

PRÁVNICKÉ LISTY

2/2017

Odborné články

Problematika totožnosti skutku

*Založení a vznik společenství vlastníků jednotek
po rekodifikaci soukromého práva – mnoho problémů
a málo uspokojivých odpovědí*

Kanonické právo a kultura

*Prolínání kategorií základních (ústavních) práv
a zásad soukromého práva*

*Výkladové paralely v pracovních-právních vztazích
mezi EU a zeměmi Dálného východu*



FAKULTA PRÁVNICKÁ
ZÁPADOČESKÉ
UNIVERZITY
V PLZNI

 Wolters Kluwer

PRÁVNICKÉ LISTY

2/2017

OBSAH

Odborné články

Problematika totožnosti skutku <i>prof. JUDr. Dagmar Císařová, DrSc., JUDr. Jaromír Hořák, Ph.D.</i>	3
Založení a vznik společenství vlastníků jednotek po rekodifikaci soukromého práva – mnoho problémů a málo uspokojivých odpovědí <i>doc. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.</i>	10
Kanonické právo a kultura <i>prof. JUDr. Ignác Antonín Hrdina, DrSc., O. Praem.</i>	18
Prolínání kategorií základních (ústavních) práv a zásad soukromého práva <i>prof. JUDr. Jan Hurdík, CSc.</i>	23
Výkladové paralely v pracovněprávních vztazích mezi EU a zeměmi Dálného východu <i>prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.</i>	28

Předseda redakční rady

doc. JUDr. Jan Pauly, CSc.

Interní členové

prof. JUDr. et PhDr. Karolina Adamová, CSc., DSc., JUDr. et PhDr. Stanislav Balík, Ph.D., prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc., prof., prof. zw., Dr. et Mgr. Ing. Alexander Bělohávek, dr. h. c., doc. JUDr. František Cvrček, CSc., (místopředseda redakční rady), doc. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D., doc. JUDr. Monika Forejtová, Ph.D., doc. JUDr. Helena Hofmannová, Ph.D., JUDr. Petra Jánošíková, Ph.D., JUDr. Vilém Knoll, Ph.D., doc. JUDr. Martin Kopecký, CSc., JUDr. Tomáš Louda, CSc., prof. JUDr. Jan Musil, CSc., doc. JUDr. Jarmila Pavlátová, CSc., prof. JUDr. Václav Pavlíček, CSc., dr. h. c., prof. JUDr. Přemysl Raban, CSc., doc. PhDr. Lukáš Valeš, Ph.D.

Externí členové

prof. JUDr. Vladimír Babčák, CSc. (PF UPJŠ Košice), JUDr. Eduard Barány, DrSc. (ÚŠP AV SR), prof. Gad Barzilai (Faculty of Law, University of Haifa), prof. JUDr. Jan Dvořák, CSc. (PF UK Praha), Dr. Karim Eshragh (Public International Law Expert, Hague), doc. PhDr. Vlastimil Fiala, CSc. (PF UPOL), doc. JUDr. et PhDr. Tomáš Gábriš, Ph.D., LL.M., MA (PF UK Bratislava), prof. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc. (PF MU Brno), doc. JUDr. Tomáš Gřivna, Ph.D. (PF UK Praha), JUDr. Ondřej Hamuřák, Ph.D. (PF UPOL), prof. Dr. Ivan Halász, Ph.D. (Ústav právních věd, Maďarská akademie věd), prof. JUDr. Mahulena Hofmannová, CSc. (Faculty of Law, Economics and Finance, University of Luxembourg), prof. JUDr. Ján Husár, CSc. (PF UPJŠ Košice), Mgr. Jakub Charvát, Ph.D. (MUP), doc. JUDr. Jiří Jirásek, CSc. (PF UPOL), Dr. h. c. mult. prof. JUDr. Mojmír Mamojka, CSc. (PF UBB), dr hab. Marian Małecki (WPiA UJ Kraków), Dr. Damian Mather (School of Law, Manchester Metropolitan University), prof. dr hab. Jerzy Menkes (Szkola Główna Handlowa w Warszawie), doc. JUDr. et PhDr. Lucia Mokrá, Ph.D. (Fakulta sociálních a ekonomických věd, UK Bratislava), prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc. (PF UK Praha), prof. Paul Okojie dr. h. c. (School of Law, Manchester Metropolitan University), doc. JUDr. Mgr. Andrea Olšovská, Ph.D. (PF TU), prof. Elena D'Orlando (Dipartimento di scienze giuridiche, Università Degli di Udine), doc. JUDr. Vladimír Pítra (MUP), doc. JUDr. Lenka Pítrová, CSc. (PF UK Praha), Dr. Fabio Trabucco Ratto (Università di Venecia), prof. Dr. iur. Gerald G. Sander (Hochschule für öffentlicher Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg), Dr. Lucca Savino (Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università di Trieste), prof. JUDr. Vladimír Sládeček, DrSc. (PF UK Praha, ÚS ČR), doc. JUDr. Václav Stehlík, Ph.D., LL.M. (PF UPOL), prof. PhDr. Jiří Straus, DrSc. (VŠFS Praha), prof. JUDr. Jozef Suchoza, DrSc. (PF UPJŠ Košice), doc. et doc. JUDr. Naděžda Šišková, Ph.D. (PF UPOL), doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D. (PF MU Brno), doc. JUDr. et PhDr. Adriana Švecová, Ph.D. (PF TU), prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc. (PF MU Brno), dr hab. Andrzej Wrzyszczy, prof. nadzw. (WPiA UMCS Lublin)

Výkonný redaktor: JUDr. Antonín Lojek, Ph.D.

Odpovědný redaktor: Mgr. PhDr. Marie Novotná

Vydává Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni se sídlem Sady Pětatřicátníků 14, 306 14 Plzeň ve společnosti Wolters Kluwer ČR, a.s.

Adresa redakce: Wolters Kluwer ČR, a.s., U nákladového nádraží 10, 130 00 Praha 3, tel. 246 040 417, www.wolterskluwer.cz

Příspěvky do časopisu zasílejte na tyto e-mailové adresy: lojek@kpd.zcu.cz; marie.novotna@wolterskluwer.com
Pokyny pro autory na: www.fpr.zcu.cz

Časopis vychází dvakrát ročně, číslo 2/2017. Toto číslo bylo dáno do výroby 22. 11. 2017, den vydání je 4. 12. 2017. Cena ročního předplatného je 500 Kč (vč. DPH).

Vydávání povoleno Ministerstvem kultury pod číslem MK ČR E 22756. ISSN 2533-736X.

Názory obsažené v jednotlivých příspěvcích v tomto časopisu jsou pouze osobními názory autorů a nejsou názory Fakulty právnické ZČU v Plzni ani institucí nebo orgánů, v nichž jednotliví autoři pracují nebo je reprezentují. Publikované příspěvky nemusí vyjadřovat ani názory jednotlivých členů redakční rady.

Sazba Monika Koucká

Tisk: Serifa, s. r. o., Jinonická 80, Praha 5

Informace o předplatném a distribuci: tel. 246 040 417, e-mail marie.novotna@wolterskluwer.com

www.wolterskluwer.cz/obchod

Všeobecné obchodní podmínky: www.wolterskluwer.cz/obchod

Časopis je dostupný na: www.fpr.zcu.cz a v systému ASPI

Problematika totožnosti skutku

prof. JUDr. DAGMAR ČÍSAŘOVÁ, DrSc., Policejní akademie ČR v Praze

JUDr. JAROMÍR HOŘÁK, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy

Abstrakt: Článek se zabývá trestněprávním pojmem skutku, zásadou zachování totožnosti skutku v trestním řízení a otázkami pokračování v trestném činu. Podává analýzu odborných názorů, jež se uplatňovaly v československé právní nauce od konce 50. let 20. století. Zejména se zabývá diskusí mezi Antonínem Růžkem, Vladimírem Solnařem, Vojtěchem Přichystalem a Aloisem Burdou. Pojem skutku je zásadní i pro otázku pokračujících deliktů, jejichž dílčí útoky prohlašuje § 12 odst. 12 trestního řádu, zákon č. 141/1961 Sb., za samostatné skutky. Z hledisek hmotněprávních jde o trestný čin jediný. Autoři poukazují na proměny názorů teorie a rozhodovací praxe v sousedním Německu a Rakousku, kde byla koncepce pokračujícího trestného činu v nedávné době opuštěna.

Abstrakt: The article deals with the criminal-law concept of an act, the principle of preserving the identity of an act in criminal proceedings, and the issue of continued criminal offence. It provides an analysis of the expert opinions applied in the Czechoslovak legal doctrine from the late 1950s. The article namely focuses on the discussion among Antonín Růžek, Vladimír Solnař, Vojtěch Přichystal, and Alois Burda. The concept of an act is essential also with respect to continuing torts, the partial attacks of which are deemed individual acts according to Section 12(12) of Act No. 141/1961 Coll., the Code of Criminal Procedure. From the perspective of substantive law, the same constitutes a single criminal offence. The authors point to the changing views in theoretical and decision-making practice in neighbouring Germany and Austria where the concept of a continuing criminal offence was recently abandoned.

Klíčová slova: trestný čin, skutek, totožnost skutku, pokračování v trestném činu, obžalovací zásada, *ne bis in idem*

Key words: criminal offence, facts of a criminal case, count of indictment, continued criminal offence, accusatorial principle, *ne bis in idem* doctrine, double jeopardy

V souvislosti s diskusemi o podobě nového trestního řádu se často mluví o tom, že je třeba naše trestní řízení urychlit. Není to jen otázka zefektivnění práce justice, ale také zákonné úpravy trestního procesu. Při úvahách o zrychlení trestního řízení se ukazuje, že je třeba uvažovat i o vzájemných souvislostech právní úpravy nejen trestního řádu, ale i trestního zákona. Jde tedy i o eventuelní úpravu trestního práva hmotného ve vztahu k trestnímu procesu.

Některé problémy postihu trestných činů je možno nazvat „věčnými otázkami“ trestního řádu. Vyplynávají totiž z našeho pojetí trestního procesu, z toho, co nazýváme kontinentálním procesem.

Necháme-li stranou zásady konkrétní trestní politiky státu, pokud jde o to, které činy je třeba stíhat (bez ohledu na to, zda se uplatňuje formální nebo materiální pojetí, respektive kombinace těchto principů), objevuje se nutnost upřesnění určitých pojmů v trestním řádu.

Jedním z nich, a to velmi podstatným, je to, jak chápeme trestný čin, a jak pojem skutek v trestním řízení. Ne každý skutek, tj. jednání, které má určitý následek, je trestným činem. Může jít o jednání zcela nezavadné, případně o delikt ve smyslu správního práva, práva občanského aj.

V trestním řízení posuzujeme událost, která se stala již dříve. Musíme jít tedy do minulosti, zjišťovat co se stalo, a během tohoto zjišťování (převážně při dokazování) se ukáže, že se posuzovaný čin během činnosti těch, kdo zjišťují, jak k němu došlo, jaké byly jeho okolnosti,

mění díky tomu, jak se upřesňují naše informace. Jde nejen o nové okolnosti skutkové, ale také o upřesňování právního posouzení. Tedy o to, zda je zde rozdíl proti našemu původnímu názoru nebo ne, a kdy již jde o jiný trestný čin (právní kvalifikace se může měnit), a kdy tento posuzovaný skutek je ještě tím, co jsme začali posuzovat, nebo zda jde již o skutek jiný.

Je tak zřejmé, že:

- 1) musíme rozlišovat pojmy **trestný čin a skutek**, a
- 2) u pojmu skutek je třeba vymezit, kdy jde ještě o **týž** skutek a co se může změnit proti původním informacím a co ne, abychom mohli říci, že byla zachována totožnost skutku.

Tyto otázky byly u nás v teorii trestního procesu padesátých let předmětem zájmu dr. Antonína Růžka, který tehdy přišel z Ministerstva spravedlnosti na Právnickou fakultu Univerzity Karlovy v Praze, a jako bývalý pracovník legislativního odboru považoval tuto otázku za velmi důležitou.

Při úvahách o rekonstrukci trestního řádu, a tím také o změnách zejména předsoudního stadia trestního řízení, jsme si uvědomili význam této tematiky. Zjistili jsme také, že diskuse z doby přípravy dnes účinného trestního řádu nejsou již známé, ačkoliv jde o významné teoretické otázky, které mají důležitý dopad v praxi.

Při svém studiu těchto diskusí jsme dále zjistili, že materiály a prameny k této problematice jsou těžko dostupné.

K této problematice se z hlediska významu pro praxi vyjádřil v roce 1986 soudce tehdejšího Nejvyššího soudu

ČSSR L. Fajstavr.¹ I když jde již v příkladech, které uvádí, o případy z hlediska tehdejší judikatury více méně historické, považujeme za vhodné na tento článek upozornit, protože ukazuje význam pojmu „totožnost skutku“ a jeho složitost, a to nejen pro teorii, ale právě pro praxi soudů. V citované stati L. Fajstavr uvádí:

„Podle § 220 odst. 1 tr. ř. soud může rozhodovat jen o skutku, který je uveden v žalobním návrhu. Stejně tak i obžaloba může být podána jen pro skutek, pro který bylo vznešeno nebo sděleno obvinění (§ 176 odst. 2 tr. ř.). Pojem „skutek“ je užíván i v celé řadě dalších ustanovení trestního řádu v souvislosti s předmětem trestního stíhání a rozhodování [např. § 11 odst. 1 písm. f, § 89 odst. 1, § 172, § 226 aj.]. Proto výklad pojmu „skutek“ je jednou z rozhodujících otázek trestního procesu. Trestní řád sám totiž tento pojem nikde nedefinuje.

Na počátku šedesátých let v naší právní teorii i praxi proběhla o problematice skutku, jeho totožnosti a jednotě diskuse. Stalo se tak po vydání monografie A. Růžka *Právní Moc a vykonatelnost rozhodnutí v trestních věcech* (ČSAV, Praha 1958), ve které se autor touto problematikou podrobně zabýval. Na stránkách odborného časopisu *Právník v roce 1960 a 1961 zaujal k Růžkovu řešení velmi kritické stanovisko A. Burda, kterému ve stejném časopise v roce 1961 odpověděli a podle mého názoru ukázali přesvědčivě nesprávnost jeho přístupu A. Růžek, V. Přichystal a V. Solnař. A. Růžek pak své názory podrobněji rozvedl a upřesnil v návaznosti na tuto diskusi v monografii *Obžalovací zásada v československém socialistickém trestním řízení* (ČSAV, Praha 1964).“*

Názory A. Růžka byly a jsou pro chápání pojmu „skutek“ a „totožnost skutku“ zcela běžně přijímány, jak o tom svědčí současné učebnice trestního procesu u nás, ale i na Slovensku.²

A. Růžek vydal v roce 1958 v nakladatelství ČSAV monografii,³ kterou pak předložil k obhajobě k získání titulu CSc. (kandidát věd) v roce 1961 na Právnické fakultě UK v Praze. Jeho oponenty byli V. Solnař a V. Přichystal, pracovník Ministerstva spravedlnosti, kteří již aktivně vystupovali při obsáhlých diskusích o pojmu „skutek“ a obsahu termínu „totožnost“, který vedli A. Růžek a A. Burda na stránkách časopisu *Právník* koncem 50. a počátkem 60. let.

O co se jednalo, co rozuměl A. Růžek pod těmito pojmy? Skutek podle něj znamená jednání a jeho následek. Jedno jednání – jeden skutek – tvoří všechny ty projevy vůle pachatele navenek, které jsou pro daný následek kauzální, pokud jsou zahrnuty zaviněním. Přitom

totožnost skutku neznámá naprostou shodu mezi skutkovými okolnostmi, které byly předmětem přípravného řízení, a skutkovým dějem, který je předmětem řízení před soudem. Za základní kritérium pro určení totožnosti skutku považuje A. Růžek totožnost jednání a totožnost následku. K zachování totožnosti není podle jeho názoru třeba, aby tu byla totožnost v obou směrech, nýbrž stačí, jestliže je zachována alespoň ve směru jednom.⁴

Proti tomuto pojetí, které A. Růžek velmi podrobně zdůvodnil, vystoupil významný činitel praxe, soudce A. Burda.⁵ A. Burda zdůrazňuje význam této otázky, protože podle něj má podstatný význam pro celou řadu dalších procesních otázek a není bez důležitosti ani z hlediska hmotněprávního. Týká se totiž především poměru obžaloby a rozhodnutí o ní, čímž je určován i rozsah tohoto rozhodnutí z hlediska jednání obžalovaného, o němž se rozhoduje. Tím je pak podle A. Burdy určován i dosah právní moci rozhodnutí soudu, popřípadě prokurátora, pokud rozhoduje meritorně o jednání obviněného zastavením trestního stíhání. To je pak určující pro dosah zásady „*ne bis in idem*“, což je opět rozhodující pro otázku, o kterém jednání obviněného, o němž již bylo pravomocně rozhodnuto, lze jednat bez podmínek obnovy řízení. Z hlediska procesního má podle A. Burdy otázka totožnosti skutku význam i pro to, o kterých z více žalovaných jednání je nutno (uzná-li soud obžalovaného vinným jen zčásti) rozhodnout v rozsudku zprošťujícím výrokem. Dále má podle něj totožnost skutku význam pro otázku souběhu a započtení vazby nebo trestu, neboť vazbu nebo trest uložený soudem nebo jiným orgánem lze započítat pouze tehdy, týká-li se téhož skutku. S tím lze samozřejmě souhlasit. Složitější je ale jeho další názor.

A. Burda zdůrazňuje ve své stati zejména to, že soud je vázán i právní kvalifikací (nejen tedy skutkem jako takovým), která je uvedena v žalobním návrhu. Tuto otázku rozpracoval podrobně v další stati, ve které ztotožňuje fakticky pojem skutku a trestného činu.⁶

Zdůrazňuje především cíl jednání pachatele pro chápání totožnosti skutku. U nedbalostních deliktů nevidí možnost považovat skutky označené jako úmyslné (tedy s určitým cílem jednání) za totožné s nedbalostním jednáním, a proto by musel obžalovaného zprostit, například tehdy, kdyby byl jeho čin, označený v obžalobě za vraždu, pouze nedbalostním usmrcením. Podle jeho názoru (s. 455 citovaného článku) by nebylo vyloučeno nové stíhání i bez podmínek obnovy řízení. Totéž podle A. Burdy platí o všech obdobných trestných činech (například úmyslné nebo nedbalostní ublížení na zdraví apod.).

¹ FAJSTAVR, L. K problematice totožnosti a jednoty skutku v praxi soudů. *Socialistická zákonost*, Praha: Ministerstvo spravedlnosti (1977–1990), č. 5, 1986, s. 255–262.

² Viz například nejnovější učebnice prof. Jelínka a prof. Fenyka, v SR práce prof. Ivora a prof. Záhory.

³ RŮŽEK, A. *Právní moc a vykonatelnost rozhodnutí v trestních věcech*. 1. vyd. Praha: Nakladatelství Československé akademie věd, 1958, 163 s.

⁴ Dnes se často spíše vyžaduje alespoň částečná totožnost v obou případech. Judikatura je v tomto směru nejednotná.

⁵ BURDA, A. K otázce tzv. totožnosti skutku v trestním právu. *Právník*, č. 8, 1960, s. 719 a násled.

⁶ BURDA, A. K otázce totožnosti skutku u deliktů nedbalostních. *Právník*, č. 5, 1961, s. 452 a násled.

K této problematice se vyjádřil i V. Solnař.⁷ Pro význam uvádíme část jeho stati nazvané **K otázce totožnosti skutku**.

„Článek Dr. Burdy „K otázce totožnosti skutku u deliktů nedbalostních“ v Právniku č. 5 z r. 1961 str. 452 a násl. četl jsem – stejně jako jeho dřívější pojednání v Právniku č. 8 z r. 1960 – sice se zájmem, ale zároveň s nesouhlasem. Nemíním se zabývat těmito projevy v celém jejich rozsahu. Na to by stručná poznámka nestačila. Nemíním se šířit ani o praktických důsledcích, k nimž by uplatnění Burdových názorů vedlo. Na ty snad upozorní pracovníci praxe. Chtěl bych se omezit na dvě spíše teoretické otázky, jichž se Burda v obou pojednáních dotýká. Je to jednak politický význam nauky o totožnosti skutku, jednak význam „cíle“ jednání pro vymezení totožnosti skutku.

Nauka o totožnosti skutku je významná pro poměr mezi obžalobou a rozsudkem ve smyslu zásady obžalovací; soud nesmí ve směru skutkovém obžalobu překročit a musí ji vyčerpávat. To má význam jednak pro obranu obžalovaného, jednak pro účinné uplatňování obžaloby. Totožnost skutku je rozhodná dále pro určení dosahu právní moci rozhodnutí (rozsudku), aby odsouzený nebyl vystavován nebezpečí nového stíhání pro skutek, o němž již bylo rozhodnuto. Požadavek naprosté totožnosti skutku by ohrožoval v poměru rozsudku k obžalobě účinné stíhání a vedl by k značným průtahům. Takový požadavek by ani nechránil dostatečně odsouzeného proti novému stíhání za skutek nepodstatně odchylný od toho, o němž již bylo pravomocně rozhodnuto. Přípustnost podstatných odchylek mezi skutkem zažalovaným a odsouzeným by naopak znesnadňovala obhajobu obžalovaného, v souvislosti s právní mocí rozsudku by však naopak ohrožovala zájmy účinného stíhání činů nebezpečných pro společnost. Určit správně míru, kdy přes menší rozdíly mezi oběma „skutky“ je přece jen totožnost skutku ještě zachována znamená stanovit tuto míru tak, aby co nejlépe hověla všem těmto zájmům, tj., stručně řečeno, jak zájmu na obhajobě, tak i zájmu na stíhání. Tato politická úvaha musí být základem řešení otázky, nikoli analýza pojmu jednání. Tedy úvaha o tom, jaké rozdíly mezi původní podobou skutku (jak byl zažalován nebo odsouzen) a podobou skutku, o němž se rozhoduje, nebo která se objevila po pravomocném rozhodnutí, jsou slučitelné s účinnou obhajobou a zároveň potřebné v zájmu účinné ochrany společnosti.“

Dále V. Solnař rozebírá i problematiku cíle, který tak A. Burda zdůrazňuje, a vysvětluje Burdův omyl při zdůrazňování cíle.

Na straně 704 téhož časopisu vysvětluje nežádoucí důsledky Burdových závěrů významný právník

V. Přichystal, který na konkrétních příkladech ukazuje nevhodnost Burdových názorů pro praxi.⁸

Na tyto statě reagoval v témže časopise A. Růžek, který vyslovil názory publikované ve své další monografii.⁹

Zdálo by se, že po vydání druhé monografie A. Růžka¹⁰ je problematika totožnosti skutku vyřešená. Elektronický internetový deník EPRAVO.CZ uveřejnil v roce 2003 přehlednou informativní stať autorky H. Slavíkové,¹¹ která svědčí o dobré znalosti problematiky totožnosti skutku.

Zná ale tyto problémy a jejich řešení i naše současná praxe? Běžně se totiž tvrdí, že k zachování totožnosti skutku je třeba alespoň částečně totožný následek a alespoň částečně totožné jednání. A. Růžek ale tvrdí, že stačí alespoň jedno, **bud'** – **nebo**.

Naštěstí dnes nikdo už netvrdí nic o totožnosti cílů a o kvalifikaci u nedbalostních deliktů při změně původní kvalifikace skutku.

Dalším důležitým problémem kvalifikace skutku jsou rozdíly mezi pokračováním a opakováním trestného činu. Již v učebnici *Trestní právo hmotné* z roku 1947¹² upozorňuje V. Solnař na to, že od pokračování je třeba odlišit souběh a opakování, což není vždy jednoduché. Také je třeba rozlišit tyto delikty od trvajících deliktů. Také ve svém Systému věnuje V. Solnař pokračování značnou pozornost.¹³ Podobně upozorňují na problematiku pokračování i další učebnice trestního práva.

I když se v trestním zákoně (TZ) objevila již v roce 1993 definice pokračování, došlo v nynějším trestním zákoníku ještě k dalšímu upřesnění, což je třeba kladně hodnotit. Ustanovení § 116 zák. č. 40/2009 Sb.: „Pokračováním v trestném činu se rozumí takové jednání, jehož jednotlivé dílčí útoky vedené jednotným záměrem naplňují, byť i v souhrnu, skutkovou podstatu stejného trestného činu, jsou spojeny stejným nebo podobným způsobem provedení a blízkou souvislostí časovou a souvislostí v předmětu útoku.“

Důvodová zpráva k tomuto zákonu upozorňuje na zajímavou judikaturu Nejvyššího soudu České republiky: NS ČR-R47/1967, NS ČR-R3/1972, NS ČR-R29/1977, NS ČR R-17/1982. K otázce jednoty skutku a pokračujícího trestného činu viz NS ČR R-17/1983.

⁸ PŘICHYSTAL, V. Omyly kolem skutku a jeho totožnosti. *Právnik*, 1961, s. 704 a násl.

⁹ RŮŽEK, A. Několik poznámek do diskuse o otázce skutku a totožnosti skutku. *Právnik*, 1961, s. 919–925.

¹⁰ RŮŽEK, A. *Obžalovací zásada v československém socialistickém trestním řízení*. 1. vyd. Praha: Nakladatelství Československé akademie věd, 1964, 218 s.

¹¹ SLAVÍKOVÁ, H. *Literatura k identitě a totožnosti skutku (Aplikace zásady ne bis in idem)*. Dostupné z <http://www.epravo.cz/top/clanky/literatura-k-identite-a-totoznosti-skutku-aplikace-zasady-ne-bis-in-idem-21756.html>.

¹² SOLNAŘ, V. *Trestní právo hmotné – obecná část*. Praha: Knihovna sborníku věd právních a státních, 1947, s. 117.

¹³ SOLNAŘ, V. a kol. *Systém českého trestního práva*. Praha: Nostratrix, 2009.

⁷ SOLNAŘ, V. K otázce totožnosti skutku. *Právnik*, 1961, s. 703 a násl.

J. Fenyk a kol. uvádějí ve své práci na straně 463: „Zákonodárce zpřesňuje definici pokračování tak, že do původní definice (§ 89 odst. 3 předchozího kodexu) včleňuje slovní spojení „byť i v souhrnu“, čímž zdůrazňuje to, že i dílčí útok, v němž pachatel způsobil nižší škodu, než je škoda nikoliv nepatrná, bude trestným činem, pokud na něj budou navazovat jako pokračující další útoky a celková škoda dosáhne hranice škody vyšší než nepatrné.“¹⁴

V praxi se ale objevují názory, že by mohlo být užitečné, kdyby v zákoně byla i **definice trvajících deliktů a deliktů hromadných**.

Dalším důležitým problémem kvalifikace skutku jsou procesní ustanovení. Je to ustanovení § 12 odst. 12 trestního řádu (tr. ř.).¹⁵ Jde o důležitou změnu proti původní úpravě, kdy bylo možné u pokračujících deliktů obnovit řízení, pokud se objevil nový útok. Současné znění § 12 odst. 12 tr. ř. je daleko rozumnější řešení. Ale přece jen, podíváme-li se na to, jak se dnes upravuje postup v případech, kdy se u hlavního líčení objeví nové útoky při pokračujícím deliktu, vidíme, že situace není jednoduchá. Obtížné je rozhodování soudů podle ustanovení § 45 TZ,¹⁶ které je sice velmi rozumné a návodné, ale klade na soudy značné požadavky. Zejména v případech komplikovaných hospodářských kauz, které jsou mnohdy velmi časově náročné.

Podobně upozorňují na problematiku pokračování i další učebnice trestního práva.¹⁷ Procesní problematiku rozebírá již 1. vydání komentáře P. Šámala a kol. i jeho další vydání.¹⁸ Nejnověji jsou tyto otázky hodnoceny ve druhém díle Komentáře k trestnímu řádu A. Draštík a kol., kde je i nejnovější judikatura.¹⁹

Všechny tyto publikace upozorňují na rozdíly pokračování, souběhu a trvajících deliktů.

Tady se ukazuje, že ti, kteří prosazovali, aby byly zároveň rekonstruovány obě normy – trestní zákoník i trestní řád, měli zřejmě pravdu. Při té příležitosti by si jistě legislativa všimla, že jsme právní úpravou **opakování x pokračování** příliš pod vlivem historického řešení. Ve většině zemí Evropy existuje dnes jen opakování, nikoliv pokračování. Domníváme se, že budeme muset zvážit současnou právní úpravu opakování a pokračování v trestním právu hmotném.

Rozhodli jsme se podívat na současné řešení v Rakousku a v Německu. O německé právní úpravě se mluví jako o vzoru naší trestněprávní legislativy, a to zejména z hlediska trestního práva hmotného.

Německé učebnice zmiňují skutečnost, že některé trestní zákony menších německých států v 19. století znaly výslovnou úpravu postihu jednání, jež odpovídá modernímu pojetí pokračování. Po sjednocení Německa však trestní zákoník z roku 1871 takovou úpravu nepřevzal.²⁰ Pojem pokračování v trestném činu (Die Fortsetzungstat, fortgesetztes Delikt, fortgesetzte Handlung atp.) byl však celých sto let používán v rozhodovací praxi a přijímán i většinou nauky. Teprve rozhodnutí Spolkového soudního dvora z roku 1994 přineslo obrat a poté byla konstrukce pokračování opuštěna.

Starší německá nauka zdůrazňovala odlišnost případů pouhé souvislosti útoků v pokračování (Fortsetzungszusammenhang) a „přirozené jednoty skutku“, který může být rovněž složen z dílčích aktů (natürliche Handlungseinheit). Jako typické příklady pokračování se ve starší nauce uvádělo: „sluha, který svému pánovi pravidelně krade doutníky, služebná, která si pokaždé ponechá některý kus prádla, podvodník, který obchází dům od domu a vybírá peníze se lživým tvrzením, že se tak děje na Červený kříž.“²¹

V judikatuře bylo vždy odkazováno na rozsudek uveřejněný ve svazku 70 rozhodnutí Říšského soudu v trestních věcech.²² V tomto rozhodnutí Říšský soud připustil ukládání celkového „úhrnného“ trestu (Gesamtstrafe) za pokračování – výslovně stanovil, že není třeba podle tehdy platného § 74 StGB ukládat za každý z dílčích útoků samostatný trest a posléze na jejich základě uložit trest úhrnný, nýbrž lze rovnou ukládat tento trest za celé pokračování.²³

Znaky pokračování byly německou judikaturou a naukou vymezeny obdobně jako u nás, a to na základě kombinace objektivních a subjektivních prvků. Východiskem byl pojem „díličího aktu“ (Teilakt). Jednotlivé dílčí akty mají porušovat stejný chráněný zájem (Einheit des Erfolgsunrechts), i když nemusejí nutně naplňovat tutéž skutkovou podstatu (například se může jednat o různě závažné formy krádeže). Někdy se objevuje tvrzení, že každý dílčí útok má být **per se** trestným činem.²⁴ Z možnosti pokračování bývají vylučovány trestné činy, které napadají „vysoce osobní, nepřenosné hodnoty“ (höchstpersönlichen Lebensgüter), tzn., že nelze pokračovat například ve vraždách, znásilnění, ublížení na zdraví, zbavení osobní svobody, urážce na cti atd.,

¹⁴ FENYK, J. a kol. *Trestní zákoník a trestní řád: průvodce trestněprávními předpisy a judikaturou*. Praha: Linde, 2010.

¹⁵ Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád).

¹⁶ Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

¹⁷ Srov. např. JELÍNEK, J., NOVOTNÝ, O., DOLENSKÝ, A., VANDUCHOVÁ, M. *Trestní právo hmotné*. 4., přeprac. vyd. Praha: ASPI, 2003, s. 84 a násl. ISBN 80-8639573-1, dále i ŠÁMAL, P., NOVOTNÝ, O., GRÍVNA, T., HERCZEG, J., VANDUCHOVÁ, M., VOKOUN, R. *Trestní právo hmotné*. 7., přeprac. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 106 a násl.

¹⁸ ŠÁMAL, P., KRÁL, V., BAXA, J., PÚRY, F. *Trestní řád: komentář*. Praha: C. H. Beck. Komentované zákony, 1995.

¹⁹ DRAŠTÍK, A., FENYK, J. a kol. *Trestní řád: komentář*. Praha: Wolters Kluwer. Komentáře (Wolters Kluwer ČR), 2017.

²⁰ ROXIN, C. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck, 2003, s. 873.

²¹ SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1970, s. 582.

²² Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, RGSt, sv. 70, s. 243, 244.

²³ Op. cit. SCHMIDHÄUSER, E., s. 582.

²⁴ Op. cit. SCHMIDHÄUSER, E., s. 583.

pokud jsou předmětem útoku různé osoby.²⁵ Vyžadoval se dále obdobný způsob provedení (gleichartiger Tathergang, gleichartige Begehungsweise), časová a místní souvislost a konečně **Gesamtvorsatz** – tedy zhruba náš „jednotný záměr“. Ten měl zahrnovat představu pachatele o vzájemné souvislosti dílčích aktů. Například si pachatel představuje, že během příštích týdnů provede několik vloupání nebo odcizí několik jízdních kol. Německá nauka zdůrazňovala zaměření úmyslu pachatele na spáchání pokud možno **co nejvyššího** počtu trestných činů určitého druhu (möglichst viele), například podvodů.²⁶

Pojetí pokračování v trestném činu bylo naukou kritizováno – zejména z procesních hledisek, kdy hrozilo, že soud uzná pachatele vinným i nedostatečně prokazanými útoky a trest bude ukládán na základě pouhého podezření (Verdachtsstrafe). Další kritika poukazovala na to, že pokračování nemá žádnou oporu v německém trestním zákoníku. Jiným kritikům vadila skutečnost, že pachatelé pokračování jsou privilegováni oproti pachatelům většího počtu deliktů ve vícečinném souběhu, neboť na ukládání trestu za pokračování se nevztahují pravidla o zostření trestu při větším počtu trestných činů.²⁷ Podobně nebylo možné pachateli pokračování uložit tzv. Sicherungsverwahrung, jako některým recidivistům. Dále se i v SRN uplatňoval princip **ne bis in idem**, pokud část pokračování vyšla najevo teprve dodatečně.²⁸ Kritizován byl i sám pojem „jednotného záměru“, neboť prý se v případech pokračování většinou jedná o sérii samostatných dílčích rozhodnutí, kterými pachatelé toliko reagují na obdobnou situaci.

S ohledem na výše uvedené výhrady vydal Velký trestní senát Spolkového soudního dvora (Großer Strafsenat in Strafsachen) dne 3. 5. 1994 stanovisko, v němž konstrukci pokračování nadále nedoporučil používat.²⁹ Nadále se mají uplatnit pravidla pro postih vícečinného souběhu.³⁰ Jak uvádí Roxin,³¹ bylo od té doby pokračování praxí zcela opuštěno. Od pokračování je třeba odlišovat případy, kdy sama skutková podstata předpokládá jednání, jež se většinou skládá z dílčích aktů – například případy týrání svěřené osoby.

Zdá se tedy, že konečné vyřešení problematiky v Německu odpovídá i naší situaci, protože jde zřejmě o stejné námitky, které se uvádějí vůči pokračování u nás.

Jaká je situace v Rakousku? Jde o zemi, jejíž právní úprava ještě v roce 1947, kdy vydal svoji učebnici V. Solnař, platila fakticky bez větších změn i u nás.

Pokračující trestný čin (**das fortgesetzte Verbrechen, fortgesetztes Delikt**) je v Rakousku teoretickou kategorií známou nauce a rozhodovací praxi. Rakouské chápání tohoto trestněprávního pojmu je v některých detailech odlišné od německého a má blíže k pojetí českému za účinnosti trestního zákona z roku 1961, respektive v době před velkou novelou trestního řádu z roku 2001.³²

Základní rozdíl mezi rakouským a německým pojetím pokračování je dán historicky a vyplývá z odlišností při ukládání trestů za tzv. stejnorodý vícečinný souběh, respektive za trestný čin spáchaný opakovaně (delictum iteratum). Před unifikací německého trestního práva zákoníkem z roku 1871 se v partikulárním právu jednotlivých německých států běžně uplatňoval princip **kumulace** trestů za jednotlivé delikty spáchané v poměru reálné konkurence („Quod delicta tot poenae“, „Strafhäufung“). V § 53 až 54 německý trestní zákoník posléze přešel k trestání vícečinného souběhu (Tatmehrheit) spíše podle zásady **asperační** (asi ve smyslu našeho nynějšího ustanovení § 43 odst. 1 TZ věta za středníkem, které umožňuje přísnější postih za „vícečinný souběh většího počtu trestných činů“). Soud však musí nejprve vyměřit trest za každý sbíhající se trestný čin zvlášť a teprve na základě těchto dílčích trestů se ukládá úhrnný trest – **Gesamtstrafe**, který musí být přísnější než trest uložený za nejzávažnější ze všech sbíhajících se deliktů.³³ Prostřednictvím konstrukce pokračování jako zdánlivého souběhu a tedy jediného trestného činu se německá rozhodovací praxe snažila omezit příliš tvrdé důsledky asperační zásady v případech trestání za sérii drobných útoků proti majetku. Zároveň měla být v těchto případech soudci ulehčena práce tím, že odpadla povinnost vyměřovat zvláštní tresty za každý jednotlivý dílčí útok.

Popsané problémy se v Rakousku neprojevovaly, neboť zde se od počátku moderního vývoje uplatňoval princip absorpční („Poena maior absorbet minorem“), kdy opakování téhož zločinu nebo spáchání různých zločinů je toliko obecnou přitěžující okolností a trest se ukládá za delikt nejpřísněji trestný.³⁴

Pokud jde o fenomén tzv. zdánlivé konkurence, **Theresiana** v čl. 14 § 2 stanoví, že pachatel, který „v některém přečinění, kupř. v cizoložství, častěji hřeší“, má být (zpravidla) potrestán za jediný trestný čin („pro uno facto habendum est“). Obrat „**pokračování v trestném jednání delší dobu**“ („die Fortsetzung der strafbaren Handlung durch längere Zeit“) užívalo německé znění rakouského trestního zákona z roku 1852 výslovně v rámci přitěžujících okolností u přestupků a přečinů [§ 263 písm. a)]; český text hovoří o tom, že „pachatel pokračuje v trestném činu delší dobu“.

Zásadní otázku právní kvalifikace dle **výše škody způsobené pokračováním** řešil trestní zákon z roku 1852

²⁵ JESCHECK, H., WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*. 5., vollst. Neubearb. und erw. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, s. 716. Op. cit. SCHMIDHÄUSER, E., s. 583.

²⁶ Op. cit. JESCHECK, H., WEIGEND, T., s. 717.

²⁷ Srov. naše ustanovení § 43 TZ.

²⁸ Op. cit. ROXIN, C., s. 873.

²⁹ BGHSt. Sv. 40, s. 138–168.

³⁰ Tatmehrheit, srov. Op. cit. JESCHECK, H., WEIGEND, T., s. 715.

³¹ Op. cit. ROXIN, C., s. 874–875.

³² Zákon č. 265/2001 Sb.

³³ Viz § 54 odst. 4 StGB – Bildung der Gesamtstrafe.

³⁴ § 44 rak. tr. zák. z roku 1852, srov. již článek 14 § 3 Constitutio Criminalis Theresiana.

výslovně u krádeže (§ 173), a to zcela v nynějším duchu: „*Podle částky stává se krádež zločinem, činí-li tato částka nebo cena toho, co bylo ukradeno, více než šest set korun. Při tom nečiní rozdílu, zda tato částka nebo cena pochází z jednoho nebo několika, současných nebo opakovaných útoků, zda byla odňata jednomu nebo několika majitelům, zda krádež vykonána na jedné věci nebo na věcech rozličných.*“

Na tomto pozitivně právním základě vybuodovala pak rakouská trestněprávní nauka a rozhodovací praxe pojem pokračování, který posléze přešel i do trestního práva československého a dnes jej odráží § 116 TZ.³⁵ V nyní platném rakouském trestním zákoně (1974) dopadá na případy pokračování i vícečinného souběhu § 28 odst. 1, který odpovídá zhruba ustanovením našeho trestního zákona z roku 1961 o úhrnném trestu (Zusammentreffen strafbarer Handlungen):

„*Hat jemand durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere strafbare Handlungen derselben oder verschiedener Art begangen und wird über diese strafbaren Handlungen gleichzeitig erkannt, so ist, wenn die zusammentreffenden Gesetze nur Freiheitsstrafen oder nur Geldstrafen vorsehen, auf eine einzige Freiheitsstrafe oder Geldstrafe zu erkennen. Diese Strafe ist nach dem Gesetz zu bestimmen, das die höchste Strafe androht. Von der außerordentlichen Strafmilderung abgesehen, darf jedoch keine geringere Strafe als die höchste der in den zusammentreffenden Gesetzen vorgesehenen Mindeststrafen verhängt werden.*“

Není tedy rozlišováno mezi vícečinným souběhem a pokračováním. Podobně i v následujícím ustanovení, jež se týká souhrnu způsobené škody, kde se sčítá škoda způsobená dílčími útoky (§ 29 – Zusammenrechnung der Werte und Schadensbeträge).

„*Hängt die Höhe der Strafandrohung von dem ziffernmäßig bestimmten Wert einer Sache, gegen die sich die Handlung richtet, oder von der ziffernmäßig bestimmten Höhe des Schadens ab, den sie verursacht oder auf den sich der Vorsatz des Täters erstreckt, so ist, wenn der Täter mehrere Taten derselben Art begangen hat, die Summe der Werte oder Schadensbeträge maßgebend.*“

Z důvodů výše naznačených je v rakouských učebnicích a příručkách věnován fenoménu pokračování jen nevelký prostor ve srovnání s Německem. Materie bývá řešena dosti zkrátka v rámci výkladu o tzv. zdánlivé konkurenci trestných činů, tedy zejména v souvislosti s trestnými činy trvajících (Dauerdelikte, das fortdauernde Verbrechen), případy soustavného páchaní trestné činnosti „po živnostensku“ (tzv. Kollektivdelikt, jako je například kuplířství, potulka atp.) a otázkou trestných činů obsahujících z povahy věci množství dílčích faktických

jednání (pachatel vloupání se zmocní řady různých věcí, které v objektu nalezl).³⁶

Výklad rakouských autorů klade vždy důraz na pokračování jako jediný trestný čin (einheitliche Straftat). Kritéria jsou formulována obdobně jako u nás s tím, že se v teorii tradičně dělí na objektivní a subjektivní. K objektivním kritériím patří obdobný způsob provedení (Gleichartigkeit der Begehungsweise, Ähnlichkeit des Tathergangs), „porušení téhož právního statku“ (Verletzung desselben Rechtsguts) a místní a časová blízkost (zeitliche und räumliche Nähe). Naplnění všech objektivních kritérií není nezbytné – zejména je (podobně jako u nás) zpochybňována nutnost místní a časové souvislosti. Oproti českému pojetí však rakouská nauka požaduje, aby každý dílčí útok naplňoval základní skutkovou podstatu příslušného trestného činu – nepatří tedy zásada naplnění skutkové podstaty „byť i v souhrnu“. Tento rozdíl je však relativizován již zmíněnými pravidly ohledně majetkových trestných činů, kde se rovněž vychází ze součtu škody způsobené všemi dílčími útoky. Pokračování je dle rakouské nauky i praxe zachováno i tehdy, pokud pachatel střídavě naplňuje znaky těžé skutkové podstaty v základní, kvalifikované či privilegované formě. Rovněž je možné pokračování mezi dílčími útoky dokonanými a ve stadiu pokusu. Oproti dřívější německé nauce v Rakousku není vyloučeno pokračování ani tehdy, pokud jsou některé útoky spáchány konáním a jiné opomenutím.

Rakouské pojetí ovšem vylučuje pokračování, jehož dílčí útoky by nabývaly forem různých obohacovacích deliktů (krádež, zpronevěra, podvod), jak se někdy připouští v SRN s odkazem na „gleiche Schutzrichtung der Tatbestände“. V Německu je rovněž volnější požadavek subjektivní souvislosti. V Rakousku se pro pokračování vyžaduje v zásadě předem pojatý jednotný záměr (vornherein gefaßter, einheitlicher Willensentschluß), i když se připouští, že pachatel může svůj plán postupně měnit a rozšiřovat. Oproti tomu se německá nauka spokojila s tím, že se pokračování toliko navenek jeví jako uskutečňování jediného záměru, přestože se de facto jedná o sérii dílčích rozhodnutí.

V Rakousku se jako pokračování posuzují i případy, které v SRN bývají označovány jako „natürliche Handlungseinheit“ – například pokud otec opakovaně pohlavně zneužívá dceru, pokud úředník bere pravidelně „dárky“ od určité osoby nebo pokud daňový subjekt opakovaně nepřiznává určitý druh příjmu. Dále je třeba si uvědomit terminologické rozdíly, kdy například pojem „gleichartige Verbrechensmenge“ bývá v Rakousku používán ve významu vícečinného souběhu stejnorodého, zatímco v SRN ve významu našeho pokračování.³⁷

³⁵ Srov. dříve § 89 odst. 3 TZ.

³⁶ Srov. STOOSS, C. *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*. s. 124–129. Wien und Leipzig: Verlag Franz Deuticke, 1910. RITTLER, T. *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*. Erster Band, Allgemeiner Teil. 2. Auflage, s. 345–348. Wien: Springer Verlag, 1954.

³⁷ Viz SCHMOLLER, K. *Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom „beweglichen System“*. Wien: Manz, 1988, s. 22.

Důležité je, že **po stránce procesní** situace v Rakousku odpovídá stavu u nás před 1. lednem 2002. Trestní řízení se vede o celém pokračujícím trestném činu jako jediném skutku. Odsouzení pro pokračující trestný čin představuje překážku věci rozsouzené vzhledem k dílčím útokům, které by vyšly najevo dodatečně. Soud ostatně nemusí v rozsudku popisovat všechny dílčí útoky; stačí např. uvést přibližné časové rozmezí a přibližný počet útoků. Rakouský soudce nepotřebuje znát ani přesnou škodu způsobenou jednotlivými útoky, protože není nucen ukládat za každý z nich tzv. Einzelstrafe, jako je tomu v Německu. Navíc se v trestním řízení uplatní princip oportunity, kdy podle § 34 odst. 2 rakouského StPO státní zástupce nemusí stíhat všechny sériově spáchané trestné činy téhož pachatele, pokud se to nejeví jako účelné.

Podle novějšího komentáře došlo i v rakouské judikatuře v poslední době k pozvolnému opouštění kategorie (Rechtsfigur) pokračujícího trestného činu, a to zřejmě pod vlivem vývoje v Německu. Odmítnutí pojmu pokračujícího trestného činu je spatřováno v nálezu rakouského Nejvyššího soudu (OGH) z roku 2007.³⁸ V teorii se na místo pojmu „fortgesetztes Delikt“ prosazuje širší pojem „tatbestandliche Handlungseinheit“, kam se ovšem zahrnují i další rozličné případy zdánlivého souběhu. Kromě případů, kdy je trestný čin uskutečňován v několika postupných fázích, sem spadá i případ opakovaného naplnění téže skutkové podstaty v rychlé časové návaznosti.³⁹

³⁸ Verst. Senat SSt 2007/27- EvBl 2007/114.

³⁹ FABRIZY, E. *Strafgesetzbuch: StGB: samt ausgewählten Nebengesetzen: Kurzkommentar*. 10. vyd. Wien: Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 2010.

Zdá se tedy, že složitá právní úprava pokračování je dnes v rámci kontinentálního práva svým způsobem překonána, a to jak v rámci hmotného práva trestního, tak i v procesních důsledcích. Úprava stíhání pokračování prošla postupnými změnami. Od novely trestního řádu, zákon č. 265/2001 Sb., jde o podstatné zlepšení s důsledky pro zahájení trestního stíhání. Je třeba vždy po zjištění nového útoku při pokračování zahájit trestní stíhání a tam, kde se naopak zjistí, že tento dílčí skutek nelze dokázat, řízení ohledně tohoto dílčího útoku zastavit. Podobná situace nastává také při předběžném projednání obžaloby. Složitější situace však nastává v hlavním líčení, jestliže tento dílčí skutek v pokračování nelze prokázat, dochází ke zproštění. Objeví-li se však v hlavním líčení nový útok pokračujícího deliktu, jde procesně o nový skutek. Pak je třeba postupovat podle § 221 odst. 2 tr. ř.: „*Soud vrátí věc státnímu zástupci k došetření také tehdy, ukazují-li výsledky hlavního líčení, že se obžalovaný dopustil ještě dalšího skutku, který je trestným činem, a státní zástupce o vrácení věci požádá vzhledem k potřebě společného projednání.*“

Domníváme se proto, že by se mělo uvažovat o zjednodušení. Není však možné upravit zjednodušeně jen procesní právo bez změny hmotného práva trestního.

Protože jde o důležitou problematiku, která má nejen teoretický, ale zejména praktický dosah, domníváme se, že by bylo vhodné, aby se o ní diskutovalo. A to nejen na bázi teorie, ale především i spolu s praktiky.

Založení a vznik společenství vlastníků jednotek po rekodifikaci soukromého práva – mnoho problémů a málo uspokojivých odpovědí

doc. JUDr. TOMÁŠ DVOŘÁK, Ph.D.

Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni

Abstrakt: Tento příspěvek se zabývá problematikou založení a vzniku společenství vlastníků jednotek podle zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Pozornost je věnována zejména sporným otázkám nové právní úpravy se zvláštním zřetelem k dosavadním publikovaným názorům.

Abstract: This paper deals with the issue of the establishment and formation of a unit owners' association under Act No. 89/2012 Coll., The Civil Code. The Attention is paid, in particular, to the issues raised by the new legislation, with particular reference to the previously published opinions.

Klíčová slova: založení a vznik, společenství vlastníků jednotek, zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, bytové spoluvlastnictví

Key words: The establishment and formation, Owners Associations, The Act No. 89/2012 Coll., The Civil Code, The Housing co-ownership

1. Úvodní výklady

1.1 Základní otázky

1.1.1 Obecně

Proces konstituování společenství vlastníků jednotek (dále jen „společenství“) lze rozdělit na dvě základní fáze, a to na fázi zakládání a na fázi vzniku společenství. Právní úprava mezi oběma fázemi důsledně diferencuje. Teprve úspěšným ukončením druhé fáze je tento proces skončen. Výsledkem tohoto procesu je existence nového subjektu práv a povinností, nové právnické osoby.

Založení je nezbytnou podmínkou vzniku společenství. Bez řádného založení společenství nemůže dojít k jeho vzniku.

Vlastní úprava založení společenství je velmi jednoduchá. Společenství se vždy zakládá schválením svých stanov; co se procedurální stránky věci týče, lze stanovy schválit třemi způsoby:

1. prohlášením původního vlastníka¹ při vzniku bytového spoluvlastnictví, jehož součástí jsou stanovy (§ 1166 odst. 2 obč. z.),

2. dohodou všech stran smlouvy o výstavbě o schválení stanov obsaženou ve smlouvě o výstavbě před nebo po vzniku bytového spoluvlastnictví [§ 1170 odst. 2 písm. d) obč. z.], a
3. schválením stanov po vzniku bytového spoluvlastnictví, pokud nedošlo ke schválení stanov vydáním prohlášení vlastníka nebo smlouvou o výstavbě; vyžaduje se jednomyslný souhlas všech vlastníků jednotek se stanovami (§ 1200 odst. 1 obč. z.²). Zákonodárce přitom zjevně počítá s tím, že tento způsob založení společenství bude v praxi zjevně minoritní.³

Je nejisté, zda i pro společenství platí, že pokud stanovy neurčí, na jaký čas je společenství založeno, platí, že je založeno na dobu neurčitou (§ 124 obč. z.). Existence společenství je vázána na existenci bytového spoluvlastnictví; se zřetelem k tomu lze soudit, že se pro společenství tento předpis nepoužije. Jelikož je existence společenství vázána na existenci bytového spoluvlastnictví:

- a) nelze společenství založit na dobu určitou, a
- b) nelze klauzuli ve stanovách upravit k určitému okamžiku zrušení společenství s právním následkem

¹ Původním vlastníkem se rozumí osoba, která vydala prohlášení vlastníka podle § 1166 obč. z.

² Pro oblast dobrovolného založení společenství je povinnost souhlasu všech vlastníků jednotek duplicitně zařazena v § 1199 obč. z.

³ Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR, VI. volební období (2010–2013), parlamentní tisk č. 362/0, Důvodová zpráva, Zvláštní část, § 1199.

zrušení bytového spoluvlastnictví; zrušení bytového spoluvlastnictví je možné jen způsobem a za podmíněk stanovených v §§ 1217–1219 obč. z.

Založení společenství nemá žádný vliv na správu dělené nemovitosti⁴ dosavadním správcem. Teprve vznikem společenství přechází správa z dosavadního správce na společenství, a to *ex lege*.

Z hlediska (ne)dobrovolnosti zakládání společenství lze rozdělit zakládání společenství na povinné a dobrovolné.

1.1.2 Zakladatel(é) společenství vlastníků jednotek

Zakladatelem společenství se osoba stává okamžikem schválení stanov. Poté, co společenství vznikne jako subjekt práv a povinností, stává se každý zakladatel jeho prvním členem; to neplatí pouze tehdy, pokud by konkrétní zakladatel v mezidobí mezi založením a vznikem společenství přestal být vlastníkem jednotky.

Nicméně skutečnost, že určitá osoba je, resp. byla zakladatelem společenství, nemá z hlediska právní úpravy žádnou relevanci. Zakladatelé nejsou oproti jiným, později přistoupičtím členům společenství nijak právně zvýhodněni, jsou však výrazně zvýhodněni fakticky, neboť pouze oni (spolu)rozhodují při zakládání společenství o obsahu stanov a mohou si je tudíž sestavit podle svých představ a potřeb; omezením je pouze povinnost souladu ustanovení stanov s právními předpisy a dobrými mravy.

1.2 Dobrovolné založení společenství vlastníků jednotek

Dokud nejsou splněny zákonné podmínky pro povinné založení společenství, není dána povinnost založení společenství, vždy však lze společenství založit dobrovolně.

Společenství lze dobrovolně založit všemi třemi zákonnými způsoby.

Dobrovolné založení společenství je možné v jakémkoliv dělené nemovitosti, tedy i v těch dělených nemovitostech, ve kterých je vymezeno méně než 5 jednotek.⁵

Lze důvodně předpokládat, že vlastníci jednotek budou mít zájem na dobrovolném založení společenství, protože dokud společenství (ať povinně, ať dobrovolně) nevznikne, pak z právních jednání týkajících se dělené nemovitosti jsou všichni vlastníci jednotek oprávněni a povinni společně a nerozdílně (§ 1127 obč. z.), zatímco po vzniku společenství lze užívat výhody neomezeného, leč dílčího (nikoliv solidárního) ručení za dluhy společenství (§ 1194 odst. 2 obč. z.). Rovněž rozhodování o správě dělené nemovitosti a její zajišťování a provádění

je po vzniku společenství jednodušší a efektivnější. Lze proto dobrovolné založení společenství pokládat za velmi rozumné a účelné a lze ho jedině doporučit.⁶

1.3 Povinné založení společenství vlastníků jednotek

Povinnost založit společenství je – při splnění zákonem stanovených podmínek – dána *ex lege*. K povinnému založení společenství může dojít jediným zákonným způsobem, totiž po vzniku bytového spoluvlastnictví schválením stanov.

Nebylo-li společenství již dříve založeno dobrovolně, povinnost založit společenství vzniká (§ 1198 odst. 1 obč. z.):

1. vlastníkům jednotek vymezených v dělené nemovitosti, ve které je vymezeno nejméně pět jednotek,
2. nejméně tři různé jednotky jsou ve vlastnictví tří různých osob, a
3. nejpozději po vzniku vlastnického práva k první převedené jednotce.

Úprava je to veskrze nejasná; v úvahu připadají různé možnosti výkladu.

Prvou možností je ten výklad, podle kterého musí nejméně třem osobám odlišným od původního vlastníka vzniknout vlastnické právo k nejméně třem různým jednotkám; tento výklad se dovozuje z podmínky „vzniku vlastnického práva k první převedené jednotce“. Ve výsledku zde tedy budou nejméně čtyři různí vlastníci nejméně čtyř různých jednotek.⁷ Tento výklad ovšem směřuje povinnost založení společenství a povinnost vzniku společenství, což je něco odlišného.

Druhou možností je ten výklad, podle něhož musí v dělené nemovitosti nejméně dvěma osobám odlišným od původního vlastníka (= převodce) vzniknout vlastnické právo k nejméně dvěma různým jednotkám, takže ve výsledku zde budou nejméně tři různí vlastníci nejméně tří různých jednotek.⁸

Lze soudit, že správný je výklad druhý, protože lépe vyhovuje požadavkům zákona, jenž zjevně nepočítá s tím, že by celkový počet vlastníků jednotek měl být rozšířen na nejméně čtyři osoby. Kromě toho lze očekávat, že menší počet osob se spíše domluví a bude schopen

⁴ Dělenou nemovitostí se rozumí nemovitost v režimu bytového spoluvlastnictví podle občanského zákoníku, ve které jsou vynešeny jednotky a společné části.

⁵ Shodně Z. Čáp in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J., VYCHOPEN, M., WINTEROVÁ, A., ČÁP, Z., THÖNDEL, A. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. III. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 586.

⁶ Shodně P. Schödelbauerová in KABELKOVÁ, E., SCHÖDELBAUEROVÁ, P. *Bytové spoluvlastnictví v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 227.

⁷ Z. Čáp in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J., VYCHOPEN, M., WINTEROVÁ, A., ČÁP, Z., THÖNDEL, A. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. III. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 584; a M. Novotný in NOVOTNÝ, M., HORÁK, T., HOLEJŠOVSKÝ, J., OEHM, J. *Bytové spoluvlastnictví a bytové družstva. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 166.

⁸ P. Schödelbauerová in KABELKOVÁ, E., SCHÖDELBAUEROVÁ, P. *Bytové spoluvlastnictví v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 221; a M. Novotný in SPÁČIL, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. III. díl. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 770.

efektivní spolupráce při zakládání společenství.

Další výkladový problém představuje pojem prvního převodu a prvního vlastníka. Logicky vzato lze soudit, že prvním vlastníkem je jednak původní vlastník,⁹ jednak první nabyvatelé prvních dvou jednotek, jež jim byly převedeny od původního vlastníka. S tím souvisí i pojem prvního převodu, kterým je přímý převod od původního vlastníka. Tedy osoba, která nabude vlastnického práva k jednotce dalším převodem od některého z prvních vlastníků, již prvním vlastníkem není.¹⁰

Zákonná úprava je nedomyšlená pro případ nedostupnosti nebo obstrukcí kteréhokoliv z prvních vlastníků. Jelikož ke schválení prvních stanov se vyžaduje aktivní projev vůle všech vlastníků jednotek, může velmi snadno nastat stav, kdy tohoto souhlasu nebude možno dosáhnout. Pro tento případ však zákon nemá žádné řešení, což je velmi negativní výsledek zákonodárcovy práce.

Zákon nemá úpravu pro případ přechodu vlastnického práva k jedné nebo více jednotkám. Lze si představit situaci, kdy po vzniku bytového spoluvlastnictví původní vlastník = vlastník všech jednotek zemře a jím vlastněné jednotky přejdou např. na jeho 7 dětí. V takovém případě teoreticky vzato povinnost založení společenství dána není, prakticky vzato však k založení a vzniku společenství bude muset dojít, protože jinak nebude možné podle § 1198 odst. 2 obč. z. s jednotkami právně disponovat.

2. Stanovy společenství vlastníků jednotek

2.1 Základní otázky

Zakladatelské právní jednání je základním a nejdůležitějším dokumentem v životě společenství. Je možno jej označit za „ústavu společenství“, za dokument nejen společenství zakládající, nýbrž také zásadní po celou dobu její existence. Platná právní úprava připouští, aby některé otázky byly řešeny v rámci zakladatelského právního jednání odchýlně od zákonné úpravy; teprve tehdy, pokud se tak nestane, nastupuje zákonná úprava.

Zakladatelským právním jednáním společenství jsou vždy jeho stanovy.

Stanovy jsou právním jednáním, a to právním jednáním dvou či vícestranným ve smyslu § 545 a násl. obč. z.

O právní povaze stanov soukromoprávních právnických osob (zejména akciových společností) byly již v minulosti vedeny rozsáhlé diskuse. Lze nicméně mít za to, že stanovy každé soukromoprávní právnické osoby jsou

⁹ P. Schödelbauerová in KABELKOVÁ, E., SCHÖDELBAUEROVÁ, P. *Bytové spoluvlastnictví v novém občanském zákoníku. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 220, vykládá tento pojem tak, že prvním vlastníkem je pouze původní vlastník, resp. – při vzniku bytového spoluvlastnictví přeměnou (bez)podílového spoluvlastnictví – původní (bez)podíloví spoluvlastníci nemovitosti. Tento výklad se však jeví být až přespříliš restriktivní.

¹⁰ Prvním vlastníkem nepochybně je i každý univerzální sukcesor kteréhokoliv prvního vlastníka.

smlouvou sui generis přijímanou zvláštní, zákonem stanovenou procedurou, jejíž nedodržení je sankcionováno neplatností změny stanov. Tento názor není nijak nový, již před druhou světovou válkou jej vyargumentoval J. Fundárek;¹¹ tuto myšlenku respektuje judikatura¹² i právní teorie¹³ dodnes.

Stanovy mají povahu konstitutivního aktu, kterým se stávají na základě rozhodnutí zakladatelů, resp. za trvání společenství rozhodnutím shromáždění, jemuž přísluší zákonem dané oprávnění k autonomní úpravě některých vnitřních vztahů.¹⁴

Stanovy je třeba vždy považovat za specifický autonomní smluvní typ. Nejde o innominátní smlouvu, nýbrž o smlouvu pojmenovanou, již nelze v žádném pohledu zaměňovat za societativní smlouvu podle § 2716 a násl. obč. z.; obě právní úpravy dopadají na něco docela jiného.

Stanovy jsou vždy právním jednáním formálním; příslušnou formu stanov stanoví zákon.

Stanovy je třeba vždy považovat za bezúplatné právní jednání.

Stanovy lze připodobnit ke smlouvám uzavíraným ve prospěch (a k tíži) třetího podle § 1767 a násl. obč. z. Stanovy totiž zavazují nejen ty osoby, které je přijaly nebo k nim později za trvání společenství přistoupily, nýbrž i subjekt třetí, totiž společenství samo.

V praxi se při tvorbě stanov hojně vychází z formulařových sbírek a návodů (nejednou publikovaných i na rozličných internetových fórech) obsahujících i vzory stanov. Tato praxe není příliš vhodná, neboť jednak není žádné záruky, že takový vzor bude správný, a především žádný vzor nemůže postihnout specifičnost konkrétní situace při zakládání toho kterého společenství.

2.2 Forma stanov

Stanovy musí mít formu veřejné listiny (§ 1200 odst. 3 věta první obč. z.), kterou může být pouze notářský zápis o právním jednání podle § 62 a násl. not. ř. (§ 3026 odst. 2 obč. z.).

Zákonný požadavek notářského zápisu má za následek, že v tomto případě je zakázána:

1. jakákoliv jiná forma právního jednání, a

¹¹ FUNDÁREK, J. *Stanovy účastinnej spoločnosti podľa práva slovenského*. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského, 1934, s. 9 a násl.

¹² Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 8. 2003 sp. zn. 29 Odo 146/2003, Soudní judikatura, 2003, č. 10, s. 799 a násl. Ze starší judikatury srovnej odůvodnění civ. rozh. Vážný 9 269 (z r. 1929).

¹³ Například J. SEDLÁČEK in kol. autorů *Slovník veřejného práva československého*. 3. díl. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934, s. 483; PELIKÁNOVÁ, I. *Komentář k obchodnímu zákoníku*. 2. díl. 2. vydání. Praha: Linde, 1998, s. 756; ELIÁŠ, K. *Akciová společnost. Systematický výklad obecného akciového práva se zřetelem k jeho reformě*. Praha: Linde, 2000, s. 151–152; R. Kříž in DĚDIČ, J., ŠTENGLOVÁ, I., Čech, P., KRÍŽ, R. *Akciové společenství*. 7. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 68; aj.

¹⁴ Srovnej odůvodnění civ. rozh. Vážný 5 118 (z r. 1925).

2. elektronická forma právního jednání (elektronickou formu s uznávaným elektronickým podpisem nevyjímaje).

Požadavku notářského zápisu vyhovuje pouze notářský zápis vyhotovený českým notářem jmenovaným podle právního řádu ČR, který splňuje obsahové i formální náležitosti notářského zápisu podle notářského řádu.¹⁵

Notářský zápis musí být podepsán, a to jak notářem, tak i všemi vlastníky jednotek. Pokud se vlastníci jednotek dostaví osobně a zápis podepíší, je celá procedura jednoduchá. Alternativně může za vlastníka jednotky jednat jeho zmocněnec na základě plné moci podle § 441 a násl. obč. z.; to plyne i z notářského řádu [§ 63 písm. h) not. ř.]. Plná moc musí mít vždy písemnou formu a podpis na ní musí být úředně ověřen (§ 441 odst. 2 věta druhá obč. z.), jinak je neplatná (§ 582 odst. 1 obč. z.).¹⁶ Plná moc se k notářskému zápisu připojuje.

Dílčí interpretační problém může vzbudit v praxi otázka, kdo je oprávněn v této věci jednat za vlastníka jednotky – právnickou osobu. Je nepochybné, že toto oprávnění má statutární orgán jakožto orgán právnické osoby s generální jednatelskou působností. Pokud se však týče jiných osob, lze dovodit, že tyto k tomuto jednání za právnickou osobu oprávněny nejsou, neboť zakládání společenství není činností:

- a) ke které by docházelo při provozu obchodního závodu nebo pobočky ve smyslu § 430 odst. 1 obč. z.; se zřetelem k tomu není k tomuto jednání oprávněn prokurista,
- b) obvyklou při výkonu jejich zaměstnání, zařazení nebo funkce v právnické osobě ve smyslu § 166 obč. z.; se zřetelem k tomu není k tomuto jednání oprávněn ani zaměstnanec ani člen právnické osoby ani člen jiného voleného orgánu právnické osoby.

Z požadavku obligatorního notářského zápisu existují dvě zákonné výjimky. Je-li společenství založeno prohlášením původního vlastníka při vzniku bytového spoluvlastnictví nebo dohodou všech stran smlouvy o výstavbě obsaženou ve smlouvě o výstavbě, pak povinnost notářského zápisu dána není.¹⁷

Požadavek na přijetí stanov ve formě notářského zápisu je věcně absurdní; lze jej hodnotit jako zákonodárcovo svévolné a především bezúčelné omezení obyčejných vlastníků jednotek, jenž nemá žádný rozumný důvod.¹⁸

¹⁵ Shodně BÍLEK, P., FIALA, R., JINDŘICH, M., WAWERKA, K. a kol. *Notářský řád a řízení o dědictví*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 27–28; a usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 14. 11. 2013 sp. zn. 7 Cmo 97/2013, *Obchodněprávní revue*, 2014, č. 5, s. 156 a násl.

¹⁶ Možnost dodatečného zhojení vady spočívající v absenci písemné formy plné moci, již zákon obecně připouští, je zde spíše iluzorní.

¹⁷ V § 1200 odst. 3 větě druhé obč. z. je sice upravena výslovná výjimka pouze pro založení společenství ujednáním ve smlouvě o výstavbě, z absence povinnosti notářského zápisu pro prohlášení vlastníka však plyne, že i v tomto případě je tato výjimka dána.

¹⁸ Ostatně ani v důvodové zprávě zákonodárce žádný důvod nepředkládá.

2.3 Náležitosti stanov

Náležitosti stanov lze pravidelně dělit do dvou okruhů, a to na náležitosti *obligatorní*, tzn. povinné, a na náležitosti *fakultativní*, tj. dobrovolné.

Obligatorní náležitosti lze označit za *podstatné* náležitosti (*essentialia negotii*), bez kterých stanovy vůbec nemohou vzniknout. Jednotlivé obligatorní náležitosti stanov jsou tyto (§ 123 odst. 1, § 1200 odst. 2 obč. z.):

1. název společenství,
2. sídlo společenství,
3. předmět činnosti společenství,
4. práva a povinnosti členů společenství, jakož i způsob jejich uplatňování,
5. určení orgánů společenství a jejich působnosti,
6. určení počtu členů volených orgánů společenství a jejich funkčního období,
7. určení způsobů svolávání, jednání a usnášení se orgánů společenství,
8. určení prvních členů statutárního orgánu společenství,
9. pravidla pro správu dělené nemovitosti a užívání jejich společných částí,
10. pravidla pro tvorbu rozpočtu společenství, a
11. pravidla pro příspěvky na správu dělené nemovitosti a úhradu cen služeb a pravidla pro způsob určení jejich výše placené jednotlivými vlastníky jednotek.

Značně problematický je zákonný požadavek určení prvních členů statutárního orgánu ve stanovách, a to hned ze dvou důvodů.

Pro primo, tento zákonný požadavek je sice obecně racionální, ovšem úprava sama je však částečně nedotažená, neboť tento údaj nelze ze stanov po vzniku společenství nikdy vypustit a předmětné údaje tak budou ve stanovách přetrvávat i poté, co dotčeným osobám zanikl výkon jejich funkcí, což je věcně absurdní a (pro členy společenství i třetí osoby) dosti matoucí. Zákon bohužel zcela postrádá ekvivalent institutu relativně obligatorních náležitostí společenské smlouvy společnosti s ručením omezeným, které lze za určitých podmínek ze společenské smlouvy společnosti s ručením omezeným vypustit.¹⁹

Pro secundo, tato úprava nevyvolává obtíže u společností s ručením omezeným, kde mezi přijetím společenské smlouvy a vznikem společnosti je pravidelně jen krátká časová mezera (zpravidla v řádu týdnů, max. měsíců). U společenství je ovšem situace jiná. Pokud mezi založením a vznikem společenství uplyne větší množství času (v krajních případech mohou uplynout celé roky), může se v důsledku jakékoliv skutečnosti změnit personální složení statutárního orgánu (např. v důsledku úmrtí

¹⁹ Zákonodárcova práce je velmi nekonzistentní. Zatímco u stanov vypuštění nadbytečných údajů po vzniku společenství možné není, u prohlášení vlastníka vypuštění nadbytečných údajů po vzniku společenství možné je (§ 1166 odst. 2 obč. z.).

některého jeho člena), což má za následek nutnost přijetí nových stanov, což je velmi nepraktické.²⁰

Fakultativními náležitostmi stanov jsou údaje dvojího druhu.

Prvým druhem jsou obvyklé, resp. pravidelné náležitosti (*naturalia negotii*) stanov, na které v souvislosti se stanovami zákon většinou pamatuje dispozitivním odkazem. Vždy přitom platí, že pokud stanovy neobsahují vlastní úpravu, použije se bez dalšího subsidiárně aplikovatelný zákonný režim. Obvyklé fakultativní náležitosti stanov jsou zejména tyto:

- a) procedurální postupy pro rozhodování kolektivních volených orgánů (§ 158 obč. z.),
- b) určení jiného orgánu společenství k schválení převzetí účinků právních jednání zakladatele nebo jiné osoby za předběžné společenství podle § 128 obč. z.,
- c) jiný způsob zastupování společenství jednotlivými členy výboru (§ 164 odst. 2 obč. z.),
- d) určení osoby, která má být jmenována hmotněprávním opatrovníkem společenství (§ 488 obč. z.).

Dalším druhem jsou *nahodilé náležitosti (accidentalia negotii)* stanov, na které ani zákon sám výslovně nepamatuje.

2.4 Změna stanov

2.4.1 Obecně

Stanovy lze změnit:

1. usnesením shromáždění,
2. jinou právní skutečností, a
3. zákonem.²¹

2.4.2 Změna stanov usnesením shromáždění

Stanovy lze změnit usnesením shromáždění o jejich změně [§ 1208 písm. a) obč. z.].

Zákon výslovně nestanoví, zda usnesení shromáždění o změně stanov musí být osvědčeno notářským zápisem o rozhodnutí orgánu právnícké osoby podle § 80a a násl. not. ř. či nikoliv. Obecně platí, že má-li mít zakladatelské právní jednání právnícké osoby formu notářského zápisu, pak i každé rozhodnutí orgánu právnícké osoby o jeho změně vyžaduje osvědčení notářským zápisem, zákon však tak pravidelně činí výslovně. Nicméně i zde platí, že vyžaduje-li zákon pro právní jednání formu notářského zápisu, lze obsah právního jednání změnit jen právním jednáním majícím taktéž formu notářského zápisu (§ 564 část věty před středníkem obč. z.).

²⁰ Situace se snadno může stát zcela neřešitelnou. Pokud by první stanovy obsaženy v prohlášení vlastníka, pak do vzniku společenství nesmí dojít k jejich změně (§ 1201 obč. z.). Na druhé straně však nelze podat návrh na prvozápis společenství, pokud je ve stanovách jako první člen statutárního orgánu uvedena osoba, která jím být nemůže. Situace je řešitelná jedině dohodou všech vlastníků jednotek o zrušení dosavadního bytového spoluvlastnictví zároveň s jeho novým založením a schválením nových stanov.

²¹ To se stalo s účinností k 1. 1. 2014 (§ 3041 odst. 2 část věty první před středníkem obč. z.).

Dále je sporné, zda se vyžaduje forma notářského zápisu pro osvědčení každé změny stanov přijaté shromážděním nebo jen v těch případech, kdy bylo společenství založeno schválením prvních stanov všemi vlastníky jednotek. Bylo-li totiž společenství založeno schválením stanov začleněných do prohlášení vlastníka nebo do smlouvy o výstavbě, nemusí mít ani prohlášení vlastníka ani smlouva o výstavbě formu notářského zápisu. Lze nicméně logicky soudit, že výjimka obsažená pro tyto dva způsoby založení společenství v § 1200 odst. 3 věta druhá obč. z. dopadá právě a jen na tyto dva způsoby založení, s tím, že extenzivní výklad této výjimky i pro každou další budoucí změnu stanov je nesmyslný a tudíž věcně nepřipustný.

Se zřetelem k tomu lze tuto otázku uzavřít tak, že bezvýjimečně každé usnesení shromáždění o jakémkoliv změně stanov musí být vždy osvědčeno notářským zápisem (§ 581 odst. 2 obč. z.).

2.4.3 Změna stanov v důsledku jiné právní skutečnosti

Druhým možným způsobem změny stanov je změna v důsledku jiné právní skutečnosti. Jde o takové změny, které (zpravidla) nejsou ovlivnitelné vůlí společenství, resp. jeho členů. Mezi tyto změny lze zařadit např. změny adresy sídla, jestliže orgán obce rozhodl o přejmenování ulice, v níž je umístěno sídlo společenství, nebo došlo ke sloučení obce, v níž je umístěno sídlo společenství, s jinou obcí.

2.4.4 Zvláštní zákaz změny stanov do vzniku společenství vlastníků jednotek

Jestliže bylo společenství založeno schválením stanov začleněných do prohlášení vlastníka nebo do smlouvy o výstavbě, jsou zakázány jakékoliv změny stanov provedené před vznikem společenství; změny stanov provedené v rozporu s tímto zákazem jsou nicotné (§ 1201 obč. z.).

Důvodová zpráva k návrhu občanského zákoníku odůvodňuje tuto normativní konstrukci takovým způsobem, že stanovy mohou být poté, co byly přijaty, také měněny jako jakýkoli jiný projev vůle, a to i před vznikem společenství, přičemž vzhledem k tomu, že při vydání prohlášení vlastníka sleduje původní vlastník vznik jednotky za účelem jejího převodu dalším vlastníkům, je důležité zajistit pro zájemce o nabytí vlastnického práva k jednotce transparentní podmínky, neboť zájemce se vzhledem k nim rozhoduje, zda jednotku do vlastnictví získá či nikoliv. Proto se navrhuje stanovit, že v takovém případě nelze stanovy před vznikem společenství měnit. Z obdobných důvodů se navrhuje stanovit totéž právní pravidlo i pro případ založení společenství smlouvou o výstavbě.²²

²² Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR, VI. volební období (2010–2013), parlamentní tisk č. 362/0, Důvodová zpráva, Zvláštní část, § 1201.

Odborná literatura toto řešení kvituje s nadšením, přičemž se meritorně přijímají výše cit. důvody.²³ Ve skutečnosti však zákon negarantuje vůbec nic.

Nic totiž nebrání původnímu vlastníkovvi, aby ihned po vzniku bytového spoluvlastnictví přistoupil ke vzniku společenství, přičemž po vzniku společenství si již může vahou svých hlasů prosadit libovolnou změnu stanov.

Obdobně tak jakkmile dojde ke vzniku společenství po jeho založení schválením stanov začleněných do smlouvy o výstavbě, nic nezabrání majoritnímu vlastníkovvi k prosazení libovolné změny stanov vahou jeho hlasů.

Ve vztahu ke smlouvě o výstavbě je dotčené ustanovení veskrze absurdní, protože brání smluvním stranám v její novaci v části upravující stanovy společenství. Nicméně ani zde není úprava ve skutečnosti efektivní, neboť nijak nebrání tomu, aby smluvní strany původní smlouvu o výstavbě dohodou zcela zrušily a vzápětí uzavřely novou smlouvu o výstavbě, což je sice právně odlišný postup oproti novaci smlouvy, meritorně to však vyjde nastejno. Úprava konečně není ani věcně potřebná, neboť stanovy jsou nedílnou součástí smlouvy o výstavbě a jako takové je lze (stejně jako jakoukoliv jinou část smlouvy o výstavbě) změnit jen konsensem všech smluvních stran; jelikož je (budoucí) vlastník jednotky smluvní stranou, může kdykoliv jakoukoliv navrhovanou změnu smlouvy vetovat.

Konečně § 1201 obč. z. nemůže zabránit takovým změnám stanov, na kterých se (budoucí) vlastníci jednotek budou chtít dohodnout ještě před vznikem společenství. Zjistí-li tedy původní vlastník, jenž je vlastníkem všech jednotek, po vzniku bytového spoluvlastnictví, avšak ještě před vznikem společenství, potřebu změny stanov, nic mu nebrání přistoupit ke zrušení dosavadního bytového spoluvlastnictví s okamžitým založením nového bytového spoluvlastnictví, přičemž nové prohlášení vlastníka bude obsahovat i revidované stanovy.

Obdobně tak jestliže např. v dělené nemovitosti je vedle původního vlastníka ještě jeden nebo více dalších vlastníků jednotek, nic jim nebrání přistoupit na základě vzájemné dohody ke zrušení dosavadního bytového spoluvlastnictví s okamžitým založením nového bytového spoluvlastnictví, přičemž nové prohlášení vlastníka bude obsahovat i revidované stanovy.

2.4.5 Účinnost změny stanov

Změna stanov je účinná okamžikem:

1. kdy shromáždění rozhodlo o změně stanov, pokud usnesení shromáždění samo nestanoví pozdější okamžik své účinnosti nebo pozdější okamžik účinnosti změny stanov,
2. kdy nastaly právní účinky jiné právní skutečnosti, jejímž důsledkem je změna stanov, nebo
3. který určil zákon.

²³ Například Z. Čáp in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J., VYCHOPEN, M., WINTEROVÁ, A., ČÁP, Z., THÖNDEL, A. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. III. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 593.

Nikdy nemůže mít změna stanov zpětnou účinnost (nemůže být retroaktivní).²⁴

2.5 Zrušení stanov

Stanovy nemohou být za trvání společenství zrušeny bez náhrady, neboť jejich trvání je zákonnou podmínkou existence společenství. Veškeré závazky ze stanov zanikají ke dni zániku společenství, a to *ex lege*. Toto nevyklučuje zrušení konkrétních ustanovení stanov; výjimkou jsou pouze ustanovení obligatorní, která mohou být bez náhrady zrušena pouze tehdy, pokud by v důsledku změny zákona přestaly být náležitostmi obligatorními. O zrušení jednotlivých ustanovení platí jinak totéž, co o změně stanov.

2.6 Vady stanov

Jestliže jsou stanovy (zcela nebo zčásti) v rozporu s kogentním ustanovením zákona, jsou – podle povahy této vady – (zcela nebo zčásti) nicotné nebo neplatné.

Této nicotnosti nebo neplatnosti stanov se lze dovolat jak v řízení podle § 1221 ve spojení s §§ 258–261 obč. z., tak i v obecném nalézacím řízení podle § 80 o. s. ř., s tím, že osoba, které svědčí aktivní legitimace podle § 258 obč. z., má přednostně postupovat podle § 258 obč. z.

Podmínkou postupu podle § 80 o. s. ř. je existence naléhavého právního zájmu žalobce na takovém určení; prokázání jeho existence přitom *in concreto* může být velmi obtížné. Tato určovací žaloba však již nemůže směřovat na vyslovení nicotnosti nebo neplatnosti usnesení shromáždění, kterým byly stanovy změněny, nýbrž jejím předmětem musí být přímo určení nicotnosti nebo neplatnosti (části) stanov.²⁵

Bez zřetele k tomu, zda bude tvrzená nicotnost nebo neplatnost (části) stanov posouzena v řízení podle § 1221 ve spojení s §§ 258–261 obč. z. nebo v řízení podle § 80 o. s. ř., bude výrok takového rozhodnutí závazný pouze pro účastníky řízení a všechny orgány veřejné moci.

3. Předběžné společenství vlastníků jednotek

Poté, co jsou přijaty stanovy, je ukončen proces zakládání společenství. Společenství jakožto subjekt práva však dosud neexistuje; společenství lze přiznat jen latentní existenci.

V praxi dochází k určitým potížím vzhledem k objektivní potřebě zahájit výkon činnosti ihned po založení právnické osoby ještě před jejím vznikem. Zákonodárce se proto snaží omezit tyto negativní dopady zvláštní

²⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. 6. 1996 sp. zn. 2 Odon 25/96, Soudní judikatura, 1997, č. 8, s. 189 (a republikovaný tamtéž, 1999, č. III, s. 8).

²⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 9. 5. 2000 sp. zn. 32 Cdo 2361/99, ASPI JUD65823CZ.

úpravou jednání zakladatelů za založenou, avšak dosud nevzniklou právní osobou.

V této souvislosti lze hovořit o tzv. *předběžné právní osobě*. Jde o takovou právní osobu, která byla založena, avšak dosud neexistuje jako subjekt práva; právní osoba se teprve konstituuje, a jelikož nemůže sama jednat jako subjekt práva, jednají za ni zakladatelé nebo jiné osoby v mezích a způsobem zákonem stanoveným.

Zákonnou regulaci jednatelského oprávnění za předběžnou právní osobu představuje § 127 obč. z.

Tato úprava vytváří výkladový problém, totiž jaký je její vztah k § 1202 obč. z. o správě dělené nemovitosti majoritním vlastníkem po založení dosud nevzniklého společenství. Logicky vzato lze však soudit, že § 127 obč. z. zde není dotčen, neboť obě úpravy dopadají na něco jiného. Zatímco § 127 obč. z. představuje zákonnou regulaci jednání za předběžnou právní osobu, pak § 1202 obč. z. pokrývá problematiku správy dělené nemovitosti. Pokud jakýkoliv správce jedná nikoliv ve věci správy, nýbrž za předběžné společenství, pak jedná podle § 127 obč. z. (nikoliv podle § 1202 obč. z.).

Základním principem je závaznost osob, které jednají za společenství před jeho vznikem. Pokud jedná pouze jediná osoba, pak je zavázána pouze ona. Pokud jedná dvě a více osob, pak jsou zavázány společně a nerozdílně. Ustanovení § 127 obč. z. přitom hovoří obecně o jakékoliv osobě jednající za předběžné společenství, tedy nejenom o zakladatelích, nýbrž i o jiných osobách.

Podmínkou vázanosti společenství těmito právními jednáními je souhlas statutárního orgánu společenství, pokud stanovy neurčí, že se vyžaduje souhlas jiného orgánu společenství (§ 163 obč. z.).

Převzetí účinků těchto právních jednání (včetně udělení souhlasu příslušným orgánem společenství s jejich převzetím) musí nastat v zákonné objektivní době 3 měsíců ode dne vzniku společenství a společenství musí dát druhé straně najevo, že k převzetí účinků došlo, a že je jimi společenství vázáno, a to bez zbytečného odkladu po jejich převzetí. Jak plyne ze zákonného principu dobrých mravů, je povinností společenství oznámit i případné nepřevzetí těchto účinků, aby druhá strana nebyla ve zbytečné nejistotě o tom, jak se věci mají.

Jednající osoba, resp. osoby musí pořídit seznam svých jednání a předložit je společenství ke schválení, a to v takovém časovém horizontu, aby mohla být dodržena zákonná tříměsíční lhůta. Tím není vyloučeno, aby konkrétní dobu zakladatelé (ne však již jiné jednající osoby) určily stanovy.

Jestliže společenství tyto účinky převezme, je jimi vázáno od samého počátku (*ex tunc*); jinak jsou vázány pouze osoby, které takto jednaly samy. Není přitom rozhodné, z jakých důvodů k převzetí účinků nedošlo; poukaz na objektivní nemožnost včasného převzetí účinků je bez významu. Po uplynutí zákonné lhůty společenství již účinky jednání převzít nemůže, to však nebrání tomu, aby došlo k postoupení pohledávky jednající osoby na společenství podle § 1879 a násl. obč. z., převzetí dluhu

jednající osoby společenstvím podle § 1888 a násl. obč. z. nebo k postoupení smlouvy jednající osoby na společenství podle § 1895 a násl. obč. z.

Osoby, které překročily zákonné zmocnění, odpovídají za újmu tímto vzniklou a jsou z těchto jednání samy zavázány; to platí jak pro zakladatele, tak i pro jiné jednající osoby.

Nejistá je odpověď na otázku, zda lze režim § 127 obč. z. vztáhnout i na jednání (zejména budoucích zakladatelů) za dosud nezaložené společenství a zda je tedy jednání za dosud nezaložené společenství vůbec platné. Dikce § 127 obč. z. nevyžaduje, aby společenství již bylo založeno; vzhledem k tomu lze soudit, že bylo-li právně jednáno za společenství před jeho založením, není jen z tohoto důvodu právní jednání neplatné.²⁶

4. Návrh na prvozápis společenství vlastníků jednotek do rejstříku společenství vlastníků jednotek

Podání návrhu na prvozápis dobrovolně založeného společenství do rejstříku společenství vlastníků jednotek (dále jen „rejstřík společenství“) není nijak časově limitováno. Návrh na prvozápis společenství do rejstříku společenství podávají všichni členové jeho statutárního orgánu (§ 40 zák. veř. rej.), kteří zde jednají ve smyslu § 19 část věty za středníkem o. s. ř., podle něhož má způsobilost být účastníkem řízení i ten, komu ji zákon výslovně přiznává.

Zvláštní pravidla ovšem platí pro podání návrhu na prvozápis povinně založeného společenství.

Pro primo, podání návrhu na prvozápis povinně založeného společenství je limitováno časově. Správce je povinen podat návrh na prvozápis společenství do rejstříku společenství nejpozději do 60 dnů od okamžiku, kdy ztratil většinový spoluvlastnický podíl na společných částech dělené nemovitosti. Pokud tak správce řádně a včas neučiní, může návrh na prvozápis společenství podat kterýkoliv člen povinně založeného, leč dosud nevzniklého společenství (§ 1203 obč. z.).

Výše uvedená zákonná norma však nijak nebrání tomu, aby byl návrh na prvozápis podán kdykoliv poté, co bylo založeno společenství, zákonná podmínka, že správce ztratil většinový spoluvlastnický podíl na společných částech dělené nemovitosti, však dosud nebyla splněna. Dřívějším podáním návrhu na prvozápis a vznikem společenství se tedy dosavadní správce může zprostit své zákonné povinnosti zajištění správy dělené nemovitosti, protože dnem vzniku se správcem dělené nemovitosti *ex lege* stává společenství.

²⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 21. 7. 2015 sp. zn. 26 Cdo 1478/2015, *Obchodněprávní revue*, 2015, č. 10–11, s. 319 a násl.

S úpravou jsou spojeny dva praktické problémy. Předně zákon stanoví, že podává-li návrh na prvozápis správce, pak tak činí jako statutární orgán společenství. To nutně vyvolává otázku, zda jde o úpravu speciální k § 40 zák. veř. rej. či nikoliv, logicky vzato však lze soudit, že nejde o předpisy vylučující, nýbrž komplementární; tedy návrh nebude podán a podepsán všemi členy prvního statutárního orgánu společenství, nýbrž správcem, jenž zde jedná jako statutární orgán na základě (dostí podivné) zákonné fikce.

A dále zákon stanoví, že pokud správce návrh na prvozápis řádně a včas nepodá, může návrh na prvozápis společenství podat kterýkoliv vlastník jednotky. To nutně vyvolává otázku, zda jde o úpravu speciální k § 40 zák. veř. rej. či nikoliv, logicky vzato však lze soudit, že o úpravu speciální jde a § 40 zák. veř. rej. se tudíž nepoužije. Vlastník jednotky zde bude jednat jako jiná osoba oprávněná podle § 1203 obč. z. podat návrh na prvozápis společenství do rejstříku společenství (§ 84 zák. veř. rej.).

Pro secundo, podání návrhu na prvozápis společenství založeného povinně podle § 1198 odst. 1 obč. z., ve kterém žádný zakladatel společenství nemá nadpoloviční spoluvlastnický podíl na společných částech dělené nemovitosti a není tudíž správcem podle § 1202 odst. 1 obč. z., není časově limitováno. Limitace je zde pouze věcná, a to v podobě nemožnosti převodů vlastnického práva k jednotkám podle § 1198 odst. 2 obč. z.

5. Den vzniku společenství vlastníků jednotek

Společenství vzniká dnem prvozápisu společenství do rejstříku společenství (§ 1204 odst. 1 obč. z.).

Zákon nestanoví, kdy nejdříve může společenství vzniknout, logicky vzato lze však dovodit, že ne dříve, než dojde k jeho založení. Nic nebrání vzniku společenství ještě před prvním převodem jednotky z původního vlastníka, tedy ještě v okamžiku, kdy původní vlastník je vlastníkem všech jednotek vymezených v dělené nemovitosti (v praxi se tak ostatně již postupuje).

6. Sankce při porušení povinnosti založení a vzniku společenství vlastníků jednotek

Může se stát, že společenství nebude v rozporu se zákonem povinně založeno nebo sice povinně založeno bude, avšak nedojde k jeho vzniku.

V takovém případě platí, že katastrální úřad povolí vklad vlastnického práva (§ 1198 odst. 2 obč. z.):²⁷

²⁷ K tomu viz čl. 5.5.3.4.2.1 Návodů č. ČÚZK-03030/2016-22, pro správu katastru nemovitostí, ze dne 10. 2. 2016 (dále jen „návod“).

1. k první převedené jednotce poté, co vznikla povinnost založit společenství bez dalšího, a
2. ke každé další převedené jednotce až poté, co bude prokázán vznik společenství.²⁸ Vznik společenství může být prokázán, resp. společenství může vzniknout i v průběhu vkladového řízení. To neplatí při nabytí jednotky do vlastnictví prvním vlastníkem. Konkrétně tedy platí následující.

Jestliže původní vlastník A převedl vlastnické právo ke dvěma jednotkám do vlastnictví osob B a C, jsou zde tři první vlastníci. Je proto možný další převod (třetí) jednotky do vlastnictví osoby D, nikoliv však již převod (čtvrté) jednotky z vlastnictví osob A, B, C, D do vlastnictví osoby E. Bude-li však např. osoba A převádět jednu nebo více jednotek do vlastnictví osob B, C (nikoliv do vlastnictví osoby D, protože ta není prvním vlastníkem) nebo naopak kterákoliv z osob B, C, D převádět jednotku do vlastnictví osoby A, pak jde o nabytí jednotky prvním vlastníkem, kde vznik společenství není povinný a k povolení vkladu dojde.

Sporné je, jaký je vztah § 1198 odst. 2 obč. z. k § 1203 obč. z. Katastrální úřady²⁹ i část doktríny³⁰ zaujaly stanovisko, že § 1203 obč. z. je zde *lex specialis*, tedy že správce je povinen podat návrh na prvozápis společenství do rejstříku společenství nejpozději do 60 dnů od okamžiku, kdy ztratil většinový spoluvlastnický podíl na společných částech dělené nemovitosti, a to zcela bez zřetele k omezení podle § 1198 odst. 2 obč. z., které se zde nepoužije; blokáce převodu jednotek nastává až marným uplynutím této šedesátidenní lhůty. Jelikož při výkladu opačném by vlastně § 1203 obč. z. ztrácel jakýkoliv smysl, je třeba s tímto výkladem souhlasit.

Třeba dodat, že celá tato úprava je reálně vzato naprosto nefunkční v těch případech, kdy první vlastníci jednotek nemají na dalších převodech jednotek zájem.

7. Místo závěru

Lze-li vůbec nějak stručně formulovat závěry obecné povahy z výše uvedeného rozboru, pak by mohly znít asi takto.

Zákonodárce přijal velmi a především věcně nedůvodně složitou právní úpravu, která je překombinovaná a prakticky nepřilíží šťastná. To platí tím spíše, že naprostá většina adresátů této normativní regulace jsou naprostí laici. Jediné, zač lze zákonodárce zcela pochválit, je, že bezesbýtku odstranil někdejší systém vzniku společenství

²⁸ K prokázání vzniku společenství je třeba doložit výpis z rejstříku společenství.

²⁹ K tomu viz čl. 5.5.3.4.2.3 návodu.

³⁰ Z. Čáp in ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J., VYCHOPEŇ, M., WINTEROVÁ, A., ČÁP, Z., THÖNDEL, A. a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. III. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 595; a M. Novotný in NOVOTNÝ, M., HORÁK, T., HOLEJŠOVSKÝ, J., OEHM, J. *Bytové spoluvlastnictví a bytová družstva. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 168–169.

ex lege tak, jak jej upravoval někdejší zákon o vlastnictví bytů.

Úpravu lze sice smysluplně a snad i logicky vyložit, to však v žádném ohledu nemůže být ani argument pro omluvu zákonodárce ani pro zdůvodnění, proč by tato úprava měla být v zákoně ponechána trvale. Doporučit novelizaci zákona v tomto směru nepochybně lze. A jaká by měla být tedy nová úprava? Řešení je velmi jednoduché; lze jej navrhnout ve dvou variantách.

Prvou variantou je úplné všeobecné uzákonění povinnosti založení a vzniku společenství ve všech dělených nemovitostech bez výjimky, a to tak, že nesmí dojít ke vzniku bytového spoluvlastnictví, dokud nedojde ke vzniku společenství.

Druhou variantou je určení, že nesmí dojít ke vzniku bytového spoluvlastnictví, dokud nedojde ke vzniku

společenství; výjimka by byla (tak jako doposud) ponechána pro ty dělené nemovitosti, kde je vymezeno méně než 5 jednotek; zde by bylo věcí původního vlastníka, resp. vlastníků jednotek, zda k založení a vzniku společenství dojde či nikoliv, popř. zda společenství již vzniklé bude zrušeno a zanikne či nikoliv.

V obou variantách platí, že by takovýto systém byl mnohem jednodušší a tudíž i nepoměrně „uživatelsky přívětivější“ než systém současný.

Leč se zřetelem k dosavadním zkušenostem se zákonodárcem se lze důvodně obávat, že bude překročeno k jednomu ze dvou možných extrémů, totiž že buď nedojde k novelizaci zákona vůbec nebo že naopak zbrklá novelizace dosavadní situaci ještě zhorší.

Kanonické právo a kultura

prof. JUDr. IGNÁC ANTONÍN HRDINA, DrSc., O. Praem
Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni

Abstract: Článek se zabývá vztahem kanonického práva a kultury – analogicky v oné tripartici, kterou ve své Teorii práva nastínil Viktor Knapp: jednak kanonickým právem jako součástí kontinentální právní kultury (právního stylu), dále kulturností (kultivovaností) kanonického práva a konečně (a zejména) přínosem kanonického práva k právní kultuře obecně a k některým recentním právním odvětvím zvláště. Kanonické právo, vyrůstající od počátku v prostředí práva římského, stalo se v průběhu právních dějin jeho nejvýznamnějším recepčním faktorem.

Abstract: This paper examines the relation of canon law and culture in three meanings analogous to the division outlined by Viktor Knapp in his Theory of Law. Thus, the paper deals with canon law as part of the continental legal culture (legal style), then with the culture of canon law and finally and in particular with the contribution of canon law to the legal culture in general and also to some specific recent legal areas of law. The canon law in the beginnings grew in the environment of Roman law and in the course of legal history it became the most important reception factor of Roman law.

Klíčová slova: kanonické právo, římské právo, právní kultura, recepce římského práva, kulturnost práva

Keywords: canon law, Roman law, legal culture, reception of Roman law, culture of law

Také na naší Právnické fakultě Západočeské univerzity v Plzni se přednáší kanonické právo (tj. právní řád katolické církve) jako povinně volitelný předmět, a to po dva semestry s týdenní dotací dvě hodiny. Během této doby se stihnou probrat dějiny kanonického práva (obzvláště historie jeho pramenů) a základy teorie kanonického práva (v prvním semestru) a přehled platného kanonického práva (v druhém semestru). Čas bohužel nezbyvá na traktování otázek právně filosofické povahy, jako je například otázka samotné justifikace kanonického práva, kanonickoprávní axiologie, otázka vztahu spravedlnosti a kanonického práva, problém vztahu kanonického práva a svobody křesťana v církvi, otázka právní jistoty poskytované kanonickým právem apod. V tomto článku bude ve vší možné stručnosti nastíněna problematika vztahu

kanonického práva a kultury, která nám rovněž umožní lépe pochopit, proč vůbec se na veřejnoprávní univerzitě v konfesionálně neutrálním státu kanonické právo přednáší.

Kulturou¹ v širším smyslu se obvykle rozumí specifická forma organizace společnosti a rozvoje lidské činnosti, zpředmětněná ve výsledcích lidských aktivit fyzických (*materiální* kultura) i duchovních (*duchovní* kultura); systém všech významů, činností a vzorců chování, které si člověk osvojuje až jako člen společnosti, kde se tato kultura pěstuje a předává. V užším smyslu se

¹ Z latinského *colere* = vzdělávat. Původně slovo *cultura* znamenalo pěstění, vzdělávání půdy, později rolnictví či hospodářství. Teprve metaforicky získalo význam vzdělávání, zušlechťování obecně.

kulturou míní obvykle soubor vybraných a tvůrčích lidských činností, jako je např. literatura, umění, divadlo, náboženství, vzdělávání a pochopitelně i právo jako součást duchovní kultury.²

Zvěčnělý akademik Viktor Knapp, který přednášel i na naší právnické fakultě, mluví ve své dosud nepřebrané *Teorii práva*³ o trojím vztahu práva a kultury ve významech sice příbuzných, nikoli však identických: jednak o právní kultuře jako stylu, jednak o kultuře práva, jednak konečně o právu coby součásti duchovní kultury. A není důvodu, abychom tuto jeho tripartici neaplikovali i na právo kanonické. Závěrem bude uvedeno pár řádek o výuce kanonického práva obecně a v České republice zvláště.

Právní kultura (právní styl)

Právní kulturou (též právním stylem) v užším technickém smyslu se v *právní geografii*, respektive v právní komparatistice (tj. srovnávací právní vědě) rozumí historicky se vyvinuvší systém práva zejména s ohledem na jeho prameny. V tomto smyslu se mluví o jednotlivých právních kulturách či *velkých právních systémech*: jde zejména o právní kulturu kontinentální (románsko-germánskou), pro niž profilujícím pramenem práva je zákon, dále angloamerickou (*common law system*), kde prevalentní pramen práva představuje soudní rozhodnutí (*judge made law*), a konečně islámskou právní kulturu,⁴ pomineme-li marginální právní systémy (například různá tzv. domorodá práva). Tyto velké právní systémy se dále člení do tzv. *právních okruhů* (tak například kontinentální systém se podle charakteru občanských kodexů běžně člení na okruh práva francouzského, rakouského, německého, švýcarského a skandinávského, angloamerický právní systém se člení na právní subkulturu ostrovní, severoamerickou apod.).

Kanonické právo se zrodilo z práva římského (tedy kontinentálního) a v jeho dominantním prostředí,⁵ a patří tak k právní kultuře kontinentální. S ohledem na pochopitelnou skutečnost, že jeho součástí není žádný občanský zákoník (kanonické právo nezná pojem občana), nelze je řadit do nějakého právního okruhu, jak výše uvedeno, ale představuje právní řád *sui generis* s personální působností svých norem, jak je tomu u práva náboženského žádoucím pravidlem. Hlavním pramenem kanonického práva je církevní zákon (*lex ecclesiastica*), zatímco individuální

právní akty ani těch nejvyšších soudních orgánů, včetně papeže, nenabývají obecné právní závaznosti, jak je tomu u precedentů v angloamerické právní kultuře (lze u nich mluvit maximálně o tzv. kvaziprecedenčním významu).

Kultura kanonického práva

Kulturou práva obecně se rozumí určitá jeho kulturnost či kultivovanost (civilizovanost, úroveň) – ať v oblasti jeho tvorby (kultura zákonodárství, legislativy) nebo jeho aplikace, včetně judikatury. Obecnými znaky této kultivovanosti jsou spravedlnost, zákonnost, právní jistota, respekt před obecně uznávanými principy apod. Podle Viktora Knappa⁶ sem patří i nepřipustnost zpětné účinnosti (retroaktivity) zákona, zásada přezkoumatelnosti prvoinstančního rozhodnutí, nezávislost soudců (i jejich vlastní úroveň a vzdělanost – tedy kultura), ale také výrazová stránka zákona i úředního (soudního či správního) rozhodnutí, jeho přesvědčivost a také včasnost vydání apod. O pochybeních v těchto oblastech se mluví jako o projevu nízké právní kultury či úrovně.

Sotva lze pochybovat o tom, že kanonické právo, staré téměř dva tisíce let, je jedním z nejpropracovanějších právních systémů vůbec s vysokým stupněm kultury práva. Tak držíme-li se obvyklých kritérií pro světské „kulturní“ právo, můžeme na adresu kanonického práva konstatovat:

- Jedním z čelných principů fungování kanonického práva je *aequitas canonica* – tedy spravedlnost v rozhodování *secundum aequum et bonum* („podle zásady dobra a spravedlnosti“). Tato kanonická umírněnost postuluje, aby se při aplikaci kanonického práva bral maximální ohled na jeho adresáty. Výrazně se uplatňuje zejména v kanonickém právu trestním, přirozeně ale nejenom v něm.
- V církvi a jejím právu existuje řada reálně fungujících záruk zákonnosti, jako jsou prostředky nápravy vadných normativních i individuálních právních aktů (v tom i správní soudnictví), precizní stanovení důvodů neplatnosti vadných právních úkonů, kontrola nad dodržováním zákonnosti (nejčastěji cestou tzv. kontrolních návštěv čili vizitací), rozhodování sporů a právní donucení (z povahy kanonického práva se jedná zejména o nepřímé donucení).
- Pro adresáty kanonického práva je v široké míře postaráno o jejich právní jistotu, která zahrnuje zejména vymahatelnost kanonického práva, ochranu subjektivních práv věcíích, včetně tzv. „nabytých práv“ (*jura quaesita*), předvídatelnost aplikace kanonického práva, jeho snadná seznatelnost (v tom i obecná dostupnost kanonickoprávních předpisů a jasnost a srozumitelnost norem kanonického práva), aplikace právních sankcí a právo na spravedlivý proces.

² Názory na pojem a obsah kultury se různí. Tak například německá filosofie rozlišuje mezi kulturou a civilizací, zatímco jinde se tyto pojmy obvykle chápou jako synonyma. Fenomémem kultury se zabývá sociologie, kulturní antropologie a zejména tzv. kulturologie.

³ Praha: C. H. Beck, 1966, s. 27n.

⁴ Právě na tomto posledně uvedeném případě je zřejmé, že právní kultura a kultura práva jsou dvě různé věci.

⁵ Třebaže od počátku vykazovalo některé rysy náboženského práva židovského a později i práva germánského.

⁶ Op. supra cit., s. 28.

- Právní moc (třebaže omezená),⁷ která kanonickým soudním rozhodnutím propůjčuje relativní⁸ nezměnitelnost a brání tomu, aby věc takto rozhodnutá byla znovu projednána (zakládá překážku věci pravomocně rozsouzené – *rei judicatae*). Naproti tomu *správní* rozhodnutí církevní výkonné moci nikdy právní moci nenabývají, což má svou logiku. Zatímco totiž v oblasti světského práva orgány veřejné správy ve správním řízení rozhodují na základě zákona o právech a povinnostech nepodřízených subjektů (občanů a právnických osob), v kanonickém právu naprostá většina individuálních správních aktů směřuje vůči subjektům administrativně podřízeným původci onoho správního aktu aplikace práva (tak například kněží, vůči nimž směřuje správní akt jejich biskupa, jsou tomuto biskupovi administrativně podřízeni). Proto také tyto správní akty jsou jejich původcem kdykoli změnitelné či zrušitelné; a proto se u nich také nemluví o právní moci (*res judicata*), nýbrž pouze o účinnosti (*vis*).
- Byla to právě církev, která ve svém právním řádu jako vůbec první kodifikovala právní principy pro aplikaci práva, či (přesněji řečeno): učinila je součástí své kodifikace z roku 1298, a sice Knihy dekretálů Bonifáce VIII. (*Liber Sextus*), za jejíž text umístila 88 tzv. „pravidel práva“ (*regulae juris*), která sestavil boloňský profesor římského práva Dinus Mugellanus.⁹
- Církev vždy zásadně uplatňovala římskoprávní princip *Lex retro non agit* („zákon nemá zpětnou působnost“),¹⁰ zapovídající retroaktivitu zákona, s čímž

souvisí i respektování tohoto principu v oblasti práva trestního (*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) dříve, než jej v druhé polovině 18. století postuloval italský markýz Cesare Beccaria¹¹ a než jej počátkem 19. století výslovně formuloval německý právník Paul Johann Anselm von Feuerbach.¹²

- Každé kanonickoprávní rozhodnutí, soudní i správní, je přezkoumatelné kompetentním dikasteriem (nejde-li o rozhodnutí papeže nebo o rozsudek Nejvyššího soudu Apoštolské signatury, což by byl zcela výjimečný případ).
- Zákon stanoví, že soudci působící u církevních soudů všech stupňů „mají mít bezvadnou pověst a být doktory nebo alespoň licenciáty kanonického práva“;¹³ při soudním rozhodování jsou vázáni jedině zákonem a pro podjatost mohou být z rozhodování vyloučeni.
- Pro vydání soudního i správního rozhodnutí jsou (s výjimkou soudů Apoštolského stolce) stanoveny nedlouhé pořádkové lhůty (jeden rok v prvoinstančním řízení, půl roku v odvolacím stupni).
- Konečně znakem kultury práva je i jeho potřebná stabilita. Ta představuje zbožné přání (*pium desiderium*) zvláště u nás, kde ne jeden právní předpis je novelizován, ještě než nabyde účinnosti, anebo se alespoň o nutnosti jeho novelizace už v době jeho legisvakance uvažuje.

To, co platí o kultuře všeobecného kanonického práva, nemusí všude a ve všem platit o úrovni práva partikulárního¹⁴ – vždyť právo je součástí širšího civilizačního celku a není důvodu se domnívat, že bez odpovídajících důvodů z něj bude příliš vybočovat.

Kanonické právo jako součást duchovní kultury

Všeobecně se má za to, že evropská kultura (civilizace) spočívá na třech základních historických pilířích: na židovsko-křesťanském monoteismu, na řecké klasické filosofii a na římském právu. Už z toho vyplývá, že právo obecně je nezpochybnitelnou součástí duchovní kultury lidského společenství na úrovni státu, národa či národů, církve apod. Je jazykovým vyjádřením normativního systému, charakteristického možností použití veřejné sankce.

O přínosu kanonického práva pro evropské kulturní dědictví lze mluvit jednak na *obecně civilizační* rovině, jednak zvláště jako o příspěvku do kultury *práva*. Církve,

⁷ V kanonickém právu totiž nikdy nenabývají právní moci tzv. „statusová“ rozhodnutí, tj. deklaratorní rozsudky autoritativně konstatující osobní stav (status) křesťana (např. zda byl platně oddán či nikoli, zda platně přijal svátost svěcení či nikoli apod.). Jde o vyjádření přednosti, kterou církev v těchto případech dává zásadě materiální pravdy před principem právní jistoty věřících.

⁸ Relativní proto, poněvadž i kanonické procesní právo zná tzv. mimořádné opravné prostředky – typicky uvedení do právně původního stavu (*restitutio in integrum*), jímž může být napadeno také (a pouze) pravomocné rozhodnutí. Avšak v kanonickém právu je to možné jen v těchto skutečně mimořádných případech (např. vyjde-li později najevo nový důkaz, který v době projednávání věci nemohl být znám), což můžeme ocenit zvláště u nás, kde fakticky funguje čtyřinstanční řízení v důsledku bezbřehého připouštění dovolání nejvyšším soudem a ústavních stížností ústavním soudem, kdy doložka právní moci na rozsudku odvolacího soudu představuje bezcenný otisk razítka. Právní jistota procesních stran, že po právní moci rozsudku nebude rozhodnuto jinak, se tak nebezpečně blíží nule. Smutně proslulá „kauza Opočno“ by v kanonickém soudním řízení nebyla možná.

⁹ Jejich latinský originál spolu s českým překladem lze nalézt in: HRDINA, I. A. *Prameny ke studiu kanonického práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o, 2007, s. 63–69. Obdobně na konci Knihy dekretálů papeže Řehoře IX. (tzv. *Liber Extra*) z roku 1234 je už více než půl století předtím připojeno 11 takovýchto pravidel práva.

¹⁰ Tato svým původem římskoprávní floskule se vyskytuje i v různých obměnách, např. *lex prospicit, non respicit* („zákon hledí

dopředu, nikoli dozadu“); *lex de futuro, iudex de praeterito* („zákon rozhoduje o budoucím, soudce o minulém“) apod.

¹¹ *Dei delitti e delle pene* (1764).

¹² *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts* (1801).

¹³ Kán. 1421 § 3. Soudní vikář (předseda církevního soudu) a jeho náměstci musejí navíc být kněžími ve stáří alespoň třiceti let.

¹⁴ Jistě to platí snad ve většině evropských místních církví; avšak zejména v zemích tzv. „třetího světa“ je patrné, že – z pochopitelných důvodů – kanonické právo prostě nepředstavuje prioritu.

přejímajíc adaptované právo římské s použitím kanonické umírněnosti, se v průběhu právních dějin snažila (a to mimo jiné prostřednictvím kanonického práva) kultivovat hrubé a surové mravy tehdejší společnosti. Konkrétně lze uvést (spíše namátkou než ve vyčerpávajícím výčtu) toto:

- Na žádné ze středověkých evropských univerzit církev nezaložila výuku práva na místním obyčejovém právu (vesměs chaotickém, nesystematickém, barbarickém), nýbrž na právu římském a zejména kanonickém, které je založeno na židovské morálce Desatera a křesťanské morálce Horského kázání.
- Kanonické právo nikdy neznalo tělesné (tím méně mrzačící) tresty, které byly ve světském právu dlouho samozřejmostí;¹⁵ nejpřísnějším kanonickým trestem bylo zvláště pro duchovní či řeholníky církevní vězení (církevní *carcer*);¹⁶ to přirozeně nevylučuje možnost lokálních excesů.
- Kanonické procesní právo (stejně jako procesní právo římské) neznalo žádné iracionální důkazní prostředky v podobě tzv. božích soudů (ordálů) a církev usilovala o zákaz ordálů i v oblasti světského práva (srov. např. v Čechách známé úsilí prvního pražského arcibiskupa Arnošta z Pardubic); pokud bývali kněží přece jen ordálům přítomni, bylo tomu tak jen proto, aby v rámci možnosti zmírnili jejich surovost.
- Svým zákonodárstvím církev vytvořila základy mnoha pozdějších právních odvětví a její hmotně i procesněprávní úprava se stala vzorem pro legislativu řady moderních států. Zde můžeme mluvit o právu manželském (monogamní manželství a tzv. tridentská či kanonická forma jeho uzavírání); o právu finančním, které vzniklo z jinak nechvalně proslulé fiskální právní praxe avignonské kurie; o právu mezinárodním, jehož počátky sahají ještě před Hugona Grotia do doby scholastiky (španělský dominikán Francesco de Vittoria); o právu procesním, které vstoupilo do právních dějin pod proslulým spojením „římsko-kanonický proces“.
- Kanonické právo zdokonalilo římský kogniční proces zejména vytvořením univerzálního žalobního důvodu, kdy již žalobce nemusel mít k dispozici konkrétní typizovanou žalobu (srov. základní otázku při posuzování oprávněnosti římské žaloby přetorem: *qualis actio?*).
- Církevní soudy byly ve středověku vyhledávány i v ryzě světských záležitostech, protože jejich soudci (zásadně duchovní) byli vzdělanými lidmi a jejich rozhodování nebylo zatíženo podjatostí a korupcí, jak

se to často dovídáme o soudcích u světských soudů. „Římská říše na Západě byla již dávno minulostí, když tam církev se svou soudní mocí vytvořila právní pořádek, nahrazující a překonávající právo světské.“¹⁷

- Církev v návaznosti na římské právo veřejně vytvořila dokonalý systém úřadů (*officia ecclesiastica*) na všech hierarchických úrovních, které pokrývaly celý rozsah její činnosti. „Úřednické právo antiky přežilo v církvi staletí středověku, takže mohlo v novověku posloužit modernímu jako vzor.“¹⁸
- Úřadování papežského dvora (*curia*), který se po přenesení císařského sídla z Říma na Bospor cítil být (mimo jiné v důsledku falsifikované Konstantinovy donace) nástupcem dvora císařského, vykazovalo vysokou formální úroveň a stalo se vzorem pro úřední provoz na ostatních panovnických dvorech.

Zejména je však třeba zdůraznit to, co bývá často opomíjeno, že to totiž byla především církev, která zprostředkovávala Evropě římské právo a stala se jeho zdaleka nejvýznamnějším recipientem. Tak jako křesťanská církev je v oblasti náboženství považována za mladší sestru židovské synagogy, obdobně by se dalo říci, že kanonické právo je v oblasti práva mladším bratrem práva římského.¹⁹ „Římské právo *hmotné* (na rozdíl od onoho procesního) vlastně nikdy mrtvým nebylo – nezanklo spolu se zánikem (Západo)římské říše. Odhlédneme-li od toho, že v modifikované podobě zůstalo právním řádem východního (byzantského) císařství, platilo nadále i v Západní Evropě díky principu personality práva; konečně i tzv. římské barbarské zákoníky (*leges Romanae barbarorum*) jsou toho psaným svědectvím. Ale byla to právě církev, která toto právo nesla dějinami pozdního starověku a raného novověku tímto »barbarským« prostředím až do doby, kdy se stalo předmětem zájmu středověké a později i novověké právní vědy – tzv. recepčních škol: od glosátorů přes komentátory (postglosátory), *mos gallicus*, elegantní jurisprudenci, *usus modernus pandectarum*, Savignyho historicko-právní školu až po moderní pandektistiku 19. století. Do té doby, tedy v předklasické periodě ve vývoji kanonického práva, byla církev bezpochyby i zde nejvýznamnějším nositelem římskoprávní vzdělanosti i praxe: prostě »žila římským právem« – *Ecclesia vivit lege Romana*; právní dějiny měly prokázat hlubokou pravdivost tohoto postřehu.“²⁰ Už první část

¹⁵ Tak například v podunajské monarchii známý „výpraskový patent trestu“ (*Prügelpatent*), umožňující uložení alternativního tělesného trestu delikventům namísto vězení, byl přijat ještě po polovině 19. století (roku 1854).

¹⁶ Pokud byly v některých dobách v některých zemích ukládány tvrdé tresty (i trest smrti) například za kacířství, šlo vždy o státní, nikoli o církevní legislativu, která tyto tresty stanovila – v Rakouském soustátí typicky za císaře Karla VI. (otce Marie Terezie), s nímž se kvůli tomu dostal do sporu pražský arcibiskup hrabě František Ferdinand Khuenburg.

¹⁷ HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 125.

¹⁸ Týž, op. supra cit., s. 127.

¹⁹ Ke vztahu práva římského a kanonického v právních dějinách viz např. GAUTHIER, A. *Roman Law and Its Contribution to the development of Canon Law*. Ottawa: 1996; DEBIŃSKI, A. *Kościół i prawo rzymskie*. Lublin: 2007.

²⁰ HRDINA, I. A. *Ecclesia vivit lege Romana*. in: Mach, P., Pekarik, M., Vladár V. (eds) *Constans et perpetua voluntas. Pocta Petrovi Blahovi k 75. narozeninám*. Trnava: Trnavská univerzita – Právnická fakulta, 2014, s. 225n. Dnes již okřídlená floskule, že totiž „církev žije římským právem“, byla původně součástí jedné právní normy z *Lex Ribuarica* z první poloviny 7. století, kde byla

nejvýznamnější středověké právní (nejen kanonickoprávní) památky Korpus kanonického práva (*Corpus juris canonici*), a sice Graciánův Dekret (před rokem 1140), na první pohled prozrazuje přímou recepci římského práva do práva kanonického. A krátce poté, v druhé polovině 12. století, otevřela církev římskému právu dveře dokořán, a to nejen fakticky, jak tomu bylo do té doby, nýbrž samým papežským zákonem. Jde o dekretál *Intelliximus*, jímž papež Lucius III. formálně přiznal římskému právu roli podpůrného pramene kanonického práva (*partes suppletoriae*) – proto bývá tato norma označována jako ustanovení o recepci římského práva církví. A postavení podpůrného pramene práva mělo římské právo až do roku 1918, kdy nabyl účinnosti nový zákoník Benedikta XV. *Codex juris canonici* (Kodex kanonického práva).

Ale církev nejenom že právo římské recipovala – ona je i zdokonalovala duchem evangelia. A jestliže to platilo o právu římském, platilo to tím spíše o právu na území barských germánských kmenů. Hans Hattenhauer spatřuje v této „christianizaci evropského práva“ jeden z faktorů, který měl rozhodující vliv na „zrození Západu“ – tedy na vznik nové, západní středověké kultury: „Tím, že [církev] převzala strukturu a úkoly zaniklé antiky, posílila své právní základy a probudila se k novému životu. Začal středověk.“²¹

Sotva lze po tom všem, co bylo řečeno, pochybovat o pravdivosti toho, co už v roce 1935 napsal profesor Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze Josef Tureček: „Zásluhou církve došlo k zázraku, k recepci římského práva, dávno mrtvého. Přijetí římskokanonického procesu v teritoriích nebylo zázrakem, protože kanonické právo bylo a je vysoce životním právním řádem. Recepce mrtvého římského práva byla zázrakem, v němž – jak je patrné z klasických prací Ottových – byla církev recepčním faktorem nejvědecktějším, nejvitalnějším, nejmočnějším a nejúčinnějším. Je určitou újmou pro vědu, že na tuto okolnost někdy romanisté zholo zapomínají v obdivuhodném respektu k římské kultuře.“²²

Výuka kanonického práva

Do dějin práva vstoupilo kanonické právo spolu s právem římským, a to (nepochybně po zásluze) pod označením „učená práva“ (*jura docta*), která skutečně vzdělaný

řečena jen jaksi mimochodem v souvislosti s právní úpravou manumise otroků *in ecclesia*: „Hoc etiam jubemus, ut qualiscumque Francus Ribuaris (...) servum pro animae suae remedium seu pro pretium secundum legem Romanam liberare voluerit, ut eum in ecclesia coram presbiteris, diaconibus, seu cuncto clero et plebe, in manum episcopi servum cum tabulis tradat, et episcopus archidiacono jubeat, ut ei tabulas secundum legem Romanam, qua ecclesia vivit, conscribere faciat...“ (Monumenta Germaniae Historica 50, 3, 2).

²¹ Op. supra cit., s. 132.

²² TUREČEK, J. *Několik myšlenek o významu církevního práva. (K pokusu o škrtnutí vědního oboru církevního práva na právnických fakultách)*. Praha: vlastním nákladem, 1935, s. 12n.

právník musel znát – byl přece „doktorem obojího práva“ (*juris utriusque doctor* – ve zkratce J. U. D. či podobně) – totiž práva civilního (římského) i církevního,²³ samozřejmě pokud úspěšně absolvoval úplný běh (*cursus*) výuky práva. Mohl však získat titul i jen v civilním právu nebo jen v kanonickém právu, popřípadě i nižší než doktorské akademické grady: licenciát (*licentiatus*), mistr (*magister*) nebo bakalář (*baccalaureatus*), které však jejich nositele obvykle neopravňovaly k samostatné výuce na akademii.

Od vzniku prvních evropských univerzit ve 12. století bývalo pravidlem, že kanonickému právu se spolu s právem římským vyučovalo na právnických fakultách. Teprve zhruba od dob osvícenství a zvláště tam, kam pronikly ideje francouzské revoluce, byla výuka kanonického práva „vytlačována“ do oblasti výuky teologie, zatímco samy teologické fakulty bývaly exkorporovány ze svazku veřejných (světských) univerzit. Jinde (jako tomu bylo i u nás) však teologické fakulty (s výjimkou období komunismu) ve svazcích veřejnoprávních univerzit tradičně zůstaly.

Ale i ze strany církve se od prosazení tridentské legislativy přesouvalo těžiště výuky kanonického práva z univerzit do kněžských tzv. „větších“ seminářů (*seminarium majus*), v nichž se alumni připravovali na výkon svého budoucího povolání duchovního. To mělo na jedné straně za následek rozšíření povinného pensa znalostí z kanonického práva prakticky na všechny kleriky, na druhé straně to však vedlo k zákonitému snížení úrovně přednášené právní vědy, která byla od té doby vlastně rezervována právě univerzitám; a jen těmto univerzitám bylo a je vyhrazeno udílet akademické tituly. Také některé řeholní společnosti měly svá řádová studia (obdobně jako diecéze své kněžské semináře), včetně studia kanonického práva.

Dnes se vyučují na „světských“ právnických fakultách z kanonického práva obvykle jen jeho dějiny, a to zejména dějiny jeho pramenů, popřípadě i jeho jednotlivých institucí. V oblasti církevního školství se kanonické právo přednáší především na církevních univerzitách či samostatných fakultách kanonického práva zřízených Apoštolským stolcem (tak především v Římě), popřípadě na právnických fakultách katolických univerzit zřízených příslušnou biskupskou konferencí. Základy kanonického práva se vyučují povinně také na všech teologických fakultách i v kněžských seminářích, kde se poskytuje i doktrinní formace (a obdobně v řádových učilištích).

V České republice vypadá výuka kanonického práva následovně:²⁴

²³ Dnes už zkratka JUDr. označuje pouze titul „doktora práv“ (*juris doctor*). Tato zkratka ovšem není vzhledem k tomu, co má vyjadřovat, zcela přesná – správně by měla znít „JurDr.“

²⁴ K vývoji této problematiky viz NOHEL, P. *Výuka církevního práva na teologických a právnických fakultách v Českých zemích od roku 1918* (dosud nepublikovaná disertační práce, obhájená

Na všech čtyřech právnických fakultách (v Praze, v Plzni, v Brně a v Olomouci) se – ať už formou samostatné disciplíny nebo v rámci výuky obecných právních dějin²⁵ – konají přednášky především z historie kanonického práva. Někde mají posluchači možnost seznámit se (v různém rozsahu) i s platným kanonickým právem (tak i u nás na Fakultě právnické Západočeské univerzity v Plzni).

Těžiště výuky kanonického práva (samozřejmě především platného – pro účely praxe) spočívá z povahy věci na teologických fakultách – v Praze, v Olomouci i v Českých Budějovicích. Je tomu tak už proto, že jak pražský, tak i olomoucký kněžský seminář poskytují pouze duchovní, nikoli však doktrinní formaci, a že při Teologické fakultě Jihočeské univerzity takový seminář vůbec nebyl zřízen. Situace je modifikována i tím, že tyto fakulty jsou součástí veřejnoprávních univerzit, ale Katolická teologická fakulta Univerzity Karlovy v Praze a Cyriometodějská teologická fakulta Univerzity Palackého

na Katolické teologické fakultě Univerzity Karlovy v roce 2016).

²⁵ Ale například na Právnické fakultě Trnavské univerzity existuje samostatná Katedra římského a církevního práva.

v Olomouci mají navíc status církevní fakulty; to s sebou přináší nutnost sladění kanonických školských předpisů s českým vysokoškolským zákonem. V rámci magisterského studia jsou tam posluchači v úplnosti seznámeni alespoň se základy platného kanonického práva, zejména s jeho základním pramenem – Kodexem kanonického práva (promulgován v roce 1983). Odhlédneme-li od volby tématu diplomové práce, je specializace v kanonickém právu (jak je tomu obvyklé i na „světských“ právnických fakultách s jediným oborem „právo“ v magisterském studijním programu) vyhrazena doktorskému studiu.

Žádná církevní univerzita či fakulta ani katolická univerzita v České republice zřízena není a (na rozdíl od Slovenské republiky)²⁶ v dohledné době zřejmě ani zřízena nebude. Také žádné řádové studium na úrovni vysokoškolského zařízení u nás neexistuje.

²⁶ Tam od svého založení Konferencí biskupů Slovenska v roce 2000 úspěšně funguje Katolická univerzita v Ružomberoku. V současné době má čtyři fakulty: filosofickou, pedagogickou, teologickou a fakultu zdravotnictví.

Prolínání kategorií základních (ústavních) práv a zásad soukromého práva

prof. JUDr. JAN HURDÍK, CSc., Právnická fakulta Masarykovy Univerzity, Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni

Abstrakt: Příspěvek je zaměřen na důsledky situace vzniklé procesem probíhající jak na úrovni Evropské unie, tak na úrovni jednotlivých národních států – členů EU, obecně označovaným jako konstitucionalizace soukromého práva, resp. jako horizontální působení základních práv, vyplývajících z mezinárodních, evropských a národních ústavních předpisů o lidských právech, ve specifických podmínkách České republiky.

Český zákonodárce uvedl odkazy a dokonce zčásti převzal do textu občanského kodexu základní, resp. lidská práva, čímž obnažil dosud do jisté míry latentní otázku vzájemného vymezení a vzájemného vztahu základních ústavních práv a principů soukromého práva. Posouzení tohoto vztahu a jeho dopadů je jádrem příspěvku. V závěru autor podává návrh na řešení systémové diskrepance působení lidských práv v podmínkách soukromého práva.

Abstract: This paper is focused on the implications of the process which takes place both at the EU level and at the national level of EU Member States, which is generally called as constitutionalization of private law, respectively as horizontal impact of fundamental rights, resulting from the international, European and national constitutional laws on human rights, in the specific conditions of the Czech Republic. The Czech legislator made some references to and even partly incorporated in the new Civil Code the fundamental human rights. This exposed the previously latent question of mutual delimitation and mutual relation of fundamental constitutional rights and of the private law principles. It is the core of this paper to assess this mutual relation and its impacts. In the conclusion, the author submits his own proposal how to address the systematic discrepancy of effects of human rights in the conditions of private law.

Klíčová slova: základní práva, lidská práva, konstitucionalizace soukromého práva, vliv základních práv na soukromé právo, zásady soukromého práva, hodnoty soukromého práva, totální konstitucionalizace práva

Keywords: fundamental rights, human rights, constitutionalization of private law, impact of fundamental rights on private law, private law principles, private law values, total constitutionalization of law

1. Otazníky nad konceptem a systémovým uplatněním základních práv v soukromém právu

Horizontalizace základních/lidských práv, resp. konstitucionalizace soukromého práva je proces, který je přijímán v evropském právním prostředí značně rozdílně.

Na jedné straně je vstup základních/lidských práv do prostoru dříve vyhrazeného soukromému právu a jeho institucionální ochraně, kterou poskytují obecné soudy, vnímán jako proces, který má svůj přirozený průběh, svou logiku, své zřetelné dimenze i vazby na systém, v němž se uplatňují, a především své cíle. Pokud jsou některé atributy tohoto procesu podrobovány kritice či pochybnostem, pak se podle této části názorů jedná o aspekty spíše marginální, nezpochybňující základní dimenze tohoto procesu a jeho neúprosnou logiku prosazení¹.

Na druhé straně skupina významných autorů vyslovuje zásadní pochybnosti o tomto procesu, a to v širokém rozsahu, počínajícím vlastní podstatou a povahou základních práv až po konkrétní souvislosti uplatnění základních práv v soukromém právu. Elementární překážkou preciznosti výzkumu v této oblasti je již jeho terminologická stránka: pojmy jako „principy“, „hodnoty“, „lidská práva“, „ústavní práva“ či „základní práva“ jsou užívány zejména v odborné literatuře a komentářích, ale i v judikatuře, *promiscue*, často bez snahy precizovat jejich obsah a rozsah.² Významná kontradikce je spatřována již v povaze základních práv a ve zdrojích, z nichž vyplývají. Jako otázka k řešení je tu předkládáno, zda jsou základní práva výrazem svobody³, či zda jejich existence je podmíněna jejich formulací či dokonce publikací⁴. Rovněž v otázce dosahu horizontalizace základních práv nebylo dosaženo shody a existence různých modelů, sahajících od přímého účinku přes silný nepřímý účinek až po slabý nepřímý účinek jsou realitou, kterou je třeba brát při studiu této oblasti na vědomí. Rozdílný je rovněž obsah či rozsah pojmu základních práv, u nichž není jednoty o začlenění sociálních práv (Micklitz), solidarity (Sefton-Green) do jejich souboru.⁵

V současnosti se spíše zdá, že převahu mají zastánci prvního trendu, podporujícího průběh a předpokládané cíle horizontalizace základních práv, resp. konstitucionalizace soukromého práva. Tento proces je dotován z více zdrojů, v nichž významnou roli hraje tradičně Evropský soudní dvůr/Soudní dvůr EU, představující institucionální a funkcionální nástroj tvorby a europeizace společných

evropských principů; současně však je ECJ svou jednotnou strukturou a kompetencemi orientován ve své činnosti na potírání rozlišování soukromého a veřejného prvku v jeho rozhodovací činnosti. Zatímco právo EU je primárně zaměřeno do oblasti práva veřejného, ECJ pracuje ve své praktické činnosti jak s prameny soukromého práva, tak s ústavními principy.⁶ Tento zdroj byl legislativně doplněn a obsahově výrazně rozšířen po přijetí Lisabonské smlouvy, tj. od roku 2009. Lisabonská smlouva etablovala právní status Nicejské Charty základních práv Evropské unie (Charter of Fundamental Rights of European Union) a učinila ji závaznou pro instituce EU a pro členské státy, které implementovaly unijní právo. Na druhé straně ovšem je třeba zmínit ustanovení Smlouvy o Evropské unii, jako Čl. 6(1) či Deklarace připojená ke smlouvě, vylučující přímou závaznost ustanovení Charty.⁷ Závaznost evropských principů se uplatňuje standardně cestou aplikace sekundárního práva, tj. směrnic EU, národními soudy, resp. výkladem obsahu směrnic v intencích základních práv obsažených v Chartě.

V působení obou zdrojů (ECJ/CJ EU a Charty) se ukazuje synergický efekt, když ECJ užívá Charty jako jednoho ze zdrojů při vymezení obecných právních principů.⁸ Současný horizontální efekt základních práv a principů EU se podle H. Collinse uplatňuje korektně cestou vložení povinnosti na národní soud, v případě relevance základního práva nebo základního principu na danou kauzu provést výklad národního práva způsobem nejkonformnějším s právem EU.⁹

Dalším zdrojem prosazování evropských standardů, hodnot a na nich založených principů, včetně základních práv, na nichž je budován hodnotový a právní systém EU, sice byť nezávazným, avšak podle prvních signálů fakticky velmi vlivným, jsou evropské projekty soukromého práva, směřující k unifikaci jednotlivých oblastí soukromého práva členských států s perspektivou budoucího jednotného Evropského občanského zákoníku¹⁰. Vzhledem k jejich mimořádnému významu pro národní právní řády, včetně jejich konstitucionalizace, bude nejvýznamnějším z nich – Návrhu společného referenčního rámce (DCFR) – věnována samostatná pozornost (viz dále).

2. Uplatnění základních práv v evropských projektech soukromého práva

Proces konstitucionalizace základních práv je, jak je uvedeno výše, živěn z více zdrojů, kterými jsou texty

¹ Srov. MICKLITZ, H. W. (ed.) *The many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Cheltenham, UK – Northampton, USA: Edward Elgar, 2011, zejm. s. 3–60.

² Srov. ALPA, G. *Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law*. Munich: sellier.european.law.publishers GmbH, 2013, s. 40–41.

³ Srov. ALPA, G. Tamtéž, s. 3.

⁴ Srov. CASSESE, A. *I diritti umani oggi*. Roma – Bari, 2009, s. 91n.

⁵ Srov. ALPA, G. Tamtéž, s. 46–48.

⁶ Cf. COLLINS, H. The constitutionalization of European Private Law. In Micklitz, H. W. (ed.) *The many concepts of Social Justice in European Private Law*. Cheltenham: UK – Northampton, USA: Edward Elgar, 2011, s. 156.

⁷ Srov. též výhrady Velké Británie a Polska k protokolu ke Smlouvě.

⁸ Cf. COLLINS, H. Tamtéž, s. 154.

⁹ Cf. COLLINS, H. Tamtéž, s. 156.

¹⁰ PECL, DCFR, PETL aj.

mezinárodních aktů o lidských právech¹¹ a činnost evropských soudních institucí. Novou dimenzi nabyt průběh konstitucionalizace soukromého práva v diskusích při přípravě a zpracování a ve výsledcích práce Study Group for a European Civil Code.¹² Návrh společného referenčního rámce se stal cvičným prostorem, v němž se střetly na (quasi)legislativní úrovni pravidla a hodnoty „klasického“ soukromého práva, limitované na oblast práva smluvního, s ústavními základními právy a vyžádal si pozornost z hlediska jejich vzájemné koherentnosti či spíše kompatibility. Návrh současně poskytl praktickou ukázkou obtíž, s nimiž se setkává proces konstitucionalizace soukromého práva v realitě. Na obecné úrovni lze jistě obecně souhlasit s pojetím konstitucionalizace soukromého práva¹³ jako předpokladu reflektování základních ústavních principů a základních práv ve všech odvětvích práva, včetně práva soukromého¹⁴. Už méně však lze souhlasit s pojetím, které primát soukromého práva nad právem veřejným, resp. základními právy, zakládá na pojetí soukromého práva jako na detailní artikulaci ústavních práv.¹⁵ Tento přístup má genetický i metodologický deficit. Základní práva se promítají do soukromého práva *ex post*, se zpožděním; to vytváří značně komplikované možnosti pro skutečně systémová a koherentní řešení této symbiózy. Příkladem je první vlna „socializace“ soukromého práva, která proběhla v evropských právních řádech ve druhé polovině 19. století a na přelomu 19. a 20. století a zanechala na podobě právních řádů následky koncepčně a systematicky srovnatelné s prosazením přetorského nalézání práva s jeho klíčovým nástrojem v podobě ekvity v římském právu klasického období.¹⁶

Návrh společného referenčního rámce, ačkoli je výslovně, dokonce primárně v názvu, označován jako soubor principů, provádí výčet základních principů nebo hodnot ve svém úvodu (Introduction), nikoli ve vlastním textu. V úvodu však neuvádí ani nezmiňuje základní-ústavní práva, nýbrž čtveřici hodnot, typických pro soukromé právo a jeho hodnoty a formulačně v podobě odpovídající metodologii soukromého práva (v anglickém znění *freedom, security, justice and efficiency*). Současně zdůvodňuje nezařazení mezi tyto principy/hodnoty

solidaritě a sociální odpovědnost tím, že práce s nimi (tedy metodika) náleží nikoli soukromému, nýbrž veřejnému právu.¹⁷ Zvláštní význam má přístup tvůrců DCFR k systematickému zařazení lidských práv mezi hodnoty, na nichž spočívá DCFR. Lidská práva nejsou řazena mezi tyto principy a hodnoty, protože nepatří mezi podřízené principy, nýbrž mezi nadřazené principy.¹⁸

V textu Draftu nejsou základní práva výslovně vyjmenována, nýbrž je na ně metodicky odkázáno v čl. I.-1:102.

S ohledem na výše uvedenou specifikaci funkcionálního postavení hodnot a základních práv vůči modelovým pravidlům obsaženým v Draftu je uvedený článek namísto interpretovat diferencovaně: Podle výkladového pravidla v odst. (1) je třeba interpretovat a rozvíjet samostatně a v souladu s jejich účelem a jim odpovídajícími principy. V navazujícím odst. (2) se ukládá číst modelová pravidla návrhu ve světle použitelných nástrojů zaručujících lidská práva a základní svobody a použitelných ústavních práv. Zdánlivý rozpor obou odstavců uvedeného ustanovení lze odstranit, pokud budeme:

- (a) vycházet z autonomie modelových pravidel,
- (b) která je prolomena druhou částí textu prvního odstavce, tedy souladem s cíli modelových pravidel a s jim příslušejícími principy (tedy s principy vlastními soukromému právu) a současně (viz výše) a současně
- (c) číst modelová pravidla návrhu ve světle použitelných nástrojů zaručujících lidská práva a základní svobody a použitelných ústavních práv.

Tvůrci DCFR tedy vyšli z respektování odlišnosti zásad soukromého práva a základních ústavních práv, odlišují jejich soukromoprávní a veřejnoprávní povahu a podrobují je odlišné metodě aplikace a interpretace. Co však tvůrci DCFR nevzali v potaz, je odlišnost pojmu základní subjektivní práva, která jsou svou povahou primárně veřejnoprávní, a pojmu svoboda, která je základem a východiskem především soukromoprávní regulace. Obě kategorie se přitom liší nejen vnějšími znaky, nýbrž svým obsahem a vazbou na soukromé právo, která je u svobody bezprostřední a primární, což neplatí u většiny základních subjektivních práv. Z tohoto dílčího závěru tento příspěvek vychází v dalších úvahách o možnostech řešení překážek prostupnosti obou kategorií.

Z přehledu názorů uvedených výše provádí H. Collins dílčí shrnutí závěrů o systematickém a funkcionálním kontextu: (a) Při důsledném respektování tradičního odlišování soukromého a veřejného práva jsou zdroje pocházející z obou základních odvětví práva obtížně systematicky vzájemně propojitelné a soukromé právo není dostatečně připraveno přijímat do svého systému základní ústavní práva a principy. (b) Naopak, akceptace koncepce jediné struktury pramenů práva vede k zahrnutí základních ústavních práv a principů do jediného vnitřně

¹¹ Viz Nice Charter of Fundamental Rights of the European Union. Actually (2007) OJ C 303/.

¹² BAR, CH., von, CLIVE, E. (eds.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition, Tome I–V. Oxford: Oxford University Press, 2009.

¹³ Srov. CHEREDNITCHENKO, O. O. The Constitutionalization of Contract Law: Something new under the Sun? *Electronic Journal of Comparative Law*, 8.1.

¹⁴ Cf. COLLINS, H. Tamtéž, s. 136.

¹⁵ Srov. BARAK, A. Constitutional Human Rights and Private Law. In FRIEDMANN, D., BARAK-EREZ, D. (eds) *Human Rights in Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001, s. 13.

¹⁶ Naopak myšlenku podřízení soukromého práva základním právům formuluje CHEREDNITCHENKO, O. O. In *Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?* *Utrecht Law Review*, 3 (2), s. 1–25.

¹⁷ BAR, CH., von, CLIVE, E. (eds.) Tamtéž, s. 16.

¹⁸ COLLINS, H. Tamtéž, s. 138.

jednotného systému práva, zahrnujícího jak veřejné, tak soukromé právo.¹⁹

Uvedené přístupy mají značný význam pro průchodnost procesu konstitucionalizace:

Zdá se, že mezi právníky se ukazují preference pro poněkud zjednodušený a méně sofistikovaný přístup založený na jednotné struktuře pramenů práva a překonávání hranic mezi soukromým a veřejným právem²⁰.

Podle našeho názoru však hranice mezi soukromým a veřejným právem nelze překonat pouhou silou vůle, bez hlubší argumentace. Důslednější a širší argumentace umožňuje nalézt cesty dalšího prosazení základních (ústavních) práv do soukromého práva při respektování základní struktury právního řádu. Při standardním, resp. tradičním respektování odlišností předmětu a metodiky soukromoprávní a veřejnoprávní regulace a odlišení zásad soukromého práva od základních ústavních práv a principů vidíme, že základní zásady soukromého práva působí v intencích metodiky soukromoprávní regulace, vyjádřené algoritmem základních hodnot svoboda – rovnost – vyváženost (ekvita, spravedlnost).²¹ Naproti tomu základní ústavní práva si v sobě uchovávají svůj geneticky veřejnoprávní charakter. Tato odlišnost je však méně axiologická a více metodologicko-funkcionální. To vytváří prostor pro sblížení obou skupin, neboť jejich společný hodnotový základ umožňuje soustředit pozornost na metodologické přístupy (viz návrhy řešení v bodech IV.–V. tohoto příspěvku).

3. Legislativní přístup českého zákonodárce

Český zákonodárce – využiv příležitosti probíhající komplexní rekonstrukce soukromého práva v České republice – promítl do vlastního textu nového občanského zákoníku jeho vazbu na ústavní zdroje, čímž je implicitně a nepřímo inkorporoval do textu občanského zákoníku²². Tím otevřel kapitolu svébytně koncipovaných otázek řešení kontaktu a možného vzájemného prolínání dosud vlastních hodnot, na nichž je budováno soukromé právo, s působením základních/lidských práv, pocházejících z ústavních zdrojů.

¹⁹ Uvedené shrnutí srov. COLLINS, H. Tamtéž, s. 140–141.

²⁰ Tento přístup má svou podporu ve vyslovených názorech německého Spolkového soudu: „... constitutional rights. embody an objective order of values, which applies to all areas of the law...“ (BVerfGE 39, 1(41); citováno dle Mattiase Kumma, který rovněž užil pro tento proces výrazu „total constitution“, který označuje za „genetic basis for the whole legal system“ (KUMM, M. Who is afraid of the total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*, 2006, 7 (4), 341–70, a 334.

²¹ K tomu bližší HURDÍK, J., LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*. Brno: MU 2010, s. 20–81.

²² Zák. č. 89/2012 Sb., v účinnosti od 1. 1. 2014.

Český zákonodárce se pokusil v textu nového občanského zákoníku respektovat – ovšem legislativně technicky nikoli identicky s textem DCFR – odlišnosti ústavních-veřejnoprávních a „sukromoprávních“ zdrojů.

Konkrétní podobu a současně specifika českého přístupu ke konstitucionalizaci soukromého práva lze shrnutě vyjádřit následovně:

- (a) Český zákonodárce především ve svém úvodním ustanovení § 1 al. (1) zakotvil – z hlediska současných přístupů značně rozpornou větu: „Uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného“. Tímto ustanovením, svým účelem zakotveným v první polovině 19. století, oživil složitou diskusi mezi českými právníky, která bude pod jeho vlivem obtížně překonávat hranice soukromého a veřejného práva a nejen to, která by mohla být překážkou prosazování vlivu ústavních principů v odvětví soukromého práva.
- (b) V jednom z úvodních ustanovení kodexu je vyjádřen požadavek ústavně konformní interpretace ustanovení kodexu²³. Základní (ústavní) práva nejsou výslovně v textu zmíněna, jsou však považována za součást ústavního pořádku ČR, včetně smluv o lidských právech, kterými je ČR vázána.
- (c) Jedním dechem je ve stejném ustanovení²⁴ zařazen požadavek interpretace ustanovení soukromého práva „se zásadami, na nich spočívá tento zákon, jakož i s trvalým zřetelem k hodnotám, které se tím chrání“. Kodex tedy uplatnil – na rozdíl od DCFR – stejný metodický postup při interpretaci základních (ústavních) práv a zásad imanentních soukromému právu, čímž založil systematicky a metodicky rozporné nakládání s veřejnoprávními a soukromoprávními zdroji.
- (d) V navazujícím ustanovení § 3 již kodex zakotvuje jako pramen soukromého práva, soubor „zásad, na nichž spočívá“ (obč. zák. – J. H.); provádí tak dílem výslovně, demonstrativním výčtem, dílem prohlášením, že „(S)oukromé právo vyvěrá také z dalších obecně uznaných zásad spravedlnosti a práva“.
- (e) Jinou roli přiznává obč. zák. základním (ústavním) právům a zásadám soukromého práva při aplikaci práva: Kodex požaduje výslovně, v případě, že právní případ nelze rozhodnout ani za použití výslovného pravidla ani na základě analogie legis, posoudit jej „podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon“²⁵.

Český zákonodárce v novém občanském zákoníku nevyužil příležitosti a nevypořádal se s výzvami, které v oblasti uplatnění základních (ústavních) práv v soukromém právu formulovala jak akademická diskuse, probíhající paralelně s přípravou kodexu, tak její výstupy, vyjádřené

²³ § 2 odst. 1: „Každé ustanovení soukromého práva lze vykládat jenom ve shodě s Listinou základních práv a svobod a s ústavním pořádkem vůbec...“

²⁴ § 2 odst. 1.

²⁵ § 10 odst. 1, 2.

„legislativně“ mj. v DCFR. Tím dále aktualizoval v podmínkách České republiky požadavek hledat – legislativní, ale zejména interpretační – řešení problémů spojených s další konstitucionalizací soukromého práva a současně svým legislativním řešením ztížil možnosti schůdného řešení dosáhnout.

4. Možné přístupy k řešení v širších, zejména procesně genetických souvislostech

Situace, vzniklá „setkáním“ základních (lidských, ústavních) práv v procesu konstitucionalizace soukromého práva s principy imanentními soukromému právu, tedy s východisky, která vytvářejí hodnotové fungování soukromého práva, ukazuje na odlišná východiska, na nichž jsou budovány hodnoty soukromého práva a základní (lidská, ústavní) práva. Zatímco na jedné straně je základem soukromého práva v období modernity preprávní svoboda jednotlivce a cílem regulace je jednak tuto preprávní hodnotu chránit a jednak ji limitovat v zájmu další hodnoty soukromého práva, kterým je rovnost subjektů a dosažení rovnováhy zúčastněných zájmů osob, na druhé straně jsou základní práva budována na aktivním přiznání osobě subjektivního práva, původně směřujícího vůči veřejné moci.

Tato odlišná východiska ukazují paradigmatickou a funkcionální/systémovou inkompatibilitu souboru základních práv s paradigmatem soukromého práva. Na tento do jisté míry latentní rozpor poukazyval již Léon Duguit a v české starší odborné literatuře Jaromír Sedláček, kteří zpochybnili pozici subjektivního práva v systému soukromoprávní regulace jako základní modalitu práva a zdůraznili význam subjektivní povinnosti²⁶. Naproti tomu základní práva svou povahou mohou v soukromoprávních vztazích pouze buď podporovat základní, primární a současně preprávní hodnotu, kterou právo samo netvoří, nýbrž ji chrání, resp. limituje v zájmu jiných osob či v zájmu společném, tedy lidskou svobodu, nebo podporovat rovnost účastníků, případně jejich vyváženou pozici subjektů navzájem. Jejich působení v horizontálních – soukromoprávních vztazích je tedy: (a) dílčí – kusé, neboť z algoritmu nalézání rovnováhy účastníků v systému regulovaném soukromým právem jsou zaměřeny pouze na dílčí aspekt základní soukromoprávní hodnoty jako celku, a tím méně na komplexní působení algoritmu základních hodnot soukromého práva (svoboda-rovnost-spravedlnost); (b) nekonzistentní s metodologií soukromoprávní regulace ve společnosti modernity; (c) institucionálně inkohorentní, neboť jejich klíčovým institutem je subjektivní právo jako do jisté míry cizí prvek v základní institucionální výstavbě soukromého

práva; (d) systémově disfunkční, neboť přispívá k zpochybňování hranic mezi soukromým a veřejným právem.

Tento stav má svou logiku, spočívající v jeho historickém vzniku:

Soubory základních práv (typicky Bill of Rights, Deklarace práv člověka a občana aj.) vznikaly poprvé v lůně feudálního systému, založeného na právním statusu jednotlivce tvořeného aktivně, příznáním či jiným získáním privilegií konkrétními osobami v konkrétním rozsahu. Následný koncept modernity zčásti ponechal původní koncept subjektivních práv, v zásadní míře a paradigmaticky byl nahrazen trojicí hodnot imanentních moderní společnosti: svoboda-rovnost-bratrství. Nová axiologická východiska tedy nebyla doprovázena odpovídající změnou institucionální.

Dilema historické determinovanosti základních práv tedy nebylo etablováním společnosti založené na svobodě, rovnosti a solidaritě důsledně řešeno a bylo přeneseno do systému modernity jako paradigmatické řešení. Ve změněných podmínkách je však lze považovat nejvýše za komplementární, podpůrný systém.

Příkladem rozporu, který bylo nutno řešit při přechodu k nové buržoazní společnosti, je učení Johna Locka, jehož koncept vlastnictví, formulovaný v Druhém pojednání o vládě (1690), se stal biblí buržoazní společnosti. J. Locke vycházel ze dvou klíčových hodnot, za které považoval (a) člověka samotného a dále (b) dílo jeho rukou. Z tohoto základu bylo vyvozeno dilema, spočívající ve dvojím pojetí člověka a majetku ve vazbě na koncepční základ zanikající a nové společnosti: (a) na jedné straně jako dvojice zcela elementárních **základních práv** (tj. člověka sama na sebe a na dílo svých rukou, tedy svůj majetek; (b) na druhé straně jako základní podoba svobody člověka (svoboda osobní a svoboda majetková). Dopady tohoto dichotomického pojetí osoby a majetku člověka jsou přítomny do současné doby v základních koncepčních východiscích (soukromoprávní regulace.

5. Shrnutí

Konstitucionalizace soukromého práva je spojena s řadou průvodních jevů, z nichž některé jsou parametrické, některé však paradigmatické povahy. K posledně uvedeným patří, že proces vstupu základních práv do soukromého práva je jedním z faktorů stírání rozdílů mezi soukromým a veřejným právem²⁷. To ovšem znamená rovněž překonání metodologie soukromoprávní a veřejnoprávní regulace, která tvoří základ diference obou základních odvětví práva, a tím ovlivněné podoby hodnot vystupujících v podobě základních práv a hodnot náležejících tradičně soukromému právu. Jeden ze směrů konstitucionalizace

²⁶ L. Duguit šel ještě dále, když navrhl nahradit subjektivní právo pojmem tzv. sociální funkce. Viz DUGUIT, L. *Traité de droit constitutionnel*. 1927, s. 376

²⁷ Cf. COLLINS, H. *The Constitutionalization of European Private Law*. In Micklitz, H.-W. (ed.) *The many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Cheltenham: UK – Northampton, USA: Edward Elgar, 2011, s. 163–164.

soukromého práva jde tedy cestou odstraňování bariér mezi soukromým a veřejným právem; druhý směr (který zastává i autor tohoto příspěvku) je v tomto ohledu výrazně rezervovanější a hledá prosazení cest konstitucionalizace soukromého práva alternativními řešeními. Při respektování tendence zachovat dichotomii soukromého a veřejného práva, odlišné podoby hodnot, na nichž jsou budovány a jejich odlišné metodologie, by bylo namísto uvažovat o tom, zda hodnoty, jejichž nositelem jsou základní/ústavní práva, svým vstupem do soukromoprávních vztahů v jejich horizontální podobě (tj. mezi nositeli preprávní svobodné pozice a dalších soukromoprávních hodnot) nemění svou právní povahu v souladu se soukromoprávní metodologií a soukromoprávním vyjádřením hodnot.

Posledně uvedené řešení má svou systémovou hodnotu: na jedné straně umožňuje realizovat proces konstitucionalizace soukromého práva v jeho podobách imanentních realitě a funkcionalitě soukromého práva a systémovému zařazení hodnot, principů, metodologie a institucionálních nástrojů soukromého práva, na druhé straně zachovává základní strukturu práva a strukturální i funkcionální koherentnost jeho základních odvětví. V tomto smyslu se může jednat o možné řešení problému integrity a soudržnosti doktrinálního systému práva, na který upozornil H. Collins.²⁸

²⁸ Cf. COLLINS, H. Tamtéž, s. 136.

Výkladové paralely v pracovní-právních vztazích mezi EU a zeměmi Dálného východu

*Prof. JUDr. PhDr. MICHAL TOMÁŠEK, DrSc.**

Právnická fakulta Univerzity Karlovy

Abstrakt: Obcházení právních pojmů ve snaze vymanit se z aplikačního pole právních norem je velkým problémem zejména tam, kde je třeba dbát zvýšené ochrany slabší strany právního vztahu. V právu spotřebitelském nebo pracovním, kde se silnější strana snaží vydávat za subjekt, jehož se povinnost chránit slabší stranu netýká. Evropská unie, jakož i Japonsko, Čína, Tchaj-wan nebo Jižní Korea vyvinuly rozsáhlou judikaturu k ochraně práv a oprávněných zájmů zaměstnanců proti takovým nekalým praktikám.

Abstract: Evasion of established legal terms and notions in order to escape from implementation field of legal norms seems to be a big problem. In particular in connection with protecting weaker side of legal relationship, like in consumer protection or labor relations. EU as well as Japan, China, Taiwan or South Korea, have developed a broad case-law in labor relations in order to guarantee legitimate rights and interest of employees against such practices.

Klíčová slova: Právo EU, čínské právo, japonské právo, jihokorejské právo, tchajwanské právo, pracovní právo

Key words: EU law, Chinese law, Japanese law, South Korean law, Taiwanese law, labor law

Obcházení právních pojmů ve snaze vymanit se z aplikačního pole právních norem je velkým problémem zejména tam, kde je třeba dbát zvýšené ochrany slabší strany právního vztahu. V právu spotřebitelském nebo pracovním, kde se silnější strana snaží vydávat za subjekt, jehož se povinnost chránit slabší stranu netýká.

1. Evropská východiska

V květnu 2017 vzbudilo pozornost stanovisko generálního advokáta Soudního dvora EU Macieje Szpunara

v právní věci Uber.¹ Mimo jiné se tu uvádí, že řidiči jezdící pro platformu Uber, nevykonávají vlastní činnost, která

* Proděkan a vedoucí katedry evropského práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy, místopředseda Rady česko-čínského centra Univerzity Karlovy. Tento článek vznikl v rámci výzkumného programu Progres Q02 „Publicizace práva v evropském a mezinárodním srovnání“ a jako výstup profilového oboru výzkumu na Univerzitě Karlově „Právní systémy Dálného východu a evropské právo“.

¹ Stanovisko generálního advokáta z 11. května 2017 ve věci C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain, SL.

by mohla existovat nezávisle na této platformě. Naopak, tato činnost může existovat pouze prostřednictvím platformy, bez níž by neměla žádný smysl. Generální advokát rovněž podotýká, že Uber kontroluje ekonomicky důležité faktory služby městské přepravy nabízené v rámci této platformy. Uber totiž i) stanovuje řidičům podmínky přístupu k činnosti i jejího provozování; ii) vyplácí finanční odměnu řidičům, kteří uskuteční velký počet přeprav, a informuje je o místech a časech, ve spojení s nimiž mohou počítat s velkou poptávkou nebo výhodnými cenami (což umožňuje společnosti Uber přizpůsobit nabídku proměnlivosti poptávky, aniž musí řidiče formálně omezovat); iii) kontroluje, i když nepřímo, kvalitu práce řidičů, což může vést i k vyloučení řidičů z platformy, a iv) ve skutečnosti určuje cenu služby. V tomto ohledu bude nezbytně řešena otázka, zda takoví řidiči jsou, či nejsou pracovníky ve smyslu unijního práva, anebo za jakých okolností mohou mít status osob samostatně výdělečně činných.

Ačkoliv se zdá být ustálená unijní judikatura v tomto ohledu jasná a zřetelná, zkušenosti z jiných zemí ukazují, že pojem pracovníka lze vcelku úspěšně obcházet. Evropské kontinentální pojetí pracovní smlouvy ovlivnilo i Čínu, Japonsko nebo Koreu, kde se v moderním výkladu pracovního práva objevuje řada jevů ne nepodobných těm, které v EU spojujeme s fenoménem „uberizace“. Evropské občanské zákoníky převzaly původní římsko-právní pojetí „nájmu práce“, vymezeného pojmy *locatio conductio operis* (smlouva o dílo) a *locatio conductio operarum* (smlouva pracovní) ve francouzském Code civil jako *louage d'ouvrage* (nájem práce) nebo v německorakouském systému jako *Dienstvertrag* (smlouva služební).² Ve druhém jmenovaném smyslu se pojem pracovní smlouvy dostal nejprve do Japonska dle občanského zákoníku z roku 1899 a později dle občanského zákoníku z roku 1929 i do Číny. Nebyl ovšem nijak zvlášť naplněn. Současně ovšem se v evropských zemích s rozvojem pracovních vztahů stávala jejich občanskoprávní úprava obsoletní a byly přijímány četné speciální pracovněprávní normy. Vyvinul se tak obor pracovního práva, který začaly vydělovat i země Dálného východu. Ty marxistické pod vlivem sovětského práva, které se necítilo být oddané svým kontinentálními kořenům. Ostatní, které se také necítily spoutány kontinentálními transplantáty, zavedly speciální právní úpravu zákonů o pracovních standardech: Japonsko (1947), Jižní Korea (1953) a Tchaj-wan (1984). Spíše jako normu, odrážející vertikální uchopení pracovněprávních vztahů. Právní úpravou nejnovější generace, odrážející horizontální uspořádání pracovněprávních vztahů, jsou zákony o pracovních smlouvách, které v roce 2007 přijaly Japonsko a ČLR.

2. Výklad pojmů

V Japonsku jsou pojmy a instituty psaného pracovního práva poněkud vágní, takže jejich konkrétní výklad ležel na judikatuře. Judikatura se opírá především o možnost každého Japonce domáhat se svých ústavně zaručených práv před soudem, což tam po roce 1947 zavedli Američané. Už samotné vymezení pojmu pracovník tak neřeší zákon, nýbrž judikatura. Podle rozhodnutí Nejvyššího soudu z roku 1962 jsou pojmovými znaky pracovníka jednání dle pokynů jiné osoby a úplata za tuto závislou činnost. Ke vzniku pracovněprávního vztahu není podle Nejvyššího soudu potřeba žádné písemné ujednání. Obdobná logika uvažování jako v evropském unijním právu, kde za pracovníka Soudní dvůr považuje každou osobu, která po určitou dobu vykonává skutečnou a efektivní činnost podle pokynů druhého, za kterou dostává odměnu.³

Právní názor japonského Nejvyššího soudu dále rozvinuly soudy nižších stupňů tak, že za pracovníka se považuje i ten, kdo pracuje na snížený úvazek. Rozhodnutí soudu v Naganu z roku 1996 konstatovalo, že vyplácet pracovníkům ve sníženém pracovním úvazku nižší mzdu není v rozporu se zákonem, i kdyby byl počet odpracovaných hodin pracovníka v plném úvazku a ve sníženém úvazku stejný, například s přihlédnutím k přesčasové práci.⁴ Také Soudní dvůr EU vícekrát konstatoval, že o tom, zda je osoba pracovníkem, rozhoduje povaha práce.⁵ Aby byla osoba považována za pracovníka, musí vykonávat činnost s hospodářskou hodnotou, která je skutečná a efektivní a nezahrnuje činnosti tak malého rozsahu, že je lze považovat za čistě okrajové a vedlejší.⁶ Pojem pracovníka může zahrnovat činnosti na částečný úvazek, případně i dobu pracovní pohotovosti (C-357/89 Raulin),⁷ vše za předpokladu, že vykonávaná činnost je skutečná a efektivní. Zda je práce skutečná a efektivní ponechává v konkrétních případech Soudní dvůr na zvážení soudy vnitrostátními. Při takovém posuzování je třeba vždy celkově zvážit podmínky pracovního poměru dotčené osoby a, vyjma doby a výše odměny, vzít v úvahu též například *nárok na placenou dovolenou, zachování mzdy v případě nemoci, podřízení pracovní smlouvy kolektivní smlouvě, jakož i možnost prodloužení smluvního vztahu s tímto zaměstnavatelem*.⁸

Naproti tomu zákon o pracovních smlouvách ČLR upravuje pojem pracovníka poměrně přesně jako výkon závislé činnosti za úplatu. Oproti předchozí právní

² KNAPP, V. *Velké právní systémy – úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: 1996.

³ Rozsudek ze dne 3. července 1986, Lawrie-Blum, 66/85, Recueil, s. 2121.

⁴ ODA, H. *The Japanese Law*. Oxford: 2009.

⁵ TOMÁŠEK, M., TÝČ, V. a kol. *Právo Evropské unie*. 2. vyd. Praha: Leges, 2017.

⁶ Rozsudek ze dne 23. března 1982, Levin, 53/81, Recueil, s. 1035.

⁷ Rozsudek ze dne 26. února 1992, Raulin, C357/89, Recueil, s. II027.

⁸ TOMÁŠEK, M., TÝČ, V. a kol. *Právo Evropské unie*. 2. vyd. Praha: Leges 2017.

úpravě dává pracovníkům záruky, že jim mzda musí být vyplacena. Přesně ukládá vyplácet mzdu alespoň jednou měsíčně, ovšem výklad této formulace je zaměstnavateli zneužíván jako výplata do jednoho měsíce po výplatním termínu. Zaměstnanec se může domáhat zaplacení mzdy přímo u soudu, podle výkladové judikatury Nejvyššího lidového soudu dokonce může v takových případech vynechat jinak povinné smírčí řízení. Zákon dále potírá v Číně rozšířenou praxi, že zaměstnavatel požaduje od zaměstnance složení zástavy nebo dlužní úpis, kterým mu znemožňuje ukončit pracovní poměr, případně ho jinak omezuje. Kromě výslovného zákazu takových praktik používá judikatura lidových soudů americký precedens případu *Amos v. Commissioner for Main Roads* z roku 1983. Tam se konstatuje, že sice pracovní smlouvy mohou obsahovat ustanovení o složení jistoty zaměstnavateli pro případ předčasného ukončení pracovního poměru, ale taková ustanovení jsou právně nevynutitelná. Kromě toho jistota musí odpovídat předvídatelné ztrátě zaměstnavatele při předčasném odchodu zaměstnance hlavně co do její výše, která nemůže být určena nahodile.

ČLR, která stejně jako jiné socialistické státy deklarovala, že je státem pracujícího lidu, na rozdíl od těchto jiných socialistických států práva pracujících nijak nechránila. Po roce 1949 se vydala cestou administrativního řízení pracovněprávních vztahů, vynucované pracovní povinnosti, včetně systému nuceného rozmístování pracovníků. Až v souvislosti s implementací zákona o společném podniku z roku 1979 musela ČLR přikročit k běžnému systému pracovněprávních vztahů včetně pracovních smluv, ochrany pracovníků a kolektivního vyjednávání.⁹

3. Zákonná úprava

Čínský zákoník práce z roku 1994 vytvořil klíčové normy zaměřené na zaměstnanecké vztahy, zejména pokud jde o pracovní smlouvy, minimální standardy a řešení sporů. V době jeho vzniku byly pracovněprávní vztahy relativně jednoduché, většina zaměstnanců pracovala v podnicích s plnou nebo částečnou majetkovou účastí státu. Zákoník práce upravoval toliko skončení pracovní smlouvy, a to ještě poměrně povrchně. Neřešil otázky jejího vzniku či platnosti. Výkladová praxe zákoníku práce se musela potýkat s nekalými zaměstnavatelskými praktikami jako řetězení smluv na dobu určitou, jimiž se zaměstnavatelé vyhýbali například povinnosti chránit dlouholeté či seniorní zaměstnance. Vyvinula se praxe, že pracovník musel složit zaměstnavateli peněžitou jistotu, která mu propadla, pokud zaměstnanec předčasně skončil pracovní poměr. Zákoník práce totiž takové praktiky nepředvídal v domnění, že pracovněprávní smlouvy budou uzavírány na zásadách rovnosti, dobrovolnosti a transparentnosti. Takový byl totiž odraz pracovněprávních vztahů tehdejší

etapy čínských reforem, kdy se vedení podniků více ztožňovalo se svými zaměstnanci než v etapách pozdějších. Noví čínští manažeři se ovšem začínali cítit stále méně povinováni ohlížet se na zájmy svých zaměstnanců, navíc v zemi, kde přetrvávají značné rozdíly v úrovni vzdělání a pracovních dovedností zaměstnanců, včetně jejich schopností vyjednat si náležité pracovní podmínky. Problematiku pracovních smluv nevyřešil ani obecný zákon o smlouvách z roku 1999, který vylučoval aplikaci na pracovní smlouvy. K tomu je třeba přičíst okolnost, že režim zvláštních ekonomických oblastí umožnil jejich místním lidovým vládám přijímat zvláštní pracovněprávní úpravy, což vedlo k fragmentaci pracovního práva v zemi, která sama sebe prohlašuje za unitární stát.¹⁰

Příprava zákona ČLR o pracovních smlouvách probíhala počátkem našeho století už v podmínkách značné angažovanosti zahraničních investorů v zemi. Také oni se zapojili se svými připomínkami, které by ve vlastních zemích uplatňovali jen obtížně. Odmítali, aby odbory vyjadřovaly souhlas s vnitřními pravidly zaměstnavatele a snažili se minimalizovat kolektivní vyjednávání a právo na stávkou. Prosazovali klausule umožňující při nejasnosti výklad ve prospěch zaměstnavatele nebo ustanovení o snazším propouštění zaměstnanců. Snažili se omezovat možnosti přeměny pracovních smluv na dobu určitou ve smlouvy na dobu neurčitou. Odborové organizace považovaly samozřejmě takové připomínky zahraničních investorů, zejména amerických, za prosazování jejich obchodních zájmů na úkor zaměstnanců. Propracované analýzy způsobů regulace pracovního trhu ukazují, že jak příliš liberální, tak příliš ochrannářský přístup mohou vyvolávat negativní účinky. V Číně se důsledky liberálního zákoníku práce z roku 1994 projeví právě v nekalých praktikách zaměstnavatelů jako práce na dlužní úpis nebo svévolné změny pracovních podmínek. Naopak tvůrci nového zákona o pracovních smlouvách si byli vědomi, že příliš restriktivní ustanovení povedou k poklesu zaměstnanosti, vyvažované nárůstem práce načerno, jejíž podmínky by mohly mít pro zaměstnance daleko horší důsledky než liberální ustanovení zákona. V konečném důsledku vznikl v roce 2007 zákon, který se zdá být kompromisem mezi oběma směry. Pokud jde o jeho výkladovou praxi, není příliš zřetelná. Jelikož v ČLR soudy nemohou přezkoumávat ústavnost, není to možné, ani pokud jde o soulad s právy pracovníků, které jinak Ústava ČLR zaručuje. Velký důraz, který čínské pracovní právo v souladu s konfucíanskými tradicemi klade na řešení pracovněprávních sporů smírem, nedává ani příliš prostoru pro přezkoumávání zákonnosti aplikačních postupů lidovými soudy.

⁹ TOMÁŠEK, M. *Dějiny čínského práva*. Praha: 2004.

¹⁰ LI JING-LIN. *Lao-tung-fa* [Pracovní právo]. Pej-ťing, 2007.

4. Závislá práce

Nepříliš jasným aspektem dálnévýchodních pracovněprávních vztahů je smluvní nájem práce samostatně výdělečně činné osoby. V japonské judikatuře je určující rozhodnutí soudu ve věci Kitahama Doboku-Saiseiki z roku 1987, podle něhož je považován za pracovníka i řidič vlastního nákladního auta, který jedná podle pokynů konkrétní firmy a je jí vyplácen. Důležitým kritériem je dle soudu osobní výkon práce.¹¹ Otázka, zda osoby samostatně výdělečně činné, které ovšem za pravidelnou odměnu pracují pro jinou osobu, jsou pracovníky či nikoliv, je otevřená v Jižní Koreji. Zatímco zákonná definice pracovníka takový výklad připouští, nálezy Ústavního soudu ho v roce 2010 rozvinuly tak, že je třeba hodnotit, zda smluvně najatá osoba samostatně výdělečně činná působila pod přímým vedením zaměstnavatele, vykonávala práci osobně a současně vzít v úvahu délku takového vztahu. Zmíněné judikáty jsou do jisté míry reakcí na velký problém asijského pracovního trhu, totiž na využívání osob v pracovněprávním poměru s různými agenturami. Teoreticky vzato, mají takové osoby vlastně zaměstnavatele dva, a to zaměstnavatele *de iure*, čili agenturu, a ekonomického zaměstnavatele *de facto*, čili uživatele jejich práce.¹² Ekonomický zaměstnavatel uzavře s agenturou rámcovou smlouvu a její zaměstnanci následně působí v jeho podniku. Nepodléhají tedy jeho pravidlům, ale ani kolektivní smlouvě a jiným výhodám ochrany vůči ekonomickému zaměstnavateli. Agentury mohou mít nadto sídlo v zemi s nejasnou pracovněprávní úpravou a podle ní zakládat pracovněprávní vztahy. Čínský zákon o pracovních smlouvách také přesně neodlišuje pracovní smlouvy a jiné formy najímání práce samostatně výdělečně činných osob, nicméně při využívání pracovníků agentur ukládá řadu omezení, například omezuje působení takových pracovníků na dva roky, ukládá zaměstnavateli vyplácet mzdu stejnou se srovnatelnými zaměstnanci uživatelského podniku apod.

5. Pravidla zaměstnavatele

Obcházení definice pracovníka tedy má dvě hlavní příčiny. Snahu, aby se zaměstnávaná osoba nemusela podřizovat pravidlům zaměstnavatele, a snahu odlehčit povinnostem zaměstnavatele, pokud jde o ochranu pracovníků. V Japonsku je zaměstnavatel s více než deseti zaměstnanci povinen vytvořit vnitřní pravidla zaměstnavatele, konzultovat je s odbory (nikoliv nechat si je schválit odbory) a předložit ke schválení Úřadu pro dohled nad zaměstnavatelskými standardy. Nejvyšší soud k tomu judikoval, že taková vnitřní pravidla zaměstnavatele jsou

pro zaměstnance závazná, pokud mají rozumný obsah.¹³ Jednotliví zaměstnanci je nemohou zpochybňovat, i když je neznali. Obdobně v Jižní Koreji není hlavním pramenem pracovněprávního vztahu pracovní smlouva, nýbrž jsou to vnitřní pravidla zaměstnavatele. Pokud je zaměstnavatel změnil bez souhlasu odborů, může být sice podle právního názoru Nejvyššího soudu v Soulu z roku 1999 sankcionován, ale pravidla zůstávají v platnosti. V podnicích, kde nejsou odbory, lze souhlas nahradit souhlasem nadpoloviční většiny pracovníků. Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí z roku 2004 nicméně připustil, že změna vnitřních pravidel zaměstnavatele není nezákonná, pokud většina zaměstnanců podepíše, že se seznámila s vysvětlením vedení podniku.¹⁴

V ČLR je za hlavní pramen práv a povinností subjektů pracovněprávního vztahu považována smlouva, která musí být uzavřena v písemné formě. Pokud je obsah smlouvy nejasný nebo neurčitý, stanoví pravidla výkladu zákon. Obsah pracovněprávních vztahů určují kromě pracovní smlouvy také vnitřní pravidla zaměstnavatele. Zákon jasně ukládá, že musejí být přijata se souhlasem odborů nebo všech zaměstnanců. Nestanoví ovšem, co se stane, nebude-li takový souhlas získán. K tomu výkladové stanovisko Nejvyššího lidového soudu z roku 2001 uvádí, že pokud vnitřní pravidla zaměstnavatele nebyla přijata demokratickou cestou, nelze je vůči zaměstnanci vymáhat ani ve smírčím, ani v soudním řízení. Není zcela jasné, zda v reálných pracovněprávních vztazích mají větší váhu vnitřní pravidla zaměstnavatele nebo pracovní smlouvy.¹⁵ Výkladová praxe se přiklání k názoru, že pokud jsou vnitřní pravidla zaměstnavatele nejasná, je rozhodující pracovní smlouva. Netřeba ovšem zapomínat, že vnitřní pravidla zaměstnavatele musejí být přijímána v souladu se zákony a jinými právními předpisy, tudíž podléhají i soudcovskému hodnocení jejich zákonnosti, nikoliv však ústavnosti.

6. Ochrana pracovníků

Čínský zákon zná tři typy pracovních smluv: na dobu určitou, na dobu neurčitou a smlouvy vázané na splnění specifického úkolu nebo projektu. Podstatným rozdílem mezi nimi jsou samozřejmě okolnosti zániku takových smluv. Čínské pracovní právo zná dva pojmy skončení pracovněprávního vztahu, a to z iniciativy jedné nebo obou smluvních stran (ťie-čchu) anebo v důsledku události jako úpadek společnosti, uplynutí doby sjednané ve smlouvě na dobu určitou apod. (čung-č'). Kromě toho zákon zná smlouvy na příležitostnou práci s hodinovou mzdou, které lze v zásadě ukončit kdykoliv, ovšem současně jejich využití značně omezuje. Pokud jde

¹¹ ODA, H. *The Japanese Law*. Oxford: 2009.

¹² Korea Legislation Research Institute. *Introduction to Korean Law*. Heidelberg: 2013.

¹³ ODA, H. *The Japanese Law*. Oxford: 2009.

¹⁴ Korea Legislation Research Institute. *Introduction to Korean Law*. Heidelberg: 2013.

¹⁵ LI JING-LIN: *Lao-tung-fa* [Pracovní právo]. Pej-ťing, 2007.

o výpověď ze strany zaměstnavatele, respektuje právo ČLR spíše kontinentální než angloamerický model a přesně vymezuje jednotlivé možnosti zaměstnavatele. Předně je zde možnost okamžitého ukončení pracovního poměru pro hrubé porušení pracovních povinností nebo ve zkušební době. Dále je to možné pro prokazatelnou nadbytečnost. A konečně ve třicetidenní lhůtě, jestliže se pracovník stal práce nezpůsobilým ze zdravotních důvodů nastalých mimo výkon práce, jestliže přes náležitě proškolení není způsobilý práci vykonávat nebo jestli došlo k závažné změně okolností, za nichž byla uzavřena pracovní smlouva. Zmíněné důvody skýtají velký prostor pro soudcovský výklad, který prozatím jen zdůrazňuje, že propuštění zaměstnance musí získat souhlasné stanovisko odborové organizace, jinak je neplatné. Každé skončení pracovního poměru z vůle jedné nebo obou smluvních stran zakládá povinnost zaměstnavatele vyplatit odcházejícímu zaměstnanci vysoké odstupné. Tato podmínka odráží prozatím nedostatečný státní systém sociálního zabezpečení v ČLR.¹⁶ Podle výkladových stanovisek lidových soudů se ovšem nevztahuje na smlouvy na konkrétní úkoly a projekty, jakož i na smlouvy o příležitostné práci. Proto jsou tyto formy zaměstnavateli často využívány až zneužívány k obcházení zákona, což vede, mimo jiné, k zaměstnávání méně kvalifikovaných pracovníků, zejména žen, na úkor pracovníků kvalifikovanějších.

Diskriminace dle typu pracovní smlouvy, zejména pokud jde o smlouvy na dobu určitou a neurčitou, odráží vztah zaměstnavatelů k zaměstnancům a jejich právní jistoty. Jestliže se evropská nebo americká firma dostane do potíží, hledá prvotní řešení v propuštění zaměstnanců. Japonský podnikatel jako přísný, leč konfuciánsky dobrotivý šéf, raději sníží dividendu, než by začal s redukcí schopných a jemu oddaných pracovníků. Systém čínského pracovního práva tak, jak se vyvinulo na Tchaj-wanu, je v tomto ohledu odlišný. Upřednostňuje pracovní smlouvy na dobu určitou. Na rozdíl od japonského systému, který počítá s automatickým prodlužováním takových pracovních smluv, tchajwanský systém vyžaduje k opětovnému prodloužení souhlas obou smluvních stran. Jako reakce na rostoucí vnitropolitické tlaky prosadit na Tchaj-wanu lepší postavení pracovních smluv na dobu

neurčitou vznikl systém krátkodobých smluv, sezonních smluv nebo smluv na specifickou práci. Ty judikatura nejen uznává za smlouvy na dobu určitou *sui generis*, ale jejich přechod na smlouvy na dobu neurčitou ještě znesnadňuje. Například výkladové stanovisko Nejvyššího soudu z roku 1998 uvádí, že smlouvy na specifickou práci přesahující jeden rok mají být schváleny orgánem pracovněprávního dohledu. Ani v případě schválení nemohou být ovšem konvertovány na pracovní smlouvy na dobu neurčitou.

Rozlišujeme-li diskriminaci pracovníků na diskriminaci podle osobnostních znaků a na diskriminaci podle smluvního vztahu k zaměstnavateli, pak lze konstatovat, že diskriminaci podle osobnostních znaků judikatura demokratických zemí Dálného východu soustavně potírá. Jistou výjimkou z tohoto pravidla je Tchaj-wan, kde v pracovněprávních vztazích platí zvýhodňování vlastních občanů před zaměstnáváním cizinců. Posvětil je dokonce Nejvyšší soud ve svém výkladovém stanovisku z roku 2005, podle něhož není diskriminační, když zaměstnavatel neprodlouží pracovní smlouvu cizinci, aby zaměstnal občana Čínské republiky.¹⁷ V tom se tchajwanský přístup liší například od přístupu jihokorejského, který zjevnou diskriminaci podle státní příslušnosti zakazuje. Jisté prvky diskriminace podle státní příslušnosti vyvažuje Tchaj-wan vysokou mírou ochrany žen, blížící se některým parametrům pozitivní diskriminace. Ochrana žen v pracovněprávních vztazích klade důraz na jejich bezpečnost, hygienické podmínky a zahrnuje i systém zvláštních forem pracovního volna s přihlédnutím k jejich biologickým potřebám. Od roku 2002 je kladen zvýšený důraz na jejich ochranu před sexuálním obtěžováním. Ostatně vysoký standard ochrany zdraví při práci platí v tchajwanském pracovním právu všeobecně a podléhá přísné kontrole orgány pracovněprávního dohledu. Tchajwanská právní úprava výslovně zakazuje používat stroje a zařízení, neodpovídající bezpečnostním standardům. Obdobný přístup zaznamenáváme i v Jižní Koreji, kde Ústavní soud v roce 2000 dokonce uložil, aby pracovní smlouvy přesně vymezovaly povinnosti zaměstnavatele ve vztahu k ochraně zdraví a bezpečnosti pracovníků.

¹⁶ PEERENBOOM, R. *Social Foundation of China's Living Constitution*. Cambridge: 2012.

¹⁷ CHANG-FALO. *The Legal Culture and Legal System of Taiwan*. Alphen aan den Rijn: 2006.