arbitration, the application of the principle raises a number of concerns, such as due process, party autonomy or the protection of the interests and expectations of the parties, and touches upon the basic understanding of the arbitrator's mandate. Thus, the article analyses the principle in light of the theoretical doctrines and fundamental principles of international arbitration.

Keywords: arbitration; *iura novit curia*; treatment of applicable law; due process; party autonomy; equal treatment; surprising arbitral award; enforceability of arbitral award; arbitration doctrines

Klíčová slova: rozhodčí řízení; *iura novit curia*; zacházení s rozhodným právem; řádný proces; autonomie stran; rovné zacházení; překvapivost rozhodčího nálezu; vykonatelnost rozhodčího nálezu; doktríny rozhodčího řízení

DOI: 10.14712/23366478.2019.14

1. ÚVOD

Základní úkol a podstata mandátu rozhodce spočívá v projednání a rozhodnutí sporu, který mu předložily strany na základě své rozhodčí smlouvy. Rozhodce tedy obdobně jako soudce projednává podání stran a následně vydává nestranné, odůvodněné (ledaže to vyloučí strany)¹ a závazné rozhodnutí, které konkluzivně (nabývá účinku *res iudicata*) stanovuje práva a povinnosti stran. Tato quasi-soudní funkce činnosti rozhodce předpokládá povinnost rozhodce věc rozhodnout podle rozhodného práva,² tedy použít příslušné předpisy *lex causae*, popř. některá pravidla nestátního

¹ Viz např. ustanovení § 25 odst. 2 č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů.

² BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. 2. vyd. Haag: Kluwer Law International, 2014, s. 1997.

původu, jako např. transnacionální právo mezinárodního obchodu obecně známé pod pojmem *lex mercatoria*.³ Za určitou výjimku lze v tomto ohledu označit rozhodování *ex aequo et bono* nebo *amiable compositeur*, což sice nepředstavuje rozhodování striktně na základě pozitivního práva, avšak nijak nenarušuje uvedenou quasi-soudní povahu činnosti rozhodce, jehož mandátem i v těchto případech zůstává věc projednat a vydat rozhodnutí o právech a povinnostech stran. Vedle toho je vhodné zmínit, že zmocnění k tomuto typu rozhodování je v mezinárodní praxi poměrně ojedinělé.⁴

V této souvislosti pak vyvstává otázka, jakým způsobem se v rozhodčím řízení právní normy použitelné pro meritum věci zjišťují a aplikují. Nejde o problém kolizní, tedy o to, který právní řád (nebo jiný soubor pravidel) se použije, ale o následnou otázku, jak se s takto určeným souborem právních norem zachází.

Ve vnitrostátním rozhodčím řízení, které se koná v zemi, v níž mají strany svůj domicil a s níž také souvisí předmět sporu, lze předpokládat, že právo této země bude typicky též právem rozhodným pro meritum sporu. Pochází-li ze stejné země též rozhodci, zjištění obsahu tohoto práva a jeho použití tak nebude činit zvláštní problémy, když pro strany i rozhodce jde o právo tuzemské. V mezinárodním rozhodčím řízení je však situace jiná – rozhodci ani strany nutně nemusí znát rozhodné právo v dané věci. Znalost použitelného práva rozhodcem je pak pro stranu sporu přirozeně jedním z významných faktorů při výběru rozhodce.⁵

Pokud rozhodce použitelné právo nezná, v praxi mezinárodního rozhodčího řízení se předpokládá, že strany samy předloží právní posouzení daného případu⁶ a prokážou rozhodci obsah rozhodného práva na základě právních textů, judikatury či znaleckých posudků.⁷ Zde však vyvstává otázka, zda je v pravomoci rozhodce zjistit obsah použitelného práva a věc po právní stránce posoudit samostatně anebo zda je v tomto ohledu omezen návrhy stran a prameny práva, na které strany ve svých podáních odkazují. Tento článek si tak klade za cíl nastínit problémy spojené se zacházením s rozhodným právem v mezinárodním rozhodčím řízení, a to především z hlediska obecného vnímání předmětu mandátu rozhodce a jeho mezí. Řešení předmětné otázky v mezinárodní praxi a judikatuře autor rozebírá ve své disertační práci, zde však vzhledem k omezenému rozsahu svůj příspěvek věnuje analýze problematiky v teoretické rovině, a to konkrétně z hlediska doktrín, principů a základních institutů rozhodčího řízení.

³ K tomuto viz např. PAUKNEROVÁ, M. Rozhodčí řízení ve vztahu k zahraničí – otázky rozhodného práva. *Právní rozhledy*, 2003, č. 12, s. 587 a násl.; ROZEHNALOVÁ, N. *Lex mercatoria a jeho užití v řízení před mezinárodními rozhodci. Právní praxe v podnikání*, 1999, roč. 8, č. 11, s. 29 a násl.

⁴ MOSES, M. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 79.

⁵ KAUFMANN-KOHLER, G. The arbitrator and the law : Does he/she know it? Apply it? How? And a few more questions. In: WIRTH, M. (ed.). *Best Practices in International Arbitration*. Conference ASA Swiss Arbitration Association dne 27. ledna 2006 v Zürichu, s. 93. Dostupné na: <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:30374>.

⁶ KAUFMANN-KOHLER, G. The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational Rule on Establishing its Content. In: WIRTH, M. (ed.). *Best Practices in International Arbitration*, ASA Special Series, č. 26, 2006, s. 84.

⁷ KNUTS, G. Jura Novit Curia and the Right to be Heard – An Analysis of Recent Case Law. *Arbitration International*, 2012, vol. 28, no. 4, s. 672.

2. ZJIŠTĚNÍ OBSAHU ROZHODNÉHO PRÁVA

Nezávislé posouzení věci rozhodcem se může objevovat v různých formách. Pokud jde o zjišťování obsahu práva rozhodného pro předmět sporu, zde je nejdříve nutné si položit otázku, zda je rozhodce vůbec oprávněn aplikovat a své rozhodnutí odůvodnit na základě právních norem, na které strany ve svých podáních neodkazují. Takovéto jednání může mít za následek především procesní pochybení v podobě upření možnosti stran věc před rozhodcem projednat.⁸ Vzhledem k tomu, že takováto právní norma bude typicky mít pro jednu stranu sporu pozitivní či negativní důsledky, může být ohrožen jeden ze základních principů vedení rozhodčího řízení, a to princip rovného zacházení se stranami.⁹

Z opačného hlediska si lze opět klást otázku, kam až sahá povinnost rozhodce věc rozhodnout na základě použitelného práva, tedy jestli rozhodce je povinen aplikovat na daný skutkový stav příslušné právní normy *ex officio*, tj. i bez návrhu. Jedno z nejvýznamnějších specifíků rozhodčího řízení, tedy zákaz meritorního přezkumu rozhodčího nálezu soudem, alespoň na první pohled evokuje dojem, že nezohlednění právních norem, na které ani strany neodkazují, nemůže mít na platnost¹⁰ a vykonatelnost rozhodčího nálezu jakýkoli vliv. Rozhodne-li soud, že v rozhodčím řízení měly být aplikovány některé právní normy, jde o věcný přezkum nálezu.

Avšak ne vždy musí jít o problém čistě hmotně-právní povahy. Pokud rozhodčí senát neaplikuje příslušné právní normy s odůvodněním, že nebyly stranami prokázány, může se jednat i o pochybení procesní, tedy nedostatek potenciálně zakládající důvod pro zrušení či odmítnutí uznání rozhodčího nálezu.¹¹ Přístupy k této otázce se však liší, a to především v závislosti na tom, zda příslušné *lex arbitri* zachází s použitelným cizím právem jako s právem nebo jako se skutečností.¹²

Konečně je také možné hovořit o povinnosti rozhodce aplikovat pouze některé normy v závislosti na jejich povaze. V zásadě přichází v úvahu omezení této pravomoci rozhodce na kogentní normy *lex causae* nebo normy střežící určitý veřejný zájem, tj. typicky imperativní normy třeba i třetích států.¹³ Účelem takového pojetí povinnosti rozhodce aplikovat příslušné normy dopadající na daný právní vztah je zajištění souladu s veřejným pořádkem jiných zemí, a tedy i vykonatelnosti rozhodčího nálezu v těchto zemích.

⁸ Viz např. čl. V odst. 1 písm. b) Úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, New York, 10. června 1958 (dále jen „Newyorská úmluva“) nebo čl. 34 odst. 2 písm. a) bod ii) Vzorového zákona UNCITRAL pro mezinárodní obchodní arbitráž z roku 1985, ve znění změn z roku 2006 (dále jen „Zákon UNCITRAL“)

⁹ Viz čl. 18 Zákona UNCITRAL.

¹⁰ Pojem platnosti rozhodčího nálezu autor používá v souvislosti s takovým nálezem, u něhož nejsou dány důvody pro jeho zrušení v zemi, v níž byl vydán.

¹¹ Viz čl. V odst. 1 písm. d) Newyorské úmluvy nebo čl. 34 odst. 2 písm. a) bod iv) Zákona UNCITRAL.

¹² CORDERO MOSS, G. Is the Arbitral Tribunal Bound by the Parties' Factual and Legal Pleadings? *Stockholm International Arbitration Review*, 2006, no. 3, s. 22.

¹³ Viz MOSES, c. d., s. 81.

3. NEZÁVISLÉ PRÁVNÍ POSOUZENÍ PŘEDMĚTU SPORU

Stejně tak nezávislé právní posouzení rozhodce může mít různé formy. Jednak se může jednat o situace, kdy rozhodce nárok sice přiznává v rámci žalobního petitu, avšak na základě jiného pravidla/ustanovení. Jako příklad lze uvést přiznání náhrady škody, která měla vzniknout v důsledku prodlení prodávajícího, ačkoli kupující náhradu požadoval jako nárok z vad dodaného zboží.¹⁴ Obdobně se může žalobce domáhat určení práva na odstoupení od smlouvy, které rozhodčí senát sice shledá oprávněným, avšak na základě jiného důvodu, než který byl uplatňován žalobcem. Pouhé odlišné právní posouzení, které zůstává v mezích žalobního petitu, by nemělo být považováno za rozhodnutí *ultra petita*, tedy překračující pravomoc/mandát rozhodce, ačkoli ani toto neplatí zcela bez výjimek.¹⁵

Rozdílné právní posouzení věci však může mít za následek tzv. překvapivost rozhodnutí¹⁶ a tudíž ohrozit právo stran věc před rozhodci projednat. Z toho důvodu se jeví žádoucím strany vyzvat k tomu, aby se k této nové právní otázce vznesené rozhodčím senátem vyjádřily. Má-li se však takové vyjádření pohybovat pouze v rovině právní argumentace, kterou senát zásadně není vázán, může být nutnost takové výzvy diskutabilní.¹⁷ Na druhou stranu je nutné vzít v potaz skutečnost, že v mezinárodním rozhodčím řízení strany (resp. jejich zástupci) stejně jako rozhodci nezřídka pocházejí z různých právních kultur a tudíž jakékoli odlišné právní posouzení věci rozhodčím senátem bude velmi pravděpodobně pro strany a jejich zástupce překvapivé, tudíž v možném rozporu s právem stran věc před rozhodci projednat.¹⁸ V každém případě vyžaduje-li tato odlišná právní kvalifikace doplnění dokazování nebo zakládá-li se na zcela nových (tj. doposud neuplatněných) pramenech práva, jeví se výzva k vyjádření stran jako žádoucí v zájmu zajištění vykonatelnosti rozhodčího nálezu.¹⁹

Ještě výraznější intervenci rozhodčího senátu představuje situace, kdy rozhodčí senát dojde k závěru, že straně náleží, a tudíž by mohl být přiznán nárok, který v řízení neuplatňuje. S takovýmto postupem je spojena řada rizik. Obecně může být přiznání nároku, který nebyl v petitu žalobce uplatněn, považováno za jednání rozhodce *ultra*

¹⁴ CORDERO MOSS, c. d., s. 23–24.

¹⁵ LANDOLT, P. Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence. *Arbitration International. The Journal of the London Court of International Arbitration*, 2012, vol. 28, no. 2, s. 192.

¹⁶ K otázce překvapivosti/nepředvídatelnosti rozhodčího nálezu viz např.: LEW, J. D. M. *Iura Novit Curia and Due Process*. Legal Studies Research Paper No. 72/2010, Queen Mary University of London, School of Law, s. 15. Dostupné na <http://ssrn.com/abstract=1733531>; GILLIS WETTER, J. Procedures for Avoiding Unexpected Legal Issues. In: VAN DEN BERG, A. J. (ed.). *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series, vol. 7, 1996, s. 87–99; MEIER, A. – MCCOUGH, Y. Do Lawyers Always Have to Have the Last Word? *Iura Novit Curia and the Right to Be Heard in International Arbitration: an Analysis in View of Recent Swiss Case Law*. *ASA Bulletin*, 2014, vol. 32, no. 3, s. 503; LEVY, L. *Jura Novit Curia? The Arbitrator's Discretion in the Application of the Governing Law*. *Kluwer arbitration blog*. Dostupné na: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/1009/03/20/jura-novit-curia-the-arbitrator-s-discretion-in-the-application-of-the-governing-law/>.

¹⁷ CORDERO MOSS, c. d., s. 28.

¹⁸ GIOVANNINI, T. International Arbitration and *Jura Novit Curia* – Towards Harmonization. In: FERNÁNDEZ-BALLATEROS, M. Á. – ARIAS, D. (eds.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Wolters Kluwer España; La Ley, 2010, s. 507.

¹⁹ CORDERO MOSS, c. d., s. 28.

petita a jako takové vést k ohrožení platnosti či vykonatelnosti nálezu.²⁰ Nevyrozumí-li rozhodčí senát strany o svém odlišném právním posouzení a nevyzve-li je ke sdělení svého stanoviska, může takový postup vést k porušení práva stran věc v řízení projednat. A i pokud senát strany vyzve k vyjádření, zůstává otázkou, zda není takovéto uvedení nového (stranami nevzneseného) nároku samotným rozhodčím senátem do daného řízení v rozporu se zásadou rovnosti zbraní, když fakticky jde o poučení jedné ze stran o jejím hmotně-právním nároku, který v řízení tato strana přitom ani neuplatnila.

Další otázky pak vyvstávají v souvislosti s některými specifickými případy, jako např. rozhodčí řízení, v němž participuje pouze žalující strana, tedy kde žalovaná (třeba jen kromě obecného blanketového odmítnutí nároků protistrany) nepředloží rozhodčímu senátu jakékoli právní posouzení věci. Je to opět princip rovnosti zbraní, který v závislosti na úhlu pohledu může v takovém případě sloužit oběma stranám. Z určitého hlediska může skutečnost, že rozhodčí senát má k dispozici pouze právní argumentaci participující strany, ospravedlňovat nutnost zvýšené aktivity rozhodčího senátu ve smyslu samostatného zjišťování použitelných předpisů a nezávislého právního posouzení věci, které může ve výsledku vést k zamítnutí žaloby např. na základě norem, které sám senát uznal za použitelné, ač na ně žádná ze stran neodkazovala. Na druhou stranu může taková činnost senátu vést k faktickému suplování role neparticipující strany v rozporování uplatňovaného nároku a ve výsledku tak narušit rovnost stran řízení.

4. ZÁSADA *IURA NOVIT CURIA* V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

Jak bylo demonstrováno výše, problematika zacházení s rozhodným právem v mezinárodním rozhodčím řízení vyvolává množství otázek. Odpovědi na tyto poskytuje jeden ze základních principů kontinentálního civilního řízení definující roli soudce při aplikaci práva pro rozhodnutí ve věci, a to zásada *iura novit curia*. Význam této zásady, která v překladu zní „soud zná právo“, zřejmě lépe vystihuje pro ni výchozí maxima „*da mihi factum, dabo tibi jus*“, tedy „dej mi skutek, právo ti dám já“. Podle tohoto pravidla tak strany poskytnou soudci rozhodné skutkové okolnosti a ten na tento skutkový stav samostatně aplikuje právo, které sám vyhledá.²¹ Nejvýznamnějším důsledkem pak je, že na rozdíl od skutečností, které se po jejich prokázání subsumují pod příslušné právní normy, nemusí strany právo dokazovat. Soud právo zná, a tudíž jej použije z úřední povinnosti, tedy i bez návrhu stran. Pokud jde o právní posouzení soudu, to je v důsledku zásady *iura novit curia* nezávislé na právních argumentech stran, které nemohou ani svou dohodou jakkoli omezit to, jak má soud věc právně kvalifikovat.²²

V této formě se však v zemích *civil law* předmětná zásada uplatňuje pouze ve vztahu k *lex fori*, tedy právu pro daný soud tuzemskému. Má-li se podle příslušných kolizních norem použít cizí/zahraněční právo, presumpce „znalosti práva“ je již přirozeně neudr-

²⁰ Viz čl. V odst. 1 písm. c) Newyorské úmluvy nebo čl. 34 odst. 2 písm. a) bod iii) Zákona UNCITRAL.

²¹ KÜHN, Z. *Iura novit curia: aplikace starého principu v nových podmínkách. Právní rozhledy*, 2004, č. 8, s. 295.

²² OBERHAMMER, P. – DOMEJ, T. Germany, Switzerland and Austria. In: VAN RHEE, C. H. (ed.). *European Traditions in Civil Procedure*. Antverpy: Intersentia, 2005, s. 303.

žitelná. *Iura novit curia* tak dopadá pouze na tuzemské kolizní normy, které představují součást *lex fori* a jako takové se použijí bez návrhu. Kontinentální právní systémy však i ve vztahu k cizímu právu předpokládají vlastní aktivitu soudce, když soudům ukládají povinnost zjistit a aplikovat právo použitelné na základě kolizní normy *ex officio*, což je typicky doprovázeno též zacházením s cizím právem jako s právem. Tím se odlišují od systémů anglosaských, kde nejenže kolizní normy nemusí být z úřední povinnosti aplikovány, ale cizí právo se typicky použije jen k návrhu strany, která jeho obsah musí prokázat jako kteroukoli jinou skutečnost.²³

V rozhodčím řízení, kde se lze setkat též s pojmem *iura novit arbiter*,²⁴ plní tato zásada shodnou funkci; vymezuje tedy roli rozhodce a stran ve vztahu k zacházení s právem rozhodným pro meritum sporu. S jistou mírou paušalizace tak lze říct, že zásada *iura novit curia* ve všech výše uvedených otázkách zjišťování použitelného práva a právního posouzení věci v rozhodčím řízení podporuje aktivní přístup rozhodce. Rozhodce vycházející z této zásady tak má pravomoc samostatně zjišťovat obsah použitelného práva a nezávisle na stranách posuzovat předmětný spor. V krajní podobě (v duchu pravidla „*da mihi factum, dabo tibi jus*“) by procesní povinností stran bylo pouze tvrdit rozhodné skutečnosti a předložit odpovídající důkazy, zatímco rozhodce by samostatně zjistil obsah rozhodného práva a aplikoval jej na daný skutkový stav. Takový postup je však v praxi mezinárodního rozhodčího řízení velmi těžko představitelný.²⁵

Na otázku zacházení s rozhodným právem však praxe mezinárodního rozhodčího řízení stále marně hledá jednoznačnou odpověď.²⁶ Jedním z důvodů je přirozeně skutečnost, že rozhodci (popř. též zástupci stran) pocházející ze zemí *civil law* či *common law* mívají o zacházení s rozhodným právem a samotné podstatě svého mandátu různé představy. Vedle toho je vůbec diskutabilní, nakolik mohou či musí rozhodci při zjišťování a aplikaci rozhodného práva vycházet z principů ovládající soudní civilní řízení (jako je princip *iura novit curia*), natož který právní řád je v tomto ohledu relevantní (*lex arbitri* nebo *lex causae*). Tyto různé způsoby vnímání mandátu rozhodce se promítají do obecných představ o podstatě rozhodčího řízení, jež představují tzv. doktríny rozhodčího řízení.²⁷

²³ PAUKNEROVÁ, M. Aktuální otázky používání zahraničního práva v soudním a v rozhodčím řízení. *Právník*, 2012, roč. 151, č. 12, s. 1277–1278.

²⁴ Viz např. ARROYO, M. Which is the Better Approach to Jura Novit Arbiter – the English or the Swiss? In: MÜLLER, Ch. – RIGOZZI, A. (eds.). *New Developments in International Commercial Arbitration*, Schulthess, 2010, s. 27–54.

²⁵ DIMOLITSA, A. The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law. *ASA Bulletin*, 2009, vol. 27, no. 3, s. 439.

²⁶ KAUFMANN-KOHLER, The arbitrator and the law : Does he/she know it? Apply it? How? And a few more questions, s. 87.

²⁷ WAINCYMER, J. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, s. 1064.

5. IURA NOVIT CUIRA Z HLEDISKA DOKTRÍN ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ

Pojem rozhodčího řízení zahrnuje dva elementární prvky. Prvním z nich je pravomoc rozhodce rozhodnout spor, druhým pak rozhodčí smlouva jako zdroj této pravomoci.²⁸ Zdůrazňování jednoho z těchto prvků má za následek posunutí vnímání charakteru rozhodčího řízení, které lze rozdělit do kategorií obecně známých jako doktríny rozhodčího řízení.²⁹

Základní polaritu těchto přístupů demonstrují doktríny jurisdikční a smluvní. Teorie jurisdikční chápe rozhodčí řízení jako sporné řízení, v němž rozhodci řeší spor nalézáním práva na základě pravomoci delegované státem.³⁰ Jakkoli tedy jurisdikční teorie připouští, že rozhodčí řízení může proběhnout na základě dohody stran,³¹ zdůrazňuje, že vedle rozhodčí smlouvy musí rozhodčí řízení jako způsob řešení sporů připouštět příslušný právní řád.³²

Doktrína smluvní naopak staví do popředí autonomii stran a jako základ pravomoci rozhodce prezentuje rozhodčí smlouvu. Klasická smluvní teorie dokonce vnímala rozhodce jako zástupce stran, jehož úkolem je zjistit obsah smlouvy hlavní a to následně uvést v rozhodčím nález, který sám představuje smlouvu.³³ Moderní smluvní teorie od takto extrémní pozice upouští, avšak stále vnímá rozhodčí řízení primárně jako in-stitut smluvního práva, který tak podléhá nikoli úpravě civilního procesu, ale autonomii stran.³⁴

Jak už její název napovídá, smíšená/hybridní doktrína představuje kompromisní řešení nedostatků jurisdikční a smluvní teorie. Sice uznává, že základním předpokladem pro rozhodčí řízení je rozhodčí smlouva, avšak dodává, že musí být rozeznána právním řádem, který konání rozhodčího řízení připouští a který přiznává rozhodčímu nálezu účinky rozhodnutí soudu.³⁵

V duchu delokalizačních tendencí se v mezinárodním rozhodčím řízení vyvinula také teorie autonomní. Ta se od všech zbývajících doktrín oprošťuje premisou, že rozhodčí řízení může existovat nezávisle na jakémkoli pozitivním právním řádu. Právní

²⁸ GAILLARD, E. – SAVAGE, J. (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Haag: Kluwer Law International, 1999, s. 11.

²⁹ Z tuzemské literatury viz RŮŽIČKA, K. K otázce právní povahy rozhodčího řízení. *Bulletin advokacie*, 2003, č. 5, s. 33. BĚLOHLÁVEK, A. – PEZL, T. Postavení rozhodčího řízení v systému ochrany práv a ústavního pořádku České republiky a dalších zemí. *Právní rozhledy*, 2004, č. 7. ROZEHNALOVÁ, N. Hlavní doktríny ovládající rozhodčí řízení. In *Dny práva – 2009 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2009. Dostupné na: http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/rozhodci_rizeni.html. Ze zahraniční literatury viz: LEW, J. D. M. – MISTELIS, L. A. – KRÖLL, S. M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Haag: Kluwer Law International, 2003, s. 74–82. BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. 2. vyd. Haag: Kluwer Law International, 2014, s. 214–216.

³⁰ BĚLOHLÁVEK, A. J. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 26.

³¹ ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 3. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 72.

³² LEW – MISTELIS – KRÖLL, c. d., s. 74–75. BĚLOHLÁVEK – PEZL, c. d., s. 258.

³³ BĚLOHLÁVEK, *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*, s. 23. BĚLOHLÁVEK – PEZL, c. d., s. 257.

³⁴ RŮŽIČKA, c. d., s. 36.

³⁵ LEW – MISTELIS – KRÖLL, c. d., s. 79–80.

rámec mezinárodního rozhodčího řízení tak utváří jeho samotná praxe a nikoli jednotlivé národní právní úpravy.³⁶

Z hlediska doktrín rozhodčího řízení lze nahlížet též na podstatu mandátu rozhodce a tudíž i jeho přístup k zacházení s rozhodným právem ve smyslu zásady *iura novit curia*. Jurisdikční pojetí rozhodčího řízení jakožto fóra, v němž rozhodce nalézá právo a autoritativně rozhoduje o právech a povinnostech stran, na první pohled podporuje aktivní přístup rozhodce ve vztahu k zacházení s rozhodným právem. Naopak z hlediska smluvní doktríny zdůrazňující autonomii stran se uplatnění zásady *iura novit curia*, která rozhodci umožňuje věc právně posoudit nad rámec argumentů stran, může jevit jako nežádoucí. Jak však bude demonstrováno níže, uvedené rozlišení není zdaleka tak jednoznačné.

V duchu jurisdikční teorie rozhodčího řízení rozhodce vykonává rozhodovací pravomoc cestou nalézání práva.³⁷ Tím však stále není zodpovězena otázka, jakým způsobem má tento proces probíhat, tedy zda má rozhodce nalézat právo pouze v podáních stran, nebo na základě vlastního šetření. V literatuře se sice lze setkat s názorem, že uplatnění principu *iura novit curia* je vnitřně spjato s jurisdikčním vnímáním rozhodčího řízení, protože v tomto pojetí rozhodce vykonává jakousi quasi-soudní funkci.³⁸ Tento postoj však opomíjí skutečnost, že uvedená zásada ovládá civilní soudní řízení pouze v některých právních systémech, a to především zemí kontinentální právní kultury. V anglosaské tradici naopak civilní proces obvykle podléhá projednací zásadě a soud tak vychází především z právní argumentace předložené stranami. S výkonem soudní pravomoci tak není nutně spojen aktivní přístup soudce, jehož projevem je například právě uplatnění principu *iura novit curia*. Spočívá-li tak jurisdikční doktrína v přirovnávání soudní a rozhodčí funkce, nelze z ní dovozovat rovněž aktivní přístup rozhodce. Jurisdikční pojetí rozhodčího řízení pouze zdůrazňuje aspekty nalézání práva a autoritativního rozhodování o právech a povinnostech stran v činnosti rozhodce, neurčuje však tendenci směrem k projednacímu nebo vyšetřovacímu způsobu vedení řízení.

Z hlediska smluvní teorie, podle níž rozhodčí řízení podléhá především autonomii stran, se jakékoli iniciativy rozhodce nad rámec návrhů stran na první pohled jeví jako nežádoucí. Autonomie stran však pouze znamená, že rozhodčí řízení je podřízeno jejich vůli a zájmům. Je tak zcela na stranách, aby se dohodly na rozložení zodpovědnosti za právní kvalifikaci věci a stanovení obsahu rozhodného práva v daném řízení. Pokud strany od rozhodčího řízení očekávají rozhodnutí jejich sporu na základě správné aplikace všech použitelných norem a pokud tak činí v důvěře v rozhodce, jež si pro jejich odbornost zvolily, pak je to právě autonomie stran, co odůvodňuje uplatnění principu *iura novit curia* v daném řízení. Smluvní pojetí rozhodčího řízení tak použití tohoto principu nebrání, ačkoli nakonec vždy záleží na očekávání a zájmech stran, o čemž bude blíže pojednáno v následující kapitole ohledně autonomie stran.

Pokud se tedy jedná o pozici zásady *iura novit curia*, jednotlivé doktríny rozhodčího řízení sice naznačují jisté tendence, avšak otázku uspokojivě nezodpovídají. Vedle toho je nutné mít na paměti, že se jedná pouze o teoretické modely, které sice umožňují nahlí-

³⁶ Tamtéž, s. 81–82.

³⁷ BÉLOHLÁVEK, *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář*, s. 26.

³⁸ WAINCYMER, c. d., s. 1064.

žet na rozhodčí řízení z různých úhlů pohledu, avšak již ze své podstaty realitu rozhodčího řízení nijak nedefinují. Jurisdikční a smluvní teorie navíc mají tendenci zdůrazňovat některé aspekty rozhodčího řízení a zakrývat jiné, což vede k jistému zkreslení jeho skutečné povahy. Z toho důvodu je tak při zkoumání kompatibility principu *iura novit curia* s rozhodčím řízením nutné vycházet z objektivního posouzení jednotlivých neodlučitelných charakteristik rozhodčího řízení, což je předmětem následujícího výkladu.

6. AUTONOMIE STRAN

Základní zásadou, jejíž funkce proplouvá celým procesem od uzavření rozhodčí smlouvy, zahájení rozhodčího řízení až po jeho vedení, je zásada autonomie stran. Autonomie stran, někdy též označovaná jako jeden z pilířů rozhodčího řízení,³⁹ má za následek skutečnost, že strany mohou svou dohodou určit rozložení působnosti mezi rozhodcem a stranami rozhodčího řízení při právní kvalifikaci daného sporu a zjištění obsahu použitelných norem. Jinými slovy v důsledku autonomie stran je v jejich dispozici, aby rozhodci svou dohodou stanovily, zda a jakým způsobem tento může nad rámec vymezení sporu stranami věc právně posoudit nebo aplikovat právní normy, na něž strany neodkazují.

Z hlediska autonomie stran je nutné zohlednit očekávání stran ve vztahu ke způsobu vedení řízení, tedy včetně použitelnosti pravidla *iura novit curia* v mezinárodním rozhodčím řízení. Uzavření rozhodčí smlouvy, stanovení konkrétních parametrů rozhodčího řízení (např. sídlo rozhodčího řízení) a jednání stran v průběhu řízení (např. jmenování rozhodce či způsob, jakým strany prezentují své právní argumenty) totiž mohou být více než nápomocné pro zjištění, jaký přístup strany k uplatnění zásady *iura novit curia* v rozhodčím řízení o jejich sporu zastávají.

Tak například již samotná volba rozhodčího řízení, kterou strany projevují uzavřením rozhodčí smlouvy, může v obecně rovině indikovat náklonnost těchto stran k řešení jejich sporů v prostředí, které jim na rozdíl od řízení před soudem poskytuje vyšší míru volnosti, nezávislosti na formálních postupech státních orgánů a rychlejší rozřešení sporu. Jedním z hlavních důvodů, proč podnikatelé a další (třeba i veřejnoprávní) subjekty působící v mezinárodním obchodu volí rozhodčí řízení jako způsob řešení jejich sporů, je snaha o přiblížení této procedury obchodnímu prostředí. Rozhodčí řízení pro ně tak představuje jen fórum pro prosazení jejich zájmů v podmínkách, v nichž každodenně operují. Může to být též projevem jisté nedůvěry ve schopnost státně-mocenských orgánů efektivně chránit jejich individuální zájmy.⁴⁰ Autoritativní zásahy rozhodčího senátu do právního rámce sporu v duchu zásady *iura novit curia* pak dle řady autorů narušují autonomii stran a zpravidla tak vedou ke zkrácení/omezení práva stran věc projednat.⁴¹

Volba rozhodčího řízení jakožto alternativního fóra pro řešení sporů mezi stranami však může být ve vztahu určení přístupu stran k uplatnění zásady *iura novit curia*

³⁹ ROZEHNALOVÁ, *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*, s. 68.

⁴⁰ LANDOLT, c. d., s. 200.

⁴¹ HOBER, K. *Arbitration Involving States*. In NEWMAN, L. W. – HILL, R. (eds.) *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. 2. vyd. Juris Publishing, 2008, s. 669. LANDOLT, c. d., s. 187.

v řízení o jejich sporu dvojznačná. Na jednu stranu lze v uzavření rozhodčí smlouvy spatřovat preferenci stran ohledně toho, aby identifikace rozhodných právních otázek a použitelných právních norem zůstala v jejich dispozici a vztah mezi stranami byl především rychle a efektivně (třeba i na úkor správnosti rozhodnutí)⁴² stanoven konečným rozhodnutím. Autoři jako např. *Landolt*, kteří ve volbě rozhodčího řízení stranami spatřují především tuto motivaci, pak také zastávají názor, že rozhodce by ve vztahu k právní kvalifikaci věci neměl zasahovat, pokud toho účelu může být dosaženo samotnými stranami, a že jeho role by tak měla být pouze podpůrná.⁴³ Vedle toho však může být volba rozhodčího řízení dána tím, že strany si cení možnosti zvolit si za rozhodce odborníka na konkrétní právní problematiku vztahující se k předmětu sporu nebo osobu s právní kvalifikací ze země, jejímž právem se řídí daný spor. Zatímco v prvním případě se volba rozhodčího řízení jeví jako snaha stran minimalizovat samostatnou iniciativu rozhodce, v situaci druhé se naopak jedná o projev zájmu na správném právním posouzení a rozhodnutí věci.

Právě posledně zmíněná okolnost, tedy jmenování rozhodce, může být dalším relevantním faktorem pro zjištění přístupu stran k uplatnění pravidla *iura novit curia*. Obdobně jako určení sídla rozhodčího řízení, volba rozhodce ze země kontinentální nebo anglosaské právní kultury může naznačovat, jaký způsob vedení řízení strana od rozhodce očekává. Právě v očekávání náleží podstata těchto úvah. Vzhledem k tomu, že rozhodčí řízení je vedeno v zájmu a na náklady stran, rozhodčí senát by měl při vedení řízení (tedy např. při zvažování vlastních iniciativ ve vztahu k právnímu posouzení věci) dbát očekávání těchto stran, které lze mnohdy dovodit z výše uvedených skutečností. Identifikace těchto očekávání/zájmů a jejich zohlednění při vedení řízení je pak projevem respektování autonomie stran. Z tohoto důvodu také řada autorů v odborné literatuře doporučuje, aby rozhodčí senát v co nejrannější fázi řízení tyto otázky se stranami projednal a dohodnuté řešení zahrnul např. do ujednání o mandátu rozhodce (tzv. *Terms of Reference*) nebo procesního usnesení.⁴⁴

7. RYCHLOST A HOSPODÁRNOST ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ

Rychlost a hospodárnost řízení není zásadou ani nutnou charakteristikou rozhodčího řízení, avšak jedná se o jednu ze standardně uváděných výhod rozhodčího řízení a také důvodů, proč strany volí institut rozhodčího řízení pro řešení jejich sporů.⁴⁵ S ohledem na výše zmíněný význam autonomie stran je tak rovněž nutné zkoumat, zda

⁴² Správností rozhodnutí autor míní soulad rozhodnutí s rozhodným právem, kterého rozhodce dosáhne uplatněním zásady *iura novit curia*, tedy na základě posouzení použitelných norem nezávisle na právním vymezením věci stranami.

⁴³ LANDOLT, c. d., s. 201.

⁴⁴ ALBERTI, Ch. P. *Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?* In: KRÖLL, S. M. – LOUKAS, A. M. et al. (eds.). *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Kluwer Law International, 2011, s. 30–31. LANDOLT, c. d., s. 223.

⁴⁵ ROZEHNALOVÁ, *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*, s. 85.

a jaký může mít uplatnění zásady *iura novit curia* v rozhodčím řízení vliv na zájem stran dosáhnout v řízení rychlého a hospodárního řešení jejich sporu.

Provádění vlastního šetření rozhodcem ohledně obsahu použitelných právních norem, uvádění nových právních otázek či ustanovování znalce za účelem jejich objasnění, má přirozené konsekvence v podobě prodloužení délky řízení a zvýšení jeho nákladů. Obdobně platí též pro dodatečná podání stran ohledně nově vyvstanuvších právních otázek, která strany činí na výzvu rozhodce. Vedle toho mohou tyto iniciativy vybudit strany k tomu, že z (velmi často též oprávněných) obav ze závažnosti otázky vznesené rozhodcem budou třeba i nad rámec jeho výzvy tvrdit další skutečnosti, předkládat nové důkazy a uvádět další právní argumenty, jimiž se rozhodci budou opět muset zabývat, což vše v souhrnu situaci z hlediska rychlosti a hospodárnosti řízení bude jen prohlubovat.

Doplnění právních argumentů a doložení dalších právních norem se navíc rozhodci obvykle vyjeví jako potřebná teprve v průběhu nebo až po ústním jednání, kde např. z výslechů právních znalců vyvstanou nové právní otázky.⁴⁶ Není-li ústní jednání nařízeno, rozhodce obvykle bude schopen identifikovat některé problematické otázky vyžadující doplnění teprve poté, co strany zcela vyloží své právní pozice, což v praxi může představovat třeba i několik výměn jednotlivých podání. Aktivní zásahy rozhodce ve vztahu k vymezení právního rámce daného sporu tak bude mít vliv na délku trvání řízení prakticky bezvýjimečně.

Stejně tak náklady stran se v důsledku těchto iniciativ rozhodce nevyhnutelně zvýší, ať už se jedná o výlohy na právní zastoupení, náklady na znalce nebo poplatky rozhodci. To platí především tehdy, pokud jsou rozhodci placeni podle hodinové sazby, jako je tomu například u Pravidel LCIA⁴⁷ nebo Pravidel CEPANI.⁴⁸ Nicméně též v případech, kde se poplatek určuje paušálně podle sazebníku, jako např. dle Pravidel ICC,⁴⁹ rozhodčí soud obvykle bere v potaz zvýšenou časovou náročnost či jiné mimořádné okolnosti a poplatek v návaznosti na to obvykle zvyšuje.⁵⁰

Rozhodce by sice mohl za účelem úspory času a nákladů do věci vstoupit již dříve, např. po první výměně podání stran, avšak takový postup přináší řadu rizik. Jednak na začátku řízení rozhodce nemusí mít o věci dostatečnou představu na to, aby byl s to správně vyhodnotit stěžejní právní otázky a použitelné normy. V takto rané fázi řízení může poměrně jednoduše nastat situace, kdy rozhodce na základě zkreslené představy o případu vyzve strany k doplnění podání a důkazů ve vztahu k právním otázkám, jež rozhodce v tomto okamžiku vnímá jako zásadní, ale které se ve světle následných podání vyjeví jako podružné. Ve výsledku tyto snahy o urychlení řízení a snížení nákladů budou mít zcela opačný účinek. Tento netrpělivý přístup rozhodce dále může narušit princip autonomie stran. Jestliže rozhodce již od počátku řízení strany pomyslně navádí

⁴⁶ LANDOLT, c. d., s. 202.

⁴⁷ Viz bod 2 Řádu o nákladech řízení LCIA – Mezinárodního rozhodčího soudu Londýn ICC (dále jen „Pravidla LCIA“).

⁴⁸ Viz bod 1 přílohy č. 1 Rozhodčích pravidel Belgického centra pro rozhodčí řízení a mediaci (Belgian Center for Arbitration and Mediation).

⁴⁹ Viz čl. 37 odst. 1 Pravidel pro rozhodčí řízení Mezinárodního rozhodčího soudu při ICC (dále jen „Pravidla ICC“) a čl. 2 odst. 1 Přílohy III Pravidel ICC.

⁵⁰ Viz čl. 37 odst. 2 Pravidel ICC a čl. 2 odst. 2 Přílohy III Pravidel ICC.

v tom, jakým směrem by se jejich podání měla ubírat, nebo jim dokonce ukládá omezit svá podání na jím uvedené právní otázky, může takový postup vést ke zkrácení práva stran věc projednat.⁵¹

V teoretické rovině tak může být vložení primární zodpovědnosti za vymezení právního rámce sporu do rukou rozhodce efektivnějším způsobem vedení řízení. Rozhodce totiž zřídka bude mít zájem na prodloužení doby vedení řízení či navýšení jeho nákladů.⁵² Naopak strany řízení nebo jejich zástupci k tomu mohou mít řadu důvodů, ať už se jedná o vynakládání nadbytečných hodin práce zástupcem strany za účelem zvýšení jeho odměny nebo jen prostě obstrukční strategie strany řízení. V těchto případech pak mohou strany s cílem ztížit či prodloužit vedení řízení a zahltit jej irelevantními skutkovými tvrzeními, důkazy či právními argumenty. Tyto úkazy přitom představují mnohem významnější riziko pro zachování rychlosti a hospodárnosti (ostatně jakéhokoli kontradiktorního) řízení než zásahy rozhodujícího subjektu do právní kvalifikace věci. Zatímco rozhodce se k těmto iniciativám obvykle uchyluje jen příležitostně a bez postranních úmyslů, v případě výše uvedeného jednání stran či jejich zástupců se typicky jedná o systematický postup s cílem prodloužit délku řízení či zvýšit jeho náklady. Přesunutí břemena právní kvalifikace věci na rozhodce pak může tyto neblahé, avšak v praxi nikoli ojedinělé vzorce chování stran a jejich zástupců omezit.

Jak vyplývá z výše uvedeného, rychlosti a hospodárnosti řízení lze zřejmě lépe dosáhnout v řízení vedeném rozhodcem než stranami, jelikož jsou to paradoxně právě strany, kdo může výrazněji narušit průběh řízení. V tomto světle se pak uplatnění principu *iura novit curia* převážně jeví jako nápomocné rychlosti a hospodárnosti řízení. Na druhou stranu tento aktivní přístup rozhodce, který z vlastního podnětu do sporu uvádí nové právní otázky a normy, uvádí pro strany do řízení jistou míru nepředvídatelnosti nejen ohledně právní kvalifikace věci, ale též ve vztahu k výši nákladů řízení. Vzhledem k tomu, že jsou to jen a pouze strany, kdo hradí veškeré náklady rozhodčího řízení, je zcela legitimní požadavek, aby měly kontrolu nad tím, jakým způsobem jsou tyto náklady vynaloženy.⁵³

8. ADJUDIKAČNÍ CHARAKTER MANDÁTU ROZHODCE

Bez ohledu na doktríny rozhodčího řízení a jednotlivé názory na roli rozhodce ve vztahu k aplikaci práva je obecně uznávanou skutečností, že předmět mandátu rozhodce spočívá v rozhodnutí sporu právně závazným způsobem. Role rozhodce tak spočívá v projednání návrhů stran a vydání nestranného rozhodnutí stanovující jejich práva a povinnosti, přičemž právě tento aspekt mandátu rozhodce jej přibližuje k výkonu soudní pravomoci a naopak odlišuje od ostatních forem alternativního řešení sporů.⁵⁴ Jak např. uvedl Nejvyšší soud Velké Británie v roce 2011, mandát rozhodce vyžaduje, aby tento vystupoval nad zájmy stran řízení a jednal v roli jim nadřazeného, nikoli pod-

⁵¹ LANDOLT, c. d., s. 203.

⁵² Tamtéž, s. 203.

⁵³ Tamtéž, s. 203.

⁵⁴ WAINCYMER, c. d., s. 1997.

řízeného subjektu.⁵⁵ I pokud budeme v duchu smluvní teorie chápat činnost rozhodce jako službu poskytovanou stranám, předmětem takové služby je, jak příznačně podotkl též Soudní dvůr Evropské unie, rozhodnutí sporu mezi dvěma či více stranami, čímž lze činnost rozhodce odlišit od mandátu právních zástupců, kteří zásadně hájí zájmy stran.⁵⁶

Rozhodce se však od soudu liší v řadě významných aspektů. Především není státním orgánem a jeho pravomoc je sice odvozena od státní moci, ale v každém konkrétním případě je založena rozhodčí smlouvou, tedy dohodou stran, v jejichž zájmu se rozhodčí řízení koná. Z toho důvodu se v duchu smluvní doktríny často tvrdí, že rozhodce disponuje větší mírou volnosti při rozhodování o příslušném sporu, než jak je tomu v případě řízení před civilním soudem.⁵⁷ To je očividné jednak v případech, kdy se strany dohodnou, že rozhodce má věc rozhodovat *ex aequo et bono* nebo jako *amiable compositeur*, kdy má rozhodce výslovné zmocnění k rozhodnutí věci dle ekvity nebo je oprávněn upravit účinky použitelných právních norem.

Dále je třeba uvést, že soudce aplikuje právo jakožto představitel státu, vůči němuž tak má zpravidla povinnost vydat rozhodnutí v souladu s platným právem a při zachování jisté kontinuity rozhodování v rámci daného právního řádu. Tento požadavek pak soudci ve světle zásady *iura novit curia* umožňuje věc právně posoudit a aplikovat právo bez omezení právní kvalifikací a podáním stran. V rozhodčím řízení se však zpravidla jedná pouze o rozhodnutí jednotlivého sporu mezi danými stranami a nikoli uspokojení zájmu státu na správné aplikaci jeho práva. Rozhodnutí rozhodčího soudu také na rozdíl od soudního rozhodnutí nemá precedenční či obdobný význam pro následující rozhodovací praxi; je pouze rozhodnutím sporu pro konkrétní strany, které navíc obvykle nebývají zveřejněny.⁵⁸ Z těchto důvodů je existence povinnosti rozhodce dosáhnout při rozhodování jakéhosi objektivního standardu aplikace práva přinejmenším diskutabilní.⁵⁹ Výchozí standard a účel rozhodovací činnosti soudce a rozhodce se tak natolik liší, že aplikaci práva v soudním a rozhodčím řízení tak lze označit za *podobné skutkové podstaty* jen s velkými obtížemi a analogie pravidel civilního řízení se tak jeví neudržitelnou.

Analogie funkce rozhodce k výkonu soudní pravomoci skýtá též poměrně významné praktické nedostatky. Zásada *iura novit curia* se v civilním soudním řízení tradičně uplatňuje pouze ve vztahu k *lex fori*, jež soudci znají a k jehož aplikaci jsou tak kvalifikováni a jazykově vybaveni.⁶⁰ Naopak mezinárodní rozhodce žádné takové *lex fori*, které by působilo jako jakýsi výchozí právní řád, podle něhož rozhodce obvykle

⁵⁵ Rozsudek Nejvyššího soudu Velké Británie ve věci *Jivraj v. Hashwani* ze dne 27. července 2011, sp. zn. [2011] UKSC 40, odst. 41. Dostupné na: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0158-judgment.pdf>.

⁵⁶ Rozsudek Evropského soudního dvora ve věci *Bernd von Hoffmann v. Finanzamt Trier* ze dne 16. září 1997, sp. zn. C-145/96, odst. 17.

⁵⁷ MOSES, c. d., s. 78.

⁵⁸ KAUFMANN-KOHLER, G. Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse? *Arbitration International*. 2007, roč. 23, s. 359–360.

⁵⁹ LANDOLT, c. d., s. 185.

⁶⁰ Ve vztahu k české úpravě v zákoně č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém, ve znění pozdějších předpisů viz PAUKNEROVÁ, Aktuální otázky používání zahraničního práva v soudním a v rozhodčím řízení, s. 1285–1286.

rozhoduje, k dispozici nemá – pro rozhodce je každé právo cizí.⁶¹ Zásada *iura novit curia* v soudním řízení tak přesněji znamená, že soud zná své právo, což je pojem pro mezinárodního rozhodce neznámý, tudíž použití tohoto principu v mezinárodním rozhodčím řízení na základě analogie k postupu soudce při aplikaci pro něj tuzemského práva postrádá smysl.

Na věc lze nahlížet rovněž z právně teoretického a potažmo filosofického hlediska. Argument, že úkolem rozhodce je nalézat právo, vychází z premisy, že existuje jediné správné řešení předmětného sporu odpovídající objektivnímu právu. Zatímco o tomto předpokladu lze polemizovat též v obecné rovině, např. pokud jde o výkon soudnictví, v mezinárodním rozhodčím řízení vyvolává tato premisa mnohem významnější pochyby. Rozhodci, strany a jejich zástupci mnohdy mají v důsledku odlišného původu zcela rozdílné, přitom však hluboko zakořeněné představy o správném řešení různých právních otázek. V tomto prostředí neustálého střetu právních kultur je přirozené představa o jediném a objektivně správném řešení jednotlivých právních otázek značně relativizována. S odkazem na tyto úvahy o „postmoderní“ povaze mezinárodního rozhodčího řízení také někteří autoři tvrdí, že správného řešení sporu v mezinárodním rozhodčím řízení lze zřejmě nejlépe dosáhnout dialektickou metodou, tedy poskytnutím prostoru stranám pro stanovení právního rámce sporu bez vnějších zásahů rozhodce.⁶²

9. ZÁVĚR

Odborná literatura se v tomto ohledu prakticky bezvýjimečně shoduje pouze na jediné věci, a to že rozhodce má *oprávnění* jemu předložený spor právně posoudit samostatně, tedy bez omezení argumenty stran, a z vlastního podnětu zjišťovat obsah použitelného práva. Dokonce i autoři, kteří v duchu smluvní doktríny a s důrazem na zásadu autonomie stran rozhodčího řízení použití principu *iura novit curia* v mezinárodním rozhodčím řízení kritizují, uznávají, že rozhodce může věc posuzovat nezávisle na podáních stran.⁶³ Rozložení působnosti mezi rozhodcem a stranami rozhodčího řízení při právní kvalifikaci daného sporu a zjištění obsahu použitelných norem je totiž otázkou vedení řízení, které zpravidla spadá pod diskreci rozhodce. To ostatně dokládají některé národní úpravy *lex arbitri*⁶⁴ nebo též řády rozhodčích soudů,⁶⁵ které obsahují výslovné zmocnění rozhodce k tomu, aby v rámci vedení řízení stanovil, zda a jakým způsobem může rozhodce nezávisle na stranách věc právně posoudit a z vlastního podnětu stanovit obsah použitelných norem. S odkazem na tato a obdobná ustanovení o vedení rozhodčího řízení se pak v literatuře dovozuje, že právě pravomoc rozhodce vést řízení dle svého uvážení implikuje jeho oprávnění jednat podle zásady

⁶¹ GAILLARD – SAVAGE, c. d., s. 692, marg. 1263.

⁶² LANDOLT, c. d., s. 201.

⁶³ LANDOLT, c. d., s. 189–190.

⁶⁴ Viz § 34 odst. 2 písm. g) Arbitration Act 1996, anglický zákon o rozhodčím řízení z roku 1996, ve znění pozdějších předpisů.

⁶⁵ Srov. velmi obdobné znění čl. 22 odst. 1 písm. c) Pravidel LCIA.

iura novit curia v rozhodčím řízení.⁶⁶ Rozhodce je „*pánem řízení*“⁶⁷ a jako takový je oprávněn posoudit jemu předložený spor nezávisle a z vlastního podnětu zjišťovat obsah použitelného práva.

Na druhou stranu se velmi často uvádí, že rozhodce by se měl uchylovat k těmto iniciativám podřídně, tedy pouze v případech, kdy podání stran z různých důvodů nejsou v tomto ohledu dostačující.⁶⁸ To je ostatně převažujícím názorem v odborné literatuře⁶⁹ nebo též například ve Zprávě Sdružení pro mezinárodní právo z roku 2008,⁷⁰ podle nichž v současné praxi mezinárodního rozhodčího řízení spočívá zodpovědnost za vymezení právního rámce sporu a použitelných pravidel primárně na stranách.⁷¹ Hlavním důvodem tohoto přístupu je význam zásady autonomie vůle a také předvídatelnost vedení rozhodčího řízení.⁷² Strany tak mají tzv. „*primární*“ nebo též „*hlavní*“ zodpovědnost za určení právního rámce sporu a prokázání obsahu použitelného práva. Tím je míněno, že rozhodce má v tomto směru rovněž jisté pravomoci a v některých případech tato iniciativa nemusí být ponechána pouze na stranách. To lze ilustrovat na vzorové úpravě otázky aplikace práva v rozhodčím řízení vypracované profesorkou Kaufmann-Kohler, která ji sama označuje za spojení odlišných civilně-procesních přístupů:

„Strany prokážou obsah rozhodného práva ve věci. Rozhodčí senát je oprávněn, avšak nikoli povinen provést vlastní šetření za účelem stanovení obsahu rozhodného práva ve věci. Vykoná-li rozhodčí senát tuto pravomoc, poskytne stranám možnost se vyjádřit k výsledkům jeho šetření.

Není-li obsah rozhodného práva prokázán ve vztahu ke konkrétní otázce, rozhodčí senát je oprávněn v této otázce použít jakékoli normy, které považuje za vhodné.“⁷³

Tento návrh se zabývá těmi základními a výše vznesenými otázkami v souvislosti s uplatněním zásady *iura novit curia*. Jednak zakotvuje, že břemeno stanovení rozhodných právních otázek a použitelných norem spočívá zásadně na stranách. Rozhodčí senát do právního rámce daného sporu může zasahovat, avšak není to jeho povinností. Stejně zřejmě platí též pro případ, kdy se obě strany či jedna z nich dostatečně nevyjádří

⁶⁶ DIMOLITSA, c. d., s. 426–427.

⁶⁷ LANDOLT, c. d., s. 189–190.

⁶⁸ Tamtéž, s. 201–202.

⁶⁹ ALBERTI, In: KRÖLL – LOUKA (eds.), c. d., s. 28. LANDOLT, c. d., s. 198. POUURET, J. F. – BESSON, S. *Comparative Law of International Arbitration*. 2. vyd. London: Sweet & Maxwell, 2007, s. 476.

⁷⁰ Závěrečná zpráva Sdružení pro mezinárodní právo ke zjišťování obsahu použitelného práva v mezinárodním obchodním rozhodčím řízení (Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration: Final Report, International Law Association), Rio de Janeiro, 2008. Dostupné v elektronické formě na: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>.

⁷¹ Viz např. KURKELA, M. *Jura Novit Curia' and the Burden of Education in International Arbitration – A Nordic Perspective*. *ASA Bulletin*, 2003, vol. 21, no. 3, s. 495.

⁷² LANDOLT, c. d., s. 199.

⁷³ V původním znění (cit.): „*The parties shall establish the content of the law applicable to the merits. The arbitral tribunal shall have the power, but not the obligation, to conduct its own research to establish such content. If it makes use of such power, the tribunal shall give the parties an opportunity to comment on the results of the tribunal's research. If the content of the applicable law is not established with respect to a specific issue, the arbitral tribunal is empowered to apply to such issue any rule of law it deems appropriate.*“ KAUFMANN-KOHLER, *The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational Rule on Establishing its Content*, s. 84.

k určité otázce a kdy tak „*obsah rozhodného práva [není] prokázán ve vztahu ke konkrétní otázce*“. Jediná povinnost rozhodce spočívá v situaci, kdy se rozhodne z vlastní iniciativy provést šetření za účelem stanovení obsahu rozhodného práva; pak je povinen poskytnout stranám možnost se vyjádřit k výsledkům jeho šetření.

Posledně zmiňovaným ustanovením tak návrh sleduje ochranu procesních práv stran řízení, tj. především práva na projednání věci a zásady rovnosti zbraní, a tedy také zajištění platnosti a vykonatelnosti rozhodčího nálezu. Důraz na povinnost rozhodce poskytnout stranám možnost vyjádřit se k jeho vlastnímu šetření ohledně rozhodného práva a právního posouzení věci se zdá být prakticky jediným konkrétním imperativem, jež lze z hlediska základních principů rozhodčího řízení dovodit. To ostatně dokládá též skutečnost, že se jedná o snad jedinou otázku, ohledně níž panuje v odborné literatuře takřka bezvýjimečně shoda.

Pokud se však jedná o konkrétní rozložení odpovědnosti za právní posouzení věci a zjištění obsahu rozhodného práva mezi stranami a rozhodčím senátem, je jistá vágnost návrhu profesorky *Kaufmann-Kohler* naopak dokladem o tom, že obsah a podstata mandátu rozhodce jsou dodnes velmi nejasnými pojmy. Diskuze o této otázce totiž naráží na střet právních kultur, různá a často těžko předvídatelná očekávání stran a konečně také osobní přístup rozhodců ke své roli a rozhodčímu řízení jako takovému. Za účelem prevence možných rizik z tohoto vyplývajících tak lze pouze apelovat na obezřetnost rozhodců a doporučit, aby tyto otázky v řízení co nejdříve se stranami projednali a řešené otázky stanovili v ujednání o mandátu rozhodce nebo procesním usnesení.

Mgr. František Halfar
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
frantisek.halfar@gmail.com

USING LEGISLATIVE HISTORY IN INTERPRETING POLISH LAW: EXAMPLE OF CHANGES IN UNDERSTANDING PRINCIPLES OF LAW DURING THE TRANSITION PERIOD

AGNIESZKA BIELSKA-BRODZIAK, SŁAWOMIR TKACZ

Abstract: The article discusses changes in the fundamental legal principles which took place in Central and Eastern European countries during the period of system transformation of the late 1980s and the early 1990s, presented from the perspective of Polish experience. It encompasses an analysis of the changes which were made in this period in the Constitution of the Polish People's Republic of 1952 and selected acts. The authors have studied legislative materials of the Sejm of the Republic of Poland of the 10th term (the so-called Contract Sejm elected in the aftermath of the Round Table Agreement, which paved the way to democratic changes in Poland) which amended the aforementioned acts. It is the authors' belief that the legislative materials are a valuable source of information on the legislative intent as they make it possible to identify the underlying objectives behind the changes made as well as the meaning the legislator intended to attribute to the new provisions. The research revealed that during the period of system transformation, new provisions were introduced to the Polish law which led to the establishment of new legal principles fundamental for the system (e.g. the democratic state under the rule of law principle); some provisions were amended and the terms used therein were reformulated so as to correspond to the goals of the state post-Communist transformation (e.g. the principle of the people's rule of law was transformed into the principle of the rule of law) while the other provisions, although left in their then-current wording, over the course of time, received a new meaning (e.g. the principle which requires that civil law relationships should take account of the rules of social coexistence). The authors believe the paper can be an interesting source of information for readers in the Czech Republic, which just like Poland, after the dissolution of the Eastern Bloc, was faced with challenges related to changing the jurisprudence in the aftermath of the system transformation.

Keywords: legal principles; legislative materials; system transformation; constitution; legal system

Klíčová slova: právní principy; legislativa; transformace systému; ústava; právní systém

DOI: 10.14712/23366478.2019.15

1. INTRODUCTION¹

The underlying research idea behind this paper is to present three transversal issues which transcend beyond local discourse. The paper draws closer together a number of notions and functions related to the construction of legal principles and the

¹ Project financed by the Polish National Science Centre under grant no. DEC-2011/03/D/HS5/02493.

issue of using legislative materials in the legal discourse. To illustrate their research, the authors have discussed changes in the fundamental legal principles which took place in countries of Central and Eastern Europe during the period of system transformation of the late 1980s and early 1990s, presenting the issue from the perspective of Poland's experiences.

Legal principles have been the subject matter of numerous publications all over the world.² The issue has also been a matter of interest and controversy in Polish literature, as evidenced by works published in both the 1960s and 1970s³ and those from the period 2011–2014.⁴ Paradoxically, although it is indeed difficult to find a monograph which does not use the term *legal principle*, there is no consensus as to the substance of this notion. The issue of understanding of legal principles has also been of interest to authors dealing with the theory of law in the Czech Republic.⁵

Particularly interesting is the issue of identification of legal principles and their content during the time of system transformation.⁶ It is a period when the foundations of a legal system change, which means the system has to be based on new principles.⁷ Both Poland and the Czech Republic, as well as other countries of the former Eastern Bloc were faced with this challenge after the events that commenced in 1989 in Central and Eastern Europe, leading to the collapse of the communist system in this part of the world. During the period of social and political transformation, Ronald Dworkin's observation that judges' task is to discover or reveal a system of rights and obligations that is best for the community⁸ becomes extremely timely in Poland. A special challenge for judges was presented by cases, where legislation created before 1989 needed to be applied during the period of system transformation which, after all, consisted among others in changing the foundations of the system of law. It must be noted that although almost 30 years have passed since the fall of Communism, application of legislation

² In Anglo-Saxon literature see e.g.: DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Duckworth, London, 1991; DWORKIN, R. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts, and London, 1985; ÁVILA, H. *Theory of Legal Principles*. Dordrecht, 2007; In German literature: ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985; In Spanish literature works by ATIENZA, M. – MANERO, J. R. *A Theory of Legal Sentences*. Dordrecht – Boston, 1998; In Spanish language *Las piezas del derecho*. Ariel, 1996 (available at: <http://www.fd.unl.pt>).

³ WRÓBLEWSKI, J. Prawo obowiązujące a „ogólne zasady prawa”. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego*. Łódź: Nauki Humanistyczno-Społeczne, 1965, seria I, z. 42, pp. 17–29; WRONKOWSKA, S. – ZIELIŃSKI, M. – ZIEMBIŃSKI, Z. *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*. Warsaw, 1974.

⁴ We mean the following works: MAROŃ, G. *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola w wykładni i orzecznictwie konstytucyjnym*. Poznań, 2011; KORDELA, M. *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań, 2012; TKACZ, S. *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie (od dogmatyki do teorii)*. Toruń, 2014.

⁵ Cf. e.g. HARVÁNEK, J. Právní principy. In: HARVÁNEK, J. et. al. *Právní teorie*. Plzeň, 2013, pp. 233–234.

⁶ Cf. CZARNOTA, A. Transitional Justice, the post-communist post-police state and the losers and winners. An overview of the problem. *Silesian Journal of Legal Studies Contents*, 2009, vol. 1, pp. 11–20. See also CZARNOTA, A. Transitional Justice in Postcommunism. In: Clark, David S. (ed.). *Encyclopaedia of Law and Society*, 2007.

⁷ The issue of the foundations of legal systems is frequently discussed from the perspective of Hans Kelsen's concept of the basic norm (Grundnorm). See, more broadly, H. Kelsen's *Allgemeine Theorie der Normen*, translated into Czech by Milan Kubín: KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita, 2000.

⁸ DWORKIN, R. *Law's Empire*. London, 1986, p. 255.

created during the period of Polish People's Republic (official name of the Republic of Poland during the years 1952–1982, further referred to as the PRL) continues to be a problem for Polish judicial practice to this day.

A third issue, an equally interesting one and arguably one of the most discussed ones in the world in recent years, is the use of legislative materials as a potential source of identifying the legislative intent. The discussion on ways of using legislative materials and the role they play or should play in the interpretation of the law is currently taking place in many countries all over Europe (Germany,⁹ Sweden,¹⁰ Great Britain,¹¹ France,¹² Spain¹³), but also outside the European culture: in the United States (which are not just the cradle of this discussion, but which in fact keep stirring it up, and keep it on a very high level¹⁴), Australia,¹⁵ Canada,¹⁶ New Zealand,¹⁷ or in Asian countries.¹⁸ The debate taking place involves not just interpreters but also the legislatures.¹⁹ It is

-
- ⁹ I have discussed the discourse taking place in German speaking countries in the paper BIELSKA-BRODZIAK A. Cel interpretacji jako kryterium oceny przydatności materiałów legislacyjnych dla wykładni prawa na gruncie niemieckiej kultury prawnej. In: KŁODAWSKI, M. (ed.). *Szkice z teorii tworzenia prawa i techniki legislacyjnej*. Warsaw: Wydawnictwo sejmowe, 2018.
- ¹⁰ On the role of legislative materials in interpretation of the law, see VOGEL, H. H. Sources of Swedish Law. In: BOGDAN, M. (ed.). *Swedish Legal System*. Stockholm, 2010, pp. 30–34; PECZENIK, A. – BERGHOLZ, G. Statutory Interpretation in Sweden. In: MACCORMICK, D. N. – SUMMERS, R. S. *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Dartmouth, Worcester, 1991, pp. 311–357. In more general terms on the specific nature of the Swedish legal system, sources of the law and legislation, see CARLSON, L. *The Fundamentals of Swedish Law*. Lund, 2009, pp. 23–52.
- ¹¹ See e.g. POPKIN, W. D. *A Dictionary of Statutory Interpretation*. Durham, 2007, pp. 160–161; FLEISCHER, H. Comparative Approaches to the Use of Legislative History in Statutory Interpretation. *American Journal of Comparative Law*, 2012, vol. 60, s. 416–421; BEAULAC, S. Parliamentary Debates in Statutory Interpretation: A Question of Admissibility or of Weight? *McGill Law Journal*, 1998, vol. 43, pp. 292–296.
- ¹² See e.g. a monograph by P. JOSSE, *Le rôle de la notion de travaux préparatoires dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*. Paris, 1998; GERMAIN, C. M. Approaches to Statutory Interpretation and Legislative History in France. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2003, vol. 13, pp. 201–206.
- ¹³ See e.g., SALVATOR, CODERCH P. Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica. *Anuario de derecho civil*, 1983, vol. 4, pp. 1657–1684.
- ¹⁴ Due to the multitude of materials available, we shall quote here just some of the more important works devoted to using legislative materials in the interpretation of law: the first one comes from the 1970s: FOLSOM, G. B. *Legislative History. Research for the Interpretation of Law*. Charlottesville, 1972; the second one is MAMMEN, Ch. E. *Using Legislative History in American Statutory Interpretation*. Hague–London–New York, 2002, See also BRUDNEY, J. J. Below the Surface: Comparing Legislative History Usage by the House of Lords and the Supreme Court. *Washington University Law Review*, 2007, vol. 85, pp. 1–62. It is also worth drawing attention to the analyses of legislative materials usage in the American Supreme Court – see HENSCHEN, B. M. Judicial Use of Legislative History and Intent in Statutory Interpretation. *Legislative Studies Quarterly*, 1985, vol. 3, pp. 353–371.
- ¹⁵ BEAULAC, S. Parliamentary Debates..., pp. 296–297.
- ¹⁶ BEAULAC, S. Parliamentary Debates..., pp. 300–308; BEAULAC, S. Recent Developments at the Supreme Court of Canada on the Use of Parliamentary Debates. *Saskatchewan Law Review*, 2000, vol. 63, p. 581–616; TREMBLAY, R. *L'essentiel de l'interprétation des lois*. Quebec, 2004.
- ¹⁷ BEAULAC, S. Parliamentary Debates..., pp. 297–298.
- ¹⁸ See EVANS, J. Controlling the Use of Parliamentary History. *New Zealand Universities Law Review*, 1998, vol. 18, p. 1, footnotes 1 and 2.
- ¹⁹ See e.g. comprehensive and detailed empirical study conducted in the legislative circles, described in a two-part work by GLUCK, A. R. – BRESSMAN, L. S. Statutory Interpretation from the Inside – An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons. Part I. *Stanford Law Review*, 2013, vol. 65, pp. 901–1025 and Statutory Interpretation ... Part II, *Stanford Law Review*, 2014, vol. 66, pp. 725–801.

a trigger for discussions on the value of legislative materials for interpretation of the law. We believe that the period of transition, when many of the existing assumptions theses on legal principles become outdated, it is indeed difficult to find a better source of information on the legislative intent and goals than legislative materials. In the course of the analysis presented in this paper, we will try to present arguments to support our thesis that expanding the context that shapes the catalogue and content of the various principles through the use of legislative materials is not just desirable, but in fact necessary.

This paper is by no means a comprehensive study. Instead, it shall serve as a point of departure for broader reflection on the issues and problems presented in the course of the analysis. The text expresses the authors' conviction that the matters discussed here transcend beyond the borders of a single country and in the future ought to be studied by international teams of researchers. It would be especially useful if collaborative research into this matter was conducted by authors coming from countries which underwent system transformation connected with the collapse of the communist system.

2. LEGISLATIVE MATERIALS AS AN ACT'S LEGISLATIVE HISTORY AND WHERE A RECOURSE TO THIS HISTORY CAN LEAD TO?

Legislative materials usually appear in the context of interpretation of the law under the name *legislative history* and refer to a set of documents drawn up in the course of the legislative process of an act. While they contain information that is external in relation to the text of normative acts, they are – and this is a point that cannot be over-emphasised – materials that come from the legislator and reflect his will when adopting the act in question. Legislative history allows to obtain two types of important information: information on the meaning of the various terms used by the legislator, and information on the objectives the legislator wanted to attain by introducing a given regulation. We would like to stress at this point that whereas this may apply to any provision, we shall focus herein on the use of legislative history with respect to provisions expressing legal principles.

Legislative materials can be used to both determine which part of an act should – in accordance with the legislator's will – be treated as a principle (establishing a catalogue of legal principles), and to determine the contents of legal principles.

Let us look at legislative materials (also referred to as preparatory works or *travaux préparatoires*) a little more closely. As mentioned before herein, the use of legislative materials for the purpose of interpretation of the law is called interpretation based on *legislative history*. The term originated in English-language literature, where it is used on a very wide scale.²⁰ Conventionally understood, legislative history is a set of materi-

²⁰ Legislative history is a highly popular term in Anglo-Saxon literature – cf. e.g. POPKIN, W. D. *A Dictionary of Statutory Interpretation*. Durham, 2007, pp. 160–183; also ESKRIDGE, W. N., JR. – FRICKEY, PH. P. – GARRETT, E. *Legislation and Statutory Interpretation*. New York, 2006, p. 303 (especially literature listed under footnote 17). This term is long preceded by the legal maxim “Ejus est interpretari legem, cujus est condere” dating back to Roman law.

als – drawn up in the form of documents – produced by the legislator (or commissioned by the legislator) in the course of drafting and passing of an act, with documents deriving from the parliamentary stage of the law-making process being the most important for the process of interpretation of the law. Legislative history is used in the process of interpretation of the law with the interpreter accessing draft acts, explanatory statements, parliamentary debate records, or other legislative documents in order to develop, accept or reject interpretative hypotheses. The underlying objective is to obtain information allowing to identify the historic intention of the legislator behind the introduction of a given law or act.²¹

As far as the role of legislative materials in the process of establishing the content of the law or application of the law is concerned, it should be noted that Poland has not introduced, either statutorily or through established interpretation directives, any rules for using them. Therefore, there are no directives requiring or prohibiting using them. As a general rule, the Polish legal tradition has allowed the use of any and all materials which may prove useful in the course of interpretation of the law, although it is obvious that some interpretation tools will be more culturally valued and recommended than others. The use of *travaux préparatoires* in the process of interpretation of the law has until recently only received marginal interest,²² and yet their popularity in judicial decision making surprises by its scale. It is beyond any doubt that legislative materials are currently an important and increasingly used tool in the legal practice.²³ In the light of this fact, the authors of this paper have been faced with an exciting challenge of using legislative materials developed in the period of system transformation in order to establish a catalogue of legal principles that the Polish legislator decided to adopt after the collapse of the communist system. It must be clearly stated that the legal principles which will be discussed further in this paper are treated as foundations of the Polish legal system (foundations of the various branches of the law) to this day.

3. LEGAL PRINCIPLES – SPECIFICITY FROM THE PERSPECTIVE OF ISSUES RAISED IN THIS TEXT

Literature offers various differing characteristics of legal principles. As a preliminary point, we would like to emphasise that, given the specificity of the issues raised in this paper, we will focus on the traditional understanding of legal principles in the Polish legal culture. For the purpose of this paper, we will therefore skip those characteristics of legal principles which regard norms used to a larger or smaller extent

²¹ At this point it is worth mentioning a similar term *historical interpretation* – see more broadly TOBOR, Z. Wykładnia historyczna. In: *O prawie i jego dziejach księgi dwie: studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin*. Białystok, 2010, pp. 1177–1186; BIELSKA-BRODZIAK, A. – TOBOR, Z. Zmiana w przepisach jako argument w dyskursie interpretacyjnym. *Państwo i Prawo*, 2009, no. 9, pp. 18–32.

²² First comprehensive study – see BIELSKA-BRODZIAK, A. *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.

²³ *Ibidem*.

in accordance with the maxim *more or less* as legal principles.²⁴ References to these concepts started in the Polish discourse on legal principles in the late 1980s. The first thorough analyses of these constructions were authored by professor of Jagiellonian University Tomasz Gizbert-Studnicki.²⁵ That said, we would like to stress, though, that we are aware that carrying a thorough and comprehensive analysis of legal principles is currently impossible without taking those characteristics into account. Doing so, however, would go beyond the assumed framework of this paper.

In the Polish tradition, successfully continued in the most recent monographs, the term *legal principle* is reserved for mandatory legal rules characterised by certain features which make it possible to distinguish them and set them against other norms within the system which are not considered to be legal principles. Legal principles are those norms which are of a fundamental (underlying for the system) character. They are distinguished by an exceptional axiological, functional and hierarchical significance.²⁶ The proposed criteria for selecting legal principles are diverse.²⁷ However, it is stressed that their character is different from that of other norms and that the role they play in the system is special.

The terminological diversity does not make it any easier to carry out an analysis of legal principles. The fact that there are multiple differing views on this matter results in considerable conceptual confusion as to how the term *legal principle* should be construed. Since the various authors adopt different theoretical assumptions, their views are on many occasions incomprehensible for legal practitioners. This applies in particular to judges, whose job is to adjudicate in individual cases, and not to go into the theoretical complexities of the various constructions of legal principles. In addition, the situation is not made any better by the fact that authors of theoretical works use different sets of tools, which results in differing catalogues of legal principles being established. This, in turn, leads to this complex matter being even more difficult to understand.

The Polish legal culture has a deeply ingrained image of legal principles as creations of the legislator. However, more recent publications tend to strongly accentuate the role of jurisprudence specialists in the discourse leading to determination whether a specific norm should be considered a legal principle. While the voice of the legislator, who creates provisions of the law, is important, and in many cases can determine whether a given rule will become a legal principle, it is never the only factor to determine whether a norm is “fundamental”. Any expressions by the legislator are further “processed”

²⁴ We mean the so-called “Dworkin’s characteristics of legal principles”. Cf. TKACZ, S. O zintegrowanej..., pp. 34–55.

²⁵ Cf. GIZBERT-STUDNICKI, T. Zasady i reguły prawne. *Państwo i Prawo*, 1988, no. 3, pp. 16–26; GIZBERT-STUDNICKI, T. Konflikt dóbr i kolizja norm. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1989, issue 51, pp. 1–15.

²⁶ LESZCZYŃSKI, L. – MAROŃ, G. Pojęcie i treść zasad prawa oraz generalnych klauzul odsyłających. Uwagi porównawcze. *Annales UMCS Lublin – Polonia*, section G, vol. LX, 1, Lublin, 2013, p. 81.

²⁷ In Polish literature, there are also other criteria being formulated which let us extract the rules of law. Among them are: the relation of a norm to other norms (a norm makes up a rationale for a whole group of norms) or the place of a norm in a construction of legal institution (a norm regulates substantial features of legal institution). Undoubtedly, in each case, it is imperative to evaluate the goals, tasks and functions of a norm (on the grounds of goals of the legal system or its parts). See: OPALEK, K. – WRÓBLEWSKI, J. *Zagadnienia teorii prawa*. Warszawa, 1969, pp. 92–93.

by representatives of jurisprudence and judicature²⁸. An element that is necessary in determining whether a norm is a legal principle is therefore the so-called *opinio communis doctorum*.

If the assumption above is made, a question to be asked is where jurisprudence can obtain knowledge on the legislator's intention as to legal principles. The legislator's statements on legal principles can be divided into two categories:

- a) statements presented in legal texts, among which the following can be identified:
 - statements presented in various sections of normative acts;
 - statements presented in a legal text outside the various sections of normative acts (chapter title);
- b) statements presented outside normative texts (legislative materials).

In literature, establishing a catalogue of legal principles and picking out the fragments of texts which are related to legal principles is primarily connected with the first group of expressions mentioned above. It is acknowledged that in legal texts the legislator may "select", "introduce", "establish" or determine which norms constitute "legal principles". The legislative intent, expressed through the text of normative acts, is a powerful expression of his intention as to legal principles. Sometimes, however, this source is not sufficient as those sections of legal texts which are related to legal principles frequently contain indeterminate wording, characterised by a high degree of generality. In many cases, this makes it extremely difficult for representatives of jurisprudence and the Judiciary to construct on their basis legal principles. It must also be noted that legal principles usually express values upon which the system of law is based. System transformation entails a change of these values. Representatives of jurisprudence and judicature must decode these values from new legal texts. Furthermore, since the literal meaning of many provisions does not change or only changes marginally, they often have to somehow connect these values with the old legal texts. Given the significance of any expressions formulated in this matter, it is obvious that legal principles and contents related to them cannot be freely understood. This is of extreme importance during the transformation period. The problem is visible in the Polish discourse, also in the lively discussion that is currently taking place with respect to the foundations of the system of law. In the course of this discussion, different authors attribute contradictory meanings to the same sections of the constitution or even to the same legal principles.

In the light of the above, it is our belief that documents referred to in point b) above, i.e. documents drawn up in the course of the legislative process, can be a valuable source of information for defining a catalogue of legal principles and content relating to the various principles.²⁹ Referring to legislative history can prove helpful in identifying the Legislator's intent as to a particular provision being "fundamental" and the ways it should be used in practice. As a result, analyses of legislative materials can help to eliminate the discrepancies that have become visible in the discourse. To conclude, we

²⁸ This has been pointed out as early as the 1970s by Józef Nowacki. Cf. NOWACKI, J. „Materialna” jedność systemu prawa. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego*. Łódź: Nauki Humanistyczno-Społeczne, 1976, I, issue 108, p. 96.

²⁹ A general conclusion can be formulated that, nowadays in Poland, in the process of the interpretation of law, the judges most frequently invoke legislative materials in the form of documents that justify the projects of normative acts.

would like to point out although that legislative materials have scarcely been used in the discussion on legal principles, it is our firm belief that they can be a useful tool in settling practical disputes on legal principles. This applies to using legislative materials to identify intentions of the creator of the constitution and the legislator both during the period of system transformation and in current times.

4. LEGISLATIVE MATERIALS AS A TOOL FOR UNDERSTANDING LEGAL PRINCIPLES

Let us identify two areas of analysis, which will help to systematize the issues we have been discussing herein. The first sphere is analysis of **reasons for using legislative history (what are we trying to find in legislative history?)**, and the second one is analysis of **situations** wherein legislative history proves useful (**what problem are we trying to solve?**). Regardless of what problem the interpreter is working on, he or she may decide to use legislative history to find information either on the legislator's objective or on the meaning (of a particular word/phrase used in the wording of a provision of the law).³⁰

In the first case, explanatory statements to bills will mostly be used, as this type of documents offers an explanation of the motives behind the legislator's law-making activity. It is worth noting that establishment of the objective is the prevailing reason for using legislative history in decision-making practice. Using legislative history in this way also appears to be in accordance with the legal intuition. Analysis of the comprehensive background for a bill and conditions of the debate that precedes its entry into force makes it possible to understand the context of the legislator's activity and the objectives of the actual legislator.³¹ In the second case, identification of the meaning of a particular term or phrase calls for using different type of parliamentary documents. Here, the best way to obtain information on the particular meaning is through the observation of changes in a provision of the bill as a result of the changes adopted, and through an analysis of amendments rejected. This will involve both draft modifications implemented through amendments (elimination of certain wording, introduction of other modifications to the existing wording of the draft), as well as explanatory statements to the amendments. Moreover, information can be found in opinions on the draft, including the reaction of the Sejm bodies to these opinions (whether they have been taken into account or ignored). It is worth adding that when looking for information on the meaning of a particular word of expression used by the legislator, a single legislative

³⁰ Numerous publications in the English language highlight the two aforementioned reasons for using legislative materials. See e.g. "As we will also see, there are different ways of using legislative history – as indicia of semantic «usage» or to determine «purpose»" – NOURSE, V. F. *Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History*. *Boston College Law Review*, 2014, vol. 55, p. 1644. On the other hand, L. D. Jellum writes about the use of legislative history to shed light on the detailed intention of the legislator as regards a specific problem and to identify the overall objective of a bill (law) – JELLUM, L. D. *Mastering Statutory Interpretation*. Durham, 2008, p. 169. Similar distinctions are available in the German literature – see ÜBELACKER, M. *Die genetische Auslegung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Kiel, 1993, pp. 14–17

³¹ BREYER, S. *On the Uses ...*, s. 848.

material is seldomly used. Instead, interpreters usually carry out more comprehensive analyses of a wider range of documents. The opposite is true in case when the interpreter is looking for information on the legislator's objective behind the introduction of a particular Act of the Parliament. Then – as indicated above – usually just explanatory statements are used.

Legislative materials can prove useful in two situations connected with the specific nature of legal principles. To be more precise, they are helpful both for i) identifying a catalogue of principles (justifying that a given regulation is a principle), and ii) for assigning normative content to legal principles. In order to demonstrate the way the legislator speaks about legal principles in legislative materials – as already indicated – we have analysed legislative materials created in Poland during the period of system transformation after the year 1989.

5. SYSTEM TRANSFORMATION IN POLAND

Changes made in Poland after 1989 sought to introduce democratic standards and build a new legal order. At its core was the replacement of legal principles characteristic of Poland's totalitarian system of the PRL era (1952–1989) with new principles, intended to create a new liberal-democratic legal system. In literature, this period is usually referred to as the transition period.³²

The solutions adopted in the post-1989 Poland can be referred to as a continuation and at the same time gradual evolution of the legal system developed during the years 1952–1989. Accordingly, legislation created during the PRL period did not automatically cease to have binding force after the changes of 1989. By all means, the foundations of the legal system in Poland did change radically, however it was done on a step-by-step basis.

What may be of interest for the reader unfamiliar with the Polish reality is that the Constitution of the Polish People's Republic of 1952, in its version dated 7 April 1989 (as amended), in the part concerning legal principles remained in force until the entry into force of the Constitution of 2 April 1997 (the so-called Small Constitution of 17 October 1992 regulated only a part of the matters that are traditionally governed by the constitution, maintaining in force a number of provisions that were only amended in 1989). The solutions introduced in 1989 were included in the text of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 which is currently in force. Hence, the changes made in 1989 are of utmost importance for the Polish legal system. As for the selected codes to be analysed further herein, it should be noted that the Code of Administrative Proceedings of 1960 and the Civil Code of 1964 have remained in force to this day. The only comprehensive codification of a branch of law that was successfully introduced in post-1989 Poland was the codification of (material and procedural) penal law in 1997.

³² Cf. CZARNOTA, A. *Transitional Justice ...*, pp. 11–20.

6. ANALYSIS OF LEGISLATIVE MATERIALS

Before we move on to the analyses, we would like to once again stress that as a result of the development of IT databases Polish legislative materials are currently readily available.³³ The most popular base of legislative materials – the Internet website of the Sejm of the Republic of Poland (www.sejm.gov.pl) – contains all information on the legislative works of the Sejm (Sejm papers, stenographic records of parliamentary sessions, expert opinions, etc.). In the late 1980s and early 1990s, although considerable attention was given to preserving legislative materials, it was not possible to make them easily available to citizens. The materials were paper copies, stored in archives. Despite the promotion of the idea of widespread access to legislative history, the full digitization of legislative documents of old drafts and travaux préparatoires is yet to be attained. In view of the above, even today access to legislative materials from that period is limited and often requires time-consuming researching. What follows is that an analysis thereof can result in a number of interesting conclusions of a general character.

Hence, in the subsequent part of this paper we shall carry out an analysis of legislative materials elaborated by the Sejm of Republic of Poland of the 10th term (1989–1991) which resulted in the enactment of:

1. Act of 29 December 1989 amending the Constitution of the Polish People's Republic (JL of 1989, no. 75, item 444);
2. Act of 24 May 1990 amending the Code of Administrative Proceedings (JL of 1990, no. 34, item 201);
3. Act of 28 July 1990 amending the Civil Code (JL of 1990, no. 55, item 321).³⁴

By way of explanation, the Sejm of the Republic of Poland of the 10th term was elected in June 1989 in the partially free election in the aftermath of the so-called Round Table Agreement (negotiations between the communist authorities of the Polish People's Republic and the democratic opposition, held between February and April 1989). The agreement guaranteed the majority of the seats in the Sejm to political factions functioning during the PRL period – especially the communist party (Polish United Workers' Party). In the Senate – the restored second chamber of the Parliament elected in an entirely free election – the Solidarity Citizens' Committee had a landslide victory, winning 99 of 100 seats. As a result, members of Parliament of differing political backgrounds had different visions as to the directions and desired outcomes of the changes that were to be made. The post-communists were in favour of making minimal changes, and the changes they proposed were supposed to be indicative of them cutting ties with the past.³⁵ On the other hand, the faction that descended from the democratic opposition

³³ More broadly, see BIELSKA-BRODZIAK, A. *Śladami prawodawcy faktycznego ...*, chapter 6.

³⁴ We explicitly signalize that, for the purpose of our research, we chosen aforementioned acts based on their fundamental role in the Polish legal system both during the period of political transformation and today. Legal structures introduced by the analyzed draft constitutional amendment were retained?! also by the currently binding Constitution of 2 April 1997. Both the Civil Code and the Administrative Code enacted in the period of the People's Republic of Poland are still in force (in amended versions).

³⁵ Cf. e.g. Sejm paper no. 27. Bill deleting from the Constitution of the Polish People's Republic, chapter 1, article 3, point 1, i.e. the following provision: "PZPR [Polish United Workers' Party] is the leading political force of Polish society in the building of socialism".

which take over power after the election intended to radically shake up the system in Poland.

6.1 AMENDMENT OF THE CONSTITUTION OF THE POLISH PEOPLE'S REPUBLIC OF 29 DECEMBER 1989

The following section of this paper is intended to outline some of the most important problems faced by deputies of the Polish Sejm of the 10th term taking up legislative work. Interestingly, they were convinced that amendments to the Constitution would have an interim character. They expected that a thorough transformation of Poland's political system would be effected by the new constitution, which they thought would be passed relatively soon. One of the authors writes explicitly that "(...) the scope of changes must be limited to the most essential modifications. Only such content which is devoid of reality and which in fact hinders the wielding of state power should be subject to modification".³⁶

Irrespective of the narrowly defined plans, changes proposed by the Legislation Committee of the Sejm, originally focusing on the deletion of article 3 (the provision that stipulated the leading role of the Polish United Workers' Party) from the Constitution of the Polish People's Republic, proved to be far more reaching.³⁷ The Legislative Committee of the Sejm³⁸ notably proposed that the name of the country be changed and that a new title be adopted for the basic law, which was to be called the Constitution of the Republic of Poland. It was also deemed necessary to delete the preamble, whose "both wording and content completely do not correspond with the current reality".^{39,40} The Legislation Committee was of the view that it was necessary to delete chapters 1 and 2 of the basic law, devoted to the political structure and social and economic structure, and replace them with seven new articles. In place of chapter 1, the Committee proposed adopting a general principle defining the character of the state as a "democratic state ruled by law and implementing the principles of social justice". This was to replace the socialist state formula. On the other hand, the principle of the rule of law was kept (during the PRL period, the principle was understood in an ideological way, equal to people's rule of law or socialist rule of law). Furthermore, the principle of self-government was highlighted.⁴¹ So as not to "increase the fictitiousness of the cur-

³⁶ CHRUŚCIAK, R. Zakres konstytucjonalizacji zasad i instytucji ustrojowych w pracach parlamentarnych w latach 1989–1996. In: SARNECKI, P. (ed.). *Konstytucjonalizacja zasad i instytucji ustrojowych*. Warsaw, 1997, p. 173.

³⁷ Sejm Paper no. 160. Draft bill on the amendment of the Constitution of the Polish People's Republic.

³⁸ Legislative Committee –the permanent committee of the Sejm of the Republic of Poland. The range of tasks of the committee includes maintenance of the legal consistency, cooperation in organizing of the legislative process and ensuring of its accuracy, examination of draft law of particular legal importance or of significant degree of legislative complexity.

³⁹ Report from the 17th sitting of the Sejm of the Polish People's Republic of 27, 28, and 29 December 1989. The deputy speeches quoted below have been sourced from the stenographic record from this sitting. Speech by deputy-rapporteur Hanna Suchocka. During the years 1992–1993 Hanna Suchocka was the Prime Minister of Poland (President of the Council of Ministers).

⁴⁰ The first sentence of the preamble was worded as follows: "The Polish People's Republic is a republic of the working people."

⁴¹ Ibidem.

rent Constitution and in order to remedy the lack of conformity in the system of law⁴² it was also proposed that chapter II be abrogated and that as few as two provisions be adopted in its place which would guarantee the freedom to undertake economic activity (regardless of the type of ownership) and ensure protection of ownership, without differentiating the protection depending on the form of ownership.⁴³ In the discussion that accompanied the first reading of the drafts in the Sejm, the deputies as a general rule expressed approval of the proposed changes. The proposed content of article 2, under which the supreme power shall be vested in the nation (the so-called principle of the sovereignty of the nation), or of article 6, which guaranteed the freedom of economic activity (the so-called principle of the freedom of economic activity) did not stir any broader discussion. That said, a problem of a more general character arose. Voices were raised that replacing two most important chapters of the constitution with seven articles was in fact risky. As one of the members of the Legislation Committee pointed out: “these provisions have been drafted within several hours at the session of the Committee, whose members, myself included, are not fully competent”.⁴⁴ Even the proponents of the changes stressed that a significant number of provisions laid down in the Constitution of the Polish People’s Republic will be manifestly contrary to the new regulations set forth in articles 1 to 7.⁴⁵ Another point raised was the issue of the enigmatic character of some of the changes proposed.⁴⁶

Disputes as to the content of provisions related to legal principles concerned primarily the phrase “state under the rule of law”. During the sitting of the Sejm, the following wording was proposed: “The Republic of Poland is a democratic state of free citizens.”⁴⁷ Eventually, however, the provision on “democratic state ruled by law” was adopted, which – as one of the authors pointed out – was “determined by arguments that it is a term which appeals to rich theoretical considerations and will allow the Constitutional Tribunal to create new constitutional law constructions”.⁴⁸ This opinion of the authors of the novelization was further corroborated by judgments of the Polish Constitutional Tribunal. The principle of the democratic state ruled by law became, under the case-law of the constitutional court, a source for many other legal principles (e.g. *lex retro non agit*, principle of the protection of acquired rights, principle of the specificity of legal provisions) which were not explicitly expressed in the text of the Constitution.⁴⁹

Discussion was also stirred by the provision on the protection of ownership (article 7 of the draft). While there was consensus as to the need to put an end to the primacy of

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Speech by deputy L. Paprzycki.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Speech by deputy A. Bratkowski.

⁴⁷ Speech by deputy T. Bień.

⁴⁸ Cf. CIEMNIEWSKI, J. Nowela konstytucyjna z 29 grudnia 1989 r. *Przegląd Sejmowy*. Wydawnictwo Sejmowe, Warsaw, 2009, no. 3, p. 30.

⁴⁹ In this respect, we have to mention a very abundant case-law of the Polish Constitutional Tribunal concerning the “państwo prawa” (Rechtsstaat, rule of law) doctrine and the corresponding principles. The Constitutional Tribunal, while justifying its position, invokes both the legislator’s intent and the doctrinal opinions. For a more detailed explanation, see e.g. TKACZ, S. *O zintegrowanej ...*, chapter 3; TKACZ, S. *Rozumienie sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. Katowice, 2003, chapter 5.

social ownership, which was characteristic of the PRL period, doubts were expressed whether all forms of ownership should be treated in the same way, or whether special emphasis should be placed on the inviolability of personal property.⁵⁰ “The principle of full protection of personal property” was so far strongly emphasised in the decisions of the Constitutional Tribunal and so it was believed this construction ought to be included in the text of the basic law.⁵¹

The Act amending the Constitution of the Polish People’s Republic of 29 December 1989 took effect from the day of its publication. Literature emphasises that the authors of the act, who, when working on the act, believed the scope of the changes was minimal, underestimated the value of the work they authored.⁵² The changes thus introduced, which put an end to the existence of a state shaped by Marxist-Leninist ideology, led to the rejection of legal principles that had their roots in socialism and to the replacement thereof with ideas of the state under the rule of law.⁵³

6.2 AMENDMENT OF THE CODE OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS OF 24 MAY 1990

As far as the public law is concerned, amendments made to the Act of 14 June 1960 Code of Administrative Proceedings should also be mentioned. Changes made to the content of the Code were in line with the new political system and thus replaced the socialist ideology that had permeated through this act. The changes proposed in 1990 were an “important step to reaching the standards of European law”.⁵⁴

The proposed amendment was necessary e.g. in view of the local government that was restored in Poland. Generally speaking, the issue that was most discussed in the course of legislative works was the introduction of the principle of administrative court review of administrative decisions in all cases.⁵⁵ Deputy-rapporteur in justification of the Committee’s position explained that, among other things “by introducing this principle and specifying what the exceptions to this principle are, the Committee had in mind that provision of legal protection judicially is the best way to ensure respect for the rule of law. It is fully compliant with international standards (...)”.⁵⁶

As for severance of ties with the communist origin of the Code, the content of articles 6 and 7 was amended since – as indicated in the course of works of the Committee – they required reideologising.⁵⁷ Before the amendment, article 6 was worded as follows: “State administration authorities are divided on the basis of provisions of the law, guided by the interests of the working people and tasks of the socialist system.” Therefore, it was proposed that the first part of the provision, ending with “provisions of

⁵⁰ Speech by deputy A. Zieliński.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² CIEMNIEWSKI, J. Nowela ..., p. 30.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Stenographic record from the 30th sitting of the Sejm of the Republic of Poland od 17 and 18 May 1990. Select Committee report on the governmental draft of the bill amending the Code of Administrative Proceedings. Speech by deputy-rapporteur Janusz Szymański.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Report from the 14th Select Committee sitting on draft bills on local government of 8 May 1990.

the law” be kept and the rest deleted. On the other hand, with regard to article 7, whose first part was worded “In the course of their proceedings, state administration authorities uphold the people’s rule of law (...)”, acting on the assumption that “there is just one rule of law”, it was decided that the word “people’s” should be deleted.⁵⁸ Neither change stirred controversy in the course of the legislative process. Articles 6 and 7 of the Code of Administrative Proceedings, with their substance unchanged, have remained in force until this day. Interestingly, legal writers and the case-law have problems determining the content of principles that should be derived from these provisions. Hence, both articles are associated with the principle of the rule of law. Further still, it is claimed that after deleting those fragments of their wording that were rooted in the ideology of the previous political system, one of these provisions have become redundant.⁵⁹

6.3 AMENDMENT OF THE CIVIL CODE OF 28 JULY 1990

The underlying objective behind the comprehensive amendment of the Civil Code was transformation of the economic system, from centrally planned economy to free market economy. The explanatory statement to the bill amending the Code indicated the key directions of the proposed changes. Among those were: implementation of the principle of equality of all subjects of civil law relationships before the law and shaping ownership in a way which suits the needs of a free market economy. The former was realised, among others, through the elimination of the then-division of subjects of civil law into the privileged socialised ones (socialised sector) and non-socialised ones (private sector). It was emphasised that, as a general rule, equality before the law is unquestionable in civil law. Consequently, the Legislative Committee of the Sejm proposed repealing those provisions which stipulated that the socialised sector shall have privileges.⁶⁰ Fundamental role was also to be played by the proposal to introduce a new Article 353,¹ from which the principle of the freedom of contract is derived.

Noteworthy is also another fragment of the minutes from the Committee of the Sejm sitting, convened to discuss e.g. the deletion of Article 4 of the Code, which stipulated that: “Provisions of civil law should be translated and applied in accordance with the rules of the system and objectives of the Polish People’s Republic.”⁶¹ In the course of the proceedings it was argued that the provision in question imposed a certain way of interpreting the provisions of civil law. It was emphasised that it is a “relic favouring social interest (...), rules for the interpretation of the law ought to take into account

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ More broadly, see DANECKA, D. – TKACZ, S. O zasadach prawa, praworządności oraz państwie prawnym w dogmatyce administracyjnoprawnej. In: ZACHARKO, L. – MATAN, A. – GREGORCZYK, D. (eds.). *Administracja publiczna – aktualne wyzwania*. Katowice: AM Poligrafia, 2015, pp. 55–77.

⁶⁰ Report from the 35th sitting of the Sejm of the Polish People’s Republic of 12 and 13 July 1990. Select Committee report on the governmental draft bill amending the Civil Code (Sejm Papers no. 288 and 425) and the Code of Civil Procedure (Sejm Papers no. 289 and 426). Speech by Committee deputy-rapporteur A. Zieliński.

⁶¹ Minutes from the 7th Select Committee sitting, convened to discuss draft bills on systemic changes in the state’s economy of 29 June 1990.

various interests, not just public interest, interest of the state, but also interests of its citizens”.⁶²

The second interesting item on the Committee’s agenda was the amendment of Article 5 of the Code, pursuant to which “One cannot exercise one’s right in a manner contradictory to its social and economic purpose or the principles of community life (...)”. In the course of the proceedings of the Committee an opinion was expressed that the previous system used the principles of community life to break the law and violate citizens’ rights.⁶³ It was pointed out that, given the provisions used by legislatures of other states, making civil law more flexible through the use of the notion of the principles of community life is improper. Nevertheless, despite such an explicitly negative assessment, it was decided that the community life clause would temporarily be kept unchanged: “We are of the opinion that the current general clause must absolutely be changed, but in the next novelisation of the Civil Code. Moving from the principles of community life to new clauses requires long-term work. It is not a simple process.”⁶⁴ Although 27 years have since passed, this principle, rooted in the Marxist doctrine, has remained in force in the Polish civil law to this day. It has turned out that this clause, so deeply ingrained in the Polish legal thought, is so capacious that it can be successfully used to adjudicate on civil law relationships even post-transformation. Naturally though, it has been supplemented with new content through the process of interpretation.

7. LEGAL PRINCIPLES DURING THE TRANSFORMATION PERIOD IN THE LIGHT OF LEGISLATIVE MATERIALS – SEVERAL CONCLUDING REMARKS

1. The Polish legal culture has a deeply ingrained image of legal principles as creations of the legislator. However, more recent publications strongly highlight the role of jurisprudence (legal science) in the determination whether a specific paradigm should be recognised as a legal principle. While the voice of the legislator is important, and in many cases can determine whether a given rule will become a legal principle, it is never the only factor to determine whether a norm is “fundamental”. Both the catalogue of legal principles and the content of legal principles are established through discourse. One element of this discourse is the legislator’s voice in the form of “traces” left in various places. Another factor that is necessary in determining whether a norm is a legal principle is *opinio communis doctorum*.⁶⁵

2. The legislator’s intents are identified and developed by representatives of the jurisprudence and the Judiciary who participate in the discourse leading to the identi-

⁶² Ibidem. As a sidenote, it is worth adding that an identically worded provision referring to labour law remained in force in Poland until 2 June 1996 (Article 7 of the Labour Code was deleted by act of 2 February 1996, JL of 1996, no. 24, item 110).

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ We clearly emphasize that the term “*opinio communis doctorum*” is to be understood in a broad sense. It is evident that in a discourse of which the effect is creation of “the scholar’s opinion”, both the judges (who express their views in the reasoning of court rulings) and the representatives of doctrine must take part.

fying the legal principles and their scope. They can use both the legislator's statements present in the texts of normative acts and statements included in legislative materials. While the objective of the legislator, expressed through the text of normative acts is a very strong manifestation of legislative intent, sometimes this does not suffice. Those sections of legal texts from which legal principles are derived frequently include very general, indeterminate phrases. This is why an important trace of the legislative intent can be a declaration expressed in the text of legislative materials, from which it can be inferred that a legal principle can be derived from a specific provision. The problem of identification of legal principles and their content becomes more manifest during the period of system transformation, when the then-current axiological foundation becomes outdated. It then becomes necessary to determine new principles acting as the framework for the new (newly constructed) legal system. In such cases it is indeed difficult to find a better source of information on the objectives and intention of the legislator than legislative materials.

3. The solutions adopted in the post-1989 Poland can be referred to as a continuation and at the same time gradual evolution of the legal system developed during the years 1952–1989. Accordingly, legislation created during the PRL period did not automatically cease to have binding force after the changes of 1989. The catalogue of legal principles of the Polish legal system post-1989 was determined on a step-by-step basis. The following changes were made during the transition period:

- introduction of provisions from which new principles of the system of law were derived (e.g. the principle of the democratic state under the rule of law, principle of the sovereignty of the nation, principle of the freedom of economic activity, principle of the protection of ownership, principle of the freedom of contract);
- abrogation of provisions from which specific legal principles were derived (e.g. the principle of the leading role of the Polish United Workers' Party, principle of interpretation of provisions of civil law in accordance with the objectives of the Polish People's Republic);
- reformulation of some provisions in order to reject content that was rooted in the socialist ideology (e.g. the principle of the people's rule of law was transformed into the principle of the rule of law);
- leaving some provisions in their then-current wording while, over the course of time, attributing new meaning to the principles that were derived from them (e.g. the principle which requires that civil law relationships should take account of the rules of social coexistence).

4. Given the indeterminateness of the wording of principles, the interpreting community has two possible directions when it comes to looking for information on the content of a principle: take into consideration the intention of the real legislator, as expressed in legislative history, or complete the content of the principles without referring to parliamentary materials.⁶⁶ However – and it goes without saying – choosing from among

⁶⁶ More broadly on the Polish judicial decision-making practice, see BIELSKA-BRODZIAK, A. Historia legislacyjna w interpretacji. Kilka impresji na gruncie polskiej praktyki stosowania prawa. In: KŁODAWSKI, M. – WITORSKA, A. – M. LACHOWSKI, M. (eds.). *Legislacja czasu przemian, przemiany w legislacji. Księga jubileuszowa na XX-lecie Polskiego Towarzystwa Legislacji*. Warsaw, 2016.

comprehensively (and not selectively) analysed hypotheses is a measure of reliability and competence of an entity talking about legal principles. Until recently – given the insufficient availability of legislative history in the public space – the main way of dealing with legal principles was creating their content without referring to legislative history. The situation is currently changing, as the access to legislative history has significantly increased and is still improving.⁶⁷ Although, in the Polish tradition, the catalogue of legal principles and their content was not identified on the ground of legislative history, the currently available access opportunities offered by information technologies mean that expanding the context that shapes the catalogue and content of the various principles through the use of legislative materials is not just desirable, but in fact necessary. We believe this context is still underestimated and underused.

5. Authors of the amendments that were introduced to the Polish system during the period of system transformation were convinced that the changes made and solutions implemented would have an interim character. The need to pass a new Constitution and new codes in a relatively short time was strongly emphasised. The authors of the changes underestimated the value of their work, the fruit of which resulted in rejection of socialist ideas and the creation of foundations for a new liberal-democratic legal system in Poland. Legal principles developed during this period continue to be foundations of the Polish legal system to this day.

Dr. Agnieszka Bielska-Brodziak, Dr. hab. Sławomir Tkacz
Faculty of Law and Administration, University of Silesia
xbb@interia.pl, slawomirtkacz@wp.pl

⁶⁷ This tendency generally applies to all countries – more broadly, see BIELSKA-BRODZIAK, A. Materiały legislacyjne w dyskursie interpretacyjnym z perspektywy brytyjskiej, amerykańskiej, francuskiej, szwedzkiej i polskiej. In: NAWROT, O. – SYKUNA, S. – ZAJADŁO, J. (eds.). *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?* Warsaw, 2012.

GRANT CONTRACT AS A CIVIL LAW FORM OF ACTION OF THE PROVINCIAL MONUMENT CONSERVATOR IN THE POLISH LEGAL SYSTEM*

JACEK TRZEWIK**

Abstract: The legal issue of protection of monuments and guardianship of monuments seems to be a substantial challenge for the national legislator. Its significant role comes from the fact that it fulfils the postulate of protection both of the public interest related to the preservation of the cultural heritage for future generations, as well as the protection of the private interest related to the necessity of ensuring the possibility of use of the monument by its owner or another person holding a legal title to the monument. Because of its practical significance, a special role in the legal system of protection and guardianship of the monuments is played by the system of financial support granted by the state authorities to individual monument holders. The purpose of this article is to present a legal characteristic of the grant contract concluded by and between provincial conservators of monuments and monument holders for conservation, restoration and construction works at monuments listed in the national registry of monuments. The grant contract constitutes a specific legal form of consensual operation of a public authority.

Keywords: provincial conservator of monuments; contract; grant

Klíčová slova: provinční správce památek; smlouva; grant

DOI: 10.14712/23366478.2019.16

1. INTRODUCTION

Cultural heritage is a reflection of the world's history and our past. It is a testimony of our past lives. Heritage of humanity gives us the answer to the question of who we are and where we are heading in the era of dynamic socio-economic, technological and cultural progress. In this context, monuments are the most important element creating the material cultural heritage.¹ Their protection is currently of global

* The article was written as part of the project entitled "Legal forms of action of the Provincial Heritage Conservation Officer" (Reg. no. 2015/19/B/HS5/02525) within the framework of which research was funded by the National Science Centre, Poland.

** Doctor of Laws, assistant professor, 1st Department of Civil Law, Faculty of Law, Canon Law and Administration, John Paul II Catholic University of Lublin, Al. Raclawickie 14, 20-950 Lublin, e-mail: trzewik@kul.pl.

¹ CHARYMSKA, E. Zabytki i dzieła sztuki jako przedmioty ochrony. *De Securitate et Defensione. O Bezpieczeństwie i Obronności*, 2015, no. 1, p. 32.

significance, regardless of the location of the monument in any country and part of the world. National actions taken to protect monuments, without the synergy of international cooperation, are inadequate. At the same time, individual countries adopt specific regulations for the protection of monuments, vested in their legal culture.²

The system and organization of public bodies responsible in the Polish legal system for the protection and guardianship of monuments is determined by the regulation of the Basic Law. The obligation to protect monuments and cultural heritage is directly stipulated in the provisions of the Constitution of the Republic of Poland.³ Already in the preamble, it announces the commitment to pass on to future generations all that is valuable from over a thousand years of achievements of the nation. In addition, its provisions make relatively numerous references not only to the protection of the common good of all citizens (Articles 1 and 82 of the Constitution of the Republic of Poland), but also the protection of the national heritage, cultural assets or national cultural heritage (Article 5, Article 6 clause 1 and 2, and Article 73 of the Constitution of the Republic of Poland).

The Act on the Protection of Monuments and the Guardianship of Monuments plays a leading role in the implementation of the constitutional assumptions of monument protection at a statutory level.⁴ Above all, it defines the object,⁵ scope and forms of *protection of monuments* and their guardianship, as well as the guidelines for the creation of a national programme for the *protection and guardianship* of monuments.⁶ Importantly,

² For more, see ZEIDLER, K. Źródła międzynarodowego prawa ochrony dziedzictwa kultury. *Studia Europejskie*, 2003, vol. XI.

³ Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997 (Journal of Laws No. 78, item 483, as amended [hereinafter: Constitution of the Republic of Poland]).

⁴ The Act of 23 July 2003 on the Protection of Monuments and the Guardianship of Monuments, uniform text Journal of Laws of 2017, item 2187, as amended [hereinafter: APM].

⁵ Pursuant to Art. 3 item 1 of the APM, a monument is understood as a real estate or movable item, their parts or assemblies, created by man or related to his activity and being a testimony to a bygone era or event, the preservation of which is in the public interest due to their historical, artistic or scientific value. Importantly, this definition does not take into account the formal criterion associated with the obligation to enter the monument in the register of monuments. Therefore, if a real estate or movable property meets the characteristics of a monument, it should be considered a monument, regardless of its formal form of protection. As a consequence, the objects and structures which are subject to protection and guardianship, regardless of their state of preservation, are: immovable monuments (being, in particular, cultural landscapes, urban and rural layouts and building complexes, architectural and construction works, defence works, technical facilities, in particular mines, steel mills, power plants and other industrial plants, cemeteries, parks, gardens and other forms of designed greenery, places commemorating historical events or the activities of outstanding personalities or institutions), movable monuments (being, in particular, works of visual arts, artistic handicraft and applied art, collections of items collected and ordered according to the concept of persons who assembled them, numismatics and historical mementos, especially military items, banners, seals, badges, medals and orders, products of technology, especially devices, means of transport and machines as well as tools that testify to material culture, characteristic for old and new forms of industry, documenting the level of science and civilization development, library materials, musical instruments, products of folk and handicraft art and other ethnographic objects, objects commemorating historical events or the activities of outstanding personalities or institutions), and, finally, archaeological monuments (which are, in particular, field remains of prehistoric and historical settlement, cemeteries, mounds, relics of economic, religious and artistic activity). The protection may also apply to geographical, historical or traditional names of buildings, squares, streets or settlement units (Article 6 clause 1 and 2 of the APM).

⁶ The Act lists the following legal forms of protection of monuments: entry into the register of monuments, entry into the Heritage Treasures List, recognition as a monument of history, creation of a cultural park, as well as establishing protection in the local spatial development plan or in the decision on the location of public purpose investment, decision on conditions of development, road investment permit, decision on the

it also regulates the principles of financing of conservation, restoration and construction works concerning monuments, and, especially, the organization of *monument conservation* bodies.

Under the Act on the Protection of Monuments and Guardianship of Monuments, the latter term was given a meaning different from protection. This separation is mainly of a subjective nature, indicating that the protection of monuments is subject to implementation by public administration bodies, thus encompassing governing activities, whereas the guardianship of monuments is exercised by other entities, in particular owners or holders of monuments⁷. In addition, the legislator intended this concept to be interpreted strictly as one serving the purpose of determining the scope of rights and obligations of owners or holders of monuments,⁸ primarily related to care of monuments aimed at preserving them for the posterity.

location of the railway line or the building permit for public use airports (Article 7 of the APM). Among the protective activities, the register of monuments, including immovable, movable and archaeological monuments, is of fundamental importance. Entry into the register is done on request of the owner of an immovable or movable monument (and also of the perpetual lessee of the land on which the immovable monument is located) or ex officio, based on a decision issued by the provincial conservator of monuments (Article 9 clause 1 and 10 items 1 to 2 of the APM). It gives rise to important legal effects, not only by taking under legal protection a historic object (imposing a number of protective obligations on the owner and user of the monument), but also by giving the owners of the monument covered by this form of protection the right to purchase the monument at a reduced price (the price of a real estate or its part owned by the State Treasury or a unit of the territorial self-government and listed in the register of monuments is reduced by half, whereas the amount of the discount is subject to modifications – Article 68 clause 3 of the Act of 21 August 1997 on Real Estate Management, consolidated text Journal of Laws of 2018, item 121, [hereinafter: AREM]).

⁷ ZEIDLER, K. *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*. Warszawa, 2007, p. 137.

⁸ In the Polish legal system, the owner of a monument responsible for the guardianship of monuments is either its proprietor (which may be the State Treasury or an entity that is not part of the structure of the state) or its holder (who owns the monument on the basis of a specific legal title, including the basis of ownership). There is no direct legal exemption in this respect with regard to entities potentially entitled on account of the ownership of the monument. However, due to the need to pursue the public interest, the emanation of which is the obligation to protect monuments, the rights of the owner of a monument are subject to numerous limitations. Limitations in the right of ownership of a monument apply to all areas of an owner's rights. One can mention here the limitation in the right of possession of a monument listed in the register of monuments, to the extent that the monument protection authority may, by way of an administrative decision, order the monument to be made available for the period necessary to carry out research (Article 30 of the APM), or control the observance and application of provisions on monument protection (Article 38 of the APM). The competent authority may also, in certain circumstances, effect its temporary seizure (Article 50 clauses 1–3 of the APM) or even permanent deprivation of possession (Article 50 clause 4 of the APM). Relevant restrictions also apply to the right to use a listed property, as in the case of using a monument listed in the register, when a number of activities related to its use, including construction works on the monument, require the consent of the provincial conservator of monuments (Article 36 clause 1 of the APM). Moreover, the rights of the owner of a monument listed in the register in the scope of the right to wear or damage the monument are completely excluded – violation of this prohibition results in administrative liability (Article 107a of the APM) and criminal liability (Article 108 of the APM). An important limitation of the rights of the monument's owner in the scope of its disposal is the statutory right of pre-emption of monuments, which is in the case of historical real estates vested in communes and municipalities, pursuant to Art. 109 of the AREM, and in the remaining cases it is vested in museums by virtue of Art. 20 of the Act of 21 November 1996 on museums, consolidated text given in The Journal of Laws of 2018, item 720. However, thus designed system which interferes with the scope of rights of monument owners for the sake of protection of monuments has been assessed by the European Court of Human Rights as too restrictive and as one that violates the principle of proportionality in limiting the right of ownership of an individual due to the lack of proper compensation for the owner of the monument. Cf. judgements

It seems, however, that in a broad sense the concept of guardianship of monuments should also be applied to public entities, even though they are not holders of monuments. However, they have statutory competences to carry out specific activities in the care of monuments as these have also been granted to government administration bodies, local government administration authorities, cultural institutions specializing in the guardianship of monuments as well as public keepers of monuments. *As a result, public administration bodies which have obtained a wide range of competences in the sphere of protection and guardianship of historic buildings have become, next to the actual monument holders and administrators, their statutory, official guardians.*⁹

The list of heritage protection authorities specified by the act includes the minister competent for culture and protection of national heritage as well as the voivode (governor) as the central government administration authority in the voivodeship (province). On their behalf, statutory tasks and competences in the field of protection and guardianship of monuments are performed respectively by the General Conservator of Monuments and the provincial conservator of monuments (Article 89 of the APM).

In this context, however, it is impossible to neglect the role of the owner of a historic building. The Act on the Protection of Monuments and Guardianship of Monuments imposes not only a moral but primarily a legal obligation on the owner or holder of a monument to take proper care of it. According to Article 5 of the APM, this involves, in particular, providing conditions for conservation, restoration and construction works at the monument. The listed duties are of individual character, which means that the owner or holder of the monument is directly responsible for their implementation. The role of monument protection authorities is here to exercise governing control over one's compliance with obligations imposed by the law. The state supports the fullest possible implementation of those obligations and the law provides for a possibility of adequate financial assistance given to holders of historic monuments.

In this context, it seems legitimate to ask whether the legislative solutions adopted in the Polish legal system allow to effectively achieve the objectives of monument protection and guardianship through civil law contracts concluded by and between provincial monument conservators and natural persons or organizational units operating under or outside the public sector framework. Conclusion of a grant contract in favour of an owner or holder of a monument is in fact the only statutory example of the implementation of a public task by the provincial monument conservator by way of a civil law contract; however, it has not yet been directly analysed in the literature. Therefore, this concept will be the subject of further deliberations.

of the European Court of Human Rights of 22 June 2004, application no. 31443/96, and of 19 June 2006, application no. 350014/97.

⁹ BRUDNICKI, J. Prawna opieka nad zabytkami – wybrane aspekty. *Ochrona Zabytków*, 2014, no. 2, p. 49.

2. OUTLINE OF THE LEGAL FORMS OF ACTION OF THE PROVINCIAL MONUMENT CONSERVATOR

In view of the considerable bulk of public tasks to be implemented, the system of public administration bodies in Poland has at its disposal an equally impressive group of legal forms of action. Their identification is possible both in the sphere of internal activities, undertaken in relation to entities subordinate in terms of organization or obligations, as well as in external relations of the administration involving entities which are not subordinate in terms of organisation or tasks to the other party, or are outside the structure of public administration.

In accordance with the view prevailing in the literature, the legal forms of action of administration authorities in the context of external relations include the legislation of normative acts, issuing administrative acts, entering into administrative agreements, concluding contracts, organising social activities and performing material and technical activities. On the other hand, in internal relations there are no agreements, settlements or contracts, and the legislation of universally applicable laws and administrative acts takes the form of official orders.¹⁰ Thus, because of the need for the most effective implementation of public tasks, among the legal forms of action, the actions of ruling and governing nature are of primary importance.¹¹

Their implementation in the scope of tasks related to the protection of monuments largely rests on the provincial conservators of monuments. Suffice to point out that the Polish legislator has imposed on them the obligation to implement a fairly extensive list of public tasks. The tasks of the provincial conservator of monuments include in particular: implementation of tasks resulting from the national programme for the protection of monuments and guardianship of monuments; drafting, within the limits of relevant budget allocations, financing plans of protection of monuments and guardianship of monuments; keeping a register and provincial records of listed monuments and collecting documentation in this regard; issuing, in accordance with the competences, decisions, resolutions and certificates in matters specified in the Act and in separate regulations; supervising the correctness of conducted conservation and architectural research, conservation works, restoration works, construction works and other activities in progress concerning monuments as well as archaeological research; organizing and supervising the protection and guardianship of monuments; development of provincial plans of protection of monuments in the event of armed conflict and crisis situations and coordination of activities in the implementation of these plans; dissemination of knowledge about monuments; cooperation in matters concerning the protection of monuments with other public administration bodies and entities that carry out public benefit activities (Article 91 clause 4 of the APM).

¹⁰ STAROŚCIAK, J. Prawne formy i metody działania administracji. In: LĘTOWSKI, J. – RABSKA, T. (eds.). *System prawa administracyjnego. Vol. III.* Wrocław, 1978, p. 45.

¹¹ ZIEMSKI, K. Podstawowe kryteria podziału form prawnych działania administracji przyjmowane w polskiej nauce prawa administracyjnego. Próba usystematyzowania. In: HAUSER, R. – NIEWIADOMSKI, Z. – WRÓBEL, A. (eds.). *System Prawa Administracyjnego. Vol. V. Prawne formy działania administracji.* Warszawa, 2013, pp. 53–59.

In the course of their operation, they generally use legal forms of action available to all administrative bodies. It is possible to diagnose in this respect both the competence of the provincial monument conservator concerning their role in the creation of universally binding legal norms¹² as well as the resolution of individual cases by way of issuing administrative decisions.¹³ There are also examples of consensual actions such as entering into contracts¹⁴ and administrative arrangements.¹⁵ Particular significance should also be attributed to social and cultural actions¹⁶ of the provincial conservator of monuments as well as their technical and organisational activities.¹⁷ In the context of public tasks implemented by the monument protection authorities, part of the academic community proposes the distinguishing of further unidentified legal forms of action of the monument conservator.¹⁸

Against this background, it must be firmly stated that the need to preserve monuments in a proper state requires constant and decisive state interference, which means that the

¹² One can here mention their opinions on the provincial, county and commune programmes on the guardianship of monuments (Article 87 clause 3 of the APM), agreeing on drafts and amendments of provincial spatial development plans and local spatial development plans (Article 20 of the APM) or developing provincial monument protection plans in the event of armed conflict and crisis situations (Article 91 clause 4 item 7 of the APM).

¹³ One should indicate here, among others, issuing permits for: conducting conservation works, restoration works or construction works at a monument listed in the register; performing construction works in the surroundings of the monument; conducting conservation studies of a monument listed in the register of monuments; conducting archaeological research; movement of an immovable monument listed in the register; permanent relocation of a movable monument listed in the register with the disruption of the traditional interior design set in which the monument is located; making a division of an immovable monument listed in the register; changing the purpose served by a monument or the manner of use of this monument listed in the register; placing of technical devices, boards, advertisements and inscriptions on a monument listed in the register; undertaking other activities that could lead to violation of the historic elements or change in the appearance of a monument listed in the register of monuments; searching for hidden or abandoned movable monuments, including archaeological monuments, with the use of all kinds of electronic and technical equipment and diving equipment (Article 36 of the APM).

¹⁴ An example is the conclusion of a grant contract for co-financing conservation works, restoration works or construction works at a *monument* listed in the register of monuments (Article 73 of the APM).

¹⁵ We can mention here numerous competence agreements concluded between provincial conservators of monuments (government administration) and municipal conservators of monuments (local self-government administration), whose subject is the transfer of some of the competences of provincial conservators to the level of municipal self-government. Although the doctrine of administrative law classifies agreements in a group of legal instruments of an administrative nature (among many, cf. BŁAŚ, A. – BOĆ, J. – STAHL, M. – ZIEMSKI, K. *Działalność konsensualna* (dwustronna i wielostronna). In: HAUSER, R. – NIEWIADOMSKI, Z. – WRÓBEL, A. (eds.). *System Prawa Administracyjnego. Vol. V. Prawne formy działania administracji*. Warszawa, 2013, p. 234 et seq.), however, taking into account the origin of all consensual actions, as well as the relatively equivalent position of the parties entering into an agreement, it is impossible to reject the civil law origin of this institution.

¹⁶ An example is the obligation to disseminate knowledge about monuments (Article 91 clause 4 item 8 of the APM).

¹⁷ For example, issuing certificates confirming the compliance with the obligation to maintain and preserve a monument imposed on its owner, which entitles them to obtain an exemption from property tax (Article 7 clause 1 item 6 of the Act of 12 January 1991 on Local Taxes and Charges, uniform text *Journal of Laws* of 2018, item 1445, as amended) or the tax on the acquisition of a monument by way of inheritance (Article 4 clause 1 item 9 let. c and d of the Act of 28 July 1983 on Inheritance and Donation Taxes, uniform text *Journal of Laws* of 2018, item 644, as amended).

¹⁸ SIENKIEWICZ, T. Zażalenie na postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia jako prawna forma działania wojewódzkiego konserwatora zabytków. *Santander Art and Culture Law Review*, 2017, no. 1, pp. 93–114.

legal forms of action of the provincial monument conservator, supported by public authority and taking a governing character, also play a fundamental role in this matter.

3. A CIVIL LAW CONTRACT AS A CONSENSUAL FORM OF ADMINISTRATION

The conspicuous asymmetry in the case of the prevailing importance of administrative acts in relation to consensual administration activities confirms the belief that there is a permanent and unchanged standard in the functioning of the administration system in Poland. Actions based on the feasibility of the governing implementation of the objectives of public entities have gained considerable importance in the activities of public administration and are by far the most commonly undertaken measures aimed at the implementation of tasks imposed on them by the national legislator.

The scope of multilateral activities, also aimed at achieving the objectives of the administration, but based on greater or lesser autonomy of the parties is still underdeveloped.¹⁹ Such legislative solutions – due to, e.g., the greater influence of external entities on the sphere of public administration activities or the stronger emphasis on the idea of civil society in co-administration – undoubtedly have a positive impact on both the effectiveness of undertaken activities and the social perception of the functioning of public authority and its social acceptance.²⁰

Contracts have a special place among the consensual forms of actions of public administration. Among the contracts concluded by public administration entities, two types are distinguished: contracts under civil law, regulated by private law, and contracts under administrative law, subject to public law. These agreements are similar in the fact that parties to the legal transaction make consistent declarations of will; they are different, however, in the subject of the contract, the content of the legal relationship between the parties and the legal basis of their conclusion. In any case, the legal institution of the contract has been dynamically gaining importance in the face of changing conditions for the functioning of the administration. Its important value lies in the significant limitation of the unilateral and independent character of activities of the public administration, which is characteristic of administrative acts, thus granting it a certain scope of freedom or flexibility in the undertaken activities.²¹

The most common area where the form of a civil law contract is used in the activities of public authorities is the exercise of competences related to the management of public property. Often, contractual administration activity is also related to the need to

¹⁹ The literature emphasizes the fact that the model of the administrative agreement, which has been implemented in many European countries (such as Germany, Greece or Latvia) has not been used in the Polish legal system. In this model, general authorization was given for substitution or auxiliary application of the administrative agreement in all matters that are resolved in the form of an administrative act. Cf. LIPOWICZ, I. *Prawne formy działania administracji publicznej – między stabilizacją a potrzebą przełomu. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2016, no. 4, p. 43.*

²⁰ BŁAŚ, A. – BOĆ, J. – STAHL, M. – ZIEMSKI, K. *Działalność konsensualna...*, p. 235 et seq.

²¹ BŁAŚ, A. *Prawne formy działania administracji*. In: BOĆ, J. (ed.): *Prawo administracyjne*. Wrocław, 2010, pp. 351–352.

provide the necessary volume of goods for the maintenance of administrative apparatus and material benefits for the society itself. In this respect, the activity aimed at providing citizens with various types of services of basic social importance, referred to as the services administration, is also vital.²²

It is worth noting that the conclusion of the contract may remain in connection with the actions taken by means of administrative acts. In practice, it takes one of several forms. Firstly, the admissibility of a public entity entering into a civil law contract may depend on the issuing of an administrative act. It then develops or supplements its content. The contract itself may also be subject to approval or registration by another public administration authority. Sometimes, however, the legislator even requires the conclusion of a specific contract, and allows the issuance of an administrative act only in its absence. Ultimately, the contract can even replace an administrative act.²³

However, it should be remembered that due to the fact that one of the parties to the contract is always a public entity, the possibility of free decision on the conclusion of the contract itself, as well as its content or form are subject to legal regulation. The limitations noticeable in practice apply to the mode of conclusion, choice of form, and the content of the contract itself. As a result, despite its obvious civil law origin, the contract concluded by a public entity is relatively rare in a classic form, and is usually subject to a gradual modification in terms of its constituting elements or it is specified in terms of the intended effects by provisions derived from public law, so that its content is more oriented towards achieving the objectives of administration.²⁴

4. CONCLUSION OF A GRANT CONTRACT AS A CONSENSUAL FORM OF ACTION OF THE PROVINCIAL MONUMENT CONSERVATOR

In the literature on the monument protection law in Poland, there is basically no reference to the significance of a civil law contract in the implementation of the tasks of provincial monument conservators. This is mainly due to a relatively narrow range of cases, when they are authorized to use this consensual form of realization of tasks related to the protection and guardianship of monuments. However, one should not deny this possibility to the conservator, who is an administrative body.

The legal basis for this type of actions is introduced *expressis verbis* in Article 73 in conjunction with Article 75 of the APM. These regulations stipulate that a natural person, a self-government unit or another organizational unit, being the owner or holder of a monument listed in the register or having one monument under permanent management or being the owner or holder of a monument listed on the Heritage Treasures

²² LEMAŃSKA, J. Umowa administracyjna a umowa cywilnoprawna. In: SKRZYDŁO-NIŻNIK, I. – SMAŁGA, M. – DĄBEK, D. – DOBOSZ, P. (eds.). *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*. Kraków, 2001, p. 423.

²³ ZIMMERMANN, J. *Prawo administracyjne*. Warszawa, 2016, p. 429 et seq.

²⁴ TRZEWIK, J. O swobodzie kontraktowania w prawie ochrony środowiska. In: KUNIEWICZ, Z. – SOKOŁOWSKA, D. (eds.). *Prawo kontraktów*. Warszawa, 2017, p. 525.

List, can apply for a special purpose subsidy from the state budget for co-financing of conservation works, restoration works or construction works at a monument listed in the register or conservation or restoration works at a monument listed on the Heritage Treasures List. At the same time, the minister competent for culture and protection of national heritage or a provincial conservator of monuments may grant subsidies to individuals or entities based on agreements concluded with these individuals or entities. However, the grant for co-financing conservation works, restoration works or construction works at monuments listed in the register is provided by the provincial conservator of monuments from the portion of financial resources of the state budget administered by the voivode (provincial governor) (Article 74 clause 1 item 2 of the APM). Importantly, due to the limited financial capacity of the state budget in terms of targeted subsidies, the financial assistance provided by the provincial monument conservators takes the form of optional actions, which is also confirmed in the wording of the provisions each time stipulating the possibility and not the obligation to grant the subsidy.²⁵

The above-mentioned provisions establish the principle of concluding contracts by and between the granting authority and the beneficiaries of targeted subsidies for works on monuments. The possibility of providing this type of financial support based on the contract with the beneficiary of the subsidy is additionally stipulated in the provisions on public finances.²⁶ Against this background, one can outline a chronology of obtaining support from a provincial monument conservator, starting with the submission of a grant application by the contractor, followed by the administration body taking a decision in this respect, to be concluded by a contract with the subsidized entity and the granting of the actual subsidy by transferring a specified amount to the bank account.²⁷

Analysis of statutory and sub-statutory regulation²⁸ dealing with the procedure of concluding subsidy contracts for conservation, restoration or construction works at listed monuments by provincial monument conservators leads to the conclusion that these provisions constitute the basis for limiting the principle of party's autonomy of will. Traditionally, it includes the freedom to perform or not to perform a certain legal act, the freedom of shaping the content of this act and the admissibility of choosing any act, and

²⁵ As observed in the doctrine, the legislator's indication of the form of a civil law contract instead of an administrative act for granting a targeted subsidy by the provincial monument conservator finally removed any doubts as to the legal form of granting financial support to owners of monuments listed in the register. This solution has been consistently supported by the wording of Article 79 clause 1 of the APM indicating that the provisions of the Act of 14 June 1960 – the Code of Administrative Procedure (consolidated text Journal of Laws of 2017, item 1257, as amended) shall not apply to the processing of grant applications.

²⁶ Article 132 in conjunction with Article 150 of the Act of 27 August 2009 on public finance, consolidated text Journal of Laws of 2017, item 2077, as amended.

²⁷ GOLAT, R. *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*. Kraków, 2004, pp. 139–140.

²⁸ The detailed conditions and procedure for granting targeted subsidies by the provincial monument conservator are set out in a Regulation of 16 August 2017, issued on the basis of Article 80 of the APM by the Minister of Culture and National Heritage and dealing with the targeted subsidy for conservation or restoration works at a monument listed on the Heritage Treasures List as well as conservation, restoration and construction works at a monument listed in the register of monuments, Journal of Laws of 2017, item 1674 [hereinafter: RTS].

in the case of multilateral acts, it also consists in the freedom of selection of the other party to the act.²⁹ In the case of a grant contract, this autonomy is subject to restrictions both at the stage of concluding the agreement as well as drafting its content.

The commencement of the procedure regarding the conclusion of the contract for targeted grants for conservation, restoration or construction works at monuments listed in the register of monuments is possible only at the request of the person or entity that owns or holds the monument, possibly having a monument under one's permanent management. Submitting an application is therefore obligatory, also when a public entity is the owner of the monument. The need to submit an application to initiate the procedure constitutes a peculiar exception to the general rules of concluding contracts by administrative bodies. In most cases, due to the limited possibility of application of the contractual form in administration as well as on account of the principle of legalism and formal procedures for spending public funds and ways of selecting contractors of public entities and the principles of concluding contracts,³⁰ usually the public entity initiates the process leading to the conclusion of the contract.³¹

The application is submitted to the Provincial Monuments Protection Office competent locally according to the location or place of storage of the monument listed in the register (Article 2 item 2 of the RTS). Therefore, there is no possibility of an independent choice of the other party to the legal act by the owner of the monument which is characteristic of the freedom of contracting. The deadline for submitting the application is 30 June of the year in which the targeted subsidy is to be granted – in the case of co-financing of works on a monument listed in the register which were carried out during the period of three years preceding the year of submitting the application, or February 28 of the year in which the targeted subsidy is to be granted – in the case of co-financing of works to be carried out on a monument listed in the register (Article 5 clause 1 item 2 of the RTS).

By limiting the freedom of action of a potential grant beneficiary, the legislator indicated in the implementing provisions the minimum content of the submitted application. It should include at least: name, surname, place of residence and address or name, registered office and address of the owner or holder of the monument listed in the register, or name, registered office and address of the organizational entity holding a monument listed in the register under its permanent management; designation of the authority from which the party applies for the targeted subsidy; the type of work that had been or will be carried out at the monument listed in the register; determination of the amount of the targeted subsidy applied for by the applicant; work schedule; the applicant's statement on their material and human resource capacity ensuring the correct management of works on the monument listed in the register, if the work is to be carried out; total cost estimate of the works. In the case when the applicant is an entity operating a business,

²⁹ SAFJAN, M. Wymiar pragmatyczny (funkcjonalny) zasady autonomii woli. In: (ed.) SAFJAN, M. *System Prawa Prywatnego. Vol. I. Prawo cywilne – część ogólna*. Warszawa, 2012, pp. 335–340.

³⁰ This area is governed by the provisions of the Act of 29 January 2004 – Public Procurement Law, consolidated text Journal of Laws of 2017, item 1579, as amended.

³¹ STEC, P. *Umowy w administracji. Studium cywilnoprawne*. Warszawa, 2013, p. 63 et seq.

documents required by law related to granting state aid³² (Article 6 clause 1 and 2 of the RTS) are attached to the application. The correctness of the submitted application is important in that already at the initial stage of the procedure, the application is subject to formal and substantive verification by the administrative body. Therefore, it is of cardinal importance for the future processing of the application under the initiated procedure. If the application contains formal defects, the provincial conservator of monuments calls on the applicant to supplement the application within a period not shorter than 7 days and not longer than 14 days from the date of receipt of the notice. If the formal deficiencies of the application have not been supplemented within the prescribed period, the application will not be further considered (Article 7 clause 1 and 2 of the RTS). An application for granting aid correctly submitted by a potential beneficiary is subject to consideration within 2 months from the date of its submission (Article 8 clause 1 item 1 *in fine* of the RTS).

Unlike under the previous legal system in force, currently there are no requirements regarding the form of submitting a grant application.³³ Therefore, the applicant currently has a large degree of freedom in choosing the form in which the application will be made. In addition to the traditional written form, it seems acceptable to submit the application in any other form provided for by the law. In particular, it should thus be possible to prepare the application in a paper document form³⁴ as well as an electronic form.³⁵

From the point of view of the issue of concluding civil law contracts by public authorities, of particular importance is the limited freedom of contracting in terms of the acceptable degree of shaping the content of the performed transaction. While the common tendency in legal transactions is deciding by the parties themselves about the content of the concluded contract, in the cases when the legislator provides for the possibility of an administrative authority acting by means of the form of a civil law contract, the provisions of the generally applicable law stipulate the required minimum content of the contract (*essentialia negotii* of the legal act). A similar solution has been included in the implementing provisions in the Regulation on the targeted subsidy issued on the basis of the Act on the Protection of Monuments.

When referring to the contents of grant contracts concluded by the provincial monument conservator, the legislator stipulated two groups of contractual provisions. On the one hand, the legislator indicated mandatory provisions, which – despite using the

³² These are *de minimis aid* documents referred to in Article 37 clause 1 and clause 2 items 1 and 2 of the Act of 30 April 2004 on proceedings in matters concerning state aid, consolidated text Journal of Laws of 2018, item 362, as amended.

³³ Under the previous Regulation of the Minister of Culture of June 6, 2005 on granting a targeted subsidy for conservation, restoration and construction works on a monument listed in the register of monuments, Journal of Laws No. 112, item 940 with amendments, it was required to submit an application for subsidy in accordance with the template constituting Annex 2 to this Regulation. In particular, it quoted the list of required documents attached to the application in the form of further annexes.

³⁴ Pursuant to Article 77² of the Act of 23 April 1964 – the Civil Code, consolidated text Journal of Laws of 2018, item 1025, as amended [hereinafter: CC], in order to observe the requirement of a document form of a legal act, it is sufficient to submit a declaration of intent in the form of a document in a way which allows the person making the declaration to be determined.

³⁵ As it follows from Article 781 of the CC, in order to observe the requirement of an electronic form of a legal act, it is sufficient to submit an electronic declaration of intent signed with a qualified electronic signature.

phrase “in particular” in the wording of the provisions – must, however, be included in such contracts.³⁶ At the same time, they were grouped depending on whether the subsidy is to be a form of aid for planned activities concerning the maintenance of monuments,³⁷ or it will be a reimbursement of costs of already completed works.³⁸ On the other hand, parties to the transaction may also include other provisions in the text of the contract, entered therein in accordance with the general principle of freedom of contract.³⁹ In this respect, we should distinguish both subjectively essential terms (*accidentalia negotii*, pertaining to, e.g., provisions concerning contractual penalties – Articles 483–485 of the CC), as well as subjectively and objectively non-essential terms (*naturalia negotii*, such as the place of performance – Article 454 of the CC).

When defining the subject matter of the contract, however, each time Article 76 clause 1 item 1 and 2 of the APM should be taken into account, as it specifies that the subsidy may be granted only for co-financing of expenditures necessary for conservation,⁴⁰ restoration⁴¹ or construction works⁴² at a monument listed in the register, established on the basis of a cost estimate approved by the provincial monument conservator, to be carried out in the year of submitting the grant application by the applicant or in the

³⁶ STUPIENKO, E. Zakres, formy stosowania i charakter prawny tzw. umowy dotacyjnej. *Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem*, 2014, no. 1, vol. 6, p. 439.

³⁷ In this case, the targeted grant contract for work on the monument listed in the register, which will be carried out in the year of submitting the application or in the year following the year of submitting the application includes in particular: the designation of the parties and the time and place of its conclusion; the scope of planned works and the deadline for their completion; the amount of the targeted subsidy and the date and mode of its payment; deadline for using the targeted grant not longer than by 31 December of a given budget year; the mode of controlling the performance of the targeted grant contract; the date and manner of settlement of the granted subsidy; deadline for returning the unused portion of the targeted grant not longer than 15 days from the deadline for completion of the work specified in the contract; terms of termination of the contract (Article 10 clause 1 of the RTS).

³⁸ As it follows from Article 10 clause 2 of the RTS, the targeted grant contract for works on a monument listed in the register carried out in the period of 3 years preceding the year of submitting the application includes in particular: the designation of the parties and the time and place of its conclusion; the scope of works carried out at the monument listed in the register and the date of their completion; the amount of the targeted subsidy and the payment deadline; the mode of controlling the performance of the targeted grant contract; the date and manner of settlement of the targeted subsidy; stipulation that the amount of the targeted grant is reduced by the amounts of fines paid to the applicant by the contractors of the work and interest on the sum of money transferred to the applicant under the targeted grant; terms of termination of the contract; additional conditions and reservations that ensure purposefulness and rationality of spending the targeted subsidy.

³⁹ Pursuant to Article 353 of the CC, contracting parties may establish a legal relationship at their own discretion, as long as its content or purpose does not contradict the character (nature) of the relationship, the statute or the rules of social coexistence.

⁴⁰ They include the implementation of activities aimed at protecting and preserving the monument's historic elements, inhibiting the processes of its destruction and documenting these activities (Article 3, item 6 of the APM).

⁴¹ They relate to the implementation of activities aimed at exposing the artistic and aesthetic values of the monument, including, if necessary, supplementing or reconstructing its parts, and documenting these activities (Article 3, item 7 of the APM).

⁴² They consist in construction works under the provisions of the Act of 7 July 1994 – Construction Law, consolidated text Journal of Laws of 2018, item 1202, as amended, including the construction, reconstruction, installation, renovation or demolition works carried out at a monument or in the surroundings of a monument and involving a building with installations and technical equipment, or a building constituting a single technical and functional structure together with installations and devices, or, finally, street furniture.

year following the submission of the application, or expenditures necessary for conservation, restoration or construction works at a listed monument, which were carried out in the period of three years preceding the year in which the applicant applies for a grant. At the same time, the targeted subsidy, pursuant to an extremely casuistic legal stipulation, may only cover the necessary outlays⁴³ including: preparation of technical and conservation expertises; conducting conservation or architectural research; preparation of conservation documentation; drafting of a conservation and restoration program; preparing a building permit design in accordance with the provisions of the Construction Law; preparing a design for the reconstruction of interior design; protection, preservation and consolidation of the monument's historic elements; structural stabilization of the components of the monument or their reconstruction to the extent necessary for the preservation of this monument; renewal or completion of plasters and architectural cladding or their complete restoration with the preservation of the colour characteristic of this monument; reconstruction of the damaged appurtenance of the monument, if the reconstruction does not exceed 50% of the original elements of this appurtenance; renovation or complete reconstruction of windows, including frames and shutters, external door and door frames, roof trusses, roof coverings, gutters and downpipes; modernization of the electrical installation in wooden monuments or monuments, which have original components and appurtenances made of wood; construction of damp proofing; replenishment of outlines of earthwork defensive architecture and immovable archaeological monuments with individual landscape forms; activities aimed at exhibiting the existing, original elements of historic park or garden layouts; purchase of conservation and construction materials necessary to carry out works at monuments listed in the register; purchase and set-up of anti-burglar and fire protection and lightning protection installations (Article 77 of the APM). The above-mentioned catalogue is closed, which means that it is not possible to grant a subsidy for works outside its scope, as well as those currently being carried out at a listed monument (and therefore works that have not yet been completed).⁴⁴

The subsidy may be granted in principle only in the amount corresponding to 50% of the indicated outlays necessary for the works carried out at a monument listed in the register (Article 78 clause 1 of the APM). However, exceptionally, if the monument in question has a unique historical, artistic or scientific value, or if this monument requires technologically complex conservation, restoration or construction works, or if the condition of the monument requires action, the subsidy may cover up to 100% of the expenditure necessary to perform works at the monument (Article 78 clause 2–3 of the APM). Also in this respect, the contractual freedom of the parties is therefore subject to significant limitations.

⁴³ In the academic literature, in contrast to upgrading or excessive outlays, the necessary outlays are all kinds of expenses, the aim of which is to preserve things in a condition suitable for normal use, such as repairs and renovation, sowing, keeping animals, or taxes. Cf. CHERKA, M (eds.). *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*. Warszawa, 2010, p. 277. The necessary outlays are thus aimed at ensuring the conditions for normal use of things. Cf. judgement of the Supreme Court of 10 August 1988, Ref. no. III CRN 229/88, OSNC 1990, no. 12, item 153.

⁴⁴ Judgement of the Provincial Administrative Court of 8 February 2007, Ref. no. I SA/Wa 1810/06, LEX no. 342577)

Ultimately, the mere transfer by the administrative body of the financial resources granted to the beneficiary under the targeted grant should take place on dates that provide financing for the obligations resulting from the work on a monument listed in the register of monuments or as reimbursement of expenses incurred. It should be transferred to the bank account indicated by the applicant (Article 11 of the RTS).

Against the background of the comments on the procedure for concluding the grant contract, several deviations from the general rules applicable to contractors and used in common practice become conspicuous. They are concentrated on shaping the limits of the autonomy of will of contracting parties by means of provisions of the generally applicable law. This is due to the characteristic situation, which involves an administrative authority as one of the parties to the legal transaction, as well as the fact that the legal design of the contract results from the provisions of public law. At the same time – as it seems – the listed differences are within the limits of deviations justified by the participation of public entities in the transaction.

An analysis of the legal framework for the conclusion of a targeted grant contract for co-financing of conservation, restoration or construction works on a monument listed in the register by and between the provincial monument conservator and the beneficiary shows that it is an example of a legal act of a contractual nature,⁴⁵ which is characteristic of civil law. Due to the fact, however, that its legal existence results directly from public law regulations, it somehow escapes the traditional civil law regulations. When attempting to characterize it, it should be defined as a non-Code nominate contract, which is a special form of a grant contract regulated by the Public Finance Act. In both cases, the legislator has statutorily indicated essentially similar *essentialia negotii* of the legal act. Thus, if the parties intend to conclude a valid grant contract, it must contain the normative content corresponding to the statutory framework of this type of legal relationship. Additional characteristic features of this agreement are also the established scope of potential contractors, as well as the purpose of the grant (subsidy) justifying the reason for its conclusion.

The legal framework of this contract demonstrates its similarity to consensual legal acts involving reciprocal obligations and accruing gratuitous financial benefits. In exchange for the financial benefit, provincial monument conservators do not gain any asset value that could be the equivalent of their own performance. Apparently, it is also a causal agreement, because the performance by a public authority occurs in order to achieve a certain legally determined objective (causa) by the contractor, which is to protect the public interest in achieving the proper level of guardianship of a monument. At the same time, on account of the content of the contract being imposed by the legislator, it is akin to the category of contracts of adhesion.

⁴⁵ BĄCZYK, M. – BORODO, A. – CILAK, M. – JUSTYŃSKI, T. – WAŁACHOWSKA, M. Zobowiązania cywilnoprawne w regulacjach prawa finansowego. *Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu*, 2015, no. 2, p. 92.

5. RECAPITULATION

Despite many positive changes, the functioning of the system of protection of cultural heritage, including monuments, in Poland after the period of political transformation is still a multifaceted problem that needs to be solved. This applies to a large extent also to the issue of huge needs related to financing the protection and guardianship of monuments.⁴⁶

An important element of the national system of financing the restoration of monuments is the capacity of the provincial conservator of monuments to conclude subsidy contracts for conducting conservation, restoration and construction works at monuments listed in the register of monuments. The conducted analysis of the legal basis of its conclusion reveals the civil law nature of the contract even though public law provisions underlie its conclusion and a public authority is indicated as one of its obligatory contractors. The civil law nature of the contract is maintained even despite the sometimes quite significant interference of the legislator in the freedom of contracting the parties to the contract are entitled to.

However, the characteristics of the existing legal framework are of little importance if they are separated from a practical evaluation of their implementation. Analysis of the data obtained through access to public information regarding the practical application by provincial conservators of monuments of the regulations on targeted grants for conservation, restoration and construction works on monuments listed in the register brings generally positive conclusions.⁴⁷ On their basis, one can observe a significant⁴⁸ and, what is important, even recently growing interest of monument owners in individual regions of the country⁴⁹ regarding this form of public support. Importantly, the upward trend can also be noted in relation to the amount of planned financing of activities.⁵⁰ It is also significant that practically in the case of all Provincial Monuments Protection Offices, the group of applying monument holders interested in obtaining financial support also included entities belonging to the public finance sector.

The adopted form of granting support to monument holders should therefore generally be considered as correct. The grant contract as a form of consensual action of the

⁴⁶ BÖHM, A. – DOBOSZ, P. – JASKANIS, P. – PURCHLA, J. – SZMYGIN, B. *Raport na temat funkcjonowania systemu ochrony dziedzictwa kulturowego w Polsce po roku 1989*. Kraków, 2008, pp. 26–29.

⁴⁷ Requests for access to public information concerning the financing under the framework of targeted grants for the protection and guardianship of monuments over the past 3 years were sent electronically to provincial monument conservators on 5 September 2018.

⁴⁸ An example of this is the Monuments Protection Office of the Lubuskie Province in Zielona Góra, where each year the number of applications for grants oscillates between 60–70, or the Provincial Monuments Protection Office in Lublin, where the number of applications fluctuates around 100 each year.

⁴⁹ This tendency is visible, for example, in the case of applications submitted to the Provincial Monuments Protection Office in Opole, the Monuments Protection Office of the Wielkopolska Province in Poznań or the Provincial Monuments Protection Office in Kraków.

⁵⁰ In the case of the Provincial Monuments Protection Office in Wrocław, in 2015 the amount of financing for 28 accepted and completed applications amounted to approx. PLN 815,000. In 2016, with 27 applications, it was PLN 780,000, in 2017, with 22 applications, it was PLN 770,000 PLN, while in 2018 the financing of 64 applications totalled almost PLN 5.5 million. Another example is the Provincial Monuments Protection Office in Lublin, which in 2015 and 2016 financed respectively 78 and 67 applications in the amount of PLN 1.25 million while in 2017 it financed 73 applications in the amount of PLN 1.2 million.

provincial conservator of monuments ensures an appropriate level of protection not only of the public interest but also of the private interest. This is particularly conspicuous against the background of the scale of practical use of funds allocated for this purpose in the state budget. This support should be considered as a significant stream of funding, effectively supporting the holders of monuments in their conservation activities and guardianship of monuments.

In this context, one should positively evaluate the current framework of formal requirements for the conclusion of a grant contract, which, after the legislative changes, are adequate to the degree of financial support granted, which seems favourable for potential beneficiaries of grants. And although it does seem rare, one should also appreciate the approach of the national legislator who has created a transparent system of financial support for the protection of monuments. A particularly positive solution in this respect in the procedure related to the conclusion of the contract is the postponement of the beneficiaries' documentary obligations to the stage after the subsidy has been granted or the stage of subsidy settlement in the case of refund (Article 12 of the RTS).⁵¹

doc. JUDr. Jacek Trzewik
The First Chamber of Civil Law
Faculty of Law, John Paul II Catholic University of Lublin
trzewik@kul.pl

⁵¹ However, some observations may be made regarding the current system of financing monument protection. As it follows from the post-audit statement of the Supreme Audit Office, the weaknesses of the system may be traced, for example, to the failure to provide local government authorities with information on subsidies granted by the central government administration, which may result in duplication of financing of identical conservation activities (post-audit statement by the Supreme Audit Office in Zielona Góra of 22 May 2015, reference no. LZG.410.002.02.2015, audit no. P/15/00 regarding the cooperation of provincial monument conservators and local self-government bodies), or to the failure to exercise due diligence in the course of the contract conclusion procedure, especially when completing the necessary documentation (post-audit statement by the Supreme Audit Office Branch in Lublin of 10 September 2013, ref. no. LLU.4114.07.01.2013, audit no. I/13/013 regarding the financing of the protection and guardianship of monuments in the Lublin Province by the Lublin Province Monument Conservator in Lublin).

LEGITIMNÍ OČEKÁVÁNÍ JAKO SOUČÁST FET STANDARDU: *QUO VADIS*, LEGITIMNÍ OČEKÁVÁNÍ VE SVĚTLE PŘÍPADŮ *JSW SOLAR V. ČESKÁ REPUBLIKA A NOVENERGIA V. ŠPANĚLSKO?*

TOMÁŠ MACH

Abstract: **Legitimate Expectations as Part of the FET Standard: *Quo Vadis*, Legitimate Expectations in the Light of the *JSW Solar v. Czech Republic and Novenergia v. Spain Cases*?**

The article discusses the institution of legitimate expectations as a part of the fair and equitable treatment standard. In doing so, the article discusses the recent development of the content of the said institution in light of case law of several past years, as it has been repeatedly discussed in the latest case law regarding the solar energy sector, the sector that until several years back received a lot of state incentives within the member states of the EU.

Keywords: legitimate expectation; investor; investment; fair and equitable treatment standard; FET; investment protection; arbitration

Klíčová slova: legitimní očekávání; investor; investice; spravedlivé zacházení; FET; ochrana investic; arbitráž

DOI: 10.14712/23366478.2019.17

Cílem tohoto článku je zamyslet se nad aktuálním judikturním stavem principu legitimního očekávání v mezinárodním rozhodčím řízení podle bilaterálních dohod o ochraně a podpoře investic (*bilateral investment treaties*, dále jen „BIT“ nebo jen „mezinárodní investiční dohody“) v rámci standardu tzv. spravedlivého zacházení (*fair and equitable treatment standard*, dále jen „FET“) ve světle dvou nedávných rozhodnutí proti České republice a Španělsku. Předkládaný příspěvek nastoluje otázky, jaké jsou přesné kontury tohoto institutu a do jaké míry je možno hovořit o jeho stabilitě – tedy o legitimním očekávání investorů, a to nejen ve smyslu obsahu této doktríny, ale i ve smyslu její aplikace rozhodčími tribunály *bona fide*.

1. ÚVODEM: STANDARD SPRAVEDLIVÉHO ZACHÁZENÍ (FET) PODLE MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

Koncepce legitimního očekávání má svůj původ v národních právních řádech. Tento institut se ve 20. století stal například součástí anglického právního řádu,¹ jeho jistou variaci lze nalézt v pozitivní právní úpravě německého ústavního práva,² a zprostředkovaně skrze vlivy národních právních řádů také například i práva Evropské unie.³ V modifikované podobě je zakotven i ve federálním právu USA. Pokud jeho vnímání blíže zaměříme na postavení investora, pak lze koncepční rozdíly v tomto institutu shrnout tak, že „zatímco americký koncept vnímá očekávání spojené s investicí ve všeobecnosti, evropský kontext zdůrazňuje legitimní očekávání zahraničního investora ve vztahu k hostitelskému státu, zohledňující jeho právní pořádek a závazky vůči investorovi“.⁴

Rozhodčí tribunály pohlízejí na ochranu legitimního očekávání jako na subkategorii standardu spravedlivého zacházení.⁵ Interpretace obsahu FET se historicky lišila v závislosti na znění té či oné příslušné mezinárodní investiční dohody. Určitý výchozí bod⁶ lze spatřovat ve věci *Tecmed v. Mexico*, v níž rozhodčí tribunál odkázal na ochranu investora legitimního očekávání v obecné rovině, když poukázal na skutečnost, že s přihlédnutím k FET ve světle zásady dobré víry stanovené mezinárodním právem je třeba takové zacházení, které nemá vliv na základní očekávání investora, z něhož vycházel investor.⁷ S. Panitchpakdi poukazuje na skutečnost, že se tribunály odlišují v interpretaci obsahu FET podle bilaterálních dohod o podpoře a ochraně investic v závislosti na znění relevantních ustanovení BIT ve vztahu k FET. V tomto kontextu je možné rozlišovat/identifikovat dva přístupy:⁸

a) FET spojený s mezinárodním právem, vč. minimální úrovně zacházení s cizinci podle obyčejového mezinárodního práva

V tomto ohledu může jako ilustrativní příklad sloužit čl. 1105 Severoamerické dohody o volném obchodu (dále jen „NAFTA“) nebo chorvatsko-ománská bilaterální dohoda

¹ K judikatuře na toto téma z jurisdikce Anglie a Walesu viz níže v kapitole 2 tohoto článku.

² NOLTE, G. General Principles of German and European Administrative Law. A Comparison in Historical Perspective. *The Modern Law Review*, 1994, roč. 54, č. 2, s. 195.

³ K aplikování uvedené koncepce Soudním dvorem Evropské unie blíže viz FIETTA, Stephen: Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard: The Developing Role of Investors’ “Expectations” in International Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 2006, roč. 23, č. 5, s. 377.

⁴ CHOVANCOVÁ, K. Štandard spravodlivého a rovnoprávneho zaobchádzania v medzinárodnom investičnom práve II. časť. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2015, č. 11, s. 6. (překlad autor).

⁵ Tato interpretace převládá v posledních 16 letech. K tomu blíže TEGGI, N. Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the end of its life-cycle. *Indian Journal of Arbitration Law*, 2016, roč. 5, č. 1, s. 64.

⁶ K vývoji též HENCKELS, C. Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP. *Journal of International Economic Law*, 2016, roč. 19, č. 1, s. 27–35.

⁷ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, p. 154, (May 29, 2003) 43 I.L.M. 133 (2004). K tomu blíže též TEGGI, N. Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the end of its life-cycle. *Indian Journal of Arbitration Law*, 2016, roč. 5, č. 1, s. 64–66.

⁸ PANITCHPAKDI, S. et al. Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York a Geneva: United Nations, 2012, s. 20–29. Dále Rumeli Telekom A.S. a Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazachstán, ICSID Case No. ARB/05/16, rozhodčí nále z 29. července 2008, odst. 611.

o ochraně a podpoře investic, jejíž čl. 3 odst. 2 stanoví, že: „*Investicím nebo výnosům investorů kterékoli ze smluvních stran na území druhé smluvní strany se musí dostat spravedlivého a poctivého zacházení v souladu s mezinárodním právem a ustanoveními této dohody.*“

b) Nekvalifikovaná formulace FET

Ve vztahu k tomuto přístupu je možné příkladem uvést dohodu o podpoře investic mezi Belgicko-luxemburskou ekonomickou unií a Tádžikistánem, podle jejíhož čl. 3 platí, že: „*Veškeré investice učiněné investorem jedné smluvní strany požívají spravedlivého a rovnocenného zacházení na území druhé smluvní strany.*“ V souladu s tímto rozdělením tribunály podrobovaly analýze sousloví „*podle obvyčejového mezinárodního práva*“, a to buď tak, že tzv. minimální cizinecký standard je obvyčejovouází zacházení s cizinci a FET tomuto odpovídá, anebo naopak, že FET je doplňkem obvyčejového minimálního cizineckého standardu. Příležitostně se též objevuje třetí přístup, který hovoří o tom, že FET je ve smyslu samostatného standardu účelově definován vágně, aby nemohl být jednoduše zařazen (k tomu blíže například Ch. Brower).⁹

Obzvláště situace, kde se příslušná BIT (jako shora citovaná chorvatsko-ománská BIT) zmiňuje o ujednáních „*v souladu s mezinárodním právem*“, vedou k interpretaci FET jako toliko *alter ega* minimálního cizineckého standardu (dále jen „MST“). Jak S. Panitchpakdi poukázal v roce 2012: „*Řada tribunálů dospěla k názoru, že skutečný obsah nekvalifikovaného [jen textově v BIT zmíněného FET] se ve své podstatě neliší od MST.*“ K tomu blíže *Rumeli Telekom v. Kazachstán*,¹⁰ *Biwater Gauff v. Tanzanie*,¹¹ *Duke Energy v. Ekvádor*,¹² *Saluka v. Česká republika*,¹³ *Azurix v. Argentina*,¹⁴ *CMS*

⁹ BROWER, Ch. H., Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, roč. 36, č. 1, s. 37–94.

¹⁰ PANITCHPAKDI, S. et al. *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York a Geneva: United Nations, 2012, s. 20–29. Dále *Rumeli Telekom A.S. v. Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazachstán*, ICSID Case No. ARB/05/16, rozhodčí nález z 29. července 2008, odst. 61: „*The only aspect on which the parties differ is that for Respondent, the concept does not raise the obligation upon Respondent beyond the international minimum standard of protection. The Arbitral Tribunal considers that this precision is more theoretical than real. It shares the view of several ICSID tribunals that the treaty standard of fair and equitable treatment is not materially different from the minimum standard of treatment in customary international law.*“

¹¹ *Biwater Gauff v. Tanzanie*, ICSID Case No. ARB/05/22, rozhodčí nález z 24. července 2008, odst. 592: „*Having said this, the Arbitral Tribunal also accepts, as found by a number of previous arbitral tribunals and commentators, that the actual content of the treaty standard of fair and equitable treatment is not materially different from the content of the minimum standard of treatment in customary international law.*“

¹² *Duke Energy v. Ekvádor*, ICSID Case No. ARB/04/19, rozhodčí nález z 18. srpna 2008, odst. 337: „*The Tribunal concurs with this statement and with the conclusion that the standards are essentially the same.*“

¹³ *Saluka v. Česká republika*, částečný rozhodčí nález z 17. března 2006, rozhodčí řízení podle UNICITRAL, odst. 291: „*Bez ohledu na skutkovou podstatu sporu mezi stranami se zdá, že rozdíl mezi standardem Dohody stanoveným v článku 3.1 a zvykovým minimálním standardem, jenž by mohl být aplikován na konkrétní fakta případu, je spíše zdánlivý než skutečný. Pokud precedenční právo odhalí různé formulace příslušných práhů, hloubková analýza by mohla skutečně prokázat, že důvodem těchto různých formulací jsou kontextové a faktické rozdíly případů, na které byly tyto standardy aplikovány.*“

¹⁴ *Azurix v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, rozhodčí nález z 14. července 2006, odst. 361: „*Turning now to Article II.2(a), this paragraph provides: 'Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law.'* The paragraph consists of three full statements, each listing in sequence a standard of treatment to be accorded to investments: fair and equitable, full protection and security, not less than required by international law. Fair and equitable treatment is listed separately. The last sentence

v. *Argentina*,¹⁵ a *Occidental v. Ekvádor*.^{16,17} Podstata a přesný obsah FET nejsou doposud ustáleny a tento stav patrně ještě po určitou dobu zůstane zachován. Například v nedávném rozhodnutí *Philip Morris v. Uruguay* ze dne 28. června 2016¹⁸ tribunál nejdříve odmítl akceptovat FET jako autonomní normu, avšak obratem shrnul, že ani neodpovídá tradičnímu pohledu na minimální cizinecký standard zacházení podle obyčejového mezinárodního práva. Cizinecký standard se spíše pod vlivem FET vyvinul ve standard nový, podle něhož zacházení s přímými zahraničními investicemi musí být hodnoceno v souladu s ním, a to:

„316. Na úvod tribunál poznamenává, že absence jakéhokoli odkazu v čl. 3 odst. 2 BIT¹⁹ (Swiss/Uruguay BIT) na ‚zacházení v souladu s mezinárodním právem‘ nebo ‚obyčejové mezinárodní právo‘ nebo ‚minimální standardy smlouvy‘, jak stanoví některé další investiční smlouvy s ohledem na **FET standard, neznamená, že BIT vytváří autonomní FET standard. [...] Při absenci jakýkoliv dalších doplňujících kritérií odkaz na FET v čl. 3 odst. 2 nemůže být chápán jako ‚zacházení vyžadované minimálním standardem zacházení podle mezinárodního práva‘.**

318. V případě *Chemtura v. Kanada* bylo rozhodnuto, že ‚takové určení nemůže přehlédnout vývoj obyčejového mezinárodního práva, ani dopad BIT na tento vývoj‘. Tribunál v tomto případě vycházel z případu *Mondev v. USA*, v němž rozhodl takto:

„Jak hmotná, tak procesní práva jednotlivce v mezinárodním právu prošla znatelným rozvojem. Ve světle tohoto rozvoje není přesvědčivé omezit význam «spravedlivého a rovnocenného zacházení» a «úplné ochrany a bezpečnosti» na to, co by mohly znamenat ve 20. letech 20. století, kdyby v této době existovaly, tedy na fyzickou bezpečnost cizinců. Moderním pohledem to, co je nespravedlivé a nerovnocenné, nemusí být totožné s tím, co je pobuřující nebo nehorázné. Zejména stát může zacházet se zahraničními investicemi nespravedlivě a nepoctivě, aniž by nutně jednal ve zlé víře [...].“

319. V souladu s vývojem obyčejového mezinárodního práva se vyvíjel i FET standard, a to od roku 1926, kdy byl rozhodnut případ *Neer*, o němž se žalovaný opírá. Stan-

ensures that, whichever content is attributed to the other two standards, the treatment accorded to investment will be no less than required by international law. The clause, as drafted, permits to interpret fair and equitable treatment and full protection and security as higher standards than required by international law.“

¹⁵ *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, rozhodčí nález z 12. května 2005, odst. 284: „While the choice between requiring a higher treaty standard and that of equating it with the international minimum standard might have relevance in the context of some disputes, the Tribunal is not persuaded that it is relevant in this case. In fact, the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment, founded on solemn legal and contractual commitments, is not different from the international law minimum standard and its evolution under customary law.“

¹⁶ *Occidental v. Ekvádor*, LCIA Administered Case No. UN 3467, rozhodčí nález z 1. července 2004, odst. 190: „The Tribunal id of the opinion that in the instant case the Treaty is not different from that requirement under international law concerning both the stability and predictability of the legal and business framework of the investment. To this extent the Treaty standard can be equated with that under international law as evidence by the opinions of the various tribunals cited above. It is las quite evidence that the Respondent’s treatment of the investment falls below such standards.“

¹⁷ K rozboru uvedeného případu blíže CHOVANCOVÁ, K. Štandard spravodlivého a rovnoprávného zaobchádzania v medzinárodnom investičnom práve II. časť. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2015, č. 11, s. 7.

¹⁸ *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, rozhodčí nález z 8. června 2016, odst. 316–319.

¹⁹ Jedná se o Dohodu mezi Švýcarskou konfederací a Orientální republikou Uruguay o vzájemné podpoře a ochraně investic ze dne 7. října 1988.

dard je dnes širší, než byl definován v případě Neer, nicméně definování jeho přesného obsahu není doposud ustáleno.“

Budeme-li tyto myšlenky parafrázovat, pak lze shrnout, že tribunál v případě *Philip Morris v. Uruguay*²⁰ dospěl v podstatě k závěru, že bez ohledu na to, zda FET existuje v rovině práva smluvního v BIT (či jakékoli další mezinárodní dohodě o ochraně investic), nebo jako standard partikulární bez odkazu k obyčejovému mezinárodnímu právu, anebo je naopak spojen s takovým odkazem na (obyčejové) mezinárodní právo, jedná se o *alter ego* nového standardu minimálního standardu zacházení (minimálního cizineckého standardu) nad rámec toho, co bylo určeno v případě Neer. V zásadě je to tedy minimální cizinecký standard verze 2.0 a obsahuje nástroje, které posilují práva investorů (cizinců) s ohledem na skutečnost, že se (obyčejové) právo rovněž vyvinulo od dob, kdy byl rozhodnut případ Neer.

Avšak co jiného je MST 2.0 než vývoj od případu Neer do obecného FET, jež se jen obáváme pojmenovat v souladu s popsáním vývojem? **V tomto kontextu je tedy třeba dospět k závěru, že MST 2.0 ve své podstatě nepředstavuje nic jiného než výsledek vývoje od případu Neer do obecného FET, tzn. že MST se v současné době fakticky obsahově překrývá se smluvním FET, tedy že došlo k vývoji obyčejového standardu MST do podoby odpovídající smluvně sjednávaným FET standardům a i obyčejový MST dnes nyní fakticky odpovídá konturám FET.**

Na druhou stranu například v jiném případě Mezinárodního střediska pro řešení sporů z investic (dále jen „ICSID“), který byl projednáván ve stejné době a který se vztahoval k dohodě mezi Kostarikou a Švýcarskem, která zahrnovala FET, aniž by jakkoli odkazovala na obecné mezinárodní právo, když užívala tohoto pojmu, tribunál poměrně jasně shrnul, že BIT FET mají zvláštní (partikulární) povahu (k tomu blíže *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. v. Costa Rica*).²¹ Tato záležitost tak bude jistě dále podrobena diskuzi jak v literatuře, tak judikatuře. Prozatím ve vztahu ke smlouvám, které spojují FET s (obyčejovým) právem, se zdá, že stále platí názor shrnující postoj současného právního státu vyjádřený slovy P. Dumberryho:

„V [...] kontextu nekodifikovaných FET klauzulí (bez odkazu na mezinárodní právo) existují dobré důvody interpretovat podmínky FET jako nezávislý smluvní standard, který má odlišný a samostatný význam od minimálního standardu zacházení. Tento přístup však není přesvědčivý v případech (jako v čl. 1105 NAFTA), kde úmluva explicitně dává do souvislosti FET standard s ‚mezinárodním právem‘. Navíc shora uvedený přístup není udržitelný v situacích, kde strany smlouvy výslovně vyjádřily svůj záměr, že FET standard je považován za odkaz na minimální standard zacházení podle zvykového práva. To je jednoznačný případ čl. 1105 NAFTA. Tak pod záštitou Komise pro volný obchod (FTC) smluvní strany NAFTA reagovaly na tři kontroverzní rozhodčí nálezy, které byly vyneseny v roce 2000 (Metalcad, S.D.Meyers, and Pope&Talbot) a které se týkaly rozsahu a významu čl. 1105. Byly uveřejněny jako ‚Poznámky k výkladu některých ustanovení kapitoly 11 [...]‘, které mimo jiné upřesnily, že ‚čl. 1105 odst. 1 stanoví

²⁰ *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, rozhodčí nález z 8. června 2016, odst. 316–319.

²¹ *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. v. Costa Rica*, ICSID case No. ARB/13/2, rozhodčí nález z 7. března 2017, odst. 451–454. [online] [cit. 8. 10. 2017]. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9215.pdf>.

minimální obvyklé standardy pro zacházení s cizinci podle mezinárodního práva, kterým se musí dostat investicím investorů druhé strany', a dále, že pojem FET nevyžaduje zacházení navíc nebo nad rámec toho, co je požadováno zvykovým minimálních standardem v mezinárodním právu při zacházení s cizinci.“^{22,23}

2. OCHRANA LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ JAKO SOUČÁST FET STANDARDU DOHOD BIT

Konference OSN o obchodu a rozvoji shrnuje na základě rozhodčích nálezů, že „je možné vyčlenit určité druhy nesprávného a diskreditujícího chování státu, které by představovalo porušení standardu FET. Mezi takové relevantní druhy patří vedle popření porušení legitimního očekávání investorů (avšak v rovnováze s právem hostitelského státu regulovat právní prostředí ve veřejném zájmu) dále: popření spravedlnosti a spravedlivého procesu, zjevná svévolnost při rozhodování, diskriminace, jakož i zřetelně omezující zacházení.“²⁴

Opinio doctoris tedy má v současné době za to, že legitimní očekávání se včlenilo do FET a mezinárodního cizineckého standardu (MST) verze 2.0. – tedy standardu zacházení s investory/investicemi. Autoři dovozují, že „ochrana legitimního očekávání je v současné době silně zakotvena v rozhodcovské praxi“.²⁵ (K tomu blíže Ch. Schreuer a U. Kriebaum.²⁵) Toto tvrzení přesně odpovídá skutečnosti. Jak bude ilustrováno níže, procesní dovolávání se legitimního očekávání lze v arbitrážní praxi zaznamenat již po určitou dobu a současně se stalo v posledních letech poměrně módním tématem. Je však zcela legitimní položit si otázku, co je příčinou tohoto fenoménu?

Je notorií, že doktrína legitimního očekávání je poměrně nová jak pro kontinentální Evropu, tak Anglii a Wales. Pravděpodobně byla poprvé užita v postkoloniální éře, konkrétně v roce 1968 odvolacím soudem ve věci *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*,²⁶ a teprve až v roce 1983 anglické soudy začaly tuto doktrínu uznávat jako důvod pro soudní přezkum správních rozhodnutí a činnosti veřejné moci s tím, že umožnily jednotlivcům napadnout zákonnost rozhodnutí orgánů veřejné moci. Jako příklad je možné uvést rozhodnutí ve věci *O'Reilly v. Mackman*²⁷ a ve věci *GCHQ Case (Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service)*.²⁸

²² DUMBERRY, P. The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105. *Journal of International Arbitration*, 2014, roč. 31, č. 1, s. 49.

²³ K tomu blíže rozhodnutí ve věci *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, částečný rozhodčí nález z 13. listopadu 2000, rozhodčí řízení podle UNCITRAL, odst. 258–259, *Pope and Talbot Inc. v. Canada*, rozhodčí nález z 31. května 2002, rozhodčí řízení podle UNCITRAL, odst. 62.

²⁴ PANITCHPAKDI, S. et al. Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York a Geneva: United Nations, 2012, s. 59.

²⁵ SCHREUER, Ch. – KRIEBAUM, U. At What Time Must Legitimate Expectations Exist? [online]. [cit. 10. 8. 2018]. Dostupné z: https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/97_atwhattime.pdf.

²⁶ *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* [1968] EWCA Civ 1, [1969] 2 Ch. 149 at 170–171, Court of Appeal (England and Wales).

²⁷ *O'Reilly v. Mackman* [1983] UKHL 1, [1983] 2 A.C. 237, H.L. (UK).

²⁸ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1983] UKHL 6, [1985] A.C.

Jak by ale za takových okolností mohla z právního hlediska pevně zapustit své kořeny v arbitrážní praxi? Jak se mohla MST verze 2.0 ovlivněná FET v rozhodcích nálezech (to znamená v judikatuře vytvořené, nikoliv vůlí či praxí subjektů mezinárodního práva) stát součástí (rozvinutého) mezinárodního práva? Kde je opakující se praxe států a *opinio iuris* státních činitelů? Obzvláště pak ona opakující se praxe států (*usus longae-vus*)? Autor zastává skeptický postoj k tomu, zda je možné nalézt formálně uspokojivé odpovědi na shora uvedené teoretické otázky.

Podobně skeptický je autor též k názorům některých autorů (např. Byers),²⁹ a to, že zásada legitimního očekávání je obecnou zásadou právní (uznávanou civilizovanými národy), protože je uznávána v mnoha národních právních řádech. Důvodem tohoto skeptického postoje je poměrně mladá povaha této doktríny v některých právních řádech, která tento institut (poněkud překotně) vyzdvihuje na podstavci obecné zásady právní. Obdobný skepticizmus byl též vyjádřen ostatními komentátory (k tomu blíže např. Ch. Carmody).³⁰ Měli bychom však přijmout domněnku, že MST verze 2.0 formována FET vlastně zahrnuje doktrínu legitimního očekávání? V této souvislosti bychom se měli ptát, jaké přesné postavení zaujímá tato doktrína v teorii současného mezinárodního práva podle rozhodčích nálezů a jak je aplikována?

3. OBSAH DOKTRÍNY LEGITIMNÍHO OČEKÁVÁNÍ V RÁMCI FET

K interpretaci obsahu této doktríny si pomozme, *per analogiam*, jejím obsahem, ježž má v právním řádu Anglie a Walesu. Podle tamního práva (zejména judikát ve věci *GCHQ*)³¹ je možné aplikovat tuto doktrínu vis-a-vis na nositele veřejné moci, pokud legitimní očekávání vyplývá: (i) z výslovného příslibu daného jménem orgánu veřejné moci, nebo případně (ii) z ustálené praxe, jejíž pokračování může soukromoprávní strana důvodně předpokládat.

²⁹ BYERS, M. Custom, Power, and the Power of Rules. *Michigan Journal of International Law*, 1995, roč. 17, č. 1, s. 109–180.

³⁰ CARMODY, Ch. Great Expectations: the Treatment of Expectations in WTO and International Investment Law. Law Publications [online]. [cit. 8. 10. 2017]. Dostupné z: <https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.cz/&httpsredir=1&article=1085&context=lawpub>. „Martins Paporinskis poukázal na to, jak doktrína legitimního očekávání jen stěží odpovídá tradiční doktríně mezinárodního práva. Pojem ‚očekávání‘ se nenachází v úmluvách a podobně je obtížné najít ustálenou praxi jako u obyčejů. Pokud jde o obecné zásady, Paporinskis konstatuje, že očekávání jsou výslovně identifikována pouze v určitých právních systémech.“

„Doktrína legitimního očekávání byla výrazně kritizovaná řadou komentátorů. Například [Sornarajah] poznamenal, že před rokem 2005 očekávání v tomto smyslu nebylo doposud užíváno v mezinárodním právu. Sornarajah dále určuje zdroj legitimního očekávání spočívající buď v dobré víře, nebo v zásadě správního práva.“

³¹ PANITCHPAKDI, S. et al. *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York a Geneva: United Nations, 2012, s. 9.

Novější judikatura pak připojuje třetí alternativu, kdy legitimní očekávání může být vyvoláno v souladu s rozhodnutím ve věci *R. Home Secretary ex parte Khan*³² i (iii) praxí (policy) orgánů veřejné moci.

Otázkou tedy zůstává, do jaké míry se tyto alternativy odrážejí v FET jako jeho části nebo do jaké míry se institut legitimního očekávání různí ohledně tohoto tématu v rovině mezinárodního práva. V případě *AWG Group v. Argentina*³³ rozhodčí soud poznamenal, že:

„214. Obsah pojmu spravedlivý a poctivý do značné míry záleží na obsahu smlouvy, v níž je užit. Tento pojem tedy musí být vykládán nikoli jako tři slova vyňatá z textu BIT, **ale v kontextu rozličných práv a povinností se všemi rozličnými podmínkami a omezeními, s nimiž smluvní strany souhlasily**. Avšak provádění takové analýzy pouze v abstraktní rovině, a to konkrétně bez ohledu na konkrétní BIT, by nás nedovedlo dále než analýza běžného významu pojmů ‚spravedlivý‘ a ‚poctivý‘.“

Tedy Tribunál v tomto případě dovozuje, že obsah FET (a tedy i legitimního očekávání) je nutno testovat proti textu té či oné BIT jakožto partikulárních smluvních norem mezinárodního práva. Zvýrazněná ustanovení z rozhodnutí tribunálu mohou být analogicky aplikována i na vztahy mezi státem a investory. Je zřejmé, že pokud se zásada legitimního očekávání uplatňuje, pak jakýkoliv výslovný slib učiněný jménem orgánu veřejné moci [ve smyslu alternativy ad (i)] může vyvolat legitimní očekávání chráněné podle FET.³⁴

Situace je však méně jasná ve vztahu k ostatním dvěma alternativám, a to (ii) zavedené praxi stran, jejíž trvání může soukromoprávní strana předpokládat, a (iii) činnosti/praxi orgánů veřejné moci. Vystává zejména otázka, zdali naposledy uvedené může být také chápáno jako legitimní očekávání právního rámce, o němž se očekává, že zajistí jistotu neměnných podmínek pro investice? Jak bude uvedeno níže, judikatura vztahující se k BIT se výrazně zabývá (s výjimkou přímých slibů učiněných státy) otázkou legitimního očekávání ve vztahu k právnímu rámci.

Ve věci *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko*³⁵ tribunál potvrdil shora formulovaný závěr, že specifický slib může vzbudit legitimní očekávání vztahující se k orgánům předchozích případů *AS v. Litva*,³⁶ *EDF*

³² *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khan* [1984] EWCA Civ 8, [1984] W.L.R. 1337, C.A. (England & Wales). K tomu též shrnutí od PERRY, Adam a AHMED, Farrah. The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations. *Cambridge Law Journal*, 2014, roč. 73, č. 1, s. 67.

³³ *AWG Group v. Argentina*, ICSID Case No ARB/03/19, usnesení o odpovědnosti (decision on liability) z 30. července 2010, odst. 214.

³⁴ *Micula v. Rumunsko*, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález z 11. prosince 2013, odst. 668, tribunál pojednal o tomto tématu takto:

„668. Smluvní strany se dohodly, že za účelem prokázání porušení standardu spravedlivého zacházení založeném na tvrzení, že Rumunsko porušilo legitimní očekávání žalobců, žalobci musí prokázat, že (a) Rumunsko učinilo slib nebo jiné ujištění, (b) žalobci na tento slib skutečně spoléhali a (c) takové spoléhání (a očekávání) bylo rozumné.

134. Tento test je v souladu s prvky, které zohledňují i jiné mezinárodní tribunály.“

³⁵ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko*, ICSID case No. ARB/13/36, rozhodčí nález z 4. května 2017, odst. 362.

³⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Litva*, ICSID Case No. ARB/05/8, rozhodčí nález z 11. září 2007, odst. 332.

(*Services*) Ltd. v. Rumunsko,³⁷ *BG Group Plc. v. Argentina*,³⁸ a *Micula v. Rumunsko*,³⁹ které vymezily veřejnou praxi ve vztahu k současnému právnímu rámci takto:

„362. Bez výslovných závazků přímo se vztahujících na investory a zaručujících, že stát nezmění své právo nebo regulaci, investiční smlouvy nevykládají právo státu na to, aby upravil svůj regulační rámec tak, aby odpovídal měnícím se okolnostem a veřejným potřebám. Jak poznamenaly ostatní tribunály, za účelem přizpůsobení se měnícím se ekonomickým, politickým podmínkám, regulační pravomoci státu zůstávají stále na místě. Spravedlivý a poctivý standard nezakládá právo na regulační stabilitu per se. Stát má právo regulovat a investoři musí očekávat, že se legislativa změní, a to bez ‚stabilizační klauzule‘ nebo jiných specifických záruk, které by zakládaly legitimní očekávání stability.“⁴⁰

S odvoláním na nálezy *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina* jak rozhodčí nález,⁴¹ tak rozhodnutí v řízení vedoucímu ke zrušení nálezu podporující tento řetězec myšlenek,⁴² *LGE Energy Corp. v. Argentina*,⁴³ *BG Group Plc. v. Argentina*⁴⁴ a konečně *Parkerings*,⁴⁵ tribunál v případě *Eiser v. Španělsko*⁴⁶ dospěl k následujícímu shrnutí ve vztahu ke změnám právního rámce pro investory. Slovy tribunálu v případě *Parkerings* „každý obchodník nebo investor ví, že se právo v průběhu času vyvíjí. Je však zakázáno, aby stát jednal nespravedlivě, nepřiměřeně nebo nepoctivě při výkonu své zákonodárné činnosti.“⁴⁷

Vedle nespravedlivého, nepoctivého nebo nepřiměřeného (nebo do jisté míry nepřiměřeného) jednání by měl stát nést odpovědnost za porušení FET rovněž v situacích,

³⁷ *EDF (Services) Ltd. v. Rumunsko*, ICSID Case No. ARB/05/13, rozhodčí nález z 8. října 2009, odst. 217–218.

³⁸ *BG Group Plc. v. Argentina*, rozhodčí nález z 24. prosince 2007, rozhodčí řízení podle UNCITRAL, odst. 298.

³⁹ *Micula v. Rumunsko*, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález z 11. prosince 2013, odst. 666.

⁴⁰ *Micula v. Rumunsko*, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález z 11. prosince 2013, odst. 666.

⁴¹ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, rozhodčí nález z 12. května 2005, odst. 274.

⁴² *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), rozhodnutí ad hoc výboru pro žádosti o zrušení Argentiny, 25. září 2007, odst. 85.

⁴³ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, rozhodčí nález z 3. října 2006, odst. 125.

⁴⁴ *BG Group Plc. v. Argentina*, rozhodčí nález z 24. prosince 2007, rozhodčí řízení podle UNCITRAL, odst. 307.

⁴⁵ *Parkerings-Compagniet AS v. Litva*, ICSID Case No. ARB/05/8, rozhodčí nález z 11. září 2007, odst. 332.

⁴⁶ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko*, ICSID case No. ARB/13/36, rozhodčí nález 4. května 2017, odst. 386–387.

⁴⁷ Úplné znění příslušného rozhodčího nálezu zní:

„386. Tribunál CMS shledal, že dotčená sporná opatření ve skutečnosti zcela transformovala a změnila právní a obchodní prostředí, ve kterém byla investice učiněna. 488. To vedlo k závěru, že žalovaný porušil svou povinnost rozšířit standard spravedlivého zacházení. 489. Další tribunály hodnotící rozsáhlé změny v Argentině ohledně regulatorního rámce, na něž investoři spoléhali, obdobně dospěly k závěru, že takové změny jsou v rozporu se standardem spravedlivého zacházení.“

LGE Energy Corp. v. Argentina: „Některé tribunály v posledních letech interpretují standard spravedlivého zacházení v různých investičních dohodách ve světle stejných nebo podobných slov jako preambule Argentinsko-americké investiční dohody. Tyto tribunály opakovaně shruly na základě konkrétního vyjádření ohledně spravedlivého zacházení a kontextu vytyčených cílů různých smluv, že stabilita právního a podnikatelského rámce ve smluvním státě je základním prvkem toho, co je spravedlivé zacházení. Tribunál považuje tento výklad za nově vznikající standard spravedlivého zacházení v mezinárodním právu.“

kdy stát neustále mění právní rámec pro určité investice at' už z důvodu zmatečného politického rozhodnutí nebo z jiných důvodů, které přesahují práh přiměřenosti v rámci výkonu moci zákonodárné. Příklad takové situace byl popsán tribunálem v případě *PSEG Global v. Turecko*.⁴⁸

„250. [...]Tribunál dále shledává, že spravedlivé a poctivé zacházení bylo porušeno tím, co bylo výše popsáno jako účinek ‚horské dráhy‘ neustálých legislativních změn. To se týká zejména požadavků, které se v praxi a právu vztahují k neustálým změnám v podmínkách, jimiž se řídí status společnosti, a nepřetržitému střídání mezi soukromoprávním statutem a úlevami v rovině správního práva, které stále probíhají. V omezenějším rozsahu tomu tak bylo rovněž v případě změn daňových právních předpisů.“

Existence legitimního očekávání toliko na základě skutečnosti, že existují národní právní řády o určité kvalitě/obsahu (pokud jde o licence, podmínky, daně, daňové úlevy, atd.), byla opakovaně odmítnuta zejména v NAFTA. Jak zdůrazňuje P. Dumberry: „Tribunál opakovaně úzce kvalifikoval pojem legitimního očekávání například požadavkem, že investitorovo očekávání musí být založeno na konkrétních příslibech učiněných hostitelským státem, jež záměrně vyvolaly investice. Tribunál dále popřel, že by takové očekávání mohlo být založeno výlučně na stávající vnitrostátní legislativě v době učinění investice.“⁴⁹

4. JSW SOLAR V. ČESKÁ REPUBLIKA

V říjnu 2017 vydal rozhodčí tribunál ve složení Gabrielle Kaufmann-Kohler (předseda), Peter Tomka a Gary Born (dissent) rozhodčí nález ve věci (*Wirtgen a) JSW Solar v. Česká republika*.⁵⁰ Jedná se o první z řady dlouho očekávaných rozhodčích nálezů z éry fotovoltaiky a jejího omezování poté, co Česká republika nejprve tuto energetickou oblast pompězně podporovala a následně se snažila (quasi)retroaktivně omezovat výdělečnost podnikatelských aktivit v této oblasti na přelomu let 2009–2010.

Je notoricky známo v českém právním prostředí, že Česká republika v roce 2005 přijala právní rámec pro podporu obnovitelných zdrojů el. energie, a to v zákoně č. 180/2005 Sb., v prováděcí legislativě a rozhodnutí Energetického regulačního úřadu v tomto kontextu. Podstatou aplikace tohoto právní rámce bylo, zjednodušeně řečeno, že byly stanoveny státem dotované výkupní ceny el. energie vysoko nad její tržní cenou. Při stanovování těchto výkupních cen pak zjevně došlo k výpočtům s pořízovacími náklady na stavbu fotovoltaických elektráren v místě a čase.

Okolo roku 2009, kdy stále byly garantované ceny určeny v hodnotách v zásadě stanovených v návaznosti na zákon z roku 2005, došlo k boomu v oblasti výstavby elektráren. Tento boom byl způsoben dvěma důvody. Tím prvním byla jistá setrvač-

⁴⁸ PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turecko, ICSID Case No. ARB/02/5, rozhodčí nález z 19. ledna 2007, odst. 250.

⁴⁹ DUMBERRY, P. The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105. *Journal of International Arbitration*, 2014, roč. 31, č. 1, s. 49.

⁵⁰ *Wirtgen a JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Česká republika*, rozhodčí nález z 11. října 2017. Dostupné též online: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9498.pdf>.

nost s vyřizováním stavebních povolení a realizací staveb, jakož i čas, který obecně podnikatelská veřejnost potřebovala k přijetí myšlenky, že lze vydělávat na solárních elektrárnách v relativně severně položené části Evropy.

Druhým důvodem byla skutečnost, že ceny solárních panelů klesaly, což při existenci garantovaných výkupních cen významně zvyšovalo návratnost (zlevňující se investice). Česká republika na tuto skutečnost reagovala tak, že pro období po roce 2010 snížila *pro futuro* garantované výkupní ceny (a to drasticky z cca 14 000 Kč/MWh v roce 2009 na 7 959 až 5 837 Kč/MWh v závislosti na velikosti zdroje v roce 2011).⁵¹ Dále pak na to reagovala tak, že i u elektráren postavených mezi 1. 1. 2009 – 31. 12. 2010 zavedla v roce 2010 srážkovou daň ve výši 26%. Tato daň měla původně být vybírána v období let 2011–2013, následně byla v roce 2013 prodloužena na neurčito, toliko ponížena na 10%.

Česká republika tedy (minimálně ve vztahu k roku 2009) retroaktivně deformovala právní rámec podnikání v oblasti fotovoltaiky, který existoval v době, kdy s pompou podporovala investice do produkce obnovitelných zdrojů elektrické energie. Je takový postoj slučitelný s principem FET ve smyslu (ne)porušování legitimního očekávání?

Tribunál došel většinově k závěru, že princip legitimního očekávání investora nebyl v tomto případě porušen, když dovodil, že právní rámec zákona č. 180/2005 Sb. nastavuje toliko návratnost investic do 15 let a roční výnos minimálně 7%, což byly podmínky, které byly splněny i po shora popsáných legislativních zásazích.⁵² Do hluboké právní analýzy v oblasti FET se nepustil a teoretický rozbor judikatury FET se též v nálezu téměř nenachází. Je nutno konstatovat, že již samotná strohost odůvodnění předmětného rozhodčího nálezu indikuje slabost jeho právních závěrů na hranici nepřezkoumatelnosti a v rovině teoretické se jedná o velmi slabé rozhodnutí, které lze jen obtížně podepřít právní argumentací mající původ v materii práva ochrany investic jako v kategorii právní vědy. V tomto smyslu není bez zajímavosti konfrontovat odbornou úroveň závěrů v rozhodčím nálezu s disentem rozhodce Borna a jeho odkazy na předchozí zdroje, jak níže diskutováno.

5. GARY BORN – DISENT VE VĚCI JSW SOLAR V. ČESKÁ REPUBLIKA

Tento rozhodčí nálezy byl doprovázen ostrým disentem rozhodce Garyho Borna, který je zároveň členem jiného tribunálu v arbitráži vedené proti České republice (*Natland v. Česká republika*),⁵³ kde prozatím byl vydán nezveřejněný dílčí rozhodčí nálezy, který dle dostupných informací došel k závěru, že FET byl porušen.⁵⁴

⁵¹ Energetický regulační úřad. Energetický regulační věstník [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: http://www.eru.cz/documents/10540/462894/CR_POZE_04_2013.pdf/fcc8b49f-c021-475a-b3b7-a375e0074b84.

⁵² Wirtgen a JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Česká republika, rozhodčí nálezy z 11. října 2017, odst. 367.

⁵³ CHARLOTIN, D. For Majority of Kaufmann-Kohler and Tomka in Czech Solar Case, Investor Had No Legitimate Expectation to Fixed FEED-IN-TARRIFS [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.iareporter.com/articles/29514/>.

⁵⁴ CHARLOTIN, D. In Dissent in Czech Solar Case, Gary Born Sees a Legitimate Expectation to Fixed Freed-In-Tariffs, and Complains that Co-Arbitrators Deprive State of Ability to provide Meaningful “Leg-

V disentu ve věci *JSW Solar v. Česká republika* pak Gary Born zejména sumarizuje tři body, pro které má za to, že v daném případě solárních investic z let 2009–2010 došlo ze strany České republiky k porušení FET ve smyslu porušení principu legitimního očekávání. K tomu je třeba zdůraznit, že legitimní očekávání vyplývá z **mimosmluvních závazků** státu – jím stanoveného legislativního rámce. Jako jeden z judikátů hovořících o mimosmluvních závazcích (vyplývajících např. z tvz. „*representation*“) cituje G. Born v čl. 8 svého disentu závěry ve shora citované věci *Micula v. Rumunsko*.

Disent rozhodce Borna začíná parafrází rčení, že těžké případy produkují špatné právo. Úvodník tohoto disentu, se kterým se autor tohoto článku plně ztotožňuje, zní v překladu:

„2. Říká se, že těžké případy produkují špatné právo. Zdá se však, že jednoduché případy asi také.

3. Toto je jednoduchý případ. Česká republika přijala legislativu, která poskytovala jednoznačné záruky investorům v oblasti obnovitelných zdrojů. Tyto zákonné záruky stanovovaly, že specifické minimální tarify měly být vypláceny za elektrickou energii z obnovitelných zdrojů za období 15 (později 20) let. Žalobci se spolehli na tyto tarify, když do České republiky umísťovali významnou investici. Následně, přes její záruky, Česká republika uvalila daň, která zásadním způsobem snížila tarify vyplácené na některé obnovitelné zdroje, a to včetně fotovoltaické elektrárny žalobců (dále ‚solární daň‘). Porušení předchozích záruk České republiky je zřejmým porušením Smlouvy mezi Spolkovou republikou Německo a Českou a Slovenskou Federativní republikou o podpoře a vzájemné ochraně investic (dále ‚Smlouva‘).

4. Většina odmítá přijmout tento jasný závěr. Namísto toho, většina navrhuje zjevně nevěrohodnou interpretaci relevantní české legislativy, kterážto interpretace je v rozporu s jazykem a účelem této legislativy, a kterou navíc Česká republika sama opakovaně odmítala, včetně během této arbitráže. Závěr většiny může být některými považován za výhodný, ale je prokazatelně špatný a z dlouhodobého pohledu destruktivní pro vládu práva a autoritu České republiky.“⁵⁵

Disent rozhodce Borna se liší od nálezu samotného. Dle názoru autora tohoto článku zejména tím, že co do teoretického obsahu nálezu je logicky strukturovaný a odkazuje na předchozí judikaturu. Born cituje tribunál ve věci *Micula v. Rumunsko*,⁵⁶ který s odkazem na *opinio doctoris*, ale i dřívější judikaturu (např. *Saluka v. Česká republika*) sumarizuje, že:

„(...) kde investor nabyl práva, nebo kde stát jednal tak, že vyvolal legitimní očekávání investora a tento investor se spolehl na tato očekávání při realizaci investice, jednání státu, které směřuje ke zvrácení nebo které ničí tato legitimní očekávání, jsou v rozporu se standardem spravedlivého zacházení, a zakládají tak právo na kompenzaci.“⁵⁷

islative Guarantees” to Foreign Investors. [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.iareporter.com/articles/in-dissent-in-czech-solar-case-arbitrator-gary-born-sees-a-legitimate-expectation-to-fixed-solar-feed-in-tariffs-and-complains-that-co-arbitrators-deprive-state-of-ability-to-provide-meaningful/>.

⁵⁵ BORN, G. Nesouhlasné stanovisko ve věci *JSW Solar v. Česká republika* [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9499.pdf>.

⁵⁶ *Micula v. Rumunsko*, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález 11. prosince 2013, odst. 667.

⁵⁷ *Ibid.*

Autor tohoto příspěvku podotýká, že ve vztahu k těmto závěrům je zejména příleha-
vé citovat již shora uvedenou citaci ve věci *Eiser v. Španělsko*:

„362. Bez výslovných závazků přímo se vztahujících na investory a zaručujících, že stát nezmění své právo nebo regulaci, investiční smlouvy nevykládají právo státu na to, aby upravil svůj regulační rámec tak, aby odpovídal měnícím se okolnostem a veřejným potřebám. Jak poznamenaly ostatní tribunály: ‚Za účelem přizpůsobení se měnícím se ekonomickým, politickým podmínkám, regulační pravomoci státu zůstávající stále na místě.‘ Spravedlivý a poctivý standard nezakládá právo na regulační stabilitu per se. Stát má právo regulovat a investoři musí očekávat, že se legislativa změní, a to bez ‚stabilizační klauzule‘ **nebo jiných specifických záruk, které by zakládaly legitimní očekávání stability.**“⁵⁸

V daném případě dle nosných argumentů rozhodce Borna⁵⁹ **Česká republika sama deklarovala právní rámec způsobem, který vyvolával legitimní očekávání.** Učinila tak explicitně textem zákona, když § 6 zákona č. 180/2005 Sb. zněl:

„§6

(1) Úřad stanoví vždy na kalendářní rok dopředu výkupní ceny za elektřinu z obnovitelných zdrojů (dále jen ‚výkupní ceny‘) samostatně pro jednotlivé druhy obnovitelných zdrojů a zelené bonusy tak, aby

a) byly vytvořeny podmínky pro naplnění indikativního cíle podílu výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů na hrubé spotřebě elektřiny ve výši 8% v roce 2010 a

b) pro zařízení uvedená do provozu

1. po dni nabytí účinnosti tohoto zákona bylo při podpoře výkupními cenami dosaženo patnáctileté doby návratnosti investic za podmínky splnění technických a ekonomických parametrů, kterými jsou zejména náklady na instalovanou jednotku výkonu, účinnost využití primárního obsahu energie v obnovitelném zdroji a doba využití zařízení a které jsou stanoveny prováděcím právním předpisem,

2. po dni nabytí účinnosti tohoto zákona zůstala zachována výše výnosů za jednotku elektřiny z obnovitelných zdrojů při podpoře výkupními cenami po dobu 15 let od roku uvedení zařízení do provozu jako minimální se zohledněním indexu cen průmyslových výrobců; za uvedení zařízení do provozu se považuje též ukončení rekonstrukce technologické části stávajícího zařízení, změna paliva, nebo ukončení modernizace, zvyšující technickou a ekologickou úroveň stávajícího zařízení,

3. před dnem nabytí účinnosti tohoto zákona byla po dobu 15 let zachována minimální výše výkupních cen stanovených pro rok 2005 podle dosavadních právních předpisů se zohledněním indexu cen průmyslových výrobců.

(2) Při stanovení výše zelených bonusů Úřad přihlíží též k zvýšené míře rizika uplatnění elektřiny z obnovitelných zdrojů na trhu s elektřinou.

⁵⁸ Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko, ICSID case No. ARB/13/36, rozhodčí nález z 4. května 2017, odst. 362.

⁵⁹ BORN, G. Nesouhlasné stanovisko ve věci *JSW Solar v. Česká republika*, odst. 17–45, zejména čl. 38, 45 [online]. [cit. 26. 2. 2018]. Dostupné z: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9499.pdf>.

(3) Při stanovení výkupních cen a zelených bonusů Úřad vychází z odlišných nákladů na pořízení, připojení a provoz jednotlivých druhů zařízení včetně jejich časového vývoje.

(4) **Výkupní ceny stanovené Úřadem pro následující kalendářní rok nesmí být nižší než 95 % hodnoty výkupních cen platných v roce, v němž se o novém stanovení rozhoduje. Toto ustanovení se poprvé použije pro ceny stanovené pro rok 2007.**⁶⁰

Born v kritice závěrů většiny tribunálu s odkazem na právě shora uvedené ustanovení § 6 zákona č. 180/2005 Sb. konstatuje:

„38. Většina tvrdí, že § 6(1)(b)(2) nestanovuje ‚žádný abstraktní příslib výnosů‘. To je však zase špatně a irelevantní. Co § 6(1)(b)(2) stanovuje, je velmi specifický a konkrétní příslib, ‚že výnosy ... za jednotku elektřiny‘ stanovené ERÚ podle §6(1)(b)(1) pro zdroje nasmlouvané v konkrétním roce budou ‚zachovány‘ pro tyto zdroje po dobu 15 (následně) 20 let. Toto není žádný ‚abstraktní‘, ale velmi konkrétní příslib – příslib, který je výslovně poskytnut § 6(1)(b)(2) a který je klíčový pro regulační a hospodářské účely toho zákona“

[...]

„45. Tudíž, za účelem podpory soukromých investic, a za účelem umožnění financování v oblasti sektoru obnovitelných zdrojů, Česká republika garantovala investorům, že obnovitelné zdroje energie by obdržely zvláštní [tarify], předem stanovené, a pro definovanou dobu [...].“⁶⁰

a uzavírá, že **výklad zákona č. 180/2005 Sb. tak, jak provedla většina tribunálu, byl vytržen z kontextu.**

6. NOVENERGIA II – ENERGY & ENVIRONMENT V. ŠPANĚLSKO

V obdobném časovém rámci, ve kterém se rozvíjela historie investic německých investorů v České republice, se obdobně rozvíjela historie investic lucemburských investorů ve Španělsku, a to ve stejném (fotovoltaickém) sektoru a na bázi obdobných iniciativ, mající svůj původ v evropské politice na poli obnovitelných zdrojů a její aplikaci členskými státy EU. Španělsko již v tomto kontextu čelilo několika investičním arbitrážím, ať již shora zmiňovaná *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l v. Španělsko*⁶¹ z května 2017, či *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Španělsko*.⁶²

Poslední z trojice dostupných případů proti Španělsku, kterým se budeme zabývat a který se týkal investice lucemburského investora ve Španělsku, je pak právě *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nález z 15. února 2018.⁶³ V tomto případě rozhodčí tribunál (v němž zasedal předseda Johan Sidklev a rozhodci prof. Antonio Crivellaro a soudce Juez Bernardo Sepúlveda-Amor) analyzo-

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Španělsko*, ICSID case No. ARB/13/36, rozhodčí nález z 4. května 2017, odst. 362.

⁶² *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Španělsko*, SCC V2013/153, rozhodčí nález z 12. července 2016.

⁶³ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nález z 15. února 2018.

val obšírně otázku legitimního očekávání, a to s odkazem na shora zmiňovaný rozhodčí náleze *JSW Solar v. Česká republika*, jakož i nálezy ve věci *Isolux* a ve věci *Eiser*.

Rozdílný byl však právní rámec, z jehož pohledu tribunál analyzoval porušení práv investora. V dotčeném případě představovala rozhodčí bázi tzv. Smlouva o Energetické chartě z roku 1994 (dále jen „ECT“).⁶⁴ Článek 10 odst. 1 ECT říká, že: „Každá smluvní strana má v souladu s ustanovením této smlouvy podporovat a vytvořit stabilní, spravedlivé, příznivé a transparentní podmínky pro investory ostatních smluvních stran [...]“. Otázka, kterou se tribunál musel, *inter alia*, zabývat, je vztah obsahu shora citovaného ustanovení čl. 10 odst. 1 ECT a standardu FET, a to ve smyslu otázky samostatnosti nároku na *stabilní a transparentní podmínky* pro investory. Tribunál se s touto problematikou vypořádal ztotožňujícím se odkazem na závěry ve věci *Isolux*,⁶⁵ podle něhož:

„Rozhodčí tribunál neshledal v [čl. 10 odst. 1 ECT] autonomní povinnost smluvních stran podporovat a vytvářet stabilní a transparentní podmínky pro realizaci investic na jejich územích, jejichž porušení by vytvářelo práva investorů druhé smluvní strany, per se [...]“ a ztotožnivše se odkázal, jak bylo zmíněno i ve věci *Isolux*, na závěry tribunálu ve věci *Plama*, podle nichž „stabilní a spravedlivé podmínky jsou podle ECT jasně součástí standardu spravedlivého zacházení.“⁶⁶

Následně se tribunál jal analyzovat standard spravedlivého zacházení v konkrétní konstelaci lucemburského investora ve Španělsku. Právní rámec podpory obnovitelných zdrojů elektrické energie založil zákon č. 57/1997, který zavedl tzv. speciální režim pro zdroje tzv. registrované ve Správním rejstříku jednotek generujících elektrickou energii. Zdroje zde (po splnění podmínek) registrované měly nárok na tzv. prémii určené vládou. Královský dekret č. 2818/1998 a posléze královský dekret č. 436/2004 následně hmotně naplnily rámec tzv. speciálního režimu. Královský dekret č. 436/2004 výslovně konstatoval, že zavádí „trvalý ekonomický režim [...] založený na objektivní a transparentní metodologii odměňování“.⁶⁷

Daný režim odměňování, obdobně jako v České republice, zaváděl buďto odměny (za vlastní spotřebu), nebo zvláštní tarif (cenu) za elektřinu dodávanou do sítě. Cena za elektřinu dodávanou do sítě byla pak vypočítávána jako násobek roční referenční ceny (obecné), a to tak, že v případě zdrojů do 100 kW instalovaného výkonu (včetně) tento násobek činil v prvních 25 letech 575 a následně 460násobek. U ostatních zdrojů se pak jednalo o 300násobek za prvních 25 let a následně o 240násobek.

V roce 2007 došlo královským dekretem č. 661/2007 v tomto „trvalém ekonomickém režimu“⁶⁸ ke změnám.⁶⁹ V případě tzv. zvláštního tarifu byly stále garantovány výplaty za celkově vyprodukovanou energii po dobu existence té či oné elektrárny.

⁶⁴ Dohoda k Energetické chartě ze dne 17. 12. 1994.

⁶⁵ *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Španělsko*, SCC V2013/153, rozhodčí náleze z 12. července 2016, odst. 764–765.

⁶⁶ *Plama Consortium Limited v. Bulharsko*, ICSID Case No. ARB/03/24, rozhodčí náleze z 27. srpna 2008.

⁶⁷ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí náleze z 15. února 2018, odst. 90.

⁶⁸ *Ibid.*, odst. 92.

⁶⁹ Real Decreto 661/2001 ze dne 25. 5. 2007, preambule:

„Současná španělská společnost, v kontextu redukce závislosti na vnějších zdrojích energie, většího zapojení obnovitelných zdrojů a větší ohleduplnosti k životnímu prostředí, vyžaduje stále více využití

V roce 2007 investoval i žalobce v uvedené investiční arbitráži. V dotčené době též Španělské království provozovalo jakousi pětiletku obnovitelných zdrojů, nazvanou Plán obnovitelných zdrojů 2005–2010. Jejím cílem bylo dosáhnout 29,4% výroby z elektrických zdrojů do roku 2010. Jednalo se o vládní plán schválený radou ministrů Španělska (dále jen „vládní plán“), který v současné době není ve formátu PDF již dostupný (link není aktivní), avšak popisná návštěva – webová stránka o tomto vládním plánu na stránkách španělského ministerstva energetiky, turismu a digitální agendy je stále k dispozici.⁷⁰ V přibližně stejném období pak španělský energetický regulátor (tzv. Národní energetická komise) vydává sérii zpráv (ve dnech 14. 2. 2007, 30. 7. 2008 a 22. 4. 2009), ve kterých m.j. akcentuje stabilitu zvláštního režimu, předvídatelnost a stabilitu investice po dobu její životnosti a absenci retroaktivních zásahů, a to m.j. za účelem podpořit investici do těchto nových technologií, minimalizace rizik spojených s regulací a minimalizace nákladů na bankovní úvěry.⁷¹

Stát dále prostřednictvím Institutu pro diversifikaci a úsporu energie, organizace akreditované ministerstvem energetiky, turismu a digitální agendy a pyšníci se na svých stránkách v místech, kde se obvykle objevuje logo provozovatele takových stránek vedle svého loga i generálním logem španělské vlády a právě řečeného ministerstva⁷² energetiky, turismu a digitální agendy, vydával prospekty pod názvem „Slunce může být celé Vaše“ a „Obnovitelné zdroje made in Spain“.

V roce 2010 byl přijat královský dekret č. 1565/2010, který zasáhl do „trvalého ekonomického režimu“, a to tím, že derogoval podporu výkupovými tarify po 25 letech životnosti té či oné elektrárny. Následovala série dalších omezujících legislativních opatření, m.j. zavedení sedmiprocentní daně na produkci el. energie na španělském území (zákon č. 15/2012) a následně opakované změny ve výpočtech odměňování produkce, tedy opakované změny toho tzv. „trvalého ekonomického režimu založeného na objektivní a transparentní metodologii odměňování“ (zákonný dekret č. 14/2010, zákoný dekret č. 2/2013, zákoný dekret č. 9/2013, zákon č. 24/2013, královský dekret č. 413/2014, etc.).⁷³

Vraťme se však zpět k analýze standardu spravedlivého zacházení provedené po vyloučení názoru, že čl. 10 odst. 1 ECT by snad zaváděl samostatný standard stability. Tribunál svoji analýzu zahájil citací⁷⁴ závěru tribunálu ve věci *Electrabel*, podle níž:

„Je široce přijímáno, že nejdůležitější funkcí spravedlivého zacházení je ochrana legitimního očekávání investora.“⁷⁵

obnovitelných zdrojů a efektivitu při generování elektrické energie jakožto základní principy k dosažení udržitelného rozvoje z pohledu ekonomického, společenského a pohledu životního prostředí.“

⁷⁰ *Energía y desarrollo sostenible* [online]. [cit. 5. 3. 2018]. Dostupné z: <http://www.minetad.gob.es/energia/desarrollo/EnergiaRenovable/Plan/Paginas/planRenovables.aspx>.

⁷¹ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nález z 15. února 2018, odst. 111.

⁷² *Institut pro diversifikaci a úsporu energie* [online]. [cit. 5. 3. 2018]. Dostupné z: <http://www.idae.es/conozcanos/quienes-somos>.

⁷³ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nález z 15. února 2018, odst. 111–148.

⁷⁴ *Ibid*, odst. 648.

⁷⁵ *Electrabel S.A. v. Maďarsko*, ICSID case No. ARB/07/19, rozhodčí nález z 25. listopadu 2015, odst. 7.65.

Následně přešel tribunál k závěrům (již shora citovaným) ve věci *Micula*, kdy podle závěrů tamního tribunálu:

„I když otázka, zda legitimní očekávání byla porušena, je otázkou skutkovou, naprostá většina případů podporuje tvrzení, že tam, kde investor nabyl práva, nebo kde stát jednal tak, že vyvolal legitimní očekávání investora a tento investor se spoléhal na tato očekávání při realizaci investice, jednání státu, které směřuje ke zvrácení nebo které ničí tato legitimní očekávání, jsou v rozporu se standardem spravedlivého zacházení, a zakládají tak právo na kompenzaci.“⁷⁶

Práva investora na legitimní očekávání, resp. na závěry z existence takového očekávání plynoucí ve smyslu absence jakéhokoliv vývoje podmínek, ve kterých se investice realizuje, však nejsou bez dalšího absolutní. Podle závěrů tribunálu ve věci *Noveenergia* odkazujícího na závěry tribunálu ve věci *AES Summit*⁷⁷ je nutné zabývat se otázkou, zda opatření přijatá státem jsou ještě v rozsahu „přijatelných mezi legislativního a regulačního chování“.⁷⁸ Vývoj právního řádu je samozřejmě (v přiměřené míře) přípustný. Tuto problematiku lze nakonec sumarizovat jako tzv. „vyvažovací cvičení“ (*balancing exercise*)⁷⁹ mezi legitimním očekáváním investora a právem státu na vývoj legislativy. Je tedy nutno hovořit o vyvažování práva investora ve vztahu k regulačním právkům státu umístění investice, a to v intencích maximy proporcionality.

Jako příklad vyvažovacího cvičení v abstraktní rovině tribunál cituje postup tribunálu ve věci *Saluka*,⁸⁰ podle něhož:

„Rozsah ochrany cizí investice podle smlouvy proti nespravedlivému zacházení není možno určit výhradně jen podle subjektivních motivací a úvah investora. Jejich očekávání, aby byla chráněna, musí dosáhnout úrovně legitimacy a rozumnosti, a to ve světle okolností.

[...]

Žádný investor nemůže rozumně očekávat, že okolnosti vládoucí v době realizace investice zůstanou beze změny. Aby bylo možno určit, zda porušení očekávání cizího investora bylo ospravedlnitelné a rozumné, je třeba vzít v potaz také legitimní právo státu investice a následně regulovat domácí záležitosti ve veřejném zájmu.“

Tribunál se dále, právě s odkazem na proporcionalitu vyjádřenou ve vztahu k legitimnímu očekávání v rámci standardu spravedlivého zacházení, vymezil vůči závěrům (citovaným Španělskem jako žalovanou stranou) ve věci *Eiser*. Tribunál konstatuje:

„V rozporu s tím, co naznačuje žalovaný, jednání žalovaného nemuselo nutně zničit investici žalobce úplně, aby tribunál došel k závěru, že žalovaný porušil standard FET. Tribunál nesouhlasí s přístupem zvoleným rozhodčím tribunálem ve věci Eiser, pokud by tedy skutečně měl být tento přístup vykládám způsobem, jaký naznačuje žalovaný.

⁷⁶ *Micula v. Rumunsko*, ICSID Case No. ARB/05/20, rozhodčí nález z 11. prosince 2013, odst. 667.

⁷⁷ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. Maďarsko*, ICSID Case No. ARB/07/22, rozhodčí nález z 25. září 2010.

⁷⁸ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. Maďarsko*, ICSID Case No. ARB/07/22, rozhodčí nález z 25. září 2010, odst. 9.3.73.

⁷⁹ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí nález z 15. února 2018, odst. 657.

⁸⁰ *Saluka v. Česká republika*, částečný rozhodčí nález z 17. března 2006, rozhodčí řízení podle UNICITRAL, odst. 304–305.

Z pohledu tribunálu je analýza otázky, zda FET standard byl porušen, vyvažovacím cvičením, kde se regulační zájmy státu vyvažují vůči legitimním očekávání a spolehnutí se investora. Není prostě dostatečné dívat se jen na ekonomický efekt, který taková opatření měla⁸¹ (podtržení přidáno).

V rovině věcné pak s tímto právním náhledem tribunál logicky dospěl k věcným závěrům, že z pohledu vyjádření a ujištění před a v souvislosti s implementací královského dekretu č. 661/2007 je třeba považovat zejména přijetí zákonného dekretu č. 9/2013 za opatření radikální a neočekávané (z pohledu místa a času roku 2007). Tribunál došel k závěru, že radikální změny přijaté v letech 2013 a 2014, které *de facto* plně zrušily *trvalý ekonomický režim* (zákon č. 9/2013, zákon č. 14/2013, královský dekret č. 413/2014), byly porušením standardu spravedlivého zacházení (FET) ve smyslu čl. 10 odst. 1 ECT a zakládají nárok na náhradu škody.⁸²

ZÁVĚREM

Je předmětem stálých diskuzí, zda je standard spravedlivého zacházení součástí mezinárodního cizineckého standardu, anebo je samostatnou kategorií. Jak bylo v úvodu tohoto článku krátce sumarizováno, tribunály se v této otázce liší, často v závislosti na textaci té či oné dohody o ochraně investic. Podle názoru autora tohoto příspěvku je tato diskuze poněkud nepřínosná, neboť pokud by se mělo jednat o tolikou součást obvyčejového standardu cizineckého, pak je řečnickou otázkou, proč standard FET vůbec smluvně zmiňovat jako samostatnou kategorii.

Méně problematické je, zda standard ochrany legitimního očekávání je součástí FET.⁸³ Otázkou diskutovanou v judikatuře je rozsah (a obsah) tohoto standardu, tedy jeho konkrétní kontury. Jedná se přitom o problematiku judikovanou již více než 10 let, když závěry z citovaného případu *Saluka* pocházejí z roku 2006. Autor tohoto příspěvku zastává názor, že se lze plně ztotožnit s teoretickými závěry ve věci *Novenergia* ve smyslu, že analýza standardu legitimního očekávání je hledáním rovnováhy mezi právem investora spoléhat na své legitimní očekávání na straně jedné a právem státu místa realizace investice legitimně rozvíjet svůj právní řád. Legitimitu očekávání investora je pak nutno testovat ve vztahu k projevům státu místa realizace investice, ať již abstraktně či výslovně *vis-a-vis* investoru, a to vždy s korektivem rozumnosti takového očekávání.

Lze tedy shrnout, že navzdory pozoruhodnému judikátu ve věci *JSW Solar v. Česká republika* institut legitimního očekávání žije, těší se v zásadě dobrému zdraví a teoreticky rozvíjí, jak ukazuje odborně zpracovaný náleze ve věci *Novenergia*. Poselství

⁸¹ *Novenergia II – Energy & Environment v. Španělsko*, SCC 2015/063, rozhodčí náleze z 15. února 2018, odst. 694.

⁸² *Ibid.*, odst. 695, 697.

⁸³ Podle K. Chovancové lze z početné rozhodcovské judikatury dovodit, že: „Legitimní očekávání investora je považováno za mimořádně důležitou součást standardu FET, přímo indikující jeho porušení. Výjimku nepředstavují ani rozsudky, ve kterých rozhodcovské tribunály označily legitimní očekávání investora za hlavní faktor při rozhodování o nepřímém vyvlastnění zahraničního investora hostitelským státem.“ K tomu blíže CHOVANCOVÁ, K. Štandard spravodlivého a rovnoprávneho zaobchádzania v medzinárodnom investičnom práve II. časť. *Bulletin slovenskej advokácie*, 2015, č. 11.

judikátu *JSW Solar v. Česká republika*, jehož kontroverzní závěry prosté analýzy pak tkví v tom, že je praktickou nutností v mezinárodní arbitráži současné doby, z pohledu právních zástupců stran sporu, sledovat právní názory těch či oněch rozhodců a podle nich přistupovat k nominacím do tribunálů. Z pohledu teoretického se může jednat o závěr zdvíhající obočí, z pohledu advokátní praxe v mezinárodní arbitráži se však jedná o naprosto esenciální přístup.

JUDr. Tomáš Mach, LL.M., Ph.D.
MACH LEGAL, advokátní kancelář, s. r. o., Praha
tm@machlegal.eu

ZMĚNY SPOLEČNÉ OBCHODNÍ POLITIKY PO POSUDKU SOUDNÍHO DVORA EU K DOHODĚ O VOLNÉM OBCHODU EU–SINGAPUR

ONDŘEJ SVOBODA*

Abstract: **Changes in the Common Commercial Policy after the Court of Justice of the EU's Opinion on the EU-Singapore Free Trade Agreement**

The Common commercial policy of the European Union expanded in its scope after the Lisbon Treaty by codification of previous case law of the Court of Justice of the EU (or the European Court of Justice) and an inclusion of foreign direct investment. Still, its boundaries have remained unclear. This state regularly created competences disputes between the European Commission and the Council on which parts of new ambitious free trade agreement negotiated by the Union are of exclusive or shared nature. Finally, in case of the EU-Singapore Free Trade Agreement (EUSFTA), the European Commission decided to request an opinion of the Court on the legal nature of the agreement. Due to its precedential value, the Court's opinion has had significant implications on current and future development of the EU common commercial policy.

Keywords: common commercial policy; European Union; Lisbon Treaty; division of competences; free trade agreement

Klíčová slova: společná obchodní politika; Evropská unie; Lisabonská smlouva; rozdělení pravomocí; dohoda o volném obchodu

DOI: 10.14712/23366478.2019.18

1. ÚVOD

Vzhledem k zájmu, který vyvolávají mezinárodní obchodní a investiční dohody sjednávané Evropskou unií, je snad i překvapením, jak malá pozornost byla prozatím věnována posudku Soudního dvora Evropské unie (SDEU) v otázce právní povahy navrhované dohody o volném obchodu mezi EU a Singapurem (*EU-Singapore Free Trade Agreement*, EUSFTA) a jeho širším dopadům na společnou obchodní politiku EU.¹ Posudek má přitom výrazný dopad na zapojení členských států EU do schvalova-

* Mgr. Bc. Ondřej Svoboda působí jako interní doktorand na katedře mezinárodního práva Právnické fakulty UK a profesně na oddělení mezinárodního práva Ministerstva průmyslu a obchodu ČR. Text byl zpracován v rámci programu Právnické fakulty Univerzity Karlovy Progres Q04 – Právo v měnícím se světě. Jeho obsah je pouze osobním názorem autora a nevyjadřuje oficiální stanovisko MPO ČR.

¹ Výjimku představuje BALAŠ, V. – ŠTURMA, P. *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 134.

cích a ratifikačních procesů všech aktuálně sjednávaných unijních obchodních a investičních dohod. Stejně tak by mohl s ohledem na jeho precedenční charakter do budoucna přesáhnout svým významem obchodní politiku a ovlivnit rozdělení pravomocí v jednotlivých oblastech, které tato dohoda upravuje.

Řízení před SDEU bylo vyvrcholením dlouhých sporů mezi Evropskou komisí (dále jen „Komise“) a členskými státy EU ohledně právní povahy dohod o volném obchodu z hlediska rozdělení pravomocí je sjednávat, uzavírat a podepisovat. Je totiž zpravidla nutné, že pokud mezinárodní smlouva spadá do sdílené pravomoci Unie a jejích členských států, jejími stranami byly jak EU, tak členské státy. Tyto spory se projeví především v diskuzích předcházejících dokončení vyjednávání Komplexní hospodářské a obchodní dohody s Kanadou (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, CETA). Komise musela v tomto případě ustoupit tlaku členských států, a přestože CETA považovala za výlučnou v pravomoci EU, byla nakonec schválena Radou jako smíšená. Následující vývoj dal Komisi v určitém smyslu za pravdu, když hrozilo, že se dohodu nepodaří kvůli odporu valonského parlamentu na summitu s Kanadou vůbec podepsat. To se nakonec po dodatečných ústupcích na poslední chvíli podařilo.²

Druhou komplexní obchodní dohodou nové generace měla být po CETA právě EUSFTA. Dne 30. října 2014 proto rozhodlo kolegium komisařů podat žádost o posudek k SDEU týkající se toho, zda tato dohoda spadá do výlučné pravomoci Unie, či nikoliv. O důležitosti sporu svědčí také fakt, že s výjimkou Chorvatska a Malty, které se do řízení nezapojily, se před SDEU všechny členské státy EU vyjádřily ve prospěch smíšené povahy dohody. Ta byla nakonec ze strany SDEU potvrzena, ačkoli v úzkém pojetí.

Autor v tomto příspěvku po části věnující se právnímu zakotvení společné obchodní politiky EU stručně představí hlavní sporné právní otázky v daném případě i jeho samotný průběh a výsledek. Cílem není vyčerpávající analýza posudku, ale zaměření se na nejdůležitější závěry, které budou relevantní pro další směřování společné obchodní politiky EU. Na jejich základě bude také posouzen nový přístup, který EU přijala k uzavírání obchodních a investičních dohod, včetně možných pozitivních a negativních důsledků, které přináší. Samotné závěry SDEU přitom nemohou být překvapivé. SDEU v posudku 2/15 navazuje na předchozí judikaturu, ve které hranice společné obchodní politiky, a tedy i výlučné pravomoci Unie, rozšiřuje.

2. NEJASNÉ HRANICE SPOLEČNÉ OBCHODNÍ POLITIKY V LISABONSKÉ SMLOUVĚ

Společná obchodní politika EU je upravena v čl. 206 a 207 Smlouvy o fungování EU (SFEU) a její výlučná povaha je pak stanovena v čl. 3 Smlouvy o Evropské unii (SEU). Na první pohled je při srovnání s před lisabonskou úpravou v čl. 113 Smlou-

² Blíže viz LAIRD, I. – PETILLION, F. *Comprehensive Economic and Trade Agreement, ISDS and the Belgian Veto: A Warning of Failure for Future Trade Agreements with the EU?* *Global Trade and Customs Journal*, 2017, Vol. 12, č. 4, s. 167–174; SVOBODA, O. Uzavření Komplexní hospodářské a obchodní dohody EU–Kanada (CETA) a výzvy efektivnímu vedení společné obchodní politiky. *Současná Evropa*, 2017, vol. 22, č. 2, s. 78–88.

vy o Evropských společenstvích evidentní, že její pojetí bylo Lisabonskou smlouvou dále rozšířeno a prohloubeno, přičemž došlo ke konsolidaci dřívějších rozhodnutí Evropského soudního dvora (ESD), resp. jeho nástupce SDEU, který „nikdy neváhal potvrdit výlučnou povahu pravomocí Společenství k obchodní politice“.³ Toho v minulosti Komise opakovaně využila pro posílení své role a zvýšení vlivu v politikách, u kterých si Unie nárokuje pravomoc rozporovanou členskými státy.⁴

Společná obchodní politika tak v polisabonském období mj. obsahuje služby,⁵ práva k duševnímu vlastnictví a přímé zahraniční investice, které se jako nové oblasti ve výlučné pravomoci Unie staly ohniskem nových kompetenčních sporů. Je ale také důležité mít na paměti, že tento výčet má pouze demonstrativní povahu.⁶ Ve skutečnosti je společná obchodní politika širší a otevřená dalšímu rozšíření o oblasti související se zahraničním obchodem.⁷ Ke zpřesnění jejího nového rámce přispěl SDEU ve dvou nedávných soudních sporech, které řízení 2/15 předcházely.⁸

Předmětem rozsudku ve věci C-414/11 byla žádost o rozhodnutí o předběžné otázce týkající se výkladu Dohody TRIPS položené řeckým soudem. SDEU mj. uvedl, že došlo k „výraznému vývoji primárního práva“ a významným změnám mezi předchozí a současnou úpravou v primárním právu.⁹ Podle SDEU Dohoda TRIPS navíc vykazuje zvláštní spojitost s mezinárodním obchodem, neboť je „nedílnou součástí systému WTO a představuje jednu z hlavních mnohostranných dohod, na nichž je tento systém založen“.¹⁰ Vzhledem k tomu, že pravidla obsažená v Dohodě TRIPS směřují k liberalizaci mezinárodního obchodu, spadají podle SDEU do sféry společné obchodní politiky.¹¹

Podobně v rozsudku ve věci C-137/12 se SDEU přiklonil k extenzivnímu výkladu společné obchodní politiky, tentokrát v oblasti služeb. Konkrétně Soud zkoumal, zda rozhodnutí Rady o podpisu Evropské úmluvy o právní ochraně služeb s podmíněným

³ EECKHOUT, P. *EU External Relations Law*. 2. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 18. Pro stručný přehled historického vývoje judikatury viz např. DE WAELE, H. *Legal Dynamics of EU External Relations: Dissecting a Layered Global Player*. Berlin: Springer, 2017, s. 83 a násl.; ROSSI, L. S. Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States? In: BIONDI, A. – EECKHOUT, P. – RIPLEY, S. (eds.). *EU Law after Lisbon*. Oxford: Oxford University Publishing, 2012, s. 89–90; nebo LECYZKIEWCZ, D. Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade. *German Law Journal*, 2005, vol. 6, č. 11, s. 1673–1685.

⁴ BASEDOW, J. R. *The EU in the Global Investment Regime: The Commission Entrepreneurship, Incremental Institutional Change and Business Lethargy*. London, Abingdon, New York: Routledge, 2018, s. 22.

⁵ S výjimkou dopravních služeb, které podle čl. 207 odst. 5 zůstávají ve sdílené pravomoci. V případě, že nicméně obsah konkrétní dohody odráží v této oblasti existující *internal acquis*, jedná o výlučnou pravomoc podle čl. 3 odst. 2 SFEU.

⁶ SVOBODA, P. *Právo vnějších vztahů*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 127.

⁷ KADDOUS, C. The Transformation of the EU Common Commercial Policy. In: EECKHOUT, P. – LOPEZ-ESCUADERO, M. (eds.). *The European Union's External Action in Times of Crisis*. Oxford: Hart Publishing, 2016, s. 434.

⁸ C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd a Sanofi-Aventis Deutschland GmbH proti DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etaireia Farmakon*, ECLI:EU:C:2013:520 (dále jen „C-414/11“); C-137/12, *Evropská komise proti Radě Evropské unie*, ECLI:EU:C:2013:441 (dále jen „C-137/12“).

⁹ C-414/11, bod 48.

¹⁰ Tamtéž, bod 53.

¹¹ Blíže viz např. VAN DAMME, I. Case C-414/11 Daiichi: The Impact of the Lisbon Treaty on the Competence of the European Union over the TRIPS Agreement. *Cambridge International Law Journal*, 2015, vol. 4, č. 1, s. 73–87.

přístupem a služeb tvořených podmíněným přístupem (dále jen „Úmluva“) je založeno na správných právních základech s ohledem na fakt, že upravuje mj. sankční opatření mající trestněprávní povahu. SDEU ve svém rozhodnutí uplatnil při zhodnocení výběru právního základu unijního rozhodnutí test centra gravitace („*centre of gravity test*“), tj. přezkum opatření, zda sleduje dvojí účel, nebo má dvě složky. V souvislosti se společnou obchodní politikou SDEU ustáleně judikuje, že unijní akt spadá do společné obchodní politiky, pokud se „týká zvláště mezinárodního obchodu, poněvadž je jeho účelem především podpora, usnadnění nebo úprava tohoto obchodu a má na něj přímé a bezprostřední účinky“.¹² Rozhodnutí Rady tak podle názoru SDEU spadá do společné obchodní politiky, kdy jeho hlavním účelem je rozšířit ochranu dotčených služeb mimo státy EU a vykazují tak zvláštní spojitost s mezinárodním obchodem s uvedenými službami.¹³ V rozsudku C-137/12 tedy SDEU stanovil, že při posouzení, zda unijní akt spadá pod společnou obchodní politiku¹⁴ podle čl. 207 SFEU, je nutné se zabývat dvěma otázkami. Zaprvé, jestli se akt zvláště týká mezinárodního obchodu, a zadruhé, jestli má na mezinárodní obchod přímé a bezprostřední účinky. Pokud je odpověď kladná, pohybujeme se v oblasti unijní výlučné pravomoci.

Obě rozhodnutí SDEU představovaly významný posun v oblasti služeb a práv duševního vlastnictví, a podle některých komentátorů dokonce „renesanci společné obchodní politiky“.¹⁵ Současně potvrdily, že ani po přijetí Lisabonské smlouvy není debata o jejím rozsahu a povaze uzavřena stejně jako trend extenzivního výkladu ze strany SDEU. Tyto závěry hrály nepochybně roli v úvahách Komise posunout hranice výlučné kompetence ještě dále prostřednictvím posouzení právní povahy EUSFTA.

3. DOHODA O VOLNÉM OBCHODU EU-SINGAPUR

Evropská unie přijala strategii sjednávání bilaterálních, popř. regionálních dohod o volném obchodu (*free trade agreements*, FTAs) po dlouhotrvající patové situaci ve WTO v r. 2006.¹⁶ Nové FTAs měly mít „komplexní a ambiciózní pokrytí a usilovat o co nejvyšší míru liberalizace obchodu“.¹⁷ Mezi prioritní země byly při přihlédnutí k různým kritériím, jako např. tržní potenciál, zařazeny také státy Sdružení zemí jihovýchodní Asie (ASEAN).¹⁸ Bylo pak už jen logickým krokem, když se v březnu 2010 zahájila obchodní vyjednávání se Singapurem a dodatečně byl v červenci 2011 Radou EU schválen mandát i k jednání o kapitole o ochraně investic.¹⁹ Jednání s výjimkou

¹² C-137/12, bod 57.

¹³ Tamtéž, bod 65.

¹⁴ Resp. má „zvláštní spojitost se společnou obchodní politikou“.

¹⁵ DE LA TORRE, F. C. The Court of Justice and External Competences After Lisbon: Some Reflections on the Latest Case Law. In: EECKHOUT, P. – LOPEZ-ESCUADERO, M. (eds.). *The European Union's External Action in Times of Crisis*. Oxford: Hart Publishing, 2016, s. 131.

¹⁶ Evropská komise. *Sdělení Komise Globální Evropa: konkurenceschopnost ve světě*. KOM(2006) 567, 4. 10. 2006.

¹⁷ Tamtéž, s. 9.

¹⁸ Tamtéž, s. 8.

¹⁹ Council of the European Union. *Council extends mandate for free trade talks with ASEAN*. 15000/13 PRESSE 424, 18. 10. 2013.

investiční kapitoly byla ukončena v prosinci 2012 (text byl parafován v září 2013).²⁰ V polovině října 2014 byla dokončena i jednání o investiční kapitole (s parafováním v květnu 2015).

Co se týče samotného obsahu, dohoda se celkem skládala ze 17 kapitol. Její pokrytí odpovídalo ambiciózním představám vyjednávačů a jednalo se o komplexní moderní obchodní dohodu s širokým záběrem.

Kapitoly 2 až 7 se věnovaly obchodu zbožím a upravovaly vstup na trh se zbožím, ochranná opatření, technické překážky obchodu, sanitární a fytosanitární opatření, usnadňování celních procedur a odstranění netarifních překážek v zařízeních pro obnovitelnou energii a dalších konkrétních sektorech, jako automobily, elektronika či farmaceutika. V praktické rovině se smluvní strany zavázaly k odstranění všech cel během pěti let od vstupu dohody v platnost.

Kapitoly 8 a 9 upravovaly služby, usazení, elektronický obchod a ochranu investic, včetně mechanismu řešení sporů investor-stát (ISDS). V oblasti obchodu službami se očekával největší přínos dohody, protože komplexní liberalizace mnoha sektorů služeb se měla stát jejím klíčovým atributem. Bylo dosaženo ambiciózních závazků v případě telekomunikačních, environmentálních, finančních, inženýrských, architektonických, poštovních, námořních a IT služeb. V oblasti ochrany investic dohoda zajišťovala stabilitu a spravedlivé prostředí pro přímé i *nepřímé* investice při zachování práva smluvních stran regulovat právní prostředí ve veřejném zájmu. Tato kapitola se stala pravděpodobně nejkontroverznějším částí dohody, protože v souvislosti s paralelně probíhajícími unijními vyjednáváním se Spojenými státy o Transatlantickém obchodním a investičním partnerstvím (TTIP) se podle komisařky pro obchod Cecílie Malmström ISDS stalo „nejtoxičtější zkratkou v Evropě“.²¹

V kapitolách 10 až 14 byla upravena pravidla související s obchodem. Především se jednalo o veřejné zakázky, ochranu práv k duševnímu vlastnictví, hospodářskou soutěž, vztah obchodu a udržitelného rozvoje a transparentnost. V oblasti veřejných zakázek se smluvní strany shodly na rozšíření svých závazků nad Dohody WTO o vládních zakázkách, ke které už dříve přistoupily. V oblasti ochrany práv k duševnímu vlastnictví dohoda stanovila základní pravidla jejich vymáhání mj. i na hranicích, ale neobsahovala trestní vymáhání. Pokud jde o zeměpisná označení (GIs), smluvní strany se dohodly na vytvoření registru zajišťujícího ochranu GIs a poskytujícího tak větší transparentnost a jistotu. V kapitole týkající se obchodu a udržitelného rozvoje se zakotvilo dodržování mezinárodních standardů v oblasti pracovních podmínek a ochrany životního prostředí. Obsahovala také otázku odpovědného chování firem, udržitelného spravování přírodních zdrojů a způsob zapojení občanské společnosti.

Závěrečné kapitoly 15 až 17 obsahovaly postup pro řešení sporů, institucionální, obecná a závěrečná ustanovení. Mechanismus pro řešení sporů vycházel ze vzoru procesu ve WTO, ale právě na základě zkušeností získaných z WTO byl formulován ještě

²⁰ European Commission. *EU and Singapore present text of comprehensive free trade agreement*. 20. září 2013.

²¹ PALMER, D. Malmström to unveil investment dispute plan for TTIP. In: *POLITICO* [online]. 5. 5. 2015 [cit. 4. 1. 2019]. Dostupné na: <http://www.politico.eu/article/eu-malmstrom-unveils-ttip-investment-dispute-settlement-plan/>. Blíže viz např. SVOBODA, O. TTIP and ISDS: not irreconcilable acronyms. *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, 2015, vol. 6, s. 345–354.

detailněji. Navíc byla zahrnuta také možnost mediace. Důležitým prvkem bylo také založení společného výboru, který měl zastřešovat specializované podvýbory a sloužit k diskuzi smluvních stran o implementaci dohody.

Svým obsahem tak EUSFTA odrážela ambici komplexní FTA upravující vzájemné obchodní vztahy mezi EU a Singapurem v celé jejich šíři. EU dohodu také plánovala využít jako „základní kámen“ pro budování obchodních vztahů s dalšími zeměmi ASEAN s perspektivou pozdější megaregionální dohody EU-ASEAN.²²

4. ŘÍZENÍ K ŽÁDOSTI O POSUDEK 2/15

Široký rozsah nové generace FTAs jako CETA a EUSFTA vyvolaly nejistotu ohledně pravomocí nad některými zahrnutými oblastmi.²³ Související kompetenční spory vedly Komisi již v r. 2014 k přípravě podání žádosti o posudek. Tehdejší komisař pro obchod Karel De Gucht tento krok odůvodnil potřebou vyjasnit pokračující rozdílné pohledy Komise a Rady ohledně výkladu Lisabonské smlouvy pro zlepšení předvídatelnosti EU vůči jejím partnerům.²⁴ Situace, která předcházela podpisu CETA, jen utvrdila Komisi v její snaze o potvrzení výlučné unijní pravomoci nad všemi oblastmi upravenými v těchto dohodách a ve své žádosti z 10. července 2015 adresované SDEU předložila k posouzení následující otázky:

„Má Unie samotná potřebnou pravomoc k podpisu a uzavření dohody o volném obchodu se Singapurem? Konkrétně:

- Která ustanovení dohody spadají do výlučné pravomoci Unie?
- Která ustanovení dohody spadají do sdílené pravomoci Unie?
- Spadá některé ustanovení dohody do výlučné pravomoci členských států?²⁵

Komise tedy požádala SDEU o názor, zda má Unie samotná potřebnou pravomoc k podpisu EUSFTA, což v praktické rovině znamenalo zodpovědět, která ustanovení spadají do výlučné pravomoci Unie, která do sdílené a zda některá ustanovení spadají do výlučné pravomoci členských států.

Pro Komisi byla celá dohoda ve výlučné pravomoci Unie.²⁶ Podle názoru Rady a členských států však byla dohoda smíšená a pro potřebu účasti členských států na dohodě nejsilněji hovořila kapitola 8 (Služby, usazování a e-commerce), kapitola 9 (Investice)²⁷ a kapitola 13 (Obchod a udržitelný rozvoj), dále rovněž kapitola 7 (Netarifní

²² SERRANO, A. S. From External Policy to Free Trade: The EU-Singapore Free Trade Agreement. In: EECKHOUT, P. – LOPEZ-ESCUADERO, M. (eds.). *The European Union's External Action in Times of Crisis*. Oxford: Hart Publishing, 2016, s. 507.

²³ ARAUJO, B. A. M. *The EU Deep Trade Agenda*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 73.

²⁴ European Commission. *Singapore: The Commission to Request a Court of Justice Opinion on the Trade Deal*. 30. 10. 2014.

²⁵ Posudek A-2/15 ze 16. května 2017, ECLI:EU:C:2017:376, bod 1.

²⁶ Pro dlouhodobě zastávané argumenty Komise viz HOFFMEISTER, F. Of Transferred Competence, Institutional Balance and Judicial Autonomy – Constitutional Developments in EU Trade Policy Seven Years after Lisbon. In: CZUCZAI, J. – NAERT, F. (eds.). *The EU as a Global Actor – Bridging Legal Theory and Practice: Liber Amicorum in honour of Ricardo Gosalbo Bono*. Leiden: Brill/Nijhoff, 2017, s. 310–317.

²⁷ Pozice Rady k investicím je dobře zdokumentována, např. v mandátu pro vyjednávání o TTIP: „The aim of negotiations on investment will be to negotiate investment liberalisation and protection provisions in-

překážky obchodu a investice do obnovitelných zdrojů energie), kapitola 11 (Duševní vlastnictví) a kapitola 14 (Transparentnost).

V rámci soudního řízení proběhlo v Lucemburku ve dnech 13. a 14. září 2016 slyšení, přičemž soudci SDEU zasedali v plénu, což jen potvrdilo důležitost celého případu. Ve svém úvodním vystoupení Komise připomněla současný rozsah společné obchodní politiky v čl. 207 SFEU. Ukázala také na příkladu FTA s Jižní Koreou, která vstoupila v platnost až pět let od podpisu, že smíšenost s sebou nese praktické negativní důsledky a ani prozatímní provádění není schopno platnost dohody plně nahradit, když se prozatímně provádějí jen záležitosti v unijní výlučné pravomoci. Za pozornost také stojí pozice Komise k čl. 9.10 EUSFTA, na základě kterého mají být dvoustranné dohody o podpoře a ochraně investic (*bilateral investment treaties*, BITs) členských států EU nahrazeny EUSFTA. Podle Komise v tomto případě Unie jedná jako sukcesor členských států podle mezinárodního práva. To má potvrdit i předchozí praxe s odkazem na historický příklad nástupnictví v kontextu GATT.²⁸ Ke kapitole o udržitelném rozvoji Komise zdůraznila, že EU musí vést obchodní politiku v souladu s horizontálními požadavky Smluv a obecnými principy unijního práva a některá ustanovení jsou pouze deklaratorní povahy. Je zde navíc již praxe, kdy je udržitelný rozvoj zařazen pod společnou obchodní politiku v rámci systému všeobecných celních preferencí (GSP). Na podporu Komise vystoupil následně Evropský parlament, podle kterého EUSFTA spadá převážně pod společnou obchodní politiku a právní základ by měl mít jen čl. 207 SFEU, protože ostatní části jsou jen doplňkové.

Rada na úvod zdůraznila význam posudku a jeho precedenční dopady na sjednávání dalších dohod a ohradila se vůči extenzivnímu přístupu Komise, který nemá oporu ani v judikatuře, ani ve Smlouvách. Ve vztahu k investiční kapitole zdůraznila, že obsahuje velmi širokou definici investic, která bezesporu zahrnuje i portfoliové investice, které nejsou čl. 207 SFEU upraveny. Argumentovala také kapitolou o udržitelném rozvoji, která obsahuje substantivní ustanovení v neobchodních věcech (vč. pracovních podmínek, které jsou zcela mimo dosah společné obchodní politiky) a je zcela samostatná, což dokládá i vlastní systém řešení sporů. Na podporu Rady následně vystoupilo 16 členských států (včetně ČR), které měly řadu shodných argumentů, ať v otázkách portfoliových investic, vyvlastnění, dopravních služeb nebo udržitelného rozvoje. Rada z nich také upozornila, že podle mezinárodního práva nemůže být platnost stávajících BITs, které mají členské státy uzavřeny se Singapurem, dotčena evropským právem. Nelze je tedy změnit bez souhlasu těchto států, a proto k nim ani EU nemůže mít výlučnou pravomoc.²⁹

cluding areas of mixed competence, such as portfolio investment, property and expropriation aspects, on the basis of the highest levels of liberalisation and highest standards of protection that both Parties have negotiated to date.“ Council of the European Union. *Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America*. ST 11103/13 DCL 1, 9. 10. 2014, odst. 22.

²⁸ C-21/72, *International Fruit Company NV and Others v Produktschap voor Groenten en Fruit*, ECLI:EU:C:1972:115.

²⁹ Autor se slyšení osobně účastnil a popis v této kapitole vychází z jeho osobních poznámek.

5. POSUDEK SDEU

Dlouho očekávané rozhodnutí SDEU bylo zveřejněno dne 16. května 2017. Ve svém posudku SDEU konstatoval, že EUSFTA obsahuje jak části, které spadají do výlučné pravomoci, tak rovněž části, jež spadají do sdílené pravomoci EU a jejích členských států, kde je také v rámci národních ratifikačních procesů nezbytné zapojení jejich národních parlamentů. Z tohoto důvodu není možné uzavřít EUSFTA jako výlučnou a musí být uzavřena jako smíšená dohoda jednak jménem EU, tak i jejích členských států. Při podrobnějším pohledu SDEU označil jako výlučné krom jiného následující části dohody:

- kapitolu týkající se přístupu na trh, včetně opatření na ochranu obchodu, technických překážek obchodu nebo celních předpisů;
- závazky týkající se obchodních aspektů ochrany duševního vlastnictví, hospodářské soutěže a udržitelného rozvoje v oblasti hospodářství, sociálních věcí a životního prostředí;
- oblast služeb, usazení a dočasné přítomnosti fyzických osob a také úprava zadávání veřejných zakázek s výjimkou vybraných služeb v oblasti dopravy;
- ustanovení ohledně přímých zahraničních investic.

SDEU zařadil tyto oblasti do výlučné pravomoci, protože to jednak přímo stanovuje primární právo EU (článek 3 odst. 1 SFEU), nebo tyto části spadají do výlučné pravomoci EU, jelikož je to nutné k tomu, aby EU mohla vykonávat svou vnitřní pravomoc, nebo jejich zařazení do EUSFTA může ovlivnit nebo změnit společná pravidla pro danou oblast (článek 3 odst. 2 SFEU).

Za části, které spadají do smíšené pravomoci EU a jejích členských států, SDEU označil:

- oblast portfoliových investic (tzn. nepřímých, uskutečňovaných bez úmyslu ovlivňovat řízení podniků);
- řešení sporů mezi investory a státem;
- ustanovení pomocná k těmto částem EUSFTA (např. institucionální).³⁰

Tento závěr nebyl příliš překvapivý, protože převážná část expertů zastávala podobný názor.³¹ Nalezená smíšenost dohody je také v souladu se stanoviskem generálního advokáta zveřejněném v prosinci 2016, ačkoliv ve významně užším rozsahu.³² Argumentace SDEU je ve srovnání se stanoviskem generálního advokáta mnohem obecnější.

V případě nejrozporovanějších oblastí SDEU vycházel ze zavedeného konceptu „zvláštní spojitosti s mezinárodním obchodem s přímými a bezprostředními účinky na tento obchod“, v daném případě obchod mezi Unií a Singapurem. Tu našel

³⁰ Posudek A-2/15, bod 309.

³¹ Např. BISCHOFF, J. A. Just a little bit of “mixity”? The EU’s role in the field of international investment protection law. *Common Market Law Review*, 2011, vol. 48, č. 5, s. 1527–1569; FECÁK, T. *Mezinárodní dohody o ochraně investic a právo Evropské unie*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 221.

³² Podle generálního advokáta zůstaly taky dopravní služby ve sdílené pravomoci (společně s úpravou veřejných zakázek, které se k nim vztahují), neobchodní aspekty práv k duševnímu vlastnictví a části kapitoly k udržitelnému rozvoji. Ve výlučné pravomoci členských států pak zcela zůstala problematika ukončení BITS členských států. Stanovisko generálního advokáta E. Sharpston ve věci posudku A-2/15, *Dohoda o volném obchodu se Singapurem*, EU:C:2016:992.

mj. u úpravy vyvlastnění a všech standardů zacházení v investiční ochraně (národní zacházení, doložka nejvyšších výhod, standard spravedlivého a rovného zacházení), pokud se vztahuje k přímým zahraničním investicím.³³

Také politiky udržitelného rozvoje, ochrany životního prostředí nebo ochrany pracovních standardů jsou podle SDEU přímo spojeny s mezinárodním obchodem, a tak jsou „integrální součástí výlučné obchodní pravomoci EU“.³⁴ SDEU sice připustil, že je pravda, že výlučná pravomoc Unie nemůže být uplatňována k úpravě úrovní sociální ochrany a ochrany životního prostředí. Zároveň ale vzápětí dodal, že Smluvní strany v dané kapitole deklarují, že „nemají v úmyslu harmonizovat své pracovní či environmentální normy“. I proto uvedená kapitola spadá do výlučné pravomoci Unie.³⁵ Zůstává nicméně sporné, nakolik podrobná úprava udržitelného rozvoje může být ve výlučné pravomoci Unie, zvláště pokud bude mít normativní charakter.

Oblast portfoliových investic zařadil SDEU do smíšené pravomoci z toho důvodu, protože vzhledem k neexistenci společných pravidel pro tuto oblast, vytvořených sekundární legislativou EU, není možné, aby uzavření EUSFTA mohlo ovlivnit společná pravidla EU ve smyslu čl. 3 odst. 2 SFEU.³⁶ Nezodpovězenou otázkou však zůstává, kde leží přesné hranice mezi přímými a portfoliovými investicemi, což se může stát v budoucnu předmětem dalších soudních sporů.³⁷

Režim řešení sporů mezi investory a státy je druhým významným prvkem spadajícím do oblasti sdílené pravomoci. Důvodem je to, že členské státy musí souhlasit s vynětím těchto sporů z jejich soudní jurisdikce. Proto je také nezbytný souhlas členských států s jeho vytvořením.³⁸ Tento závěr logicky ústí v účast členských států jako smluvních stran a smíšenost dohody. Tato logika se přitom nevztahuje pouze na posuzované ISDS, ale i další obdobné mechanismy, např. systém investičního soudu (ICS),³⁹ který ISDS v unijních dohodách nahrazuje jako legitimnější mechanismus řešení těchto sporů.⁴⁰

Doktrína implicitních pravomocí⁴¹ (známá také na základě historického rozsudku jako doktrína AETR)⁴² byla potvrzena u dopravních služeb. SDEU ovšem uplatnil mnohem nižší standard pro její aplikaci. Podle SDEU jsou dopravní služby, ať se jedná o železniční, silniční nebo námořní dopravu, zahrnuté v EUSFTA již převážně upraveny unijním právem, a proto spadají do výlučné unijní pravomoci.⁴³

³³ Posudek A-2/15, body 96, 109.

³⁴ Tamtéž, bod 147.

³⁵ Tamtéž, body 164–167.

³⁶ Tamtéž, bod 230.

³⁷ LAVRANOS, N. Mixed Exclusivity: The CJEU's Opinion on the EU-Singapore FTA. *Investment Law and Arbitration Review*, 2017, vol. 2, s. 14.

³⁸ Posudek A-2/15, bod 292.

³⁹ LAVRANOS, c. d., s. 19.

⁴⁰ Pro kritickou analýzu viz BALAŠ, V. – ŠTURMA, P. *Nové mezinárodní dohody na ochranu investic*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 89 a násl.; SVOBODA, O. Systém investičního soudu: Překotný rozchod Evropské unie s investiční arbitráží. *Právník*, 2019, vol. 158, č. 4, s. 390–406.

⁴¹ Tato pravomoc se navíc považuje za výlučnou při sjednávání mezinárodních smluv. Lisabonská smlouva také v tomto směru kodifikovala existující judikaturu v čl. 3 odst. 2 SFEU.

⁴² C-22/70, *Commission of the European Communities v Council of the European Communities*, EU:C:1971:32, body 17 a násl.

⁴³ Posudek A-2/15, body 168–218.

Za pozornost také stojí osud bilaterálních investičních dohod členských států EU, které mají uzavřené se Singapurem. EUSFTA tuto otázku upravovala zvláštním ustanovením (čl. 9.10), které stanovovalo, že tyto dohody přestanou po vstupu EUSFTA v platnost platit a budou nahrazeny EUSFTA. SDEU v tomto bodě přistoupil na argument Komise, že po přesunu pravomocí může být takové ustanovení ukončující platnost mezinárodních smluv členských států zahrnuto ve výlučné dohodě.⁴⁴ Tento závěr je nicméně velice problematický z pohledu mezinárodního práva.

Pro další vývoj je ale snad nejdůležitější závěr, že SDEU považuje unijní FTAs v aktuálně navrhovaném rozsahu v jejich obchodní části za mezinárodní dohody spadající do výlučné pravomoci EU, u nichž není potřeba s jejich uzavřením souhlas národních parlamentů členských států EU. Se zahrnutím investiční kapitoly obsahující úpravu portfoliových investic a systém řešení sporů mezi investorem a státem se z FTAs stávají smíšené dohody, kdy je zapojení parlamentů členských států do schvalovacího procesu nezbytné. Toto zjištění následně významně ovlivnilo další směřování unijní společné obchodní politiky.

6. NOVÁ ARCHITEKTURA DOHOD O VOLNÉM OBCHODU EU

Co se týče dalších kroků, posudek 2/15 nestanovil, jak postupovat u budoucích FTAs, ani nenabídl žádná doporučení. Posudek však má významnou precedenční váhu a měl zásadní vliv na další diskuze mezi unijními institucemi o tom, jak usnadnit a urychlit schvalování dalších unijních obchodních dohod.

Podle očekávání⁴⁵ Komise zvolila nejsnadnější cestu, a to změnou rozsahu a architektury unijních FTAs. V rámci diskuze s Radou navrhl nový přístup pro vyjednávání a uzavírání obchodních dohod, který spočíval v oddělení části ochrany investic, tedy oblasti sdílené pravomoci, a paralelní vyjednávání čistě obchodních dohod a dohod o ochraně investic (*investment protection agreement*, IPA).⁴⁶ Protože obchodní část je zcela ve výlučné pravomoci Unie, bude stačit schválení samostatných obchodních dohod pouze ze strany Rady a Evropského parlamentu, což by mělo usnadnit a urychlit jejich schvalování.

Rada navrhovaný přístup, pravděpodobně také v zájmu zefektivnění společné obchodní politiky, přijala oficiálně v květnu 2018.⁴⁷ Rozhodnutí Rady již předcházelo rozdělení EUSFTA v uvažovaných parametrech. V dubnu 2018 bylo oznámeno její rozdělení do dvou samostatných dohod, obchodní a investiční.⁴⁸ Obě dohody jsou již nyní

⁴⁴ Tamtéž, body 248–249.

⁴⁵ European Parliament. *Free Trade Agreement between the EU and the Republic of Singapore – Analysis*. Brusel, 2018, s. 75; LAVRANOS, c. d., s. 26.

⁴⁶ Další z možných variant mohlo být také zúžení samotného rozsahu investiční ochrany o portfoliové investice a vyjmutí řešení sporů. Takový přístup by nicméně významným způsobem omezil rozsah poskytované ochrany evropským investorům.

⁴⁷ Council of the European Union. *Outcome of the Council Meeting, 3618th Council Meeting*. 9102/18, 22. 5. 2018.

⁴⁸ Evropská komise. *Obchod: Evropská komise navrhuje podpis a uzavření dohod s Japonskem a Singapurem*. 18. 4. 2018.

schváleny Radou⁴⁹ a dne 18. října 2018 byly podepsány na summitu ASEM.⁵⁰ Zatímco dohoda o ochraně investic bude předložena parlamentům všech členských států EU a čeká ji nejistá cesta postupné ratifikace, obchodní dohoda bude již vyžadovat pouze souhlas Evropského parlamentu. Podobný scénář je očekáván u dohody o volném obchodu s Vietnamem, která byla také původně sjednána jako komplexní. Nicméně po posudku SDEU z ní bude oddělena investiční část, ze které se stane samostatná dohoda. V tomto výčtu pak nesmí chybět ani dohoda mezi EU a Japonskem. I ta měla podle původních ambicí vyjednavačů na obou stranách zahrnovat obchodní i investiční části. Nicméně pro neschopnost nalézt shodu nad mechanismem řešení investičních sporů, byly investice vyjmuty, aby celou dohodu „nezdržovaly“. Čistě obchodní dohoda byla podepsána v červenci 2018, zatímco investiční vyjednávání stále pokračují.⁵¹

Tento nový přístup ve sjednávání obchodních a investičních dohod má tedy za první rok svého uplatňování počáteční úspěchy. V dlouhodobém horizontu však může mít i své stinné stránky.

V procesu schvalování obchodních dohod odpadá povinnost jejich ratifikace národními parlamenty, které věnují obchodním otázkám čím dál větší pozornost.⁵² Na jednu stranu se tak předejde komplikacím, které provázely např. schvalování dohody CETA, na druhou stranu je zde otázka transparentnosti a legitimacy obchodní politiky. Sjednávání výlučných dohod, v jehož procesu nehrají národní parlamenty žádnou roli, může mít negativní dopad na postoj občanské společnosti, která tyto dohody pozorně sleduje a je k nim převážně kritická.

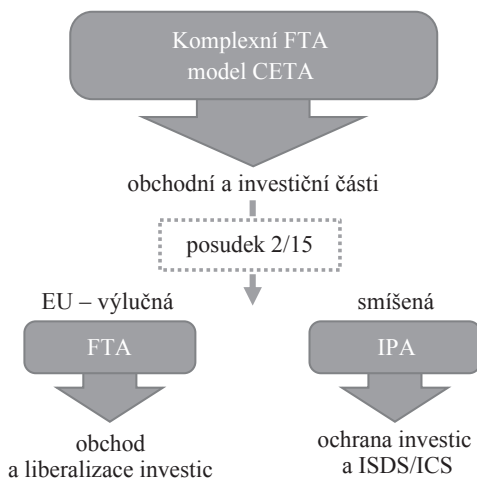


Schéma nové architektury obchodních a investičních dohod EU

⁴⁹ Rada Evropské unie. *EU–Singapur: Rada přijala rozhodnutí o podpisu obchodní a investiční dohody*. 15. 10. 2018.

⁵⁰ Evropská komise. *EU a Singapur prohlubují hospodářské a politické vztahy*. 19. 10. 2018.

⁵¹ Evropská komise. *Summit EU–Japonsko: přelomový okamžik pro obchod a spolupráci*. 17. 7. 2018.

⁵² ROEDERER-RYNNING, C. – KALLETRUP, M. National parliaments and the new contentiousness of trade. *Journal of European Integration*, 2017, vol. 39, č. 7, s. 811–825.

Nadále také platí, že může být obtížné udělat přesnou dělicí čáru mezi pravomocemi výlučnými a sdílenými. Jakékoli snahy Komise rozšířit rozsah FTAs o další oblasti, např. protikorupční ustanovení, nebo ustanovení zaměřená na ochranu spotřebitele,⁵³ s sebou mohou nést riziko zavedení prvku smíšenosti. Pro snazší schvalovací proces tak může Komise rezignovat na ambiciózní obchodní politiku a do budoucna se omezovat na oblasti výlučné unijní pravomoci.

7. ZÁVĚR

V oblasti společné politiky lze dlouhodobě v judikatuře SDEU pozorovat tendenci extenzivního výkladu výlučných unijních pravomocí na základě zásady dynamismu vycházející z teze, že společná obchodní politika je především výsledkem progresivního vývoje a nevztahuje se na pouhou liberalizaci obchodu.⁵⁴ Tento přístup SDEU uplatňuje i v lisabonském období a posudek 2/15 je zatím posledním rozhodnutím v této bohaté judikatuře SDEU.

Význam posudku musí být v první řadě chápán v kontextu obchodní strategie Unie, která na začátku tisíciletí zahájila sérii bilaterálních vyjednávání o komplexních FTAs. Ty se staly hlavním nástrojem obchodní spolupráce, kdy otvírají nejen trhy, ale poskytují i rámec pro lepší nastavení regulace řady oblastí souvisejících s obchodem.⁵⁵ Tímto jdou svým obsahem nad obvyklý obchodní rámec, kdy se nově snaží regulovat otázky udržitelného rozvoje nebo obsahují mechanismus řešení investičních sporů. Těmto vysokým ambicím také odpovídá výsledný text EUSFTA. Jelikož však tyto oblasti nejsou explicitně uvedeny v Lisabonské smlouvě jako součást společné obchodní politiky, bylo pouze otázkou času, kdy rozdílné nazírání Rady a Komise a kompetenční spory mezi těmito institucemi skončí před SDEU.

Posudek 2/15 pravděpodobně zcela neuspokojil ani jednu stranu. Jako se už stalo v minulosti mnohokrát, unijní instituce na jeho základech nicméně našly řešení, které by mělo umožnit naplňování společného cíle, tj. efektivního prosazování obchodní politiky EU při sjednávání obchodních a investičních dohod. Nový přístup v podobě vyjednávání o investiční ochraně ve formě samostatných dohod je již uveden do praxe vůči Singapuru, Vietnamu a Japonsku. Lze navíc očekávat, že další partneri EU budou následovat. SDEU tak svým posudkem 2/15 významným způsobem ovlivnil podobu současné i budoucí společné obchodní politiky Unie.

Mgr. Bc. Ondřej Svoboda
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
ondrej.svobod@gmail.com

⁵³ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 5. července 2016 k nové a inovativní budoucí strategii pro obchod a investice (2015/2105(INI)), odst. 62, 88–90.

⁵⁴ Posudek A-1/75, ECR 1355, 1975, bod 1363; Posudek A-1/78, ECR 287, 1979, body 43–53.

⁵⁵ DŮR, A. – ELSIG, M. Introduction: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements. In DŮR, A. – ELSIG, M. (eds.). *Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 1, 19.

SVĚŘENSKÉ FONDY A PODÍLOVÉ FONDY: SPOLEČNÉ ZNAKY VE VZTAHU K MAJETKOVÉ PODSTATĚ A PRÁVŮM OPRÁVNĚNÝCH OSOB

JAKUB VOJTĚCH

Abstract: Trust Funds and Mutual Funds: Common Features in Relation to the Assets and Rights of Entitled Persons

Trust funds inspired by the Anglo-American trusts were implemented into Czech law by the back door through a mixed legal system in Québec and without linking this new legal institute with the legal regulation of mutual funds, even though precisely Anglo-American trusts are the foundation of mutual funds. Thus, the Czech legal theory rather compares trust funds to foundations or considers them to be quasi-legal persons. However, based on defining the main features of the Anglo-American trusts, a comparison of the legal position of the beneficiaries of trust funds and unit-holders in mutual funds may lead to interesting conclusions and similarities. The aim of the present paper is to look in more detail at the two parallel and independently existing Czech legal institutes and review the relationship of the entitled persons to the assets as well as the rights of the entitled persons to the performance from the assets.

Keywords: trust fund; mutual fund; beneficiary; unit-holder; profit participation certificates

Klíčová slova: svěřenský fond; podílový fond; obmyšlený; podílník; podílový list

DOI: 10.14712/23366478.2019.19

1. ÚVOD*

Je tomu již více než pět, co počínaje 1. lednem 2014 český právní řád uznává soukromoprávní institut podobný angloamerickým *trusts* a dává jej adresátům práva k dispozici. Právní úprava svěřenských fondů v občanském zákoníku¹ (dále jen „**NOZ**“ nebo „**občanský zákoník**“) a v zákoně o investičních společnostech a investičních fondech² (dále jen „**ZISIF**“) nebyla (potažmo leckdy ani nemohla být) do českého práva vnesena se všemi souvisejícími angloamerickým instituty a důsledky.

* Tento text byl zpracován v rámci projektu studentského vědeckého výzkumu „*Finance a informační technologie jako hybatelé právní regulace v zemích Evropské unie a jejich trestněprávní aspekty*“ realizovaného v letech 2017–2019 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy, SVV 260 360/2017.

¹ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

² Zákon č. 240/2013 Sb., o investičních společnostech a investičních fondech.

Inkorporace právního institutu na bázi *trustu* do českého práva byla do jisté míry spíše jen volnou inspirací zahraniční právní úpravou tzv. výslovných trustů (*express trusts*), a to navíc na pomezí angloamerického a kontinentálního právního systému (v podobě québecké *fiducie/trustu*).³ Svěřenské fondy jsou navíc oproti angloamerickým *trusts* zatíženy řadou formálních požadavků. Ty spočívají např. v povinnosti zakladatele vydat statut svěřenského fondu ve formě notářského zápisu⁴ nebo konstitutivním účinku zápisu svěřenského fondu do veřejného rejstříku.⁵ Atypickými prvky oproti *common law* jsou rovněž označení svěřenského fondu⁶ nebo pojetí svěřenského fondu jako poplatníka daně z příjmů právnických osob,⁷ daně z nemovitých věcí⁸ apod.⁹

Tyto odlišnosti a formální požadavky bývají nezdůvodněně kritizovány jako přílišná odchylka od klasických *trusts*, která přinejmenším vede k oslabování smyslu tohoto právního institutu, případně jej *de facto* posunuje k právní úpravě právnických osob¹⁰ či přímo k vytvoření kvaziprávní osoby.¹¹ Svěřenský fond ovšem právní osobnost nemá. Důsledkem je tudíž podle některých autorů určitý právní hybrid (připomínající fundaci bez právní osobnosti),¹² který není osobou, ale ani věcí.¹³

Záměrem předkládaného textu je při příležitosti pěti let existence českého svěřenského práva poukázat na určitou blízkost mezi svěřenskými fondy a českému právu již dlouhou dobu známými podílovými fondy. Svěřenské fondy i podílové fondy totiž byly zakotveny v českém právu na sobě zcela nezávisle, byť jejich ideové základy jsou v podstatě identické. Podílové fondy vycházejí z angloamerických *trusts* a *trust funds*, svěřenské fondy pak byly převedeny do českého práva z *common law* „oklikou“ přes québecký smíšený právní systém a bez bližší návaznosti na podílové fondy. Srovnání

³ JOSKOVÁ, L. – PĚSNA, L. *Správa cizího majetku*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, s. 108; podobně též: SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol. *Správa cizího majetku v novém občanském zákoníku. Komentář. § 1400–1474*. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 390; KOCÍ, M. Institut svěřenského fondu v NOZ. *Bulletin advokacie*, 2014, vol. 13, č. 1–2, s. 29 a násled.

⁴ § 1452 odst. 1 a 3 NOZ.

⁵ § 1451 odst. 2 NOZ.

⁶ § 1450 NOZ.

⁷ § 17 odst. 1 písm. f) zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.

⁸ § 3 odst. 2 písm. b) a § 8 odst. 2 písm. b) zákona č. 338/1992 Sb., o dani z nemovitých věcí, ve znění pozdějších předpisů.

⁹ Pro účely DPH je dokonce výslovně stanoveno, že se na svěřenský fond hledí jako na právnickou osobu (viz § 4b odst. 2 zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů).

¹⁰ PIHERA, V. Krocení trustů. Svěřenské fondy v hledáčku první novely občanského zákoníku. *Obchodněprávní revue*, 2016, vol. 8, č. 5, s. 129–130; podobně též: HORN, K. Praktické aspekty svěřenského fondu ve světle návrhu urgentní novely občanského zákoníku. In: *nkr.cz* [online]. 24. 2. 2015 [cit. 1. 12. 2018]. Dostupné na: https://www.nkr.cz/casopis-ad-notam/detail/39_191-prakticke-aspekty-sverenskeho-fondu-ve-svetle-navrhu-urgentni-novely-obcanskeho-zakoniku.

¹¹ JOSKOVÁ, L. – PĚSNA, L., c. d., s. 109, s. 134–135; podobně též: HOUFEK, I. Trusty v rekodifikaci soukromého práva. In: *Bulletin advokacie* [online]. 11. 6. 2013 [cit. 1. 12. 2018]. Dostupné na: <http://www.bulletin-advokacie.cz/trusty-v-rekodifikaci-soukromeho-prava>.

¹² HOUFEK, I. Trusty v rekodifikaci soukromého práva [cit. 1. 12. 2018]; podobně též: PIHERA, V. Krocení trustů. Svěřenské fondy v hledáčku první novely občanského zákoníku, s. 129; SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 390–391, s. 417–418; MIMROVÁ, T. Svěřenský fond jako efektivní nástroj ochrany majetku před věřiteli. *Obchodněprávní revue*, 2014, vol. 6, č. 3, s. 69, s. 74–75.

¹³ PIHERA, V. In: SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník III. Věcná práva (§ 976–1474). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 1191. Srov. dále též: HORN, K. Podrobněji k svěřenskému fondu. In: *nkr.cz* [online]. 19. 12. 2014 [cit. 1. 12. 2018]. Dostupné na: https://www.nkr.cz/casopis-ad-notam/detail/39_181-podrobneji-k-sverenskemu-fondu.

právní pozice oprávněných osob (tj. obmyšlených svěřenských fondů a podílníků podílových fondů), resp. nahlédnutí vztahu obmyšlených k majetkové podstatě svěřenského fondu a vymezení jejich práv na plnění z majetku svěřenského fondu právě prizmatem podílových fondů, může vést k zajímavým zjištěním a podobnostem.

2. TRUSTOVÁ USPOŘÁDÁNÍ A JEJICH ZAKOTVENÍ V ČESKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU

2.1 PĚT LET PRÁVNÍ ÚPRAVY SVĚŘENSKÝCH FONDŮ

Česká právní úprava vymezuje svěřenské fondy jako právní institut soukromého práva v občanském zákoníku (v § 1448–1474 NOZ). Zde jsou svěřenské fondy jednou z podob správy cizího majetku (§ 1400–1474 NOZ), která je zařazena v hlavě druhé upravující věcná práva (§ 979–1474 NOZ). Tato hlava systematicky spadá do části třetí „Absolutní majetková práva“ (§ 976–1720 NOZ). Dále jsou svěřenské fondy jednou z možných právních forem fondů kvalifikovaných investorů dle ZISIF.¹⁴ Další provázanost mezi obecnou právní úpravou svěřenských fondů v NOZ a zvláštní úpravou svěřenských fondů v ZISIF je umožnění investičním společnostem stát se svěřenskými správci nejen investičního fondu s právní formou svěřenského fondu,¹⁵ ale i „obyčejného“ svěřenského fondu, který nepodléhá režimu ZISIF (tj. není investičním fondem).¹⁶

Převod struktury podobné *trustu* do českého práva se neobešel bez určité polemiky, pochybností či nejasností ohledně tohoto nového právního institutu.¹⁷ Ty byly do určité míry paradoxně podle některých názorů¹⁸ ještě akcentovány přijetím nedávné novely občanského zákoníku¹⁹. Jejím cílem byla totiž zejména úprava některých aspektů mladého svěřenského práva a zvláště pak minimalizace rizika možného zneužívání institutu svěřenského fondu pro praní špinavých peněz, a to zakotvením evidence svěřenských fondů s deanonymizací totožnosti hlavních subjektů svěřenských fondů (zakladatele, svěřenského správce a obmyšleného).²⁰

¹⁴ § 95 odst. 1 písm. c) ZISIF ve spojení s § 101 odst. 1 písm. b) a § 148 a násl. ZISIF.

¹⁵ § 150 odst. 1 a 2 ZISIF.

¹⁶ § 11 odst. 6 písm. a) a § 151 ZISIF.

¹⁷ Srov. např.: JOSKOVÁ, L. – PĚSNA, L., c. d., s. 114; PIHERA, Krocení trustů. Svěřenské fondy v hledáčku první novely občanského zákoníku, s. 129; KOCÍ, c. d., s. 32.

¹⁸ Srov. PIHERA, V. Krocení trustů. Svěřenské fondy v hledáčku první novely občanského zákoníku, c. d., s. 129 a násl.; HORN, K. Praktické aspekty svěřenského fondu ve světle návrhu urgentní novely občanského zákoníku [cit. 1. 12. 2018].

¹⁹ Zákon č. 460/2016 Sb., kterým se mění zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, a další související zákony.

²⁰ Sněmovní tisk 642. Vládní návrh zákona, kterým se mění zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, a další související zákony. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky. 8. volební období. In: *psp.cz* [online]. 2018, s. 16–19, s. 27–31 [cit. 1. 12. 2018]. Dostupné na: <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=122333>.

2.2 HLAVNÍ ZNAKY ANGLOAMERICKÝCH TRUSTŮ

Svěřenské fondy nejsou co do výsledku i do inspirační předlohy čistým pojetím klasických angloamerických *trusts*, ale adaptací českému právnímu řádu, která navíc vychází z právního řádu smíšeného typu (quebeckého občanského zákoníku). Hlavní znaky *trustu* a *trustových* struktur jsou nicméně přítomny i v českém pojetí tohoto právního institutu. Přitom lze vycházet z toho, že základní podstatou *trustu* je:

- a) v zásadě třístranné schéma osob (*settlor-trustee-beneficiary*);²¹
- b) separace (oddělení/vyčlenění) přesně vymezeného majetku, který byl doposud ve vlastnictví nějaké osoby (zakladatele)²² *inter vivos* nebo *mortis causa*²³ za stanoveným konkrétním účelem²⁴ (zejména ve prospěch určité osoby – beneficianta);
- c) osobní povinnost správce spravovat svěřené majetek za stanoveným účelem, kdy ve vztahu k beneficiantovi jde o povinnost fiduciární povahy,²⁵ a na druhé straně vybavení beneficianta určitými právy vůči tomuto správci;²⁶
- d) prolínání absolutních (věcněprávních) a relativněprávních (osobních) prvků²⁷ týkajících se vyčleněného majetku a jeho správy,²⁸ kdy struktura práv a povinností k vyčleněnému majetku a jeho správě se nevyznačuje právní osobností (nevede k založení samostatného právního subjektu).²⁹

V souvislosti se zakotvením svěřenských fondů v českém právu a hlavním předmětem zájmu tohoto textu je patrně nejmarkantnější absence děleného vlastnictví³⁰ – nebo spíše vlastnických titulů³¹ – a rozlišování mezi *legal ownership*, tedy „právním“³² či „formálním“³³ vlastnictvím, a *beneficial ownership* neboli „beneficiálním“ či „ekonomickým“³⁴ vlastnictvím v českém právu. Toto duální pojetí vlastnictví v *common law* systémech se při vytvoření *trustu* projevuje „rozštěpením“³⁵ původního celistvého vlastnického práva *settlor*a („zakladatele“) při převodu majetku určité osobě (*trustee*mu neboli „správci“), které důvěřuje,³⁶ a to ke správě ve prospěch (*benefit*) jiného (*beneficiary* čili „beneficianta“).³⁷ Vznikem *trustu* je totiž (i) formální *legal title* („právní titul“)³⁸ dle *common law* převeden na *trustee*ho, který se tak stává formálním *common*

²¹ Tamtéž, s. 267.

²² MIMROVÁ, T., c. d., s. 68.

²³ SPÁČIL, J. a kol., c. d., s. 1186.

²⁴ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 267, s. 297.

²⁵ Tamtéž, s. 268, s. 297.

²⁶ PIHERA, V. Krocení trustů. Svěřenské fondy v hledáčku první novely občanského zákoníku, c. d., s. 129–130.

²⁷ Tamtéž, s. 130; podobně též: SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 290.

²⁸ SPÁČIL, J. a kol., c. d., s. 1191–1192.

²⁹ Tamtéž, s. 1192.

³⁰ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 267, s. 328 a násl.

³¹ Srov. tamtéž, s. 267, s. 323, s. 328.

³² JOSKOVÁ, L. – PĚSNA, L., c. d., s. 108.

³³ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 371.

³⁴ Tamtéž.

³⁵ HOUFEK, I. Trusty v rekodifikaci soukromého práva [cit. 1. 12. 2018].

³⁶ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 265.

³⁷ Tamtéž, s. 290.

³⁸ Tamtéž, s. 328.

law vlastníkem, a (ii) ekvitní *beneficial interest* či *equitable title* („spravedlivý titul“)³⁹ podle práva *equity* na *beneficiary*,⁴⁰ jenž se stane vlastníkem ekvitním a jemuž náleží oprávnění z majetku *trustu* (vlastnický podíl k majetku *trustu* podle *equity*).

Beneficiary angloamerického *trustu* nenáleží jen práva *in personam* vůči *trusteemu* (požadovat řádné plnění povinností a respektování nároku *beneficiary*), ale v zásadě obecně vůči jakémukoliv dalšímu formálnímu vlastníkovu dle *common law*.⁴¹ Kromě toho má *beneficiary* rovněž práva vztahující se k samotnému majetku *trustu* (*right in the trust*), a to ať jde o původní majetek *trustu*, nebo majetek nově pořízený za majetek původní, kdy všichni *beneficiaries* tvoří 100 % oprávněných držitelů titulu podle *equity* (*equitable interest*).⁴²

2.3 PODÍLOVÉ FONDY JAKO VÝRAZ TRUSTU

Dlouhou dobu před přijetím právní úpravy svěřenských fondů znalo české právo podílové fondy.⁴³ Podílové fondy jsou svou povahou vlastně *trusty sui generis*⁴⁴ a jako zvláštní soubor majetku a práv podílníků bez právní osobnosti mají zřejmě nejbliže k myšlence správy majetku cizí osobou, tradičním angloamerickým *trusts* a zvláště pak tzv. *unit trusts*.⁴⁵ *Unit trust* je totiž svou podstatou tradiční *trust*, jehož majetek (resp. *beneficiální* oprávnění z něj plynoucí) je rozdělen na ideální abstraktní podíly (jednotky neboli *units*) ve vlastnictví oprávněných osob (majitelů těchto jednotek).⁴⁶ *Unit trusts* jsou tedy založeny na ekvitním spoluvlastnickém právu investorů – vlastníků poměrných ideálních podílů, přičemž např. unijní právní úprava je právě řadí mezi podílové fondy.⁴⁷

Hlavní rozdíl mezi *unit trusts* a klasickými podílovými fondy spočívá v tom, že si *unit trusts* ponechávají hlavní znak angloamerických *trustů*, tedy že *trustee* je *common law* vlastníkem majetkové podstaty. Samotný výkon správy nicméně vykonává správce (manažerská společnost), na nějž *trustee* dohlíží.⁴⁸ Na druhou stranu je významným

³⁹ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 265, s. 328; stejně též: MIMROVÁ, T., c. d., s. 70.

⁴⁰ PIHERA, V. Trust. Vybrané aspekty. *Obchodněprávní revue*, 2009, vol. 1, č. 7, s. 196.

⁴¹ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 280–281, s. 293.

⁴² Tamtéž, s. 280–281, s. 293, s. 361–362.

⁴³ Před rekodifikací soukromého práva byla právní úprava podílových fondů obsažena v § 6 a násl. zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů. Dnes jsou podílové fondy vymezeny v § 102 a násl. ZISIF.

⁴⁴ HORN, K. Praktické aspekty svěřenského fondu ve světle návrhu urgentní novely občanského zákoníku [cit. 1. 12. 2018].

⁴⁵ HOUFEK, I. Trusty a společnosti s variabilním kapitálem. In: *is.cuni.cz* [online]. Praha, 2012, s. 105 [cit. 1. 12. 2018]. Disertační práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra obchodního práva. Vedoucí práce Stanislava Černá. Dostupné na: <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/download/140019524/?lang=en>.

⁴⁶ Tamtéž, s. 82–83.

⁴⁷ Viz čl. 1 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/65/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů (SKIPCP), v němž je stanoveno, že „subjekty uvedené v odstavci 2 mohou být zřizovány podle smluvního práva (jako podílové fondy spravované správcovskou společností) nebo podle trustového práva (jako ‚unit trusts‘) nebo podle práva společnosti (jako investiční společnosti). Pro účely této směrnice a) se ‚podílovými fondy‘ rozumí rovněž ‚unit trusts‘.“

⁴⁸ HOUFEK, I. Trusty a společnosti s variabilním kapitálem, s. 84 [cit. 1. 12. 2018].

odlišujícím znakem *unit trusts* ve srovnání s *trusty* převoditelnost jednotek, tedy ekviteních pozic beneficentů (podílníků).⁴⁹ Tentýž prvek (převoditelnost majetkových práv beneficentů) je východiskem právní úpravy podílových fondů. Jeho výrazem jsou cenové papíry zvané podílové listy.

3. ZÁKLADNÍ CHARAKTERISTIKA SVĚŘENSKÉHO FONDU VE VZTAHU K JEHO MAJETKOVÉ PODSTATĚ

Vznikem svěřenského fondu (v zásadě zápisem do evidence svěřenských fondů⁵⁰) vzniká „*oddělené a nezávislé vlastnictví vyčleněného majetku*“,⁵¹ k němuž vykonává vlastnická práva na účet svěřenského fondu svým jménem svěřenský správce.⁵² Jedná se však o pouhý výkon vlastnických práv v rozsahu plné správy⁵³ majetku ve svěřenském fondu, přestože je svěřenský správce formálně zapisován ve veřejných seznamech jako vlastník majetku ve svěřenském fondu (ovšem právě s poznámkou „svěřenský správce“).⁵⁴

3.1 MAJETEK SVĚŘENSKÉHO FONDU: VLASTNICTVÍ BEZ VLASTNÍKA

Na první pohled není formulace „*oddělené a nezávislé vlastnictví vyčleněného majetku*“ z teoretického hlediska a koherence občanského zákoníku zcela vhodná. Pojem „oddělené“ vlastnictví majetku je totiž třeba vykládat tak, že je odděleno od majetku jiných osob (zakladatele i správce). Výraz „nezávislé“ potom znamená, že není vztahováno vůbec k žádné osobě.⁵⁵ Jak pojem vlastnictví, tak výraz majetek ovšem NOZ na jiných místech definuje vždy ve vztahu k určité osobě. Pojmově si nelze na základě jiných ustanovení občanského zákoníku představit majetek („*souhrn všeho, co osobě patří*“), ani vlastnictví („*vše, co někomu patří*“), „*odosobně*“⁵⁶ či „*autonomní*“,⁵⁷ tedy bez souvztažnosti k určité fyzické nebo právnické osobě.⁵⁸ Ostatně lze argumentovat rovněž tím, že existence nejen vlastnického práva, ale jakéhokoliv subjektivního práva (oprávnění) bez konkrétní osoby, které by toto právo náleželo, je rozporem samo o sobě (*contradictio in adiecto*), jenž vyvolává značné teoretické otazníky.⁵⁹

⁴⁹ Tamtéž, s. 90, s. 92.

⁵⁰ Srov. § 1451 odst. 2 a 3 NOZ.

⁵¹ § 1448 odst. 2 NOZ.

⁵² § 1448 odst. 3 NOZ.

⁵³ § 1456 NOZ.

⁵⁴ Tamtéž.

⁵⁵ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 402.

⁵⁶ Srov. tamtéž, s. 336.

⁵⁷ SPÁČIL, J. a kol., c. d., s. 1192.

⁵⁸ Viz vymezení majetku a jmění (§ 495 NOZ: „*Souhrn všeho, co osobě patří, tvoří její majetek. Jméni osoby tvoří souhrn jejího majetku a jejích dluhů.*“), stejně jako vlastnictví v občanském zákoníku (§ 1011 NOZ: „*Vše, co někomu patří, všechny jeho věci hmotné i nehmotné, je jeho vlastnictvím.*“).

⁵⁹ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 352 a násl.; srov. též: KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 193 a násl.

Česká právní úprava přesto bez ohledu na soudržnost právního řádu (či přinejmenším civilního práva) poměrně nedůsledně⁶⁰ prolamuje princip přiřazování majetku a vlastnictví⁶¹ (či obecně práv) k osobám. Majetek vyčleněný do svěřenského fondu totiž i dle výslovného zákonného ustanovení nenáleží ani zakladateli, ani svěřenskému správci, ani osobě, které má být ze svěřenského fondu plněno (obmyslenému).⁶² U tohoto právního institutu je tak *ad hoc* vytvořen umělý konstrukt spočívající v tom, že vyčleněný majetek nepatří žádnému ze třech hlavních subjektů, jejichž vztahy jsou základem svěřenského fondu, resp. nenáleží ani samotnému svěřenskému fondu, ani nejde o *res nullius*.⁶³

V tomto smyslu lze proto hovořit o majetku nevztáženém k určité osobě vlastníka, nýbrž specifikovaném právě vyčleněním k určitému účelu, čímž ho lze označit za majetek „odvlastněný“,⁶⁴ jenž je „přivlastněn ve prospěch určitého účelu“. ⁶⁵ Majetek totiž zakladatel vyčleňuje do svěřenského fondu a svěřuje jej svěřenskému správci za určitým účelem.⁶⁶ Tento majetek je tedy „vyčleněn k určitému účelu“ a nemaje žádného vlastníka (jde o „*oddělené a nezávislé vlastnictví vyčleněného majetku*“) v podstatě doslova „přivlastněn“ (k) účelu svěřenského fondu.⁶⁷ Účel vyčlenění majetku z vlastnictví zakladatele se promítá i do účelu samotného svěřenského fondu. Ten může být obecně buď veřejně prospěšný, nebo soukromý⁶⁸ (sloužící prospěchu určité osoby, včetně investování s rozdělením zisku určeným osobám).⁶⁹ Tomuto účelu musí odpovídat i označení svěřenského fondu.⁷⁰

Samotný zakladatel je toliko původním vlastníkem majetku vyčleněného do svěřenského fondu, který své vlastnické právo ztrácí okamžikem vzniku svěřenského fondu.⁷¹ Svěřenský správce k vyčleněnému majetku vlastnická práva pouze *vykonává* (tedy není jejich primárním subjektem) a tento výkon je navíc omezen přinejmenším zákonem a smyslem správy majetku ve svěřenském fondu (tedy správy majetku za určitým účelem, nejčastěji ve prospěch jiných osob, navíc patrně s nemožností tento majetek např. opustit, zničit apod.⁷²), případně též statutem svěřenského fondu nebo smlouvou se zakladatelem tohoto fondu.

Ani obmyslenému vlastnické právo nesvědčí, neboť (kromě toho, že mohou existovat svěřenské fondy i bez této osoby⁷³) mu náleží pouze určité (ekonomické) výhody

⁶⁰ V québeckém občanském zákoníku byly přinejmenším právě prvky majetku bez osoby vlastníka a vlastnického práva nevztáženého k určité osobě promítnuty i do obecné úpravy a definice těchto institutů (blíže viz SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 357).

⁶¹ SPÁČIL, J. a kol., c. d., s. 1192.

⁶² § 1448 odst. 3 NOZ.

⁶³ JOSKOVÁ, L. – PĚSNA, L., c. d., s. 110, s. 130.

⁶⁴ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 336–337, s. 394.

⁶⁵ Tamtéž, s. 336–337, s. 458 (srov. též s. 401).

⁶⁶ § 1448 odst. 1 NOZ.

⁶⁷ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 331, s. 336, s. 394.

⁶⁸ § 1449 odst. 1 NOZ.

⁶⁹ § 1449 odst. 2 NOZ.

⁷⁰ § 1450 odst. 2 NOZ.

⁷¹ JOSKOVÁ, L. – PĚSNA, L., c. d., s. 110.

⁷² Tamtéž, s. 110.

⁷³ Tamtéž, s. 110–111, s. 126, s. 139. Srov. též jednu z obsahových náležitostí statutu svěřenských fondů v § 1452 odst. 2 písm. f), kde se stanoví, že „*má-li být ze svěřenského fondu plněno určité osobě jako obmyslenému [...]*“.

plynoucí ze správy majetku ve svěřenském fondu⁷⁴ v podobě práva požadovat plnění, které mu bylo přiznáno⁷⁵. Pokud jde o vlastnění majetku samotným svěřenským fondem, je nutno poukázat na to, že svěřenský fond nemá právní osobnost, a tudíž nemůže mít práva ani povinnosti.⁷⁶

Konečně pak označení majetku ve svěřenském fondu za *res nullius* by bylo proti veškeré logice a smyslu tohoto právního institutu. Ve vztahu k majetku svěřenského fondu dochází k výkonu vlastnických práv ze strany svěřenského správce a kromě toho svěřenský fond jako takový není věcí⁷⁷ (*res*).

Vytvořením samostatně stojícího majetku bez vlastníka tak byl v českém právu podle québeckého vzoru⁷⁸ „vyřešen“ problém neexistujících dělených vlastnických titulů, tedy dualita mezi formálním *common law* vlastnickým právem (*legal title* převáděný na *trusteeho* zakladatelem *trustu*) a ekvitním vlastnickým právem (*equitable title* náležející *beneficiary*) k témuž předmětu vlastnického práva.⁷⁹ Zatímco v angloamerickém *trustu* dochází k určitému vlastnickému dualismu (kdy *trustee*, jemuž se blíží tuzemský svěřenský správce, získává *legal title*, a *beneficiary*, ke kterému lze připodobnit českého obmysleného, disponuje *beneficiary interest / equitable title*), česká právní úprava vychází z toho, že svěřenský správce pouze vlastnická práva vykonává, ale není subjektem těchto práv. Zakladatel nepřevádí svěřenskému správci vlastnické právo, ale majetek vyčleňuje do autonomního jmění.⁸⁰ Zařazení institutu svěřenského fondu právě do části NOZ pojednávající o správě cizího majetku je tak z tohoto pohledu odůvodněné. *Trustee* angloamerického *trustu* však není ani tak správcem, jakožto v první řadě právě formálním vlastníkem majetkové podstaty *trustu* (a dále vykonavatelem vůle zakladatele *trustu*).

3.2 SROVNÁNÍ S PODÍLOVÝMI FONDY

Podnětné je v otázce (ne)určení subjektu vlastnického práva k majetku svěřenského fondu srovnání právní úpravy svěřenského fondu a podílového fondu. Svěřenský fond ani podílový fond sice právní osobnost nemají, problém vlastnického práva k majetkové podstatě podílového fondu ovšem řeší ZISIF tak, že formálně „vlastnické právo k majetku v podílovém fondu náleží společně všem podílníkům, a to v poměru podle hodnoty jimi vlastněných podílových listů“.⁸¹ Z tohoto zajímavého srovnání dále vyplývá, že zatímco svěřenský fond je „odděleným a nezávislým vlastnictvím vyčleněného majetku“,⁸² podílový fond je tvořen jměním⁸³ zahrnujícím jak majetek, tak dlu-

⁷⁴ JOSKOVÁ, L. – PĚSNA, L., c. d., s. 110–111.

⁷⁵ § 1457 – § 1459 NOZ.

⁷⁶ JOSKOVÁ, L. – PĚSNA, L., c. d., s. 110. V tomto ohledu bude zejména relevantní § 17 odst. 2 NOZ, v němž je stanoveno: „Zřídí-li někdo právo nebo uloží-li povinnost tomu, co osobou není, přečte se právo nebo povinnost osobě, které podle povahy právního případu náleží.“

⁷⁷ SPÁČIL, J. a kol., c. d., s. 1186.

⁷⁸ JOSKOVÁ, L. – PĚSNA, L., c. d., s. 108; srov. též: SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 329–330, s. 336–337; HORN, K. Podrobněji k svěřenskému fondu [cit. 1. 12. 2018].

⁷⁹ HOUFEK, I. Trusty v rekodifikaci soukromého práva [cit. 1. 12. 2018].

⁸⁰ Srov. SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 338.

⁸¹ § 102 odst. 1 ZISIF.

⁸² § 1448 odst. 2 NOZ.

⁸³ Tamtéž.

hy.⁸⁴ Nicméně podílníci mají právo k poměrné hodnotě *majetku* v podílovém fondu. Dluhy v podílovém fondu nejsou odpovědností podílníků⁸⁵ a je nutno je uspokojovat z majetku v tomto podílovém fondu.⁸⁶

Co však na první pohled sblíží právní úpravu podílových fondů a svěřenských fondů, je postavení jejich „správců“. Dle ZISIF totiž „*vlastnická práva k majetku v podílovém fondu vykonává vlastním jménem a na účet podílového fondu jeho obhospodařovatel*“.⁸⁷ Jde v podstatě o tutéž formulaci, jaká je uvedena u určení výkonu vlastnických práv svěřenským správcem v NOZ.⁸⁸ Jak u svěřenského fondu, tak podílového fondu tedy jde o pouhý výkon vlastnických práv (svěřenským správcem, resp. obhospodařovatelem), čímž lze vlastně rozumět správu majetku v daném fondu.

Přestože podílníci formálně mají vlastnické právo k majetku v podílovém fondu, nemohou jakkoliv disponovat s tímto majetkem. Ostatně na právní postavení podílníků se neuplatní ustanovení NOZ o spoluvlastnictví, ani nemůže žádný z nich požadovat oddělení majetku v podílovém fondu, rozdělení podílového fondu nebo zrušení podílového fondu.⁸⁹ Podílníkům tedy podobně jako angloamerickým *beneficiaries* plynou pouze určité ekonomické výhody z vlastnictví (fakticky jde spíše o kvazivlastnictví) majetku v podílovém fondu, které je navíc po vzoru *unit trusts* vyjádřeno v podobě určitých podílů (představovaných podílovými listy).

4. PRÁVO OBMYŠLENÉHO NA PLNĚNÍ ZE SVĚŘENSKÉHO FONDU

Tím se dostáváme ke klíčové postavě právní úpravy svěřenských fondů, a to obmyšlenému. Občanský zákoník jej na několika místech označuje jako „*osobu, které má být ze svěřenského fondu plněno*“.⁹⁰ Jde o subjekt, jehož prospěch (výhoda) může být jedním z důvodů vytvoření svěřenského fondu a účelem svěřenského fondu.⁹¹

Obmyšlený má právo na určité „*plnění ze svěřenského fondu*“.⁹² Toto plnění občanský zákoník blíže vyděluje do těchto základních okruhů: (a) právo na plody nebo užitky ze svěřenského fondu, (b) právo na majetek ze svěřenského fondu, případně (c) právo na podíly na nich.⁹³ Podmínky na plnění (např. určení času, místa, rozsahu plnění apod.) ze svěřenského fondu by měl určovat statut svěřenského fondu.⁹⁴ V souladu se statutem má také obmyšlený právo požadovat za trvání svěřenského fondu příslušné plnění.⁹⁵

⁸⁴ § 495 NOZ.

⁸⁵ § 102 odst. 3 ZISIF.

⁸⁶ § 102 odst. 4 ZISIF.

⁸⁷ § 102 odst. 2 ZISIF.

⁸⁸ Srov. § 1448 odst. 3 NOZ.

⁸⁹ § 102 odst. 1 ZISIF.

⁹⁰ Viz § 1448 odst. 3, § 1452 odst. 2 písm. f) NOZ a § 1454 NOZ.

⁹¹ SPÁČIL a kol., c. d., s. 1204.

⁹² Srov. § 1452 odst. 2 písm. d), § 1457 odst. 1 a 2, § 1458 odst. 1 a 2, § 1459, § 1471 NOZ.

⁹³ § 1457 odst. 4 NOZ.

⁹⁴ § 1459 NOZ ve spojení s § 1452 odst. 2 písm. d) NOZ.

⁹⁵ § 1461 odst. 1 NOZ.

4.1 IUS FRUENDI A IUS ADQUIRENDI

Kategorii plodů přirozených (*fructus naturales*) a užitků, tj. plodů právních (*fructus civiles*), právní teorie souhrnně označuje jako „výnosy“.⁹⁶ Právo na plody a užitky tedy vyjadřuje oprávnění k výnosové složce majetku svěřenského fondu (během doby svěřenské správy⁹⁷) neboli právo získávat plody a užitky z majetku svěřenského fondu. Toto právo je možné pojmenovat jako *ius fruendi*.⁹⁸

Druhé oprávnění obmyšleného je možné označit jako *ius acquirendi*⁹⁹ a spočívá v právu obmyšleného na nabytí „kmenového majetku“¹⁰⁰ svěřenského fondu nebo jeho části, tj. jedná se o právo na vydání (celé či části, tj. podílu) spravované majetkové podstaty¹⁰¹ ze svěřenského fondu do plného vlastnictví obmyšleného. Po mezidobí „bezvlastnické“ správy svěřenským správcem tedy majetek svěřenského fondu opětovně získá vlastníka. *Ius acquirendi* nelze podle mého názoru ztotožnit s *beneficial interest* ve smyslu ekonomického oprávnění k majetkové podstatě (majetku svěřenského fondu),¹⁰² tedy neodpovídá *right in the trust*. Na obmyšlené, kterým svědčí právo na majetek ze svěřenského fondu, je nanejvýš možné nahlížet jako na faktické (spolu) vlastníky *in spe*.

4.2 SROVNÁNÍ S PODÍLOVÝMI FONDY

Pro vymezení postavení podílníků a jejich práv hraje klíčovou úlohu podílový list. Tyto cenné papíry představují podíl podílníka na podílovém fondu,¹⁰³ přičemž podílníci mají „vlastnické právo k majetku v podílovém fondu [...], a to v poměru podle hodnoty jimi vlastněných podílových listů“.¹⁰⁴ ZISIF dále rozvádí pojem podílového listu jako „cenn[ého] papír[u] [...], se kterým jsou spojena práva podílníka plynoucí z tohoto zákona nebo ze statutu podílového fondu“.¹⁰⁵ Podílový list je proto cenný papír nebo zaknihovaný cenný papír, který má dvě základní charakteristiky: (i) představuje podíl podílníka na podílovém fondu a (ii) jsou s ním spojena práva, která stanoví zákon nebo statut podílového fondu.

Pokud jde o samotná práva na plnění z majetku podílového fondu, která jsou spojena s podílovým listem, ZISIF obsahuje jejich demonstrativní výčet. Mezi tato oprávnění je možné řadit právo na: (a) rozdílný, pevný nebo podřízený podíl na zisku nebo na likvi-

⁹⁶ LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1738.

⁹⁷ SPÁČIL, J. a kol., c. d., s. 1208.

⁹⁸ Srov. k tomu: KINCL, J. – URFUS, V. – SKŘEJPEK, M. *Římské právo*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 154, s. 195.

⁹⁹ Odvozenina od latinského infinitivu *adquirere* ve významu „nabýt“, „získat“ (srov. *Acquirere*. In: *en.wiktionary.org* [online]. [cit. 1. 12. 2018]. Dostupné na: <https://en.wiktionary.org/wiki/adquirere#Latin>).

¹⁰⁰ SPÁČIL, J. a kol., c. d., s. 1208.

¹⁰¹ Důvodová zpráva k občanskému zákoníku. In: *obcanskyzakonik.justice.cz* [online], s. 354 [cit. 1. 12. 2018]. Dostupné na: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>.

¹⁰² Srov. podobně: SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 466–467.

¹⁰³ § 115 ZISIF.

¹⁰⁴ § 102 odst. 1 ZISIF.

¹⁰⁵ § 115 ZISIF.

dačním zůstatku, (b) vyplacení zálohy na zisk, (c) nižší úplatu účtovanou v případě, že výkonnost podílového fondu přesáhne určený ukazatel (*benchmark*), s nímž je výkonnost srovnávána, nebo (d) nižší srážku za odkoupení, je-li s podílovým listem spojeno právo na jeho odkoupení.¹⁰⁶ Pokud by byla s podílovými listy spojena stejná práva, takové podílové listy tvoří jeden druh.¹⁰⁷ ZISIF dále umožňuje přiznat vlastníkům podílových listů tzv. zvláštní práva vymezená statutem podílového fondu.¹⁰⁸

ZISIF tedy výslovně jako jedno z možných práv podílníka stanoví právo na rozdílný, pevný nebo podřízený podíl na zisku nebo na likvidačním zůstatku. Při bližším zkoumání tato oprávnění do značné míry připomínají právě práva na plnění obmyšlenému v podobě (a) *ius fruendi* (ziskem lze totiž rozumět určitý výnos)¹⁰⁹ a (b) *ius acquirendi* (likvidační zůstatek odpovídá zpeněženému majetku po odečtení dluhů při likvidaci podílového fondu, tj. bez vydání majetku jako takového¹¹⁰ podílníkům¹¹¹). Při zrušení podílového fondu s likvidací (po uplynutí doby trvání podílového fondu nebo z jiného důvodu¹¹²) totiž obhospodařovatel zpeněží fondový majetek (např. prodejem třetí osobě) a splní dluhy.¹¹³ Administrátor podílového fondu posléze vyplatí podílníkům jejich podíly na likvidačním zůstatku.¹¹⁴

5. VZTAH OBMYŠLENÉHO K MAJETKOVÉ PODSTATĚ SVĚŘENSKÉHO FONDU

5.1 POUZE IUS FRUENDI A IUS ADQUIRENDI Z MAJETKU SVĚŘENSKÉHO FONDU

Z výše uvedeného vyplývá, že obmyšlený českého svěřenského fondu nemá žádný přímý kvalifikovaný vztah (přímé majetkové právo) k majetkové podstatě svěřenského fondu (majetku ve svěřenském fondu).¹¹⁵ V žádném případě pak nemá obmyšlený českého svěřenského fondu dle výslovného znění zákona k majetkové podstatě vlastnické právo, a to ani v čistě formálním smyslu, tedy bližším se postavení podílníků podílových fondů v českém právu. To lze vyvodit i ze zákonné úpravy, dle níž mu je

¹⁰⁶ § 120 odst. 2 ZISIF.

¹⁰⁷ § 120 odst. 1 ZISIF.

¹⁰⁸ § 121 odst. 1 ZISIF.

¹⁰⁹ V této souvislosti je zajímavé si povšimnout, že občanský zákoník dává výslovně slovo zisk do souvislosti se svěřenským fondem formulací, dle níž svěřenský fond „lze zříditi i za účelem investování pro dosažení zisku“ (§ 1449 odst. 2 NOZ). Výraz zisk se rovněž objevuje v ustanovení o obezřetných investicích při správě cizího majetku (§ 1432 NOZ).

¹¹⁰ V podobě nepeněžních aktiv.

¹¹¹ § 376 ZISIF.

¹¹² Viz § 375 ZISIF.

¹¹³ Viz § 376 odst. 1 ZISIF.

¹¹⁴ Viz § 376 odst. 2 ZISIF.

¹¹⁵ Český zákonodárce nicméně nepřebral z právní úpravy *fiducie* v Québecu výslovné ustanovení o tom, že žádná z oprávněných osob nemá k vyčleněnému majetku jakákoliv věcná práva. (Srov. SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 329–332, s. 346, s. 459–460). Komentářová literatura však o věcněprávním charakteru práva obmyšleného k majetku ve svěřenském fondu neuvažuje (viz SPÁČIL a kol., c. d., s. 1205).

možné pouze přiznat určitá „plnění“ z této majetkové podstaty, a to v podobě (a) *ius fruendi* a (b) *ius acquirendi*, resp. (c) poměrného podílu k předmětu práv dle (a) a (b).

Právo českého obmyšleného na plnění ze svěřenského fondu má charakter relativního práva vůči svěřenskému správci,¹¹⁶ od něhož je obmyšlený oprávněn příslušné plnění požadovat. Postavení obmyšleného má patrně nicméně též (přínejmenším) kvazivěcnou povahu¹¹⁷ s účinky *erga omnes* (každý musí respektovat jeho *ius fruendi* a *ius acquirendi* z majetku svěřenského fondu).¹¹⁸ *Ius fruendi* a *ius acquirendi* odpovídají oprávnění, které je právním chováním ve smyslu *dare* svěřenského správce. Svěřenský správce je povinován *dát* (poskytnout, vydat) obmyšlenému (a) plody a užitky (nebo podíl na nich), resp. (b) část nebo celek majetkové podstaty svěřenského fondu.

Byť obmyšlený nemá *right in the trust* a vztah k majetkové podstatě svěřenského fondu připodobnitelný k *beneficial interest* (tj. majetkový – dle *equity* vlastnický – podíl k majetku v *trustu*), který by se projevoval vlastnictvím určitého „podílu“ či „jednotky“, náleží mu určité (ekonomické) výhody plynoucí ze správy majetku ve svěřenském fondu. *Ius fruendi* se vztahuje přímo k výnosové složce majetku ve svěřenském fondu. *Ius acquirendi* pak staví obmyšleného do postavení faktického vlastníka *in spe* části nebo celku majetkové podstaty svěřenského fondu.

5.2 SROVNÁNÍ S PODÍLOVÝMI FONDY

Právní vztah obmyšlených k majetkové podstatě svěřenského fondu je zákonem opticky nastaven podstatně jinak než u podílníků podílových fondů. Podílníci jsou formálně poměrnými vlastníky majetku v podílovém fondu podle hodnoty jimi vlastněných podílových listů. Obmyšlení naproti tomu k majetkové podstatě ani formálně vlastnické právo nemají. Podílníci jsou však natolik omezeni ve svých spoluvlastnických právech, že ta jsou spíše jen formální, ryze nominální.

Shodné znaky lze v návaznosti na to nalézt v postavení „správců“ svěřenských a podílových fondů. Svěřenský správce, resp. obhospodařovatel totiž *vykonávají* vlastnická práva k majetku v těchto fondech. Obmyšleným, kteří vlastnické právo k majetkové podstatě svěřenského fondu nemají ani formálně, i podílníkům, jež jsou naopak formálně vlastníky majetku v podílovém fondu, může náležet právo na výnosovou složku tohoto majetku, případně právo na vydání majetku při ukončení správy (ve fyzické podobě u svěřenských fondů či pouze v peněžní formě v případě podílových fondů). V tomto ohledu se již jeví být pozice obmyšlených svěřenských fondů a podílníků podílových fondů velmi podobná.

Jak obmyšleným, tak podílníkům totiž fakticky náleží pouze určité (ekonomické) výhody plynoucí ze správy fondovního majetku, s nímž nemohou nikterak disponovat. Tyto ekonomické výhody jsou přitom v podstatě identické. S podílovým listem může být spojeno zejména (i) právo na podíl na zisku a (ii) právo na likvidačním zůstatku.¹¹⁹

¹¹⁶ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 459–460; podobně též SPÁČIL a kol., c. d., s. 1205.

¹¹⁷ SVEJKOVSKÝ, J. – MAREK, R. a kol., c. d., s. 416, s. 481.

¹¹⁸ Nelze zde opomíjet systematické zařazení právní úpravy svěřenského fondu v hlavě druhé (věcná práva) a části třetí (absolutní majetková práva) občanského zákoníku.

¹¹⁹ § 120 odst. 2 písm. a) ZISIF.

To do určité míry připomíná svěřenské (a) *ius fruendi* (ziskem lze totiž rozumět určitý výnos) a (b) *ius adquirendi* (likvidační zůstatek odpovídá zpeněženému majetku po odečtení dluhů při likvidaci podílového fondu, tj. podílníkům se vydává pouze peněžní ekvivalent majetku podílového fondu).

Do budoucna proto může být zajímavé uvažovat po vzoru podílových listů o inkorporaci práv obmyšlených do cenného papíru. Takové cenné papíry, označitelné např. po vzoru angloamerických *trust certificates*¹²⁰ jako „svěřenské certifikáty“, by sice nebyly vyjádřením určité jednotky nebo podílu na svěřenském fondu (jako je tomu u *unit trusts* a podílových fondů), mohly by se však stát novým právním institutem prohlubujícím mobilitu majetkových práv, jenž by napomohl ještě většímu (teoretickému i aplikačnímu) rozvoji tuzemského svěřenského práva. Zvláště v prostředí svěřenských fondů jako fondů investičních by takový cenný papír byl více než přínosný, neboť v období uzavření rukopisu tohoto textu¹²¹ nejsou v České republice podle seznamu vedeného ČNB žádné investiční fondy mající právní formu svěřenského fondu.¹²²

6. ZÁVĚR

Svěřenské fondy jsou novým právním institutem, na který už byla i začleňována jedna z novel občanského zákoníku. Tuzemský právní institut svěřenského fondu je spíše jen určitou inspirací angloamerickými *trusty*. Přestože je totiž základní personální schéma (zakladatel – *settlor*, svěřenský správce – *trustee*, obmyšlený – *beneficiary*) zachováno, česká právní úprava se především vyznačuje zvýšenými administrativně-právními nároky na zúčastněné osoby, což někdy v právní teorii vede k označování svěřenských fondů za kvaziprávnícké osoby nebo jejich přirovnání k fundacím. Mnohem inspirativnější a příhodnější je ovšem vztahení svěřenských fondů k právní úpravě fondů podílových. Podílové fondy jsou totiž již delší dobu upraveny v českém právním řádu a jejich ideovým základem jsou právě angloamerické *trusty* a *unit trusts*.

Z dílčího srovnání obou fondovních struktur vyplývá závěr, že pokud jde o faktický rozsah práv obmyšlených a podílníků, je možné nalézt určité spojující prvky. Obmyšleným, kteří k majetkové podstatě svěřenského fondu nemají vlastnické právo ani formálně, i podílníkům, již jsou naopak formálně vlastníky majetku v podílovém fondu, může náležet právo na výnosovou složku tohoto majetku, případně právo na vydání majetku při ukončení správy (ve fyzické podobě u svěřenských fondů či pouze v peněžní formě v případě podílových fondů). Pro další teoretické zkoumání a rozvoj svěřenských fondů v aplikační praxi proto může být velmi nosné zaobírat se možnostmi inkorporace práv obmyšlených do cenného papíru, neboť lze vysledovat jistou podobnost mezi majet-

¹²⁰ K tomuto pojmu blíže např.: RIZVI, S. A. R. – BACHA, O. I. – MIRAKHOR, A. *Public Finance and Islamic Capital Markets: Theory and Application*. Palgrave Macmillan, 2016, s. 51.

¹²¹ Prosinec 2018.

¹²² Tento seznam vede Česká národní banka podle § 597 písm. c) a § 598 ZISIF. Zmíněný nulový stav se vztahuje ke dni 1. 12. 2018. (Česká národní banka. Celkový přehled počtu subjektů ke dni 1. 12. 2018. In: *cnb.cz* [online]. 1. 12. 2018 [cit. 1. 12. 2018]. Dostupné z: https://apl.cnb.cz/apljerrsdad/JERRS.WEB24.SUBJECTS_COUNTS?p_lang=cz.)

kovými právy obmyšleného a právy, která jsou (mohou být) zakotvena v podílových listech.

Z pohledu právní teorie se tak jeví být zajímavé zkoumat spojitosti právě mezi oběma *trust-like* instituty, které jsou v českém právu přítomny, byť byly zakotveny zcela paralelně a nezávisle. Na závěr by proto bylo možné poznamenat, že zákonodárce možná poněkud zbytečně implantoval úpravu québecké *fiducie* namísto snazšího uzpůsobení v českém právu etablovaného a dobře známého podílového fondu pro potřeby svěřenského práva. Tím by bylo možné vyhnout se i některým teoreticko-právním nesrovnalostem, mezi které patří např. odosobněné vlastnictví svěřenského fondu, tedy vlastnické právo bez osoby vlastníka.

JUDr. Jakub Vojtěch
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
vojtechj@prf.cuni.cz
ORCID 0000-0003-0636-8079

VÝKLAD PRÁVNÍCH JEDNÁNÍ A INTERPRETACE SOUKROMOPRÁVNÍCH PŘEDPISŮ: CO MAJÍ SPOLEČNÉHO, ČÍM SE LIŠÍ A JAKÝ TO MÁ VÝZNAM?*

KAREL BERAN**

Abstract: **The Interpretation of Legal Acts and the Interpretation of Private Law: What are Their Common Features, What Makes Them Different and What Significance Does It Have?**

This paper aims to clarify what is the difference between the interpretation of legal acts (conduct) and the interpretation of provisions of private law legislation, and what is of the importance thereof in terms of unity and fragmentation of law as a system. First of all, the paper explains that comparing the interpretation of legal provisions with the interpretation of legal act is possible and it is not conceptually two completely different cases, even though we find different ways of interpretation in connection with what is being interpreted. The author concludes that, in the two above-mentioned cases, the use of interpretation methods results in completely different manners of interpretation. If linguistic, systematic and logical method of interpretation serves correctly as the starting point in the construction of law and these methods are followed by teleological interpretation, in the case of legal acts, the order is exactly the opposite. The basic method of interpreting legal acts is teleological, while systematic and logical interpretation can only serve to establish the intent followed by the person taking the act. The practical consequence of differentiating the methodology of interpretation is the view of law as a system that consists not only from general legal rules, but also from legal acts between individuals. However, although a legal act is formally described or understood as individual, it is necessary to differentiate legal act between two individuals and legal act affecting individually unspecified natural or juristic persons, as in the case of founding legal act, i.e. instrument of constitution of a juristic person. Such legal act must be understood substantively and not formally. Otherwise, it could result not in a systemic approach to law, but in its fragmentation, or antisystemic interpretation lacking rational justification.

Keywords: interpretation; methods of interpretation; private law; legal act (legal conduct); teleological interpretation; intent of the person taking an act; interpretation of a contract

Klíčová slova: interpretace, interpretační metody; soukromé právo; právní jednání; teleologický výklad; úmysl jednatelů; výklad smlouvy

DOI: 10.14712/23366478.2019.20

* Tento článek byl zpracován v rámci projektu Grantové agentury ČR reg. č. 19-10723S „Co současné právo sjednocuje a co jej fragmentarizuje z pohledu právní teorie a soudní praxe?“.

** Autor působí jako docent na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty UK v Praze. Autor děkuje za připomínky a náměty k tomuto článku JUDr. Pavlu Ondřejkovi, Ph.D., jakož i dvěma anonymním recenzentům.

1. ÚVODEM

Předmětem interpretace je jazykové vyjádření právní normy. To ale neznamená, že předmětem interpretace musí být jen norma obsažená v ustanovení právního předpisu, typicky zákona. Předmětem interpretace může být (a pravidelně také je) např. smlouva jakožto právní titul, který je důvodem vzniku subjektivního práva a povinnosti. Mezi obecnou právní normou obsaženou v textu zákona na straně jedné a individuálním právním titulem – „právním jednáním“ – na straně opačné se však v recentní české právní teorii striktně odlišuje. Jestliže tak v občanském zákoníku nacházíme svébytná výkladová ustanovení, která se týkají výkladu právních jednání, obvykle si nikdo neklade otázku, co mají společného a čím se liší od interpretačních ustanovení, která se vztahují k právním předpisům. Lze však o výkladu právního jednání vůbec uvažovat v obdobném smyslu jako o interpretaci práva a **je vůbec na místě srovnávat „právní jednání“ na straně jedné s ustanovením zákona** na straně opačné? Ustanovení zákona přece na rozdíl od právního jednání obsahuje obecnou právní normu, zatímco právní jednání pouze individuální právní povinnost. Má tedy právní jednání s ustanovením zákona vůbec něco společného?

Na to, co má právní jednání společného s ustanovením zákona, poukázala ryzí nauka právní. Jak právní jednání, tak zákon totiž podle normativistů obsahují právní (tedy státní mocí vynutitelnou) povinnost, a tedy i právní normu. Podle Weyra totiž i „*soukromá smlouva, která v daném právě příkladě vyvolává podmiňující skutkovou podstatu, jeví se nesporně jako norma. Normotvůrci jsou tu smluvní strany, jako při rozsudku je normotvůrcem soudce a při zákonu zákonodárce (parlament, panovník atd.). Než nejen skutečnost, že zápůjčka byla poskytnuta, která, jako prostý děj ve světě vnějším, nemůže se jeviti jako norma, nýbrž i okolnost, že touto skutečností vzniká povinnost (smluvní), tedy norma, lze vzhledem k případně pozdější normě rozsudeční, v níž ona smluvní povinnost jest znova deklarována, jakož i vzhledem k nadřizené obecné normě o půjčkách, zápůjčkách atd., považovati za skutkovou podstatu, která jest nezbytným předpokladem konkretisace abstraktní (obecné) normy v konkrétní, jinými slovy: rozsudek, vyslovující (stanovící) povinnost žalovaného A, aby vrátil zapůjčenou částku panu B, může býti vydán jen tehdy, byla-li zde ona podmiňující skutková podstata, t. j. byla-li zápůjčka panu B skutečně poskytnuta. Jen za této podmínky může dojiti ke kladné aplikaci, t. j. konkretisaci nadřizené obecné normy o zápůjčkách.*“¹

Z dnešního pohledu můžeme rozdíil spatřovat v tom, že zákon by měl obsahovat obecnou právní normu, zatímco právní jednání pouze individuální právní povinnost. Normativisté však tvrdili, že i v případě právního jednání se jedná o normu, nikoliv však normu obecnou, nýbrž individuální a svým obsahem konkrétní. Pojmově se však jedná o normu, která je vynutitelná, neboť vychází z jednoho normového ohniska, ke kterému se lze vrátit při odpovědi na otázku, podle čeho byla dotyčná norma vydána. Smluvní povinnosti jsou vynutitelné, neboť vznikají na základě zákona – občanského zákoníku. Občanský zákoník vznikl (byl vydán) na základě ústavy, čímž se již téměř dostáváme k základní normě, kterou můžeme zjednodušeně řečeno ztotožnit s ústavou, nebo o tro-

¹ WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 129–130.

chu složitěji s normou, která nad touto ústavou stojí a opravňuje prvního ústavodárce k jejímu vydání.

Z toho plyne, že i výklad právních jednání lze považovat za interpretaci právních norem, které tvoří součást práva soukromého. Při odpovědi na otázku, čím se liší výklad právních jednání od interpretace právních předpisů, je tedy třeba se nejprve zabývat tím, v čem spočívají specifika interpretace soukromého práva, a v návaznosti na to odpovědět na otázky:

1. Jakým způsobem se mají vykládat zákonná ustanovení soukromého práva?
2. Jakým způsobem se mají vykládat právní jednání?

V obou těchto případech je třeba se především zamyslet nad otázkou, v jakém pořadí se mají interpretační metody používat a jaký význam je třeba jednotlivým metodám přisoudit, tj. která z metod by měla mít přednost?

2. V ČEM SPOČÍVAJÍ SPECIFIKA INTERPRETACE SOUKROMÉHO PRÁVA?

Právní norma je základním prvkem právního řádu. Jak právo soukromé, tak právo veřejné je tak tvořeno právními normami, jejichž pojetí i struktura je v obou případech stejná.² Klade se proto otázka, zda mohou vůbec existovat nějaké zvláštní interpretační metody nebo zvláštní způsoby jejich použití, které by se snad mohly či měly vztahovat pouze na právní normy obsažené v soukromém právu. Není to snad tak, že interpretace se vždy vztahuje k právní normě a metody, které se přitom používají, musí být stejné v případě každé právní normy bez ohledu na to, zdali se nachází v soukromém či veřejném právu?

Odpověď na tuto otázku souvisí s dvojím možným přístupem k interpretaci. Interpretaci lze totiž chápat buď jako teoretickou disciplínu a vědeckou metodu poznání právní normy, nebo jako závazný postup, kterým zákon stanovuje, jak se má právo vykládat, a tedy i aplikovat. Z toho plyne, že interpretační metody sice zákonem upraveny být mohou, ale nemusí. Přestože však upraveny jsou, resp. býti mohou, neznamená to, že metodologii interpretace práva lze normativně stanovit právním předpisem, a vyloučit tak vědeckou diskuzi na toto téma. I v takovém případě je právní věda ve vztahu k platnému právu autonomní a může, ba dokonce by měla, rozvíjet a vysvětlovat právní metodologii, aniž by byla vázána interpretačními direktivami, které jsou stanoveny v platném právu. Na druhou stranu to ale neznamená, že právní teorie může přehlížet pravidla interpretace obsažená v platném právu. Naopak, jejím úkolem je tato pravidla reflektovat a kriticky přezkoumávat. Z toho také plyne, že pokud interpretační pravidla v platném právu vůbec obsažena nejsou, nic se nestane, neboť jsou předmětem zájmu právní teorie a doktríny.

² V této souvislosti je však třeba odlišovat mezi interpretací jazykového znění právní normy a interpretací právních principů. Zejména v případě ústavního práva přichází v úvahu výklad, jehož předmětem nejsou jen normy chování, nýbrž také velmi často kompetenční a imperfektní právní normy, jakož i právní principy. Z toho důvodu lze uvažovat o tom, že výklad ústavního práva může být specifický oproti výkladu běžného práva, které především obsahuje normy chování. K tomu srovnej: HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace: ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 55.

Minulá a současná právní úprava v České republice dokazuje, že oba dva tyto přístupy jsou možné. Všeobecný občanský zákoník, který na území současné ČR platil od roku 1811 až do roku 1950, výkladová pravidla³ obsahoval. Od roku 1950 až do roku 2014 byly v Československu a později též i v samostatné České republice metody právní interpretace ponechány právní teorii a v občanském ani jiném kodexu nebylo obdobné ustanovení obsaženo. Zásadní změna však nastala v roce 2014 s účinností nového občanského zákoníku. Jazykové vyjádření § 2 občanského zákoníku⁴ ukazuje na to, že zdrojem inspirace pro něj byl (kromě jiného také) všeobecný občanský zákoník. Jak ale upozornila Katarzyna Žák Krzyžanková „*ideově obě tyto kodifikace vyrůstají ze zcela odlišných představ. Osvícenství – zjednodušeně řečeno – chtělo svázat soudce psaným textem, nová tuzemská úprava vybízí soudce k aktivnímu posuzování interpretačních závěrů a jejich dopadů na život jednotlivců...*“⁵ Další důležitý rozdíl spočívá v postavení, které v právním řádu zaujímal všeobecný občanský zákoník a které zaujímá v právu ČR občanský zákoník. Podle Jana Tryzny však interpretační pravidla ve všeobecném občanském zákoníku „*byla chápána spíše jako návod, jak přistupovat k zákonu, nikoliv jako jednoznačný závazný příkaz k určitému postupu při interpretaci. Bylo tomu tak proto, že samotná tato pravidla byla objektem interpretace, což stupeň závaznosti jejich obsahu snižovalo.*“⁶ Právě tím, že český občanský zákoník – po vzoru všeobecného občanského zákoníku z roku 1811 – obsahuje zvláštní ustanovení, která se týkají interpretace ustanovení zákona, se však podstatně odlišuje od všech ostatních kodexů v ČR, kde žádná interpretační ustanovení nenacházíme.

Specifikum interpretace soukromého práva v ČR tedy spočívá v tom, že na rozdíl od veřejného práva, zákon stanoví způsob interpretace zákonných ustanovení soukromého práva, tj. především pořadí interpretačních metod.

³ Výklad

§ 6 Zákonu při používání nesmí býti dáván jinaký smysl, než jaký vychází z vlastního smyslu slov v jejich souvislosti a z jasného úmyslu zákonodávce.

§ 7 Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani z přirozeného smyslu zákona, jest hleděti k podobným případům v zákonech zřejmě rozhodnutým, a k důvodům jiných, s tím příbuzných zákonů. Zůstane-li právní případ ještě pochybný, musí býti rozhodnut podle přirozených zásad právních, se zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým.

§ 8 Jen zákonodárci náleží moc vyložiti zákon způsobem obecně závazným. Takovým projevem nutno se řídit ve všech právních případech dosud nerozhodnutých, pokud zákonodárci nepřipojil, že jeho projev nemá býti vztahován na rozhodování takových právních případů, jejichž předmětem jsou konání učiněná a práva uplatňovaná před oním projevem.

⁴ (1) Každé ustanovení soukromého práva lze vykládat jenom ve shodě s Listinou základních práv a svobod a ústavním pořádkem vůbec, se zásadami, na nichž spočívá tento zákon, jakož i s trvalým zřetelem k hodnotám, které se tím chrání. Rozejde-li se výklad jednotlivého ustanovení pouze podle jeho slov s tímto příkazem, musí mu ustoupit.

(2) Zákonnému ustanovení nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti a z jasného úmyslu zákonodávce; nikdo se však nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu.

(3) Výklad a použití právního předpisu nesmí být v rozporu s dobrými mravy a nesmí vést ke krutosti nebo bezohlednosti urážející obyčejné lidské citění.

⁵ ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Quid iuris? (Deskriptivní teorie právní interpretace a argumentace)*, s. 64. [online]. 2015 [cit. 25. 7. 2018]. Dostupné na: <https://is.cuni.cz/webapps/zpp/detail/53575>.

⁶ TRYZNA, J. Garance právní jistoty z hlediska metodologie interpretace práva předvídané navrhovaným občanským zákoníkem. In: HULMÁK, M. – BEZOUŠKA, P. – TRYZNA, J. *Stará judikatura ve světle nových zákonů*. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2012.

3. JAKÝM ZPŮSOBEM SE MAJÍ VYKLÁDAT ZÁKONNÁ USTANOVENÍ SOUKROMÉHO PRÁVA?

3.1 V JAKÉM POŘADÍ SE MAJÍ VYKLÁDAT PRÁVNÍ NORMY OBSAŽENÉ V ZÁKONNÝCH USTANOVENÍCH SOUKROMÉHO PRÁVA?

Jaké interpretační metody český zákonodárce předpokládal a stejně tak v jakém pořadí se mají tyto metody použít, lze vyčíst především z § 2 občanského zákoníku.⁷ Domnívám se, že východisko by měl představovat jeho druhý odstavec. Jestliže je v něm totiž uvedeno, že „*zákonnému ustanovení nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti*“, potom z toho po mém soudu plyne, že za základní interpretační metodu je třeba považovat výklad **ja-zykový** (gramatický). „*Vzájemná souvislost slov*“ pak vyjadřuje nutnost použití výkladu **systematického**, jakož po mém soudu i **logického**.⁸ Zmiňuje-li se dotýčný odstavec o jasném úmyslu zákonodárce, potom se tím myslí **historický** výklad směřující k účelu právní úpravy, který onen historický zákonodárce v souladu s úmyslem vyjádřeným v důvodové zprávě sledoval. Teprve poslední část věty „*nikdo se však nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu*“ míní teleologickou metodu výkladu. Tím se však již dostáváme k otázce, na niž se pomocí teleologického výkladu odpovídá, tj. jakého cíle má právní úprava dosáhnout a jaké hodnoty jsou touto úpravou chráněny.

Chráněnými hodnotami má podle § 3 odst. 1 občanský zákoník na mysli „*důstojnost a svobodu člověka, i jeho přirozené právo brát se o vlastní štěstí a štěstí jeho rodiny nebo lidí jemu blízkých takovým způsobem, jenž nepůsobí bezdůvodně újmu druhým*“. Proto také podle § 2 odst. 3 občanského zákoníku nesmí výklad a použití právního předpisu být „*v rozporu s dobrými mravy a nesmí vést ke krutosti nebo bezohlednosti urážející obyčejné lidské cítění*“. Při hledání hodnot, které občanské právo chrání, se však nelze omezovat pouze na předpisy soukromého práva, neboť podle § 2 odst. 1 občanského zákoníku „*každé ustanovení soukromého práva lze vykládat jenom ve shodě s Listinou základních práv a svobod a ústavním pořádkem vůbec*...“. Chráněné hodnoty, které normy občanského práva vyjadřují, tedy nenalzáme jen v občanském právu samotném, nýbrž i v právu ústavním.⁹ Jak z § 2, tak z § 3 je patrné, že zdůrazňují význam hodnot, které občanský zákoník chrání. To ovšem neznamená, že by mělo být ignorováno jazykově vyjádření zákonného ustanovení. Naopak. Z poslední věty § 2 odst. 1 občanského zákoníku „*rozejde-li se výklad jednotlivého ustanovení pouze podle jeho slov s tímto příkazem, musí mu ustoupit*“ po mém soudu plyne, že dříve než přistoupíme k teleolo-

⁷ Viz poznámka pod čarou č. 5.

⁸ Předpokladem totiž je, že logický výklad budeme chápat jako samostatnou metodu výkladu. V této souvislosti odkazují zejména na Jana Wintra, který logický výklad jako samostatnou kategorii nechápe, a navazuje tak na kritiku Františka Cvrčka, která se vztahovala k „*právní logice*“. K tomu srovnej WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 26; CVRČEK, F. Kritické poznámky k výuce interpretace právních textů. In: GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P. (ed.). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi: sborník příspěvků z vědeckého kolokvia kateder teorie práva právnických fakult České republiky (Milovy 19.–20. 6. 2002)*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003.

⁹ K funkcím ústavních hodnot v českém soukromém právu viz ONDŘEJEK, P. A Structural Approach to the Effects of Fundamental Rights on Legal Transactions in Private Law. *European Constitutional Law Review*. Cambridge University Press, 2017, č. 2, s. 297 a násl.

gickému výkladu, jehož předmětem není jen samotný text právního předpisu, je třeba použít výklad podle jeho slov, tj. jazykový, logický a systematický. Teprve tehdy, když se výklad podle slov rozchází s výkladem založeným na hodnotách, musí mu ustoupit.

Mám tedy za to, že z § 2 lze vyvodit následující pořadí použití interpretačních metod:

1. jazykový
2. systematický (a logický)
3. historický
4. teleologický.

Z toho plyne, že teleologický výklad by měl následovat až jako poslední v případě, kdy jsou všechny předchozí metody vyčerpány. To ostatně tvrdí i zastánce teleologického výkladu Jan Wintr, podle kterého „*má text zákona pro interpretaci značný význam. Je tomu tak nejen proto, že i historické a teleologické úvahy musejí začít od textu zákona.*“¹⁰ Jiná a složitější otázka však je, jaký je význam jednotlivých interpretačních metod a které by měly mít případně vyšší váhu.

3.2 JAKÝ VÝZNAM MAJÍ MÍT JEDNOTLIVÉ METODY INTERPRETACE?

Při řešení otázky, jaký význam mají mít jednotlivé metody interpretace, nepanuje v české právní doktríně jednota. To platí, nejen pokud jde o teoretický přístup k metodám interpretace, nýbrž také pokud jde o závaznost postupu při interpretaci, která plyne (resp. by měla plynout) z výkladových pravidel obsažených v občanském zákoníku. V obou těchto případech jde v zásadě o to, zda by větší váhu měly mít výsledky interpretace, ke kterým dospějeme na základě jazykového a systematického výkladu (textualismus), nebo naopak výsledky, ke kterým dospějeme na základě historického či teleologického výkladu (intencionalismus). K autorům, kteří v České republice upřednostňují psaný text, a tedy i textualistický výklad, náleží zejména Aleš Gerloch nebo Jan Tryzna, naopak k autorům, kteří preferují účel, jenž by právní norma měla sledovat, náleží Filip Melzer¹¹ nebo Jan Wintr¹².

Jan Wintr vychází z klasické čtveřice interpretačních metod, kterou ostatně také nachází v § 2 občanského zákoníku, který vykládá následujícím způsobem: „*Snadno v tomto ustanovení (tj. § 2 o.z. pozn. autora) nalezneme pokyn k výkladu jazykovému (význam, [...] jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti), systematickému (ve shodě s Listinou základních práv a svobod a ústavním pořádkem vůbec, se zásadami, na nichž spočívá tento zákon), historickému (z jasného úmyslu zákonodávce) i teleologickému (s trvalým zřetelem k hodnotám, které se tím chrání, a celý odstavec 3).*“¹³ Oporu pro větší význam teleologického výkladu Jan Wintr nachází ostatně mimo jiné přímo v § 2 občanského zákoníku, když říká: „*proti textualismu hovoří*

¹⁰ K tomu viz např.: „*Protože soudce je vázán zákonem a ve sbírce zákonů je vyhlášován jen text zákona, měl by podle mého názoru mít jazykový (a s ním související systematický) výklad přinejmenším prima facie přednost před historickým a teleologickým výkladem.*“ WINTR, c. d., s. 186.

¹¹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011.

¹² WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013.

¹³ WINTR, c. d., s. 26.

příliš silné argumenty a dnes se k němu nehlásí ani judikatura (srov. kapitolu 7.1), ani zákonodárce (srov. § 2 nového občanského zákoníku)¹⁴. Na základě těchto argumentů pak Jan Wintr dospívá k tzv. pravidlům přednosti, která, pokud jde o vztah k textu a účelu právní normy, formuluje takto:

„Zákaz opomíjení účelu a smyslu právní úpravy. I když je text zákona jednoznačný, nelze jej aplikovat mechanicky bez zvážení účelu a smyslu právní úpravy. Je třeba usilovat o harmonizaci interpretačních výsledků, protože jen řešení odstraňující rozpory mezi jazykovým, systematickým a teleologickým výkladem je skutečně přesvědčivé.

***Přednost teleologického výkladu před formálně systematickým výkladem u víceznačného textu zákona.** Při poměrování totiž převáží hodnoty nesené teleologickým výkladem nad presumpcí racionálního zákonodárce a s ní související právní jistotou vycházející jen ze zkušenosti s koncipováním právních textů. To platí zejména u zásad výše řazených pod principy vyloučení redundance a systematiky zákonodárství.*¹⁵

V díle Filipa Melzera především nacházíme poněkud odlišnou klasifikaci interpretačních metod. Ta vychází z tzv. výkladového cíle, kterým je třeba rozumět to, „*co má být pomocí výkladu zjištěno*“.¹⁶ Filip Melzer dělí výkladové cíle do dvojic podle dvou hledisek. Prvním je dělení na **subjektivní a objektivní výkladový cíl**.¹⁷ Východiskem pro toto rozlišení je zjištění toho, na koho má daný text působit. Jestliže pátráme po tom, jaký význam přikládal textu jeho autor, pak se jedná o subjektivní výkladový cíl. Naopak pokud nalzáme to, jak má text chápat jeho příjemce, jde o objektivní výkladový cíl. Podle druhého dělení rozlišujeme výkladové cíle na **historické a recentní**.¹⁸ U tohoto dělení je hlediskem plynutí času. Historický výkladový cíl je takový, jehož interpretace se vztahuje k datu vydání textu. Naproti tomu recentní výkladový cíl znamená, že se výklad vztahuje právě k datu jeho interpretace. Podstatné a více patrné je toto dělení hlavně u objektivního výkladového cíle. Je jistě jiné chápání textu adresátem v době jeho vydání na rozdíl od doby jeho aplikace. Na základě vzájemné kombinace těchto cílů Filip Melzer rozlišuje **čtyři základní výkladové cíle**. Jsou jimi historický subjektivní výkladový cíl, recentní subjektivní výkladový cíl, recentní objektivní výkladový cíl a historický objektivní výkladový cíl.¹⁹ K možnosti aplikace uvedených výkladových cílů je nutné určení důvodů jejich legitimacy, které musí být zřejmé již ze základních principů právního řádu.²⁰ Po zhodnocení všech těchto čtyř výkladových cílů dospívá Melzer k závěru, že „*v našem právním řádu se vyskytují legitimizační důvody pouze pro dva z uvedených cílů. Jsou jimi subjektivně historický a objektivně recentní výkladový cíl.*“²¹ Způsoby, jakými lze dospět k určitému výkladovému cíli, se nazývají metody výkladu a každá metoda má své argumenty, pomocí nichž lze určitého

¹⁴ WINTR, c. d., s. 186.

¹⁵ WINTR, c. d., s. 207.

¹⁶ MELZER, c. d., s. 80.

¹⁷ MELZER, c. d., s. 81.

¹⁸ MELZER, c. d., s. 81.

¹⁹ K tomu srovnej též: KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 2013; či BYDLINSKI, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. überarb. Auflage. Wien: UTB, Facultas, WUV Universitätsverlag, 2012.

²⁰ MELZER, c. d., s. 81–82.

²¹ MELZER, c. d., s. 86.

výkladového cíle dosáhnout. Své výkladové metody mají i oba výkladové cíle, které v českém právním řádu existují legitimně. Pro subjektivně historický výkladový cíl je jím **výklad subjektivně historický** a pro objektivně recentní výkladový cíl jsou jimi **výklad formálně systematický a objektivně teleologický**.²²

Opačný pohled na tuto otázku reprezentuje stanovisko Aleše Gerlocha a Jana Tryzny.²³ Za jejich východisko lze považovat rozlišování interpretačních metod Aleše Gerlocha na standardní a nadstandardní. Standardní metody, tj. výklad jazykový, systematický a logický, by měly být podle jejich názoru používány nejen jako první, ale měly by mít při interpretaci vyšší váhu oproti metodám nadstandardním, které zahrnují výklad historický, teleologický a komparativní. Podle Aleše Gerlocha je pro všechny tři „nadstandardní“ metody výkladu společná argumentace *e ratione legis* – argumentace „rozumem“ zákona, tj. jeho smyslem, duchem, účelem. *„Z hlediska legality je důležité, že argumentační závěry takto zjištěné nemohou obstát, jsou-li ve zjevném rozporu s textem (literou) zákona, resp. mezinárodní smlouvy, a s interpretačními výsledky dosaženými standardními metodami.“*²⁴

Spor o to, co by mělo mít při výkladu větší váhu, se projevuje také (a možná především) v tom, co se vyvozuje z § 2 občanského zákoníku, jenž stanovuje, jak postupovat při interpretaci soukromého práva. Zjednodušeně řečeno lze konstatovat, že na jedné straně spektra se opět nachází Jan Wintr spolu s Filipem Melzerem, kteří považují za určující poslední část věty § 2 odst. 2, která říká *„nikdo se však nesmí dovolávat slova právního předpisu proti jeho smyslu“*. Právě tato věta představuje důležitou zákonnou oporu, proč by teleologický výklad preferující „smysl“ před jazykovým vyjádřením měl mít podle jejich názoru přednost. V obdobném duchu se ostatně vyjadřuje i důvodová zpráva k § 2 odst. 2 občanského zákoníku, ve které se lze dočíst: *„navržené ustanovení zdůrazňuje, že zákon nelze vykládat jen z jeho slov, ale je nutno přihlížet především k jeho smyslu. Zákonodárce si musí být vědom, že slova zákona nemusí vždy dokonale vyjádřit jeho úmysl, a proto ukládá soudci, aby tato slova zvažoval, poměřoval je právními principy a zásadami, nespokojil se jen s gramatickým výkladem a hledal skutečný obsah zákona.“*

Podle Jana Tryzny, který je hlavním reprezentantem opačného názoru, však *„vysvětlení záměru autorů obsažené v důvodové zprávě zjevně nekoresponduje s formulací ustanovení § 2 odst. 2. Podle důvodové zprávy má soudce vzít v úvahu, že zákonodárce nemusí být vždy schopen svůj úmysl výstižně vyjádřit, tudíž soudce má hledat ,skutečný obsah zákona‘. ... Účel zákona lze dovodit z jeho slovního vyjádření, z obsahu zákona, neboť v ničem jiném nelze oporu pro hledání smyslu zákona nalézt. Oproti tomu úmysl zákonodárce (záměr sledovaný zákonodárcem) lze hledat i mimo vyjádření tohoto*

²² MELZER, c. d., s. 86.

²³ K tomu srovnaj zejména kapitolu: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. Úvodní teze metodologie interpretace práva. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (ed.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012; nebo GERLOCH, A. – TRYZNA, J. *Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis*. In: GERLOCH, A. – TOMÁŠEK, M. *Nové jevy v právu na počátku 21. století*. Praha: Karolinum, 2010, s. 25.

²⁴ GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. aktualizované vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017, s. 147.

úmyslu v zákoně. Takový závěr plyne i z textu § 2 odst. 2, který vedle sebe klade ‚vlastní smysl slov v jejich vzájemné souvislosti‘ a ‚jasný úmysl zákonodárce‘.²⁵

Podle Jana Tryzny je zdrojem nejasností právě ta část věty, podle které se nikdo nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu. Podle něj je totiž ‚matoucí představa o existenci ‚skutečného obsahu zákona‘, jež dle autorů může být odlišný jak od slov zákona, tak od úmyslu zákonodárce‘. Zjednodušeně řečeno tak Jan Tryzna tvrdí, že smysl zákona plyne z jeho jazykového vyjádření, popřípadě ve spojení s úmyslem zákonodárce, který k vyjádření svého úmyslu ostatně používá především slova, kterými svůj úmysl vyjadřuje. Z toho plyne, že dotyčné ustanovení je ve skutečnosti rozporuplné, neboť umožňuje výklad, který smysl právního předpisu hledá v jeho slovech (textualismus), nebo v jeho účelu, který nemusí korespondovat s jeho slovy (intencionalismus).

Výše popsaný střet těchto dvou názorových proudů je jen praktickou demonstrací jevu, který nedávno reflektoval Miloš Večeřa, když konstatoval: ‚*Pro proces interpretace a aplikace práva se v tomto směru jeví jako zvlášť závažná postmoderní relativizace pravdy, jež je vázána na určitá pravidla, mezi nimiž lze volit. Postmoderna tak přináší uznání více možností řešení, která jsou přitom stejně vhodná a adekvátní a jen těžko se určuje, či pravda nebo názor je ‚lepší‘ a či ‚horší‘. Fakt odlišných právních prostorů a konec chápání práva jako objektivní reality pak znamená, že právo není výrazem jednoznačného příkazu jedné nezpochybnitelné autority (zákonodárce), ale odvisí od výsledku diskurzivního procesu. Interpretací a aplikační proces práva tak nerezultuje v jeden správný výsledek. Realita práva je diskurzivním výsledkem podnětů účastníků diskurzu disponujících odlišnou společenskou mocí. Právo je definováno nikoliv svým textem, ale svým významem, který je nalézán v procesu neustálé reinterpretace právním a společenským diskurzem. Účastníci diskurzu přitom mají odlišnou sílu a schopnosti přispět k výsledku diskurzu.*‘²⁶

V praktické rovině, tj. pokud jde o výklad pravidel regulujících interpretaci, s tím souzní vyjádření Katarzyny Žák Krzyžankové, která připomíná, že tato pravidla jsou ‚součástí normativního právního textu, a proto jako taková podléhají výkladu, tj. jsou objektem interpretace. Jen stěží lze proto v této chvíli předvídat, jak budou v praxi vykládána. Již nyní se totiž jednotliví představitelé právní doktríny rozcházejí v názoru na to, jak rozumět předmětným ustanovením NOZ.‘²⁷

Postmoderní skepse k tomu, jak rozhodnout a které řešení je vlastně správné, však těžko může představovat praktické vodítko, jak v konkrétním případě rozhodnout a k jakému interpretačnímu závěru se přiklonit. Pokud však má rozhodnutí posilovat právní jistotu adresátů práva, je podle mého názoru potřeba interpretovat podobné právní problémy podobně, tedy s využitím stejného postupu, pořadí interpretačních metod a zhod-

²⁵ TRYZNA, J. Garance právní jistoty z hlediska metodologie interpretace práva předvídané navrhovaným občanským zákoníkem. In: HULMÁK, M. – BEZOUŠKA, P. – TRYZNA, J. *Stará judikatura ve světle nových zákonů*. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2012, s. 77.

²⁶ VEČEŘA, M. Soudcovská tvorba práva v kontextu postmoderny. In: VEČEŘA, M. – HURDÍK, J. – HAPLA, M. a kol. *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2015, 343 s. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická, Edice Scientia, č. 541, s. 72.

²⁷ ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, c. d., s. 66.

nocení jejich významu při vzájemném konfliktu. Proto považují za správné přiklonit se k tomu či onomu názorovému proudu a předložit pro to své argumenty.

K výkladu, který preferuje text zákona před jeho smyslem, se přiklámám i já. Skutečnost, že standardní metody by měly mít větší význam, plyne po mém soudu mimo jiné i z toho, že jsou používány pro výklad tzv. primárního objektu interpretace, kterým je text, z něhož poznáváme právní normu. Nadstandardní metody interpretace přicházejí naopak v úvahu teprve v okamžiku, kdy je interpretován nejen text, ale i hodnoty za textem stojící, tedy sekundární objekt. K interpretaci sekundárního objektů však můžeme přistoupit pouze výjimečně při tzv. obtížných případech.²⁸ K řešení obtížných případů by však nemělo docházet u všech soudů, tj. u té nejnižší instance, nýbrž naopak u soudů instance nejvyšší, případně u soudu ústavního. Při aplikaci práva v těchto obtížných případech tak není důležité jen zjištění skutkového stavu a jeho subsumpcie pod příslušnou právní normu, nýbrž zejména řešení právních otázek. V těchto případech se totiž nerozhoduje pouze na základě právních norem, nýbrž zejména též na základě hodnot a principů, které stojí v základu normativní regulace. Proto také, při aplikaci práva v těchto obtížných případech, hraje zásadní úlohu princip proporcionality založený na poměrování kolidujících principů, případně základních práv a veřejných zájmů.²⁹

Ostatně jak jinak než pomocí principu proporcionality lze vyložit § 2 odst. 3 občanského zákoníku, podle kterého jsou nejzazším kritériem akceptovatelnosti, ale i aplikovatelnosti určitého interpretačního závěru „dobré mravy“ a „obyčejné lidské citění“, které mají zabránit vyslovování a použití „krutých“ a „bezohledných“ výkladů soukromoprávních norem v jednotlivých případech. Plně v této souvislosti souhlasím s Katarzynou Žák Krzyžankovou, že je tím „*dán značný prostor pro úvahu rozhodovacích orgánů, přičemž je nasnadě, že se tímto – alespoň potenciálně – otevírá prostor právní nejistotě a nepředvídatelnosti práva, protože obyčejné lidské citění je jen stěží objektivně uchopitelné a definovatelné...*“³⁰

Zároveň je však třeba připustit, že pokud jde o interpretaci soukromého práva, bude mít **teleologický výklad** zásadní význam při řešení otázky, zda se vůbec na dotyčný právní případ bude vztahovat právní úprava obsažená v občanském zákoníku (případně jiných soukromoprávních předpisech), nebo zda se lze od této úpravy odchýlit smluvním ujednáním. Důvodem proto je možnost, aby si strany smlouvou ujednaly odchýlnou právní úpravu od zákona v souladu s § 1 odst. 2 občanského zákoníku, který stanoví: „*Nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona; zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti.*“

Jestliže však smluvní strany svým ujednáním vyloučí aplikaci ustanovení zákona, potom to nebude zákon, který bude interpretován, nýbrž právní jednání, a pro právní jednání – jak bude ještě ukázáno – platí zcela jiné pořadí interpretačních metod.

²⁸ K tomu srovnej BERAN, K. Výklad (interpretace) norem občanského práva. In: DVOŘÁK, J. – ŠVESTKA, J. – ZUKLÍNOVÁ, M. *Občanské právo hmotné*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 149.

²⁹ ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012.

³⁰ ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 64.

Odpověď na otázku, kdy si osoby mohou autonomně ujednat vlastní právní úpravu, nemusí být jednoznačná. Pokud totiž zákon neobsahuje takový výslovný zákaz, potom je třeba přistoupit k úvaze, zdali by takové ujednání vedlo k *porušení dobrých mravů, veřejného pořádku nebo práva týkajícího se postavení osob*. Takovou úvahu však nelze učinit jinak než na základě teleologické interpretace. V tomto smyslu – v souvislosti s případnou autonomní právní úpravou na základě zásadně dispozitivního charakteru soukromého práva – lze uvažovat o prioritě teleologické metody interpretace před ostatními interpretačními metodami.

4. JAKÝM ZPŮSOBEM SE MAJÍ VYKLÁDAT PRÁVNÍ JEDNÁNÍ?

Právní jednání je třeba podle platného českého občanského zákoníku považovat za právní titul, tj. druh právní skutečnosti, která je důvodem vzniku subjektivních práv a povinností. Právní jednání tak v sobě zahrnuje dvoustranné a vícestranné právní jednání (tj. smlouvy), avšak i jednostranné právní jednání (např. testament). Již z toho plyne, že právní jednání – na rozdíl od ustanovení zákona – nemusí být vždy vyjádřeno jen slovy. Vždyť přece často, ba dokonce většinou, dochází k uzavírání smluv jinak než verbálně, či dokonce písemně. Ten, kdo nastupuje do tramvaje, si ani nemusí být vědom toho, že právně jedná a uzavírá smlouvu o přepravě. Již z toho plyne, že pokud je předmětem výkladu právní jednání, nemůže se jeho výklad týkat pouze slovního (či písemného) projevu vůle jednajícího. Předmětem výkladu tak musí být projev vůle jako takový, bez ohledu na to, zdali k němu došlo komisivním či omisivním právním jednáním. S tím také koresponduje výklad právních jednání tak, jak je upraveno v občanském zákoníku.³¹ Z hlediska způsobu interpretace lze patrně za nejdůležitější ustanovení považovat § 556, který stanoví:

³¹ § 555.

(1) Právní jednání se posuzuje podle svého obsahu.

(2) Má-li být určitým právním jednáním zastřeno jiné právní jednání, posoudí se podle jeho pravé povahy. § 556

(1) Co je vyjádřeno slovy nebo jinak, vyloží se podle úmyslu jednajícího, byl-li takový úmysl druhé straně znám, anebo musela-li o něm vědět. Nelze-li zjistit úmysl jednajícího, přisuzuje se projevu vůle význam, jaký by mu zpravidla přikládala osoba v postavení toho, jemuž je projev vůle určen.

(2) Při výkladu projevu vůle se přihlídně k praxi zavedené mezi stranami v právním styku, k tomu, co právnímu jednání předcházelo, i k tomu, jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají.

§ 557

Připouští-li použitý výraz různý výklad, vyloží se v pochybnostech k tíži toho, kdo výrazu použil jako první.

§ 558

(1) V právním styku s podnikatelem se výrazu připouštějícímu různý výklad přisoudí význam, jaký má v takovém styku pravidelně. Není-li však druhá strana podnikatelem, musí ten, kdo se toho dovolává, prokázat, že druhé straně musel být takový význam znám.

(2) V právním styku podnikatelů se přihlíží k obchodním zvyklostem zachovávaným obecně, anebo v daném odvětví, ledaže to vyloučí ujednání stran nebo zákon. Není-li jiné ujednání, platí, že obchodní zvyklost má přednost před ustanovením zákona, jež nemá donucující účinky, jinak se může podnikatel zvyklosti dovolat, prokáže-li, že druhá strana určitou zvyklost musela znát a s postupem podle ní byla srozuměna.

„(1) Co je vyjádřeno slovy nebo jinak, **vyloží se podle úmyslu jednajícího**, byl-li takový úmysl druhé straně znám, anebo musela-li o něm vědět. Nelze-li zjistit úmysl jednajícího, přisuzuje se **projevu vůle význam, jaký by mu zpravidla přikládala osoba v postavení toho, jemuž je projev vůle určen.**

(2) Při výkladu projevu vůle se přihlédne k praxi zavedené mezi stranami v právním styku, k tomu, co právnímu jednání předcházelo, i k tomu, jak strany následně daly najevo, jaký obsah a význam právnímu jednání přikládají.“

Z dotyčného ustanovení myslím celkem nepochybně plyne, že hlavní kritérium pro výklad představuje úmysl jednajícího. Avšak k tomu, aby mohlo být určité jednání vyloženo podle úmyslu jednajícího, musí být především patrné, k čemu tento úmysl – tedy to, co jednající chtěl – vlastně směřovalo. Úmysl jednajícího tedy nutně předpokládá odpověď na otázku, jakého cíle mělo dotyčné právní jednání dosáhnout. Z § 556 však dále plyne, že není rozhodné, jaký cíl by snad plynul z izolovaného výkladu projevu (vůle) jednajícího, důležité je, k jakému cíli směřoval úmysl jednajícího. V okamžiku, kdy by nastal rozpor mezi projevem vůle a skutečným úmyslem jednajícího, „byl-li takový úmysl druhé straně znám, anebo musela-li o něm vědět“, pak bude mít přednost úmysl jednajícího bez ohledu na tento projev.

Z hlediska použití výkladových metod z toho lze učinit několik závěrů. Především: jazykový, logický a systematický výklad není východiskem pro výklad právního jednání – jednak proto, že právní jednání nemusí být vždy vyjádřeno jen slovy, a zároveň také proto, že pro výklad není důležitý projev vůle jednajícího, nýbrž jeho „úmysl“. Jestliže je úmysl jednajícího – tedy cíl, ke kterému toto jednání podle úmyslu jednajícího směřuje – základním kritériem výkladu, potom to musí znamenat, že pro výklad právních jednání je východiskem teleologický výklad.

Zároveň je však třeba vzít na vědomí skutečnost, na kterou výslovně upozornila Kateřina Ronovská a Bohumil Havel³² – že totiž není právní jednání jako právní jednání. Povaha, resp. druh právního jednání totiž může hrát roli jak pro pořadí interpretačních metod, tak také pro jejich význam. Kateřina Ronovská a Bohumil Havel správně zdůrazňují odlišnost zakladatelských právních jednání, která mají vždy písemnou formu a ze své podstaty působí nejen vůči účastníkům zakladatelského právního jednání, nýbrž vůči všem, kteří by potenciálně k takovému jednání mohli přistoupit. Zakladatelské právní jednání se tak mnohem spíše než „pouhé“ smlouvě podobá právnímu předpisu. Proto lze také přisvědčit jejich názoru, že „objektivizující výklad (tj. výklad analogický výkladu právního předpisu pozn. K. B.) je představitelný především u statutárních ujednání obsažených v zakladatelských právních jednáních zejména kapitálových obchodních společností, která tvoří jakousi jejich ‚ústavu‘ se značnými ‚vnějšími efekty‘. Jsou to v zásadě ujednání, která zpravidla kognentně požaduje zákon a která zároveň mají vliv na postavení korporace jako samostatné osoby v právním smyslu“.³³

Způsob výkladu, který je analogický výkladu právního předpisu, se v případě zakladatelského právního jednání může projevit i v celkem běžné situaci, kdy se do zakladatelského právního jednání inkorporují dispozitivní ustanovení zákona. V takovém

³² RONOVSÁ, K. – HAVEL, B. Povaha a pravidla výkladu (nejen) zakladatelských právních jednání soukromých korporací. *Právní rozhledy*, 2016, roč. 24, č. 18, s. 611.

³³ RONOVSÁ – HAVEL, c. d., s. 611.

případě budou tato dispozitivní ustanovení zákona vykládána jako právní předpis, tj. mimo jiné v souladu s tím, jak dotyčná dispozitivní ustanovení vykládá judikatura.³⁴ Naopak v případě právního jednání, které zakládá běžný závazek mezi stranami (tj. například ona zmiňovaná smlouva o přepravě), bude významnější historický (nebo v souladu s Melzerovou terminologií „subjektivně teologický“) výklad, který se bude ptát po tom, čeho chtěly strany dosáhnout. Pokud by v takovém případě strany inkorporovaly do smlouvy dispozitivní ustanovení zákona, potom by se jejich výklad mohl odchylovat od výkladu právních předpisů podávaných judikaturou, neboť by výklad měl sledovat úmysl stran při uzavírání smlouvy.

Svou formou a účinky se tak zakladatelské právní jednání podstatným způsobem odlišuje např. od již zmiňované smlouvy o přepravě, která vůbec písemnou formu mít nemusí. V obou případech však můžeme, a někdy dokonce musíme přistoupit k interpretaci takového právního jednání. Pořadí interpretačních metod se však bude lišit. V případě zakladatelského právního jednání můžeme vycházet vždy prvotně z písemného projevu vůle, zatímco v případě běžného právního jednání budeme spíše než z textu vycházet z úmyslu, jaký právní účinek tím či oním (nonverbálním) projevem měl být dosažen. Z toho důvodu je vhodné odlišovat metody výkladu, tj. zejména pořadí interpretačních metod nejen mezi právními předpisy na straně jedné a právním jednáním na straně opačné, nýbrž i uvnitř kategorie právního jednání v případě, že půjde o právní jednání, které se svým charakterem spíše podobá obecnému právnímu předpisu než právnímu jednání mezi individuálně určenými osobami, typicky smlouvě.

5. ZÁVĚR

Cílem této statě bylo ukázat, v čem se liší výklad právního jednání na straně jedné od interpretace ustanovení soukromoprávních předpisů na straně opačné. K tomu, abychom mohli uvažovat o tom, v čem se liší, bylo třeba začít u otázky, co mají společného. Co má tedy společného „právní jednání“ a „právní předpis“ – např. občanský zákoník? To, co mají společného, je **právní povinnost**, kterou nalézáme jak v případě právního jednání, tak v případě právního předpisu. Jak ukázali normativisté, tam, kde je právní povinnost, tam je také vždy právní norma. Právní předpisy však obsahují obecné a často také abstraktně formulované normy, zatímco právní jednání obsahují normy (povinnosti), které jsou konkrétní a obvykle se také vztahují na individuálně určené subjekty. V obou těchto případech se však jedná o normy vynutitelné státní mocí, tj. právní normy, které musí být tak či onak jazykově vyjádřeny. Právě proto přichází v obou případech těchto „právních norem“ v úvahu interpretace, neboť jazykové vyjádření právní normy a norma sama mohou, ale nemusí být totožné, a to bez ohledu

³⁴ K tomu viz: „Domníváme se rovněž, v reakci na koncepci doplňování mezer v neúplných smlouvách dispozitivními zákonnými pravidly, že pokud zakladatelské právní jednání do svého obsahu výslovně či implicitně vtáhne dispozitivní zákonná pravidla, nelze je vykládat jako zákon či statutární pravidla (tj. objektivně), ale je třeba je vykládat spíše jako pravidla ‚doprovodná‘, jako právní jednání.“ RONOVSKÁ – HAVEL, c. d., s. 611.

na to, zdali se jedná o normu obecnou obsaženou v právním předpise, anebo o normu konkrétní a individuální obsaženou v právním jednání.

Z hlediska koherence práva, které zahrnuje obecné i individuální normy, je důležitá otázka, v čem se liší interpretace norem obsažených v právním jednání od interpretace norem obsažených v právních předpisech. České soukromé právo přitom obsahuje svěbytná ustanovení, která se týkají jak způsobu interpretace právních předpisů, tak právního jednání. Tím se výrazným způsobem odlišuje od veřejnoprávních předpisů, kde taková ustanovení nenalzáme. Specifikum výkladu soukromoprávních předpisů tak tví právě v tom, že je normativně vymezeno platným právem. Výklad platného práva je však výrazným způsobem ovlivněn právní doktrínou, která, zejména pokud jde o interpretaci právních předpisů, není jednotná.

V zásadě lze identifikovat dva názorové proudy, které buďto preferují text předpisu (textualismus), anebo jeho účel (intencionalismus). Oba tyto názorové proudy se výrazným způsobem projevují při výkladu interpretačních ustanovení v občanském zákoníku. Z toho důvodu nelze po mém soudu podat jednoznačnou odpověď na otázku, jakým způsobem má být výklad podáván. Lze konstatovat jen to, že na to existují odchylné názory, a k jednomu z nich se přiklonit.

Jakkoliv je však význam jednotlivých interpretačních metod předmětem sporu, zřejmě všichni se shodují na pořadí použití interpretačních metod. Zjednodušeně řečeno jde o to, že právní předpis je třeba nejprve přečíst, a teprve potom je možné jej eventuálně také teleologicky vykládat. Právě v tom se zásadním způsobem liší interpretace právních předpisů od interpretace právního jednání. Právní jednání totiž často vůbec není k dispozici ve své písemné formě a pravděpodobně většina právních jednání probíhá nonverbálně. To také vysvětluje, proč ustanovení platného práva preferuje při výkladu právního jednání úmysl jednajících, tedy účel, ke kterému jednání směřovalo. Pokud tak porovnáme způsob použití interpretačních metod v případě, že se jedná o výklad „ustanovení zákona“, a odlišíme jej od výkladu „právního jednání“, docházíme k diametrálně odlišnému způsobu interpretace. Jestliže je v případě interpretace zákona jazykový, systematický a logický výklad základem, na který teprve navazuje výklad teleologický, je v případě právního jednání pořadí zcela opačné. V případě právního jednání je základní výkladovou metodou výklad teleologický, přičemž jazykový, systematický a logický výklad mohou mít význam pouze proto, aby byl zjištěn úmysl jednajících. Z toho plyne, že v případě právního jednání bude pořadí interpretačních metod odlišné od pořadí, jaké nalzáme v případě výkladu právních předpisů. Ani to však neplatí bez výjimky. V případě právního jednání, které se svojí formou spíše podobá právnímu předpisu, typicky zakladatelské právní jednání, bude na místě používat opačné pořadí interpretačních metod a naopak vycházet z textu, nikoliv účelu, který dotyčné jednání sledovalo.

Tím vším mělo být jen řečeno, že srovnání výkladu ustanovení zákona s výkladem právního jednání je možné, a nejedná se tak pojmově o dva zcela odlišné případy. Zároveň tím mělo být řečeno, že i v rámci soukromého práva nacházíme odlišné způsoby výkladu v návaznosti na to, co je předmětem výkladu. V případě, že je předmětem výkladu ustanovení zákona, je pořadí interpretačních metod převrácené oproti pořadí, kdy je předmětem výkladu právní jednání. Praktickým důsledkem takového rozlišování je

pohled na právo jako na systém, který netvoří pouze obecné právní normy, nýbrž také právní jednání mezi individuálně určenými subjekty. Jakkoliv je však právní jednání sice formálně označeno či chápáno jako individuální, v okamžiku, kdy svými účinky působí i vůči individuálně neurčeným subjektům, jako v případě zakladatelského právního jednání, je třeba diferencovat a odlišovat. Takové právní jednání je třeba chápat materiálně a nikoliv formálně. V opačném případě by to mohlo mít za následek nikoliv systémový přístup k právu, nýbrž jeho fragmentarizaci, resp. antisystémový výklad, který by postrádal racionální odůvodnění.

doc. JUDr. Karel Beran, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
beran@prf.cuni.cz

POJEM ROZSUDKU V ŘÍMSKÉM CIVILNÍM PRÁVU*

TOMÁŠ HAVEL**

Abstract: **The Notion of Judgement in Roman Civil Law**

This article deals with theoretical and practical aspects of judgements within Roman civil law. Its fundamental aim is to analyse: (1) theoretical characteristics of judgements made within Roman republican civil procedure; (2) the concept of judgements from both static and dynamic perspective; (3) the limits of private judges' actions; and (4) the Roman civil procedure as such and compare it to current realities. The main idea of this paper is that the scholars shall pay attention to the fact that within the Roman civil law the private judges delivered their decisions under the authority of Roman republic.

Keywords: civil procedure; Roman law; private judge; judgement

Klíčová slova: civilní proces; římské právo; soukromý soudce; rozsudek

DOI: 10.14712/23366478.2019.21

1. ÚVOD

Rozmanitost forem života, jakož i složitost, pluralita názorových konceptů, jednání a různých zájmů v rámci sociálních interakcí vytváří požadavek směrem k autoritativnímu řešení sporů. V tomto ohledu a v kontextu liberálních a demokratických politických režimů je význam práva, jakožto jednoho z dominantních normativních systémů, jednoznačně nezastupitelný. Není to však jen abstraktní masa práva, která se projevuje v různých formách, resp. pramenech. Jestliže tedy právo představuje (nejen) soubor právních norem, musíme se zamyslet, jakými cestami lze k jeho autoritativnímu působení ve společnosti docílit. Zde se dostáváme k právnímu procesu, který představuje hlavní metodu k uspořádání právních poměrů. Jednotlivé právní normy, bez ohledu na to, zda jde o normy práva hmotného či procesního, a bez ohledu na to, z jakých pramenů práva vyplývají, se vyznačují určitou mírou abstrakce. Rozsudek¹

* Tento článek vznikl jako jeden z výsledků projektu Progres (Q04 Právo v měnícím se světě).

** JUDr. Tomáš Havel, Ph.D., odborný asistent na katedře politologie a sociologie PF UK.

¹ V nejšířším interpretačním rámci, jako rozsouzení určité sporné záležitosti a bez ohledu na terminologické odlišnosti v recentním právu (nález, usnesení, judikát apod.). Rozsudek je jedním z druhů formálního pojmenování rozhodnutí.

je výsledkem interpretace práva, jemuž předchází právní a faktické posouzení věci. Je také myšlenkovým procesem s určitým výsledkem, který je ovlivněn různými faktory.

V tradici antické kultury a filosofie představuje právo „umění dobrého a spravedlivého“.² Ono dobré a spravedlivé je do velké míry propojením morálního, náboženského a právního normativního systému. V tomto smyslu mělo velký obecný význam pro udržení a fungování celého systému republikánské správy dodržování principu římské *aequitas* spočívajícího v zohledňování veřejného zájmu a společenských okolností. Vysocí římscí úředníci disponující úřední pravomocí, zejména *praetori*, ve své činnosti dbali právě principu *aequitas*, tedy byli povinni zohledňovat veřejný zájem a společenské okolnosti.³ Recentní právní věda nezná přesný analogický termín k římské *aequitas*. Nahradit ji pouhým slovem spravedlnost lze označit za příliš zjednodušující. Spravedlnost vychází ze systematicky vnitřních subjektivních hodnot, které si každá lidská bytost utváří během socializačních procesů. Co je spravedlivé, nemusí být nutně legální a naopak.

Na základě zkoumání pramenů týkajících se římského soudnictví, lze uvést několik poznatků k počátkům organizace římského procesu. Milan Bartošek spatřuje základy římského soudnictví v řešení sporů v rámci rodového zřízení. Jednalo se o řešení sporných záležitostí svémocí, jedinci si řešili spory individuálně, někdy pak s pomocí svých příbuzných či dokonce v podstatných případech v rámci sporu jednotlivých agnátských svazů. Svémoc byla založena na právu obyčejovém. V poslední fázi rodové společnosti, kdy stojí v *čele* obce *rex*, účastní se i on řešení nezávažnějších sporů, které jsou v zájmu celé obce. Z původního institutu pomsty v pozdějším vývoji vzniká odvěta (*talio*), která přestavuje princip „oko za oko, zub za zub“. Spočívá ve způsobení pachateli takového deliktu, kterého se dopustil on sám na poškozeném.⁴

V období římské republiky je však z pochopitelných důvodů považována svémoc za něco nežádoucího, zasahujícího do státního monopolu moci soudní. Stran omezení svémocí jsou zmínky již v zákoně XII. desek, prvním zákonem směřujícím konkrétně k potírání svémocí je Iuliův zákon o soukromém násilí.⁵ Republikánský civilní proces tedy opouští prvky svémocí předstátní rodové společnosti a vychází principiálně z veřejnoprávní úpravy, kdy garantem vymahatelnosti práva je stát. Stejně tak stát v „moderním“ pojetí je garantem organizace soudní soustavy. Právní řády pak stanoví pravomoc, působnost a příslušnost jednotlivých druhů soudů při aplikaci práva. V tomto případě hovoříme o institucionálním zakotvení soudního systému. Cílem této stati však není rozbor organizačního a institucionálního zázemí římské soudní soustavy, ale analýza směřující k uchopení a pochopení teoretického i praktického konceptu rozsudku v podmínkách římského republikánské civilního procesu.

Nelze zásadním způsobem polemizovat o přínosu, který má římské právo pro pochopení institutů současného soukromého i veřejného práva, a to zejména v oblasti států, které jsou tradičně nazývané země evropské kontinentální právní kultury. Přesto, nebo i právě proto, je zkoumání římského práva a hledání analogií s recentními právními

² ULP. D. 1, 1, 1pr.

³ ŽIDLICKÁ, M. – SCHELLE, K. *Právní dějiny I. Starověk*. Brno: Doplněk, 1998, s. 192.

⁴ BARTOŠEK, M. *Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje)*. Praha: ACADEMIA, 1988, s. 85.

⁵ KINCL, J. – URFUS, V. – SKŘEJPEK, M. *Římské právo*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 114.

systémy neobyčejnou výzvou vedoucí k zamyšlení, které je nezbytným předpokladem hlubší analýzy. Pro oblast právní teorie i praxe platí, že jednou z hlavních otázek bývá tradičně otázka metod a mezi interpretace práva, přičemž je to právě výklad práva, který pak úzce souvisí s aplikací práva na určité skutkové okolnosti. Je však interpretace práva možná i soudcem římského civilního soudnictví? V tomto smyslu se domnívám, že nikoliv. Rozsudek v římském právu není zřejmě výsledkem nějaké hlubší interpretace, ale spíše klasické subsumpce. To ostatně vyplývá již z povahy psaných pramenů římského práva a vlivu silného formalismu. Nelze však zcela vyloučit situaci, kdy i v římském právu je interpretace nutným předpokladem správné aplikace. Pokud nepostačí výklad jazykový, přistupuje soudce k výkladu logickému, jehož prvkem je také jistá obdoba dnešní teleologického výkladu. Soudce přihlíží i „k účelu, jehož měl zákon dosáhnouti, jež Římané nazývají *ratio legis*“.⁶ Přesto obecně platí, že římský odkaz je základním stavebním kamenem vázaného přístupu soudce k interpretaci práva. Základní otázkou je *quid iuris* (co je po právu), po účelu práva se primárně netážeme. Stále i dnes velmi silnou teorii příkladně vyjádřil již Iulius Paulus v Digestech: „*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*.“ („Není-li ve slovech žádná neurčitost, nepřipouští se otázka po vůli.“)⁷

Z výše uvedeného vyplývá, že rozsudek v římském právu je z hlediska formálního a právně-teoretického výsledkem subsumpce založené na textu zákona. Vyjdeme-li z citovaného úryvku, interpretace je možná až v případě, kdy ve slovech najdeme nějakou míru neurčitosti. Jisté míra subjektivit je však v každém rozhodování přítomná, tomu nelze zabránit ani při nejlepší snaze stanovit objektivní postup „*lege artis*“. Pokud by místo lidských bytostí rozhodovaly sporné záležitosti stroje, poněkud obtížné bychom hledali limity v jejich rozhodování a poháněli je k nějaké formě odpovědnosti. Závěrem úvodu si tak musíme položit otázku, jaký je vlastně charakter rozsudku v římském republikánském soudnictví, jaké byly meze a limity soudního rozhodování, a konečně pak, jestli z toho můžeme vyvodit některé závěry vzhledem k dnešnímu charakteru soudní moci a práva obecně.

2. TEORETICKÉ ZNAKY ROZSUDKU

Pohledem obecné teorie civilního procesního práva lze stanovit základní definiční znaky, kterými se vyznačuje rozsudek (rozhodnutí), a ty alespoň částečně přiřadit k římskoprávní úpravě.⁸ Znakem prvním je autoritativnost rozhodnutí, dále jeho závaznost, specifická a přítomnost vnější formy mající úřední charakter.

V rozsudku, resp. v soudním rozhodování, musí být vždy přítomná nějaká forma autority. Na rozdíl od moci, která je každou možností prosadit svoji vůli uvnitř nějakého sociálního vztahu, se musí autorita vyznačovat větší či menší formou akceptace. Autoritativnost soudního rozhodování v antickém Římě, stejně jako v recentních právních řádech, vyplývá již z podstaty práva, je tedy autoritou legálně-racionální. Vycházíme

⁶ BONFANTE, P. *Instituce římského práva*. Brno: Právnick, 1932, s. 28.

⁷ PAUL. D. 32, 25, 1.

⁸ WINTEROVÁ, A. a kol. *Civilní právo procesní*. 5. aktualizované vydání. Praha: Linde, 2008, s. 280–330.

z toho, že spory rozhoduje nezaujatý soud, a disponuje při tom výkonem státní moci. V nejstarším a klasickém římském procesu odvozuje rozsudek autoritu veřejné moci od jednotlivých držitelů jurisdikce. Právě oni reprezentují stát a dbají spravedlivého řízení. Římské republikánské civilní soudnictví se vyznačovalo, oproti dnešním právním úpravám, přísným oddělením jurisdikce a judikační činnosti, jakožto nalézání práva v konkrétních sporných případech. Jak uvádí nejen Milan Bartošek, *praetor urbanus* sice stál v čele soudnictví, ale sám nesoudil v dnešním slova smyslu konkrétní casus.⁹ Jurisdikce (soudní pravomoc) představovala v republikánském Římě státní ochranu spravedlnosti. Úloha veřejné moci reprezentovaná praetorem se tak omezuje na ustavení soudního řízení a na oficiální posvěcení soudní pře na základě činnosti stran sporu. *Ius dicere* jakožto jurisdikce je praetorovou úřední pravomocí

Pro římské republikánské civilní soudnictví bylo tedy typické, že správa soudnictví nebyla oddělena od jiných odvětví státní správy. Ochranu soukromých práv vykonávali vrchní magistráti římského státu. Po vzniku republiky se jednalo o konsuly a o ostatní držitele moci konsulské, mezi něž náleželi také *dictator* a *interrex*, přechodně pak *decemviri legibus scribundis* a *tribuni militum consulari potestate*.¹⁰ Moc úřední (*imperium*) v sobě totiž zahrnovala jako svoji podstatnou složku civilní soudní pravomoc (*iurisdictio*). Roku 367 př. Kr. byl pak zákonem Liciniovým a Sextiovým postaven vedle konsulů třetí stálý vrchní magistrát, praetor městský (*praetor urbanus*). „Zároveň s praetorem městským byli zavedeni dva nižší magistráti *aediles curules*, na které byla vznesena s vrchním dozorem nad veřejným obchodem a nad ulicemi hlavního města také *iurisdictio* v právních sporech z kupních smluv, učiněných o otrocích a dobytku na tržišti, a nad jinými přestupky proti bezpečnosti obecnosti na místech veřejných.“¹¹ Pro právní spory mezi cizinci, kteří se podřídili soudní pravomoci římského státu, a také pro právní spory mezi římským občanem¹² a cizincem disponoval jurisdikcí od roku 242 př. Kr. nově volený praetor cizinecký (*praetor peregrinus*).¹³

Z hlediska recentního pojetí soudní moci, jakož i legitimizačního řetězce, je zajímavé zkoumat působení laického prvku v římském republikánském civilním procesu, a to i částečně ve vztahu k právnímu vzdělání, resp. ke vzdělání obecně. Legitimizační řetězec vychází v liberálních demokraciích, založených na ideji suverenity lidu, z předpokladu, že lid je zdrojem veškeré moci a zároveň jejím držitelem i vykonavatelem.

⁹ BARTOŠEK, M. *Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje)*, s. 85.

¹⁰ HEYROVSKÝ, L. *Římský proces civilní*. Bratislava: Právnická fakulta University Komenského v Bratislavě, 1925, s. 11.

¹¹ HEYROVSKÝ, L. *Římský proces civilní*, s. 12.

¹² Základní podmínkou právní způsobilosti v římském právu bylo občanství. Cizinec, původně nazýván Zákonem 12 desek jako *hostis*, později jako *peregrinus*, byl sice občanem svobodným, tedy subjektem práva, ale římské právo jej nechránilo. Zpočátku se přísně vycházelo z principu personality práva. „Teprve vzrůst obchodních styků a civilisace vedl k tomu, že byla cizincům alespoň omezená způsobilost právní. V době válek punských uznávají se již za způsobilé k právním poměrům *iuris gentium*, a soudnictví nad nimi svěřeno zvláštnímu magistrátu, praetoru *peregrinu*.“ BONFANTE, P. *Instituce římského práva*, s. 52.

¹³ Pro úplnost lze dodat, že jurisdikce nebyla nutně vždy vázána na konkrétní úřad, se kterým byla v souladu se zákonem spojena. Magistrát měl možnost prostřednictvím institutu *iurisdictio mandata* zmocnit k výkonu jurisdikce někoho jiného. Dělo se tomu tak např. v době, kdy cizinecký praetor pobýval mimo město a jeho jurisdikci vykonával praetor městský, který byl zákonem vázán na svoji přítomnost ve městě. Podrobněji viz HEYROVSKÝ, L. *Studie k civilnímu procesu římskému. Iurisdictio mandata. Sborník věd právních a státních*. Praha: Bursík a Kohout, 1911, ročník XI., s. 231–253.

Veškerá moc tedy vychází z lidu, proto musí být výkon veřejné moci, ale i výkon veřejné funkce svázán s lidem. V systému klasické reprezentativní demokracie to znamená především legitimizaci pomocí voleb, jakož i pomocí ustavení do funkce orgánem, který se, byť i zprostředkovaně, opírá o legitimitu pocházející od lidu.¹⁴ V současné době tak můžeme také v soudnictví vidět laický prvek, který do tohoto konceptu legitimizačního řetězce jednoznačně zapadá. Legitimita a profesionalita totiž není totéž.

Obdobně se laický prvek objevuje v podmínkách římské republiky, když vedle úředních osob (magistrátů) je i *iudex privatus* osobou povolánou rozhodnout svým výrokem soukromoprávní spor. *Iudices privati* mohou být v římském procesním právu: *iudex, arbiter, a recuperatores*. *Iudex* vystupoval jako soudce v soukromoprávních sporech všeho druhu vždy jako samosoudce (*unus iudex*). Oproti tomu *arbiter* je podtypem samosoudce, jehož rozhodovací agenda spadá do oblasti nikoliv nutně sporného práva mezi jednotlivými subjekty, ale týká se zejména uspořádání zmatených právních poměrů. *Arbiter* vystupuje také sám, v některých případech jsou arbitři tři. Jeho rozhodování se týká např. oblasti dědického práva (rozdělení dědictví mezi spoludědice) či vlastnického práva (rozdělení společné věci mezi jednotlivé spoluvlastníky).

Ve městě Římě zpočátku mohli být jako *unus iudex* nebo *arbiter* vybírání pouze senátoři. Ke změně došlo v roce 122 př. Kr., kdy G. Gracchus vyloučil senátory jakožto porotce v oblasti soukromoprávní i trestní a porotní úřad přešel na *equites*. Lze se domnívat, že toto opatření bylo účelové, prostřednictvím kterého Gracchus v boji o moc usiloval o získání jezdeckta na svou stranu. V roce 81 př. Kr. pak Sulla navrátil senátorům možnost účastnit se porotních soudů, seznam byl zároveň doplněn příbráním cca 300 jezdců. Avšak už o jedenáct let později, roku 70 př. Kr., *lex Aurelia iudiciaria* zavedl systém nový. Vznikl zvláštní porotní seznam (*album iudicium selectorum, iudices selecti*) rozdělený do tří oddílů (senátoři, jezdci a *tribuni aerarii*), ze kterých bylo možné porotce vybírat. Za Caesara roku 46 př. Kr. byli tribuni z porotního seznamu vyloučeni. Přestože i v pozdějších letech docházelo postupně v tomto systému k dílčím změnám, a to zejména za Augusta či Caliguly, je možné shrnout, že soukromý soudce byl po většinu doby vývoje římského civilního práva buď senátorem, nebo jezdcem.

Vykonávat soudcovskou činnost bylo občanskou povinností. K tomu nalezneme i konkrétní fragmenty v Digestech: „*Quippe iudicare munus publicum est.*“ („Protože působit jako soudce je veřejná povinnost.“)¹⁵ nebo „*Judicandi quoque necessitas inter munera personalia habetur.*“ („Závazek sloužit jako soudce je také pokládán za osobní povinnost.“)¹⁶ Oba úryvky vyjadřují jinými slovy totéž a dokládají výchozí tezi týkající se občanské povinnosti.

Na osobu soukromého soudce však byly kladeny i jiné podmínky. Každý příslušník některého ze stavů musel splňovat věkovou hranici, aby mohl být zapsán do seznamu. Zpočátku šlo o osoby, které dovršily 30 let věku, později za císaře Augusta se tato věková hranice snížila na 25 let. Další podmínkou pak bylo nabytí římského občanství již narozením. Tyto podmínky se týkaly osob zapsaných v seznamu, který byl veden

¹⁴ WINTR, J. *Principy českého ústavního práva (s dodatkem principů práva evropského a mezinárodního)*. Praha: Eurolex Bohemia, 2006, s. 22.

¹⁵ PAUL. *D.* 5, 1, 78.

¹⁶ ARCADIUS CHARISIUS. *D.* 50, 4, 18, 14.

původně praetorem, později za principátu císařem. Naopak právnické vzdělání nebylo pro účely výkonu funkce soukromého soudce nutným předpokladem. Lze tak shrnout, že ta část rozsudku, která zahrnovala skutkové posouzení, vycházela na základě plnění občanských povinností z činnosti soukromých rozhodců-laiků, kteří tak vstupovali do soudního systému celé republiky. Pro činnost soukromého soudce či porotce je používán pojem *iudicare* (judikační činnost), jejímž prostřednictvím se posuzují konkrétní skutkové jevy v rámci určitého soudního sporu.

Druhým definičním znakem je závaznost rozsudku. Ta úzce souvisí právě s onou autoritativností a vychází také ze základů veřejné moci. Kdyby rozsudek neměl závazný charakter, bylo by zbytečné se soudit a stát by se vzdal nejpodstatnějšího prostředku, kterým omezuje svémoc. Znamenalo by to návrat k segmentově diferencované předstátní společnosti nebo naivní cestu k utopickému státu, kde není právních sporů.

Třetím znakem rozsudku je jeho specifčnost, což znamená, že jej může vyjádřit pouze soud a nikdo jiný. Přesněji pak nikoliv soud jakožto instituce, ale každý soudce, který jedná jeho jménem, nesouce autoritu veřejné moci.

Z hlediska právní romanistiky lze uvést některé základní teze k problematice vzniku rozsudku. Pokud bylo řízení v klasickém procesu vedeno samosoudcem (*unus iudex*), byl rozsudek přičitatelný vždy jeho osobě, přičemž zvyklostí bylo, že se před konečným rozhodnutím poradil se sborem přísedících. Toto pravidlo však mělo ryze neformální charakter, samosoudcem byl garantem výsledku soudního řízení a názorem přísedících se nemusel nutně řídit. Samosoudce neměl ani formální povinnost zmíněnou poradu učinit. Poněkud náročnější situace nastala ve chvíli, kdy rozhodovalo kolegium soudců.¹⁷ V takových případech byla porada se sborem přísedících před samotným rozhodnutím nutným předpokladem. Rozsudek pak byl výsledkem hlasování a tedy rozhodnutím prostě většiny. V rovnosti hlasů se přistoupilo k rozsudku osvobozujícímu, a to zřejmě ze zásady ve prospěch svobody. Z recentního trestního práva je možné zmínit zásadu *in dubio pro reo*, které odpovídá výše popsanému způsobu rozhodování.¹⁸

V předchozím textu je uvedeno, že výkon funkce soukromého soudce byl občanskou povinností, s čímž implicitně souvisí i důraz na veřejnoprávní charakter procesního práva. Z toho vyplývá, že nelze připustit, aby soudní spor zůstal nerozhodnut. Takové řešení by bylo nepochybným oslabením veřejné moci a odporovalo by principu zákazu *denegatio iustitiae*. V recentním civilním procesu platí nejen, že soud zná právo, ale také má povinnost rozhodnout. Právní posouzení je v římském klasickém procesu vyřešeno ve fázi *in iure* součinností praetora a stran sporu. Může však nastat situace, kdy skutkové posouzení je i přes veškerou snahu obtížné či přímo nemožné a soudce není schopen vytvořit si vlastní kvalifikovaný úsudek. Pro tento případ existuje institut přísahy *sibi non liquere*. *Iudex* se tak zprošťuje své občanské povinnosti až v průběhu řízení a na jeho místo je dosazen soudce jiný, aby se zabránilo onomu odmítnutí spravedlnosti.

Možnost složit přísahu *sibi non liquere* nebyla výlučným právem samosoudce, ale byla dána i některému ze soudců v rámci kolegiálního rozhodování. K tomu nachází-

¹⁷ Takovým kolegiem byli např. *recuperatores* tvořící sbor soudců při sporech spadajících do jurisdikce cizineckého praetora, v pozdější době se pak jejich judikační činnost rozšířila i do sporů římských občanů, zejména ve sporech z inurie či rapiny.

¹⁸ VÁŽNÝ, J. *Římský proces civilní*. Praha: Melantrich, 1935, s. 70.

me fragment v Digestech: „*Pomponius libro trigensimo septimo ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant, sententiam proferre, quia, etsi dissentiret, plurium sententia optineret.*“ („Ve 37 knize k ediktu Pomponius říká k případům týkajících se osobní svobody, že pokud jeden z několika soudců není schopen učinit rozhodnutí, a když ostatní jsou všichni stejného názoru, a tento soudce přísahá, že není schopen dojít k rozhodnutí a mlčí, ostatní vyhlásí své rozhodnutí, protože, nehledě na jeho nerozhodnost, pohled většiny převládá.“)¹⁹ Kolegiální rozhodnutí je tak opravdu rozhodnutím většinovým. Lze tedy dovodit, že v římském právu, obdobně jako v právu recentním, je rozsudek charakterizován povinností státu zajistit ochranu subjektivních práv. Na druhou stranu může být inspirativní úvaha směřující k tomu, že rozhodce posuzující skutkové okolnosti takového posouzení není relevantním způsobem schopen, a proto od soudního řízení odstupuje.

Jako jeden z teoretických znaků rozsudku jsem výše označil nutnou přítomnost nějaké vnější formy, která je soudem pravidelně dodržována. Pro rozsudek v klasickém římském procesu platilo, že musel být vyhlášen ústně, za přítomnosti stran sporu. K tomu v Digestech: „*De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet.*“ („Rozsudek, při vši účtě k obsáhlosti samotného řízení, musí být vyhlášen jedině za přítomnosti všech stran sporu, jinak by byl závazný pouze mezi těmi skutečně přítomnými.“)²⁰ Nelze však připustit, aby se závaznost omezovala pouze na ty „skutečně přítomné“, přičemž pro celou procesní fázi *in iure* byla vyžadována přítomnost procesních stran. Naopak, pokud se některá ze stran sporu nedostavila k řízení ve fázi *apud iudicem*, soudce v souladu se zákonem XII. desek vyhlásil rozsudek ve prospěch přítomné strany. Z hlediska obsahového pak musel být rozsudek srozumitelný, směřující k jasnému rozsouzení sporu, odůvodnění se nevyžadovalo. Poklasické řízení opouští ústní formu vyhlásování a přechází k formě písemné, resp. k písemnému vyhotovení rozsudku, které je stranám sporu slavnostně vyhlášeno. Originál zvaný *pariculum* zůstává součástí soudního spisu, stranám je pak vydán úřední opis označovaný jako *exemplum*.²¹

3. POJETÍ ROZSUDKU V ŘÍMSKÉM PRÁVU

V římském procesu pro rozsudek obecně užíváme slova *sententia*, stran právních následků ho pak můžeme rozdělit na rozsudek odsuzující (*sententia condemnatoria*) a rozsudek osvobozující (*sententia absolutoria*). Odsuzující rozsudek má v soudním řízení povahu konstitutivní, naopak rozsudek osvobozující je svým charakterem deklaratorní. Po stránce obsahové je možné učinit rozbor římského klasického rozsudku z hlediska statického a dynamického. Statickou složkou rozsudku je vždy přítomná

¹⁹ PAUL. D. 42, 1, 36.

²⁰ PAUL. D. 42, 1, 47.

²¹ VÁŽNÝ, J. *Římský proces civilní*, s. 70 a 110.

sententia, „úsudek soudcův o nárocích vznesených na soud“.²² Takový úsudek je vlastně volnou činností soudce. Vychází se ze zkoumání, zda skutečně proběhl skutkový děj tak, jak tvrdí žalobce. Ono zkoumání je tedy myšlenkovou (intelektuální) činností, stejně jako v jiném směru např. právní hermeneutika. Nejde ale o soukromé smýšlení soudce ve smyslu slova *opinio*, úsudek má bezpochyby autoritativní charakter.

To lze ilustrovat na jednoduchém příkladu sporu z kupní smlouvy. Subjekt A koupil od subjektu B předmět X. Právní subsumpce takového sporu je činností praetora či jiného magistráta a je obsažena v litiskontestaci. Iudex provede skutkové posouzení. Rozsudek je tedy vlastně vyústěním smlouvy (samozřejmě v případě, že některá ze stran neplnila řádně) a litiskontestace. Jestliže soudce dojde k přesvědčení, že k žalobcem popsanému ději nedošlo, vydá rozsudek osvobozující, výsledkem procesu je *sententia absolutoria*. Pokud nastane případ opačný, tedy soudce uzná nárok žalobce, vydá rozsudek odsuzující. V tomto případě jde již o proces dynamický. Konstitutivní charakter odsuzujícího rozsudku předpokládá vydání nové právní normy z něj vyplývající, která je hierarchicky vyšší než norma obsažená ve smlouvě či litiskontestaci a fakticky je autoritativně nahrazuje. Platí totiž, že původní právní norma obsažená v obligaci (v našem případě ona kupní smlouva) litiskontestací zaniká. Je-li vydán odsuzující rozsudek, nastupuje v něm obsažená norma, která je i exekučně vymahatelná. Zde pak označujeme rozsudek jako *iudicatum* (*sententia condemnatoria*), nové pravidlo chování v rámci právních poměrů.²³

V předchozím odstavci přebírám terminologii Jana Vážného, jako vhodné se mi však jeví nahrazení pojmu norma pojmem obligace. Vyjádřeno na časové ose: obligace (např. závazek z kupní smlouvy) – litiskontestace – nová obligace obsažená v autoritativním rozsudku, který je státem garantován a exekučně vymahatelný. Tedy závazek z kupní smlouvy uzavřené mezi subjekty je nahrazen závazkem vyplývajícím z rozsudku. Jestliže vzniká na základě odsuzujícího rozsudku nový závazek, je nezbytné zabývat se otázkou, v jakém poměru je rozsudek k žalobnímu návrhu (petitu). V tomto případě je možné zaznamenat významný rozdíl mezi rozsudkem v klasickém formulovém procesu a rozsudkem v řízení poklasickém, který se do velké míry v tomto ohledu blíží dnešním moderním rozsudkům.

Jedním z charakteristických znaků klasického řízení je úzké sepětí mezi žalobní formulí a rozsudkem v otázce jejich vzájemného poměru, resp. v poměru mezi nárokem tvrzeným v žalobě a nárokem soudem uznaným. Ostatně již část znění žalobní formule hovoří zcela jasně: *si paret, condemna, si non paret, absolve*. Je tak možné dovodit, že v případech, kdy subjekt žaloval vyšší částku, než mu skutečně náležela (tzv. *plus petit* či *plus petitio*), soudce musel vydat zcela osvobozující rozsudek. Tento prvek římského procesního práva je jistě jedním z limitů soudcovského rozhodování. V diskreci soudce není vlastní skutkové posouzení věci, na jehož základě by „volně“ přisoudil žalobci nárok, který dle takového zjištění odpovídá objektivní realitě. Soudce pouze rozhoduje o konkrétním procesním poměru vyplývajícím z litiskontestace, jejímž výsledkem je nutně nějaká konkrétní částka. „Iudex musí k této částce odsouditi, i kdyby to činilo více

²² VÁŽNÝ, J. Rozsudek z hlediska statického a dynamického. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1940, roč. XXIII, s. 149.

²³ Tamtéž.

nebo méně proti obnosu primární povinnosti, tedy i kdyby z toho vzniklo neodůvodněné zkrácení žalobce nebo žalovaného: vždyť obě strany učinily procesní dohodu, že bude-li prokázána intence, má být odsouzen žalovaný k té a té částce.“²⁴

Prostředkem, jak zabránit zřetelně nespravedlivému odsouzení žalovaného k částce výrazně vyšší než byl obsah primární povinnosti, byla dodatečná změna kondemnační částky prostřednictvím restituce *in integrum*. Zde se nabízí citace z Gaiových Institucí, která vyjadřuje nejen tento procesní postup, ale také princip ochrany žalovaného, zejména pak v případech, kdy je mladší než 25 let: „*At si in condemnatione plus positum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed reus cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur actor quod posuit; nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. Nec ex ea parte praetor in integrum restituit; facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. Loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.*“ („Naproti tomu je-li v kondemnaci zaneseno více, než kolik má být, nehrozí žalobci žádné nebezpečí, dostane-li však (tuto) nespravedlivou formuli žalovaný, provede se navrácení do původního stavu, aby objem kondemnace byl zmenšen. Bylo-li by ale zaneseno méně, než kolik má být, vysoudí žalobce pouze to, co (do kondemnace) zanesl: neboť na soud je sice vznesena záležitost celá, hranici (pro rozsudek) položí však objem kondemnace, který soudce nemůže překročit. A přetor pro tu (chybějící) část navrácení do původního stavu neprovede: přetor totiž pomáhá spíše žalovaným, než žalobcům. Nemluvíme ovšem o osobách mladších dvaceti pěti let: neboť lidem tohoto věku pomáhá přetor při všech chybných krocích.“)²⁵

Mohla pochopitelně nastat i situace, kdy žalobce zcela omylem vložil do intence částku nižší, než původně plánoval žalovat u soudu. V tomto případě však nic nebránilo tomu, aby v řízení uspěl a domáhal se zvláštní žalobou zbytku, k čemuž ale mohl přistoupit až za příští magistratury, jinak se vystavil *exceptio litis dividuae*. K tomu píše opět Gaius ve svých Institucích: „*Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est; minus autem intendere licet; sed de reliquo intra eiusdem praeturae agere non permittitur. Nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae.*“ („Ale jak jsme již výše řekli, vznést nárok na více je nebezpečné; vznést nárok na méně se však smí: přebytek ovšem není povoleno žalovat během úřední činnosti téhož přetora. Neboť ten kdo žaluje, je odražen námitkou, které se říká námitka rozděleného sporu.“)²⁶

Ono úzké sepětí mezi žalobou a rozsudkem již neplatí v procesu poklasickém. Zde soudce autoritativně zkoumá, zda existuje nárok žalobce, resp. nějaká povinnost z něj vyplývající. Pokud dojde k přesvědčení, že tomu tak je, ale v menší míře než udává žalobce, přisoudí mu pouze prokázanou část jeho nároku. Platí tak, že soudce již není tak silně vázán procesní činností stran sporu, jeho diskrece v této oblasti je nepoměrně

²⁴ VÁŽNÝ, J. *Římský proces civilní*, s. 61.

²⁵ GAI. *Inst.* 4, 57. Převzato a citováno podle KINCL, J. *GAIUS. Učebnice práva ve čtyřech knihách*. Plzeň: Vydavatelství Aleš Čeněk, 2007, s. 269.

²⁶ GAI. *Inst.* 4, 56. Převzato a citováno podle KINCL, J. *GAIUS. Učebnice práva ve čtyřech knihách*, s. 269.

širší. Přesto má případné „přehnutí“ nároku tvrzeného v žalobě určité právní následky. Žalobce je totiž povinen nahradit žalovanému trojnásobek výše škody, která mu vznikla, v důsledku daného přecenění, protože musel v souvislosti s ním platit zvýšené poplatky exekutorům.²⁷

4. LIMITY V ROZHODOVÁNÍ SOUKROMÉHO SOUDCE

Předmětem analýzy předposlední části této stati je otázka, zda existovala nějaká zásadní nepřekročitelná pravidla, která by případně omezovala nalézací (judikační) činnost soukromého soudce. Jak bylo uvedeno výše, úloha soudce se týkala zejména skutkového posouzení věci, tedy primárně dokazování. T toho však nelze jednoznačně argumentací *a contrario* vyvozovat, zda právní otázky byly ve fázi *apud iudicem* pojmově vyloučeny či nikoli.

Jan Vážný k tomu píše: „*Subsumci dává již žalobní formule. Ale soudce musí hodnotiti, jsou-li skutečněny všechny podmínky vzniku dotyčného poměru, nejsou-li tu důvody neplatnosti nebo dodatečného zániku. A to je právní hodnocení.*“²⁸

Na počátku řízení *in iudicio* přednesly obě strany podstatu sporné věci, ať již formou souvislého výkladu (*perorationes*) nebo v rámci rychle se měnící diskuse (*altercationes*). Poté, co soudce vyslechl subjektivní popis věci, přistoupilo se k těžišti judikační činnosti, k procesu dokazování.

Soudobá teorie civilního procesu rozpracovává několik zásad problematiky dokazování. V rámci civilního procesu, ale i v rámci ostatních oblastí lidského života, není častokrát možné exaktně stanovit nějaké měřítko poznání objektivní pravdy. Za pravdivé skutečnosti tak lze považovat pouze ty, o jejichž pravdivosti se soudce při procesu dokazování subjektivně přesvědčil. V dnešním právu má soudcovské poznávání dva základní limity. První z nich je stanoven v objektivním právu, které stanoví, že důkazní řízení soudu musí být přezkoumatelné vyšší soudní instancí, tedy řádně odůvodněné i s uvedením argumentů, o které se opírá. To pochopitelně neplatí pro jednostupňový římský republikánský soudní systém. Vedle tohoto objektivního hlediska však druhým z neméně významných limitů jsou nároky kladené na soudce jako na osobu. Jsou to právě jeho zkušenosti, znalosti, důvěryhodnost a v neposlední řadě uvážlivost, které jsou společně pro antickou i dnešní dobu.

Předmětem dokazování je vždy daná sporná otázka, kterou pochopitelně strany sporu častokrát popisují zcela odlišně. Důkazním prostředkem pak myslíme jakýkoliv prostředek, jehož prostřednictvím lze zjistit „skutečný“ stav věci. Mezi důkazní prostředky, a to nejen v civilním právu, obvykle řadíme svědeckou výpověď, listinné důkazy, znalecké posudky či konkrétní ohledání provedené soudem. Dominantním principem je zásada hledání materiální pravdy.

Jakkoli se tato část zabývá limity v rozhodování soukromého soudce a jejich komparací v antické a moderní době, lze konstatovat, že dokazování v průběhu římského civilního procesu bylo spíše volné, oproštěno od nějakých zásadnějších limitů. Jistě vzhle-

²⁷ VÁŽNÝ, J. *Římský proces civilní*, s. 108–109.

²⁸ VÁŽNÝ, J. *Římský proces civilní*, s. 68.

dem k vyspělosti římského práva nepřekvapí, že hlavní důkazní prostředky v římském civilním procesu byly výslech svědků, listinné důkazy, místní ohledání a specifický institut přísahy. Přísahy se užívalo zejména v případech, kdy nebylo jiných důkazů, které by řádně vedly ke skutečnému zjištění skutkových okolností. Za této situace přísaha vlastně spor fakticky rozhodla. Tato problematika byla však, zejména za císařství, o něco složitější. Gaius k tomu uvádí v Digestech: „*Admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit. Sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit (solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit): quod si alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.*“ („K této události musíme poznamenat, že i poté co byla přísaha vymožena, císařská konstituce připouští obnovu řízení tehdy, když někdo tvrdí, že objevil nové dokumenty, na které se lze spoléhat. Nicméně, tyto konstituce jsou navázány na případy [soudní spory], ve kterých byl někdo osvobozen soudcem [v těchto případech je často těžké pro soudce vyjádřit se, jedná se totiž o nejasné případy, ve kterých bylo rozhodnuto po provedení přísahy ve prospěch přísahajícího]. Avšak když se v závislosti na okolnostech obě strany vyrovnají v rámci jejich sporu přísahou, nepřipouští se, aby stejný postup byl jakkoliv revidován.“)²⁹

Římské právo přesto za císařství připouštělo, aby byla obnovena dříve nejasná řízení, která byla rozhodnuta pouze na základě přísahy. Během důkazního řízení se obecně kladl největší důraz na svědeckou výpověď, nicméně výběr důkazů a jejich hodnocení byly zcela na uvážení daného soudce, což ostatně vychází z premisy, že strany sporu se dobrovolně svěřily do rukou soukromého soudce, na jehož výběru se podílely. Žádné zákonné normy, které by stanovily pravidla hodnocení důkazů, neexistovaly. To lze opět demonstrovat na textu Digest: „*Eiusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: , quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. hoc ergo solum tibi rescribere possum summam non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.*“ („Je zde reskript téhož císaře, aby Valerius Verus k hodnocení svědecké výpovědi přistupoval takto: „je nemožné striktně definovat množství a povahu důkazů, které je potřebné uvést ke každé otázce. Pravda se často, ale ne vždy, dá nalézt i bez užití veřejných záznamů. Někdy je to pouze počet svědků, někdy jejich důstojnost a autorita, které spolu s obecnou znalostí vedou k nalezení pravdy, tedy vypořádání se s danou otázkou. Ve stručnosti, vše co ti chce sdělit je to, že poznání může někdy být spojeno pouze s jedním druhem důkazu. Musíš soudit na základě svého vlastního přesvědčení, na základě toho, čemu věříš a co považuješ za prokázané nebo neprokázané.“)³⁰

²⁹ GAI. D. 12, 2, 31.

³⁰ CALLISTRATUS. D. 22, 5, 3, 2.

Citovaný text pochází z reskriptu císaře Hadriána, který byl římským císařem v letech 117–138, tedy již v období rozvinutého císařství. Je zřejmé, že zásada volného hodnocení důkazů měla značně dlouhé trvání a výrazně přežila republikánské zřízení. Jakýkoliv důkazní prostředek apriorně nevedl soudce k tomu, aby zaujal určité stanovisko. Jedná se tak o vyjádření dnešní zásady volného hodnocení důkazů a materiální pravdy. První zmínky o zákonném omezení činnosti soudce při hodnocení důkazů začínají až v době vlády císaře Constantina, jemuž náleží procesní zásada „jediná svědecká výpověď nesmí rozhodovat“.³¹

Dokazování ze zřejmých důvodů nebylo třeba u nesporných skutečností, u skutečností, které byly notoricky zřejmé, a v neposlední řadě také u skutečností, které byly v průběhu řízení druhou stranou doznané. Vedle otázky limitů při hodnocení důkazů je nutné krátce pojednat i o problematice důkazního břemene. Nebyl to soudce, kdo by na základě zásady oficiality sám navrhoval a prováděl důkazy potřebné pro vyřešení sporu. V tomto ohledu je římské procesní právo vedeno zcela stejným principem jako právo recentní. V oblasti soukromoprávních sporů a je zásadním žalobcovým zájmem, aby unesl důkazní břemeno. Jak píše Jan Vážný: „žalobce má dokázati celý skutkový děj, z něhož vyvozuje uplatňovanou povinnost žalovaného“.³² Tuto zásadu můžeme, velmi příkladně, ilustrovat na dalším textu Digest: „*Verius esse existimo ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.*“ („Myslím, že lepší názor je ten, kdy žalobce musí prokázat fakt, že legatář zesnulého věděl, co je předmětem dědictví, tedy odkázaný majetek byl jiný. Ne aby musel legatář dokazovat opak, tedy že to nevěděl. Důkazní břemeno vždy spočívá na straně žalobce.“)³³

Na první pohled se zdá, že předmětem daného fragmentu je pouze oblast dědického práva, nicméně zde lze vysledovat velmi přesné vyjádření procesní zásady, která se týká důkazního břemena. Tato zásada má však obecný charakter, z čehož plyne, že je univerzálně uplatnitelná na každou otázku, která se týká důkazního břemena. Uplatňoval-li tak například žalovaný v průběhu důkazního řízení nějakou námitku či skutečnost, která se sice přímo nedotýkala intence, ale mohla zlepšit jeho právní postavení, resp. zcela vyloučit jeho odsouzení, bylo samozřejmě na něm, aby její existenci prokázal. I v tomto případě lze citovat další text Digest pocházející od Domitia Ulpiana: „*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.*“ („Také ten, kdo uplatňuje nějakou námitku, si musí promyslet směřování řízení, protože pro účely této námitky je vlastně žalovaný v postavení žalobce.“)³⁴

Pochopitelně v průběhu řízení byl vždy žalobce žalobcem a žalovaný žalovaným, ale při systematickém výkladu obou textů, závěr je zřejmý. Důkazní břemeno sice nese žalobce, namítá-li však něco žalovaný, je samozřejmě na něm, aby to dokázal. Vše tak zapadá do systému, kde limity spíše nenacházíme.

³¹ C 4, 20, 9.

³² VÁŽNÝ, J. *Římský proces civilní*, s. 68.

³³ MARCI. D. 22, 3, 21.

³⁴ ULP. D. 44, 1, 1.

5. K ÚLOZE PRAETORA V CIVILNÍM PROCESU

Praetor především zastupoval, nebo lépe řečeno představoval, římský stát a jeho autoritu v rámci republikánského soudnictví. Nabízí se otázka, jak vlastně definovat *officium* praetora v rámci republikánských magistratur. V úvahu připadá mnoho pojmů vyjadřujících jeho činnost. Byl nepochybně politikem, ale také zároveň úředníkem, soudcem ve formálním smyslu slova a v neposlední řadě také svého druhu zákonodárcem. Pohledem recentní teorie dělby moci praetorský úřad tedy vstupoval do všech jejích složek.

Činnost všech republikánských magistratur byla omezena několika principy, které jsou podle mého názoru inspirativní při řízení všech typů společností. Šlo o princip volitelnosti, dočasnosti trvání funkce v úřadu (tzv. princip annuity), princip kolegiality a princip bezplatnosti výkonu funkce. Nelze tak považovat praetora za profesionálního úředníka v dnešním smyslu teorie veřejné služby, která v souladu s myšlenkami např. *Maxe Webera* pokládá veřejnou správu za kontinuální činnost. Taková činnost by neměla být závislá na změnách politických poměrů ve státě a měla by být také přiměřeně materiálně ohodnocena. Můžeme tak učinit závěr, že praetor byl sice představitelem státní správy, ale pouze po omezenou dobu a bez nároku na odměnu.

Pro politickou reprezentaci je i v současnosti příznačné vytváření různých forem programových dokumentů. Zastavme se však u jednoho z dokumentů týkající se činnosti praetora, který vždy při svém nástupu do funkce vydával vyhlášku, *edict.* „*V něm byly formulovány zásady, podle kterých budou (praetoři – pozn. autora) ve své soudní a mimosoudní činnosti postupovat, jaká opatření hodlají udělat a za jakých podmínek, komu poskytnou žalobu, či nikoliv (iudicium dabo, iudicium non dabo).*“³⁵ Zatímco dnes se politický program týká všech oblastí lidského života, v římské republice je zásadní z hlediska procesního práva, zejména pak u praetora, který je z titulu své funkce držitelem jurisdikce.

Dostáváme se tak k otázce činnosti praetora v oblasti legislativní v rámci širokého chápání tohoto pojmu. Navracíme se tak znovu k otázce ediktů, která je nesporně zajímavá z mnoha pohledů. Jedním z nich je pohled dnešní civilistiky, neboť i v dnešní společnosti 21. století vyvolává stále napětí střet dvou různých koncepcí (volný a vázaný přístup soudce k aplikaci práva, resp. k vyplňování mezer v právu) týkajících se činnosti soudce v oblasti dotváření práva. Máme-li hledat shody a odlišnosti mezi antickou a dnešní společností, lze dovést, že právo se potýkalo a stále se potýká s problémem, jak co nejméně normativně regulovat společenské vztahy. Jinými slovy, právo stále zaostává za společenským vývojem, což nutně vede k vytváření mezer v právních řádech jednotlivých států. Soukromé právo využívá některých prostředků čelících mezerovitosti právní úpravy, zejména jde o užití analogie, která je v soukromém právu v zásadě přípustná, ale v některých složitých případech nepostačí ani užití analogie. Je pak na konkrétním soudci, jak se s mezerou v právu vypořádá a to s ohledem na danou právní úpravu. V zásadě platí princip volného či vázaného přístupu soudce k aplikaci práva.

³⁵ ŽIDLICKÁ, M. – SCHELLE, K. *Právní dějiny I. Starověk*, s. 192–193.

Problémem zaostávání vývoje práva za vývojem společnosti jako takové trpělo ne-
pochybně i římské právo. V římském právním systému nemůžeme tak jednoduše oddělit
hranici mezi hmotným a procesním právem, nicméně praetor velmi volně vyplňoval
mezery v procesním právu. Nejde tak o obdobnou situaci, v jaké se nacházeli evropští
soudci v době velkých kodexů 19. století, ale ona volnost spíše připomíná situaci soudců
angloamerické právní kultury. Vznik mezer v římském procesním právu vyplýval jistě
již z podstaty institutu žaloby. Zatímco dnes chápeme žalobu jako univerzální prostře-
dek, kterým se domáháme ochrany svých subjektivních práv vyplývajících z hmotného
práva, v právu římském pracujeme s jednotlivými typy vzájemně ostře oddělených *ac-
tiones*. „Podle dnešního práva je žaloba stejně prostředkem k uplatnění nároku na za-
placení tržové ceny, jako nároku na vrácení zápůjčky, vydání deposita, odškodnění
z deliktu atd. Proti tomu římská *actio venditi* na zaplacení tržní ceny je naprosto neupo-
třebitelná, jak ostatně již pojmenování ukazuje, k vydobytí zápůjčky (tu nutno vymáhati
actio certae creditae pecuniae), k vrácení deposita (*actio depositi*) atd.“³⁶ Každoročně
vydávány praetorský edikt představuje svého druhu unikátní nástroj, jehož prostře-
dnictvím výkonná moc reaguje na procesy společenských změn a promítá je do oblasti
legislativní.

Úřad praetora v intencích římské ústavy nebyl rozhodně orgánem moci zákonodárné,
která zůstávala po celou dobu existence římské republiky vyhrazena lidovému shromáždění.
K tomu uvádí Gaius: „*Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso
quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum
vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et consti-
tutionem principalem. Sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum
constituuntur.*“ („Ty [osoby], které k pozůstalosti povolává praetor, nestávají se ovšem
dědici ve smyslu civilního práva. Neboť praetor [z nich] dědice udělat nemůže: stát se
dědicem je totiž možné jen na základě zákona, anebo na základě normy stejné právní
síly, například usnesení senátu a císařské konstituce. Poskytne-li však praetor někomu
„držbu pozůstalosti“, dostává se [tato osoba] na místo dědice [tj. má stejné postavení,
jako dědic].“)³⁷

Uvedený výňatek z Gaiových Institucí se primárně týká otázek dědického práva,
nicméně ilustruje fakt, že z hlediska formálního nelze považovat praetora za zákono-
dárce. Vedle formálního pohledu však nemůžeme pominout hledisko materiální, tedy
hledisko společenské a právní praxe. Praetorský edikt se stal základem dalšího pramene
práva, nazvaného *ius honorarium*. Právo honorární existovalo paralelně vedle *ius civile*,
nešlo zde ale o nějakou formu konkurence. „*Praetorovi nešlo o to, vytvořit právní sys-
tém odchylný od práva civilního. Civilní právo bylo praetorem uváděno v život, nikoli
však jako strnulá norma, nýbrž se zřením k měnícím se a vyvíjejícím potřebám denního
života.*“³⁸ K tomu příkladně ilustrující text Digest: „*Nam et ipsum ius honorarium viva
vox est iuris civilis.*“ („Vskutku, právo honorární je samo o sobě živoucím hlasem práva
civilního.“)³⁹ V rámci správy soudnictví tak docházelo nejen k vyplňování mezer v prá-

³⁶ VÁŽNÝ, J. *Římský proces civilní*, s. 10.

³⁷ GAI. *Inst.* 3, 32. Převzato a citováno podle KINCL, J. *GAIUS. Učebnice práva ve čtyřech knihách*, s. 181.

³⁸ SOMMER, O. *Prameny soukromého práva římského*. Praha: Nákladem vlastním, 1932, s. 62–63.

³⁹ MARCI. *D.* 1, 1, 8.

vu, ale i k faktické tvorbě práva nového. K tomu také v Digestech: „*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*“ („Praetorské právo je takové, které ve veřejném zájmu praetori představují ku pomoci nebo doplnění nebo k nápravě práva civilního. Je také nazýváno právem honorárním, přičemž je tak pojmenováno podle postavení⁴⁰ praetorů.“)⁴¹

Uvedená slova „*ku pomoci nebo doplnění*“ vyjadřují snahu o vyplnění mezer v konkrétní právní úpravě, oproti tomu „*k nápravě civilního práva*“ přistupuje praetor během své vlastní normotvorné činnosti. Ona normotvorba však nesmí nést prvky libovůle. Edikt tak není politickým programem v dnešním slova smyslu, je především pramenem práva a platí pro něj také některé formální charakteristiky. Z našeho pohledu je významným z hlediska limitů praetorské činnosti a také z hlediska možné odpovědnosti. Volnost v rámci tvorby ediktu je zcela nesouměřitelná s volností, kterou poskytovaly soudcům jmenované kodifikace občanského práva z 19. století. Římské impérium by totiž jistě nebylo schopné překonat nedostatky v právu během svého rozmachu po punských válkách, zejména i s ohledem na charakter *ius civile*, které bylo v zásadě právem nepřilíh rozvinutého agrárního státu. Prostřednictvím institutů práva procesního bylo vlastně tvořeno i právo hmotné, tedy v podstatě opačným postupem než je běžné dnes. V recentním právu stanoví zákonodárce hmotně-právní oporu pro žalobu, v právu římském praetor povolením žaloby vytvořil hmotně-právní úpravu.

Jak již bylo uvedeno v předchozím textu, edikty vydával praetor vždy při svém nástupu do funkce a to na celé své funkční období, šlo o tzv. *edictum perpetuum*. Edikt byl vyhlášován pravidelně ústně, ale v zájmu zachování právní jistoty býval vždy vyhotoven i písemně jako tzv. *album*. Během úředního období pak mohl být edikt měněn a doplňován ve formě nových vyhlášek (*edictum novum, nova clausula*). Edikt, který se v rámci právní praxe osvědčil, byl přejímán i dalšími praetory. V rámci římského principu ekvity se mohl praetor odchýlit i od vlastního ediktu, přičemž ale takové jednání narušovalo právní jistotu ve společnosti a mohlo vytvářet podezření svévolného jednání. Zřejmě z těchto důvodů stanovila roku 67 př. Kr. *lex Cornelia* závaznost vlastního ediktu pro každého praetora během jeho funkčního období, což vedlo k nebyvalému nárůstu masy honorárního práva. Během 1. století po Kr. se praetorský edikt v zásadě stabilizoval do určité podoby, která se stala definitivní roku 130 po Kr., kdy vzhledem k mocenským ambicím císaře Hadriána byly proměny ediktu zastaveny. Z císařova rozhodnutí vypracoval Salvius Iulianus *edictum perpetuum Hadriani* (věčný Hadriánův edikt), který mohl být *pro futuro* měněn nebo doplňován pouze se svolením císaře. Počínaje rokem 67 př. Kr. se tedy stává praetorský edikt nejen významným materiálním pramenem práva, ale také podstatným limitem rozhodování v rámci civilního soudního řízení, přesněji v rámci procesní fáze *in iure*.

⁴⁰ Doslovný překlad by byl spíše „vysokých veřejných úřadů“.

⁴¹ PAP. D. 1, 1, 7, 1.

6. ZÁVĚR

Římské právo představuje unikátní a komplexní systém právních norem, který je optikou současného poznání neustále aktuální. Římští juristé, inspirováni řeckou filosofií, založili svoji metodu zejména na rozlišování pojmů a na jejich přesném definování, což umožnilo vytvoření ucelenějších systémů v rámci jednotlivých právních odvětví.

Každý právník, ať již náleží k tzv. tradičním právnickým profesím (advokáti, soudci, notáři), nebo se podílí např. na normotvorbě, musí v průběhu své činnosti reflektovat tři otázky: Jaké normy existujícího práva jsou vhodné pro konkrétní případ; jaké normy mají platit, aby daný případ mohl být řešen; a proč platí právě tato a ne jiná konkrétní norma.

Všechny tyto otázky jsou v rámci římského republikánského civilního procesu kladeny na praetora. Právě on tak nese největší odpovědnost za průběh civilního řízení. Z těchto důvodů disponuje významným nástrojem v podobě tvorby práva honorárního, které je prostředkem k vyplňování mezer v civilním právu. Soukromý soudce se omezuje především na pečlivé a uvážlivé pozorování faktů tak, aby mohl rozhodnout správně a spravedlivě, protože jeho rozsudek je nezměnitelný.

Stejně jako jiné historické státní útvary i římská republika narazila v dějinném vývoji na limity své existence a byla od roku 27 př. Kr. nahrazena císařstvím, byť zpočátku se jednalo o opatrnou demontáž republikánských institucí a snahu zachovat zdání o trvalosti republiky. Oproti republikánské dekoncentraci moci stál jediný suverén, císař: „Ale také to, co nařídí císař, má sílu zákona, neboť národ skrze královský zákon, který vzešel z moci císaře, jemu a na něho přenesl veškerou moc. Vše, co císař určí dopisem, rozhodne na základě soudního řízení, nebo nařídí vyhláškou, se považuje za zákon.“⁴²

Změna se však neprojevila jen v samotné formě vlády, ale také v soudnictví či ve veřejné správě v širokém slova smyslu, kde soukromé soudce nahradili císařští úředníci. Starší magistráti pocházející již z dob republikánských (praetori, curulští aedilové) si svou jurisdikci podrželi i v době principátu, nicméně jejich úloha se postupem času změnila a spíše slábla.⁴³ Vedle císaře jako nového vrchního magistráta a původních magistrátů republikánských však vznikaly i některé magistratury nové. Císař svěřoval jurisdikci svým úředníkům (prefektům), a to v zásadě v oblastech, které patřily do jejich běžné úřední činnosti. Došlo tak *de facto* k zániku původní koncepce profesionálního soudce, reprezentanta veřejné moci, a soukromého rozhodce, který vykonává svou činnost jakožto občanskou povinnost. Jakkoli je římská *societas* vnímána jako značně rozvinutá, prakticky moderní společnost, je její uvedená koncepce z dnešního pohledu neopakovatelná.

Závěrem lze toliko konstatovat, že přestože kontinentální hmotné právo je vystavěno na základech římských, je vhodné v něm hledat inspiraci v pojmech, kategoriích a konceptech i z hlediska procesního práva, především v období republikánském. Zmiňované oddělení jurisdikce a judikační činnosti se týká římského starého procesu

⁴² IUST. *Inst.* 1, 2, 6. Citováno podle SKŘEJPEK, M. *Justiniánské instituce*. Praha: Karolinum, 2010, s. 33.

⁴³ Zvláště markantní to pak bylo v případě cizineckého *praetora*. *Lex Iulia iudiciorum* stanovil možnost procesních stran na základě shodné vůle volit mezi jurisdikcí *praetora* cizineckého a městského.

legisakčního a klasického republikánského procesu formulového. V období principátu dochází ke změně, nejen v oblasti soudní správy. Dominance dispozice stran je ve velké míře omezena, opouští se i institut soukromého obeslání žalovaného, který již náleží do sféry veřejné moci. Proces poklasický a justiniánský se tak vyznačuje důslednějším uplatněním zásady oficiality, soudce je více „vtažen“ do řešení sporu, sám některé věci zjišťuje z vlastní iniciativy. Postupem času odpadá také institut soukromého soudce, od ustavení sporu až po rozsudek je soudcem jedna úřední osoba, tak jak je tomu v recentní právní úpravě. Civilní procesní právo je svojí povahou plně právem veřejným. Rozsudek je přiřítatelný pouze veřejné moci, laický prvek ze soudního rozhodování postupně zcela mizí.

JUDr. Tomáš Havel, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
havel@prf.cuni.cz

PROČ BY MĚL POVALEČE LEOPOLDA HILSNERA ZNÁT KAŽDÝ PRÁVNÍK?

MICHAL URBAN, ELIŠKA HRONOVÁ*

Abstract: **Why Should Every Lawyer Know Idler Leopold Hilsner?**

This article concentrates on the case of Leopold Hilsner, a young Jew who was in 1899 accused and most probably unjustly sentenced to death for a ritual murder of a nineteen-year old woman Anežka Hružová, whose body was found a few days before Easter. The first part of the article sums up the historical facts about the Hilsner Case and emphasises the anti-Semitic atmosphere in the society at the end of 19th century. This atmosphere intensively contributed to a conviction of Leopold Hilsner for an alleged ritual murder. The authors discuss several characteristics of the proceeding which had in their view an impact on the progress and the final judgment of the trial. They describe the relationship between a client and an attorney and stress the role of Hilsner defence lawyer, dr. Auředníček. Furthermore, they debate particularities of a jury trial, which was brought in the Hilsner Case, and describe personal engagement of Tomáš Garrigue Masaryk, professor of Charles University in Prague and later president of Czechoslovakia, in the case. In conclusion, the authors stress that the Hilsner Case and its message are too important to be forgotten.

Keywords: Leopold Hilsner; T. G. Masaryk; hatred; ritual murder; trial

Klíčová slova: Hilsner; T. G. Masaryk; nenávisť; rituální vražda; soudní proces

DOI: 10.14712/23366478.2019.22

V březnu 2015 navštívili dva muži Polnou, malou obec na hranici mezi Čechy a Moravou. Prohlédli si hrob mladé dívky a na místě, kde před více než sto lety přišla násilně o život, připevnili ceduli s její podobiznou a nedlouhým textem. Soud následně jednoho z nich za tento čin odsoudil k jednoletému trestu odnětí svobody.

Nejednalo se totiž o obyčejné turisty a ani cíl svého výletu nezvolili náhodně. Jihlavský soud potrestal podmíněným trestem nechvalně známého představitele krajně pravicové Národní demokracie a autora seznamů pravdoláskařů a židů, Adama B. Bar-toše. Doprovázel ho spolustraník Ladislav Zemánek, který zejména kvůli projevené

* JUDr. Mgr. Michal Urban, Ph.D., je odborným asistentem na Právnické fakultě UK na katedře politologie a sociologie, Mgr. Eliška Hronová působí na Ministerstvu spravedlnosti v Kanceláři vládního zmocněnce pro zastupování České republiky před Evropským soudem pro lidská práva, je absolventkou Právnické fakulty UK.

lítosti nakonec od soudu odešel bez trestu. Proč cestovali právě do Polné? Svoji averzi k židům chtěli propojit s více než sto let starou událostí, kterou česká historie označuje prostým slovem „hilsneriáda“. Na jejím počátku došlo k vraždě dívky nedaleko Polné. „*Její smrt český národ semkla,*“ napsali na své ceduli, „*a s naléhavostí mu ukázala nutnost řešení židovské otázky. Židovská otázka nebyla dosud uspokojivě vyřešena.*“¹ Hilsneriáda nepředstavuje přitom jen jednu z povinných kapitol středoškolského dějepisu. Jde o zásadní soudní případ, který coby lupa ukazuje českou společnost na samém přelomu 19. a 20. století. Proč dnes ještě stojí někomu za to se k tomuto starému případu vracet?

1. JAK HILSNER DO POTÍŽÍ PŘIŠEL

Vše začalo vraždou. Tělo se našlo 1. dubna 1899 poblíž obce Polná a brzy zjistili, že se jedná o devatenáctiletou švadlenu Anežku Hrůzovou.² Dívka byla nalezena polonahá mezi stromky v lese nedaleko cesty. Ležela na břiše s koleny ohnutými nahoru, přikrytá několika větvemi.³ Na krku měla velkou řeznou ránu. Vysvětlečné a roztrhané kusy jejího oděvu naznačovaly, že motiv vraždy byl dost možná sexuálního charakteru. Řeznou ránu na krku a absenci většího množství krve na místě, kde byla nalezena, si občané z přilehlých obcí velmi rychle dokázali vysvětlit: muselo dojít k takzvanému podkošerování, tj. rituální vraždě, které se měli dle prastaré, ještě středověké pověry dopouštět židé, neboť prý potřebovali krev křesťanských panen do velikonočních macesů. Mrtvé tělo přitom místní shodou okolností objevili právě na Bílou sobotu.

Anežka Hrůzová se ztratila tři dny předtím, když se vracela domů z nedaleké Polné, kde se učila švadlenou.⁴ Při vyšetřování její vraždy se postupně vynořilo více vyšetřovacích verzí. Z výpovědi sousedů vyplývalo, že vztahy v Anežčině rodině byly poměrně napjaté, často u nich doma docházelo k nejrůznějším hádkám. Verzi, že by za její vraždou mohl stát bratr Jan či její matka Marie, nasvědčovalo, že ji oba začali postrádat až dva dny poté, co se ze služby v Polné nevrátila domů. Jako možný podezřelý byl dále označen neznámý muž ve věku 20–30 let, střední postavy, v popelavě šedých šatech, který se onoho osudného dne pohyboval v okolí lesa, v němž bylo nalezeno tělo dívky. Jeho spojitost s vyšetřovaným zločinem dokládala výpověď jedné ze svědkyň, která ho potkala a při vyšetřování vypověděla, že měl v ruce bílou dřevěnou hůl, jež byla následně nalezena poblíž Anežčina těla. Možným podezřelým měl být i nádeník František Pytlík, který se v době Anežčiny vraždy pohyboval ve stejném lese a při vyšetřování byly na jeho šatech nalezeny krvavé skvrny.⁵

¹ Policie za pomoci odborníka na extremismus dospěla k závěru, že jde o podněcování nenávisti vůči židům, neboť sousloví „konečné řešení židovské otázky“ používali nacisté především v souvislosti s židovským holokaustem. Srov. https://www.irozhlaz.cz/zpravy-domov/za-protizidovsky-text-rocni-podminka-soud-potvrdil-trest-pro-predsedu-narodni-demokracie-bartose_201703071113_dpihova.

² KOVTUN, J. *Tajuplná vražda: Případ Leopolda Hilsnera*. Praha: Sefer, 1994, s. 29.

³ Tamtéž, s. 12.

⁴ Tamtéž, s. 11, 16.

⁵ Tamtéž, s. 31–37.

Přesto byly všechny tyto verze rychle opouštěny a hlavní pozornost nejen místních, ale i vyšetřovatelů se upnula na Leopolda Hilsnera, nepřilíš inteligentního, obecně nesympatického a důvěru nevzbuzujícího 22letého židovského nedoučeného obuvníka, jenž byl toho času nezaměstnaný a často se pohyboval mezi povaleči a tuláky.⁶ Jeho hlavní vina, jak se postupně ukazovalo, spočívala v tom, že byl žid, a mohl proto být podezříván z podkošerování. Vyšetřovatelé se na něj zprvu zaměřili pouze na základě ničím nepodložených dohadů. Leopold Hilsner se však při vyšetřování a soudním procesu v Kutné Hoře dopouštěl ze strachu drobných lží a nepřesností, které sice vůbec nic nedokazovaly, avšak posilovaly domněnku, že lže, protože je skutečným vrahem. Nermalou měrou k jeho obvinění přispěla rovněž nekvalitně vyhotovená pitevní zpráva, kterou polenští lékaři Michálek a Prokeš nezpracovali celou v den nalezení dívčina těla, ale až s několikadenním odstupem. Ve zprávě se lékaři nijak nevěnovali otázce, kolik krve dívka ztratila, ani se nevyjádřili k významu strangulační rýhy, kterou dívka utrpěla zřejmě po škrcení, či k ráhám na hlavě. Za smrtelné poranění označili bez většího rozvedení řeznou ránu na krku, z čehož si bylo snadné vyvozovat, že dívka zemřela rychlým vykrvácením.⁷ Ačkoli později byly zavádějící závěry uvedené v této zprávě vyvráceny a bylo prokázáno, že Anežka Hružová zemřela zardoušením, veřejnost zůstala o správnosti této zprávy a spáchané rituální vraždě i nadále přesvědčena.

O Hilsnerově vině nesvědčily žádné přímé důkazy. Na předpokládaný čas vraždy neměl sice alibi, avšak to by k podání obžaloby samo o sobě nikdy nestačilo. Byl vzat do vazby a během vyšetřování se, a to i s několikaměsíčním odstupem, postupně začínali hlásit další svědci, kteří si zpětně vybavovali události z vražedného dne a vesměs svědčili v Hilsnerův neprospěch.

Vyšetřováním případu byl pověřen kutnohorský státní zástupce Schneider-Svoboda, který se motivu rituální vraždy od počátku vyšetřování nijak nebránil. Ačkoli svědecké výpovědi svědčící proti Hilsnerovi byly značně nepřesvědčivé i nevěrohodné, rychle se rozhodl zúžit své vyšetřování pouze na Hilsnera a proti němu pak také podal u kutnohorského soudu obžalobu.⁸

V soudním řízení před krajským soudem v Kutné Hoře sehrál významnou roli JUDr. Karel Baxa, ambiciózní pražský advokát a zapřísáhlý antisemita, který zastupoval poškozenou Marii Hružovou, matku oběti.⁹ Hlavní zbraní dr. Baxy se brzy stala výpověď zámečníka Petra Pešáka. Ten se až v srpnu 1899, tedy více než 4 měsíce od smrti Hružové, přihlásil, že onoho dne viděl u lesa Březina muže v šedém obleku s bílou holí v doprovodu dvou dalších mužů, ve kterém bezpečně rozpoznal Hilsnera. Pešákovu svědeckví obsahovalo velkou řadu nesrovnalostí, které musely být zřejmě i široké veřejnosti. Svědeckví navíc několikrát mírně upravil. Skutečnost, že se svým svědeckvím přišel až na počátku srpna, vysvětloval jednou strachem z reakce ženy, podruhé obavou ze ztráty svých židovských zákazníků. V neposlední řadě vyvolávala pochybnosti skutečnost, že Pešák měl Hilsnera vidět a rozeznat na vzdálenost 600 kroků, což se zdálo

⁶ Tamtéž, s. 18–20.

⁷ Tamtéž, s. 35–36, 59.

⁸ Tamtéž, s. 101–102, 112.

⁹ Tamtéž, s. 112.

být velmi obtížné až nemožné. Přes to všechno se před soudem tvrdý a sebejistý Pešák stal klíčovým svědkem obžaloby.

Hilsnera u soudu zastupoval renomovaný kutnohorský advokát JUDr. Zdenko Auředníček, který se jeho obhajoby ujal dobrovolně, z přesvědčení o jeho nevině a ve snaze poukázat na absurdnost pověry o rituální vraždě.¹⁰ Auředníček byl před dvanáctičlennou porotou, která o vině Hilsnera rozhodovala, oproti soukromému žalobci Baxovi ve značně nevýhodě. Vedle energického Baxy, který sázel na emoce spojené s rituální vraždou, působil Auředníčkův kultivovaný a propracovaný, avšak střídmy a věcný projev na porotce méně přesvědčivě. Po pětidenním přelíčení Auředníček ve své závěrečné řeči pečlivě rozebral a vyvrátil všechny údajné důkazy, které měly svědčit o Hilsnerově vině. Namítal, že dle údajů uváděných jednotlivými svědky nemohl být Hilsner vůbec na místě činu. Upozorňoval, že nikdy nevládnul šedý oblek, v němž měl být údajně spatřen, a že se nikdy neprokázala obžalobou prezentovaná verze, že Hilsner provedl vraždu Anežky Hružové spolu s dalšími dvěma muži. Porotu se však Auředníčkovi o Hilsnerově nevině přesvědčit nepodařilo a 16. září 1899 dospěla jednomyslně k závěru, že Hilsner byl jedním z pachatelů vraždy Anežky Hružové, a odsoudila jej k trestu smrti oběšením.¹¹

Auředníček podal proti rozsudku zmateční stížnost a kasační soud ve Vídni rozhodnutí skutečně zrušil a nařídil obnovu trestního řízení. V rozhodování kasačního soudu se stal zásadním revizní lékařský posudek, jehož zpracování a předložení vídeňskému soudu pomáhal Auředníčkovi zajistit Tomáš Garrique Masaryk, toho času profesor pražské Karlovy univerzity, který se do procesu v této fázi také zapojil.

Obnovené řízení se již nekonalo v Kutné Hoře, ale aby byl proces odstíněn od dosavadních emocí, přesunuli jednání ke krajskému soudu v Písku. Ačkoli z kritických závěrů nálezu kasačního soudu vyplývalo, že v obnoveném řízení by mělo dojít k důkladné revizi dosavadního vyšetřování, i písecký proces od počátku vycházel z předpokladu, že se u Polné odehrála rituální vražda. Hilsner dokonce musel čelit i obvinění, že způsobil také smrt druhé mladé dívky, považované za Marii Klímovou, která se ztratila již před dvěma roky v létě 1898, a teprve během kutnohorského procesu bylo nalezeno tělo, které mohlo patřit právě jí. Tělo považované za ostatky Klímové bylo nalezeno v lese, částečně obnažené a přikryté chvojím, což státního zástupce vedlo k rozšíření obžaloby o druhý trestný čin vraždy. V obnoveném řízení se objevili další svědci s velmi nevěrohodnými výpověďmi, ve kterých detailně popisovali dva roky staré události z pouti v Březině. Hilsner se tam měl údajně s Marií Klímovou setkat a měli spolu strávit nějaký čas. A to navzdory tomu, že Hilsner byl prokazatelně toho dne poměrně daleko, u rodiny svého přítele v Jihlavě. Státní zástupce si však s touto okolností nelámal hlavu a překlenul ji toliko konstatováním, že „*Hilsner spěchající na křídlech lásky ke Klímové mohl být ráno v Jihlavě a navečer již na pouti v Březině*“.¹²

Jednotlivé svědecké výpovědi v píseckém procesu si odporovaly, jeden svědek ho viděl zde a druhý vzápětí někde úplně jinde. Státní zástupce si však z každé výpovědi

¹⁰ Tamtéž, s. 155.

¹¹ Tamtéž, s. 212–213.

¹² Tamtéž, s. 442.

pouze vybral to, co se mu hodilo, a časové rozpory odbyl závěrem, že „nepřesností v časových údajích nelze přikládat větší význam“.¹³

I podruhé tak byl Hilsner porotou odsouzen k trestu smrti. Opětovně za účast na vraždě Anežky Hružové, nově pak také za vraždu Marie Klímové a trestný čin na cti utrhání v souvislosti s krivým obviněním dalších dvou židů z vraždy Hružové, kterého se dopustil pod tíhou svého pobytu ve vazbě. Auředníček ani po prohraném procesu ve svém boji za spravedlnost pro svého značně netypického klienta neustal. Když byla jeho druhá zmatečná stížnost zamítnuta, obrátil se na císaře s žádostí o milost a úspěš. Císař Franz Josef I. přeměnil trest smrti na trest doživotního žaláře. Díky pokračujícímu úsilí Auředníčka a tlaku významných osobností byl pak Hilsner po téměř dvaceti letech strávených za mřížemi v roce 1918 díky milosti posledního rakousko-uherského císaře Karla I. propuštěn.¹⁴ Žil pak pod pozmeněným jménem ve Vídni, kde v roce 1928 zemřel v chudobě, v zapomnění, aniž by došlo k očištění jeho jména.

Obvinění z rituální vraždy a následných soudů zažilo přitom tehdejší Rakousko-Uhersko na konci 19. století několik, v tom nebyl Hilsnerův případ nijak výjimečný. V českých zemích např. v Kolíně, Holešově, Rychnově nad Kněžnou, v Maďarsku v Tizsa Eszlár, dále pak např. v ukrajinském Kyjevě. Scénáře těchto procesů se od sebe odlišovaly jen minimálně: žid je obviněn z rituální vraždy, dění před soudem přitahuje značnou pozornost místních i celé Evropy, před soudem vystupují významné osobnosti dané společnosti, odkazuje se na antisemitské stereotypy, obhajoby se mnohdy chopí významní a schopní advokáti. Vesměs ovšem soudy vydávaly osvobozující rozsudky a po několika měsících či letech pouštěly obžalované z vazby, v řadě případů byly dokonce osoby, které vykonstruovaná obvinění vznesly, odsouzeny k několikaměsíčnímu vězení. Mezinárodně známou se stala zejména francouzská Dreyfusova aféra, ve které ovšem nešlo o obvinění z rituální vraždy, nýbrž špionáže. Její hlavní obětí se stal důstojník generálního štábu francouzské armády Alfred Dreyfus, který byl v procesu se silně rasistickým podtextem odsouzen roku 1894 a posléze rehabilitován. Antisemitismus začátku 20. století odrážejí také tzv. Protokoly sionských mudrců, poprvé publikované v ruském Petrohradě v roce 1903. Jedná se o podvodné dokumenty, které na základě smyšlených údajů konstruuji konspirační teorii, podle které se židé chystají ovládnout svět.¹⁵ Případ Leopolda Hilsnera tak zůstává v českém i evropském kontextu ojedinelý.¹⁶

¹³ Tamtéž, s. 439–441.

¹⁴ NOVOTNÝ, L. JUDr. Auředníček – zapomenutá oběť hilsneriády. *KROK • Kulturní revue Olomouckého kraje*, Olomouc, 2009, roč. 9, č. 4, s. 43–44.

¹⁵ Více viz např. <https://www.holocaust.cz/dejiny/antisemitismus-2/antisemitismus-po-druhe-svetove-valce/teze-moderniho-antisemitismu-v-soucasnosti/protokoly-sionskych-mudrcu/>.

¹⁶ KOSEK, J. Citadela nebo doupe; v zajetí ambivalence – zamyšlení nad některými zdroji a souvislostmi díla Franze Kafky. In: KYSELA, J. – URBAN, M. (eds.). *Literatura a film jako zrcadlo práva a právníků*. Praha: Leges, 2017, s. 84 a 89. Jan Kosek připomíná, že o kyjevském procesu, který proběhl v letech 1911–1913, napsal německy píšící, v Praze působící autor židovského průvodu, Franz Kafka, povídku. Krátce před smrtí ovšem nařídil její zničení.

2. PRÁVNĚ VÝZNAMNÉ SOUVISLOSTI HILSNEROVY AFÉRY

Hilsneriáda brzy ztratila svůj lokální charakter a stala se celospolečenskou záležitostí. Mluvit a psát o ní přinášelo novinám čtenáře a politikům volební hlasy, ustavil se ostatně okolo ní i specifický byznys s pohlednicemi a různými upomínkovými předměty. Z našeho pohledu je ovšem mimořádně významné, že se její klíčová dějství odehrávala před právními institucemi a významné role v této tragédii na sebe více či méně dobrovolně převzali právníci. Jakou zprávu o působení práva a právníků ve společnosti na samém konci 19. století se z případu Hilsner dozvídáme? V následujícím textu představíme pět aspektů Hilsnerova případu, které považujeme pro právnícké publikum za nejvýznamnější, a to jak s ohledem na tehdejší případ, tak fungování práva a právníků v dnešní době.

2.1 VZTAH ADVOKÁTA A JEHO KLIENTA

Celý případ předně poukazuje na zajímavá profesně-etická témata. Hilsnerův případ ukazuje, jak podstatnou roli pro obviněného, zejm. je-li vzat do vazby, sehrává jeho právní zástupce. Dobře to ostatně ilustruje např. nedávno Českou televizí natočený dvojdílný hraný film *Zločin v Polně*. Leopold Hilsner, nepříliš inteligentní ani oblíbený mladík, ztratil po vzetí do vazby prakticky jakýkoli kontakt s vnějším světem. Zmatený sám od sebe, natož po uzamčení do cely, stal se jeho prakticky jedinou blízkou osobou a průvodcem tímto nesnadným časem jeho právní zástupce dr. Auředníček. Bez jeho vysoce nadstandardní právní i lidské pomoci, kterou navíc vykonával ex officio a za vytrvalého opovržení většinové české společnosti, by se Hilsner zřejmě zhroutil a k vraždě se přiznal (jak ostatně v jednom slabém okamžiku ve věznici i učinil a doznání pak na nátlak dr. Auředníčka následně odvolal), ne-li si rovnou sáhl na život.

Ačkoli počátky advokacie i nutné obhajoby vykonávané řečníky, předchůdci advokátů, lze vyzorovat v českých zemích již ve středověku,¹⁷ k výraznějšímu rozvoji institutu nutné obhajoby došlo právní úpravou v zákoně č. 119/1873 ř. z., jímž se zavádí nový řád soudu trestního spolu se zákonem č. 96/1868 ř. z., kterým se uvádí řád advokátský. Institut nutné obhajoby byl přitom v této době v Rakousku-Uhersku ve svých úplných počátcích. Oba zákony lze dnes však označit za značně progresivní, druhý uvedený se dokonce stal inspirací při formulaci nové, polistopadové právní úpravy advokacie.¹⁸ Hilsnerův případ nám připomíná, že skutečnost, že náš právní systém zaručuje obhájce i těm, o jejichž vině málokdo pochybuje, je třeba považovat za jeho přednost a nikoli slabost. Stát, který prostřednictvím státního zástupce obžalovává údajného pachatele, se nachází ve zřetelné převaze, zejména viní-li se porušení pravidel soužití prosťáčka Hilsnerova typu. Vspělost právního státu se v takovýchto případech pozná nikoli podle vysokého procenta odsouzených pachatelů či přísnosti trestů, ale dle poskytovaných právních záruk, včetně práva na kvalitní obhajobu, které stát coby zřetelně

¹⁷ Historie advokacie v ČR, <https://www.cak.cz/scripts/detail.php?id=38>.

¹⁸ VYCHYTA, J. *Obhájce v trestním řízení*, diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, Praha, 2013, s. 3.

silnější hráč obviněným zajistí. A to i s vědomím rizika zneužití této zdánlivě slabosti státu.¹⁹

Hilsnerův případ nepatřil v žádném ohledu k těm typickým. Probíhal za mimořádného zájmu a účasti veřejnosti, a to i mezinárodní, přičemž *vox populi* od počátku netrpěl žádnou pochybností co do Hilsnerovy viny. Nepřilíš bystrý a charakterově nepevný Hilsner, který z velké části nechápal, do jakého dění byl vlastně vtažen, nerozuměl právní dimenzi svého procesu a zjevně nepřilíš úspěšné byly i pokusy jeho právního zástupce svého klienta průběžně seznamovat se svojí právní taktikou. Film *Zločin v Polně* nám nabízí scény, kdy advokát poučuje svého klienta, jak má u soudu vystupovat, co říkat a čemu se raději vyhnout. Počíná si logicky, přesto tím otevírá otázku, do jaké míry je advokátovi dovoleno instruovat svého klienta, a to i klienta nepřilíš bystrého. Vyjdeme-li z aktuální právní úpravy, zákon o advokacii advokátovi přikazuje „*chránit a prosazovat práva a oprávněné zájmy klienta a řídit se jeho pokyny*“, které nemusí poslouchat toliko v případě, že jsou v rozporu s právními či stavovskými předpisy.²⁰ Dále jsou advokáti povinni „*jednat čestně a svědomitě*“ a v rámci dostupných zákonných prostředků uplatnit vše, co podle svého přesvědčení pokládají za prospěšné. Zákonná hranice dovoleného je tedy poměrně široká a vylučuje jen např. křivé obvinění jiného či možnost obviněného radit se s obhájcem, jak odpovědět na již položenou otázku.²¹ Koneckonců, vinu obviněného má dokazovat státní zástupce a posuzovat soud, právní zástupce obžalovaného má stát na jeho straně, a dokud si počíná férově, může usilovat o jeho osvobození či zmírnění trestu všemi dostupnými prostředky.

Z pohledu právní etiky se na Hilsnerově případu jako významné ukazuje i téma důvěry mezi klientem a jeho advokátem. Pokud se právní zástupce, který nadto vykonává své služby zdarma a musí snášet opovržení svého okolí, nemůže spolehnout na to, že ho jeho klient pravdivě seznámil se vším, co o dané věci ví, dává smysl, že mu stavovské i zákonné předpisy umožňují obhajobu ukončit. Zatímco klient může spolupráci s advokátem ukončit kdykoli a prakticky z jakéhokoli důvodu, advokátovi coby profesionáloví, který má být schopen dopředu svého klienta a celý případ alespoň v základních parametrech odhadnout, umožňují předpisy ukončit obhajobu jen v některých případech, mezi které patří právě ztráta důvěry mezi klientem a jeho právním zástupcem. Musí se pochopitelně jednat o relevantní ztrátu důvěry, kterou na požádání bude advokát schopen doložit např. rozporuplností klientových výpovědí či poskytnutých informací.²²

¹⁹ Široce pojaté právo na spravedlivý proces nutně umožňuje obžalovaným využívat celou řadu procesních nástrojů, jejichž kombinace může v některých případech hraničit až se zneužíváním tohoto práva – mohou např. neúměrně natahovat či dokonce obstruovat průběh řízení. Jiní obžalovaní zase mohou být do té míry vybaveni penězi, že žádnou pomoc od státu de facto nepotřebují, neboť pro ně pracuje armáda najatých advokátů. Tím pochopitelně netvrdíme, že s obstrukcemi se právní systém nepotýkal již v dřívějších dobách.

²⁰ § 16 odst. 1 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii.

²¹ Srov. trestný čin křivé výpovědi definovaný v § 345 trestního zákoníku č. 40/2009 Sb. a § 33 odst. 1 trestního řádu č. 141/1961 Sb.

²² Srov. § 20 odst. 2 zákona č. 85/1996 Sb., zákon o advokacii.

Současný český justiční systém spočívá zejména na profesionálních soudcích. Laický prvek zajišťují přísedící, kteří se účastní prvoinstančního rozhodování v trestních a pracovněprávních záležitostech.²³ Jak nás nicméně učí studium právní historie, poroty coby tradiční a významný prvek soudních procesů nenáležely jen k angloamerické právní kultuře, ale od poloviny 19. do poloviny 20. stoléní se vyskytovaly i v řadě zemí s kontinentální právní tradicí jako např. v Německu, Rakousku, Francii, Belgii i Československu. V těchto zemích poroty rozhodovaly obvykle jen o nejzávažnějších zločinech, a měly tak logicky ukládat nejzávažnější tresty včetně trestu smrti. Nezřídka se tak stávalo, že porota mohla cítit příliš velkou tíhu odpovědnosti za život člověka a rozhodla navzdory usvědčujícím důkazům raději o zproštění pachatele viny, aby nemusela k uložení tohoto trestu přistoupit.²⁴ I Leopold Hilsner byl jak v Kutné Hoře, tak i při novém projednání svého případu soudem v Písku souzen porotou složenou z právních laiků.

Poroty historicky vznikly jako pojistka proti zneužívání síly ze strany vládnoucí moci. O vině a nevině nerozhodoval zástupce panovníka či šlechty, který soud ustanovil, ale sbor svobodných občanů dané komunity. I oni se jednou mohli ocitnout na lavici obžalovaných, což je nepochybně motivovalo vykonávat svůj úkol pokud možno odpovědně. Právní praxe se ovšem může od teorie značně odlišovat. Po zhlédnutí právní filmové klasiky *12 rozhněvaných mužů* režiséra Sidneyho Lumeta, která zobrazuje nelehké a zejména pak vyvíjející se rozhodování poroty v případě z vraždy obžalovaného mladého muže, je jen málokterý divák přesvědčen o tom, že by chtěl raději být souzen porotou než profesionálními soudci. Nesmíme zapomínat ani na stádní efekt, kterému mají lidé tendenci ve skupině podléhat, a na všeobecnou tendenci ke konformitě se skupinou či předepsanými pravidly.²⁵ Ani relativně veliký počet dvanácti tedy nemusí zaručovat, že se ve vybraném vzorku běžné populace najde jedinec, který tváří v tvář nepochybující porotní většině dokáže zformulovat a obhájit své pochybnosti. O nesnad-

²³ Srov. KÜHN, Z. Laický prvek v justici – archaismus v 21. století nepotřebný? In: *Jiné právo* [online] 3. 10. 2008. Dostupné na: <http://jinepravo.blogspot.cz/2008/10/laick-prvek-v-justici-archaismus-v-21.html>.

²⁴ GORPHE, F. Reforms of the Jury-System in Europe: France and Other Continental Countries. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1936, vol. 27, č. 2. s. 158, 162–163.; Zdeněk Kühn k tomu poznamenává, že „v revolučním roce 1848 byla demokratická kontrola justice prostřednictvím porot jedním z důležitých požadavků demokratických sil“, načež v „omezené podobě začaly poroty fungovat v 50. letech 19. století“, přičemž porota rozhodovala i známý proces s Karlem Havlíčkem Borovským. Jakkoli institut porot znala československá ústavní listina z roku 1920, bylo porotní soudnictví terčem kritiky ze strany soudcovské veřejnosti již od 20. let pro svoji neekonomičnost, iracionalitu a zbytečnost. Srov. KÜHN, Z. Laický prvek v justici – archaismus v 21. století nepotřebný? Rozhodování porot v prvorepublikovém Československu zachycují také např. Povědky z jedné kapsy a Povědky z druhé kapsy Karla Čapka. Srov. URBAN, M. Starý dobrý právnícký svět Karla Čapka. In: KYSELA, J. – URBAN, M. (eds.). *Literatura a film jako zrcadlo práva a právníků*. Praha: Leges, 2017.

²⁵ Skupinová dynamika, ochota chovat se v souladu s ostatními i tendence podřizovat se pravidlům a autoritě byly popsány a doloženy např. americkými psychology Philipem Zimbardem v jeho slavném stanfordském experimentu, Stanley Milgramem v neméně slavném experimentu s elektrickým proudem, který měl údajně pomáhat žákům v učení, nebo Solomon Eliot Aschem, který pro svůj test konformity využil jednoduché porovnávání velikosti čar ve skupině. Započítat jistě můžeme i vliv skupinového myšlení (*groupthink*), které vede jednotlivce ke konformitě se skupinou i v situacích, kdy vnitřně s názorem skupiny nesouhlasí. Obecně tendenci jedince podléhat společenským vlivům, které ho obklopují, studuje sociální psychologie.

nosti takového počínání ostatně dobře vypovídá již zmíněný snímek *12 rozhněvaných mužů*.

Podobně tak Hilsnerův případ ukazuje, jak nesnadný úkol mají porotci zejména v mediálně vypjatých případech, kdy hlas ulice, tisku, ale vlastně téměř celé společnosti má o vině obžalovaného jen pramálo pochybností.²⁶ Je vůbec možné od prostých mužů sedících na lavicích určených porotcům očekávat, že se postaví veřejnému mínění? O svoji nezávislost musí pochopitelně bojovat i profesionální soudci. Jakožto profesionálové s patřičnou přípravou, letitými zkušenostmi, autoritou svého úřadu a oporou ve svých kolezích k tomu ovšem mohou nacházet odvahu i sílu nesrovnatelně snáze než laičtí muži (a dnes již i ženy) z lidu.

V Hilsnerově případě na ovlivnitelnost poroty upozorňuje samotný kasační soud ve Vídni, který zrušil rozsudek soudu v Kutné Hoře. Kasační soud se ve velké míře opřel o lékařský posudek vyhotovený pražskou lékařskou fakultou a pojmenoval problematické momenty kutnohorského rozsudku. Upozornil na nejasnosti ohledně počtu pachatelů, množství nalezené krve, domnělých skvrn od krve na Hilsnerových kalhotách, zmínil ovšem i otázku správné informovanosti porotců. V jeho rozhodnutí se tak můžeme dočíst, že „porotci v Kutné Hoře podléhali vlivům, které mohly mít vliv na finální rozhodnutí poroty“ a upozornil, že jim důkazní materiál byl předkládán „v nesprávném světle“.²⁷

Institut porot byl na území dnešní České republiky zaveden nejprve na krátkou dobu prozatímním řádem trestním vydaným Františkem Josefem I. v roce 1850. Avšak přijetím silvestrovských patentů o rok později a nástupem tzv. Bachova absolutismu došlo záhy k jejich zrušení.²⁸ K jejich opětovnému zavedení s trvalejší platností pak došlo výše zmíněným trestním řádem v roce 1873. Ke zrušení porot pak došlo zákonem č. 319/1948 o zlidovění soudnictví. Je pochopitelně lákavé přemýšlet o tom, jak by Hilsnerův proces dopadl, kdyby výřečný dr. Baxa přesvědčoval před zraky nadšeného publika nikoli muže z lidu, ale soudní senát složený z profesionálních soudců. Nepochybně ani soudci z povolání nejsou imunní vůči mediálnímu tlaku, přece jen jsou ale soudním aparátem i svými zkušenostmi lépe vybaveni ho snášet.

2.3 ZPŮSOB SHROMAŽĎOVÁNÍ DŮKAZŮ

Významný vliv na Hilsnerův proces měl i speciální právní výbor, který z vlastní iniciativy zřídili radní města Polná. Jeho členové vyslyšeli svědky a vedli „vyšetřování“. Jakožto ryze politická instituce, kterou zřídili a spravovali představitelé exekutivy města Polná, ovšem neusiloval o objektivitu. Právě naopak, z vyjádření

²⁶ Mediální tlak měl přitom v Hilsnerově případě vedle dobře představitelné podoby (články v novinách, shromáždění v ulicích, jednoznačně naladěná veřejnost v soudní síni) i méně představitelnou podobu. Vražda Anežky Hružové se stala obchodním trhákem. Vydávaly se a ve velkém prodávaly pohlednice připomínající událost. Dále se o události v Polné začaly zpívat tzv. „kramářské písně“ tradičně vyprávějící určitý příběh či zážitek, které se brzy staly hitem a zpívaly se na Moravě hojně ještě po druhé světové válce. Dokument Případ Leopolda Hilsnera, Díl první, Tajuplná vražda, 30. Minuta. VAREJČKA, R. *Hilsneriáda*, diplomová práce. PedF MU Brno, 2011, s. 66–67.

²⁷ KOVTUN, J. *Tajuplná vražda: Případ Leopolda Hilsnera*, s. 359.

²⁸ SCHELLE, K. *Vývoj trestního řízení*. Ostrava: Key Publishing, 2012, s. 30–31.

starosty města Sadila, který byl vedle dalších členů městské rady jedním z iniciátorů i koordinátorů výboru, nelze mít pochybnosti o jeho antisemitském zaměření.²⁹ Právní výbor potřeboval vykázat rychlé výsledky svého šetření, a tak velmi záhy soustředil svoji aktivitu zejména na dokazování viny Hilsnera, notně v tom popoháněn hlasem místních. Poptávkou po nových svědčích a jejich neprofesionálním, silně tendenčním způsobem výslechu ve skutečnosti pomáhal tento „právní“ výbor šířit přesvědčení o Hilsnerově vině a povzbuzoval další svědky, aby potvrzovali základní narativ celého případu. Snahu příčinlivých místních povzbuzoval výbor i vypsáním odměny, která nicméně spíše než nová, neřku-li pravdivá fakta přinesla záplavu lidí, kteří byli ochotni svědčit i o skutečnostech, které se prokazatelně stát nemohly. Právní výbor pak výsledky svých rozličných aktivit dodával nejprve antisemitskému tisku, kterým byly kupříkladu Radikální listy, potom Karlu Baxovi a nakonec i přímo soudu, který postřehy právního výboru bohužel ochotně zařazoval do soudního spisu. Existence tohoto výboru, který svou ingerencí bezesporu zcela zásadě a negativně ovlivnil průběh vyšetřování i soudního řízení, nám připomíná, jak významné je oddělit orgány činné v trestním řízení, ať již jde o policii, státní zastupitelství či soudy, od aktuální vládnoucí politické většiny. Teprve soustavná, na vládnoucí moci nezávislá a důvěru vzbuzující práce orgánů činných v trestním řízení přispívá k fungování právního státu.³⁰ Na druhé straně, jak bude později demonstrováno na zapojení profesora Masaryka do celé aféry, nelze jednoduše konstatovat, že aktivity občanské společnosti jsou pro fungování spravedlnosti bez dalšího vždy nežádoucí a zhoubné. Lze zcela jistě nalézt i případy, kdy má vliv veřejnosti na uplatňování práva účinky pozitivního rázu. V současné době se můžeme setkat kupříkladu s tzv. strategickou litigací, při níž se neziskové organizace či jiné zájmové skupiny angažují v konkrétním případě s tím, že jeho výsledek pozitivně dopadne na skupinu lidí ve stejné situaci.³¹

Jak již bylo naznačeno výše, významnou roli sehrály v procesu i svědecké výpovědi. Známý bonmot tvrdí, že svědek je osoba, která věc viděla, ale nerozumí jí.³² V Hilsnerově případě byl ovšem nejprve městský právní výbor a posléze vyšetřovatelé a soudci konfrontováni s některými svědky, kteří čin – i pokud by ho Hilsner opravdu spáchal – zřejmě neviděli, navíc svým svědectvím a zejména pak očekáváním, že přispějí k odsouzení Hilsnera, pomáhali de facto činit rozhodnutí. Nejvýrazněji v tomto ohledu působí osoba korunního svědka, Petra Pešáka. Tento několikrát za drobné přestupky trestaný muž se sice objevil až po čtyřech měsících vyšetřování, svým tvrzením o tom,

²⁹ KOVTUN, J. *Tajuplná vražda: Případ Leopolda Hilsnera*, s. 69–70.

³⁰ To si ostatně uvědomovali i klasici amerického politického systému. Srov. HAMILTON, A. – JAY, J. – MADISON, J. *Listy federalistů: soubor esejí psaných na podporu nové Ústavy předložené federálním Shromážděním 17. září 1787*. Olomouc: Vydavatelství Univerzity Palackého, 1994, zejména pak list č. 78, s. 414–415.

³¹ Dopady strategické litigace: Desegregace Romů ve školství, Open Society Justice Initiative, dostupné na: http://osf.cz/wpcontent/uploads/2016/04/OSJI_Dopady_strategicke_litigace_Desegregace_Romu_ve_skolstvi_CZ.pdf, s. 10.

³² Autorství celého výroku Václav Štaud ve své diplomové práci s názvem *Svědci v trestním řízení* připisuje dr. Vaňkovi: „*Svědci je člověk, který věc viděl, ale nerozumí jí. Znalec je člověk, který věc neviděl, ale rozumí jí. Soudce je člověk, který věc neviděl, nerozumí jí, ale rozhoduje o ní.*“ ŠTAUD, V. *Svědci v trestním řízení*, bakalářská práce. Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně, 2010, s. 2. Dostupné na: https://is.muni.cz/th/285294/pravf_b/Bakalarka_SVEDEK_v_TR.txt.

že bezpečně na úctyhodnou vzdálenost poznal v postavě na obzoru Hilsnera, umožnil soudu vynést odsuzující verdikt. Osoba zámečnicka Pešáka i ostatních místních, jak je vděčně zobrazuje film *Zločin v Polné*, nás upomínají na to, jak nespolehliví a nedůvěryhodní umí svědci být. Paměť jim má tendenci selhávat, přejímají názor svého okolí či mediálního světa, snáze věří skutečnostem, které potvrzují a nikoli vyvrací jejich vnímání reality,³³ zkušení advokáti či soudci je při výslechu dokáží dobře kladenými otázkami navést tam, kde je potřebují mít. Někteří se pak nechají přímo koupit. Polenský případ nám připomíná, že ani těm, kteří vše „viděli na vlastní oči a slyšeli na vlastní uši“, není radno slepě věřit, u vypjatých a mediálně sledovaných případů pak dvojnásob. Lidské smysly, jak nás upomínají např. nejrůznější optické klamy, se dokáží mýlit tak zásadním způsobem, že bez kritického posuzování jednotlivých svědectví a zejména pak konfrontování všech důkazů a jejich souhrnného posouzení není možné dosáhnout spravedlivého rozsudku.³⁴ Nemají to koneckonců být naše smysly, které rozhodují, ale lidský rozum.

2.4 OBRAZ FUNGOVÁNÍ TEHDEJŠÍ PRÁVNICKÉ A INTELEKTUÁLNÍ OBCE

Oba procesy s Leopoldem Hilsnerem nám také umožňují nahlédnout do fungování dobové právnícké obce. V českých zemích konce 19. století, stejně jako ve Spojených státech amerických platilo, jak si všímá americký politolog Fared Zakeria, že právníci představovali „*privilegovanou a na veřejnou činnost orientovanou elitu*...“. Patřili mezi „*přední občany, kteří pomáhali budovat muzea a nemocnice, utvářeli občanské instituce a zastávali v místní správě postavení na všech úrovních*“.³⁵ Již Tocqueville se domníval, že právě relativně dobře zajištění a společenství respektování právníci se mohou stát těmi, kdo zabrání „*tyranii většiny*“, neboť nejsou na nikoho vázáni, a proto jim lze svěřit starost o prospěch veřejnosti.³⁶ Zakaria i jiní v tomto ohledu podtrhují roli omezeného vstupu do advokátní profese: „*V každém městě působil jen omezený počet právních firem. Vstoupit na trh bylo obtížné. Těm, kdo na něm podnikali,*

³³ Výzkumy ukazují, že instinktivně přijímáme ty informace, které odpovídají tomu, co si myslíme. Abychom rozpoznali, že je nějaká informace mylná, musíme vyvinout extra úsilí. Máme proto sklon si myslet, že známá informace je pravdivá, a z okolní reality si vybíráme ty informace, které podporují naše existující názory. Psycholog a nobelista Daniel Kahneman naši tendenci vyhábat se faktům, která by náš mozek nutila k větší námaze, nazývá „*kognitivní pohodlností*“. Dokonce se stává, že když nás někdo konfrontuje s fakty uvádějícími věci na pravou míru, může to naše přesvědčení paradoxně ještě utvrdit. Výzkumníci z Brendan Nyhan z univerzity Dartmouth College a Jason Reifler z Exeterské univerzity tomu říkají „*zpětný efekt*“. Srov. Yes, I'd lie to you: Dishonesty in politics is nothing new; but the manner in which some politicians now lie, and the havoc they may wreak by doing so, are worrying. *The Economist* [online]. 2016 [cit. 8. 8. 2017]. Dostupné na: <https://www.economist.com/news/briefing/21706498-dishonesty-politics-nothing-new-manner-which-some-politicians-now-lie-and>.

³⁴ Na nespolehlivost paměti upozorňuje např. kniha psychologů SHAW, J. *Iluze paměti: falešné vzpomínky a proč jim věříme*. Praha: Paseka, 2017. Nedostatký v našem vnímání popisují a empiricky prokazují i autoři projektu *The Invisible Gorilla*. Srov. CHABRIS, Ch. F. – SIMONS, D. J. *The Invisible Gorilla: and Other Ways Our Intuitions Deceive Us*. New York: Crown, 2010. Podobně tak v této souvislosti nelze nedoporučit knihu THALER, R. H. – SUNSTEIN, C. R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. LONDON: Penguin Books, 2009.

³⁵ ZAKARIA, F. *Budoucnost svobody*. Praha: Academia, 2004, s. 282. Příkladnou osobou v tomto smyslu byl obhájce Hilsnera, dr. Auředníček. Srov. NOVOTNÝ, L. JUDr. Auředníček – zapomenutá oběť hilsneriády.

³⁶ Tamtéž, s. 283.

*se dařilo dobře, ale nesnažili se zvyšovat ceny. Právo bylo prostorem k slušnému a vysoce respektovanému způsobu života, nikoli však prostorem, v němž se dá zbohatnout. Oceňován byl stabilní trh s pravidelným a předvídatelným ziskem. Struktura napodobující kartel také zajišťovala, že právníci měli dost času, aby mohli sledovat veřejné zájmy.*³⁷

Hilsnerův případ ovšem ukazuje, že ani právníci s přístupem „*k slušnému a vysoce respektovanému způsobu života*“ nezabránili tragédii, jakou představoval případ Hilsner. Úkolem právníků, kteří možná o něco zřetelněji ve Spojených státech, ale nepochybně i v Rakousku-Uhersku přirozeně tvoří součást lokálních elit, má být odolat přání veřejnosti a dokázat uhájit základní podobu spravedlnosti i přesto, že jí aktuální společenská poptávka nepřeje, či si dokonce přeje pravý opak. K tomu ovšem nedošlo, resp. nedošlo u naprosté většiny hlavních protagonistů. V tomto náročném testu obstál jen právní zástupce obžalovaného, dr. Auředníček. Soudci a zejména pak právní zástupce matky zavražděné, dr. Baxa, naopak plně naskočili na antisemitskou vlnu, nebo ji dokonce pomáhali aktivně vyvolávat. Je to pochopitelné z lidského hlediska (právníci jsou koneckonců také jen lidmi a lidé chybují a ustupují tlakům) a dobře sociologicky vysvětlitelné (naprostá většina lidí vědomě i nevědomě přijímá normy svého okolí, socializuje se, vzepřít se okolí stojí velké úsilí), nicméně úkol elit spočívá právě v tom tyto lidské i společenské vlivy překonávat ve jménu vyšších hodnot – například právě spravedlnosti.

Přemýšlíme-li o Hilsnerově procesu v širších souvislostech, vyvstává před námi mimořádně pochmurný obrázek tehdejší společnosti, paradoxně společnosti, která se pyšnila svým technologickým pokrokem a vzrůstající racionalitou. V prvé řadě jsme samozřejmě svědky osobní tragédie Leopolda Hilsnera, velmi pravděpodobně nevinného člověka, který se shodou náhod a za mohutného přispění antisemitské veřejnosti dostal do soukolí událostí, kvůli kterým strávil téměř dvě desetiletí ve vězení. Hilsnerův příběh se osudově protnul s předčasně a násilně ukončenými životy Anežky Hružové a později i Marie Klímové, dvou zavražděných mladých žen z okolí Polné, za jejichž vraždy kutnohorský a později i písecký soud odsoudily právě Hilsnera, ale skuteční pachatelé zřejmě trestu unikli. Neblahý dopad měly procesy s Hilsnerem i na jeho právního zástupce dr. Auředníčka. Jakkoli podle všeho odvedl nadstandardně kvalitní práci, shromáždil řadu důkazů zpochybňujících svědecké výpovědi a Hilsnerovu vinu a v celém procesu sehrával roli jednoho z mála racionálně uvažujících lidí, skončil poražen. Nikoli jen u obou soudů, ale i lidsky. Musel se odstěhovat z Kutné Hory, kde měl svoji advokátní praxi, a na Masarykovu radu odešel v roce 1902 do Vídně. Jen malým zadostiučiněním mu mohlo být, že nakonec vymohl pro svého klienta milost.³⁸

Celá událost měla dopad i na židovskou komunitu v Polné, která se po procesu z města částečně odstěhovala, jakkoli hilsneriáda nepředstavovala jediný důvod pokle-

³⁷ Za pozornost stojí, že tento právníký svět se začal rozpadat poté, co do něj začali přistupovat noví lidé a kdy Nejvyšší soud v roce 1977 dovolil právníkům své služby inzerovat. To zvýšilo konkurenci a postupně vytvořilo kompetitivní trh právních služeb, na kterém pro samou honbu za klientem nezůstává čas na péči o věci společné. ZAKARIA, F. *Budoucnost svobody*, s. 284.

³⁸ NOVOTNÝ, L. JUDr. Auředníček – zapomenutá oběť hilsneriády, s. 42–44.

su počtu židovských obyvatel.³⁹ Polná přitom v rámci tehdejšího rakousko-uherského mocnářství představovala zcela obyčejné, ničím, a to ani mírou antisemitismu, vyčnívající město. Polenská aféra mohla proběhnout prakticky kdekoli, kde by se okolnosti sešly podobně jako v Polně. To ostatně odpovídá i Masarykovu zjištění, který o obyvatelích Polně napsal, že to jsou „milí lidé..., ale sedla na ně ta pověra a vyblíjeji židům okna a snad by je i byli zbili“.⁴⁰ Antisemitismus byl ovšem v časech našeho národního obrození a křisení českého vlastenectví mnohými považován za žádoucí projev vlastenectví. Od židů, podobně jako od Němců, jsme se přeci měli čeho obávat, domnívali se nejen tehdy mnozí. Navíc na konci 19. století představovali pro Čechy židé vlastně Němce. Jejich děti obvykle navštěvovaly německé školy, tři čtvrtiny židů žijících v Praze při censu v roce 1890 označily němčinu za jazyk, kterým běžně hovoří.⁴¹ Není tak divu, že toto židovské menšině česká veřejnost v době bojů za jazykovou a kulturní rovnoprávnost, který vyvrcholil německými protesty proti Badenihu jazykovým nařízením,⁴² nemohla odpustit.

Obvinění z rituální vraždy představovala jen špičku pomyslného ledovce. Lidový antisemitismus se potkával s antisemitismem českých elit, který nacházel živnou půdu prakticky ve všech oblastech společenského života. Zvlášť aktivní roli v tomto sehrávali mnozí katoličtí duchovní, kteří v boji proti židovskému nebezpečí neváhali opouštět své křesťanské principy. Například kněz Rudolf Vrba sepsal brožuru *Pravda o procesu v Polně*, která se šířila ve vysokých nákladech a utvrzovala své čtenáře v nebezpečnosti židů.⁴³ Vedle zástupců církve podporovali a probouzeli antisemitismus v Čechách také čeští nacionalisté a většina politických stran. Před volbami do Říšské rady v roce 1897 se antisemitská propaganda stala zásadním tématem předvolebního boje a i po nich ve veřejném životě toto téma intenzivně rezonovalo.⁴⁴

Hilsnerův proces odhalil slabost české inteligence, která až na výjimky nedokázala odolat pokušení antisemitismu, mnozí ho navíc nejen pasivně tolerovali, ale velmi aktivně pomáhali šířit. Pokud již nebezpečné pohádce o zlém židovi, který potřebuje

³⁹ Srov. KOSEK, J. Citadela nebo doupeř; v zajetí ambivalence – zamyšlení nad některými zdroji a souvislostmi díla Franze Kafky. In: KYSELA, J. – URBAN, M. (eds.). *Literatura a film jako zrcadlo práva a právníků*, s. 86. Jak se dočteme v hesle Židovská komunita v Polně na české Wikipedii, v roce 1841 v Polně žilo 557 židů, v roce 1921 potom jen 67. V roce 1938 udělila Polná domovské právo několika židovským rodinám z Vídně, které musely prchnout před nacisty. V roce 1942 muselo všech 63 polenských židů odejít do transportů. Přežili tři, žádný z nich se ovšem do Polně nevrátil. Dostupné na: https://cs.wikipedia.org/wiki/%C5%BDidovsk%C3%A1_komunita_v_Poln%C3%A9#cite_ref-10. Nejednalo se o jediný incident. V Polně proběhl pogrom proti židům: 10. 4. 1899 došlo k útoku na židovské domy a obchody. Městem táhlo asi 300 lidí, provolávali antisemitské hesla, rozbíjeli okna a výkladní skříně. Zasáhnout muselo místní četnictvo, ale protože dav nezvládlo, muselo povolát posily v Kutné Hory, která však dorazila až druhý den ráno. Dokument Případ Leopolda Hilsnera, Díl první, Tajuplná vražda, 21. minuta.

⁴⁰ Dokument Hilsnerova aféra, Česká televize, 2006, dostupný na <http://www.ceskatelevize.cz/ivysilani/10114392043-hilsnerova-afera/206542152000001/titulky>, 15. minuta.

⁴¹ CURTIS, M. The Hilsner Case and Ritual Murder. *Human Rights Review*, duben 2004, roč. 5, č. 3, s. 59.

⁴² Jazyková nařízení ministra Badenihu z roku 1897 přinesla dočasné zrovnoprávnění zemských jazyků, tj. češtiny s němčinou při kontaktu s úřady.

⁴³ KOSEK, J. Citadela nebo doupeř; v zajetí ambivalence, s. 83. Mezi velké katolické antisemity patřili také německy mluvící duchovní či teologové, jako např. jeden z hlasitých šířitelů pověry o rituálních vraždách, teolog August Rohling.

⁴⁴ FRANKL, M. The Background of the Hilsner Case. Political Antisemitism and Allegations of Ritual Murder 1896–1900. *Judaica Bohemiae*, s. 58–60.

nevinnou křesťanskou krev do velikonočních macesů, neodolali prostí lidé, měla se proti této pověře postavit česká inteligence. Novináři uvádějící věci na pravou míru, politici tlumící vášně, právníci vedoucí emoci oproštěný, na fakta zaměřený a ve výsledku spravedlivý proces. Bohužel, až na čestné výjimky v tomto, jak trefně poznamenal vydavatel časopisu Čas Jan Herben, „*inteligence česká propadla ve zkoušce z inteligence*“. Dokonce i vysokoškolské studenti, tento sice dlouhodobě nespolehlivý, ale v kritických okamžicích dobře reagující element české společnosti, bojkotovali Masarykovy přednášky a zřejmě se uchýlili i k inzultaci profesora Karlovy Univerzity.⁴⁵

Jako mimořádně významný rozdmýchávač antisemitských nálad se ukázal již zmiňovaný JUDr. Karel Baxa, přední postava českého světa politiky a práva. Synovec Karla Havlíčka Borovského, v čase Hilsnerovy aféry již poslanec Českého zemského sněmu, významný předválečný i prvorepublikový politik a veřejný činitel,⁴⁶ v letech 1921–1938 první předseda československého ústavního soudu, dlouholetý starosta a primátor Prahy (1919–1937).⁴⁷ Do procesu se připojil jakožto právní zástupce matky zavražděné Anežky Hružové, ale do značné míry převzal roli státního zástupce. Před soudem se neostýchal mluvit o židech jako o „*odporné rase*“ a celý proces soudci shrnout tak, že „*chtěli zavraždit křesťanskou osobu, nevinnou dívku, aby z ní dostali krev. Všechno zamlouvání nic nepomáhá, ten účel vraždy zde byl. Světem běží zvěst, že jsou lidé, kteří usilují o bezživotí bližních, aby se zmocnili jejich krve. Je to příšerné, strašlivé. Člověk se vzpírá tomu uvěřit, my nevěříme pověstem a přece stojíme před faktem, které je dokázáno, které se nedá vyvrátit.*“⁴⁸ Patří přitom ke smutné skutečnosti, že Baxa nepatřil ke zbabělcům, kteří dokáží toliko vycházet vstříc přání lidu. Jinou, daleko ušlechtilější podobu svého vlastenectví dokázal jak před hilsnerovou aférou v procesu s tzv. Omladinou roku 1894, ale i poté, když po roce 1933 odmítl z důvodné obavy z propagandistického zneužití vydat Hitlerovi akta k případu Hilsner.⁴⁹

2.5 MASARYKOVO ANGAŽMÁ

Prapor tehdejší inteligence držel vedle vytrvalého dr. Auředníčka především Tomáš Garrigue Masaryk. Jeho angažování v celé věci působí téměř neuvěřitelně. Hilsnerovým případem se nemusel zabývat z úřední povinnosti, otázky kriminalistiky a trestního soudnictví vůbec nepatřily k jeho profesní expertize, nebylo mu nikým uloženo o Hilsnerově případu psát do novin. Jakožto sociolog a filosof, a zejména pak veřejný intelektuál ale chápal, že Hilsnerova kauza přesáhla kontext jednotlivého případu a získala celospolečenskou důležitost. Pro Masaryka v sobě polenský proces koncent-

⁴⁵ Srov. KOSEK, J. Citadela nebo doupeř; v zajetí ambivalence, s. 85, a Masarykova slova z časopisu Čas ze 4. března 1914: „*Tenkrát nejen studentstvo, nýbrž i universita se podrobila nekulturnímu tlaku antisemitské ulice...*“ Srov. OPAT, J. Masaryk – kritik rasismu. In: Kolektiv autorů. *Hilsnerova aféra a česká společnost 1899–1999*. Praha: židovské muzeum v Praze, 1999, s. 42.

⁴⁶ Spolu s Aloisem Rašínem založil Stranu státopravně radikální a nakonec zakotvil v České straně národně sociální.

⁴⁷ KOSEK, J. Citadela nebo doupeř; v zajetí ambivalence, s. 86.

⁴⁸ Závěrečná řeč dr. Baxy. Dostupná zde: <https://hruzovaanezka.wordpress.com/2007/12/30/vrazda-na-anezce-hruzove>.

⁴⁹ KOSEK, J. Citadela nebo doupeř; v zajetí ambivalence, s. 86.

roval „*tolik nestoudnosti, nemyšlení, vášnivě ukvapenosti a k tomu přímo nelidskosti až ukrutnosti*“, že se dal vysvětlit pouze „*nervózní podrážděností a abnormálním stavem českého a rakouského života vůbec*“. Jak už to v některých historicky významných kauzách bývá, na konkrétních lidských osudech v nich záleží méně než na dlouhodobých dopadech daných případů. Na osudu povaleče Hilsnera Masarykovi nijak zvlášť nesešlo, kvůli němu by do celé věci rozhodně nevstupoval. Byl však přesvědčen, že „*celý proces polenský a jeho antisemitské využívání je atentátem proti zdravému lidskému rozumu a lidskosti*“.⁵⁰

Jak sám vzpomíná, zprvu se o proces nezajímal. Obdržel však dopis svého bývalého žáka Sigmunda Münze z Vídně, který vyjadřoval údiv nad antisemitským přístupem českého tisku k polenskému případu a zajímal se o Masarykův názor. Masaryk na jeho dopis odpověděl a v závěru svého listu připsal doušku, že adresát může s dopisem dále nakládat dle svého uvážení. Münz se pak rozhodl Masarykův dopis postoupit významnému vídeňskému listu Neue Freie Presse, který se jej rozhodl publikovat.⁵¹ „*Tím jsem se,*“ vzpomíná Masaryk, „*dostal do té mely. Vídeňští antisemité pošvali český národní a klerikální tisk, začali tlouci do mne – nu, musel jsem se bránit; když už jsem řekl A, řekl jsem i B a C. Musel jsem k tomu študovat kriminalistiku i fyziologii; o tom všem jsem tenkrát dal veřejnosti podrobnější zprávu. Zajel jsem i do Polně, abych prohlédl místo zločinu a jeho okolí. Pak řekli, že jsem za to placen od Židů.*“⁵²

Výsledky svého soukromého šetření sepsal Masaryk do brožury *Nutnost revidovati proces polenský*. „*Započal-li jsem svou práci v této aféře, nečinil jsem tak z filosemitismu, nýbrž z procitěné lidskosti, ale také proto, že hanba rituální pověry padá na český národ.*“ Protimasarykovská kampaň musela dosahovat mimořádné intenzity, neboť i světovou válkou zocelený Masaryk ve svých vzpomínkách přiznává, že „*tu kampaň dost ucítil, ne tak kvůli sobě, ale bylo mně stydno za tu úroveň... boje pro své vystoupení v procesu proti Hilsnerovi... byly hrubé, přímo barbarské. Tenkrát nejen studentstvo, nýbrž i universita se podrobila nekulturnímu tlaku antisemitské ulice... Vidím ty ustrašené tváře různých svých známých; vzpomínám, jak se mně vyhýbali... Prodělal jsem boje různé, ale boj proti antisemitismu stál mě nejvíce námahy a času, nejvíce nejen klidného, rozumného napětí, nýbrž i citového vzrušení...*“⁵³ Jak ovšem bylo Masarykovým dobrým zvykem, spory, do kterých se pustil, nevzdával. A zpravidla nakonec i vyhrával, jakkoli mnohdy až po dlouhých letech.⁵⁴

O hluboké zakořeněnosti antisemitismu v české společnosti svědčí i Masarykovo osobní vyznání ze svého vztahu k židům: „*Židů, těch jsem se bál; věřil jsem, že potře-*

⁵⁰ MASARYK, T. G. *Nutnost revidovati proces polenský*. Praha: Čas, 1899.

⁵¹ KOVTUN, J. *Tajuplná vražda: Případ Leopolda Hilsnera*, s. 236–237.

⁵² ČAPEK, K. *Hovory s T. G. Masarykem*. Praha: Československý spisovatel, 1990, citováno dle https://web2.mlp.cz/koweb/00/03/34/75/88/hovory_s_t_g_masarykem.pdf, s. 92–93.

⁵³ Tamtéž, s. 93 a OPAT, J. *Masaryk – kritik rasismu*, s. 42.

⁵⁴ V časopise vídeňských Čechů s v daném kontextu ironickým názvem *Pravda* např. psali: „*Masaryk od jisté české veřejnosti jest již delší dobu uctíván jako ‚největší Čech‘. Pravíme: od jisté veřejnosti. Tou je ‚česká‘ obec židovská. Židé, kteří před tisíciletími tančili na poušti kolem zlatého telete, točí se nyní v Čechách kolem prof. Masaryka. Je to vskutku rituelní tanec židovský kolem obhájce židovského vraha z Polně a od-půrce rituelní vraždy židovské. Diviti se jen možno, že ‚největší Čech‘ nechá se uctívati protičeským živlem a že z kouře palestýnského kadidla nedělá se jeho české duši nanic.*“ Citováno dle KOSEK, J., *Citadela nebo doupě*; v zajetí ambivalence, s. 82.

bují křesťanské krve, a proto jsem si raději zašel o pár ulic, než abych šel podle jejich stavení; jejich děti si chtěly se mnou hrát, protože jsem trochu uměl německy, ale já ne. Teprve později jsem se se Židy jaktak smířil... měli školní výlet do Pálavských kopců. Když jsme po obědě v hospodě skotačili a dělali hlouposti, ztratil se nám spolužák Žid na dvůr. Já ze zvědavosti za ním, on se postavil za rozevřené křídlo vrat a tam se tváří ke zdi ukláněl a modlil. Tu jsem se nějak zastyděl, že se Žid modlí, zatímco my si hrajem. To mi tak nešlo do hlavy, že se modlí stejně vroucně jako my a že nezapomíná na modlitbu ani za hry... a vidíte, po celý život jsem se snažil dávat pozor, abych nebyl k Židům nespravedlivý; proto se říkalo, že s nimi držím. Když jsem v sobě překonal ten lidový antisemitismus? Panáčku, citeťm snad nikdy, jen rozumem; vždyť vlastní matka mě udržovala v krevní pověře.“⁵⁵

Hilsneriáda představovala pro Masaryka jeden z nejtěžších bojů jeho kariéry. Na dlouhou dobu ho zaměstnala, hluboce jí otřásla a přivedla k vážným myšlenkám na emigraci. Zejména americký univerzitní svět nabízel tomuto již v té době světově proslulému profesorovi úplně jiný druh kariéry než malé, nesebevědomé a zakomplexované země české. Skutečnost, že Masaryk své rodné české země neopustil a vytrvale bojoval proti národním mýtům, ať již se týkaly rukopisů nebo rituální vraždy, dává nakonec celé hilsnerově aféře alespoň nějaký širší smysl. Ostatně, právě při bojích za nezávislost Československa, o kterou během první světové války skupina pod vedením Masaryka začala usilovat, přinesl teprve Masarykův boj za Hilsnera své ovoce. Židé měli vliv na světový tisk a odvděčovali se Masarykovi, kterého znali z hilsnerovy aféry, tím, že psali o „naší věci sympaticky nebo aspoň slušně. Politicky nám to hodně pomohlo“, vzpomíná budoucí prezident pomalu se rodícího státu.⁵⁶

Právníci z hodin státovědy dobře vědí, že revoluční Národní shromáždění zvolilo Masaryka prezidentem nově vzniklého státu v jeho nepřítomnosti aklamací. Patří už k ironii osudu, že když se v prosinci 1918 světoznámý univerzitní profesor a prezident vítězoslavně vracel domů, při příjezdu do Prahy ho uvítal také – Karel Baxa, budoucí první předseda československého ústavního soudu a hrdý nositel pražského primátorského řetězu, který nesundal po většinu doby Masarykova prezidentování.⁵⁷

3. ZÁVĚR

Autoři zabývající se hilsneriádou často připomínají, že celá aféra vypukla příznacně na konci století, které samo sebe označovalo za racionální a vědecké a ve kterém minimálně vzdělanci překonali bludy minulosti. Hilsnerův případ, jako i ostatní procesy zabývající se nařčením z rituální vraždy ukazují, jak pod povrchem pokrokářské ideologie a nesporného technologického rozvoje přežívají nejprimitivnější pověry. Současně polská aféra předznamenala i neblahé události století přicházejícího, které

⁵⁵ ČAPEK, K. *Hovory s T. G. Masarykem*, s. 11–12.

⁵⁶ Tamtéž, s. 93.

⁵⁷ Dokument Hilsnerova aféra, Česká televize, 2006, dostupný na: <http://www.ceskatelevize.cz/ivysilani/10114392043-hilsnerova-afera/206542152000001/titulky>, 29. minuta.

co do počtu obětí a spáchaných nespravedlností násobně převýšilo příkoří, která židé zažili ve století 19. Zygmund Bauman připomíná, že holokaust 20. století by nebyl možný bez nárůstu moderní racionality a byrokracie, ideologie neustálého pokroku a technologického rozvoje, tj. přesně těch charakteristik, na které bývá moderní doba nejvíce pyšná.⁵⁸ Hilsnerova aféra přitom v nástupu novodobých nespravedlností 20. století sehrála svoji nezanedbatelnou roli: Adolf Hitler polenský proces znal a odkazoval na něj jako na zřetelný doklad židovské proradnosti. Selhání české inteligence, včetně té právnícké, které jsme mohli na celé události pozorovat, pak bezprostředně předznamenává její selhání ve 30. letech století dvacátého. Když Karel Čapek ve třicátých letech píše, že „*asistujeme jednomu z největších kulturních debaklů v dějinách světa*“, kdy „*jeden celý národ, jedna celá říše přistoupila duchovně na víru v živočišnost, v rasu a podobné nesmysly; prosím, celý národ i s univerzitními profesory, faráři, literáty, lékaři a právníky*“, neplatí to o jen hitlerovském Německu, ale do značné míry i o národně-obrozeneckých českých zemích. V obou případech „*se nestalo nic menšího než nesmírná zrada vzdělavců a budí to hroznou představu o tom, čeho je inteligence schopná*“.⁵⁹

Jak ukazuje v úvodu zmíněný Bartošův čin, hilsneriáda není ani po téměř 120 letech zapomenutou událostí, jakkoli bývá mnohdy neprávem zapomínána či vytěšňována. Tím spíš je třeba ocenit kvalitně zpracovaný a historicky přesný film České televize *Zločin v Polné*, který starou událost i její právní a společenské souvislosti věrohodně vykresluje. Je jedině dobře, že film získal pozitivní ohlasy diváků i kritiků. Snad nikoli jen za to, že pobavil, ale i poučil. Neboť zejména v čase debat o migrační krizi je dobré si připomínat, kam mohou vést nereflektované, nezkracené a kolektivně sdílené předsudky. Pro právníky pak Hilsnerův případ přináší poučení stran toho, jak důležité jsou jednotlivé záruky spravedlivého soudního řízení a oddělení orgánů exekutivy od institucí soudních, jak důležité je dokázat nepodlehnutí veřejnému mínění, jak důležitou roli ve společnosti právníci zastávají a jak významně jejich profesní selhání může ovlivnit aktuální nálady ve společnosti i její dlouhodobější směřování.

Znepokojivě neuzavřeným zůstává Hilsnerův případ ještě z jednoho důvodu. I když Hilsner obdržel v roce 1918 milost, je jeho jméno dosud právně neочиštěné, a to i přes vytrvalé úsilí Petra Vašíčka, českého lékaře žijícího ve Vídni, který o jeho rehabilitaci vytrvale bojuje s českými i rakouskými vrcholnými justičními orgány. Ministryně spravedlnosti ČR Vlasta Parkanová sice již v 1998 dala Vašíčkovi zapravdu, že v trestním řízení vedeném proti Hilsnerovi došlo k porušení zákona, konstatovala však, že s ohledem na opravné prostředky dostupné v době řízení nejsou české soudy pravomocné vydat v této věci rozhodnutí, které by porušení zákona stvrzovalo. Doporučila mu obrátit se na rakouské orgány, neboť ve věci rozhodoval kasační soud ve Vídni.⁶⁰ Ani rakouská justice ovšem nápravu nezajistila, když na žádost dr. Vašíčka odpověděla, že již nemá

⁵⁸ Srov. BAUMAN, Z. *Modernita a holokaust*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2003.

⁵⁹ ČAPEK, K. Zima 34. In: ČAPEK, K. *O umění a kultuře III*. Praha: Československý spisovatel, 1986, citováno dle https://web2.mlp.cz/koweb/00/03/34/76/15/o_umeni_a_kulture_iii.pdf, s. 439.

⁶⁰ Dopis ministryně spravedlnosti JUDr. Vlasty Parkanové adresovaný MUDr. Petru Vašíčkovi ze dne 5. února 1998. Citováno dle Kolektiv autorů. *Hilsnerova aféra a česká společnost 1899–1999*. Praha: Židovské muzeum v Praze, 1999, s. 186.

k dispozici příslušnou spisovou dokumentaci, která by byla pro přezkum kauzy nezbytná.⁶¹ Soukolí, do kterého byl shodou okolností před téměř 120 lety Hilsner zatažen, ho dosud nepustilo a nic nenasvědčuje tomu, že se to může změnit.

JUDr. Mgr. Michal Urban, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
urbanm@prf.cuni.cz

Mgr. Eliška Hronová
Ministerstvo spravedlnosti ČR
ehronova@msp.justice.cz

⁶¹ Dopis dr. Thomase Solého jménem rakouského Ministerstva spravedlnosti ze dne 26. června 1999. Citováno dle Kolektiv autorů. *Hilsnerova aféra a česká společnost 1899–1999*. Praha: Židovské muzeum v Praze, 1999, s. 210–211. Můžeme doplnit, že v roce 1927 opravdu došlo k požáru vídeňského Justičního paláce a poškozen či zničen mohl být i Hilsnerův spis.

REDAKČNÍ RADA

Předseda a šéfredaktor: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Tajemnice: Mgr. Naděžda Svobodová

Členové:

doc. PhDr. JUDr. Ilona Bažantová, CSc.

prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

doc. JUDr. PhDr. David Elischer, Ph.D.

prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.

doc. JUDr. Martin Kopecký, CSc.

prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., DSc.

doc. JUDr. PhDr. Pavel Maršálek, Ph.D.

prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc.

JUDr. Bc. Vladimír Pelc, Ph.D.

prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.

doc. JUDr. Vojtěch Stejskal, Ph.D.

prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.

Externí členové:

prof. JUDr. Michael Bogdan (University of Lund)

doc. JUDr. František Cvrček, CSc. (ÚSP AV ČR, Praha)

prof. Dr.hab. Władysław Czapliński (Instytut Nauk prawnych Warszawa)

prof. JUDr. Jaroslav Fenyk, Ph.D., DSc. (Ústavní soud Brno)

prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Ústavní soud Brno)

prof. Dr. Michael Geistlinger (Universität Salzburg)

prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc. (PF UPJŠ Košice)

Dr. Kaspar Krolop (Humboldt Universität Berlin)

prof. JUDr. Jan Musil, CSc. (Ústavní soud Brno)

prof. JUDr. Václav Pavlíček, CSc., dr.h.c. (Západočeská univerzita, Plzeň)

prof. JUDr. Jiří Příbáň, DrSc. (Cardiff University)

prof. JUDr. Ján Svák, DrSc. (Ministerstvo spravodlivosti SR, Bratislava)

JUDr. Milada Tomková (Ústavní soud Brno)

prof. Dr. Miroslav Vítěz (Ekonomickí fakultet u Subotici)

prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc. (Masarykova univerzita Brno)

prof. JUDr. Petr Tröster, CSc. (Praha)

prof. JUDr. Alena Winterová, CSc. (Praha)

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 2/2019
Vol. LXV

Časopis Acta Universitatis Carolinae – Iuridica je evidován v České národní bibliografii (vedena Národní knihovnou ČR), na seznamu recenzovaných vědeckých časopisů RVVI, v Index to Foreign Legal Periodicals (veden American Association of Law Libraries), je rovněž indexován Central and Eastern European Online Library (www.ceeol.com) a zařazen v databázi DOAJ (Directory of Open Access Journals).

Vědecký redaktor: doc. JUDr. Karel Beran, Ph.D.
Vydala Univerzita Karlova
Nakladatelství Karolinum, Ovocný trh 560/5, 116 36 Praha 1
Praha 2019
www.karolinum.cz
Sazba DTP Nakladatelství Karolinum
Vytiskla tiskárna Nakladatelství Karolinum
Periodicita: 4×/rok
ISSN 0323-0619 (Print)
ISSN 2336-6478 (Online)
MK ČR E 18585