

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 3/2015

Vol. LXI

IURIDICA

3/2015
Vol. LXI

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
NAKLADATELSTVÍ KAROLINUM
2015

Vědecký redaktor: prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc.

Všechny články v tomto čísle jsou recenzovány.

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

© Univerzita Karlova v Praze, 2015

ISSN 0323-0619 (Print)

ISSN 2336-6478 (Online)

OBSAH

TÉMA: Nový občanský zákoník z hlediska srovnávací analýzy

Luboš Tichý: O prevenci v soukromém právu a „preventivní odpovědnosti“
(skica o významu předcházení nežádoucím následkům) 9

Luboš Tichý: Kontrola smlouvy, všeobecné obchodní podmínky,
formulářové smlouvy a nekalé (zneužívající) klauzule 43

Luboš Tichý: Veřejný pořádek jako tzv. obecná klauzule v soukromém právu
z hlediska evropského kontextu 77

Luboš Tichý: Odpovědnost za vady a náhrada škody v soukromém právu
(srovnávací studie) 109

VARIA

Pavel Ondřejek: Zrod a utváření principu proporcionality v poválečném německém
ústavním právu 155

Michal Urban, Petra Hodysová, Jan Kaczor: Právní gramotnost mladých lidí
v České republice a role vzdělávání 171

AUTOŘI

Mgr. Petra Hodysová

(Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze)

Jan Kaczor

(Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze)

JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D.

(Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze)

prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc.

(Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze)

JUDr. Michal Urban, Ph.D.

(Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze)

TÉMA: NOVÝ OBČANSKÝ ZÁKONÍK
Z HLEDISKA SROVNÁVACÍ ANALÝZY

O PREVENCI V SOUKROMÉM PRÁVU A „PREVENTIVNÍ ODPOVĚDNOSTI“ (SKICA O VÝZNAMU PŘEDCHÁZENÍ NEŽÁDOUCÍM NÁSLEDKŮM)

LUBOŠ TICHÝ

Abstract: **Prevention and Its Function, Predominantly in Tort Law**

This article analyses the basis, function and importance of prevention. The main task lies in tort law. Recommendation of a punitive function of tort law but to underline the preventive function which leads towards to the preventive liability for neglected duty of prevention.

Key words: prevention and its categories, prevention in tort law, preventive duty and liability.

Klíčová slova: prevence, obecná prevence, prevence v deliktním právu, preventivní povinnost a preventivní odpovědnost využívání občanského zákoníku.

1. CÍL A OBSAH

Cílem tohoto příspěvku je prokázat, že lze uvažovat o tzv. preventivní odpovědnosti (ad 5.), jíž chápeme buď povinnost nést následky za neodvrácení potenciálních či hrozících škod, anebo povinnost zmírnit již nastalé negativní následky, přestože se na jejich vzniku nositel této odpovědnosti nepodílel. Tato definice tedy postihuje takové situace, kdy se povinná osoba svým jednáním, především svojí pasivitou (*omitere*), „podílela“ na vzniku či rozšíření negativních následků, kterým měla za určitých okolností a podmínek zabránit. Stejně tak odpovědnost stíhá toho, kdo svým aktivním jednáním preventivní činnosti zabránil, např. tím, že zmařil průběh procesů vedoucích k zabránění škodě. Nežli se však budu moci s touto otázkou vypořádat, je třeba v první řadě objasnit základní pojmy, které používám, především pak pojem prevence a její funkce v deliktním právu.

Velmi často užívaný a mnohdy i zneužívaný pojem prevence je třeba blíže vysvětlit, a to bez jakýchkoliv konotací a včetně jeho vazby k právnímu řádu (2.2). Z druhé je nutno v obecné rovině analyzovat úlohu tohoto pojmu v objektivním právu, tj. rozlišit mezi posláním práva jako souboru pravidel chování na straně jedné a prevencí jako jeho nástrojem na straně druhé, včetně objasnění tzv. usměrňovací role práva (2.2.1). Je též třeba prevenci jako jev, který prostupuje celou řadu právních odvětví, odlišit od právních institutů, jež mohou prevenci sloužit, jakými jsou např. svémoc či nutná obrana. To činím na příkladu jednatelství bez příkazu (3.2).

Jestliže uvažujeme o prevenci jako o určité povinnosti předcházet negativním následkům ve smyslu naplňování regulační funkce práva, pak je též třeba objasnit jednotlivé prvky či součásti této povinnosti. To činím jednak v obecné rovině a jednak též na příkladu fungování prevence v deliktním právu (4.–6.). Konečně hlavní prezentované výsledky shrnuji (7.).

2. ZÁKLADNÍ POJMY

2.1 POJEM PREVENCE

Etymologicky prevence znamená zabránění či předejití něčemu. Slovo samo, které se v češtině nevyskytuje ve tvaru slovesa, má původ v latinském *praevenire*, tj. předejít.¹

Obecně jde o výraz směřující k zabránění, odvrácení, předejití a zmaření, což lze činit jen ve vztahu ke skutečnosti nebo události, jejíž vznik se předpokládá, očekává. Především lze tedy zabránit události, kterou sami připravujeme.

Zabránit lze ovšem nejen činnosti vlastní, ale i činnosti třetích osob. V případě vlastní činnosti tak tomu bude jejím zanecháním, tj. určitou pasivitou čili nekonáním. Ve vztahu ke třetím osobám a jejich činnostem půjde zpravidla o aktivní působení – konání. Zanechání činnosti samozřejmě v obou případech zahrnuje i pokračování v ní jiným způsobem.

S ohledem na cíl určité činnosti, resp. hodnotový obsah budoucí události, jež je výsledkem takové činnosti, je slovo prevence neutrální. Zabránit totiž lze jak velmi negativní či zavrženíhodné události, tak i něčemu veskrze pozitivnímu. Zabránit je možné jak požáru, tak i zásahu hasičů směřujícímu k jeho zdoání. Zmařit lze útok násilníka, ale i humanitární akci neziskové organizace na pomoc uprchlíkům.

Prevence může být stimulována mnoha způsoby, které lze různým způsobem klasifikovat. Rozličné pobídky může stanovit i právní řád, jenž může stimulovat nebo působit zejména prostřednictvím sankčních mechanismů, resp. trestáním. V tomto kontextu je význačná i úloha samotné hrozby sankcemi, která plní svoji generálně preventivní funkci zejména tehdy, pokud jejich uplatnění na potenciální adresáty platí za nevyhnutelné. Právo též působí „institucionálně“, tedy tím, že vymezuje pojmy a upravuje instituce.

Na tomto místě je vhodné si položit několik otázek. Je prevence právu, resp. právnímu systému imanentní, neboť právní normy obsahují příkazy k jednání, čímž chování člověka určitým způsobem usměřňují? V tomto smyslu se prevence jeví jako „plně pohlcená“ právem, když v podstatě znamená jeho respektování. Je proto zcela namístě se tázat na funkci práva jako usměřňovacího systému a na funkci prevence v tomto kontextu. Hovoříme zde o preventivní povinnosti. Jak ji však vyjádřit v pozitivním právu? Někde je to zřejmé, což lze obecně tvrdit o právu veřejném. Jak tomu však je v právu soukromém? Zatímco veřejné právo některá jednání konkrétně a výslovně nepovoluje či zakazuje, právo soukromé tak činí jen velmi abstraktním způsobem. Je např. značně

¹ PRAŽÁK, J. – NOVOTNÝ, F. – SEDLÁČEK J.: *Latinsko-český slovník*. Praha, 1933, s. 984.

obtížné určité jednání či smlouvu jednoznačně označit za rozporné s dobrými mravy. O něco jednodušší, i když opět ne jednoduché, je to v oblasti práva deliktního, které stanoví konkrétnější kritéria, jako např. ochranný účel právní normy. Je proto třeba se ptát, jaký význam má tato usměrňovací funkce v jednotlivých právních oblastech a do jaké míry se liší právo soukromé na straně jedné od práva veřejného včetně práva trestního na straně druhé. Je ve funkci prevence v těchto jednotlivých oblastech nějaká odlišnost, či nikoliv?

2.2 PREVENCE V PRÁVU

2.2.1 USMĚRŇOVACÍ FUNKCE PRÁVA A VÝZNAM PREVENCE V JEJÍM RÁMCI

Jedním z poslání práva je usměrňování lidského chování. Tato jeho funkce, nazývaná též funkcí řádu, má zabránit chaosu ve společnosti v širokém slova smyslu. Právo tedy vytváří formální předpoklady pro to, aby v lidské společnosti panovaly hodnoty navozující řád nebo pořádek. Právní normy by proto měly uskutečňovat představy o uspořádání společnosti a o jejím hodnotovém směřování. Tento účel je do praktického života implementován mnohdy ve formě velmi formálních pravidel a může být poněkud nejasný. Politická, a tedy kreativní a regulativní funkce práva je často chápána buďto jako samozřejmost, kdy víceméně není brána v úvahu, anebo se na ni dokonce zapomíná úplně. Právo však i přes to slouží k uspokojování lidských potřeb tím, že napomáhá hladkému chodu státního a společenského života, čímž obecně slouží sociálnímu smíru v tom nejširším smyslu slova. Tento stav však nelze nazírat pouze jako statickou a trvalou harmonii všech občanů a politických sil. Právo totiž umožňuje zájmové protiklady a rozdílnosti v postojích dynamicky řešit, a to v rámci a podle měřítek určitých postupů, které má právní řád k dispozici. Jde o řízenou ventilaci konfliktů ve smyslu usměrňování lidského chování.

Právo je podle Harta² především mechanismem donucovacím. Je komunikačním prostředkem svého druhu, jímž jsou někomu adresovány určité pokyny, které vycházejí ze souboru nařízení reflektujícího převládající společenskou vůli. Ve společnosti se tedy všeobecně předpokládá, že v případě neuposlechnutí příkazu dojde k nevyhnutelnému vykonání hrozby, a to nikoliv pouze v období bezprostředně navazujícím na první vyhlášení nařízení, ale trvale, tj. dokud toto nařízení nebude odvoláno nebo zrušeno. Právní systém tedy znamená, že jistá osoba či orgán vydávající obecná nařízení je rovněž podkládá hrozbami, jímž se lidé obecně podřizují. Musí přitom panovat obecné přesvědčení o tom, že se tyto hrozby v případě neuposlechnutí vyplní.

Podle mnohých jsou koncepty prevence, usměrňování a kontroly zpravidla doménou správního a trestního práva.³ V samotné moderní vědě trestního práva se však závěr, že systém trestní represe může svých preventivních cílů dosáhnout odstrašením pomocí hrozby, tj. prostřednictvím generální prevence, namnoze zpochybňuje. Takový předpoklad je údajně empiricky nezdůvodnitelný a normativně neúnosný.

² HART, H. L. A.: *The Concept of Law* (český překlad). Praha, 2004, s. 35.

³ WAGNER, G.: Schadenersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen. In: LORENZ, E. (ed.): *Karlsruherforum 2006*. Karlsruhe, 2006, s. 19 an.

Soukromé právo a především pak právo obliigační svoji úlohu tradičně nespatřuje v realizaci takových funkcí, které překračují individuální ochranu. V současné době je však zřejmé, že soukromoprávní následky protiprávního jednání, jakými jsou náhrada škody nebo neplatnost či relativní neplatnost smlouvy, mají vlastní preventivní účinky, které jsou ovšem podhodnocovány a chápány jen jako pouhé reflexivní externality. Pokud však přemýšlíme o efektivitě práva, tak nutně dospíváme k různým alternativním modelům uplatnění jeho regulativní funkce, které pak vyhodnocujeme a srovnáváme jejich účinnost. Notorická kritika neúčinnosti veřejného a trestního práva nás spolu s dalšími stížnostmi nutí k tomu, abychom se otázkou nástrojů uskutečňování práva podrobně zabývali.

2.2.2 USMĚRŇOVÁNÍ CHOVÁNÍ SOUKROMÝM A VEŘEJNÝM PRÁVEM (ODPOVĚDNOST A REGULACE)

Teorie státu tradičně jednu z jeho hlavních úloh spatřuje v udržování vnitřního míru a bezpečnosti, v čemž navazuje na učení Hobbese⁴. Prevence se neorientuje jenom proti nebezpečím vycházejícím z věcí (reálná prevence), ale i vůči nebezpečím, která vycházejí z osob (osobní prevence). Stát dnes své úkoly spočívající v poskytnutí bezpečnosti občanům plní v širokém rozsahu právě prostřednictvím prevence. Státní pozornost výrazně směřuje k předdeliktním, předpatologickým a předsubverzivním fenoménům. Nejdůležitějším nástrojem proti možnému ohrožení v důsledku jednání jiných soukromých subjektů je zákaz. Bez takového zákazu jsou občané fakticky povinni taková ohrožení či poškození vycházející od ostatních (jiných) občanů strpět.

Jak bylo uvedeno výše, nejbližším nástrojem státu při potírání ohrožení či poškození individuálních právních zájmů ze strany soukromých osob byly a jsou sankční zákazy. Zde lze rozlišovat dvě formy. Jednak existují obecné zákazy formulované zákonem, jednak existuje též péče státu o efektivní ochranu před zakázanými nebo jinak protiprávními ohroženími. Ohrožený je zainteresován v prvé řadě na prevenci škodlivého chování, poškozený pak na restituci poměrů a náhradě škody utrpěné v jeho důsledku. V každém případě pak na potrestání, resp. jím zprostředkovaném zadostiučinění.

Úkolem veřejného práva je, aby v konečné instanci porušení závazných standardů chování sankcionovalo. Tento úkol však zdaleka necharakterizuje jen veřejné právo, neboť specifickými instrumenty usměrňování disponují i jednotlivá odvětví právního řádu a mezi nimi samozřejmě i právo soukromé.

Jedním z příkladů právního odvětví, v němž jsou tyto nástroje v zájmu usměrňování lidského chování koordinovány, je právo životního prostředí,⁵ kde vidíme soukromoprávní a veřejnoprávní způsoby úpravy v určité kombinaci. Tato opatření vykazují hybridní povahu.

⁴ HOBBS, T.: *O občanu (De cive). Výbor z díla*. Praha, 1988, s. 127.

⁵ PILZ, V.: Mehr Vorsorge gegenüber Anlagen-Risiken durch die Abfall-Verordnung? In: MICKLITZ, F. (ed.): *Prävention im Umweltrecht*. Heidelberg, 1988, s. 47, 56.

G. Wagner správně odmítá názor,⁶ že soukromé právo toliko vytváří říši svobody a jakékoliv usměrňovací funkci je vzdáleno. Dovozuje naopak, že i právo soukromé tuto významnou roli plní.

Autonomie vůle stran je ve smluvním právu účinná, je-li v souladu s ochranou důvěry, čímž zabráňuje tomu, aby byl jednotlivec vmanipulován do přijetí nechtěných právních povinností. Proto je třeba mezi autonomií vůle stran a ochranou důvěry, resp. ochranou právního styku, spatřovat určitý kompromis.

Popírání usměrňovací funkce soukromého práva je důsledkem nedorozumění. Ve skutečnosti jsou faktické usměrňovací účinky legislativních a judiciálních rozhodnutí v oblasti soukromého práva natolik zřejmé, že je nelze popírat, což Wagner dokládá judikaturou.⁷ Jestliže např. senát německého nejvyššího soudu (BGH) rozhodne o tom, že má zákazník právo na odstoupení od smlouvy též v případě smluv uzavřených na dálku (tzv. distančních smluv), a to i v případě nákupu v rámci internetové akce, pak to na daném trhu nepochybně zanechá významnou stopu. Tvrzení, že soukromé právo toliko vytváří říši svobody a jakékoliv usměrňovací funkci je vzdáleno, tak nejen ignoruje posláním současné právní úpravy, ale navíc též zapomíná na historickou realitu.

V českém právu to znamená, že např. konstatování objektivní odpovědnosti advokáta ze strany nejvyšší soudní instance musí nejen zanechat negativní stopu vzhledem k povinnosti advokáta dodržovat standard péče, ale musí se odrazit i v oblasti jeho pojištění.⁸

Prevence neznamená regulaci jednání směrem k ultimativní nebo maximální jistotě očekávání. Závisí spíše na tom, aby byla zvolena její správná míra. Sankce za vadné smluvní plnění mohou nutit dlužníka k řádnému plnění a současně psychologicky působit na věřitele, aby neměl přehnaná očekávání.⁹

Smluvní odpovědnost tak plní funkci určitého pobídkového systému.¹⁰

Ne zcela však lze sdílet Wagnerův koncept rozlišování mezi právem veřejným a soukromým, především pak v názoru, že se stanovení standardů chování v soukromém právu děje decentralizovaně.¹¹ Je pravdou, že v oblasti veřejného práva a zejména práva správního trestání platí trestněprávní zásada, že bez zákona není viny ani trestu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

V tomto smyslu je usměrňování prostředky veřejného práva regulací *ex ante*, kterou musí provést sám zákonodárce.

I v právu soukromém však musí být základ usměrňování zakotven v zákoně. Na otázku, do jaké míry tak musí být učiněno konkrétně, se pokusím odpovědět později (ad 6.4). V tomto smyslu však soukromé právo provádí usměrňovací funkci centrálně. V soukromém právu nicméně na rozdíl od práva veřejného dochází k upřesňování stan-

⁶ WAGNER, G.: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht. *AcP* 206, 2006, s. 423 an.

⁷ WAGNER, v pozn. 6, s. 431.

⁸ TICHÝ, L.: Odpovědnost za škodu, související problematika. Pojištění. In: TICHÝ, L. (ed.): *Odpovědnost advokáta za škodu*. Praha, 2012, s. 184 an.

⁹ GOTTWALD, P.: Vor § 339 in *MüKo* 5.vyd. svazek 2, marg. č. 6, 2123, 2124.

¹⁰ GOTTWALD, v pozn. 9, marg. č. 8, 2124. *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

dardu chování a k jeho zjemňování *ex post*. V tomto smyslu lze tedy s G. Wagnerem jen souhlasit.¹²

Je však otázkou, do jaké míry je toto usměrňování *ex post* centrální či decentralizované, neboli zcela konkrétní. Soudní judikatura má totiž nepochybně smysl nejen v konkrétním případě, ale – obdobně jako zákon, resp. zákonodárná činnost – má i regulativní funkci v tom smyslu, že má obecný význam.

Nejvýznamnější nevýhodou usměrňování prostřednictvím soukromého práva je to, že soukromé právo není schopno garantovat dodržení určitého standardu *ex ante* a v porovnání s právem veřejným musí být jeho účinnost daleko více předvídána jeho vlastními aktéry.

Současně je pravdou, že je velmi často třeba brát v úvahu paralelní regulativní účinky práva veřejného a práva soukromého. Tak např. některé předpoklady odpovědnosti státu za škodu jsou stanoveny právem veřejným. To platí též o „soudní součinnosti“ v právu správním a deliktním, jako např. v oblasti stavebního práva, práva životního prostředí apod.

2.3 ODSTRAŠENÍ A SPRAVEDLNOST

Odstrašovací a podněcovací funkce je v soukromém právu definována jako usměrňování individuálního jednání s cílem redukovat podvodné aktivity nebo podporovat aktivity předcházející škodám. Z ekonomického hlediska je těžištěm soukromého práva orientace na výkonnostní cíl.¹³

Odstrašující působení má nejúčinnější dopady u automobilových nehod a nejslabší výsledky u škod na životním prostředí. Odklon od soukromoprávní odpovědnosti a její nahrazení pojištěním jsou spojeny s nárůstem nehod.¹⁴

Dilema soukromého práva se výrazně projevuje ve všech případech, v nichž nebezpečné aktivity vedou k vysokým škodám, které jsou ovšem rozptýleny mezi velké množství poškozených. Poškození mají totiž příliš málo podnětů žalovat na náhradu škody, neboť náklady s tím spojené jsou příliš vysoké.¹⁵

Odstrašující funkce¹⁶ se ukazuje být důležitým momentem civilního práva. Bez orientace na předcházení škodám a ochranu oprávněných očekávání prostřednictvím alokace rizik je diferencovaný systém civilního práva myslitelný jen sotva. Komplexnost platného civilního práva nemůže vysvětlit ani nové rozdělování ve smyslu sociálního zabezpečení nebo pojištění škod.

¹² Ibidem.

¹³ Viz OTT, C. – SCHÄFFER, H. B.: *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*. Tübingen, 1998, s. 134, 135.

¹⁴ Ibidem, s. 134, 140 an.

¹⁵ Ibidem, s. 150 an.

¹⁶ Srov. WEINRIB, E. J.: The case for a Duty to Rescue. *The Yale Law Journal*, 1980, Vol. 90, No. 20, s. 247 an.

2.4 DRUHY PREVENCE

2.4.1 ROZLIŠOVÁNÍ

Z hlediska působení prevence můžeme obecně, tj. v celém právním systému, rozlišovat mezi prevencí před jednáním a po něm (prevence *ex ante* a *ex post*), resp. mezi prevencí pozitivní a negativní, prevencí primární a sekundární a prevencí generální a speciální.¹⁷

2.4.2 PREVENCE EX ANTE A EX POST¹⁸

Prostředky působící před jednáním poskytují určitý preventivní podnět. Komponenty působící po činu pak mají obecný preventivní účinek na možné opakování těchto jednání v budoucnosti a jen v tomto smyslu lze chápat preventivní účinky náhrady škody. V tomto ohledu též spatřujeme rozdíl mezi prevencí speciální a obecnou (generální).¹⁹

2.4.3 POZITIVNÍ A NEGATIVNÍ PREVENCE

Cíle prevence lze v deliktním právu dosáhnout dvěma způsoby. Buď pozitivně tím, že deliktní právo určité skutkové podstaty privileguje, anebo negativně tím, že v případě určitých skutkových podstat odpovědnost zpřísní.²⁰ Jde-li o zabránění jednání, které obecně způsobuje škodu, je deliktní právo omezeno na negativní prevenci, tedy na maximálně neatraktivní stanovení skutkové podstaty zakládající škodu. Pozitivní prevence, tj. podpora jednání předcházejícího škodě, totiž není právu na náhradu škody příznivá z toho důvodu, že se používá až poté, co se jednání vedoucí ke vzniku škody uskuteční. Neexistuje tedy taková koncepce náhrady škody, která by navazovala na jednání, jež škodě předchází. Právo na náhradu škody tak již z definice nemá výbavu (instrumentarium) k tomu, aby vytvářelo atraktivní skutkové podstaty preventivního jednání. Jednání způsobující škodu může být deliktním právem vyloučeno či mu může být zabráněno jenom tím, že je učiněno neatraktivním. Toho je možné dosáhnout prevencí před činem i po něm.

2.4.4 PRIMÁRNÍ A SEKUNDÁRNÍ PREVENCE

I v soukromém právu můžeme dále prevenci rozlišovat na primární a sekundární.

Primární prevencí chápeme veškerá opatření, která ve smyslu psychicky seznatelné kauzality vedou k zabránění škodlivému následku.²¹ Na pomyslném spektru sahají

¹⁷ Viz LÖWE, H.: *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht*. Frankfurt, 2000, 60 an.

¹⁸ Viz DEUTSCH, E.: *Haftungsrecht*. Berlin, 1976, s. 69, který uvádí, že porušení práva by mělo být předcházeno prostřednictvím *actio negatoria*, za prevencí *ex post* pokládá povinnost nahradit škodu. Viz též DEUTSCH, E.: *JZ*, 1991, s. 246.

¹⁹ *Ibidem*, 70.

²⁰ Viz LÖWE, v pozn. č. 17, 65.

²¹ SCHLOBACH, K.: *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadenersatzes*. Baden-Baden, 2004, s. 304.

od samotného nekonání či zanechání určitého jednání až k chování zvlášť opatrnému. Sekundární prevencí jsou míněny veškeré standardy, které může normativní systém obsahovat. Jde tedy o působení právních norem na lidské chování za tím účelem, aby dostalo příslušnou motivaci.

Rozlišování mezi primární a sekundární prevencí je nutným důsledkem toho, že preventivní účel např. deliktního práva směřuje ke konkrétnímu výsledku. Takové rozlišování tak nemá velký smysl tehdy, pokud může být preventivního účelu dosaženo cestou normativního příkazu. Tak např. postačuje ustanovení o tom, že právní jednání v rozporu s dobrými mravy²² je neplatné, a není tedy již zapotřebí výslovné normy typu „nesmíš uzavírat žádné smlouvy, jež jsou v rozporu s dobrými mravy“.

2.4.5 GENERÁLNÍ PREVENCE

I v soukromém právu, a to jak v právu smluvním, tak i deliktním, můžeme předně rozlišovat generální prevenci pozitivní a negativní. Negativní generální prevenci charakterizuje její odstrašující působení na potenciální škůdce. Prostřednictvím hrozící odpovědnosti za škodu by měl být potenciální škůdce od protiprávního jednání odražen. V tomto smyslu přichází ještě v úvahu rozlišování prevence před jednáním a po jednání (viz 2.4.1).

Generální prevence je v soukromém právu konstruována na základě zkušenosti s jejími výsledky v oboru práva trestního. Spočívá v účinku vyrovnávání se mezi škůdcem a poškozeným. Působí též ve smyslu posilování důvěry společnosti ve fungování práva.

Je nepochybné, že negativní generální prevence může fungovat jen za předpokladu, že existuje právem stanovená sankce za porušení právní povinnosti. Sankcí se v civilně-právním kontextu rozumí náhrada škody, je však sporné, do jaké míry je zde prevence s trestáním vlastně spojena.²³ Mnozí autoři dokonce tvrdí, že soukromé právo obsahuje hned celou řadu soukromoprávních trestů, mezi něž se může řadit např. i výše zmíněná náhrada škody.²⁴

Tato klasifikace formálního charakteru však není podstatná. Podstatné je to, do jaké míry jsou některá opatření, jako např. *punitive damages*, nepřipustná bez ohledu na okolnost, zda jsou za trest výslovně označována, či nikoliv. Podstatné dále je, jakou mají funkci a význam v daném právním kontextu, a tedy i v daném právním systému.²⁵

²² Ibidem, s. 310. I když nikoliv všichni nejvýznamnější autoři deliktního práva se otázkou prevence zabývají, jsou i tak v jejich názorech na ni značné rozdíly. Deutsch (DEUTSCH, E.: *Haftungsrecht*. Berlin, 1976, s. 69) chápe obdobně jako Heck prevenci coby účel deliktního práva. Mertens (MERTENS, S.: *Der Begriff des Vermögensschadens in bürgerlichen Recht*. Frankfurt, 1967, 93) spatřuje hlavní účel deliktního práva v odplatě, která ovšem mnohdy není v souladu se zásadami ústavního práva. Weyers (WEYERS, H.-L.: *Unfallschäden*. Frankfurt, 1971, s. 447 an.) uznává prevenci jako možný cíl deliktního systému. Canaris (CANARIS, C. W.: *Festschrift für E. Deutsch*. Berlin, 1985, s. 523), je v zásadě skeptický k úloze prevence v deliktním právu. Přesto jí přiznává určité možnosti v rámci jeho pravidel. Stoll (STOLL, H.: *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*. Tübingen, 1993, s. 184 an.) pokládá vedlejší účinky deliktního práva včetně prevence za součást smyslu a účelu jeho primární funkce, kterou je kompenzace škody. V americké nauce se otázka prevence pojí především s doktrínou ekonomické analýzy práva. Jinak je spojována s odstrašující, resp. trestní funkcí.

²³ SCHUMANN, H.: Tort Law and Corrective Justice. *Law and Philosophy*, 2003, Vol. 30, Iss. 1, s. 21 an.

²⁴ Ibidem, 23.

²⁵ Viz OTT – SCHÄFFER, v pozn. 13, s. 132.

2.4.6 SPECIÁLNÍ PREVENCE

Speciální prevence naopak působí až po protiprávním jednání. Uložením sankce konkrétnímu porušiteli normy se má zabránit tomu, aby v protiprávním jednání pokračoval.

Zde se zájem ekonomické analýzy práva koncentruje na koncept, který již existuje v generální prevenci: odstrašení. To, co bylo až doposud řečeno ke generální prevenci, proto může být jenom zopakováno. Zdůrazněme pouze, že toho, kdo chce maximalizovat užitek, může odstrašit toliko sankce spravedlivá.

2.4.7 PREVENCE V SOUKROMÉM PRÁVU

Zvlášť důležitým příkladem prevence v soukromém právu je věcně právní princip publicity. Z hlediska usměrňování jednání lze zvláště dobře zkoumat též pravidla o dobrověrném nabytí vlastnictví k movitým věcem od neoprávněného. Základními pravidly jsou tato: nabyvatel se stává vlastníkem, jestliže o neoprávněnosti nevěděl a přitom nejednal ve stavu hrubě nedbalostní neznalosti. To však neplatí, pokud byla oprávněnému tato věc odňata, zejména byla-li mu ukradena.

Moderní soukromé, resp. hospodářské právo se mimo jiné zabývá též i realizací účelů regulace. Např. Steindorff soukromé právo považoval za instrument sankcionování porušení práva a povzbuzoval k jeho dalšímu vývoji tímto směrem.²⁶

Soukromoprávní instrumenty mají i tu výhodu, že současně usměrňují chování a vyrovnávají soukromoprávní zájmy, čímž vedou k racionalizaci a zjednodušení právní úpravy.

2.5 FUNGOVÁNÍ PREVENCE

Význam tohoto pojmu je mnohvrstevný a mnohostranný, ale empirické výzkumy preventivních účinků nejsou přesvědčivé.²⁷

Je třeba rozlišovat mezi přístupy, které prevenci přiznávají bezprostřední účinky, a těmi, které v působení prevence naopak vidí pouze účinky nepřímé.²⁸

V této stručné studii však vycházím z předpokladu, který bohužel z kapacitních důvodů nemohu podrobněji prokazovat, že totiž právo obecně a deliktní právo zvláště může jako prostředek k usměrňování chování dobře sloužit především s ohledem na potenciální škody. Nástrojem k tomu by měla být tzv. preventivní odpovědnost, tedy odpovědnost za prevenci, která je předmětem této studie v kapitole 6.

²⁶ STEINDORFF, E.: *Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. vyd. München, 1985, s. 5.

²⁷ Viz SCHLOBACH, v pozn. 21, 275. Výjimky jsou velmi řídké. Srov. studii uvedenou v pozn. 5 a dílo DEWEES, D. – DUFF, D. – TREBILCOCK, M.: *Exploring the Accident Law*. Oxford Press, 1998, s. 175.

²⁸ SCHLOBACH, v pozn. 21, s. 483.

3. PREVENCE A OBDOBNÉ JEVY

3.1 PROSTŘEDKY PREVENCE

V právních řádech existují určité instituty, které spolu se svým vlastním posláním mohou rovněž nepochybně sloužit předcházení újmám, resp. negativním následkům vůbec. Jde zde o svémoc, nutnou obranu, krajní nouzi a mimo jiné též o jednatelství bez příkazu, jež se chápe jako kategorie nalézající se v šedé zóně mezi smluvním a deliktním právem (je základem závazků *quasi ex delicto*).

3.2 JEDNATELSTVÍ BEZ PŘÍKAZU

Rozdílnost v předpokladech mezi jednatelstvím bez příkazu a odpovědností za škodu vede k tomu, že je jednatelství bez příkazu pro účely vyrovnání nákladů na předcházení škodě vhodnější než samotná náhrada škody. Této koncepci však lze vytýkat značnou diskreci při aplikaci práva, a proto je v souvislosti s ní nezbytné dbát pečlivého výkladu a subsumpce.

3.3 PREVENCE JAKO CIZÍ ZÁLEŽITOST

Již velmi dlouho se obecně uznává názor, že jednatelství bez příkazu zahrnuje každé jednání, jež může být předmětem smlouvy mandátní, smlouvy o dílo či smlouvy pracovní.

Dalším znakem skutkové podstaty je znak „cizosti“.²⁹ Co je tedy vlastně cizí záležitostí? Je-li předmět činnosti obstaravatele záležitostí předem definován právním jednáním nebo zákonem, je za takových okolností třeba považovat za cizí záležitost vše, co obstaravatel s ohledem na výslovně přikázané povinnosti podnikne? Jednatelství bez příkazu se vyznačuje tím, že mezi stranami na počátku vůbec žádný právní vztah neexistuje. Na první pohled se pak zdá, že je jednatelstvím bez příkazu každá právně relevantní činnost člověka, neboť každá taková činnost se zpravidla alespoň nepřímo dotýká též záležitostí jiných osob.

Zda lze jako cizí záležitost kvalifikovat i preventivní opatření provedená potenciálním poškozeným, je třeba posoudit v kontextu hodnocení celého právního řádu, jak tomu u tohoto znaku je v případě opatření přijatých potenciálním škůdcem. Jelikož je úkol předcházet škodě záležitostí škůdce, pak opatření podniknutá poškozeným *per definitionem* představují jednatelství bez příkazu. Z pohledu škůdce mohou být jím přijatá opatření k prevenci škody výjimečně cizí záležitostí, pokud zákon s jeho škodlivým jednáním nespojuje žádnou povinnost k náhradě škody.³⁰

Pro účely náhrady nákladů vynaložených na preventivní opatření se však vždy lze alespoň pokusit o to, aby byla do popředí postavena myšlenka veřejného prospěchu, nezištnosti a dobrovolnosti obstaravatele cizích věcí, jež jedná jako pomocník vlastního

²⁹ STEINER, W. H.: *Schadensverhütung als Alternative zum Schadenersatz*. Köln, 1983, s. 196.

³⁰ *Ibidem*, s. 210.

obstaravatele věci, jemuž je v konkrétním případě zapotřebí lidské pomoci. Nezištná pomoc totiž představuje formu činnosti pro druhého, která je z mravního hlediska obzvláště významná.

Má-li jednatel v poměru k příkazci právní povinnost konat, je v zásadě třeba vycházet z toho, že jednájící z objektivního i subjektivního hlediska zajišťuje výlučně vlastní záležitost. Jsou-li preventivní opatření podle objektivních zákonných kritérií záležitostí někoho jiného, pak je na místě domněnka o existenci vůle jednatelství bez příkazu ve smyslu zákonného obligačního vztahu mezi potenciálními účastníky na škodě.

Jestliže mohou být v konkrétním případě nároky na náhradu vynaložených nákladů učiněny proti určitému příkazci, nelze ve vztahu k rozsahu tohoto nároku ponechat stranou skutečnost, že rozhodnutí o tom, která opatření by měla být učiněna, je v první řadě záležitostí příkazce.

Nejdůležitější je otázka oprávněnosti jednatelství³¹ bez příkazu. Podstatná jsou přitom objektivní a subjektivní hlediska užitečnosti. Rozhodujícím kritériem pro posouzení, zda bylo jednatelství bez příkazu oprávněné či nikoliv, je zájem jednatel na provedení dané záležitosti. Podaří-li se mu prokázat, že s tím byla jeho činnost v souladu, pak platí i to, že se mu podařilo prokázat zákonem požadovaný soulad s pravděpodobnou vůlí potenciálně poškozeného.

4. PREVENCE V DELIKTNÍM PRÁVU

4.1 OBECNÁ VÝCHODISKA

Delikt ní právo je podle tradičního a převládajícího pojetí orientováno v první řadě na náhradu škody a až v druhé řadě na prevenci. Jedním z nejvýznamnějších představitelů zastánců tradičního pojetí prevence jako sekundárního cíle delikt ního práva je Koziol,³² který však na druhé straně velmi preventivní působení delikt ního práva podporuje. O tom svědčí jak úprava návrhu novely ABGB z roku 2005 (§ 1297 – povinnost jednat), tak článek 3:103 PETL. Vzdor tomu Koziol přiznává, že dosud nelze v ABGB najít obecnou úpravu povinnosti odvrátit aktivním jednáním škodu druhého, a proto dosud existuje značná nejistota ohledně existence preventivní povinnosti. Steiner³³ však považuje prevenci za prvek, resp. funkci delikt ního práva, neboť předcházení škodě je levnější než kompenzace škody. To ukazují opatření k prevenci jako užitečné sociální investice zvláštního druhu.

Sporná však je tato hierarchizace cílů a funkcí (kompenzace, prevence) delikt ního práva.³⁴

³¹ Ibidem, s. 216.

³² KOZIOL, H.: Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts. *JBl*, 2006, s. 776.

³³ STEINER, v pozn. 29, s. 48.

³⁴ Kötz (KÖTZ, H.: Ziele des Haftungsrechts. In: BAUR, F. et al. (eds.): *Festschrift für Ernst Steindorff*. Berlin, 1990, s. 643 an.) považuje tento koncept za sporný. Kötz se vyvinul v autora, který (vedle G. Wagnera) jednoznačně podporuje tezi o prevenci jako primárním cíli delikt ního práva.

Koncepcí prevence jsou vlastní aspekty, jež jsou pro delikt ní právo klíčové.³⁵ Je poukazováno na to, že výchovné a odstrašující působení³⁶ existuje v oblasti subjektivní i objektivní odpovědnosti, i když je většinovým názorem cílům prevence připisován až sekundární význam. To má zřejmě svoji příčinu v tom, že v soukromém právu si obdobně jako v právu trestním představujeme, že preventivní působení má svého adresáta, který se rozhoduje mezi žádoucím a nežádoucím chováním a jehož chování má být ovlivňováno hrozbou povinnosti k náhradě. Toto chápání jistě není nesprávné, není však schopno vysvětlit, proč je třeba hranici mezi přípustným a nepřípustným chováním vést právě tak, jak to činí platné právo, a nikoliv jinak. Především je tímto způsobem vysvětlována pouze určitá výše působení, které správně chápaný princip prevence uskutečňuje. Pojmovým obsahem prevence je předcházení, což nemá znamenat jen to, aby se jednotlivec v určité nebezpečné situaci choval způsobem odpovídajícím tomu, jak by se ve stejné situaci choval rozumný člověk. Základem je rozsáhlejší cíl, který jednání občanů usměrňuje stanovením odpovídajících podnětů, aby bylo zabráněno škodným událostem, jimž je třeba smysluplně zabránit s ohledem na to, že je s tím spojen zisk v oblasti celospolečenského blaha. Tím je dán prevenčnímu cíli rozměr, který vychází z ekonomické teorie sledující blaho společnosti a vychází z diskuse ohledně cílů delikt ního práva,³⁷ která se v USA vede již dlouho.

K právním normám stanovícím meze regulace chování, jež zároveň generují žádoucí stimuly, patří i předpisy správního a trestního práva. Ona speciální sankce delikt ního práva, prostřednictvím které lze efektivně působit na chování lidí, spočívá v tom, že je ukládána povinnost náhrady škody. Z hlediska ekonomické analýzy práva by mělo být delikt ní právo konstruováno tak, že tomu, kdo způsobil újmu, je povinnost k náhradě škody uložena za podmínky, že zanedbal bezpečnostní opatření, která, byla-li by bývala uskutečněna, předešlo by se nehodě, přičemž náklady na ně by byly nižší než náhrada škody.³⁸

I kdybychom akceptovali, že ekonomické stimuly zprostředkované delikt ními právy v zásadě mohou usměrňovat chování lidí, lze vždy namítnout, že tento test lze uskutečnit jenom za předpokladu, že dojde ke škodě. Tato námitka je závažná, avšak rozhodující význam by měla jenom tehdy, pokud bychom byli při optimalizaci nákladů na předcházení škodě odkázáni výlučně jen na delikt ní právo. Tak tomu však není, protože vedle delikt ního práva existuje celá řada dalších právních oborů, které zde hrají relevantní roli a v jejichž rámci se prevenční efekty z oblasti delikt ního práva projevují rovněž.³⁹

Prevenční následky delikt ního práva jsou správně vyvážené jen tehdy, jestliže náhrada, kterou má škůdce poskytnout, kompenzuje veškerou škodu,⁴⁰ a závisejí na tom, že je škůdce ohrožen povinností k náhradě škody, kterou svým chováním způsobil.

³⁵ Viz DEUTSCH, v pozn. 18, který provádí toto rozlišování (viz 2.4.1).

³⁶ MEDER, S.: Kann Schadenersatz Strafe sein? In: STEINBERG, G. (ed.): *Festschrift für Heinrich Rüping zum 65. Geburtstag*. München, 2008, s. 125 an.

³⁷ Srov. kapitola 5 tohoto příspěvku.

³⁸ KÖTZ, v pozn. 34, s. 652.

³⁹ *Ibidem*, s. 654, 655.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 660.

Z hlediska ekonomické analýzy práva spočívá ústřední úkol deliktního práva v minimalizaci škod v jejich počtu a rozsahu. Hrozící povinnost k náhradě škody má potenciálního škůdce stimulovat k opatrnému a kontrolovanému chování.

Neudržitelné je pak chápání zastávané v převládající judikatuře a nauce, podle něhož je samostatnou preventivní funkcí třeba popřít.⁴¹ Samotná kompenzace škody poškozenému by byla díky zavedení rozsáhlého pojištění nehod jistě jednodušší a výhodnější (úspěšnější).

I bez opuštění základních principů právního myšlení mohou být základní myšlenky ekonomické analýzy práva v teoretické rovině využívány a dále zhodnocovány. Požadavky, jež z výsledků takového bádání vycházejí, lze zařadit celkem do tří oblastí. Nejprve jde o přechod od odpovědnosti za zavinění jakožto základního deliktního principu k režimu objektivní odpovědnosti. Spoluzavinění poškozeného by přitom muselo být ve vztahu k jeho nároku na náhradu škody odpovídajícím způsobem zmírňováno. První podíl na odpovědnosti odpovídající zvláštnímu zvýšenému nebezpečí by dodatečně vedl k usměrňovatelnému rozdělení. Pro jednotlivé oblasti deliktního práva se kromě toho nabízí i zavedení pravděpodobnostních kauzalit.⁴²

Cílem deliktního práva je třeba přizpůsobit zejména pojištění odpovědnosti za škodu. Pojištění tedy nesmí odporovat zásadám deliktního práva orientovaného na prevenci škod. Soutěž na pojišťovacích trzích proto musí být osvobozena od destruktivních regulačních opatření. Aplikaci morálního hazardu (*Moralhazard*) je třeba redukovat prostřednictvím modifikování pojistného.

Deliktní právo by mělo mít za úkol internalizaci veškerých nákladů škodné události do nákladů a užitku zúčastněných. K tomu musí být upravena i vlastnická práva (*property rights*), která je zapotřebí účelně upravit (alokovat). Kromě toho je důležité zpřístupnit hodnocení i škody imateriální. Rozhodujícími oblastmi v této souvislosti ovšem nejsou nenahraditelné škody na zdraví, ztráta života nebo škody ekologické, které se neprojevují v pouhých škodách na vlastnictví nebo v jednoduchých škodách na zdraví.

Prevence v deliktním právu znamená odvrácení škůdce (speciální prevence)⁴³ nebo jiných právních subjektů (generální prevence) od právně nedovoleného jednání. Funkce deliktní odpovědnosti podle převládajícího pojetí naproti tomu tak daleko nesaáh a vychází prostě z respektování právního řádu. Na sankcionovaném by měla být prosazována aplikace porušeného práva, a proto je používán též pojem sankční anebo penální funkce.

4.2 DRUHY DELIKTNĚPRÁVNÍ PREVENCE

4.2.1 NEGATIVNÍ GENERÁLNÍ PREVENCE

Nejčastěji je preventivní orientace deliktní normy spatřována v tom, že má odstrašující účinky na potenciálního škůdce (negativní generální prevence).⁴⁴ Hrozba

⁴¹ SAILER, K.: *Prävention im Haftungsrecht*. Frankfurt, 2005, s. 241.

⁴² Viz OTT – SCHÄFFER, v pozn. 13, s. 92, DEWEES, D. – DUFF, D. – TREBILCOCK, M.: *Exploring The Main of Exident Law*. Oxford University Press, 1998, s. 175.

⁴³ MÜLLER, R.: *Das Präventionsprinzip des Schadenersatzrechts*. Berlin, 2006, s. 290.

⁴⁴ WAGNER, v pozn. 6, s. 428.

odpovědností by je měla přimět k respektování žádoucí péče. Možné náklady by potenciálním škůdcem měly být zahrnuty do kalkulace nákladů. Potenciální škůdce by měl být donucen k tomu, aby zvážil výhody jednání, které k dosažení zvětšených nákladů směřuje. Prevence je tedy vztažena na konkrétní právní statek (subjektivní právo), na jehož ochranu deliktivní norma cílí.

Mnohé názory rozlišují mezi prevencí před činem a po něm.⁴⁵ Prevence před činem by mělo být dosaženo nutnou obranou, krajní nouzí nebo negatorními nároky, prevence po činu by měla odradit konkrétního škůdce od opakování škodlivého jednání v budoucnu. Základním problémem je, že tato interpretace možných preventivních mechanismů není zcela úplná. Zatímco prevence po činu má sociálně preventivní aspekt, prevenci před činem lze chápat ve smyslu preventivní odpovědnosti.⁴⁶ Nutnou obranu lze přiřadit k prevenci primární.

4.2.2 POZITIVNÍ GENERÁLNÍ PREVENCE

Podstatně významnější aspekt lze však spatřovat v rovině posilování důvěry⁴⁷ v právní řád. Jde o důvěru majitele určitého právního statku v existenci a ochranu jeho právních statků vůči zásahům druhých osob.

4.2.3 SPECIÁLNÍ PREVENCE PROSTŘEDNICTVÍM NÁHRADY ŠKODY

Pozitivní aspekt speciální prevence úpravy deliktivního práva je doposud označován jako prevence po činu. Uložením povinnosti k náhradě škody by měl být škůdce motivován k prevenci budoucích poškození. Účel poskytnutí náhrady s sebou nese pozitivní speciálně preventivní efekt právě v tom, že zabraňuje jednání konkrétního budoucího škůdce.⁴⁸

4.3 PODMÍNKY FUNGOVÁNÍ

Základním předpokladem každé preventivní motivace lidského chování je možnost zprostředkovat preventivní podněty danému adresátovi. Tím je především míněno to, že adresát právní normy musí mít vědomost o skutkové podstatě a o hrozící sankci. To je v případě speciálně preventivní orientace relativně méně problematické, protože existuje konkrétní adresát, který je v rámci civilního sporu nebo mimosoudního jednání s obsahem normativního programu konfrontován. Prevence je zde orientována na to, aby bylo zabráněno dalším budoucím poškozením.

⁴⁵ V tom je třeba plně souhlasit se Schlobachem (SCHLOBACH, v pozn. 21, s. 272), který uvádí, že základem u preventivně orientovaného systému deliktivního práva musí být princip kompenzace.

⁴⁶ SCHLOBACH, v pozn. 21, s. 456.

⁴⁷ Ibidem, s. 308.

⁴⁸ LÜDERSEN, K.: *Ökonomische Analyse des Strafrechts und seine Alternative*, 2005, s. 33, 34.

4.4 MOTIVACE ADRESÁTA NORMY

V této souvislosti hovoříme o motivační schopnosti práva, která se vztahuje na poznávací způsobilost adresáta zužitkovat požadované informace a zpracovat je.⁴⁹

Důležité je rozlišování mezi normativním programem, pro nějž v zásadě postačuje teoretická schopnost motivace, a empiricko-metodologickými podmínkami preventivní teorie, které navíc vyžadují i určitou zkušenost.⁵⁰ Jde o ústřední problém teorie prevence, která k posílení vlastní argumentační přesvědčivosti vyžaduje též ověření svých hypotéz empirickým materiálem. Zejména by bylo zapotřebí velmi diferencovaného zkoumání toho, do jaké míry mají existující právní standardy motivační účinky a jak se prakticky projevují jejich změny. V tomto ohledu však existuje jen velmi málo studií, které by dospěly k jednotnému výsledku. Ott se Schäferem prokázali, že existuje statisticky velmi významná korelace mezi zavedením řízení o vyrovnání příspěvků v zákonném pojištění a poklesem četnosti pracovních úrazů.⁵¹ Výsledky tohoto průzkumu sice zřejmě nelze bez dalšího zobecňovat, vyvracejí však alespoň tezi, že stimulační mechanismy nemohou vyvolávat faktické následky.

4.5 PRIMÁRNÍ A SEKUNDÁRNÍ PREVENCE V DELIKTNÍM PRÁVU

Primární prevencí rozumíme souhrn těch opatření, která ve smyslu psychicky sdělitelné kauzality (viz psychická kauzalita)⁵² přímo směřují k zabránění škodní události. Sahají od pouhého zanechání činnosti přes technická bezpečnostní opatření až k zvlášť opatrnému jednání a mohou být uskutečněna jak potenciálním škůdcem, tak i potenciálním poškozeným.⁵³

Sekundární prevencí se chápou všechny právní standardy, které obsahují normativní program primární prevence. Zde se tedy jedná pouze o ovlivňování lidského jednání prostřednictvím právních norem, a tedy o regulaci lidských rozhodovacích procesů formou stanovení určitých motivačních podnětů. Tím samozřejmě ještě není dána odpověď na otázku, zda podnět jednání zprostředkovaný právní normou vychází z normy chování nebo z normy sankční. Důležité však je, že mezi oběma rovinami prevence existuje zřejmý rozdíl. Právní standardy však nejsou jediným základem pro přijetí primárně preventivních opatření, ba právě naopak. Představují zpravidla jenom určitou výšeč okolností, které na jednání jednotlivce působí motivačně. Existují v kontextu morálně etických, ale též hospodářských a ekonomických úvah. Podíl vlivu právních norem není jakousi pevnou veličinou, nýbrž okolností, která se může měnit v závislosti na čase a společenských souvislostech. Na toto působení mají druh a rozsah sankční normy

⁴⁹ Viz SCHLOBACH, v pozn. 21, s. 315, OTT, C. – SCHÄFFER, H.-B.: *AcP*, 1989, s. 501.

⁵⁰ LÜDERSEN, v pozn. 48, s. 65.

⁵¹ OTT – SCHÄFFER, v pozn. 13, s. 142.

⁵² Viz např. KOZIOL, H.: *Österreichisches Haftpflichtrecht*, sv. I. 3. vyd. Wien, 1997, marg. č. 3/6 an. a 4/52 an. a WININGER, B. et al. (eds.): *Digest of European Tort Law*, sv. 1, Essential Cases on Natural Causation. Wien, 1997, s. 193 an.

⁵³ SCHLOBACH, v pozn. 21, s. 311.

jistě svůj vliv, přesný rozsah preventivního působení sankčních norem je však velmi obtížné kvantifikovat.⁵⁴

4.6 VÝVOJ V NADNÁRODNÍM MĚŘÍTKU

V mezinárodním měřítku je bezkonkurenčně nejvýznamnějším ustanovením o preventivní povinnosti v úzkém slova smyslu a odpovědnosti za jejich porušení čl. 4:103 PETL o povinnosti chránit ostatní před škodou („povinnost jednat za účelem ochrany ostatních před škodou může existovat, jestliže tak stanoví zákon nebo jestliže jednajícím vytváří nebo kontroluje nebezpečnou situaci, nebo když existuje zvláštní vztah mezi stranami nebo pokud závažnost újmy na jedné straně a jednoduché odvrácení škody na druhé straně vybízí k takové povinnosti“).

Na první pohled je zřejmá textová podobnost tohoto ustanovení s § 1297 návrhu reformy deliktního práva ABGB a potažmo i s § 2901 NOZ. Význam tohoto klíčového ustanovení spočívá především v tom, že, i když není platným právem, bylo přijato vrcholnými představiteli nauky hlavních evropských jurisdikcí navíc i USA, Izraele a Jihoafrické republiky. Jeho autorita a konec konců i legitimita je tedy značná. Je snad nejpřesvědčivějším (nejpádňějším) důkazem o růstu prevenční funkce deliktního práva. Ačkoliv ve většině jurisdikcí nejen že neexistuje vlastní prevenční povinnost (v úzkém slova smyslu), ale samotná prevence je těmto jurisdikcím neznámá. Vzpor tomu se stanoví obecná povinnost za určitých podmínek a předpokladů zakročit. Základním předpokladem je, že povinná osoba sama vytvoří nebo kontroluje nebezpečnou situaci. Škoda hrozí z nebezpečné situace. Povinen k jednání je ten, kdo takovou situaci vytvořil, ať již sám podnikl anebo povolil její vznik, ačkoliv si musel být vědom rizika nebo alespoň byl za takové riziko, resp. rizikovou situaci odpovědný. Jednání směřující ke vzniku nebezpečné situace nepředstavuje ještě delikt. Tím je takové jednání, které nepředvídá realizaci rizika, jemuž není zabráněno. Jestliže dotčená osoba zanedbá odvrácení škody, může být činěna odpovědnou. Absence nutnosti tedy je podstatným aspektem a jednání povinného bylo od samého počátku nerozumné a proto porušením povinnosti. Jinou situací, která je předpokladem aktivní zakročovací povinností, je zvláštní (specifický) vztah mezi dotčenými osobami. Tak tomu je např. ve smluvních vztazích založených na dobré víře. Zvláštní vztah tak může být založen pouze na faktickém nebo sociálním vztahu existujícím mezi osobami, které se potkaly i náhodně. Konečně povinnost chránit druhé osoby plyne ze situace, kde určitá osoba je si vědoma nebezpečí určité závažnosti a kde není pro ni problém učinit opatření k zabránění rizika, do kterého se ostatní dostávají.

Prevenční povinnost upravuje „nepřímo“ trestní právo stanovením speciálních skutkových podstat trestných činů (např. trestného činu neposkytnutí pomoci (§ 150 TZ).

⁵⁴ Ibidem, s. 409.

4.7 VÝZNAM FUNKCE PREVENCE V DELIKTNÍM PRÁVU (DELIKTNÍ ODPOVĚDNOSTI)

a) Strnulé trvání na kompenzačním principu jako na jediném principu deliktního práva však nelze akceptovat.⁵⁵ BGB za výjimečného přispění Windscheida přijal myšlenku vyrovnání a vyloučil tak z deliktního práva preventivní hlediska, což jeho fungování na dlouhou dobu ovlivnilo. Moderní deliktní právo formované hodnotovou naukou zná mnoho jevů, u nichž se uplatňují jiné principy, zejména pak princip prevence.

b) Hodnotová právní nauka (*Wertjurisprudenz* a *Interessejurisprudenz*) pomohla v prosazení správného poznatku, že rozsah náhrady škody nelze vyvozovat jen z pojmu škody a že výšku této náhrady nelze zjišťovat prostřednictvím pouhé „početní“ operace. Pro normativní určení škody, jež z tohoto poznatku plyne, mají význam též úvahy o prevenci, neboť zjištění škody (zejména imateriální) a výše její náhrady není jen výrazem kompenzačního principu, ale i principu prevence.⁵⁶

c) Nauka o účelu normy prolamuje zásadní separaci důvodu odpovědnosti od jejího rozsahu, jež je podstatná pro kompenzační princip. Rozsah odpovědnosti je určován prostřednictvím přiřítání škody podle účelu normy. Jelikož právní normy zakládající odpovědnost sledují preventivní účely, jsou tyto účely (cíle) prevence rozhodující i pro rozsah odpovědnosti.

d) Preventivní náhrada škody není výrazem archaické jurisprudence, nýbrž prostředkem sankce, který používá celá řada moderních právních řádů. V případech, ve kterých kompenzace škody úkoly odpovědnosti neplní, dochází k uplatnění preventivního principu, jenž je relevantní zejména pro rozsah odpovědnosti. Princip prevence má tedy v tomto případě toliko subsidiární význam. Směrnice 76/207/ES preventivní účel odpovědnosti předpokládá a tak tomu je i v jiných právních úpravách. Princip prevence dává zákonodárci značné možnosti, jakými jsou např. preventivní náhrada škody, punitive damages a jiné trestní sankce, jež ovšem nejsou v našem právu z důvodu rozporu s ústavní zásadou „nulla poena sine lege“ přípustné.

e) Náhrada škody nemůže účel právní ochrany zcela naplnit. V případě difúzních bagatelních škod nemá náhrada odstrašující účinek, neboť zpravidla vůbec není uplatňována. Zisk docílený porušením práva je kalkulován jako vyšší než potenciální škoda. V takových případech lze jako o prostředku odstrašení ve smyslu generální prevence uvažovat o *punitive damages*.

f) Uznání principu prevence nevede k štěpení deliktního práva. Deliktní právo zůstává jednotným oborem, který podléhá principům prevence i kompenzace. Který z těchto principů v konkrétním případě převládne, to závisí na tom, zda jsou splněny podmínky pro přednost principu prevence. Jednotu deliktního práva lze přesvědčivě dokázat tím,

⁵⁵ Srov. MÖLLER, v pozn. 43, s. 290.

⁵⁶ Ibidem, s. 285. BGH ve svém rozhodnutí ve věci princezny Monacké [BGH VI ZR 332/94 (*NJW*, 1995, s. 861), VI ZR 332/94 (*NJW*, 1996, s. 984) a VI ZR 255/03 (*NJW*, 2005, s. 215)], v nichž BGH zohlednil stanovení vysokého odškodnění při zásahu do osobnostních práv též preventivní hlediska.

že kompenzace působí preventivně a preventivní náhrada škody ve smyslu preventivní odpovědnosti předpokládá zase kompenzaci škody.⁵⁷

5. PREVENTIVNÍ FUNKCE DELIKTNÍ ODPOVĚDNOSTI V ČESKÉM PRÁVU

5.1 TRADICE RAKOUSKÉHO PRÁVA

Prevence má v českém, resp. již v československém soukromém právu pozoruhodnou tradici. I když je v nauce pojímána jako jakási zvláštní kategorie občanského práva, její zařazení do systému občanského práva v rámci práva náhrady škody jen dokazuje, že se jedná o součást, resp. funkci deliktního práva. Jeho orientace na prevenci nacházející zřetelný výraz v psaném (kodifikovaném) právu znamená, že české, resp. československé občanské zákoníky zaujímají v tomto ohledu zcela mimořádné postavení ve srovnání s obdobnými kodifikacemi v Evropě. Sotva totiž lze nalézt systém občanského práva s tak výrazným akcentem preventivní funkce deliktního práva (a i práva smluvního, jež ovšem není předmětem tohoto pojednání).

Tato tradice měla však již určité kořeny v ABGB (o.z.o.), který u nás tvořil páteř soukromého práva déle než 30 let. Třetí novelou bylo do o.z.o. zařazeno ustanovení § 1306 a), které je úpravou preventivního působení deliktního práva ve specifické formě krajní nouze. Na rozdíl např. od německého BGB byla v o.z.o. upravena pouze svépomoc v § 19, jejíž preventivní účel mohl být sporný, i když toto ustanovení bylo ve smyslu krajní nouze až do uvedené reformy jako ustanovení o krajní nouzi používáno. Účelem tohoto ustanovení je poskytnout osobě, jež se ocitne pod hrozbou přímého nebezpečí krajní nouze, prostředek, jak toto nebezpečí odvrátit, aniž by bylo její jednání považováno za protiprávní. K záchraně ohroženého zájmu se obětuje zájem cizí méně významný.⁵⁸ Podmínky jednání v právu krajní nouze jsou splněny tehdy, jestliže nebezpečí hrozí bezprostředně a je sto způsobit někomu škodu, a to něčím jiným než protiprávním činem poškozeného, a to buď ohroženému, nebo třetí osobě. Způsobí-li ohrožený při odvracení nebezpečí škodu, zvolil zákonodárce šalamounské řešení, neboť se soudci ukládá uznat, zda a jakou měrou škodu nahradit. Soudce měl vzít v úvahu újmu a její vztah k zachráněné hodnotě s ohledem na vzájemný hodnotový poměr, přihlídnout k tomu, zda poškozený opomněl zabránit škodě, a konečně zvážit majetkové poměry škůdce a poškozeného.⁵⁹ Již v té době se kladla otázka možné negatorní žaloby.⁶⁰ Osnova československého občanského zákoníku upravila otázku krajní nouze

⁵⁷ *Ibidem*, s. 290.

⁵⁸ SEDLÁČEK, J. In: ROUČEK, Fr. – SEDLÁČEK, J. (eds.): *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému*. Praha, 1937, díl 5, s. 822 s odvoláním na Kallaba (KALLAB, J.: *Trestní právo hmotné*. Praha, 1935, s. 83).

⁵⁹ Viz § 1306a ABGB: „způsobí-li někdo v nouzi škodu, aby odvrátil přímo hrozící nebezpečí od sebe nebo od jiných, má soudce uznati, zda a jakou měrou jest škodu nahraditi, uváživ, zda poškozený opomněl zabrániti vzhledem k nebezpečnosti hrozcímu jinému, v jakém poměru byla výše škody tomuto nebezpečnosti nebo konečně jaký majetek má škůdce a poškozený“.

⁶⁰ KRČMÁŘ, J.: *Právo obligační*. 3.vyd. Praha, 1933, s. 347.

dokonce ve třech ustanoveních (§ 1124–1126), přičemž diferencovala formu a cíl útoku jakožto další okolnosti rozhodné pro kanalizaci škody.

5.2 POČÁTKY PREVENCE V ČS. PRÁVU

Podstatné je, že rakouská, ale nakonec i československá a česká koncepce krajní nouze zahrnují obě její formy, tj. jak tzv. pasivní, nazývanou též pomoc v krajní nouzi, tak aktivní, tj. tzv. sebeobranu v krajní nouzi. V prvním případě jde o situaci hrozícího nebezpečí někomu jinému, v druhém případě hrozí nebezpečí tomu, kdo toto nebezpečí odvrací.

Z velmi zjednodušeného konceptu nutné obrany a krajní nouze vyšel občanský zákoník/1950. Ten však zařadil obě tyto kategorie jako specifický výraz preventivní funkce delikttní odpovědnosti do hlavy šestnácté o závazcích k náhradě škody (§ 342 a 343).

Pojetí zákonodárce v těchto případech je značně zjednodušené. Nutnou obranu nijak nespécifikuje a osobu, jež v nutné obraně způsobí útočníkovi škodu, plně liberuje. Důvodová zpráva považuje toto řešení za adekvátní v souladu „jak s právním cítěním pracujícího lidu, tak s obecnými zásadami stanovenými pro odpovědnost k náhradě škody“.

Koncepce krajní nouze naopak primárně ukládala osobě odvracející od sebe nebo jiných subjektů přímo nebezpečí hrozící povinnost jednat. Teprve jako výjimku z této zásady stanoví liberaci za předpokladu, že škůdce nebezpečí nevyvolal. Jak pojetí nutné obrany, tak krajní nouze je evidentně ovlivněno tehdejší trestněprávní naukou (viz § 9 trestního zákoníku, č. 141/1950 Sb.).

Pozoruhodnou konstrukcí občanského zákoníku z roku 1950 je jednatelství bez příkazu (negotiorum gestio) v § 443. Do této klasické římskoprávní instituce je zabudován „cizí element“ spočívající v prevenci (odvracení) hrozící škody. Obstará-li jednající cizí záležitost bez zvláštního oprávnění za účelem odvracení hrozící škody, je principál povinen nahradit jednateli nutné náklady. Tuto povinnost má i tehdy, jestliže úsilí jednatele bez jeho viny nebylo úspěšné. Zákoník nemá pravidlo o tom, kdo hradí škodu, kterou při svém jednání jednající způsobil. Lze zřejmě soudit, že by se tato situace měla řešit v režimu krajní nouze (viz § 443 a 343).

Ještě pozoruhodnější je ustanovení § 443 odst. 2 OZ/1950. Toto ustanovení svědčí o tom, že podle shora citovaného ustanovení nemá jednatel nárok na náhradu škody, která mu při jeho jednání vznikla. To ovšem svědčí o tom, že tato úprava občany k předcházení škodám příliš motivovat nemohla. Tento nárok měl totiž jednatel pouze tehdy, jestliže odvracel významnou škodu. Nárok na náhradu škody se rovnal nároku příkazníka, a to dokonce jenom v případě, že škoda nebyla uhrazena jinak (§ 443 odst. 2).

Součástí režimu prevence občanského zákoníku/1950 je konečně § 353, který umožňuje negatorní žalobu proti tomu, jehož jednání by mohlo vést ke škodě. Této osobě by bylo možné uložit povinnost uskutečnit opatření k odvrácení škody.

Z 50. let 20. století je hlasatelem prevence, a tedy v jeho pojetí nikoliv jako součástí delikttní odpovědnosti, Štefan Luby. Ten totiž za prevenci pokládá i ta jednání, resp. jejich úpravu, kterou za ani zprostředkované předcházení škodě, resp. usměrňování jednání v tomto směru považovat nelze. Koneckonců je matoucí název jeho dvousvazkové

publikace *Prevence a odpovědnost*, v němž se prevencí zabývá z celkových 1265 stránek pouze na stránkách 27.⁶¹

5.3 OBČANSKÝ ZÁKONÍK/1964

Československý zákonodárce postupoval na poli preventivní funkce delikt-ní odpovědnosti milovými kroky. Občanský zákoník/1964 je totiž skutečným pionýr-ským činem a převratem právě v této oblasti.

Zcela mimořádné, ojedinělé úpravy se dostalo československému občanskému právu v občanském zákoníku z roku 1964, který i v jiných směrech dosahoval kvalit naprosto ojedinělého konceptu občanského práva, avšak v negativním smyslu. Došlo např. k odstranění tradiční typologie smluv a jejich nahrazení pojmem služby, a tedy k opuštění římskoprávní tradice občanského práva. Občanský zákoník, jak známo, byl výrazně ovlivněn komunistickou ideologií, jež se projevila např. nahrazením principu dobré víry principem socialistického soužití, svéráznou úvodní částí zásad občanskoprávních vztahů apod. Jeho stručnost byla příznačná. Kupodivu právo náhrady škody, nesoucí pečeť rakouské tradice jednotného pojmání delikt-ní a smluvní odpovědnosti za škodu, byl tímto komunistickým kodexem postižena nejméně.

Ačkoliv se úprava prevence považovala za určitý výdobytek socialistické společnosti a zejména komunistického státu, absurdním způsobem osvědčuje jako pozitivní vklad tohoto typu zákonodárství. Preventivní povinnost, která doznala normativní podoby, je nepochybný krok k transparentnosti a tedy ukázkou evidentního pokroku ve srovnání i s tradičními občanskoprávními systémy. To, co ve francouzském, německém a rakouském právu je záležitostí soudcovského práva či zvyklostí, je v ustanovení § 15, ať jakkoliv jde o generální klauzuli, právním základem povinnosti péče. Ojedinělá je tato úprava i tím, že stanovila jako zřejmě první v Evropě tzv. samaritánskou povinnost,⁶² jež by ve státě založeném na solidaritě měla být jednou z priorit delikt-ního práva. O tom svědčí nakonec i obdobná ustanovení zakotvená později v PETL, DCFR, rakouském návrhu a v jiných projektech.

Naším úkolem je provést stručný popis a posléze analýzu těchto ustanovení jako nutný krok k vymezení preventivní funkce delikt-ního práva v novém občanském zákoníku/2012.

5.4 OBECNÁ PREVENTIVNÍ FUNKCE ODPOVĚDNOSTI ZA ŠKODU

Novem bylo ustanovení § 415, jež má naprosto zásadní význam. Představuje nejen zakotvení obecné, generální preventivní povinnosti, jak se traduje,⁶³ ale

⁶¹ LUBY, St.: *Prevenca i zodpovednost' v občianskom práve*, díl I. a II. Bratislava, 1958.

⁶² Viz WIDMER, P.: O tempora, o mores. In: APATHY, P. et al. (eds.): *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*. Wien, 2010, s. 943. Dále tentýž: Der österreichische Entwurf aus der Sicht des Auslandes. In: GRISS, I. et al. (eds.): *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*. Wien, 2006, s. 132.

⁶³ ŠVESTKA, J.: *Základy teorie prevence v čs. socialistickém občanském právu*. Praha, 1980, s. 7, 28. Původně byl § 415 OZ64 vnímán jen jako samostatně neaplikovatelná zásada; přímý aplikační význam přířkla § 415 OZ64 judikatura teprve později. (Srov. článek MELZER, F.: Ustanovení § 415 občanského

zakládá i konkrétní povinnost, jejichž porušení znamená delikt ní odpovědnost. Její kvalifikace jako závazné právní povinnosti každého dodržovat nejen povinnosti „uložené právními předpisy a povinnosti převzaté smluvně, ale – i bez konkrétně stanoveného pravidla chování – počínat si natolik obezřetně“, aby škoda nevznikla jiným ani jemu samému,⁶⁴ znamená závazek jednání v aktivním, ale i pasivním smyslu za účelem vyloučení škody.⁶⁵

Je nepochybně základem povinností péče, kterou Škárová označuje jako pozornost, bedlivost a ohleduplnost určitého standardu, který je způsobit vždy zabránit vzniku daných škod.⁶⁶

Není-li takováto povinnost stanovena zákonem, „zaskakuje“ tato generální klauzule při stanovení standardu povinnosti, kterou je každý povinen plnit a která je při jejím porušení a splnění dalších předpokladů, zejména vzniku škody, základním měřítkem protiprávnosti jednání. Již v době svého vzniku substituovalo toto ustanovení chybění celé řady právních norem (viz shora stručnost občanského zákoníku), jež jsou v tradičních občanských zákonících součástí skutkových podstat delikt ní odpovědnosti, jako např. škody vzniklé věcí, nebo v různých relativně moderních oblastech činnosti jako je např. sjezdové lyžování apod.⁶⁷

Toto ustanovení však nelze považovat za vyjádření obecné zásady ochrany dobrých mravů v občanskoprávních vztazích, jak se Škárová⁶⁸ domnívá.

Přínosná je tato legislativa především tím, že výslovně stanoví pravidlo povinnosti péče, jež má základy v římské maximě neminem laedere. Jedná se nikoliv o preklamacii, ale závaznou právní normu, jež je výrazem preventivní funkce delikt ní odpovědnosti. Její porušení znamená základ pro kvalifikaci jednání jako jednání protiprávního za předpokladu, že neexistuje žádná zakazovací nebo ochranná norma, jež by takovéto jednání mohla kvalifikovat. Jinak řečeno tato obecná klauzule je substitutem za chybějící skutkové podstaty delikt ní odpovědnosti.

5.5 DALŠÍ SPECIFICKÉ PREVENTIVNÍ POVINNOSTI

Zatímco obecná preventivní klauzule v § 415 znamenala kodifikaci obecné preventivní povinnosti, § 416 OZ/1964 (zrušený v roce 1991) stanovil dvojí specifickou povinnost, a to povinnost oznamovací a povinnost zakročovací. Tyto povinnosti jsou uloženy každému, kdo vzal na vědomí nebo byl povinen vzít na vědomí hrozící škodu. V prvním případě oznamovací povinnost byla vztažena pouze na závažnou škodu a bylo třeba jí realizovat vůči státním či veřejným orgánům. Povinnost zakročovací byla omezena nutností neodkladného zákroku. Zproštěn byl ten, komu brání důležitá okolnost

zákoníku a stanovení protiprávnosti jako předpokladu náhrady škody podle občanského zákoníku. Časopis pro právní vědu a praxi, 2002, č. 3.

⁶⁴ ŠKÁROVÁ, M.: Komentář k § 415 OZ/1964. In: ŠVESTKA, J. et al.: *Občanský zákoník I, Komentář*. 2. vyd. Praha, 2009, marg. č. 2, s. 1187.

⁶⁵ ŠKÁROVÁ, v pozn. 64, marg. č. 1, s. 1187.

⁶⁶ ŠKÁROVÁ, v pozn. 64, marg. č. 4, s. 1187.

⁶⁷ ŠVESTKA, J.: Komentář k § 415 OZ/1964. In: ČEŠKA, Z. et al.: *Občanský zákoník, Komentář*, díl II. Praha, 1987, s. 460, 463.

⁶⁸ ŠKÁROVÁ, v pozn. 64, s. 1187.

(např. důležitější povinnost) anebo vážné ohrožení vlastní osoby nebo osob blízkých. V daném případě jde o klasickou preventivní odpovědnost, neboť porušení zakročovací a oznamovací povinnosti je sankcionováno příspěvkem k úhradě škody v rozsahu přiměřeném okolnostem případu za předpokladu, že jejím splněním by bylo zabráněno bezprostřednímu vzniku škody. Podstatné je, že jak oznamovací, tak zakročovací povinnost se vztahovala nikoliv jen na vlastní škodu hrozící dotčené osobě, nýbrž na jakoukoliv škodu, o které se mohl či měl dotčený dozvědět. S ohledem na specifickou úpravu § 417 (viz dále) se povinnost oznamovací či zakročovací týkala tedy škody hrozící třetí osobě.

Úprava preventivních povinností byla v té době mimořádná: byla výrazem solidarity, jež měla motivovat občany k výjimečnému samaritánství.

Sankční ustanovení v § 425 však bylo tzv. velkou novelou občanského zákoníku/1964 zrušeno v roce 1991, a to, jak vyplývá z důvodové zprávy, „neboť se obdobně jako § 416 úprava ukázala neživotnou“.⁶⁹

5.6 POVINNOST MINIMALIZACE ŠKODY

Ač je součástí extravagantní úpravy preventivní odpovědnosti, představoval § 1417 občanského zákoníku/1964 v podstatě ustanovením o povinnosti minimalizace škody. Ukládá každému, jemuž hrozí škoda, povinnost odvrácení, a to i zakročením, jež je přiměřené okolnostem ohrožení. Jak řečeno, jde o minimalizaci škody v tom smyslu, že i vzniklou škodu je třeba v jejím dalším rozšiřování omezovat. Ustanovení o právu poškozeného domáhat se u soudu uložení povinnosti přiměřeného opatření druhé straně je nadbytečné. Sankcí za porušení této povinnosti je účast na vzniku škody podle tehdy platného občanského zákoníku (viz § 441 o rozdělení škody podle míry zavinění na jejím vzniku).

5.7 USTANOVENÍ O NUTNÉ OBRANĚ A KRAJNÍ NOUZI

Oba tyto právní instituty v § 418 nezasluhují zvláštní pozornosti.

5.8 NÁHRADA NÁKLADŮ SAMARITÁNOVI

Naproti tomu pozoruhodné je ustanovení § 419,⁷⁰ které přiznává tomu, kdo odvracel hrozící škodu, právo na náhradu účelně vynaložených nákladů a náhradu škody, kterou utrpěl. Tento nárok může uplatňovat i proti tomu, v jehož zájmu jednal.

⁶⁹ Viz důvodovou zprávu k § 416.

⁷⁰ TICHÝ, L.: Náhrada nákladů vzniklých při předcházení škodám. In: TICHÝ, L. (ed.): *Vývoj práva deliktovní odpovědnosti za škodu v České republice, Rakousku a Evropě*. Praha, 2005, s. 139 an.

5.9 MODIFIKACE PŮSOBNOSTI OBECNÉ PREVENTIVNÍ POVINNOSTI A ODPOVĚDNOSTI

I za platnosti občanského zákoníku/1964 se objevil v literatuře,⁷¹ pozoruhodný názor jehož podstatou je revize významu § 415 o obecné preventivní povinnosti a odpovědnosti. Tento názor vychází z koncepce § 823 BGB; základem je dělení deliktní odpovědnosti ve vztahu k absolutním právům a dalším právním statkům chráněným tzv. ochrannými normami. jeho autor Melzer dovozuje,⁷² že stanovení preventivních povinností jako podklad pro určení protiprávnosti je omezeno svojí působností jen ve vztahu k porušení absolutních práv. Dochází k závěru, že pojem majetku, resp. majetkové újmy je třeba redukovat na „majetková absolutní práva“. Tento názor se promítl do nového občanského zákoníku zejména při koncepci § 2910.

6. PREVENTIVNÍ FUNKCE DELIKTNÍHO PRÁVA V ÚZKÉM A ŠIROKÉM SMYSLU. PREVENTIVNÍ ODPOVĚDNOST

6.1 OBECNĚ

Účast škůdce na vytvoření rizika, i když třeba nevinná, je klíčovým faktorem. Analýza nečinnosti ve smyslu vytvoření rizika také vysvětluje, proč je právě škůdce odpovědný za zhoršení nebezpečí, tedy za podstatné zvýšení pravděpodobnosti vzniku škody, ač může riziko vzniknout i nezávisle na něm.

Tento postoj vychází z teze, že je morálně nepřijatelné, aby v důsledku obrany nečinnosti byly ohroženy právem chráněné hodnoty, zejména život a zdraví lidí. Významné rozpracování teoretických východisek zaměřených na tyto povinnosti pochází z pera Ribsteina,⁷³ který koncept odpovědnosti za škodu napadá jako oblast zakotvující utilitarismus a ekonomické předpoklady, a pokouší se rozvinout normativní teorii, která bere v úvahu zdravý rozum jednotlivce a snaží se reflektovat morálku.⁷⁴

Problém záchrany je ústřední záležitostí ve vztahu mezi právem a morálkou, mezi smlouvou a protiprávním jednáním a mezi etikou utilitární a deontologickou. Hlavním argumentem pak je to, že odpovědnost za škodu tím, že v sobě zahrnuje i povinnost aktivním jednáním zachraňovat, reflektuje chápání svobody jako odpovědnosti.⁷⁵

V některých právních řádech dosud obecnou úpravu povinnosti odvrátit vlastním aktivním jednáním škodu druhého nelze najít, a proto v nich existuje značná nejistota. Tak tomu je např. v BGB a v německém soukromém právu vůbec.⁷⁶ Je obecně uznáváno, že způsobení škody nečinností je ve velmi zanedbatelné míře možné považovat za protiprávní, na rozdíl od způsobení škody aktivním jednáním. Důvod spočívá v tom, že

⁷¹ MELZER, F.: Ustanovení § 415 občanského zákoníku a stanovení protiprávnosti jako předpokladu náhrady škody podle občanského zákoníku. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2002, č. 3, s. 265 an.

⁷² Viz MELZER, v pozn. 71, s. 269.

⁷³ RIPSTEIN, A.: A Theory of Strict Liability. *Legal Studies*, 1973, Vol. 2, No. 1, s. 176 an.

⁷⁴ Ibidem, s. 179.

⁷⁵ Ibidem, s. 179.

⁷⁶ WAGNER, v pozn. 6, s. 399.

omezení svobody pohybu prostřednictvím příkazů k určitému aktivnímu chování má podstatně menší váhu než zákaz určitého nebezpečného jednání: v posledním případě zůstává tomu, kdo se právní normě podrobí, ještě celá množina alternativních možností chování, zatímco v prvním případě je donucován k jednomu zcela určitému jednání.

6.2 PREVENTIVNÍ POVINNOST A PREVENTIVNÍ ODPOVĚDNOST

6.2.1 ZÁKLADNÍ POJMY

Již v předchozí kapitole jsme opustili nejen oblast generální prevence, tedy usměrňovací funkce právních norem, ale i obecné nauky o prevenci vůbec. V této kapitole je předmětem našeho zájmu tzv. preventivní odpovědnost. K jejímu porozumění je třeba blíže vysvětlit preventivní funkci deliktního práva. Ta spočívá nejen v odrazování člověka od škodlivého (škodného) jednání a zmírňování již vzniklé vlastní škody (způsobené i třetími osobami) pod sankcí náhrady (či kvalifikované náhradě charakteristické pro odstrašující, tj. kvalifikovaně preventivní funkci deliktního práva), ale i v motivaci (spíše přinucení) člověka k „pozitivnímu“ konání ve prospěch třetích, jimž škoda hrozí či již nastala, a to pod sankcí za nesplnění této samaritánské povinnosti.

Zatímco preventivní funkce deliktního práva v širším slova smyslu (viz shora) spočívá ve stanovení preventivní odpovědnosti vůči vlastnímu jednání a jeho následku, tedy „vlastní“ hrozící škodě, samaritánská povinnost, jež je výrazem preventivní funkce deliktního práva v úzkém slova smyslu, se týká jednání vůči třetím osobám, jimž škoda hrozí, nebo již vznikla.

Vztah povinné osoby k vlastnímu, resp. cizímu ohrožení či nastalé škodě je tak kritériem rozlišování preventivní funkce v širším a užším (úzkém, vlastním) slova smyslu.

Lze očekávat kritické názory ohledně těchto názorů. Konzervativní, ale i liberální koncepce soukromého práva, vycházející z panství autonomie vůle a jí blízké maximy *casum sentit dominus* (jež se ovšem vztahuje jen na náhodu), mohou v těchto myšlenkách spatřovat „socialistickou teorii lidského inženýrství“ či podobné novotvary. Tyto názory⁷⁷ se mohou opírat o skutečnost, že preventivní funkce deliktního práva byla po dlouhou dobu mimo pozornost jak laické, tak odborné veřejnosti a její „objevení“ či znovobjevení přichází až v poslední době. To se však děje s mimořádnou vehemencí a pozoruhodným významem a dopadem.

Důkazem zásadního obratu jsou jak změny kodifikací, tak názory v науce. Zařazení článku 2:104 (Preventive Expenses) do principu evropského deliktního práva (Principles of European Tort Law) je značným posunem vzdor určité pasivní opozici zejména anglosaských představitelů v evropské skupině deliktního práva. Toto ustanovení nepředpokládá povinnost či dokonce preventivní odpovědnost (potenciální) poškozeného, avšak sankcionuje škůdce, když mu ukládá uhradit náklady spojené s preventivními opatřeními, jež směřovaly k zabránění či odvrácení hrozící škody. Tato opatření se týkají jak vlastní, tak „cizí“ škody. Jejich náhrada může být velmi významná, neboť její horní hranici je výše hrozící škody. Tak např. to znamená, že potenciální škůdce je povinen

⁷⁷ K tomu srov. např. SPIELBÜCHLER, R.: *Dankt der Gesetzgeber ab? JBl*, 2006, s. 353 an.

uhradit náklady k zabezpečení staveb, nemovitostí apod. proti sesuvu či pádu.⁷⁸ Podstatně významnější dosah má koncept prevence, resp. preventivní funkce deliktního práva v návrhu novely deliktního práva rakouského ABGB.

6.2.2 POJETÍ § 1297 NÁVRHU REFORMY ABGB

Přelomové je ustanovení § 1297 reformního návrhu, které je příkladem vlastní, pravé preventivní povinnosti resp. odpovědnosti („každý je povinen zabránit škodě hrozící třetímu, jestliže je k ohroženému v blízkém poměru, nebo jestliže to okolnosti dovolují či vytvořil zdroj nebezpečí nebo jej udržuje anebo jestliže mezi hrozící škodou a úsilím spojeným s odvrácením škody existuje příkrý nepochopitelný poměr“). Toto pravidlo je nejen revoluční v samotném Rakousku, jehož právní systém obecnou pozitivní preventivní povinností neznal, ale v celém západním tradičním světě. Je tomu tak proto, že se stanoví povinnost k aktivnímu konání ve prospěch druhých a tudíž se omezuje svoboda jedince, a to podstatně závažnějším způsobem ve srovnání se zákazem určitého nebezpečného chování (jednání). Zatímco jednání, které je konformní se zákazem, může být uskutečněno různými formami (způsoby), povinnost jednat nepřipouští žádnou volbu. O zásadní změnu v nahlížení na preventivní funkci deliktního práva jde i vzdor tomu, že povinnost k jednání je omezena určitými předpoklady, resp. podmínkami. Za porušení této povinnosti stihá „neúspěšného“ samaritána povinnost k náhradě škody, jak to logicky dovozuje Widmer.⁷⁹

6.2.3 PREVENTIVNÍ FUNKCE DELIKTNÍHO PRÁVA

Ještě pozoruhodnější je obrat v teorii. Existují prominentní autoři, kteří jsou přesvědčeni o tom, že primární funkcí deliktního práva je funkce prevence, resp. preventivní funkce a funkce kompenzační je až na druhém místě. K tomuto okruhu velmi vlivných autorů patří nejen američtí autoři, ale na evropském kontinentě Hein Kötz a Gerhard Wagner.⁸⁰ Jejich teorie má základ v ekonomické analýze deliktního práva, na jejímž základě dokazují, že prevence, resp. preventivní povinnost je v přímé souvislosti se snižováním transakčních nákladů. Tímto aspektem se však v rámci omezeného rozsahu tohoto příspěvku nemůžeme dále zabývat).

Prevence resp. ochrana zájmů třetích osob se nevyskytuje jen v oblasti deliktního práva. Paralelní k těmto tendencím je vývoj i v dalších oblastech soukromého práva. Společným jmenovatelem těchto jevů je zájem o „okolí“ a ochranu jeho právních vztahů. Proto vznikla a prosadila se a dokonce našla svoje místo i v kodifikovaném právu teorie odpovědnosti za důvěru (tzv. Vertrauenshaftung),⁸¹ ochrana třetích např. v oblasti culpa in contrahendo či deliktní odpovědnost stran smlouvy za škody vzniklé třetím osobám např. z ukončení smluvního vztahu apod.

⁷⁸ MAGNUS, U. In: *Principles on European Tort Law*. Wien, 2005, s. 37, 38.

⁷⁹ WAGNER, v pozn. č. 3, s. 11.

⁸⁰ WIDMER, v pozn. č. 62, s. 129.

⁸¹ CANARIS, C.-W.: *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München, 1971.

Obdobně jako v případě diferenciacie širokého a úzkého pojetí preventivní povinnosti⁸² lze rozlišovat i preventivní odpovědnost v širokém smyslu na straně jedné a v úzkém, vlastním smyslu na straně druhé. V prvním případě vzniká tato deliktární odpovědnost jako důsledek porušení obecné preventivní povinnosti⁸³ porušením, resp. nedodržením standardu péče. Vlastní preventivní odpovědnost je právní vztah vzniklý v důsledku nedodržení povinnosti aktivně konat ve prospěch třetí osoby (samaritánská preventivní povinnost) a v důsledku toho dochází ke vzniku sekundární povinnosti k náhradě škody, která vznikla v důsledku nesplnění samaritánské povinnosti.

6.3 PREVENTIVNÍ FUNKCE DELIKTNÍHO PRÁVA V NOZ

6.3.1 PŘEHLED

V samotném základu koncepcie preventivní funkce deliktárního práva navazuje občanský zákoník/2012 na svého předchůdce, občanský zákoník z roku 1964. Činí tak přesto, že samotná důvodová zpráva je k zakotvení prevence a jejím následkům relativně velmi skeptická, když nebere v úvahu poslední vývoj, o kterém je řeč shora.

I NOZ obsahuje generální nepřímou preventivní povinnost (§ 2900), zavedl zakročovací povinnost mezitím v roce 1991 zrušenou v OZ/1964 (viz § 416 OZ/1964 a § 2901 NOZ), zná obdobně jako OZ/1964 oznamovací povinnost (viz § 417, resp. § 2002) a konečně upravil sankci za nedodržení preventivní povinnosti potenciálního poškozeného, nikoliv však selhavšího potenciálního zachránce (samaritána – § 2903).

Podstatou i strukturou vlastní úpravy zůstal zákonodárce NOZ věren původní československé koncepci.

Obsah preventivní funkce, a to jak v rovině povinnosti, tak odpovědnosti za její nedodržení, je však do značné míry odlišný. Liší se především svým rozsahem (působností) obecná preventivní povinnost.

6.3.2 OBECNÁ PREVENTIVNÍ KLAUZULE § 2900 NOZ

Ve smyslu své působnosti byla obecná preventivní klauzule § 415 OZ/1964 koncipována a vykládána s ohledem na její působnost zcela jednotně. Nebylo pochyby o tom, že její věcná působnost není omezena a tedy jinými slovy týká se všech oblastí, resp. právních vztahů bez rozdílu. Vymezení uvedené ohledně škod se jednak shodovalo s chápáním škody obecně, jednak bylo interpretováno jako příkladné. Jinak řečeno, obecná preventivní povinnost se vztahovala vůči hrozící škodě bez ohledu na to, o jaký druh škody se jednalo.

Na rozdíl od této úpravy je obsah preventivní povinnosti § 2900 NOZ dvojím způsobem omezen.

První omezení se týká předpokladu, resp. podmínek plnění povinnosti prevence, tedy omezení, které předchází úprava neznala. Okolnosti případu, tedy otázku jakési kon-

⁸² Viz shora v tomto příspěvku ad 6.2.

⁸³ Viz dále 6.3.2.

krétní spravedlnosti je třeba posuzovat na základě obecných principů předvídatelnosti průměrným jedincem a zásadou dobré víry (poctivosti). V některých případech jistě bude relevantní měřítko dobrých mravů. Kvazinormativní pravidla soukromého života znamenají reflexi jednak obecné, jednak regionální či specificky (sektorově) podnikatelské praxe a zkušenosti.

Druhým omezením či vymezením je vyloučení povinnosti předcházení či omezení škody na vlastních absolutních právech poškozeného.

Obecná preventivní klausule je však jen jiným vyjádřením povinnosti péče zakotvené v § 2912.

6.3.3 PREVENTIVNÍ ODPOVĚDNOST

6.3.3.1 ZAKROČOVACÍ POVINNOST A SANKCE ZA JEJÍ NESPLNĚNÍ

Textace zakročovací povinnosti silně připomíná návrh reformy deliktního práva rakouského ABGB v § 1297, kterým je nepochybně silně ovlivněna. Podstatné je, že jde o typickou samaritánskou povinnost ve prospěch druhého srovnatelnou s povinností ve zrušeném § 416 odst. 1 věta druhá OZ/1964. Omezení této povinnosti jsou však ve srovnání s předchozí úpravou podstatnější a konkrétnější. Neomezenou povinnost má jen škůdce, tj. osoba, která slovy zákonodárce „vytvořila nebezpečnou situaci (v takovém případě nejde o vlastní preventivní odpovědnost) nebo nad situací, kterou vytvořil i někdo jiný, má kontrolu“. Obdobně jako rakouská navrhovaná úprava vztahuje se bez omezení zakročovací povinnost pouze na situaci poměru mezi osobami. Myslí se tím zřejmě úzký poměr osob blízkých mezi povinným a ohroženým. Obdobně reflektuje rakouský návrh poslední skutková podstata zakročovací povinnosti za situace nepoměru mezi úsilím k zákroku a hrozcí závažností škody.

Neúspěšný samaritán je sankcionován přísněji, než stanovil v mezidobí zrušený § 425 OZ/1964. Zatímco v předchozí úpravě se sankce omezovala na příspěvek k úhradě škody, a to v rozsahu přiměřeném okolnostem a jen tehdy, jestliže škodu nebylo možné uhradit jinak. Takováto omezení podle platné úpravy neplatí. S jedinou výjimkou přiměřenosti okolnostem daného případu. I když ve skutečnosti i v tomto případě může jít pouze o příspěvek na úhradu škody. Omezení absence povinnosti náhrady ze strany vlastního škůdce nepřichází v úvahu. Řešení bezdůvodného obohacení poškozeného není předmětem tohoto příspěvku.

6.3.4 OZNAMOVACÍ POVINNOST PODLE § 2902 A ABSENCE SANKCE ZA JEJÍ NESPLNĚNÍ

I oznamovací povinnost znovu zavedená po jejím zrušení v roce 1991 v OZ/1964 (viz § 416) vychází v podstatě z předchozí úpravy. Vykazuje však na první pohled značný nedostatek. Povinnost oznámit se vztahuje k osobě, které může z porušení právní povinnosti oznamovatele vzniknout újma. Nedostatkem tedy je, že oznamovací povinnost se týká pouze případu porušení povinnosti oznamovatele a nikoliv obecně hrozcí škody. Druhý nedostatek se týká adresáta oznamovací povinnosti. Nejen v pří-

padě, kdy potenciálně poškozený nemusí být dostupný, ale oznamoval sám, není mnohdy způsobilý zabraňovat hrozící újmě. Je proto podstatně účinnější oznamovat hrozící újmu entitám či osobám, které jsou odborně způsobilé zakročovat a tak předejít vzniku či rozšíření nebezpečí. Druhá věta tohoto ustanovení, která upravuje spoluúčast škůdce na škodě, sem z hlediska systematického nepatří (stejně tak je nadbytečné ustanovení v § 2903 o právu na negatorní žalobu).

6.4 PREVENCE JAKO MÍRA PROTIPRÁVNOSTI

6.4.1 DVOJÍ PROTIPRÁVNOST PODLE § 2910 NOZ A JEHO KRITIKA

Srovnáme-li § 2900 a § 415 občanského zákoníku/1964, zjišťujeme, jak již bylo shora řečeno,⁸⁴ v těchto základních normách několik rozdílů. Změny oproti předchozí základní skutkové podstatě prevence spočívají v řešení její věcné působnosti. Nejvýznamnější rozdíl představuje redukce preventivní povinnosti na absolutní práva, neboť povinnost péče je stanovena jenom tak, aby nedocházelo „k újmě na svobodě, životě, zdraví nebo vlastnictví jiného“.

Základem tohoto omezení je oproti předchozí úpravě nová koncepce protiprávnosti jako předpokladu odpovědnosti za škodu stanovená v § 2910 NOZ. Tomuto ustanovení byl modelem § 823 odst. 1 a 2 BGB. Protiprávnost je stanovena dvojnásobným způsobem v závislosti na předmětu ochrany. Zatímco v případě absolutních práv, jimiž jsou ta, jež se vztahují k výše uvedeným hodnotám svobody, života, zdraví a vlastnictví, je míra protiprávnosti vymezena jako porušení povinnosti stanovené zákonem je v případě porušení jiných práv míra protiprávnosti vyšší, neboť se vyžaduje porušení zákonné povinnosti stanovené na ochranu takových práv.

Protože obecná preventivní povinnost (povinnost péče) stanovená v § 2900 se vztahuje pouze k absolutním právům, není možné za protiprávní jednání a tedy základní předpoklad odpovědnosti za škodu (deliktní odpovědnosti) považovat jednání ve vztahu k jiným než absolutním právům porušení obecné preventivní povinnosti. V případě porušení těchto (jiných) práv lze totiž dovozovat deliktní odpovědnost jenom tehdy, došlo-li k porušení zákonné povinnosti na ochranu těchto práv (§ 2910, věta druhá in fine). Těmito právy jsou např. některá věcná práva, jako práva požívací či užívací, zástavní právo na nemovitostech a pohledávkách, práva týkající se budoucího majetku na základě smluv o smlouvách budoucích, práva honitby, cesty, průchodu, vody, právo držby, veškerá práva obligační (pohledávky), průmyslová a autorská práva a další, jež nepatří do kategorie práv absolutních.

Tradičním důvodem⁸⁵ odpovědnosti je nedostatek předvídatelnosti počtu poškozených či jinak dotčených osob a rozsahu možných škod. Důvodem však není výše škody, resp. její náhrady, nýbrž okolnost, že v důsledku každého jednání mohou být ohroženy majetkové zájmy velké množiny osob a v důsledku toho mohlo dojít k nepředvídatelným odpovědnostním rizikům. Následkem toho by hrozila určitá krize svobody jednot-

⁸⁴ Viz 5.4 výše.

⁸⁵ Viz např. v rakouském právu rozhodnutí rakouského nejvyššího soudu (OGH) 5 Ob 262/01 a dále k tomu KOZIOL, H.: *Grundfragen des Schadenersatzrechts*. Wien, 2010, s. 193 an.

livce. Ochrana čistě majetkových zájmů, jež jsou obsaženy v těchto jiných právech, jež nelze jasně vymezit, by mohla vést k mimořádné zátěži i hospodářského styku a v důsledku toho i omezení svobody.

Tyto důvody, ať jakkoliv na první pohled závažné, však ve svém celku nepřesvědčují. Platí totiž, že odpovědnost za čistou majetkovou újmu je o to spíše důvodná, čím je menší (nižší) nebezpečí neohraničitelného počtu poškozených. Odpovědnost za tyto škody je tím spíše odůvodnitelná, oč slabší je ochrana čistých majetkových zájmů; čím méně je tato ochrana spojena s dodatečnými povinnostmi péče a tím s dalšími omezeními svobody druhých. Odpovědnost za tyto škody je o to více důvodná, čím intenzivnější je vztah mezi zúčastněnými.

Dále platí, že tato odpovědnost je dána tehdy, jestliže je vysoká pravděpodobnost, že jiné osoby budou podníceny k preventivním akcím.

Odpovědnost za tyto škody je důvodná též proto, že možný poškozený nemá jinou možnost obrany.

Její opodstatnění je i v těch případech, v nichž škůdci byly známy finanční zájmy, a jednotlivé škody lze jasně vymezit. Oprávněná je tato odpovědnost i tehdy, jestliže škůdce jednal úmyslně.

Tak, jak to bylo pravidlem v případě § 415 občanského zákoníku/1964, platí to i v případě § 2900, že totiž preventivní povinnost je subsidiární k zákonné povinnosti stanovené v jiném předpise, a proto by se toto pravidlo mělo vztahovat i na porušení jiných práv a odpovědnost za škodu na nich by neměla být omezena pouze na porušení ochranných zákonů. Jinak řečeno, porušení obecné preventivní povinnosti v § 2900 by mělo být předpokladem delikt ní odpovědnosti i ve vztahu k těmto jiným majetkovým právům.

6.4.2 STANDARD PÉČE JAKO MĚŘÍTKO PROTIPRÁVNOSTI

6.4.2.1 OBECNĚ

Obdobně jako převážné většiny jurisdikcí, které považují protiprávnost za předpoklad delikt ní odpovědnosti, přihlásil se i český zákonodárce k teorii protiprávnosti jednání a nikoliv protiprávnosti následků,⁸⁶ jak to vyplývá z dikce § 2910 („vlastním zaviněním poruší povinnost stanovenou zákonem...“). Tímto zákonem může být jednak konkrétní ustanovení právního předpisu, jednak – subsidiárně – porušení preventivní povinnosti stanovené v § 2900. Lze tak vycházet z toho, že přímá porušení práva jsou bez dalšího protiprávní, neexistují-li zprošťující zákonné důvody. Protiprávní jednání v takových případech neexistuje poté, co bylo dokonáno porušení práva, nýbrž již v případě ohrožení absolutního práva. Dojde-li však ke škodnému následku pouze nepřímým jednáním nebo dokonce opomenutím, je pro kvalifikaci takového jednání jako protiprávního zapotřebí porušení povinnosti péče.

Povinnosti péče na ochranu absolutních práv nejsou výrazem povinností platných pro každého, nýbrž jsou částí zvláštního režimu jednání, který vyplývá z konkrétního

⁸⁶ Z nepřeborné literatury viz např. WAGNER, G. In: MúKo 5. vyd., díl III. München, 2009, komentář k § 823 BGB marg. č. 5, s. 1740 a KOZIOL, v pozn. 85, s. 173 an.

vztahu. Zapojení ochrany absolutních práv do tohoto režimu se odůvodňuje zvláštní povinností působení na druhého a jeho práva.

Protiprávní je proto každé jednání, které zasahuje do cizích práv, aniž je k tomu jednajícím oprávněn. Důsledek porušení představuje protiprávnost. Ospravedlňujícími důvody jsou nutná obrana, krajní nouze nebo svépomoc. Pro zjišťování její závažnosti (závažnosti porušení) je třeba používat objektivní měřítko.

6.4.2.2 DRUHY PREVENTIVNÍCH POVINNOSTÍ

Povinnosti péče lze členit do dvou skupin, a to zabezpečovací povinnosti a povinnosti péče (sociální povinnosti).

6.4.2.3 ZABEZPEČOVACÍ POVINNOSTI A JEJICH DRUHY

Zabezpečovací povinnosti se týkají zásadně každé osoby ohledně její vlastní sféry, totiž vlastního jednání a vlastních věcí. Platí, že každý musí své jednání přizpůsobit tak a své věci udržovat v takovém stavu, aby nedošlo k porušení třetích osob, kterým se lze předejít při použití adekvátního nákladu.

Platí zásadní pravidlo a obecná povinnost nevyvolávat či nezpůsobovat nepřiměřená nebezpečí.

Povinnosti se týkají jednak samotného jednání, jednak věcí. Vztahují se na povinnosti zabezpečovací ve vztahu k veřejným cestám, nemovitostem a dalším. Dále jde o kontrolu nad jinými zdroji nebezpečí, ať jimi jsou movité či nemovité věci. Jinou povinností je povinnost péče při uvádění věcí do oběhu. Jednání se týkají zabezpečovací povinnosti v případě nakládání s nebezpečnými věcmi, jako jsou odpady, ale i poskytování nejrůznějších služeb.

6.4.2.4 SOCIÁLNÍ POVINNOSTI

Ty se týkají především osobní sféry a poměru k blízkým osobám.

Tím se však tyto povinnosti nevyčerpávají. Jejich součástí jsou např. lege artis. Lékař je povinen předvídat zhoršení stavu pacienta a odvrátit rizika z toho plynoucí. Učitel je povinen chránit jemu svěřené žáky před nebezpečím, jimiž se mohou sami vystavit (např. při provozování sportu). Existuje i obecná sociální povinnost zabránit škodě, kterou si mohou způsobit osoby handicapované apod.

6.4.2.5 ROZSAH A INTENZITA POVINNOSTÍ PÉČE

Prvním předpokladem je faktická a právní možnost jejich uskutečňování.

Zde platí určitá měřítko (standardy) jako předpoklady uskutečnění povinností péče a tedy i jakožto hlediska pro její nesplnění (porušení).

6.4.2.6 ZÁSADY A HLEDISKA OVLÁDNUTÍ NEBEZPEČÍ

Prvním předpokladem je existence faktické a právní možnosti usměrnění nebezpečí. Povinnosti péče existují jen v rámci faktických a právních možností jednání, jež jsou k dispozici uskutečňovateli zabezpečovacích povinností. Občan nesmí v zásadě zasahovat např. do silničního provozu, i když hrozí nebezpečí, protože k tomu je oprávněna především policie.

6.4.2.7 NÁKLADY A UŽITKY PROVEDENÝCH OPATŘENÍ

Standard péče je dán vážením nákladů a užiteků zabezpečovacích opatření. Rozhodujícími faktory je výše škody a stupeň pravděpodobnosti jejího vzniku (způsobení).

Dalším faktorem jsou povinnosti poškozeného zahrnující jeho opatření k zabránění či zmírnění škody. Standard péče je tak reciproční, přičemž rozhodující je zásada důvěry a předvídání, jakož i možností poškozeného. Požadovaná péče předpokládá míru konkrétních situací objektivně vyžadovaných v preventivních činnostech (úsilí). Měřítkem je představa o odstranění nebezpečí perspektivou jeho pozorovatele.

Zvláštní kritéria platí v případě specifických situací, zejména s účastí zvláštních souborů osob. K těm patří osoby potřebné, mladiství, staré osoby, osoby handicapované. Kritéria péče v těchto situacích jsou odpovídajícím způsobem nižší.

Rozhodujícím časovým okamžikem pro zjištění protiprávnosti je doba jednání, jež je příčinnou porušení práva.

6.5 PŘEDPOKLADY PREVENTIVNÍ ODPOVĚDNOSTI

Tak jako každá delikt ní odpovědnost⁸⁷ vyžaduje i preventivní odpovědnost splnění základních předpokladů. Ty můžeme diferencovat na základní, kterými jsou porušení povinnosti, škoda, dále předpoklady přičitatelnosti, kterými jsou kauzalita a zavinění.

Tyto předpoklady se neliší v případě obecné preventivní povinnosti, či zakročovací povinnosti, nebo u povinnosti oznamovací. Odlišnosti jsou v subjektu povinného. Každá z uvedených tří skutkových podstat má totiž i rozdílnou osobní působnost.

6.5.1 OBECNÁ PREVENTIVNÍ POVINNOST PODLE § 2900 NOZ: PROTIPRÁVNOST

Protiprávně jedná každý, kdo zasáhne do absolutních práv druhého. Platí tedy povinnosti péče vyžadované především jako důsledek zásahu do absolutních práv. Celá řada jednání zdravotnického personálu bude nepochybně v režimu preventivní povinnosti. Typicky půjde o posouzení i ve smyslu jednání lege artis.

Ohledně osobní svobody jsou relevantní protiprávní jednání, ve většině případů postizitelná i trestněprávně, která však mají civilně delikt něprávní aspekty. Jde o případy mobbingu a stalkingu.

Dalšími případy jsou situace umělého oplodnění a poruch při nakládání s embryem, resp. s nenarozeným dítětem. Jde o případy dítěte jako škody včetně poškozených norozeňat.

Do oblasti porušení svobody patří různá trestná jednání omezující svobodu, týrání včetně psychického.

⁸⁷ Viz k tomu TICHÝ, L.: Prävention im Haftungsrecht: Ansatz zu einer Revision. In: APATHY, P. et al.: *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*. Wien, 2010, s. 905 an., a týž: On Prevention in Law: Special Focus on Tort Law. In: TICHÝ, L. – HRÁDEK J. (eds.): *Prevention in Law*. Praha, 2013, s. 9, 26 an.

Další oblast představuje zásah do vlastnictví. V této oblasti existuje bezpočet druhů zásahů. Jde o samotné porušení věci, nevhodné působení na hmotný předmět, další poruchy ohledně použitelnosti věci.

Vnějšími vlivy je ohroženo životní prostředí.

Škodou je každá újma, k níž dojde v souvislosti s jednáním škůdce. Do jaké míry je oprávněná též následná škoda, je otázka kauzality.

Předpokladem preventivní odpovědnosti je zavinění. Sotva bude moci být uvažováno o úmyslu. Postačí však prostá nedbalost. Ohledně kauzality se v této otázce poukazuje na obecné nauky.

6.5.2 OZNAMOVACÍ POVINNOSTI PODLE § 2902 NOZ

Povinný je pánem situace. Předpokládá se totiž, že je mu známo porušení jeho právní povinnosti nebo hrozící porušení. Pak má oznamovací povinnost. Oznamení se musí uskutečnit bez zbytečného odkladu, tj. kdy mu nebrání v uskutečnění jeho povinnosti a překážka, kterou není schopen překonat. Obsahem oznamení je upozornění na potenciální újmu. Nestane-li se tak, porušil nejen svoji původní právní povinnost, ale i povinnost preventivní, která je mu uložena zákonem. Oznamení musí být adresováno potenciálně poškozené osobě. Současně zákonodárce poškozenou osobu považuje za jediného adresáta. To ovšem při doslovném výkladu nemusí vést k uspokojivým výsledkům, jimiž nepochybně nejsou pouze splnění povinnosti potenciálního škůdce, ale především odvrácení újmy. To nelze provést, není-li potenciálně poškozená osoba dosažitelná. Konec konců i v takovém případě je mnohdy účinnější profesionální zásah (který např. poškozený není schopen s ohledem na stáří přivolat). Současný zákonodárce se nepochybně chtěl vyhnout dikci tehdejšího § 416 odst. 1 věta první, a jako adresáta oznamovací povinnosti uvést „orgán“. Výklad povinnosti potenciálního škůdce by však měl, sleduje účel zákona, směřovat k přivolání profesionální pomoci a tedy sledovat extenzivní interpretaci § 2902 NOZ.

6.5.3 ZAKROČOVACÍ POVINNOST PODLE § 2901 – PREVENTIVNÍ POVINNOST V ÚZKÉM (VLASTNÍM) SMYSLU

Jde o skutkovou podstatu, která má svůj vzor v § 1297 reformy ABGB, resp. v čl. 4:103 PETL. Protiprávně jedná ten, kdo neuposlechne příkazu této normy a zůstane pasivní. Jde tedy o odpovědnost za nekonání (opomenutí konat).

I v těchto případech je předpokladem odpovědnosti zavinění. I zde postačí prostá nedbalost.

Ostatní předpoklady odpovědnosti se nevymykají obecnému chápání škody.

Podstatný je výklad některých relevantních pojmů, jež jsou základem protiprávnosti. Prvním pojmem je vytvoření nebezpečné situace. V tomto ohledu postačí, přispění či spoluúčast na takové situaci. Situace nemusí být objektivně nebezpečná. Rozhodující je její vnímání poškozeným.

Kontrolu nad touto situací má ten, kdo je způsobilý ji zvládnout, aby nezpůsobila negativní následek, především škodu. Relevantní je rozhodující kontrola. Sdílí-li kont-

rolu s dalšími subjekty, platí, že odpovědný může být jen ten, kdo je oprávněn svobodně konat.

Povaha poměru mezi osobami znamená, že povinný je v postavení, v němž rozhoduje o vztazích k dalším osobám. Jde např. o poměr povinného – otce k jeho dítěti apod. který je v postavení podřízeného, jemuž je vlastní akceptace příkazů povinného.

Standard povinnosti ve třetím případě je relativně velmi blízký. Předpokládá se bezproblémová možnost odvrátit újmu. Povinný musel alespoň vědět, že hrozí újma a tato újma zjevně, tj. výrazně převyšuje investici, která je spojena se zákrokem. Je zřejmé, že tyto předpoklady jsou kumulativně obtížně dosažitelné.

7. ZÁVĚRY

1. Prevence je legitimní součástí civilního práva.
2. Prevenci je jakožto významný právní institut podle jejího zaměření, cílů a prostředků možno diferencovat na prevenci primární a sekundární, prevenci *ex ante* a *ex post*, prevenci generální a speciální, prevenci pozitivní a negativní. Toto teoretické abstraktní dělení má však pouze didaktický význam.
3. Při používání konceptu prevence je třeba mít na zřeteli též ostatní principy soukromého práva se zvláštním zřetelem na jeho jednotlivá odvětví.
4. Existují zvláštní právní instituty, které mají za cíl především předcházet vzniku negativních následků. Patří k nim svépomoc, nutná obrana, krajní nouze a jednatelství bez příkazu.
5. Prevence je vedle nápravy škody druhým cílem deliktního práva.
6. Obecná prevence (prevence v širokém smyslu), jako jeden z výrazů povinnosti péče, je však jen vedlejším následkem nahrazovací funkce deliktního práva.
7. Za současného stavu právního vědomí lze konstruovat preventivní povinnost v úzkém (vlastním) smyslu a preventivní odpovědnost, která znamená povinnost nést následky nesplnění povinnosti předejít negativnímu následku. Tato odpovědnost je ve svých předpokladech omezena mírou standardu péče, vztahem k ohroženým hodnotám a mírou rizika jednajícího (povinného).
8. Využívání preventivní funkce včetně její extenzivní formy preventivní odpovědnosti je nejen dogmaticky, ale z hlediska prosazování práva zcela zřejmě efektivnější než akcentace trestněprávních prvků soukromého práva.⁸⁸

⁸⁸ KOZIOL, H.: Punitive Damages: Admission in the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions. In: KOZIOL, H. – WILCOX (eds.): *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Wien, 2009, s. 275, 293 an., 305 an.

KONTROLA SMLOUVY, VŠEOBECNÉ OBCHODNÍ PODMÍNKY, FORMULÁŘOVÉ SMLOUVY A NEKALÉ (ZNEUŽÍVAJÍCÍ) KLAUZULE

LUBOŠ TICHÝ

Abstract: **Court Review of Contract, Contract Terms, Contract of Adhesion**

Description and analysis of the development of the judicial review of contract in the mass consume. Principles, main conditions and approaches in various jurisdictions. Effort on fundamental criterion. Resolution of the regulation in the Czech Civil Code.

Key words: judicial review of contracts, unfair contracts terms, contracts of adhesion, resolution for the Czech Civil Code

Klíčová slova: kontrola obsahu smlouvy a inkorporace všeobecných obchodních podmínek, zneužívající klauzule, smlouvy uzavírané adhezním způsobem, řešení pro český občanský zákoník

1. ÚVOD. PŘEDMĚT, METODA A CÍL

1.1 ZÁKLADNÍ POJMY

Již od počátku 20. století se stává předmětem zájmu nejen právní nauky fenomén, který se v dalších letech stal úhelným kamenem smluvního soukromého práva. Je jím posuzování míry autonomie vůle při uzavírání a u obsahu smlouvy s ohledem na nerovné postavení jejich stran. Postupně se vyvinuly nástroje ochrany proti následkům, které ve smluvním právu způsobuje vývoj technologií, globalizace trhů, modernizace a racionalizace, jakož i specializace nabídkové strany v masovém obchodu. Masová výroba a spotřeba zboží a služeb vede totiž k tomu, že praxe individuálně vyjednaných smluv je do značné míry vytlačována nabídkovou stranou jednostranně formulovanými standardizovanými smlouvami, resp. smlouvami odkazujícími na všeobecné obchodní podmínky. Tato právní jednání (projevy vůle) obsahují navíc celou řadu specifických výrazů a formulací. To má pro oferenty nespornou výhodu v úspoře tzv. transakčních nákladů. Tyto faktory spojené s ještě více sofistikovanou a neustále zdokonalovanou strukturou smluv přispívají k evidentní převaze oferenta nad oblatem. V tomto smyslu mluvíme o racionalizačním aspektu¹ uzavírání smluv. Vývoj trhu spějící ke specializaci jenom umocňuje převahu oferenta specializujícího se na určitý sektor (bankovní služ-

¹ BASEDOW, J.: Komentář před § 305 BGB, in MüKo, 5. vyd. München, 2007, marg. č. 2.

by, pojišťovnictví apod.). Zákazník (oblát) se tak stává slabší stranou, která akceptuje smlouvu bez potřebných znalostí mnohdy z časové tísně a bez potřebného rozmyslu.²

Oblát obvykle nabídku bez dalšího přijímá, aniž si uvědomuje hospodářskou, sociální a intelektuální převahu předkladatele, který jí plně využívá.

Strana nabídky v masovém obchodu využívá tří dogmatikou, ale i právní úpravou rozlišovaných nástrojů.

Předně jsou to všeobecné obchodní podmínky (NOZ označované jako „obchodní podmínky“ – viz § 1751 a násl.), jež představují smluvní úpravu určenou pro předem věcně vymezenou množinu smluv, již překladatel (oferent) činí součástí konkrétní jednotlivé smlouvy. Tato ustanovení mají kvazinormativní význam, neboť jsou použitelná pro neomezený počet smluv určitého druhu. Mnohdy tvoří celý obsah smlouvy, ve většině případů však upřesňují a rozvádějí ustanovení individuální smlouvy. Rozhodující není jejich forma a rozsah (viz však dále ad 2 a 3). Podstatné je, že nejsou předmětem smluvního vyjednávání, ale jakýmsi hotovým produktem předkládaným oferentem. V tom se shodují s druhým nástrojem, kterým jsou tzv. smlouvy uzavírané adhezním způsobem, tedy smlouvy, k jejichž vzniku dochází bez vyjednávání stran. Navrhovatel racionalizuje svůj právní styk tím, že nepřipouští změnu návrhu. Pro vznik smlouvy tedy platí pravidlo „podepiš, anebo jdi“. Hodlá-li oblát dosáhnout určitého zboží nebo služby, podřizuje se návrhu oferenta.

Třetí „strategií“ oferentů je užívání specifických smluvních klauzulí, jež znevýhodňují zákazníka (obláta). Používají nejasných či dokonce nesrozumitelných výrazů nebo sousloví, omezují odpovědnost oferenta nebo jinak zjevně nespravedlivě znevýhodňují druhou smluvní stranu.

Positivní právo jednotlivých jurisdikcí se k těmto problémům staví velmi rozdílným způsobem.

1.2 PROBLÉMY A JEJICH ŘEŠENÍ

Zpočátku zákonodárci nespatořovali v těchto jevech problém, jemuž by bylo nutné čelit zvláštními právními nástroji. Převládalo přesvědčení, že neblahým následkům pro příjemce (obláta) lze odpomoci tradičními nástroji, jakými jsou sankce proti nemravným ustanovením či smlouvám uzavřeným v rozporu s dobrou vírou, či použití ustanovení o omylu. Takto byly nemravné a jiné nepoctivé smlouvy ohroženy sankcí neplatnosti. Zkušenost po dalším rozvoji masového obchodu však ukázala, že tyto obecné kategorie uplatňované jako nástroje proti znevýhodnění stran, na ochranu slabší strany, resp. omezující autonomii vůle mají pouze omezenou efektivitu. Jejich preventivní účinek byl zanedbatelný.

Ačkoliv v nauce byl tento jev analyzován a navrženo jeho řešení,³ první zákonodárná opatření poté, co judikatura tento jev zaznamenala a vyrovnávala se s ním, přišly až v 60., zejména pak 70. letech 20. století.⁴ Nutnost ochrany spotřebitele si uvědomila

² TICHÝ, L.: *Obecná část občanského práva*. Praha, 2014, marg. č. 449, s. 201.

³ Viz habilitační práci Ludwiga Raisera z roku 1935 *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*.

⁴ Viz zákon o všeobecných obchodních podmínkách, tzv. AGBG-Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen z roku 1976.

po dlouhém váhání i Evropská komise; první ochranná směrnice byla však přijatá až v roce 1993.⁵

Jinak tomu bylo v německém soukromém právu. BGB vznikl v době liberalismu, a proto jeho dispozitivní povaha je výrazně převládající.⁶ První kroky k zmírnění jednostranného vlivu na vznik smluv byly podniknuty na základě myšlenky zákazu zneužití monopolu.⁷ Soud vyslovil myšlenku, že pokud nelze dokázat jednoznačnou nemravnost, může jednání oferenta být v rozporu se zásadou dobré víry.⁸ BGH již zásadní stanovisko zaujal v roce 1956.⁹

Ludwig Raiser však již ve třicátých letech prokázal nutnost kontroly obsahu smlouvy a tento problém vyčlenil z konceptu zneužití monopolu.¹⁰ Inkorporace nepřiměřených VOP byla posuzována jako culpa in contrahendo.

Jednotlivé jurisdikce v Evropě a západním světě většinou pod vlivem směrnice 93/13/EHS rozvinuly relativně sofistikovanou legislativu.¹¹ Jednotlivé národní úpravy se navzájem odlišují jak účinností ochrany, tak její působností.

Na rozdíl např. od německého zákonodárce, který upravil ochranu proti výše uvedeným způsobům zneužívání smluvní autonomie jednotným způsobem,¹² český zákonodárce se rozhodl pro trojí různou úpravu, kdy každá z nich má i rozdílnou osobní působnost. Zatímco ochranu proti všeobecným obchodním podmínkám upravil § 1751–1754 NOZ s obecnou působností, smlouvy uzavírané adhezním způsobem nacházení svoji úpravu v § 1798–1801 NOZ a ochrana proti nepřiměřeným smluvním ustanovením je svojí působností omezena pouze na ochranu spotřebitele a je umístěna v § 1810–1819 NOZ občanského zákoníku.

1.3 CÍL A POJEM KONTROLY

Cílem tohoto pojednání je především vysvětlení základních pojmů a jejich vztahů. Považujeme to za důležité, neboť celá tato problematika stále u nás ještě čeká na své podrobné, důkladnější zpracování. Je tedy třeba vyložit pojem všeobecných obchodních podmínek a nutnost kontroly smlouvy jak s ohledem na jejich převzetí, tak zejména na jejich obsah. Stejně tak zasluhuje pozornost vztah všeobecných obchodních podmínek a nepřiměřených ustanovení ve smlouvách. Je třeba analyzovat míru kontroly a její následky, stejně jako určitá specifická ustanovení ve smlouvách a jejich změny.

Používání pojmu „kontrola“ ve smluvním právu může vzbudit nesouhlas či kritiku jak z hlediska terminologického, tak pojmového. Může tomu tak být proto, že se tohoto termínu v české soukromoprávní nauce neužívá, i když se provádí zjišťování právnosti smluvních ujednání, a to z mnoha hledisek. Není proto ani v obecné rovině nemístné termín „kontrola“ užívat. V německém právním okruhu se sousloví kontrola

⁵ Viz směrnice 1993/13/EHS o nepřiměřených ustanoveních ve smlouvách.

⁶ COESTER, M.: *Vorbemerkung zu §§ 307–309, in Staudinger/Schlosser*. Berlin, 2013, marg. č. 3.

⁷ *RGZ* 62, s. 266 a další.

⁸ *Viz Treu und Glauben – RGZ* 168, s. 329.

⁹ *BGHZ* 22, s. 90.

¹⁰ DIEDERICHSEN, U.: *ZHR* 132, 1969, s. 232.

¹¹ Viz kapitola 2 tohoto příspěvku.

¹² Viz § 305 BGB an.

smlouvy vžilo zejména v souvislosti s určováním přiměřenosti všeobecných obchodních podmínek i ustanovení ve spotřebitelských smlouvách, a to v důsledku zavedení nových metod právě v oblasti masového obchodu. Proto označovat činnost při zjišťování právnosti smluv masového obchodu při využití nástrojů moderního občanského práva, označovat za kontrolu, považovat za přiměřené.

Námi analyzované v kontextu pak rozeznáváme smluvní kontrolu (zahrnující jak všeobecné obchodní podmínky, tak formulářové smlouvy a ustanovení ve spotřebitelských smlouvách) skrytou a otevřenou. O skryté kontrole se mluví tehdy, jestliže se smlouva prověřuje pomocí tradičních obecných klauzulí, jakými jsou dobré mravy či dobrá víra a výkladem právního jednání se zjišťuje jeho soulad či rozpor s nimi.

Moderní občanské právo zavedlo kontrolu otevřenou, jež má dvě formy. První z nich spočívá v testu přiměřenosti smlouvy za použití nově zavedených obecných „kontrolních“ klauzulí, jako je např. ustanovení § 1813 NOZ. Druhou formu otevřené kontroly představuje použití specifických seznamů obsahujících typicky nekalá (nepřiměřená) ustanovení. Tzv. černý seznam (viz např. § 1814 NOZ) obsahuje typy smluvních ustanovení, jež mají charakter zneužívajících klauzulí, a proto se bez dalšího (automaticky) zakazují, nebo postihují sankcemi neplatnosti. Vedle toho se užívá katalogu (seznamu) typicky méně zavřených ustanovení, u nichž má soud prostor v úvaze při rozhodování o jejich právnosti či protiprávnosti s následkem zákazu či neplatnosti. V rámci své úvahy tedy při rozhodování o konkrétním případě reflektuje ještě další hlediska.

1.4 METODA

Jako obvykle používáme srovnávací metodu, a to nejen na základě určitého popisu jednotlivých úprav, ale funkcionálním způsobem.

Poznatky, k nimž dospějeme tímto způsobem v obecné části (kapitola 2), pak aplikujeme při výkladu výše uvedených pozitivněprávních ustanovení v občanském zákoníku (kapitola 3). Přitom vycházíme z určitého modelového řešení, k němuž jsme dospěli v 2. kapitole a které je základem pro výhled do budoucna.

2. OBECNÁ ČÁST

2.1 POJEM VŠEOBECNÝCH OBCHODNÍCH PODMÍNEK A MECHANISMY REGULACE

2.1.1 OBECNĚ

Všeobecné obchodní podmínky lze definovat jako smluvní ustanovení určená pro neomezený počet smluv či jiných právních jednání, která oferent předkládá při uzavírání smlouvy oblatovi, aby se staly její součástí.¹³ Smluvní ustanov-

¹³ Srov. definici v § 305 odst. 1, věta první BGB: „Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“ (Všeobecné obchodní podmínky jsou předem

vení¹⁴ jsou právní jednání (projev vůle), která jsou obsahem smlouvy uzavírané mezi jejím předkladatelem (oferentem) a druhou smluvní stranou. Není podstatné, zda tato ustanovení tvoří relativně samostatnou část smlouvy nebo jsou výslovně či mlčky převzata do textu. Je nerozhodné, jaký mají rozsah, irrelevantní je jejich forma. Podstatné je, že nebyly předmětem vyjednávání. Jejich účelem je způsobit právní následky, i když nemusí jít o bezprostředně ze smlouvy plynoucí práva a povinnosti. Postačí, že je ovlivňují. O VOP se jedná i tehdy, jestliže ovlivňují, resp. upravují předsmulvné vztahy stran.

Zda se jedná o tento druh právního jednání, je třeba zjistit výkladem, a to z hlediska jejich příjemce.¹⁵ Takovouto povahu nemají např. interní pokyny k vyjednávání jedné strany nebo prospekty či jiné reklamní materiály, které jsou zpravidla pouze jakýmsi motivačními faktory k určitým právním jednáním.

VOP jsou „pravými“ právními jednáními v tom smyslu, že mají obsah, který jim dala budoucí smluvní strana. Nejsou tedy texty obsahujícími pouze úpravu odchylnou od zákona nebo jiného právního předpisu. Za VOP však lze mít i taková ustanovení, jejichž obsahem jsou obchodní zvyky či zvyklosti.

V zásadě platí, že VOP lze použít ve všech druzích smluv, a to nejen v oblasti práva obligačního, nýbrž i práva věcného, korporátního, ale i pracovního a rodinného. Zde je rozhodující konkrétní pozitivněprávní úprava. VOP lze převzít i do jednostranných právních jednání, jakými jsou např. plná moc a další.

Relevantní je jejich význam v procesněprávních jednáních včetně procesních smluv a veřejněprávních jednáních včetně veřejnoprávních smluv.

Dalším podstatným znakem je, že jsou před předložením druhé straně již předkladatelem (oferentem) jednostranně formulované. Jejich účelem je ovlivnit budoucí smlouvy tak, že především do nich budou inkorporovány (převzaty). Tak se tomu zpravidla děje ve formě určitých formulací, které jsou předloženy druhé straně při podpisu textu konkrétní smlouvy, která na ně odkazuje. Předem formulovány jsou i takové smluvní podmínky, jež nemají písemnou formu, ale jsou např. „v hlavičkách“ smluvních stránek.

Není rozhodující, jaký je způsob jejich zpracování či vyjádření, tedy zda jsou tištěné či jen fotokopírované, psané rukou a jinak rozmnožované. Mohou být též formulovány třetí osobou, za předkladatele. Jsou-li při uzavírání smlouvy určitým způsobem konkretizovány např. údajem o nich ve smlouvě, nemění to nic na jejich charakteru. Jedná se o tzv. nesamostatné doplnění. Nemění to ale nic na podstatném znaku VOP, že totiž nejsou vyjednány. Druhá strana (oblát) nemá na jejich formulaci žádný vliv.

Dalším podstatným definičním znakem VOP je, že nejsou určeny pro konkrétní, jednu smlouvu, nýbrž pro početně neomezenou množinu smluv či jiných právních jednání.

Pro kvalifikaci jako VOP však postačí zpravidla uskutečnění záměru předkladatele a nikoliv jejich sériové použití. Záměr musí v zásadě existovat nejpozději v okamžiku uzavření konkrétní smlouvy. Okolnost, že byly použity již v několika případech, mluví pro jejich charakter jakožto VOP. V německé praxi postačí záměr použít takového tex-

formulované podmínky určené pro množinu smluv, které jedna smluvní strana [uživatel] předkládá druhé smluvní straně při uzavírání smlouvy.)

¹⁴ Též nazývané smluvními podmínkami – viz terminologii § 305 BGB (viz pozn. 13).

¹⁵ Viz např. *BGHZ* 101, s. 271 a další rozhodnutí.

tu již pro tři použití.¹⁶ Zpravidla však charakter VOP nemá text použitý pro veřejnou soutěž uskutečněnou pouze jednou. Jinak je třeba hodnotit všechny relevantní okolnosti včetně průvodních skutečností.

Kontrolní mechanismy zejména s ohledem na inkorporaci do smlouvy v režimu VOP podléhají předem formulované podmínky smlouvy, jestliže byly relevantním způsobem oblátovi předloženy. Poté lze význam těchto smluvních podmínek přičítat oferentovi. Předložení znamená jednostranný projev vůle, kterým jsou VOP oblátovi zpřístupněny. Předložení znamená, že tento projev vůle je z hlediska oferenta součástí návrhu a nestal se předmětem vyjednávání o smlouvě.¹⁷

2.1.2 HODNOTOVÝ ZÁKLAD

Z hlediska převzetí a obsahu VOP se vyžaduje svoboda rozhodování obláta, která je ovšem použitím VOP ohrožena či omezena.

Prvním aspektem tohoto jevu je tzv. absence racionálního zájmu.¹⁸ V rámci masového obchodu se prostě ani zákazník (oblátovi) mnohdy nevyplatí se VOP zabývat. Náklad na vyjednávání v jednom jednotlivém konkrétním případě je z hlediska zákazníka nepřiměřený, a to i z hlediska „ekonomické každého malého člověka“. Soutěž o dobré VOP za těchto podmínek proto neexistuje.¹⁹

Jiný faktor spočívá v tzv. situačně podmíněném kompetenčním deficitu.²⁰ Zákazník i v důsledku chybějící věcné znalosti je nezpůsobilý k vážné diskusi s důkladně připraveným profesionálem předkladatele.

Dalším relevantním aspektem je situace na trhu, která mnohdy obláta nutí se jednoduše podmínkám nabízeným předkladatelem jednoduše podřídit. Nabídková strana je v těchto případech silnější než strana poptávky. Potřeba ochrany se proto orientuje na obláta a vyžaduje specifickou formu, která by byla účinnější nežli obecné klauzule obecné části občanských zákoníků,²¹ avšak specificky omezená a proto v tomto ohledu účinnější než kogentní ustanovení, jež by nadbytečně omezovala smluvní svobodu.

2.1.3 CULPA IN CONTRAHENDO

Výjimečně je CiC používána i jako základ obsahové kontroly²² (viz dále) VOP.²³ Větší význam má ale ohledně následků v případě, že VOP jsou neplatné. Zde lze CiC uplatnit jako základ pro nárok na náhradu škody.

¹⁶ BGH NJW, 2002, s. 138.

¹⁷ K pojmu vyjednávání v případě tzv. adhezních smluv viz 2.4.

¹⁸ JANSEN, N.: ZEuP, 2010, s. 69, 84.

¹⁹ PFEIFFER, Th. In: WOLF – LINDACHER – PFEIFFER: *AGB – Recht, Kommentar*. 6. vyd. München, 2013, marg. č. 15, s. 8.

²⁰ FASTRICH, L.: *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*. München, 1992, s. 272.

²¹ Viz dobré mravy, dobrá víra aj. – k tomu 1.2 shora.

²² Viz 2.9.

²³ DIEDERICHSEN, v pozn. č. 10.

2.1.4 TRADIČNÍ MECHANISMY KONTROLY

VÝKLAD

Interpretace je obecná metoda, již je třeba použít i v případě specifické obsahové kontroly VOP, a která nachází svůj význam i jako samotný nástroj ochrany. Potenciál spočívající v možnosti oprav či úprav je zřejmý již z toho, že judikatura mnoha jurisdikcí pracuje především s tímto nástrojem. I tam, kde, jako např. v Německu, funguje po dlouhou dobu úspěšným způsobem specifická kontrola obsahu, používá se interpretace jako obecný ochranný mechanismus. Výklad slouží mnohdy právě k tomu, aby v daném případě smlouva vyhověla přísným požadavkům specifické kontroly. Doplnující či korigující nebo dokonce hypotetický výklad by měl předcházet dalším krokům při kontrole obsahu, neboť směřuje vždy k zachování smlouvy.

V této souvislosti se kladou ošemetné otázky, jako např. zda VOP je třeba rozumět tak, že mají přednost před ustanoveními dispozitivního práva (např. výpověď z důležitějšího důvodu či odpadnutí základu smlouvy apod.) anebo zda je třeba postupovat ve prospěch dispozitivních ustanovení zákona. V případě výkladu nepřátelského oblatovi je možný nebo téměř nevyhnutelný střet se zásadou přiměřenosti.

V tomto ohledu jsou relevantní zákonná pravidla kontroly, a to nejen tradiční povahy (výklad, dobré mravy apod.), ale především speciální mechanismy určené pro kontrolu interpretace a obsahu smluv. Režim kontroly je tedy tvořen kogentními předpisy soukromého práva.

DOBRÉ MRAVY

I předpisy o dobrých mravech se liší ve své funkci, předpokladech, právních následcích zpravidla od předpisů režimu kontroly VOP. § 580 NOZ vymezuje vnější rámec autonomie vůle, zatímco např. § 307 BGB obsahuje nemravnostní kritérium nepřiměřenosti jednostranně formulovaných ustanovení.²⁴ Na rozdíl od obecného režimu není pro rozpor s dobrými mravy v režimu ochrany před VOP relevantní zavinění. Subjektivní prvky v tomto režimu nehrají roli.

DOBRÁ VÍRA

Dobrá víra (poctivost) je přítomna v režimu obsahové kontroly, neboť z něho byla tato kontrola i vyvinuta. Jde tedy ve vztahu k ustanovení např. § 242 BGB o *lex specialis*. Navíc ovšem lze tuto obecnou kontrolu však použít i mimo působnost režimu kontroly obsahu VOP. Tento závěr však může být relativně sporný.

2.1.5 POSTUP SOUDU PŘI KONTROLE OBSAHU

Kontrolu smluv uskutečňuje soud z úřední povinnosti.²⁵ To se však netýká jen případů spotřebitelských smluv.²⁶ Tuto povinnost mají i ostatní orgány, včetně

²⁴ Viz text § 307 odst. 1 BGB s jeho překladem do češtiny.

²⁵ FASTRICH, pozn. 20, s. 9.

²⁶ Viz C-240/98 Océano Grupo.

správních úřadů např. těch, které vedou veřejné registry. Povinnost k obsahové kontrole mají i notáři vykonávající veřejnou funkci.

2.2 PŘÍKLADY PRÁVNÍCH ÚPRAV

Téměř všechny vyspělé, nejen západní státy reagovaly na ohrožení rovnosti smluvních stran při transakcích masového obchodu. Jednotlivá řešení jsou však po stránce hmotněprávní, tak procesněprávní odlišná, a to i z hlediska základních koncepcí. Rozdílnosti existují v otázce uzavírání smluv a inkorporace VOP. Určité harmonizace v širokém slova smyslu doznala problematika této oblasti včetně otázek VOP ohledně obsahové kontroly v členských státech EU v důsledku transpozice směrnice 93/13/EHS. Téměř všechny členské státy proto zavedly obsahovou kontrolu na základě generální klauzule. Rozdílů však existují zejména v oblasti vztahů mezi podnikateli, neboť transpozice směrnice se týká jen oblasti spotřebitelských smluv. Některé právní řády však nadále zůstávají převážně u skryté obsahové kontroly prováděné na základě výkladu, zatímco jiné systémy využívají otevřené obsahové kontroly. Obsahová kontrola je zčásti omezena pouze na VOP, zčásti však se týká všech nekalých smluvních podmínek bez ohledu na to, zda jsou součástí VOP nebo se jedná o individuálně vyjednaná ustanovení smluvní. Z důvodu úplnosti je třeba zmínit i institucionální a procesně právní součást kontroly, která ovšem není předmětem dalších úvah. Většina právních systémů v Evropě spatřuje těžiště provádění ochrany v soudním systému. Mnohdy však jednotlivé státy zavedly i správně právní kontrolu, a to dokonce prostřednictvím zvláštních (speciálních) orgánů na ochranu spotřebitele. V mnoha státech existují soukromě organizované entity, jakými jsou např. spotřebitelské a jiné neziskové organizace, jež hrají též relativně významnou roli.

2.2.1 FRANCIE

Francouzský právní řád zná celou řadu různých mechanismů na ochranu proti nekalým ustanovením ve smlouvách (clauses abusives). Základ tvoří zákon č. 78–23.²⁷ Správněprávní řízení podle tohoto zákona má však velmi sporné výsledky, neboť je těžkopádné a vedlo pouze zřídka k zákazu smluvních klauzulí. Významným krokem byl zákon č. 88–14,²⁸ jehož předpisy byly převzaty i do spotřebitelského zákoníku (Code de la consommation). Zákon umožňuje soudům zakázat na základě žaloby spotřebitelských svazů používání nekalých ustanovení a přiznat jim náhradu tzv. kolektivní škody. Individuální žaloby na ochranu proti nekalým ustanovením jsou možné teprve po rozhodnutí Cour de cassation z roku 1991.²⁹ Na základě transpozice směrnice 93/13/EHS do spotřebitelského zákoníku je možná individuální předběžná ochrana nejen proti smluvním ustanovením, jestliže se jimi zamýšlí vznik zřejmého nepoměru mezi právy a povinnostmi stran (nekalá ustanovení). Použití se musí projevit ve prospěch podnikatele (professionnel) a k újmě spotřebitele (consommateur), resp. nepodnikatele (non-professionnel), jímž je zejména

²⁷ Loi „Scrivener sur la protection et l’information des consommateurs de produits et de services“.

²⁸ Loi no 88–14 z 5. 1. 1988.

²⁹ Cass. civ. ze 14. 5. 1991.

řemeslník nebo obchodník bez zvláštních znalostí v oblasti svého podnikání. Inkorporace se posuzuje podle obecných zásad smluvního práva.³⁰ Judikatura vyvinula v tomto ohledu relativně propracovaný systém, jenž se neliší od kontroly převzetí podle německého práva.³¹ Inkorporace jednotlivých ustanovení je podle této soudní praxe předpokládána tehdy, jestliže předem formulovaná smluvní ustanovení jsou převzata do smluvního dokumentu.³²

2.2.2 ITÁLIE

Moderní italský občanský zákoník (Codice civile) z roku 1942 obsahuje kontrolu převzetí VOP do smlouvy. Podle čl. 1341 se stávají předem formulované jednostranně předložené smluvní podmínky součástí obsahu smlouvy, jestliže je oblát při obvyklé péči musel znát. Relevantní je znalost jejich obsahu.³³ Pro smlouvy mohou být převzaty klauzule označené jako zvlášť nebezpečné jen s výslovným písemným souhlasem obláta.³⁴ Italský občanský zákoník rozlišuje však ještě mezi VOP a formulářovými smlouvami a postihuje tímto způsobem i posléze uvedené.³⁵ Kritéria kontroly jsou obsažena v čl. 1342 a 1370 c.c. Působnost c.c. není omezena pouze na ochranu spotřebitele. Ta je předvídána čl. 33–38 spotřebitelského zákoníku (Codice del consumo), do něhož byla transponována směrnice 93/13/EHS. Smluvní ustanovení jsou neplatná, jestliže obláta nepřiměřeně a v rozporu se zásadou dobré víry (pocivosti – malagrado la buona fede) znevýhodňují.³⁶ Vedle generální klauzule obsahuje čl. 33 spotřebitelského zákoníku též seznam typických nepřiměřených ustanovení obdobný jako příloha k čl. 3 Směrnice. Zákazy jsou formulovány tak, že neplatnost nekalých ustanovení je až do prokázání opaku předpokládána.³⁷

2.2.3 NIZOZEMÍ

Vedle soukromoprávní kontroly VOP je významná kontrola veřejnoprávní prostřednictvím správněprávního řízení vykonávaného správními úřady.³⁸

Soudní kontrola obsahu se uskutečňovala na základě obecných ustanovení o dobrých mravech, veřejném pořádku a dobré víře. Ke změně došlo novelizací již přijatého nového občanského zákoníku od 1. 1. 1992, která je považována za konformní se Směrnicí, která byla přijata později.

Existuje i kontrola převzetí, jež předpokládá uznání druhou stranou, i když jí obsah všech jednotlivých klauzulí nebyl znám (čl. 6:232). Převzaté VOP mohou být prohlá-

³⁰ Srov. čl. 1108 Code civil.

³¹ HELLWEGE, Ph.: *Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine rechtslehre*. Tübingen, 2010, s. 14 a 360.

³² SONNENBERGER, H.-J. – DAMMANN, J.: *Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht*. 2. vyd. Heidelberg, 2010, s. 38.

³³ Viz HELLWEGE, pozn. 31, s. 366.

³⁴ Cass. civ., sez. III, 16-6-1997, n. 5390.

³⁵ Von HIPPEL, E.: *RabelsZ* 41, s. 264.

³⁶ Trib. Roma, 31-8-1998.

³⁷ Viz domněnka neplatnosti – PFEIFFER, v pozn. 19, marg. č. 67, s. 33.

³⁸ Von HIPPEL, v pozn. 35, s. 268, 269.

šeny za neplatné, jestliže se svými právními následky odchyľují od následků, které by měla smlouva bez sporných ustanovení VOP, nebo které nepřiměřeně druhou stranu zatěžují (čl. 6:233) nebo nebyly-li VOP druhé straně před či při uzavírání smlouvy předloženy nebo dodatečně na její žádost bezplatně zaslány nebo jí byla poskytnuta jinak jejich znalost (čl. 6:234). Vedle generální klauzule obsahuje občanský zákoník ještě v čl. 6:236 a–n katalog ustanovení představující tzv. černou listinu nekalých klauzulí a dále seznam klauzulí (čl. 6:237 an.), u nichž se nekalost předpokládá (tzv. šedá listina). Klauzule obsažené v šedé listině mohou být prostřednictvím správněprávních předpisů změněny nebo jejich působnost omezena (čl. 6:239). Předpisy na ochranu před nekalými VOP platí jak pro spotřebitelské smlouvy, tak pro smlouvy uzavřené v podnikatelském styku s výjimkou podniků s více než padesáti zaměstnanci, a těmi, které uveřejňují roční závěrku. V podnikatelském styku je pak podmínkou kontroly i okolnost, že oba smluvní partneři mají svoje sídlo v Nizozemí.

2.2.4 NĚMECKO

Po zapojení tradičních ochranných instrumentů přijalo Německo 12. 11. 1976³⁹ zákon o všeobecných obchodních podmínkách (ABGB), který vstoupil v účinnost 1. 4. 1977. Po několika dílčích novelách byl pak jeho obsah převzat tzv. zákonem o modernizaci obligačního práva,⁴⁰ a tvoří obsah § 305–310. ABGB měl pět částí, a to hmotněprávní předpisy (§ 1–11), kolizněprávní předpisy (§ 12), řízení (§ 13–22a) a ustanovení o působnosti (§ 23–24a) a konečně závěrečná přechodná ustanovení (§ 25–30). Těžiště kontroly bylo obsaženo v první části, jež obsahovala definici VOP, a mechanismy kontroly převzetí (§ 2–4), výkladové ustanovení k tíži předkladatele (§ 5) a ustanovení o otevřené obsahové kontrole a zakázaných klauzulí (§ 8–11). Do BGB byla s nepatrnými změnami převzata ustanovení první a čtvrté části.

Německá úprava se vztahuje na smlouvy s předem formulovanými smluvními podmínkami. V oblasti soukromého i veřejného práva se německá úprava svou osobní působností vztahuje v zásadě na všechny osoby s výjimkou § 310 odst. 2 BGB a není omezena pouze na ochranu spotřebitele. Je zřejmé, že německé právo ochrany před VOP je pevnou součástí obecného civilního práva. Jinak řečeno, nejedná se o zvláštní spotřebitelské právo, nýbrž německá úprava se vztahuje i na smlouvy podnikatelů. Některé předpisy, které předpokládají posílenou ochranu, nejsou aplikovány na osoby označené v § 310 odst. 1 BGB. Obecná úprava se aplikuje i na právnické osoby veřejného práva, pokud je jejich činnost upravena soukromoprávními předpisy.

K prosazení obsahové kontroly slouží skupinová žaloba podle § 3 zákona o negatorních žalobách při porušení práva spotřebitelů a dalších osob.⁴¹ Zásadní význam však mají individuální procesy.⁴² Soudní kontrola je podporována administrativní kontrolou, i když v relativně omezeném rozsahu, a to prostřednictvím Spolkového kartelového úřadu (Bundeskartellamt) ohledně možných kartelových ujednání.

³⁹ Viz 1.2.

⁴⁰ Schuldrechtsmodernisierungsgesetz z 26. 11. 2001.

⁴¹ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG).

⁴² PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 33, s. 16.

Rozsáhlá a relativně podrobná definice je obsažena v § 305 odst. 1 BGB; úprava kontroly inkorporace (§ 305 odst. 2 a 3, 305c odst. 1) pak má za následek, že jenom ve velmi řídkých případech nedojde ke skutečnému převzetí VOP do smlouvy. Relevantní však je vztah úpravy kontroly převzetí překvapivých klauzulí vymezeným v § 305c odst. 1. Výslovná úprava přednosti individuální, individuálně vyjednaného ustanovení je obsahem § 305b. V § 305c odst. 2 je kodifikováno pravidlo výkladu, jež má zásadní význam, i když jednou dosažené vyjasnění obsahu ustanovení VOP nepotřebuje výklad v případech jejího budoucího použití. V ustanovení § 306 a 306a je obsažena úprava působnosti neplatnosti jednotlivých ustanovení VOP. Klíčová úprava se nachází v § 307–309, které představují základ pro stanovení právnosti klauzulí VOP. Ustanovení § 307 stanoví základní kritéria zjišťování nekalosti, § 308 obsahuje příkladný přehled nekalých klauzulí, jež jsou bez dalšího považovány za neplatné. Příkladný přehled ustanovení, jež mohou být shledány neplatnými v případě splnění dalších kritérií (šedá listina) je obsažen v § 309.

2.2.5 POLSKO

Polsko drží zřejmě evropské prvenství v uzákonění úpravy VOP, k níž došlo ve svém obligačním právu z roku 1936.⁴³ Nynější úprava obsažená v čl. 384 an. občanského zákoníku z roku 1965 je určitým kompromisem mezi úpravou z roku 1936, socialistickými ustanoveními a úpravou vzniklou transpozicí směrnice. Občanský zákoník tak obsahuje obecnou úpravu kontroly převzetí VOP, a to nejen ve spotřebitelských smlouvách (čl. 384). Pro tento druh smluv však platí přísnější pravidla. Obsahová kontrola smlouvy s VOP je však omezena na spotřebitelské smlouvy. Ve smyslu směrnice zahrnuje též jednostranně stanovené smluvní klauzule. Čl. 385–386 odpovídají v podstatě čl. 3 a 4 směrnice. Na rozdíl od směrnice platí domněnka jednostranného předložení (tj. bez vyjednávání) nejen pro standardní smluvní klauzule, nýbrž i pro všechny klauzule ve spotřebitelských smlouvách. Pozoruhodný je okruh aktivně legitimovaných osob k žalobě na ochranu před VOP, k nimž patří vedle spotřebitelských organizací též spotřebitelští ombudsmeni krajů a měst a předseda kartelového a spotřebitelského úřadu. Pozoruhodná je též evidence nekalých ustanovení ve smlouvách v rejstříku vedeném zmíněným úřadem.

2.2.6 SPOJENÉ KRÁLOVSTVÍ

První velmi rozsáhlá a svojí působností oblast VOP přesahující ochrana je obsažena v zákoně o nekalých ustanoveních ve smlouvách (UCTA).⁴⁴ Zákon sice neobsahuje obecné ustanovení o obsahové kontrole, ale smlouvy jsou podrobovány testu rozumnosti (reasonableness test), a v zásadě je možné je považovat za absolutně neplatné.⁴⁵ Zákon o prodeji zboží⁴⁶ obsahuje kogentní úpravu prikazující, že zboží musí

⁴³ Viz čl. 71 a 72 zákona z 27. 10. 1933, sbírka zákonů č. 82 částka 598.

⁴⁴ Uniform Contract Terms Act z 1. 2. 1978.

⁴⁵ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 64, s. 29.

⁴⁶ Sale of Goods Act z roku 1979.

být v souladu se svým popisem a plnit svůj účel. Směrnice byla nejdříve transponována do zákona o nekalých ustanoveních v spotřebitelských smlouvách, který byl převzat nařízením stejného jména.⁴⁷ Nyní toto nařízení platí ve znění z roku 2001. Protože nařízení platí vedle UCTA, je třeba platnost klauzulí zkoumat podle obou předpisů. VOP platí za převzaté do smlouvy, jestliže je o tom oblat dostatečně informován (reasonably sufficient notice). Dosáhnout ochrany je možno především soudní cestou, i když existuje i správní kontrola podle Fair Trading Act z roku 1973.

2.2.7 ŠPANĚLSKO

Španělsko transponovalo směrnici do zákona z 13. 4. 1988 o obecných podmínkách uzavírání smluv.⁴⁸ Úprava nese viditelné stopy vlivu německého AGBG, což je zřejmé již z definice VOP (čl. 1 LCGC). Jeho působnost se vztahuje i na smlouvy mezi podnikateli. Vyňaty jsou smlouvy z oblasti rodinného, dědického, pracovního a korporátního práva (čl. 4). K převzetí VOP je zapotřebí výslovné informace o existenci VOP, a možnost vzetí této informace při uzavírání smlouvy na vědomí. Při elektronickém uzavírání smlouvy je zapotřebí písemného potvrzení existence VOP. Ty VOP, které znevýhodňují druhou stranu, jsou neplatné. Zbytek smlouvy však zůstává v platnosti a chybějící ustanovení jsou doplněna obecnými zákonnými předpisy. Čl. 11 předvídá zřízení veřejného rejstříku pro zápis VOP, který je dobrovolný, pokud však není zápis nařízen. Přísnější ochrana je obsažena v zákoně na ochranu spotřebitele.⁴⁹ Ten platí na ochranu i proti nekalým klauzulím, jež jsou jednotlivě vyjednány.

2.2.8 ŠVÉDSKO

Zákon o zákazu nepoctivých smluvních podmínek pochází z roku 1971 a byl nepodstatně novelizován v roce 1994. Tento zákon poprvé v Evropě zavedl institut spotřebitelského ombudsmana, který je povinen sjednávat s nabíziteli zboží a služeb přiměřené obchodní podmínky, aniž by vnucoval obecné klauzule nebo měřítka vedoucí k zákazu ustanovení ve smlouvách. Předpoklady pro zákaz nepoctivých ustanovení jsou upraveny v obecných klauzulích. Neplatnosti se mohou dovolávat vedle ombudsmana též svazy živnostníků, spotřebitelů nebo zaměstnanců, a to u tržního soudního dvora. Chráněni jsou též podnikatelé a živnostníci. Podle čl. 36 zákona o smlouvách se mohou neplatnosti VOP domáhat představitelé oblata, kteří požadují jejich přezkoumání s ohledem na přiměřenost. Katalog zakázaných smluvních ustanovení (černá listina) však neexistuje ani po transpozici směrnice. Přesto ESD dospěl k názoru, že toho není třeba, neboť s ohledem na tradici a celou řadu materiálů je obecná znalost těchto klauzulí v černé listině v nordických (skandinávských) státech obecně přítomna.⁵⁰

⁴⁷ Regulations 1999.

⁴⁸ Ley Sobre Condiciones Generales de la Contractacion-LCGC.

⁴⁹ Ley para los consumidores y usuarios (LCU).

⁵⁰ Komise v. Švédské království.

2.2.9 ŠVÝCARSKO

Význam VOP, jež jsou chápány „německým“ způsobem, je ve Švýcarsku značný.⁵¹ Relevantní je čl. 8 zákona o nekalé soutěži (UWG), do něhož byla zavedena v roce 2012 generální klauzule na ochranu před použitím nekalých VOP. Nekalým způsobem jedná ten, kdo používá VOP, které v rozporu s dobrou vírou mají k tíži spotřebitelů za cíl zjevný a neospravedlnitelný nepoměr mezi právy a povinnostmi smluvních stran. Měřítka kontroly odpovídají v zásadě německému právu (§ 307 BGB). Zákon však neobsahuje seznam zakázaných ustanovení. Zato však lze požadovat na soudu, aby zakázal určitou klauzuli jako hrozící porušení zákona nebo aby uložil odstranění existujícího porušení zákona či určil, že daná klauzule je protiprávní. Aktivně legitimován k žalobě je každý, kdo se považuje za ohroženého nebo poškozeného. Kontrola inkorporace není sice v zákoně upravena, zato existují nepsané zásady, které vycházejí z praxe kontroly převzetí jednotlivých ustanovení.

2.2.10 USA

Americké soudy mají na základě tzv. unconscionable clause (ustanovení o neplatnosti)⁵² možnost prohlásit nepřiměřené smluvní ustanovení neplatným nebo omezit jeho následky. Zmocnění ke smluvní kontrole spočívá v obecné klauzuli a není omezeno pouze na VOP. Ty ovšem zpravidla podléhají při kontrole obsahu přísnějším hlediskům. Přitom je třeba brát v úvahu hospodářské potřeby a ekonomický účel dané transakce.⁵³

2.3 OCHRANA PROTI NEKALÝM USTANOVENÍM VE SPOTŘEBITELSKÝCH SMLOUVÁCH

2.3.1 ZÁKLADY A VÝVOJ

Základem tohoto dnes v pozitivním právu zakotveného institutu je směrnice 93/13/EHS o nepřiměřených ustanoveních ve smlouvách. Jde o určitý paralelní režim k ochraně proti nekalým VOP, a proto je třeba přiblížit historii vzniku tohoto unijního předpisu a jeho hodnotové základy. Po určitých diskusích v Komisi byl východiskem dalšího postupu posudek vypracovaný z jejího podnětu E. von Hippel⁵⁴ v roce 1976, který mimo jiné doporučoval vypracovat opatření obsahující generální klauzuli konkretizovanou katalogem nepřipustných smluvních klauzulí. Tento model měl být doprovázen ještě správněprávní kontrolou vybavenou represivními opatřeními. Návrh směrnice předložený Komisí v roce 1990 předvídalji ochranu spotřebitele před

⁵¹ O tom svědčí její rozšíření do značného počtu sektorů obchodu a služeb. Viz k tomu KELLER, H.: *Allgemeine Geschäftsbedingungen*. Bern, 1970. Tento autor již téměř před padesáti lety analyzoval i celou řadu typů VOP.

⁵² PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 97, s. 50.

⁵³ Viz *RabelsZ*, 1977, s. 241 an.

⁵⁴ Viz *RabelsZ*, 1977, s. 241 an.

zneužívajícími smluvními ustanoveními narazil na odpor představitelů jinak ještě velmi liberální koncepce komunitárního právního řádu. Kritika měla však za následek pouhé textové vylepšení, a nikoliv změnu koncepce návrhu, který pak byl doplněn kritériem dobré víry jako základem pro měřítko nekalosti, a tak mohla být směrnice 5. 4. 1993 přijata. Směrnice předpokládá kontrolu každé nevyjednané smluvní klauzule, aniž by se očekávalo její použití pro neomezený počet smluv, jako tomu je v případě VOP. Směrnice vychází z pojmu informovaného plnoprávného spotřebitele,⁵⁵ a proto nerozšiřuje ochranu ani ve prospěch dalších osob, jakými jsou malí řemeslníci apod.

Základní znalost rozvoje moderního smluvního a spotřebitelského práva neznámá, že spotřebitel zasluhuje ochranu sám o sobě prostřednictvím zvláštních soukromoprávních pravidel, nýbrž regulativní ochranné předpisy jsou nutné pouze tehdy, jestliže určité okolnosti k ochraně dávají konkrétní podnět.⁵⁶ Na rozdíl od VOP je předmětem kontroly svébytný, samostatný útvar smlouvy, tedy každé jazykově a obsahově oddělitelné pravidlo (ustanovení). Evropský autonomní pojem ustanovení (klauzule) je produktem samotné směrnice. Forma ustanovení je nerozhodná. I ústně dohodnutá ustanovení jsou předmětem kontroly. Směrnice předpokládá, že ustanovení nebyla vyjednána, kteroužto vlastnost posoudíme ve zvláštní kapitole.⁵⁷

2.3.2 HLEDISKA KONTROLY

Charakteristickým rysem kontroly je její zaměření na obsah smluvního ustanovení, který obléta znevýhodňuje. Hlediskem pro takovouto kvalifikaci je srovnání s jeho postavením v hypotetickém případě, v němž by se nacházel, nebylo-li by daného ustanovení. Jde tedy o zjištění na základě srovnání, přičemž hodnotící element je aplikován teprve v případě zkoumání nepřiměřenosti.⁵⁸ Tento nepoměr musí mít nikoliv zanedbatelný význam. Míra nevýhody však nepředstavuje statistickou veličinu, nýbrž závisí též na legitimním zájmu oferenta (předkladatele) na navrhované úpravě. Zvláštním problémem jsou individuální bagatelní nevýhody masového provozu (obchodu), jako např. úplaty v bankách (tzv. bankovní poplatky). Přitom je méně důležitá otázka, zda při posuzování jednotlivého případu je třeba přihlížet i k nevýhodám třetích osob, resp. k výhodám pro navrhovatele, které z toho v rámci jeho masového obchodu plynou. Význam takových bagatelních úplat lze odůvodnit jen tehdy, nahlíží-li se na otázku znevýhodnění jiným způsobem: jsou tyto úplaty neospravedlnitelné, protože jsou již např. zahrnuty v základním (udržovacím) bankovním poplatku? Nezmění se jen dohodnutý poměr rovnováhy (ekvivalence), nýbrž též tržní rozhodování zákazníka (klienta, obláta), který je zpravidla orientován pouze podle základního poplatku? Zde a nikoliv ve finanční nevýhodě spočívá z hlediska smluvních ustanovení relevantní znevýhodnění. Znevýhodnění se musí dotýkat právě smluvního partnera navrhovatele. Omezení chráněného okruhu osob plyne z funkce kontroly obsahu kompenzovat narušenou rovnost

⁵⁵ DREHER, J.: *JZ*, 1997, s. 170 an.

⁵⁶ DREXL, J.: *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*. Mohr Siebeck, 1998, s. 312 an.

⁵⁷ Viz 2.5.

⁵⁸ Viz dále ad 2.5.

stran. Znevýhodnění smluvního partnera nemusí však vzniknout v právním vztahu k ob-
látovi. Postačí i nevýhody třetích osob, resp. pouze jejich potenciální znevýhodnění.⁵⁹

Předpokladem ochrany je kvalifikované znevýhodnění obláta. Musí být nepřimě-
řené. Základem tohoto pojmu je idea, že smlouva musí být kompromisem zájmů stran
a tedy představovat určité vyrovnání mezi nimi. Chybí-li obsahová rovnováha a absen-
tuje-li adekvátní vyváženost zájmů stran, je taková nevýhoda nepřiměřená. Posouzení
nepřiměřenosti spočívá na zvážení oboustranných zájmů smluvních stran. O tom, že jde
o „pravou“ rovnováhu, svědčí poukaz na základní, klíčové kritérium, kterým je dobrá
víra. Hledisky zjišťování přiměřenosti jsou tedy ospravedlnitelné zájmy navrhovatele,
z toho plynoucí nutnost poškození zájmů obláta a jejich možná kompenzace prostřed-
nictvím výhody druhé strany.

2.3.3 HLEDISKO DOBRÉ VÍRY

Znevýhodnění obláta musí, jak již uvedeno, být v rozporu s dobrou vírou.
Toto hledisko znamená, že zájmy smluvních stran není třeba posuzovat jenom zvnějšku,
ale jako také předmět vzájemného vztahu stran. V rozporu s dobrou vírou je smluvní
ustanovení proto, že navrhovatel využívá svého postavení k jednostrannému a bezo-
hlednému sledování vlastního zájmu.

Úzký vztah k dobré víře navrhovatele má další hodnotící kritérium, kterým je zásada
přiměřenosti. Z této zásady vyplývá nejprve požadavek maximálně citlivého zásahu do
práv druhé strany,⁶⁰ který je vymezen opět zásadou dobré víry.

2.4 OCHRANA PROTI NEVYJEDNANÝM KLAUZULÍM (UZAVÍRÁNÍ SMLOUVY ADHEZNÍM ZPŮSOBEM)

2.4.1 OBECNĚ

Dalším případem možného znevýhodnění obláta je způsob uzavírání
smlouvy nazývaný adhezní. Ten spočívá v tom, že oblát k návrhu bez dalšího „při-
stoupí“ (proto adhezní). Vyjednávání o obsahu smlouvy zde nemá místo. Jde o případy
„podepiš anebo jdi“. Na rozdíl od VOP jde o návrh takřikajíc úplné smlouvy, která po
svém vzniku nepotřebuje ke své účinnosti brát v úvahu odkazy či poukazy na jiná právní
jednání, jakými jsou typicky VOP. I když jde namnoze o formulářové a tedy předem
formulované („předtištěné“) texty smluv, jedná se o individuální, konkrétní projevy
vůle. Proto se tyto smlouvy též nazývají individuálními klauzulemi, jež se vyznačují
tím, že jsou uzavírány na základě předem formulovaného textu návrhu bez jakéhokoliv
vyjednávání, resp. relevantního vlivu druhé strany na jejich formulaci (přípravu).

⁵⁹ *BGH NJW*, 1984, s. 2816.

⁶⁰ *BGH NJW*, 2010, 1958 marg. č. 34 an.

2.4.2 PŘEDBĚŽNÁ FORMULACE

Návrh smlouvy, byť o jediném ustanovení, musí být předem připraven. Důvod k tomu není významný. Může se jednat např. o ustanovení, které má nahradit jeden článek VOP, nebo o „kompletní“ předtištěnou smlouvu. Doba přípravy a její způsob nemá z hlediska kontroly obsahu relevanci. Předem zformulovaná klauzule znamená, že byla zformulována před okamžikem uzavření smlouvy.⁶¹

O předem zformulované smlouvě tak mluvíme tehdy, jestliže její návrh byl vytvořen pouze jeho předkladatelem (oferentem) a předložen druhé straně jako „finální“ text. Médium nebo způsob jeho přípravy nejsou důležité.

2.4.3 ADHEZNÍ ZPŮSOB UZAVŘENÍ SMLOUVY (ABSENCE VYJEDNÁVÁNÍ)

Analýza znaku předběžné formulace smlouvy sama o sobě nevede k úplnému vysvětlení problému. Ten spočívá v tom, že návrh předložený jednou stranou, který je jí přímo, či z jejího příkazu třetím zformulován, je jediným podkladem k uzavření smlouvy, aniž by mohla druhá strana na jeho obsah mít jakýkoliv vliv. Vliv který by oblát mohl uplatnit formou vyjednávání, se v daném případě neuskuteční.

Absence vyjednávání smlouvy, resp. o jednání o jejím návrhu je důvodem pro speciální kontrolu obsahu smlouvy. Neplatí tedy, že absentující vyjednávání je pouhou indicií pro existenci nerovnosti při jednání o smlouvě. Tato koncepce by byla smysluplná jen tehdy, jestliže bychom nerozlišovali mezi kontrolou zneužití a měřítkem zjišťování zneužitelnosti. To ovšem neodpovídá např. obsahu čl. 3 odst. 1 směrnice. Podmínky kontroly jsou dány již na základě samotného faktu neexistence vyjednávání. Rozhodující je omezená rozhodovací svoboda obláta v důsledku absence možnosti vyjednat.

Pojem vyjednávání znamená více než jednání. Předkladatel musí text návrhu dát k dispozici a umožnit oblátovi využít smluvní svobodu v jeho prospěch, resp. prospěch jeho zájmů.⁶² Druhá smluvní strana musí tak získat reálnou možnost ovlivnit obsah smluvních podmínek (ustanovení). Oblát musí mít možnost projevit tvůrčí vůli ve vztahu k obsahu smlouvy.

Důkaz absence vyjednávání je zpravidla dán tehdy, jestliže nedošlo k žádné obsahové změně návrhu. Příkladem neexistence vlivu je používání standardizovaných formulářů či standardních smluv navrhovatelem. Jedná se o v anglickém konceptu free-formulated standard contract, resp. ve francouzském pojetí contract d'adhésion. Jde o typické předem formulované tiskopisy typu „take it or leave it“.

Možnost vlivu předpokládá ochotu ke změně, kterou oblátu musela být zřejmá a podle okolností též realizovatelná. O případ neexistence vyjednávání jde proto i tehdy, jestliže oblátovi jsou předloženy několiké verze standardizovaných smluv. Okolnost volby mezi nimi neznamená možnost ovlivnění obsahu té verze, kterou zvolil.

⁶¹ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 20, s. 916.

⁶² Např. *BGH NJW*, 2005, s. 2543, 2544.

2.4.4 CHARAKTERISTIKY ADHEZNÍHO ZPŮSOBU UZAVÍRÁNÍ SMLOUVY

Je zřejmé, že existence adhezního způsobu uzavírání smlouvy předpokládá kauzální vztah mezi formulářovým návrhem a smlouvou, neboli předem formulovaným návrhem a absencí vlivu obláta na jeho obsah. Rozhodující je podle smyslu požadavků kauzality relevantní příčinná souvislost. Standardizovaný návrh smlouvy musí být podstatnou příčinou jeho nezměněného přijetí (akceptace). Relevantní kauzalita však neexistuje tehdy, jestliže předkladatel určité ustanovení sice předem formuloval, ale v průběhu jednání nabídl jeho změnu, jehož akceptaci, resp. převzetí do smlouvy však oblát odmítl.

2.5 KONTROLA UZAVŘENÍ SMLOUVY (INKORPORACE VOP) A PŘEKVAPIVÉ KLAUZULE

2.5.1 ÚČEL KONTROLY

Účel kontroly vzniku smlouvy, jejíž součástí jsou VOP, je zřejmý. Jde o ochranu obláta, který si mnohdy není schopen uvědomit obsah smlouvy při jejím uzavírání. Není např. informován o tom, že VOP jsou součástí smlouvy, nebo není seznámen s jejich textem. VOP jsou pro něho nesrozumitelné, nebo dokonce nečitelné, či si neuvědomí, že některá ustanovení v nich neodpovídají standardu v daném sektoru nebo z jiných důvodů jej poškozují.

Kontrola převzetí je proto prvním sítím platnosti VOP jakožto součástí smlouvy. Jinak řečeno, jde o zjištění, s jakým obsahem smlouva platně vznikla, a realizací principu transparentnosti.

2.5.2 MĚŘÍTKO KONTROLY

Naprostou klíčovou otázkou je míra přísnosti kontroly. Tu lze posuzovat jak z hlediska předkladatele, tak obláta. Na straně předkladatele mohou existovat zvláštní zájmy a hodnotové aspekty, jež svědčí pro určitou diferenciaci. Tak je tomu např. v některých sektorech, resp. provozech, jako u veřejné dopravy a dalších tzv. liniových provozů, jimž je inherentní veřejný zájem při užívání provozních řádů provozovatelů dopravy či obdobných předpisů telekomunikačních provozovatelů včetně pošty. V těchto případech se klade otázka, zda veřejnoprávní kontrola spočívající v autorizaci těchto dokumentů majících charakter VOP, je postačující, a tudíž předpokladem k privilegování těchto projevů vůle v režimu kontroly. Některé právní řády, jako je tomu např. v německém BGB, vyjímají určité sektory z režimu soukromoprávní kontroly převzetí (§ 305 odst. 2 č. 1 a 2).

Relevantní jsou zájmy oblátů. V těchto případech jde o to, zda poskytovat jednotnou ochranu či diferencovat podle míry zkušeností, vědomostí a informací, resp. diferencovat „laického“ obláta a poskytovat silnější ochranu ve prospěch spotřebitele na straně jedné, či reflektovat zájmy na podnikatelském styku (efektivita) s ohledem k standardu péče na straně druhé, a proto ve vztahu k podnikatelům vycházet z liberálního pojetí.

V každém případě je třeba přihlížet k srovnávací analýze a na základě jejích výsledků hodnotit i českou úpravu (kapitola 3).

Obecně však platí, že i v případě převzetí VOP do smlouvy se aplikují ustanovení obecné části občanského práva a tedy standardní nástroje kontroly, jakými jsou platnost právních jednání, jejich vady a sankce za ně.

2.5.3 PŘEDPOKLADY INKORPORACE

Při předkládání VOP je klíčovou otázkou poskytnutí informace předkladatele oblatovi o existenci VOP na straně jedné a jejich vzetí na vědomí oblátem na straně druhé.

Existují dva základní způsoby informování, a to výslovný či nevýslovný poukaz (upozornění) obláta, a vývěska VOP. Posuzovat tyto dva způsoby je pak třeba s ohledem na způsob a formu uzavírání smlouvy (písemná či ústní nabídka, elektronický styk, jednání na dálku či osobní kontakt).

2.5.4 INFORMACE (POUKAZ)

Mnohé právní řády vyžadují výslovný poukaz předkladatele adresovaný oblátu. Splněním tohoto požadavku se překladatel zbavuje důkazního břemene. Informace poukazem se vztahuje na celé VOP a nikoliv jen na jednotlivé části či ustanovení. Poukaz musí být o to jednoznačnější, oč menší je pravděpodobnost výskytu VOP.⁶³ Výslovný poukaz znamená pro obláta nepochybně patrnou informaci o tom, že VOP se stávají součástí smlouvy.⁶⁴ Výslovným poukazem se rozumí taková informace, že průměrný zákazník jej ani při povrchním pozorování nemůže přehlédnout.⁶⁵ Tento znak však není dán, jestliže poukaz na VOP je vyjádřen v malém sotva čitelném druhu písma. Postačí však ústní poukaz. Poukaz nesmí být součástí textu VOP. Má-li být zákazník varován a upozorněn na určité jednání, je pak nutný i poukaz na konkrétní ustanovení VOP. Poukaz stejně jako celé VOP (viz 2.5.9) se musí uskutečnit v takovém jazyce, kterému oblát bez obtíží rozumí. Ani pro cestování letadlem nepostačí poukaz v angličtině,⁶⁶ jestliže ve státě místa obvyklého pobytu většiny potenciálních oblátů není angličtina úředním jazykem (viz 2.5.9 – srozumitelnost).

2.5.5 VÝVĚSKA VOP

Namísto výslovného poukazu postačuje zřetelně viditelná vývěska v místě uzavření smlouvy, jestliže výslovný poukaz je s ohledem na způsob uzavření smlouvy možný pouze za nepřiměřených obtíží. Vývěska je tedy určitou výjimkou ze zásady výslovného poukazu.

⁶³ *BGH NJW RR*, 1987, s. 112.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 73, s. 136.

⁶⁶ Viz § 305 odst. 2 č. 1 a k tomu BORK, R.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. 3. vyd. Tübingen, 2011, 691.

Podle německého práva je tato výjimka z informace poukazem možná především v situacích masového obchodu věcí denní potřeby, jež nemají zvláštní hospodářskou hodnotu.⁶⁷ Týká se to např. smluv ohledně dohledu či hlídání na parkovištích a parkovacích domech, myček aut, automatických boxů na nádražích, v šatnách nebo při vstupu do divadel, muzeí, bazénů apod., neboť poukaz na vstupenkách není dostatečným.

Vývěska musí být zřetelně viditelná, čímž se rozumí, že existence VOP je pro zákazníka nápadná. Písmo jejího textu musí mít nápadnou velikost a samotný text musí být umístěn tak, aby VOP byly patrné před uzavřením smlouvy, a nikoliv až poté. Viditelnou vývěsku lze vnímat prostřednictvím poukazu na přepážce u vchodu, v místě vhození objednávky nebo na vjezdu na parkoviště.

2.5.6 *FORMA*

Je-li návrh činěn písemně, vyžaduje se i písemný poukaz; postačí upozornění v dobře čitelném tučném tisku. Pouhý obtisk VOP např. na zadní straně formuláře nebo dodacího listu, v katalogu či prospektu nepostačí.⁶⁸ Poukaz skrytý např. na okraji textu smlouvy či vyjádřený v obtížně čitelném písmu je nedostatečný, neboť při běžném čtení smlouvy může být přehlédnut.⁶⁹

Při ústní formě musí být poukaz učiněn ústně součástí nabídky. Stačí však gesto, z něhož plyne vůle předkladatele inkorporovat VOP.⁷⁰ Poukaz na parkovacím lístku za předpokladu, že při vjezdu bylo poukázáno na existenci VOP,⁷¹ postačí. Nepostačí však vývěska v restauraci, i když je zřetelná a viditelná, nebo na vstupenkách, letenkách, kvitancích a podobných dokumentech, neboť existenci VOP si příjemce zpravidla uvědomí až po uzavření smlouvy.

2.5.7 *MOŽNOST VZETÍ NA VĚDOMÍ*

Druhým základním předpokladem inkorporace VOP je vzetí na vědomí jejich obsahu oblátou. Vzetí se vztahuje na obsah jednotlivých ustanovení VOP, tedy nikoliv na jejich samotnou existenci. Je nerozhodné, zda oblát VOP skutečně četl. Podstatná je reálná možnost vzetí na vědomí.

2.5.8 *VZETÍ NA VĚDOMÍ. DOSTUPNOST*

Možnost vzetí na vědomí lze obecně vymezit s přihlédnutím k okolnostem uzavírání smlouvy podle potřeb zúčastněného okruhu zákazníků. Základní podmínkou je, že VOP jsou oblátu k dispozici. Způsob dání k dispozici je závislý na formě smlouvy, tedy zda je smlouva uzavírána ústně, písemně nebo za využití elektronických prostředků. Dispozicí se tedy rozumí, že oblátu jsou jednotlivé klauzule VOP bez problémů

⁶⁷ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 73, s. 137.

⁶⁸ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 76, s. 137.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ *BGH NJW RR*, 1999, s. 1246.

⁷¹ PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 88, s. 144.

dostupné. Může to být případ videotextu nebo internetu; jiné zásady pro dostupnost platí v oblasti bankovníctví, jiné pak v pojišťovnictví a odlišné ve stavebním sektoru či v oblasti cenných papírů.

Dostupnost VOP musí být bezplatná. Jakékoliv omezení je nepřijatelné. Nepostačuje ani podmíněná dostupnost např. na zvláštní přání zákazníka.⁷² Stejně tak nepostačuje, jestliže dostupnost je možná mimo prostor uzavírání smlouvy. Je-li tedy smlouva uzavírána v provozních prostorách předkladatele, je nepostačující jejich dostupnost mimo tyto prostory. Oblátu musí být text k dispozici předem, aniž o to výslovně požádá. Dostupnost musí být nejpozději možná při uzavírání smlouvy, a nikoliv až po jejím uzavření.

2.5.9 ČITELNOST A SROZUMITELNOST

Předpokladem vzetí na vědomí je čitelnost a srozumitelnost obsahu VOP. Čitelnost se předpokládá při normálním typu a velikosti písma. Nepřijatelné je např. tak malé písmo, jež je čitelné pouze pod lupou. Zpravidla se požaduje i jasné barevné rozlišení, vyloučen je zvláštní druh písma nebo nepřehledný text.

Standard srozumitelnosti odpovídá míře porozumění průměrného zákazníka. Ten není zachován, obsahuje-li text v daném sektoru nepoužívané technické a jiné neběžné výrazy.⁷³ Standardu srozumitelnosti neodpovídá ani takový text, který není dostatečně určitý.

Srozumitelnost předpokládá, že text VOP je sepsán v jazyku jednání, kterým je jazyk, na němž se smluvní strany dohodly, a to i ve formě jeho přijetí zákazníkem mlčky. Podepíše-li cizinec text, jemuž nerozumí, je smlouva platně uzavřena.⁷⁴ V mezinárodním styku postačí, jsou-li VOP v jazyce v daném sektoru obvyklém.⁷⁵ Vzetí na vědomí předpokládá určitou dobu nutnou pro seznámení se s textem. Čím rozsáhlejší jsou VOP, tím delší dobu na jejich poznání musí klient (zákazník) mít. Záleží ovšem na sektoru, způsobu a formě smlouvy.⁷⁶ Přitom je třeba respektovat i způsobilost zákazníka včetně jeho fyzické způsobilosti. Pro případy zjistitelných či viditelných tělesných vad je třeba podřídit informační povinnost vyššímu standardu, ať již jde o zrakově, sluchově nebo jinak postižené osoby.

2.5.10 MĚŘÍTKO VZETÍ NA VĚDOMÍ A SMLUVNÍ USTANOVENÍ O TOM

Jak již řečeno (2.5.8), rozhodující je přiměřená možnost vzetí na vědomí. Její existence se posuzuje především podle obvyklých poměrů dotčených okruhů zákazníků, s nimiž předkladatel přichází do styku a musí s nimi počítat. Principu racionalizace, který je VOP vlastní, se přiči vycházet z individuálních poměrů každého jednotlivce. Předkladatel však musí přihlížet ke specifikám okruhů osob, na něž se obrací, a brát

⁷² PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 88, s. 144.

⁷³ Viz případ smlouvy o ručení v rozsudku *BGH NJW*, 1995, s. 190.

⁷⁴ Von WESTPFAHLEN, Fr. In: *10 Jahre AGB-Gesetz*. München, 1987, s. 188 an.

⁷⁵ *BGH NJW*, 1980, s. 816.

⁷⁶ *OLG Hamm BB*, 1983, s. 1304.

v úvahu jejich „odborné znalosti“, jazykové vybavení apod. Takové rozlišování nemůže platit v některých sektorech, jako např. na kapitálovém trhu, kde existuje požadavek jednotného standardizovaného obsahu bez ohledu na jednotlivé okruhy oblátů.

Skutečné vzetí na vědomí oblátem, jenž nese riziko znalosti, není nutné. Možnost vzetí na vědomí nelze nahradit tzv. klauzulí o vzetí na vědomí či potvrzení o tom. Takovéto ustanovení je neplatné, není-li skutečná možnost vzetí na vědomí poskytnuta.

2.5.11 OKAMŽIK INKORPORACE

Východiskem je pro okamžik převzetí VOP do smlouvy okamžik, v němž oblát vyjádří svůj závazný projev vůle o převzetí, bez ohledu na to, zda tvoří součást návrhu smlouvy nebo jeho přijetí.

Projev obláta o srozumění s VOP je pro inkorporaci rozhodující. Jeho dojitím oferentovi se inkorporace uskuteční. Postačí, jestliže se tento projev obláta týká VOP jako celku. I konkludentním způsobem je vyjádřeno srozumění s jednotlivými ustanoveními VOP.

Tento projev vůle se může uskutečnit ústní formou, není-li předvídána forma písemná. Vzdání se tohoto projevu, resp. vzdání se inkorporace, se lze považovat za neplatný projev vůle.

2.5.12 INKORPORACE V PODNIKATELSKÉM STYKU

Zájem na efektivní realizaci obchodů mezi odborníky je důvodem ke snížení standardu požadavků na inkorporaci. Existují argumenty, podle kterých je přísné posuzování inkorporace nadbytečnou překážkou ve styku mezi podnikateli.

Vůli k inkorporaci VOP na straně předkladatele je třeba zjistit z jeho projevu na základě ustanovení o výkladu právních jednání. Zjednodušený způsob kontroly je dán tehdy, jestliže mezi smluvními stranami existuje běžný hospodářský styk, používání VOP je v dané branži (sektoru) běžné. Není proto nutný výslovný poukaz na jejich existenci.

Přesto je nezbytné dát zákazníkům možnost vzít VOP na vědomí, i když její standard je oproti spotřebitelskému styku podstatně nižší. I zde však platí zásada, že nikdo nemůže být vázán něčím, k čemu nebyla dána možnost poznání.

2.6 PŘEKVAPIVÉ KLAUZULE

2.6.1 ÚČEL ÚPRAVY

Za překvapivé ustanovení lze považovat takovou klauzuli VOP, která je tak neobvyklá (nezvyklá), že oblát s ní nepočítá a počítat nemusí. Obdobně definuje tento druh klauzulí německý zákonodárce v § 305c odst. 1 BGB. To platí i tehdy, jestliže oblát byl na ně výslovně upozorněn (odkazem) při uzavírání smlouvy a byla mu skutečně poskytnuta možnost se s nimi seznámit.

Ochrana před překvapivými klauzulemi spočívá na myšlence, že většina zákazníků možnost seznámit se (vzít je na vědomí) VOP, i když jim byla poskytnuta, nevyužije

nebo nemůže využít, ať již proto, že VOP akceptují, aniž by je četli, anebo proto, že je sice čtou, ale nedisponují právními či dalšími znalostmi k tomu, aby rozpoznali ustanovení, se kterým by neměli v dané souvislosti ani počítat. V každém případě by totiž mělo platit, že zákazník by měl důvěřovat, že obsah jednotlivých klauzulí se nachází v rámci toho, co mohl při uzavírání smlouvy legitimně očekávat.

2.6.2 VZTAH KE KONTROLE PŘEVZETÍ A KONTROLE OBSAHU

Ustanoveními VOP se lze z hlediska jejich možného překvapivého charakteru zabývat jenom jako součástí smlouvy. To znamená, že je možné je posuzovat až poté, co byly platně do smlouvy inkorporovány.

Zato spornější je vztah úpravy (kontroly) překvapivých ustanovení ke kontrole obsahu smlouvy. Pro zjednodušení je z hlediska obsahu kontrola překvapivých klauzulí postavena na roveň kontrole obsahu. Liší se však tím, že jde vždy o individuální proces posuzování a že jediným kritériem testu překvapivosti je očekávání zákazníka.

2.6.3 OČEKÁVÁNÍ ZÁKAZNÍKA – ROZHODUJÍCÍ KRITÉRIUM

Používání kritéria očekávání se uskutečňuje zpravidla ve třech následujících krocích, které jsou jakýmsi jednotlivými po sobě následujícími testy.

Zprv je třeba zjistit, jaké představy zákazník měl o obsahu smlouvy podle okolností, za nichž byla uzavřena. V druhém kroku je třeba zjistit obsah sporného ustanovení VOP. Třetí test se soustřeďuje na otázku, zda rozdíl mezi představou zákazníka a obsahem klauzule je natolik závažný, že lze takové ustanovení jako překvapivé kvalifikovat.

Ke zjištění představ obláta je důležité brát v úvahu všechny okolnosti uzavření smlouvy, tedy nikoliv jen obsah výslovně dohodnutého obsahu ujednání, nýbrž reflektovat též poznatky (dojmy), které na zákazníku zanechaly i jiné projevy oferenta včetně jeho reklamy v širokém slova smyslu, zahrnující upoutávky a letáky, které vytvořily jeho celkový obraz smlouvy. Ačkoliv se zdá, že jde o subjektivní měřítko, není tomu tak. Rozhodné by měly být představy poctivého průměrného zákazníka, s průměrnými znalostmi a zejména zkušenostmi. Není možno brát v úvahu očekávání a představy zákazníka, které si vytvořil na základě zvláštních osobních zkušeností. Relevantní je tedy horizont (perspektiva) představitele typické skupiny (okruhu) zákazníků, s nimiž je určitý typ smluv pravidelně uzavírán. Nejde tedy o očekávání konkrétního zákazníka ve sporné věci. Vycházel-li např. zákazník z toho, že předkladatel mu poskytne záruku určitého rozsahu ohledně vad dodané věci a dospěly-li strany podle okolností případu výslovně či konkludentně k dohodě, není ustanovení VOP, jež je v rozporu s takovým ujednáním, překvapivou klauzulí. Konkrétní individuální dohoda mezi stranami má prostě přednost před tímto ustanovením VOP. Byl-li zákazník oferentem při uzavírání smlouvy výslovně upozorněn na obsah sporné klauzule a souhlasil-li s ní, pak takovou klauzuli lze považovat za vyjednané ustanovení ve smlouvě, jež nemůže podléhat režimu kontroly překvapivé klauzule.

Avšak okolnost, že zákazník VOP včetně smlouvy četl, neznamená, že žádné ustanovení není překvapivou klauzulí, ledaže sporné ustanovení bylo zvýrazněno a for-

mulováno tak jasně, že na základě ostatních okolností bylo způsobilé změnit původní představu klienta. Obsahuje-li totiž smlouva výslovný poukaz na takovou klauzuli, platí, že zákazník poté, co měl k ní přístup, ji nemůže považovat za překvapivou. Od toho je třeba odlišovat závěrečné ustanovení ve smlouvě o tom, že svým podpisem zákazník stvrzuje, že mu všechny smluvní podmínky byly vysvětleny a on s nimi souhlasil, a to aniž se tak konkrétně stalo.

Klauzule vyvolává překvapivý efekt tehdy, jestliže mezi jejím obsahem a očekáváním zákazníka je výrazná diskrepance. Neobvyklost klauzule nestačí. Stejně tak nepostačuje, zdá-li se takové ustanovení klientu neočekávaným. V klauzuli musí být přítomen onen překvapivý, šokující aspekt, či klauzule musí tento překvapující efekt alespoň vyvolávat.

Podle judikatury německých soudů bylo považováno za překvapivé např. ustanovení, podle něhož se kupující přístroje na výrobu kávy zavázal k odběru kávy, nebo ustanovení ve smlouvě o splátkovém prodeji, podle něhož prodávající na sebe nechal postoupit veškeré nároky na mzdu kupujícího. Tato ustanovení obsahují předmět transakce, který s hlavním předmětem smlouvy nemá nic společného.⁷⁷ Za překvapivou byla považována klauzule, podle které nabyvatel pozemku se zavázal až do splacení kupní ceny platit ještě úroky za užívání pozemku.⁷⁸ I dodatek ke kupní smlouvě ohledně použitého automobilu týkající se odpovědnosti za vady, že „vady jsou prodávajícímu vady známy“ byl považován za překvapivý.⁷⁹

2.7 NÁSLEDKY NEPŘEVZETÍ VOP DO SMLOUVY

V případě nepřevzetí VOP či některých klauzulí do smlouvy je třeba vycházet ze zásad autonomie vůle a právní jistoty. Pro smlouvu z toho plyne příkaz k zachování platnosti právního jednání o maximálním rozsahu (míře).

Z toho plyne závěr, že smlouva jako taková zůstává v platnosti bez ohledu na to, zda v tomto stavu odpovídá skutečné nebo hypotetické vůli stran. To platí nejen tehdy, jestliže se překvapivá ustanovení nestanou její součástí, ale i tehdy, nebyly-li VOP vůbec do smlouvy inkorporovány. Smlouva tedy platí jako řádně uzavřená i v případě, jestliže ohledně inkorporace a VOP mezi stranami existoval nesouhlas (dissensus).⁸⁰ Smlouva je platně uzavřena a je ji třeba zachovat také v situaci, kdy jednotlivá ustanovení nebo dokonce celé VOP se sice staly součástí smlouvy, ale jsou neplatné. Tak je tomu v případě, kdy VOP neodpovídají standardům používaným při kontrole obsahu smlouvy.

Na místo nepřijatých či neplatných ustanovení VOP je třeba použít dispozitivní ustanovení zákona, pokud to odpovídá obsahu smlouvy, úmyslu stran a obsahu a účelu zamýšlených VOP. Výjimkou z tohoto pravidla představují případy, kdy zbylé torzo smlouvy nelze považovat za projev souhlasné vůle stran.⁸¹ To odpovídá výslovnému

⁷⁷ *BGH NJW RR*, 2001, s. 195.

⁷⁸ *BGH NJW*, 1996, s. 221.

⁷⁹ *BASEDOW*, pozn. I, marg. č. 7, s. 1105.

⁸⁰ *Ibidem*, marg. č. 8, s. 1106.

⁸¹ *Viz § 307 odst. BGB*: „Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benach-

znění čl. 6 odst. 1 pododst. 2 Směrnice, podle něhož je smlouva závazná jen tehdy, „jestliže může bez nepřiměřených klauzulí nadále existovat“.

2.8 OTÁZKY ZAPLŇOVÁNÍ MEZER

V důsledku nepřevzetí VOP do smlouvy nebo v případě neplatnosti jejich ustanovení vzniká ve smlouvě mezer, kterou, jak uvedeno výše, je třeba zaplnit odpovídajícími dispozitivními ustanoveními zákona.

Z tohoto pravidla však existují určité výjimky.

O mezeru ve smlouvě se nejedná, patří-li taková smlouva k zákonem upraveným smluvním typům a v ustanoveních VOP byly řešeny otázky, které nejsou v dispozitivním právu upraveny. Zavázal-li se nájemce na základě překvapivé klauzule ještě k úklidu sklepních prostor domu, ve kterém užívá byt, zůstává nájemní smlouva bez této překvapivé klauzule platná bez jakéhokoliv doplnění či náhrady.

O mezeru se dále nejedná tam, kde sporné ustanovení VOP je sice jako takové neplatné, ale může být podle situace případu redukováno do přiměřeného rozsahu. Jedná se o tzv. platnost udržitelnou redukcí.

Při adaptaci smlouvy je třeba často použít jejího výkladu, a to prostřednictvím doplňující či hypotetické interpretace. Jiným způsobem v rámci výkladových redukcí je metoda dělitelnosti ustanovení VOP. Ustanovení, které by se mělo stát neplatným, lze podle jeho smyslu rozdělit a ze smlouvy vyřadit pouze část, která je neplatností podle svého obsahu postižena.

2.9 KONTROLA OBSAHU

2.9.1 ZÁKLADY

Kontrola obsahu představuje jednu z forem právní kontroly. Spočívá na myšlence nutnosti obecného vymezení či omezení smluvní svobody. Od jiných právních kontrol se odlišuje předmětem svého použití (svou působností) a metodami. Těžištěm kontroly obsahu jsou smlouvy či jiná právní jednání, u nichž dochází k narušení rovnováhy smluvních stran. Jde tedy především o případy, jež jsou předmětem tohoto příspěvku, tedy o všeobecné obchodní podmínky, smlouvy uzavírané adhezním způsobem a smlouvy se slabší stranou, zejména se spotřebitelem.

Základních zásad, resp. obecných klauzulí soukromého práva, jako jsou dobré mravy, dobrá víra či veřejný pořádek, používá kontrola obsahu jako druhotných měřítek, jež tvoří rámec pro používání specifických metod, kterými jsou jednak obecná kritéria (viz 2.9.4), jednak specifické instrumenty, kterými jsou příkladné seznamy případů zneužití (tzv. černé či šedé listiny). Ačkoliv používá interpretaci jako svoji metodu, kontrola obsahu se od výkladu liší. Cílem výkladu je zjištění smyslu právního jednání, zatímco účelem obsahové kontroly je určit platnost právních jednání.

teiligen“ (Ustanovení ve všeobecných obchodních podmínkách jsou neplatná, jestliže smluvního partnera jejich uživatele v rozporu se zásadou dobré víry nepřiměřeně znevýhodňují).

Základ obsahové kontroly spočívá v myšlence zajištění spravedlnosti a právnosti právního styku. Jakkoli je autonomie vůle nepostradatelnou součástí právního styku tím, že umožňuje stranám vytváření právních vztahů podle vlastních představ, selhává v otázce spravedlivého řádu tohoto vztahu a proto je právní řád povolán korigovat spontánní řád relevantními měřítky. Činí tak omezením smluvní svobody právě prostřednictvím kontroly obsahu, která umožňuje udržovat v právních vztazích funkci řádu.

Kontrola obsahu tedy kompenzuje absenci zajišťování spravedlnosti a právnosti ve fungování autonomie vůle (smluvní svobody). Její používání však závisí na splnění určitých předpokladů, které se při uskutečňování smluvní autonomie ne vždy uskuteční.

Mezi kontrolou obsahu a smluvní svobodou (smluvní autonomií) existuje určité napětí. Tento rozpor je však třeba překonat poznáním základů samotné smluvní autonomie. Ta spočívá na dvou premisách (maximách), a to maximě sebeurčení a ideji řádu soukromého práva. Při používání smluvní svobody jsou zpravidla oba tyto předpoklady splněny. V některých případech však tomu tak není, a proto je třeba myšlenku řádu, resp. spravedlnosti, jež v takových případech chybí, kompenzovat. To se děje právě prostřednictvím kontroly obsahu.

2.9.2 DŮVODY KONTROLY OBSAHU

Jedním z projevů absence spravedlnosti při fungování smluvní svobody je znevýhodnění jedné ze stran smluvního vztahu. K tomu však dochází zcela běžně. Důvodem k zásahu či použití kontroly je kvalifikované zneužití. O ně se jedná, jde-li o znevýhodnění nepřiměřené, přičemž hlediskem nepřiměřenosti je obvykle rozpor s dobrou vírou a jeho míra.

Měřítkem znevýhodnění je v prvé řadě výsledek analýzy zájmů obou stran. Ta předpokládá pečlivé a všechny okolnosti případu reflektující šetření. Zjišťovat je především třeba, jaký zájem má předkladatel na daném ustanovení nebo na svém návrhu vůbec a jaké zájmy by měly vést zákazníka k nahrazení příslušného ustanovení např. dispozičním, ale někdy i kogentním právním předpisem. Relevantní je určení, jaké následky by platnost či neplatnost takového ustanovení měly pro obě smluvní strany, zda a jak se každá ze stran může chránit proti následkům smluvního rizika spočívajícího právě v daném ustanovení. Zjistí-li se zájmy smluvních stran, je třeba je analyzovat a na základě výsledků jejich analýzy zjistit, zda ustanovení lze považovat za platné, či nikoliv.

Rozhodující pro posouzení „výsledku“ obsahové kontroly, tj. zjištění platnosti určitého ustanovení je kontext celé smlouvy. Upravuje-li např. jedna klauzule následky prodloužení, je třeba zjišťovat např. i předpoklady plnění a tak posuzovat znevýhodnění. Jinak řečeno, určité ustanovení nemusí být samo o sobě znevýhodňující, ale právě v souvislosti se všemi ostatními nepřiměřené znevýhodnění působí.

Jedno z hledisek dosažení spravedlnosti je soulad s principem ekvivalence. Jako znevýhodňující a tedy ve svých důsledcích neplatné lze posuzovat takové klauzule, které jsou v rozporu s principem ekvivalence, jež je imanentní synallagmatickým smlouvám. Jde tedy o ekvivalenci plnění a protiplnění. Přitom nejde o posouzení přiměřenosti plnění a protiplnění, jež zpravidla nepodléhají kontrole obsahu (viz např. čl. 4 odst. 2 směrnice a § 1813, druhá věta OZ – viz 2.9.3). Předmětem kontroly jsou

ustanovení, jež k tomu ale mohou vést a tedy způsobovat zásadní narušení rovnováhy práv a povinností.

Důvodem nerovnovážného postavení stran může být absence možnosti jedné strany ovlivnit obsah smlouvy. O takový případ se jedná nejen tehdy, jestliže je uzavírána tzv. standardizovaná neboli formulářová smlouva, nýbrž i tehdy, jestliže formulář je třeba vyplnit v kontaktu obou stran, avšak ve skutečnosti je vyplní pouze jedna strana. Jinak řečeno, rozhodující je fakticita okolností, která nakonec je důvodem pro absenci vlivu zákazníka na smlouvu. Mnohdy však může být sporné, zda předpokladem vyjednávání může být tzv. nepřímá účast či nepřímá možnost vlivu zákazníka. Rozhodující je nakonec konkrétní situace.

2.9.3 PŘEDMĚT KONTROLY

Z předmětu kontroly jsou zpravidla vyňaty některé části smlouvy, jež je třeba nejdříve vymezit a pak analyzovat důvody jejich privilegování.

S výjimkou spotřebitelských smluv v některých právních řádech, jakým je např. český občanský zákoník, podléhají kontrole pouze předem formulovaná ustanovení. Tak tomu je např. podle § 307 odst. 3 věta první německého BGB.⁸²

I když jsou smlouvy předem jednostranně formulovány bez možnosti jejich ovlivnění ze strany obláta, nepodléhají kontrole především tzv. deklaratorní ustanovení, která jen opakují ustanovení zákona.

Nejdůležitější výjimkou z kontroly jsou zpravidla popisy plnění stran, které stanoví druh a předmět plnění, jakož i rozsah množství, kvalitu. Právě tak nejsou předmětem kontroly zpravidla ustanovení o ceně. Původem tohoto privilegia je postoj zákonodárce k cenové kontrole (viz § 1813 NOZ a čl. 4 odst. 2 směrnice, viz níže a 2.9.4). Naproti tomu však jsou předmětem kontroly ta ustanovení, která smluvní plnění, resp. práva a povinnosti se plnění týkající, modifikují. Stejně tak podléhají kontrole ustanovení, která ukládají zákazníkům poplatky či úplaty za plnění, jež je povinen poskytovat předkladatel anebo jsou poskytovány v jeho zájmu.

U klauzulí týkajících se plnění je ovšem nutné rozlišovat ta ustanovení, která plnění pouze popisují a tedy nepodléhají kontrole na straně jedné, a ta ustanovení, která upravují podmínky plnění a která privilegována nejsou a kontrole podléhají na straně druhé. Rozlišení obou případů, jež je mnohdy velmi obtížné, je třeba provádět podle účelu příslušné právní úpravy. Ten by měl sloužit k ochraně, a proto by neměly být kontrole podřízeny ty části smlouvy, které již na základě zvláštního významu představují předmět pozornosti obou stran. To je důvod, proč povinnosti vztahující se k hlavnímu plnění jsou vyňaty z kontroly obsahu. Kontrole by však na druhé straně měly podléhat ta ustanovení, jež se týkají rozsahu garančního plnění, a v každém případě ustanovení, jež vylučují odpovědnost nebo omezují garance.

Směrnice vyjímá z kontroly zneužití hlavní předmět smlouvy a transparentní ustanovení o ceně, „jež jasně a srozumitelně vyjadřuje přiměřenost mezi plněním a protiplněním“ – čl. 4 odst. 2 Směrnice. Ustanovení § 1813 druhá věta NOZ, které je transpozicí

⁸² PFEIFFER, pozn. 19, marg. č. 27, s. 2397.

citovaného pravidla směrnice, je těžko srozumitelné, neboť požadavek jasného a srozumitelného (transparentního) vyjádření by se mělo vztahovat k ujednání (ustanovení) smlouvy a nikoliv k předmětu plnění nebo ceně, jak to vyplývá nepochybně z nesprávného tvaru slova „poskytnuty“. To by se totiž mělo vztahovat k smluvnímu ujednání, a tak by mělo být toto slovo ve středním rodě („poskytnuta“).

Klauzule, které stanoví hlavní předmět smlouvy, jsou ty, které vymezují znaky výrobku nebo služby, které mají být poskytovány.⁸³ Ve smyslu směrnice patří sem dále essentialia negotii, konkrétně ustanovení o smluvních stranách. Hlavním předmětem smlouvy je plnění, za něž je poskytnuta úplata. Druh plnění je dán i označením smlouvy (skupní smlouva). K privilegovaným klauzulím tedy nepatří ta ustanovení, která upravují podmínky plnění. O tom svědčí v příloze Směrnice uvedený seznam klauzulí.

2.9.4 MĚŘÍTKA (KRITÉRIA) KONTROLY

Kontrola obsahu se v zásadě zakládá na dvoustupňovém postupu. V první etapě je třeba nalézt obecné pravidlo (kritérium), jež by platilo bez daného smluvního ustanovení. V druhém kroku je pak třeba zjišťovat, zda ve srovnání s tímto pravidlem je třeba dané smluvní ustanovení považovat za nepřiměřeně znevýhodňující.

Obecné pravidlo (kritérium), podle kterého se kontrola obsahu orientuje (řídí), má normativní charakter, neboť je vytvořeno na základě dispozitivního práva.

Vlastní obsahová kontrola spočívá na omezení smluvní svobody, které vede k tomu, že od normativního rámce (úrovně) se nelze odchýlit podle libosti, nýbrž jenom v přiměřeném rámci. Kontrola obsahu je potud vázána na normativní maximy, a s nimi konformní ustanovení smlouvy nelze považovat za nepřiměřené.

Konkretizace měřítka přiměřenosti musí vycházet z toho, že obsahová kontrola nevyklučuje znevýhodnění jako takové. Do určité míry je v zájmu právní jistoty a funkčnosti autonomie vůle akceptuje. Zda existuje znevýhodnění přesahující tuto míru, je třeba posuzovat i s přihlédnutím k možné kompenzaci, jež se v zásadě může uskutečnit i cestou finančního vyrovnání. Rozumí se samo sebou, že v takovém případě lze uvažovat o ceně.

Jinak je třeba otázku přiměřenosti posuzovat analýzou zájmů. Relevantní jsou zájmy smluvních stran a nikoliv třetích nebo veřejnosti. Vycházet je třeba z typizovaných (typických) zájmů chráněné smluvní strany, neboť obsahová kontrola nemůže zabezpečit lepší postavení než to, které by měla v režimu právní normy, která byla právě konkrétním ustanovením smlouvy vytěsňena. Pro hodnocení zájmů platí objektivní měřítka, jež je třeba vyvodit z právního řádu s přihlédnutím k právnímu styku.

Seznamy (katalogy) obecně neplatných klauzulí lze sestavit na základě jejich jednotlivých specifických druhů.

Do určité omezené míry jsou relevantní postoje zúčastněných kruhů skutečných nebo potenciálních stran smlouvy. Tak je třeba zdůrazňovat zájmy kupujících, jestliže v těchto typových případech se jedná zpravidla o odborně nezkušené osoby. V podnikatelském styku je možno v některých případech brát v úvahu i stavovské předpisy

⁸³ BGHZ 22, s. 90, 98 a 33, 216.

a kodexy chování, např. u smluv příslušníků tzv. svobodných povolání. Naproti tomu je nepřipustné přihlížet k individuálním zájmům a vycházet z perspektivy konkrétního dotčeného zákazníka.

Velmi sporná je otázka ceny či nákladů vůbec. Konkrétně jde o to, zda v případě neplatnosti určité klauzule by cena nebyla neúměrně vyšší. Jinými slovy jde o to, do jaké míry lze i nepřiměřené znevýhodnění v důsledku smluvního ustanovení „vyvážit“ nízkou cenou. Německý nejvyšší soud (BGH) takovéto kalkulace nepovažoval za důstojné.⁸⁴ Naproti tomu jeho předchůdce Říšský soud byl zcela opačného názoru.⁸⁵

V tomto případě je třeba vycházet ze základního účelu smluvní kontroly, která je kontrolou právní. I když v případě neplatnosti smluvní klauzule je možné uvažovat o určitých kompromisech právního řešení ve smyslu zachování smlouvy, kompromis s ohledem na cenu realizovat nelze.

Směrnice vymezuje znaky měřítka kontroly relativně konkrétním způsobem. Jde o nepoměr mezi právy a povinnostmi smluvních stran, újmu spotřebitele, podstatný a neospravedlnitelný rozpor a hledisko dobré víry (čl. 3 odst. 1 směrnice).

2.9.5 ROZPOR MEZI PRÁVY A POVINNOSTMI SMLUVNÍCH STRAN

Tento rozpor musí existovat mimo povinnosti k hlavnímu předmětu plnění. Základem je tedy srovnání postavení stran. Z toho plyne, že není možno srovnávat jedno právo a s ním korespondující povinnosti druhé smluvní strany. Izolované posuzování není účelem kontroly. Funkce pojmu „nepoměr“ spočívá v možnosti negativně posoudit příslušné ustanovení. Rozhodující však pro takové hodnocení je analýza předpokladů, a to nevýhodností a jejího absentujícího ospravedlnění v rozporu s dobrou vírou. Rozpor existuje tehdy, jestliže postavení ve vztahu k jedné a téže otázce je rozdílné. Tato asymetrie je dána v případě, kdy např. jedna strana je odpovědná za nedbalost a u druhé strany je odpovědnost vyloučena. Měřítkem nepoměru či nerovnováhy je řešení dispozitivního práva.⁸⁶

2.9.5.1 ZNEVÝHODNĚNÍ SPOTŘEBITELE

Znevýhodnění spotřebitele existuje v případě omezení jeho práv a rozšíření jeho povinností. Měřítkem je opět ustanovení dispozitivní normy. Přitom je ovšem nutno přihlížet k celkovému obsahu smlouvy.

2.9.5.2 VÝZNAMNÁ NEROVNOVÁHA (ČL. 3 ODS. 1 SMĚRNICE)

Zanedbatelné či nepodstatné znevýhodnění je irelevantní.

Neodůvodnitelná nerovnováha existuje tehdy, jestliže s ohledem na účel smlouvy není na místě zvyhodňovat jednu ze stran.

⁸⁴ *RGHZ* 20, s. 115, 117.

⁸⁵ Rozsudek ESD ve věci *Invitel*, marg. č. 30.

⁸⁶ *BGH NJW*, 2005, s. 3567.

2.9.5.3 DOBRÁ VÍRA

Měřítko dobré víry je centrální znak kontroly obsahu (zneužití). Rozpor s dobrou vírou existuje tehdy, jestliže oproti očekávání spotřebitele jsou mu ukládány nepřiměřené povinnosti, resp. je-li zbavován podstatných práv. Princip dobré víry zahrnuje celou řadu dalších maxim, jakými jsou např. povinnost smluvní věrnosti, která je porušena, jestliže si jedna strana nárokuje nepřiměřené výhody v rozporu se smlouvou, účta k postavení slabší strany – spotřebitele, vystíhání se asymetrických smluvních ustanovení apod.

2.9.6 NÁSLEDKY

Následkem rozporu se základními kritérii je neplatnost příslušného smluvního ustanovení. Řešení tohoto problému je stejné jako v případě nepřevzetí ustanovení do smlouvy⁸⁷ (viz 2.7 shora).

2.10 ZMĚNY VOP

2.10.1 ZÁKLADNÍ POJMY. PLNĚNÍ

Specifickým problémem VOP je možnost jejich změn či odchylek ze strany předkladatele. Tato otázka je relevantní u dlouhodobých obligačních vztahů, které jsou ve VOP předvídaný. Relevantní je tento problém v podstatě jen tehdy, jde-li o změnu plnění předkladatele. Plnění zahrnuje jak hlavní, tak ale i vedlejší povinnosti předkladatele. Pojem plnění zahrnuje nepochybně všechny jeho náležitosti, jakými jsou místo, čas, přechod nebezpečí, způsob a další. Je nerozhodné, zda povinnosti předkladatele vyplývají ze smlouvy či přímo ze zákona.

2.10.2 POJEM ZMĚNY NEBO ODCHYLKY

O změně mluvíme tehdy, jsou-li povinnost či právo zrušeny nebo obsahově změněny. Odchylkami se rozumí ustanovení VOP, která poskytují při zásadně nezměněných okolnostech oprávnění tyto povinnosti nahradit.

Zásadním pravidlem při kontrole VOP je připuštění výhrady změny či odchylky, ledaže to je či bylo pro obě strany neúnosné. Mimo otázku hodnocení výhrady jsou změny, jejichž rozsah či význam je nepatrný. Změnou však není konkretizace plnění. Změna může být výslovná anebo skrytá. Příkladem výslovné výhrady změny je např. „odchylky ve struktuře a barvě jsou vyhrazeny“ nebo „technické změny vyhrazeny“ či „změna modelů vyhrazena“ apod. Za změnu se pokládá však i její skrytá forma, o níž se jedná tehdy, jestliže věc, např. nábytek je zakoupen jako věc individuálně určená, avšak ve VOP je označen jako věc určená genericky. Např. „dodání podle vzorku“.

⁸⁷ BGH NJW RR, 2009, s. 1641.

2.10.3 ÚNOSNOST ZMĚNY NEBO ODCHYLKY

Pro přípustnost odlišného znění VOP je rozhodující, zda zájmy předkladatele převažují v daném případě nad typickými zájmy zákazníků, anebo jsou těmto zájmům rovnocenné. Vycházet je ovšem třeba z míry možností změn konkrétního ustanovení. Únosnost předpokládá takové znění klauzule, které nemůže sloužit k ospravedlnění nepřiměřených změn. Předpokladem únosnosti je, že změny jsou dostatečně konkretizovány, takže předkladatel je schopen vzdor změně mít budoucí rizika pod kontrolou. Jiným měřítkem je zásada nutnosti a potřebnosti. Předkladatel má potud zájem, který je hodný ochrany na dohodě o výhradě změny v VOP, pokud taková změna je nutná k překonání nejistot. V zásadě jsou přípustné ty změny, které nemají za následek zhoršení pozice zákazníka. Přípustné jsou proto zanedbatelné nebo obvyklé změny ve smyslu standardu v určitém sektoru. Podmínkou přípustnosti změny je udání jejího důvodu.

3. ANALÝZA ČESKÉ ÚPRAVY

3.1 CHARAKTERISTIKA PRÁVNÍ ÚPRAVY NA POZADÍ HISTORICKÉHO VÝVOJE

K poznání aktuální právní úpravy VOP může velmi účinně posloužit stručná sonda do právních úprav, které předcházely občanskému zákoníku.

ZMO rozlišoval dva druhy VOP. První představovala mezinárodní úprava, jež chápala všeobecnými podmínkami mezinárodní smlouvy či jim obdobné instrumenty uzavírané v rámci RVHP. Šlo o kogentní předpisy přímo aplikovatelné příslušnými smluvními stranami. Svým charakterem se lišily od právních jednání, kterými dnešní VOP jsou (viz Všeobecné podmínky pro dodávky zboží mezi organizacemi členských států RVHP, Všeobecné podmínky pro montáž a poskytování jiných technických služeb spojenými s dodávkami strojů a zařízení mezi organizacemi zahraničního obchodu členských států RVHP a další).

V ustanovení § 116 však ZMO obsahoval zmínku o druhém druhu všeobecných obchodních podmínkách, tedy již o právních jednáních našeho typu.⁸⁸ Tímto ustanovením a dokonce jeho dikcí je přímo ovlivněná úprava obsažená v obchodním zákoníku a její stopy nalezneme i v současně platné právní úpravě NOZ.

Obchodní zákoník upravoval (lépe řečeno zmiňoval) dva druhy obchodních podmínek a „skrytou“ úpravu i smluv uzavíraných adhezním způsobem. Rozlišoval v § 273⁸⁹ všeobecné obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi, jež bylo možné inkorporovat odkazem na ně, a dále obchodní podmínky, jež bylo možné převzít i za předpokladu, že byly smluvním stranám známy nebo k návrhu předložené

⁸⁸ Viz § 116 ZMO: „Smlouvu lze uzavřít také s odkazem na stranám známé nebo navrhovatelem předložené obchodní podmínky nebo použitím smluvních formulářů zavedených v obchodním styku. Odchylná ujednání ve smlouvě mají přednost před zněním těchto obchodních podmínek nebo smluvních formulářů.“

⁸⁹ § 273 odst. 3 ObchZ: „K uzavření smlouvy lze užít smluvních formulářů citovaných v obchodních stycích.“

(§ 273 odst. 1). Obchodní zákoník též připouští uzavřít smlouvu při použití smluvních formulářů „užívaných v obchodním styku“ (§ 273 odst. 3)⁹⁰. V tomto případě šlo o zárodek tzv. adhezních smluv. Z textu ustanovení § 273 je zřejmé, že jeho část s určitými modifikacemi byla převzata do § 1751 NOZ, a to do odst. 1 a odst. 3. Do § 1798 odst. 2 NOZ pak zákonodárce převzal význam a zčásti i dikci § 273 odst. 3 obchodního zákoníku.⁹¹

Pro zmíněnou předcházející úpravu je charakteristická celá řada rysů. VOP jsou pouze zmiňovány jako možná součást smlouvy. Obchodní zákoník pak stanoví velmi reziduálním způsobem předpoklady jejich převzetí do smlouvy. Ani náznakem není upravena kontrola, a to ani převzetí ani transparentnosti či obsahu. Výsledkem toho je, že není stanovena míra právnosti a sankce za její překročení. Pokud bylo možné uvažovat o jejich platnosti či neplatnosti, pak jenom ve vztahu ke kogentním ustanovením zákona, resp. ustanovením o dobrých mravech a jiným obecným klauzulím.

S výjimkou snad jediného (!) příspěvku⁹² nebyly VOP předmětem diskuse. Z uvedené vzniká dojem, že VOP nejsou považovány za významný, ale zejména problematický fenomén, jak o tom svědčí nezáměr nauky.

3.2 ROZBOR A HODNOCENÍ

3.2.1 STRUKTURA ÚPRAVY

Problematika nekalých (zneužívajících, nepřiměřených) klauzulí je v občanském zákoníku upravena trojím navzájem se překrývajícím způsobem.

Vlastní všeobecné obchodní podmínky jsou upraveny v § 1751–1753, tzv. adhezní smlouvy nacházejí úpravu v § 1798–1801 a nekalé klauzule jsou kodifikovány v § 1810–1819. Úprava se liší nejen svojí věcnou, ale i osobní působností.

Úprava všeobecných obchodních podmínek má dvojí osobní působnost. Ustanovení o inkorporaci VOP se týká zčásti jak podnikatelských, tak spotřebitelských smluv (§ 1751 odst. 1), jakož i jen podnikatelských smluv (§ 1751 odst. 3). Překvapivé klauzule jsou upraveny s působností pro spotřebitelské i podnikatelské smlouvy.

Právní úprava adhezních smluv se týká jak smluv podnikatelských tak spotřebitelských. Úprava nekalých klauzulí pak působí vůči spotřebitelským smlouvám.

3.2.2 METODY KONTROLY

3.2.2.1 TRADIČNÍ (KLASICKÉ) METODY

Kontrolu právnosti je možné a mnohdy nutné provádět na základě ustanovení obecné části o právních jednáních, a to tím častěji, čím méně účinná je otevřená kontrola (viz 3.2.2.2). Toto pravidlo platí i naopak, tj. specifická kontrola má přednost

⁹⁰ Srov. § 273 odst. 1 ObchZ.: „Část obsahu smlouvy lze určit odkazem na všeobecné obchodní podmínky vypracované odbornými nebo zájmovými organizacemi nebo odkazem na jiné obchodní podmínky, jež jsou stranám uzavírajícím smlouvu známé nebo k návrhu přiložené.“

⁹¹ Viz BEJČEK, J.: Obchodní podmínky v kupní smlouvě. *Daňová a hospodářská kartotéka*, 1996, č. 12.

⁹² Z poslední doby viz však ŠPAČKOVÁ, M.: Všeobecné obchodní podmínky a řešení jejich kolize po rekodifikaci. *Obchodněprávní revue*, 2015, č. 4, s. 106 an.

jako *lex specialis* a její působnost vylučuje používání metod obecných, tedy kontrolu pomocí dobrých mravů, dobré víry, úpravy omylu ap.

Prvním nástrojem bude výklad všech v úvahu přicházejících právních jednání, a tedy jak VOP, tak formulářových smluv, a dále jednotlivých ustanovení ve smlouvách spotřebitelských. Speciální pravidlo obsažené v § 1812 odst. 1 (proferentem rule) lze použít i v případě obláta jak u VOP, tak u formulářových smluv. Obecnou platnost má ustanovení o základních požadavcích na právní jednání (§ 551 an.). Uplatnění doznají i kogentní předpisy, zejména o neúměrném zkrácení (§ 1793 an.) a lichvě (§ 1796). Poměrování VOP, resp. formulářové smlouvy zásadou dobrých mravů bude relativně častým případem, méně častým bude použití klauzule veřejného pořádku (§ 588 NOZ).

Tyto obecné tradiční přístupy lze použít jak v případě samotného obsahu smlouvy, tak při zvažování účinného převzetí (inkorporace) VOP do smlouvy.

Účinným nástrojem bude vždy ustanovení o omylu (§ 583–585).

3.2.2.2 VLASTNÍ (OTEVŘENÁ) KONTROLA

ÚPRAVA VOP

Kontrola převzetí je reziduálním způsobem upravena obdobně, jako tomu bylo v obchodním zákoníku v § 1751 odst. 1 a 3. Obchodní podmínky se stanou platnou součástí smlouvy, jestliže je předkladatel připojí k nabídce anebo jestliže jsou stranám známy. Argumentem z opaku lze dovodit, že nejsou-li splněny tyto předpoklady, bude třeba jejich absenci vyplnit dispozitivními ustanoveními zákona. Zpravidla však půjde o relativně konkrétní ustanovení, jehož nahrazení obecnými klauzulemi zákona nebude účinné a tak k uzavření smlouvy nedojde. Důkaz o neznalosti VOP musí předložit oblát.

Velmi liberální měřítko zákonodárce stanovil pro případ VOP vypracovaných odbornými nebo zájmovými organizacemi při uzavírání smlouvy mezi podnikateli (§ 1751 odst. 3). Předkladateli v takovém případě postačí k platné inkorporaci vyvrátit argument obláta, že na ně neodkázal. Spornou otázkou je průkaz kvalifikace organizací, které VOP vypracovaly, jako organizací odborných nebo zájmových. Pečeť předchozí úpravy v obchodním zákoníku nese § 1754, do něhož byl převzat text § 274 ObchZ, obsahující tzv. vykládací doložky, kterými se myslí např. INCOTERMS, jež ovšem nejsou VOP. Mají však v mnohých směrech pro smlouvu obdobný význam a proto zákonodárce stanovil kontrolu jejich inkorporace v spotřebitelských smlouvách (§ 1754 odst. 2).

Vlastní kontrolu obsahu stanoví § 1752 pro případ „masových“ smluv (větší počet osob), jež zavazují obláty dlouhodobě k opětovným plněním stejného druhu. Pro platnost případu pozdější změny stanoví zákonodárce předpoklady. Platné jsou změny všeobecných obchodních podmínek tehdy, je-li již při jednání o uzavření smlouvy zřejmá rozumná potřeba jejich pozdější změny za předpokladu, že bylo též ujednáno, jak se změna druhé straně oznámí spolu s právem změnu odmítnout a ukončit smlouvu za rozumných podmínek (§ 1752 odst. 1).

Kontrola překvapivých klauzulí je součástí kontroly jejich inkorporace do smlouvy, která se však může uskutečnit jen na základě výslovné akceptace obláta (§ 1753).

Ve většině případů kontroly převzetí nebude zřejmě zapotřebí nahrazovat nepřevzatá ustanovení, neboť ta budou mít zpravidla jenom určitý doplňující význam.

KONTROLA SMLUV UZAVÍRANÝCH ADHEZNÍM ZPŮSOBEM

Inkorporace VOP individuálně nevyjednané smlouvy (§ 1799) je založena na důkazu znalosti VOP oblátem, kterou musí prokázat předkladatel. Kontrolu převzetí obsahuje § 1799. VOP se v důsledku neplatnosti ustanovení o poukazu na ně nestávají součástí smlouvy.

§ 1800 odst. 1 obsahuje úpravu kontroly transparentnosti a obsahu ustanovení individuálně nevyjednané smlouvy, jež je pro osobu průměrného rozumu nesrozumitelná. Toto ustanovení je platné, jestliže předkladatel prokáže, že slabší straně dodatečně vysvětlil význam této doložky. Tuto doložku pak jistě může oblát odmítnout. Bez ohledu na dodatečné vysvětlení předkladatelem je ustanovení neplatné, způsobí-li slabší straně újmu. Protože v takovém případě bude zřejmě neplatností ohroženo jakékoliv smluvní ustanovení, jež s výjimkou újmy nepatrné bude slabší stranu jakkoliv znevýhodňovat.

V těchto případech bude soud provádět kontrolu obsahu zřejmě z úřední povinnosti.

Nikoliv na kontrolu transparentnosti, ale pouze obsahu se soustřeďuje § 1800 odst. 2. Jde o kontrolu srozumitelného, ale pro slabší stranu zvláště nevýhodného ustanovení smlouvy. V tomto případě však je zákonodárce neúměrně, zejména ve srovnání s předchozím ustanovením, liberální. Neplatnou je pouze taková klauzule, která je kvalifikovaně nevýhodná a dále se musí bez rozumného důvodu odchylovat závazně od obvyklých podmínek v obdobných případech.

SPOTŘEBITELSKÉ SMLOUVY

Kontrolu transparentnosti upravuje § 1811 odst. 1 nedůsledným způsobem. Na první pohled toto ustanovení svědčí o tom, že povinnost jasnosti a srozumitelnosti obsahu smlouvy je deklaratorní povahy a její porušení postrádá sankce. To by ovšem bylo v rozporu se směrnicí, jež by bez výkladu tohoto ustanovení, směřujícího k sankci neplatnosti, doznala nepřímého účinku, který by znamenal právě uskutečnění této sankce.

Otevřenou kontrolou obsahu představuje § 1812 odst. 2, podle kterého se jakákoliv odchylka spotřebitelské smlouvy od ustanovení zákona na ochranu spotřebitele považuje za neplatnou („se nepřihlíží“). Pozoruhodné je, že toto měřítko je velmi přísné, a tak jakákoliv odchylka od kogentního ustanovení zákona bude způsobovat neplatnost.

Oproti směrnici používá další zpřísnující měřítko kontroly § 1813, který je postaven na kritériu znevýhodnění spotřebitele, jehož základem je nepřiměřená nerovnováha práv a povinností stran v neprospěch spotřebitele bez korekce zásadou dobré víry, což je zmíněný rozdíl oproti Směrnici. Druhá věta tohoto ustanovení pak znamená, že v případě, že, a to na rozdíl od Směrnice, jsou spotřebiteli jasným a srozumitelným způsobem poskytnuty informace o předmětu plnění a ceně, podléhají i tato ujednání ve spotřebitelské smlouvě kontrole obsahu. Pro případnou spojitost mezi nekalými ustanoveními a vlastním obsahem smlouvy platí závěry výše (2.9) uvedené. Nevýhodnost ustanovení ve smlouvě nelze „vyvažovat“ výhodností plnění či ceny. Absolutní neplatností jsou pak postiženy klauzule, jejichž příkladný výčet (§ 1814) obsahuje černý seznam.

Pozoruhodné je ustanovení v § 1815, které rozmělnuje kogentnost ustanovení o znevýhodňujících (nekalých) ustanoveních a ustanovení o tom, že k nepřiměřenému ujednání se nepřihlíží, ledaže se jich spotřebitel dovolá, což znamená, že se spotřebitel vzdává svého práva poskytovaného zákonem, kterýžto projev vůle je stížen sankcí neplatnosti (§ 1812 odst. 2 věta druhá).

4. ŘEŠENÍ

Oproti výše uvedenému modelovému řešení (viz kapitola 2) je česká právní úprava kontroly smluv stále ještě velmi nedostatečná. Obecná ustanovení o kontrole obsahu, resp. převzetí do smlouvy nepostihují účinným způsobem případy zneužití, a dostatečně účinná proto není ani ve smyslu prevence. Konkrétní pravidla kontroly jsou ojedinělá a mnohdy pro svoji rozporuplnost nemohou účinným způsobem působit.

Zákon však nevyklučuje relativně extenzivní výklad příslušných úprav na základě kritérií modelového řešení. To se bude moci uplatnit zejména tehdy, používá-li zákonodárce neurčitých výrazů, které mají daleko do definic.

Tak v případě inkorporace bude třeba extenzivním způsobem vykládat otázky, resp. pojmy seznámení se či vzetí na vědomí nebo znalosti VOP v § 1751, 1799, 1800 a 1813. Otázky znevýhodnění, a to jak v § 1800, tak v § 1813 bude třeba extenzivně interpretovat ve smyslu shora uvedeného výkladu (v kap. 2 – modelové řešení).

Ani takto však nebude možné dosáhnout hustoty a tedy účinnosti kontroly dosahované např. při používání § 1807–1809 BGB obsahujících příklady konkrétních doložek, ať už s následkem absolutní neplatnosti či možnosti použití hodnotové analýzy.

Zásadní změnu ke kvalitnější kontrole právnosti smluv může uskutečnit zákonodárce. Ten by měl reflektovat vývoj v moderních zákonodárstvích od obecných klauzulí ke specifické vlastní kontrole obsahu, transparentnosti a inkorporace.

VEŘEJNÝ POŘÁDEK JAKO TZV. OBECNÁ KLAUZULE V SOUKROMÉM PRÁVU Z HLEDISKA EVROPSKÉHO KONTEXTU

LUBOŠ TICHÝ

**Abstract: Ordre Public as a General Clause in Private Law from the Point of View
European Context**

Presentation of general clauses as a phenomenon in private law, their function and position as a tool of interpretation. Analyses of ordre public as one of general clauses. Various forms of ordre public: ordre public of a police regime, ordre public in international private law, law of international civil procedure, ordre public in private law with a focus on French law. Introduced in to the Czech Civil Code (the ordre public interne) became a defensive mechanism against most dangerous influences. Resolution for domestic ordre public: it is based on fundamental rights.

Key words: general clauses, civil law, ordre public in international private law, procedural law and private law (ordre public interne)

Klíčová slova: veřejný pořádek, jeho funkce, obrana proti cizím vlivům nebezpečným základům právního státu a jeho právnímu řádu. V občanském zákoníku je naplněn základními lidskými právy

1. ÚVOD

Pro český občanský zákoník (OZ/2012, dále „NOZ“) je charakteristické, že na rozdíl od svých socialistických předchůdců a ve srovnání se zahraničními kodifikacemi je doslova přeplněn obecnými pojmy, jakými jsou např. dobré mravy či dobrá víra (poctivost) a celá řada dalších, jak o tom svědčí např. a především základní zásady obecné části (§ 1–8). Jejich „repertoár“ byl rozšířen o institut veřejného pořádku (viz § 1 odst. 2 a § 588).

Cílem tohoto příspěvku je především pojednání o významu a působení obecných klauzulí (kapitola 2). Jeho hlavním obsahem je rozbor fenoménu veřejného pořádku, který je v českém občanském právu novinkou. S veřejným pořádkem se český právník setkával tradičně v oblasti mezinárodního práva soukromého a poté i v rámci unijního práva. Nyní, evidentně po vzoru švýcarského občanského zákoníku (ZGB), se jedna forma veřejného pořádku, totiž tzv. vnitřní veřejný pořádek (ordre public interne), stala součástí i občanského zákoníku.

Příspěvek si proto klade za úkol v první řadě vyjasnit postavení tohoto institutu, a to na pozadí jeho chápání jak v jurisdikcích kontinentální Evropy, tak i common law

a unijního práva. Zvláštní pozornost je upřena na chápání vnitřního veřejného pořádku ve Francii. Konečně se pokoušíme stanovit obsah, význam a funkci tohoto institutu v rámci nového občanského zákoníku. To se neobejde bez vztahu především k jinému institutu, jež tradičně obstarává funkci, která je vlastní veřejnému pořádku, a to dobrým mravům.

2. OBECNÉ KLAUZULE V SOUKROMÉM PRÁVU

2.1 POJEM

Obecné klauzule, bez ohledu na to, zda je zařazujeme k právním principům nebo jim připisujeme jinou normativní funkci, jsou pro kodifikaci soukromého práva příznačným jevem. Vyznačují se charakteristickou flexibilitou, která znamená relativní neurčitost jejich použití. Uvažuje-li se o tom, že BGB se stal významným mj. pro výskyt těchto klauzulí, a že, jinak řečeno, jeho charakteristickým rysem byla ustanovení obsažená v § 138 (dobré mravy), resp. § 242 (dobrá víra), pak o NOZ můžeme mluvit jako o kodexu, který je symbolem přemíry těchto pojmů, jak je zřejmé především z jeho ustanovení v § 1–8. Z jiného hlediska lze uvažovat o jeho přetížení extralegálními hodnotami potenciálně či výslovně zakotvenými právě v generálních klauzulích. NOZ tedy kontrastuje s jinými kodifikacemi včetně např. nové maďarské úpravy, ale především s předchozími občanskými zákoníky socialistického typu v Československé republice, které byly prosty extralegálních prvků.

2.2 PROBLÉMY

Základní obtíží generálních klauzulí, jakými jsou dobrá víra nebo dobré mravy, je jejich neurčitost, jež nedovoluje bezprostřední subsumpci. Přesto je mnozí považují za plnohodnotné právní normy, které způsobují plnou formální platnost¹ a jsou vzdor své vágnosti formálně rovnocenné nejpreciznějším právním pravidlům, jež jsou součástí právního řádu.

Tento problém lze ilustrovat na příkladu německého BGB. V Německu došlo současně s problémy industriální revoluce k příkré kariéře § 138, 157 a 242. Ustanovení § 242 BGB bylo oslavováno jako královský paragraf a pokusy označit je jako bezvýznamné ustanovení ztroskotaly.² Pod vlivem zájmové jurisprudence³ zažilo toto ustanovení naprostou konjunkturu. Ani ostrá kritika vedená Hedemannem,⁴ varující před roztržitěností práva a bezzásadovostí při jeho aplikaci, na tom nic nezměnila. Krizi zaznamenaly

¹ Srov. k tomu KRAMER, E. A.: *Juristische Methodenlehre*. 4. vyd. München, Wien, Bern, 2013, s. 70 an.

² Srov. k tomu JUNG, P.: Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht. In: BALDUS, Chr. – MÜLLER-GRAFF, P.-Chr (eds.): *Die Generalklausel im europäischen Privatrecht*. München, 2006, s. 37 an.

³ HECK, P. H.: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932.

⁴ HEDEMANN, J. W.: *Flucht in die Generalklauseln*, 1933, s. 58 an.

generální klauzule teprve svojí diskreditací v nacionálně sociálním (nacistickém) zřízení.⁵ Svoji rehabilitaci zažily v důsledku děl Karla Engische⁶ a Josefa Essera.⁷

2.3 POUŽITÍ OBECNÝCH KLAUZULÍ JAKO NÁSTROJE VÝKLADU PRÁVA

Obecné klauzule jsou v zákonodárství používány proto, neboť je nemožné pojmout nekonečnou množinu skutkových případů, jež je zapotřebí usměrňovat. To vyžaduje obecně a abstraktně formulované skutkové podstaty a používání obecných neurčitých pojmů (effet utile), umožňujících široký prostor pro aplikaci.

Potřeba těchto klauzulí je tím větší, čím kazuističtější je vlastní právní úprava. To se ukazuje na srovnání BGB a ABGB.⁸ Druhý uvedený kodex je konstruován ve velmi „otevřených“ (flexibilních) právních normách, které se relativně dobře vyrovnávají se změnami v prostředí, na které jsou aplikovány. Proto potřeba flexibilních klauzulí je podstatně menší než v případě kazuisticky koncipovaného BGB.

Obecné klauzule je třeba považovat za druh mezer v zákoně.⁹ Určitou kategorií zákonodárcem plánovaných mezer jsou totiž flexibilní neurčité právní pojmy a práve obecné (generální) klauzule, jakými jsou v NOZ např. zásady slušnosti (§ 2958, 2959), dobré mravy, důležitý důvod apod. Obdobně tomu je i v DCFR, který se těmito neurčitými pojmy jenom hemží.¹⁰ Jedná se o „prázdné“ formulace, které se pouze na první pohled zdají být precizními vyjádřeními. Při pozornějším čtení jsou však neurčité a mnohoznačné. Hedemann¹¹ obecné klauzule nazval příznačně jako kus otevřeného zákonodárství a označil je za chtěnou (plánovanou) mezeru v zákoně. Heck¹² je považuje za delegační normy.

2.4 FUNKCE SOUDŮ

Používání generálních klauzulí předpokládá vyplňování prostoru, který skýtají určitým obsahem. Jeho základem je mnohdy teologický výklad vycházející z hodnotové analýzy. V tomto ohledu se uvažuje o jakési legislativní funkci soudů, jež je projevem tzv. ducha doby.

Historie judikatury však dokládá nevidanou „legislativní fantazii“ soudů, která se dovolává práve obecných klauzulí. Množství nových právních institutů vděčí práve za tyto klauzule. V Německu to je např. zneužití práva, které v zákoně není upraveno, stejně jako prekluze či učení o odpadnutí ekonomického základu právního jednání. Generální klauzule jsou proto označovány jako kukaččí vajíčka¹³ v liberálním právním

⁵ RÜTHERS, B.: *Die unbegrenzte Auslegung*. 7. vyd. München, 2012.

⁶ ENGISCH, K.: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Wissenschaft unserer Zeit*, 1953.

⁷ ESSER, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956.

⁸ KRAMER, viz pozn. 1, s. 75 an.

⁹ RÜTHERS, B.: *Rechtstheorie*. 2. vyd. München, 2005, marg. č. 856.

¹⁰ Viz kritiku např. u FAUVARQUE-COSSON, B. – MAZEAUD, D. (eds.): *European Contract Law*. München, 101 an., 150 an.

¹¹ HEDEMANN, viz pozn. 4, s. 58.

¹² HECK v pozn. 3, s. 4.

¹³ Pfeiffer je označuje jako cizorodé těleso v kontinentální Evropě (PFEIFFER, Th.: *Die Generalklausel auf der Agenda der europäischen Privatsangleichung*, viz pozn. 2, s. 29).

systému. Jsou potenciálem zneužití. Jejich pomocí lze nejen jednotlivým ustanovením, nýbrž celému kodexu přikládat relativně libovolný význam. Jak to prokazuje nauka a judikatura v období tzv. třetí říše, je možné zásadním způsobem změnit i dosud existující, stabilizovaný koncept některých základních právních institutů soukromého práva. Funkce soudů je proto při výkladu a aplikaci obecných klauzulí zcela mimořádná. Jejich úloha je o to obtížnější, oč „prázdnější“ obecné klauzule jsou. Neexistuje-li judikatura a nauka, postrádá soudce možná vodítka k předvídatelným rozhodnutím. Právní jistotě nepřispívá, nemá-li právní řád hranice, jimiž – byť ve formě – lze vymezovat potřebnost a způsob aplikace obecných klauzulí.

O takovou situaci se jedná v případech veřejného pořádku v NOZ. Proto tento institut analyzujeme nejen na základě srovnávacího rozboru vnitřního veřejného pořádku používaného v jiných právních řádech, ale i na pozadí jeho mezinárodní varianty (ordre public international).

2.5 KLASIFIKACE A VZÁJEMNÝ VZTAH VYBRANÝCH GENERÁLNÍCH KLAUZULÍ

Užitečné je zjišťovat charakteristické znaky jednotlivých generálních klauzulí a na jejich základě je klasifikovat, resp. srovnávat. To vede k jejich lepšímu poznání a pochopení jejich významu a funkcí.

Z hlediska vyjádření těchto fenoménů v platném právu je možné rozlišovat generální klauzule výslovně (explicitně) stanovené a ty, jež nejsou pozitivněprávně vyjádřeny, a přesto je lze dovodit a používat. Určitý přechodný stav spočívá v tom, že tato ustanovení sice nejsou jako generální klauzule výslovně vyjádřena, ale přesto mají obdobnou funkci, neboť obsahují abstraktní pojmy, které tvoří jejich základ. Tak např. podle § 2958, resp. 2599 lze poskytnout náhradu při ublížení na zdraví a při usmrcení podle zásad slušnosti. Lze tedy dovozovat zásadu slušnosti, a to nejen v souvislosti s mírou odškodnění, ale její působnost lze dovodit jako obecnou v celém rozsahu občanského zákoníku.

Obdobně zákon stanoví (např. v § 2061 odst. 1 písm. a)), že kupující určité vlastnosti očekává. Takový pojem je základem legitimního očekávání jako obecné kategorie známé např. z unijního práva. Takto lze pokračovat rozбором dalších obdobných konkrétních ustanovení, a tvrdit, že tyto „implicitní“ obecné klauzule mají stejný či obdobný význam jako ty, které jsou výslovně v NOZ vyjádřeny (viz § 1–8).

Z hlediska působnosti je možné rozlišovat mezi těmi obecnými klauzulemi, které mají věcně omezenou působnost se zaměřením např. na vztahy závazkového, případně věcného práva na straně jedné, a těmi, jež platí obecně na straně druhé. Do posléze označené kategorie lze zařadit dobrou víru, poctivost (tzv. objektivní dobrou víru),¹⁴ dobré mravy či veřejný pořádek. Určitý standard, resp. postavení zásad obecného charakteru a všeobecné působnosti mají kategorie slušnosti, důvěry stran, spravedlnosti či legitimního očekávání.

¹⁴ MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol.: *Občanský zákoník v § 1–17*. Praha, 2013, Komentář k § 6, marg. č. 11 an., s. 105 an.

Obdobný účel sledují pojmy zneužití práva, obcházení zákona, šikana apod. Jde o právní instituty obecné části občanského práva, nebo dokonce obecného charakteru, přesahující samotné občanské právo.

Jaký je vzájemný vztah těchto pojmů? Některé z nich jsou např. ve vztahu příčiny a následku. Tak podle německého práva je zneužití práva důsledkem porušení dobré víry. Proti tomu v rakouském právu je příčinou zneužití práva rozpor s dobrými mravy.

Podle význačného názoru v českém právu¹⁵ je zneužití práva důsledkem porušení celé řady těchto generálních klauzulí, jež mají funkci určitých právních či morálních zásad.

Zvláštní pozornost si zasluhuje vzájemný vztah vnitřního veřejného pořádku a dobrých mravů. Zejména v germánském právním okruhu totiž převládá názor, že tyto instituty sledují v podstatě stejný účel, a proto je jejich „paralelní“ existence nadbytečná. Tomuto problému se věnujeme jak při rozboru právních řádů, jež v občanském právu znají veřejný pořádek i dobré mravy (Francie, Švýcarsko), tak těch, které upravují jen dobré mravy (Německo), a zejména analyzujeme tento problém v případě NOZ, který vedle dosud známého institutu dobrých mravů nově zavedl veřejný pořádek.

3. VEŘEJNÝ POŘÁDEK. ÚVOD DO PROBLEMATIKY

3.1 ÚČEL, DRUHY, TERMINOLOGIE A POJMOSLOVÍ

Veřejný pořádek je typickou obecnou klauzulí relativně širokého použití, neboť se vyskytuje nejen v soukromém právu, ale především v mezinárodním právu soukromém a procesním, v právu Evropské unie a dále v právu policejním. Má všechny charakteristické znaky obecné klauzule: její relativní neurčitost dává relativně široký prostor k uvážení při jeho aplikaci. Veřejný pořádek je relativním pojmem, neboť jeho obsahem jsou kategorie, které se mohou v čase změnit a mění se i relevance jednotlivých z nich pro veřejný pořádek. Obdobně jako u kategorie dobrých mravů mluvíme o relativitě veřejného pořádku.

Z hlediska původu jevů, jejichž standard se používáním výhrady veřejného pořádku zajišťuje, lze rozlišovat dvě oblasti. Jednak to jsou vlivy či jevy pocházející ze zahraničí a zde pak výhrada veřejného pořádku slouží v rámci mezinárodního práva soukromého a procesního, resp. evropského unijního práva. Na druhé straně v ryze tuzemských právních poměrech se používá vnitřního veřejného pořádku (*ordre public interne*). Jde převážně o soukromoprávní vztahy, ale i vztahy policejního práva.

Institut veřejného pořádku je kategorií sloužící k obraně určitého právního společenství, resp. právního řádu a právních vztahů na něm vybudovaných zejména před vlivy přicházejícími v důsledku aplikace cizích právních řádů, které mohou určitou rovnováhu tuzemského právního řádu vážně narušit. Veřejný pořádek je proto nástrojem, byť výjimečně používaným, namířeným proti tomuto „škodlivému“ působení. Jak uvidíme,

¹⁵ Viz PULKRÁBEK, Z.: *Zákaz zneužití práva v rozporu s jeho účelem*. Praha, 2007; LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol.: *Občanský zákoník I, Obecná část (§ 1–654)*. Praha, 2014, Komentář k § 8, marg. č. 1.

existuje celá škála tohoto pojmu (viz kapitola 4). Veřejný pořádek má totiž jako nástroj obrany, ale i, jak ještě uvidíme, určitého pozitivního náboje, různé fazety. Tradičně se v českém právním řádu objevuje mezinárodní veřejný pořádek zakotvený v zákoně o mezinárodním právu soukromém (též „MPS“) a procesním. Má kolizněprávní podobu a formu nástroje mezinárodně práva procesního. Společným znakem obou těchto institutů je obrana před vlivem (výsledkem) aplikace cizího právního řádu, jenž je v rozporu se základními hodnotami tuzemského právního společenského systému.

Vedle toho existuje tzv. unijní veřejný pořádek v unijním (evropském) primárním právu (viz 4.5). Slouží jako omezení pohybu základních faktorů vnitřního trhu. Jeho základem je obrana určitého společenství (státu, EU apod.) v zájmu určitých hodnot či společných zájmů.

Konečně existuje jeho čistě „tuzemská“ forma v občanském právu (tzv. ordre public interne, viz kap. 6–8), která má poněkud jiný účel než výše uvedené druhy veřejného pořádku; má však stejný znak spočívající v obraně tuzemských základních zásad a hodnot. Tento institut je předmětem další analýzy v kapitolách 5–7. Ryze tuzemský charakter má institut veřejného pořádku v rámci policejního práva.

3.2 OBSAH VEŘEJNÉHO POŘÁDKU, STANDARDY A MĚŘÍTKA

Jde o jednu z nejdůležitějších otázek veřejného pořádku.

Veřejný pořádek je právní kategorie, jejímž obsahem jsou převážně instituty ústavního práva. Ty jsou měřítkem přípustnosti, resp. nebo naopak neakceptovatelnosti určitých postupů či jevů.

Zdůrazňuje se význam základních hodnot, účelu zákona, zásad, na kterých je třeba trvat apod. Veřejný pořádek zahrnuje především tyto prvky:

a) Základní lidská práva

Základní lidská práva jsou nejen novým fenoménem 2. pol. 20. století vůbec, ale i novinkou a specifickým fenoménem v oblasti mezinárodního práva soukromého a procesního. K jejich přímé aplikaci dochází postupně, a to až v 70. a 80. letech 20. století.

Jednotlivá základní lidská práva jsou tangována různou měrou a rozdílným způsobem. Obsahem veřejného pořádku používaného v soukromém právu jsou především dotčená osobní, hospodářská základní lidská práva, zatímco v oblasti unijního práva se součástí veřejného pořádku stávají především základní práva politická, ale i hospodářská a sociální.

b) Základní právní principy

Obsahem veřejného pořádku jsou především principy ústavního práva. V oblasti soukromého práva mají však význam i principy tohoto právního odvětví.

c) Evropská dimenze

Tímto pojmem rozumíme určité aspekty unijního práva, které bez ohledu na intenzitu poměru daného skutkového stavu (právního vztahu) k tuzemskému právnímu řádu členského státu by měl tuzemský veřejný pořádek vždy respektovat.

d) Mezinárodní charakter

Je příznačné, že veřejnému pořádku v oblasti mezinárodního práva soukromého a mezinárodního práva procesního (MPP), jakož i práva unijního je vlastní mezinárodní charakter. Proto také je v oblasti prvních dvou právních odvětví veřejný pořádek nazýván veřejným pořádkem mezinárodním. Používá se tedy v právních vztazích s cizím, resp. unijním prvkem.

4. VEŘEJNÝ POŘÁDEK V MEZINÁRODNÍM PRÁVU SOUKROMÉM A PROCESNÍM (ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL). UNIJNÍ VEŘEJNÝ POŘÁDEK. ZÁKLADNÍ OTÁZKY

4.1 VEŘEJNÝ POŘÁDEK V MPS A MPP

Institut veřejného pořádku patří k obecné části mezinárodního práva soukromého a procesního a slouží k obraně proti právně relevantním vlivům, jež jsou v rozporu se základními hodnotami, resp. idejemi určitého společenství, především státu či Evropské unie. Podle klasického konceptu mezinárodního práva soukromého představuje veřejný pořádek „poslední ventil“ proti škodlivým účinkům aplikace cizího práva a cizích rozhodnutí. Je tedy obranou proti právním jednáním na základě volby práva či objektivního hraničního ukazatele, jež jsou v rozporu s uvedenými hodnotami, resp. před následky zahraničních rozhodnutí. Jde o neurčitý pojem, který vyžaduje při svém použití jako výhrada veřejného pořádku precizaci (viz např. 4.2.1). Veřejný pořádek však má i pozitivní funkci k prosazení určitých hodnot prostřednictvím tzv. přímo aplikovatelných právních norem veřejného pořádku (viz 4.1.5).

Na evropské úrovni (viz 4.2.3) je tento pojem vyplňován evropskými hodnotami,¹⁶ především lidskými právy obsaženými v Chartě základních práv EU, resp. EÚLP.

4.1.1 ROZDÍL MEZI VEŘEJNÝM POŘÁDKEM V MPS A MPP

Veřejný pořádek v MPS označovaný jako kolizněprávní je třeba chápat jako nezpochybnitelné jádro právního řádu, na základě jehož působnosti se odmítá používat cizích hmotněprávních norem. Veřejný pořádek v MPP, zvaný procesní, je součástí vlastního procesního práva a vede k odepření uznání, resp. výkonu cizích rozhodnutí.

Tento rozdíl se v naší nauce neakcentuje, i když je podstatný. Cílem použití veřejného pořádku v kolizněprávním smyslu je ochrana před následky aplikace zahraničního právního řádu, když jeho výsledek je v rozporu se zásadními standardy. V případě procesního veřejného pořádku nejde o aplikaci cizího právního řádu, nýbrž o působení rozhodnutí, jehož vadnost či rozpor s veřejným pořádkem může být dána několika faktory. Je výsledkem aplikace zahraničního práva, jež je v rozporu s tuzemským veřejným pořádkem. V mezinárodním právu procesním je použití veřejného pořádku odůvodněno

¹⁶ Viz odst. 2 preambule SEU.

zásadním pochybením v řízení před cizím soudem před vydáním jeho rozhodnutí, o jehož uznání, resp. výkon se v tuzemsku žádá. Tyto vady mohou vzniknout v důsledku sice správné aplikace, avšak pochybných právních ustanovení, anebo vadnou aplikací správného procesního základu cizím soudem.

Společné rysy veřejného pořádku v mezinárodním právu soukromém a procesním jsou analyzovány v následujících pasážích. Specifické znaky veřejného pořádku v těchto dvou právních odvětvích jsou pak pojednány v 4.2 a 4.3.

4.1.2 VAZBA NA ZÁKLADNÍ LIDSKÁ PRÁVA

Jedním z obsahů veřejného pořádku, jakožto měřítko následků pronikání cizího práva ve shora uvedeném smyslu, jsou základní lidská práva (viz 3.3). Ačkoliv u nás existuje v současné době celá řada systémů či režimů základních lidských práv (např. Základní listina jakožto součást Ústavy ČR, EÚLP, Pakty OSN, Charta základních lidských práv EU), je pojmu základních lidských práv vlastní jejich nadnárodní charakter. Jsou-li základní lidská práva jedním z obsahů či základů veřejného pořádku, pak jej činí nadstátním. To se týká zejména případů s přeshraničním (cizím) prvkem. Klade se pak otázka významu vztahu dotčeného právního poměru či situace k dalším hodnotám, jež jsou ryze národního charakteru, a vůbec relace konkrétní skutkové situace (daného právního vztahu) k právnímu řádu státu, jehož orgán o věci rozhoduje. Tvrdí-li se, že vztah k tuzemsku je jedním z rozhodujících kritérií pro použití veřejného pořádku, pak uvedený argument toto tvrzení poněkud relativizuje.

4.1.3 RELATIVITA VEŘEJNÉHO POŘÁDKU (PLNÝ ČI OSLABENÝ VEŘEJNÝ POŘÁDEK)

Jde o různou intenzitu kritérií, jež mají v rámci mezinárodního práva soukromého zabránit aplikaci cizího práva, resp. následkům této aplikace. Převládající stanovisko tuto rozdílnost (relativita) přisuzuje míře intenzity vztahu daného skutkového základu k tuzemsku. Existují však opačné názory. Zřejmě však bude rozhodující obsah veřejného pořádku jakožto kritérium „filtrace“. Čím intenzivnější vztah k zahraničí (viz ZLP), tím nižší relativita a silnější potřeba jeho použití a opačně (viz 4.2.2).

4.1.4 TZV. NORMY VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Zatímco veřejný pořádek má takřikajíc negativní funkci, neboť brání vlivu z cizích právních řádů, normy veřejného pořádku mají funkci pozitivní, neboť chtějí být aplikovány. Jde o kogentní předpisy, jejichž obsahem jsou obecně či určitým právním řádem uznávané významné hodnoty či zájmy, které se prosazují bez ohledu na právní řád, který je na daný konkrétní právní vztah aplikován. Prosazují se i proti kolizním normám, resp. právnímu řádu, jenž byl na jejich základě použit.

V celé řadě právních odvětví existují ustanovení, která působí obdobně jako veřejný pořádek v mezinárodním právu soukromém. Tyto instituty je však třeba odlišovat od kolizněprávního veřejného pořádku.

4.1.5 CIZÍ PRÁVO A MÍRA ROZPORU S VEŘEJNÝM POŘÁDKEM

O tom, co je „cizí právo“, rozhoduje aplikovaný cizí právní řád, tedy zejména jeho nauka o právních pramenech. Ta je relevantní pro určení toho, co je třeba rozumět pramenem práva.

Předmětem použití veřejného pořádku je celkový výsledek aplikace. Mnohdy je velmi složité, ačkoliv na to teorie neupozorňuje, posoudit soulad či rozpor s tuzemskými standardy. Zda např. nemůže určitý rozpor být vyvážen „nadstandardním“ pozitivním působením cizího právního řádu. Tak tomu zřejmě není (viz dále 4.2).

Jak již bylo řečeno, veřejný pořádek je jakýmsi posledním ventilem, „ultima ratio“, tedy řešením zcela zásadních rozporů, jež není možné překonat jiným způsobem. Jeho aplikace přichází v úvahu jen v případech zřejmého rozporu výsledků aplikace cizího právního řádu či procesních pochybení v řízení o vydání rozhodnutí, jehož uznání či výkon se v tuzemsku žádá. Je zřejmé, že i zde má soudce relativně široký prostor k uvážení. Proto i zde mluvíme o relativitě veřejného pořádku.

Rozpor s veřejným pořádkem musí tedy být kvalifikovaný, tj. musí pro daný případ představovat nepřekonatelnou, neúnosnou překážku. Zanedbatelný rozpor není důvodem k použití výhrady veřejného pořádku.

Právní úpravy kolizněprávního a procesněprávního veřejného pořádku zpravidla tuto obzvláštní míru rozporu s veřejným pořádkem jako podmínku aplikace výhrady výslovně upravují. Proto také k jejímu použití dochází zřídka.

4.1.6 FAZETY VEŘEJNÉHO POŘÁDKU V MPS A MPP

Z hlediska funkce lze rozlišovat negativní a pozitivní veřejný pořádek. Negativní veřejný pořádek znamená ochranu, tedy vylučování používání cizího právního řádu. Pozitivní veřejný pořádek reflektuje jeho funkci používat základní hodnoty jako důvod k odepření aplikace právního řádu, resp. použití náhrady za odepřený cizí právní řád. Obsahu tohoto pojmu se používá i v případě aplikace kogentních předpisů, tedy tzv. norem veřejného pořádku. Jde o tzv. přímo aplikovatelné normy, které v rámci lex cause je třeba „automaticky“ používat (viz 4.1.4.).

Z hlediska působnosti a původu se rozlišuje národní, mezinárodní a evropský veřejný pořádek. První z nich spočívá na národních představách, mezinárodní veřejný pořádek je především *ius cogens* mezinárodního práva veřejného, který je třeba použít jako soubor závazných právních principů zavazující subjekty tohoto právního odvětví. Současně však je možné chápat mezinárodní veřejný pořádek ve smyslu základních právních zásad, které jsou jako absolutní jádro mezinárodního práva veřejného společné všem národům (státům).¹⁷

¹⁷ KROPHOLLER, J.: *Internationales Privatrecht*. 4.vyd. Tübingen, 2001, § 36, s. 242 an.

4.1.7 PŘEDMĚT PŮSOBNOSTI

Při zjišťování souladu či rozporu s veřejným pořádkem jde o používání hmotněprávní kontroly spravedlnosti, jakožto mimořádného nástroje MPS, která jinak je k dispozici pouze zákonodárci. Základem je zjištění obsahu dotčeného základního práva.

Podstatné právní zásady (účel zákona, dobré mravy) jsou podmíněné časem a místem a proto se mluví o relativitě veřejného pořádku (viz 4.1.3), jež má klíčový význam pro rozsah jeho působnosti v daný okamžik při použití v konkrétním případě.

Podstatné jsou jak ochrana zájmů jednotlivce, tak ochrana státních, resp. veřejných zájmů.

4.2. VEŘEJNÝ POŘÁDEK V MPS

4.2.1 OBECNĚ

Klauzule veřejného pořádku jsou obsaženy téměř ve všech evropských nástrojích kolizního práva, ať již ve smlouvách, nebo v nařízeních. Vlivem evropské harmonizace lidských práv dochází i k europeizaci veřejného pořádku. Veřejný pořádek je znám ve všech kodifikacích mezinárodního práva soukromého a v současné době je používán proti účinkům (např. islámského práva) působícím diskriminaci žen. Podstatný je obecný koncept, že veřejný pořádek se aplikuje s ohledem na výsledek použití cizího práva v konkrétním případě, jenž je v dané situaci neúnosný. Nejde tedy o jakousi abstraktní kontrolu norem cizího práva. Použití veřejného pořádku závisí též nejen na míře rozporu s ním, ale i na vztahu dotčeného konkrétního skutkového stavu k tuzemskému právnímu řádu.¹⁸

Obecně se vychází z určité klasifikace veřejného pořádku podle jeho funkce. Tak se rozlišuje především negativní a pozitivní veřejný pořádek, přičemž je třeba činit další rozdíl mezi obsahem veřejného pořádku a jeho funkcí. Obsah veřejného pořádku tvoří nezpochybnitelné zásady, resp. hodnoty určitého právního společenství (např. státu, EU). Ty jsou vyjádřeny v jeho řádu mravním, a v dalších zejména extralegálních pramenech. V tomto smyslu jde o negativní veřejný pořádek. Funkce klauzule veřejného pořádku může mít jak negativní, tak pozitivní účinky, a to podle toho, zda má za úkol prosazovat tuzemské právní normy, anebo chránit před výsledkem aplikace cizího práva.

Koneckonců se však toto rozlišování ukazuje mnohdy jako mylné, zejména s ohledem na to, že tuzemský veřejný pořádek má hlavně obrannou a tedy negativní funkci. O pozitivní funkci veřejného pořádku mluvíme především ve smyslu přímo aplikovatelných norem veřejného pořádku (viz 4.1.5).

Podle původu kolizněprávního veřejného pořádku rozlišujeme národní, mezinárodní a evropský veřejný pořádek.

¹⁸ SEIDL-HOHEVELDERN, I.: Ordre public (public order). In: BERNHARD, R. (ed.): *Encyklopedia of Public International Law*, 3. svazek. Heidelberg, 1997.

Národní veřejný pořádek se dovolává tuzemských hodnot, resp. zásad. Mezinárodní veřejný pořádek je chápán subjekty mezinárodního práva veřejného jako kogentní právo (*ius cogens*) v mezinárodních vztazích.¹⁹ Tento veřejný pořádek je chápán jako určitá opora národního veřejného pořádku. Zčásti jsou jím označovány právní zásady mezinárodního práva veřejného.²⁰

Evropský veřejný pořádek je chápán jako jevová forma regionálního veřejného pořádku. Tento pojem je považován za určitý protipól mezinárodního veřejného pořádku, jenž vykládá zejména ESD a který vychází z toho, že je sumou kogentního práva státu, resp. EU a týká se nezpochybnitelných hodnotových soudů a zásad bez ohledu na to, zda pocházejí z národního, evropského nebo mezinárodního konceptu.²¹

Rozlišuje se též plný a zeslabený (umírněný, viz relativita veřejného pořádku, 4.1.3) veřejný pořádek.²² Plná varianta se označuje jako kolizněprávní varianta veřejného pořádku a vyjadřuje, že veřejný pořádek v nalézacím řízení je třeba respektovat v jeho plném rozsahu, zatímco v řízení uznávacím nebo vykonávacím v oslabené či mírnější formě, jak o tom svědčí praxe ve francouzském nebo švýcarském právu,²³ např. při uznávání právních aktů vydaných v cizině, týkající se polygamních manželství apod. Používání procesního veřejného pořádku jako jeho mírnější formy se odůvodňuje tím, že cizí rozhodnutí, resp. jiné akty již způsobily právní následky a jejich neuznání by vedlo ke kulhajícím právním poměrům.

Konečně lze rozeznávat bezpodmínečný a podmíněný veřejný pořádek.²⁴ To se týká otázky, zda použití veřejného pořádku předpokládá určitý vztah k tuzemsku obsažený v daném právním poměru.

Předmětem testování použití výhrady veřejného pořádku je konkrétní výsledek použití právní normy povoláné tuzemským právním řádem. Je nepodstatné, zda právo se aplikuje na základě volby práva nebo objektivního navázání. Předmětem zjišťování jsou právní normy cizího státu ve smyslu tohoto práva, ať již to jsou zákony, zvykové právo, soudcovské právo nebo další prameny. Předmětem zkoumání je ovšem výsledek použití konkrétní cizí normy v konkrétním případě. Rozhodující je výsledek použití cizího práva v širokém smyslu, zahrnující reflexi právního kontextu dotčené normy, a vůbec celkovou právní úpravu. Měřítkem zkoumání rozporu s veřejným pořádkem jsou základní práva jako zvláště důležitá součást ústavního pořádku a základní právní principy.²⁵ Základní právní principy jsou závislé na době a prostředí, a proto je jejich obsah proměnlivý: relativita veřejného pořádku jako měřítko. Co patří k veřejnému pořádku, vyplývá ze situace v době rozhodnutí.

Je možné vycházet z toho, že každé porušení základních práv je zřejmým porušením základních právních principů. S tím není v rozporu situace, že i aplikace tuzemského

¹⁹ SONNENBERGER, H.-J.: MünchKommBGB/Sonnenberger, Einl. IPR, marg. č. 53.

²⁰ VALLINDAS, P. G.: Der Vorbehalt des ordre public im Internationalen Privatrecht. *RabelsZ* 18, 1953, 1, s. 9 an.

²¹ SONNENBERGER, H.-J.: Komentář k čl. 6 EG BGB, marg. č. 19.

²² Ibidem, marg. č. 22.

²³ Ibidem, marg. č. 21.

²⁴ Viz SONNENBERGER, pozn. 25, marg. č. 3.

²⁵ MARTINY, D.: Die Zukunft des europäischen ordre public in Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht. In: COESTER, M. et al. (eds.): *FS Hans-Jürgen Sonnenberger*. München, 2004, s. 523 an.

práva v případě čistě tuzemského skutkového základu by byla v rozporu se základními právy. Dále je třeba velmi diferencovaného používání základních práv.²⁶ Tak např. německý ústavní soud poukazuje na to, že sám ústavodárce rozlišoval dopad jednotlivých základních práv mezi tuzemci a cizinci.²⁷ Nezávisle na tom může základní právo svojí podstatou být v určitém komplexním vztahu k ústavě, a tak by jeho „bezohledné“ prosazování v případě cizího skutkového základu protičeilo jeho smyslu a účelu ochrany. Veřejnému pořádku náleží nejen tuzemská úprava základních práv, nýbrž i systém v EÚLP.

Rozpor se základními právy v důsledku aplikace cizí právní normy představuje významný případ rozporu s veřejným pořádkem, přičemž relevantní je obsah dotčeného základního práva. Rozhodující je však celkový výsledek použití zahraničního práva. Měřítkem rozporu s veřejným pořádkem je výsledek, ke kterému by bylo možné dospět aplikací tuzemského práva.

Jestliže se výsledek použití cizí normy podstatně neodchyluje od výsledku aplikace tuzemské normy, není důvod k použití veřejného pořádku. Jeho aplikace předpokládá podstatnou diskrepanci poměřovaných výsledků.²⁸ Platí, že měřítkem je individuální spravedlnost, jež představuje jeden z nosných veřejných zájmů. Rozhodující jsou zásadně hmotněprávní hodnocení. Určitou doplňující roli hrají též dobré mravy.

Evropský koncept veřejného pořádku MPS však vychází nejen z významu základních práv, ale především základních svobod, jak to plyne též ze společných právních principů jednotlivých právních řádů (jde o evropský common core of the ordre public).²⁹

Podstatná je tedy orientace na hodnotová kritéria,³⁰ přičemž hodnocení rozporu s veřejným pořádkem není legitimací k jakési abstraktní kontrole zahraničních právních norem.³¹

4.2.2 ROZPOR S VEŘEJNÝM POŘÁDKEM A JEHO ŘEŠENÍ

Rozpor s veřejným pořádkem nespočívá tedy ani v odchylce cizí právní normy od tuzemské, ani v odchýlném působení právního následku tuzemském, nýbrž v neúnosných následcích aplikace cizí právní normy.³² Míra rozporu musí být výrazná, neúnosná.

Relevantní je též vztah dotčeného právního poměru k tuzemsku, tedy určitá prostorová relativita veřejného pořádku. Relevantním vztahem k tuzemsku se rozumí veškeré relevantní osobní a věcné okolnosti. Výrazný vztah k tuzemsku je dán např. obvyklým pobytem dotčené osoby. Relevantní je též vztah k přítomnosti. Proto se mluví o časové relativitě rozporu s veřejným pořádkem.

Náhražkou za neaplikované ustanovení cizího právního řádu by měla být buďto jiná část cizího právního řádu v rámci *lex causae* nebo odpovídající ustanovení *lex fori*.

²⁶ Viz SONNENBERGER, pozn. 19, s. 22.

²⁷ SONNENBERGER, pozn. 21, marg. č. 75 an.

²⁸ MARTINY, pozn. 25, s. 526 an.

²⁹ MARTINY, pozn. 25, s. 526 an.

³⁰ SONNENBERGER, pozn. 23, s. 18.

³¹ SPICKHOFF, A.: *Der ordre public im internationalen Privatrecht*. Neuwied, Frankfurt, 1989, s. 146.

³² SIEHR, K.: *Internationales Privatrecht*. Heidelberg, 2001, s. 488 an.

4.2.3 EVROPSKÝ KOLIZNĚPRÁVNÍ VEŘEJNÝ POŘÁDEK

Harmonizací určitých oblastí právních řádů se vytváří společný minimální hodnotový a právní standard soukromého práva. Takovéto minimum by mělo být prosazeno vůči právu třetího státu, jestliže skutkový stav vykazuje dostačující souvislost s územím jednoho nebo více členských států EU. Použití veřejného pořádku však nemůže být využíváno k harmonizaci práva v EU jenom proto, že např. směrnice není řádně transponována. Tato okolnost nevede k použití evropského veřejného pořádku.

Evropský koncept veřejného pořádku MPS se podává z významu základních práv, ale především základních svobod, jak to plyne též ze společných právních principů jednotlivých právních řádů (jde o evropský *common core ordre public*).³³

Použití výhrady veřejného pořádku vedoucí k neaplikaci cizího práva nemůže být odůvodněno pouze rozparem s národními hodnotami, nýbrž i porušením unijního práva, zejména základních práv.³⁴

Je zřejmé, že v takovém případě převažují hmotněprávní zájmy, tedy konkrétní spravedlnost, která je jinak v mezinárodním právu soukromém cizí.

Podstatná jsou hodnotící kritéria a tedy orientace na hodnoty zákonodárce. Stejně tak podstatná je orientace na extralegální měřítko.

4.3 SPECIFIKA VEŘEJNÉHO POŘÁDKU V MPP

V mezinárodním procesním právu má veřejný pořádek význam především při uznání a výkonu cizích rozhodnutí, stejně jako otázkách doručování nebo mezinárodního práva konkurzního. Podle nařízení Brusel I se rozpor s veřejným pořádkem nezkoumá z úřední povinnosti. ESD sice veřejný pořádek nedefinoval, ale zdůraznil svoji povinnost jej strážit „přes hranice“. Uznal jako rozpor s veřejným pořádkem např. popření práva na obhajobu.³⁵

Evropská výhrada procesního veřejného pořádku zaznamenala pozoruhodný vývoj k omezení jeho významu. Úpravu veřejného pořádku totiž neobsahují nařízení o evropském exekučním titulu³⁶ a upomínacím řízení.³⁷ V době přijímání těchto předpisů se vycházelo z představy nadbytečnosti používání výhrady veřejného pořádku, jako nástroje určeného k ochraně před jevy, jejichž výskyt mezi členskými státy Evropské unie (tehdy ES) je krajně nepravděpodobný. Soudní systém byl považován za natolik vyspělý, že jeho fungování je ve všech státech imanentní respektování základních procesních principů včetně zásady *fair trial*, a to bez ohledu na to, zda soudy aplikují vlastní procesní předpisy, nebo se řídí jednotnými evropskými pravidly soudního řízení.

Zkušenost však, jak ukazuje např. rozhodnutí ve věci *Krombach v. Bamberski* a celá řada dalších rozhodnutí, svědčí o tom, že následkům některých zásadních procesních

³³ Srov. SPICKHOFF, pozn. 35, s. 146, 147 a WURMNEST, W.: *Ordre public*. In: LEIBL, S. – UNBE-RATH, H. (eds.): *Brauchen wir eine Rom 0 – Verordnung?* Jena, 2013, s. 477.

³⁴ *Ibidem*, s. 148, 149.

³⁵ MARTINY, pozn. 25, s. 527.

³⁶ Srov. Rozsudek ESD ve věci *Krombach/Bamberski*, Úř. věst. 2000, I-1935, odst. 39 an.

³⁷ Viz nařízení 805/2004/ES.

pochybení nelze zabránit jinak než použitím výhrady veřejného pořádku. Jedině tak lze např. zabránit uznání rozhodnutí, jež bylo vydáno v rozporu právě se základními principy procesního práva.

4.5 FORMY INTERNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU V NÁRODNÍM PRÁVNÍM ŘÁDU – POLICEJNÍ PRÁVO

Pojmy „öffentliche Ordnung“, „ordre public“ a „public policy“ mají v Německu, Francii a Anglii mnohé společné významy, obsahují však i značné odchylky.

Nejvýrazněji se to projevuje v policejním právu. Ve Francii a Německu znamenají pojmy öffentliche Ordnung resp. ordre public chráněné statky, které jsou v těchto právních řádech chápány velmi rozdílným způsobem. Francouzský ordre public se blíží svým rozsahem německému dvousloví veřejná bezpečnost a pořádek (öffentliche Sicherheit und Ordnung). Pouze v Anglii není žádný paralelní význam pojmu public policy. Zde se používá místo něho v shromažďovacím a spolčovacím právu pojmu public order. I anglické právo však zná veřejnoprávní formu public policy. Tento pojem slouží v tomto rámci k odůvodnění imanentní hranice bezpodmínečně formulovaným nároků vůči veřejné správě. Ve větším rozsahu chápe též francouzské právo ordre public jako imanentní omezení základních práv. Má dokonce postavení ústavního pojmu.

4.6 UNIJNÍ VEŘEJNÝ POŘÁDEK

4.6.1 ÚVOD

Veřejný pořádek zahrnuje státní zájmy základního významu, neboť jak tento pojem vymezil ESD, porušení veřejného pořádku vyvolává skutečně a dostatečně závažné ohrožení ve smyslu policejního práva, které se dotýká základních zájmů společnosti.³⁸ Tato definice je používána též ve smyslu veřejného pořádku podle čl. 30 SFEU. Do obsahu veřejného pořádku v oblasti volného pohybu zboží patří např. odhalování a stíhání trestných činů, ale i např. placení neplatnými stříbrnými mincemi apod. Jeho součástí je i veřejná bezpečnost.

4.6.2 POJEM

Pojem unijního veřejného pořádku lze definovat jako souhrn právních statků označených v SES (nyní SFEU), odvozených z unijních základních práv.³⁹ Jeho součástí je soubor vrchnostensky stanovených základních pravidel, na nichž je třeba trvat a která jsou vydávána v zájmu politické a sociální struktury společnosti.⁴⁰

Zvláštnost unijního veřejného pořádku spočívá v tom, že slouží národním zvláště chráněným zájmům (viz účel ad 4.5.4). Otázku, co je z hlediska členského státu důvo-

³⁸ Viz nařízení 1896/2006/ES.

³⁹ SCHRÖDER, W. In: STREINZ, R. (ed.): *EUV/AEUV*. 2. vyd. München, 2012, s. 536, marg. č. 9.

⁴⁰ BECKER, U. In: SCHWARZE, J.: *Kommentar zu EUV und AEUV*. 3. vyd. Baden-Baden, 2009, Komentář k čl. 36, marg. č. 11.

dem k použití veřejného pořádku, je třeba zodpovědět podle národních aspektů a poměrů. To ovšem musí být kompatibilní s unijním právem. Aplikaci veřejného pořádku národním orgánem členského státu je třeba spojovat s tím, že kromě rozporu s veřejným pořádkem v důsledku porušení zákona existuje i skutečné a dostatečně závažné ohrožení, které se dotýká základních zájmů společnosti.⁴¹

Ordre public evropsky jakožto neurčitý právní pojem však způsobuje především problém kompetencí. Je třeba totiž rozhodnout, kdo v konečné fázi, tj. při jeho aplikaci je oprávněn určit obsah tohoto pojmu. Bez ohledu na to platí, že veřejnému pořádku přísluší nadstátní působnost, i když se členským státům ponechává na základní úrovni určitý prostor k uvážení. Posléze na druhém stupni podléhá výsledek národního testu unijní kontrole, takže těžiště tohoto pojmu je v konečné instanci v rukou ESD. Unijní veřejný pořádek lze tak kvalifikovat jako unijní rámcový pojem.

4.6.3 FORMY ÚPRAVY UNIJNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Úprava unijního veřejného pořádku se uskutečňuje různým způsobem. Schematicky lze vymezit tři techniky.⁴² První představuje prostá konkretizace tohoto pojmu. Tak tomu bylo např. ve směrnici 244/1991/EHS.

Koncretizace veřejného pořádku se uskutečňuje i judikaturou ESD. V tomto rámci se ukázalo, že ESD označuje určité kategorie i práva policejního za součást veřejného pořádku.⁴³ ESD se však spíše koncentruje na vypracování určitých směrnic výkladu, které slouží k vyplnění tohoto flexibilního pojmu.⁴⁴ Základními myšlenkami judikatury jsou ochrana základních svobod před omezeními ze strany členských států, stejně jako výklad výhrad, které jsou součástí systému unijního práva. Vedle pozitivního vyplňování obsahu se unijní právo stará o kontrolní mechanismy pro negativní vymezení působnosti veřejného pořádku.

Třetí druh techniky se používá tehdy, jestliže určitý národní zájem na ochraně nelze z tohoto pojmu vytěsnit. V těchto případech unijní právo zásadně určité národní zájmy jako součást veřejného pořádku akceptuje.

Při používání, resp. výkladu veřejného pořádku se přihlíží k principu přiměřenosti v souladu se základními právy a základními hodnotami členských států.

4.6.4 ÚČEL UNIJNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Účelem této výhrady je „bezpečnostní ventil“ pro národní zájmy, který poskytne členským státům možnost odchýlit se od pravidel vnitřního trhu podle vlastní potřeby. Jde o možnost negace práv poskytnutých zakládacími smlouvami z důvodu národních zájmů.⁴⁵ Článek 48 odst. 3 SFEU omezuje působnost veřejného pořádku na

⁴¹ Viz rozsudek ve věci 30/77 Regina v. Bouchereau (1977) ECR-199, marg. č. 7–8.

⁴² Viz FRENZ, W.: *Handbuch Europarecht*, sv. 1, Europäische Grundfreiheiten. Berlin, 2004, s. 358–359, marg. č. 943 an.

⁴³ FRENZ, ibidem.

⁴⁴ SCHRÖDER, pozn. 39, marg. č. 12.

⁴⁵ Viz WURMNEST, pozn. 33, s. 446 an.

v něm obsažená práva. Rovné zacházení podle čl. 48 odst. 2 SFEU, tj. zaměstnávání, odměna a další pracovní podmínky musejí být zachovány bezvýhradně.⁴⁶ Nejednoznačná situace je v otázce přístupu k zaměstnání, např. v oblastech týkajících se bezpečnosti (např. zbrojní průmysl). Veřejný pořádek a jeho výkon směřují k zákazu jakékoliv omezení přístupu k zaměstnání. Omezení na základě řečené výhrady se nesmějí nikdy opírat o pouhý zahraniční prvek, nýbrž vycházet výlučně z důvodů, které se týkají konkrétní osoby. Unijní veřejný pořádek neumožňuje vyjmout celé průmyslové oblasti z režimu základních svobod.⁴⁷

Unijní právo však nezná jednoduchý, přímočarý koncept veřejného pořádku. Stanovení předpokladů jeho aplikace, na základě kterých je dáno ohrožení určitých právních statků, spočívá na členských státech.⁴⁸ Dovolání se výhrady má konstitutivní význam.⁴⁹

K obsahu unijního veřejného pořádku patří zejména ochrana podstatných právních statků proti nedovoleným zásahům, pokud tím jsou dotčeny základní zájmy členských států. To může nastat při nepokojích zaviněných importem nebo exportem, vedoucích např. k uzavření dopravních cest. K veřejnému pořádku lze počítat např. právní úpravu mincovnictví, stejně jako užívání důležitých veřejných služeb či stíhání trestných činů krádeže automobilu.⁵⁰ Oproti tomu nepokrývá unijní veřejný pořádek opatření, která jsou učiněna v zájmu kapitálového trhu, soutěžní politiky, rovnováhy platební bilance či devizového hospodářství. Zařazení hledisek ochrany spotřebitele do pojmu veřejného pořádku judikatura odmítá.⁵¹

Rozpor s veřejným pořádkem ve smyslu čl. 45 odst. 3 SFEU předpokládá, že jsou porušeny vnitrostátní právní předpisy. V tomto rámci lze výhradu veřejného pořádku použít, avšak pod unijní kontrolou.⁵² Je třeba přihlížet k základnímu chápání veřejné morálky členského státu, jež se projevuje v jeho právních předpisech.⁵³

4.6.5 VÝKLAD UNIJNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Unijní veřejný pořádek je třeba vykládat unijně autonomně. Výklad na základě interpretace stejně znějících pojmů tuzemského zákonodárství (policejní právo) nepřichází v úvahu.

Pro vymezení tohoto pojmu je třeba používat obecných výkladových zásad. Členské státy mají prostor ke konkretizaci svých příslušných základních zájmů, i když jejich uznání jako součásti veřejného pořádku je omezeno jakožto výjimka v čl. 36 SFEU.

Veřejný pořádek zahrnuje státní zájem základního významu.⁵⁴ Jeho použití s následkem neaplikace unijního práva přichází v úvahu tehdy, jestliže existuje skutečné

⁴⁶ Ibidem, 451.

⁴⁷ MÜLLER-GRAFF, P.-Chr. In: STREINZ, pozn. 39, s. 48, marg. č. 91, POILLOT-PERUZZETTO, Ch.: Ordre public dans le droit communautaire. In: *Recueil, Dalloz Sirey*, 1993, Chronique, s. 177.

⁴⁸ Viz závěrečný návrh generálního advokáta Darmona v případě Groener, C-379/77, marg. č. 35.

⁴⁹ Viz rozsudek ESD 131/85 Gül v. Regierungspresident Düsseldorf.

⁵⁰ Viz rozsudek van Duyn, 41/74.

⁵¹ Rozsudek ve věci Rutili 36, 85 a 26/28 Bouchereau, resp. 30/77, marg. č. 8.

⁵² Viz 157/79 Pieck.

⁵³ Srov. 7/78 Thomson.

⁵⁴ Viz C-239/90 Boscher.

a dostatečně závažné ohrožení, které se dotýká základních zájmů společnosti. Veřejný pořádek ve smyslu policejního práva musí být ohrožen konkrétním způsobem. Nepostačí např. obavy z protestních akcí, které by mohly veřejný pořádek ohrozit.⁵⁵

Vážné ohrožení základního zájmu společnosti jako obsahová součást veřejného pořádku je obecný pojem. Neexistuje jednotná škála hodnot, jakožto jejich měřítko, takže určitý jev může být v členském státě velmi rozdílně posouzen. Tak tomu je v případě, že přijímací stát učiní vůči jednání vlastních občanů opatření k potlačení takového jednání, jež jsou nesrovnatelná s obdobným jevem u imigrantů.

4.6.6 VEŘEJNÝ POŘÁDEK A MRAVNOST, NEMRAVNÉ ČINNOSTI

Pojem veřejné mravnosti není v unijním právu definován. Je ovšem pojmem primárního práva EU a tudíž se vykládá autonomně.⁵⁶ Týká se morálních představ, podle kterých se vytváří společný život lidí v daném členském státě. Představy o mravnosti musejí požívat normativní ochranu, která je důsledně uplatňována.⁵⁷ Tuto výhradu nelze ospravedlnit, nepoužívá-li členský stát příslušných opatření.⁵⁸ Vyplňování tohoto unijního pojmu přísluší členským státům, které mají značný prostor. To se týká i sexuální morálky.⁵⁹

Veřejný pořádek není porušen ani při obecném nebezpečí, nýbrž je zapotřebí konkrétní jednání individua.⁶⁰

4.6.7 VEŘEJNÝ POŘÁDEK A NEPŘÍMÝ ÚČINEK SMĚRNICE

Jednou z důležitých otázek je, do jaké míry relativizovat (viz 4.1.4) pojem veřejného pořádku s ohledem na vztah k tuzemsku či naopak relativizovat jeho poměr k zahraničí.

Klade se i otázka, zda veřejný pořádek by mohl sloužit jako alternativa konformního výkladu, resp. sankce za porušení povinnosti transpozice směrnice. Jde o případ, kdy by mělo být aplikováno právo jiného členského státu, přičemž rozhodná ustanovení ne-reflektují právo evropské, tj. nebyla řádně či vůbec transponována ustanovení příslušné směrnice. Jde o to, zda ke konformnímu výkladu či přímému účinku má dojít na základě použití veřejného pořádku. Tento názor se však nezdá být dostatečně plausibilní. K řádné aplikaci rozhodného právního řádu, tj. ve smyslu přímého či nepřímého účinku je soud členského státu oprávněn, aniž by musel používat veřejný pořádek.

⁵⁵ Viz 95/01 Komise v. Itálie.

⁵⁶ 177/83 Kohl v. Ringelbahn.

⁵⁷ Srov. BECKER, U. In: SCHWARZE, viz pozn. 40, s. 11 a KINGREEN, T.: *Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts*. Berlin, 1999, s. 159.

⁵⁸ Viz 30/77 Bouchereau, marg. č. 33.

⁵⁹ FRENZ, pozn. 43, marg. č. 943 an.

⁶⁰ Viz 231/83 Cullet v. Leckvers a BECKER, U. In: SCHWARZE, pozn. 61, Komentář k čl. 30, marg. č. 9.

5. VEŘEJNÝ POŘÁDEK V SOUKROMÉM PRÁVU (ORDRE PUBLIC INTERNE) V POJETÍ FRANCIE, NĚMECKA, ŠVÝCARSKA, ANGLIE, USA A ITÁLIE

5.1 FRANCIE

5.1.1 POJEM

Pro pojem vnitřního veřejného pořádku má zcela zásadní význam francouzský občanský zákoník (dále CC). Jde především o jeho čl. 6, který v českém překladu zní: „Smlouva se nesmí odchýlit od zákonů týkajících se veřejného pořádku a dobrých mravů“.⁶¹

Vnitřním veřejným pořádkem v době vzniku CC se rozumělo veškeré veřejné právo. V prvních verzích návrhu CC se veřejný pořádek nezmiňoval, řeč byla o veřejném právu.⁶² Portalis⁶³ upozornil na to, že jde o veřejný zájem, který zahrnuje vše, co patří pod pojmy kogentního práva, zneužití práva, veřejného pořádku a obecné prospěšnosti. Dnes nejsou veřejný pořádek a veřejné právo synonyma. Ohledně hledisek rozlišování však nepanuje shoda.⁶⁴ V 19. století sloužil veřejný pořádek též jako prostředek k prosazení příkazu morálky nebo zajištění individuální svobody.⁶⁵

Byly činěny pokusy opsat veřejný pořádek prostřednictvím jiných abstraktních pojmů.⁶⁶ Používaly se proto pojmy sociální organizace (*organisation sociale*), sociální řád (*ordre social*) apod. Jednotlivé pojmy se odlišovaly, ale základní myšlenka byla stejná. Vnitřní veřejný pořádek by měl sloužit množině zásad a norem nutných k udržení společenského řádu.⁶⁷ Na základě tohoto konstatování lze však posuzovat rozpor s veřejným pořádkem jen případ od případu.

Podle jiného názoru⁶⁸ je možné použít vnitřní veřejný pořádek jenom na základě hodnocení zájmů, které jsou předpokladem vzniku a existence smlouvy nebo naopak jejího zániku. Obsah vnitřního veřejného pořádku je třeba konkretizovat na základě obecných zásad práva a posuzovat jej v souvislosti s právními instituty, jimž slouží.

Čl. 6 CC však mimo jiné rozděluje zákony do dvou kategorií – na ty, od kterých se lze odchýlit a ty, které platí bez ohledu na vůli stran. Tak rozlišuje předpisy kogentní a dispozitivní.

⁶¹ Adoui, 115 a 116/81, marg. č. 8 a případ pornografie v rozsudku 34/79 Henn, Darby.

⁶² Srov. čl. 6 Code Civil: „On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes moeurs.“

⁶³ Srov. SIMITIS, K.: *Gute Sitten und ordre public*. Hamburg, 1960, s. 81

⁶⁴ Cit. podle SIMITIS, pozn. 63, s. 85.

⁶⁵ FLEUR, J. – AUBERT, J.-L. – SAVAUX, E.: *Droit civil – Les obligations*. 9. vyd. Paris, 2000, marg. č. 253.

⁶⁶ TERRÉ, F. – SOMLER, Ph. – LEGUETTE, Y.: *Droit civil – Les obligations*. 6. vyd. Paris, 2006, marg. č. 175.

⁶⁷ Viz MALAURIE, Ph. – AYNNES, L., STOFFEL-MUNCK, Ph.: *Les obligations*. 6. vyd. 2013, marg. č. 648.

⁶⁸ Ibidem, marg. č. 228.

5.1.2 VÝVOJ

Na počátku 20. století získal pojem veřejného pořádku na významu s následkem nárůstu kogentních předpisů, které buď výslovně tento pojem obsahují (ordre public textuel), anebo jsou svým charakterem kogentní a pak jde o tzv. ordre public virtuel.⁶⁹

Ordre public zaznamenal pak další významný vývoj. Klasický veřejný pořádek (ordre public classique) byl totiž jednotným pojmem na rozdíl od současného veřejného pořádku, který se fragmentuje a má rozdílné následky.⁷⁰

Klasický ordre public měl tři účely, a to konzervativní, soudní a negativní.⁷¹ V prvé řadě měl bránit základní principy společnosti a obdobně jako dobré mravy byl pojmem, který konzervoval existující zásadní hodnoty zejména v oblasti autonomie vůle, smluvní svobody a soutěže.⁷²

Obdobně jako dobré mravy má svojí podobu soudní, neboť soudce konstatuje rozpor smlouvy s ordre public a tak určité jevy zakazuje.⁷³

V současné době se ordre public považuje za velmi komplexní a rozporuplný.⁷⁴ Vyskytuje se např. v mnoha předpisech určených k ochraně spotřebitelů v širokém slova smyslu. Jde např. o zákon z 6. 7. 1989 ohledně nájemní smlouvy nebo tzv. zákon Crvinew ohledně půjček, č. 28 z roku 1978 a 1979 nebo zákon z roku 1975 o ochraně spotřebitelů. Došlo i k jeho další diferenciaci.

Existuje např. několik odstínů ordre public, které se vyskytují v podobě politického ordre public, morálního ordre public a sociálního ordre public, jakož i ekonomického ordre public.⁷⁵

První z nich spočívá v ochraně základní organizace společnosti a týká se státu, rodiny a individuálních svobod.

Morální ordre public je jakousi částečnou náhražkou za pojem dobrých mravů (bonnes moeurs). Jde především o sexuální morálku. Příkladem je případ zakázaných her nebo odměna za zprostředkování adopce.⁷⁶ Jde též o případy omezení základních práv a svobod.

Sociální ordre public se projevuje v ochraně sociálních práv, která se vztahují k pracovnímu právu a sociálnímu zabezpečení.⁷⁷

Ekonomický veřejný pořádek je fenomén, jenž se objevil po 1. světové válce a vedl pak k ochraně slabších stran, jako jsou např. spotřebitelé.⁷⁸ V rámci ekonomického ordre public zákonodárce ukládá povinnost dodržovat pravidla nutná k uspokojení

⁶⁹ Ibidem, marg. č. 245.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem, marg. č. 158.

⁷² Ibidem, marg. č. 160.

⁷³ PLANIOL, M. – RIPERT, G.: *Traité de droit civil français*. Paříž, 1930, marg. č. 226.

⁷⁴ MALIEAUD, pozn. 72, marg. č. 65. Viz již MALAURIE, P.: *L'ordre public et le contract*. Paris, 1954, s. 3 an.

⁷⁵ Ibidem, pozn. 72.

⁷⁶ Ibidem, pozn. 72, s. 75.

⁷⁷ Podle SIMITIS, pozn. 63, s. 89.

⁷⁸ Viz k tomu FAGES, B.: *Droit civil, Obligations*, a dále Cass, 1 Re civ. 5 nov. 1991.

ekonomického zájmu jako např. je zákaz dominantního postavení nebo boj proti inflaci a na druhé straně zajišťuje obranu individuálních zájmů zejména slabších stran.

5.1.3 PŮSOBNÍ ORDRE PUBLIC, JEHO NÁSLEDKY

Podle čl. 1131 a 1133 CC je smlouva protiprávní, jestliže je protiprávní její kauza. Protiprávnost kauzy je dána tehdy, jestliže záměr stran byl v době uzavírání smlouvy neslučitelný s vnitřním veřejným pořádkem (*ordre public interne*). Tak je tomu, jestliže strany sledují stejný protiprávní nebo rozdílný, ale protiprávní účel. Neplatná je smlouva i tehdy, je-li její předmět (*objet*) v rozporu s vnitřním veřejným pořádkem. Tento rozpor vede k protiprávnosti celé smlouvy. Je-li předmět smlouvy nepřipustný, jsou záměry stran nepodstatné.

Rozpor s vnitřním veřejným pořádkem má za následek totální neplatnost právního jednání. Každá žaloba na plnění z této smlouvy musí být zamítnuta. Neplatnost může být namítána kýmkoliv. Soud ji zjišťuje z úřední povinnosti.⁷⁹

5.1.4 OBSAH VEŘEJNÉHO POŘÁDKU. RESTRIKTIVNÍ NEBO EXTENZIVNÍ VÝKLAD ČL. 6 A 1133 CC?

Klíčovou kategorií představuje veřejný zájem, který vymezuje kogentní předpisy soukromého práva takto vymezené již římským právníkem.⁸⁰

Podle Mauguina⁸¹ je vnitřní veřejný pořádek zařízení společnosti, určující postavení osob, spolků a nositelů státní moci uvnitř ní. V rozporu s vnitřním veřejným pořádkem jsou podle Toulliera⁸² jednání v rozporu se zákonem, který zakazuje odchylku nebo slouží-li veřejným nebo politickým cílům nebo ochraně třetích, anebo jestliže se zákaz odchylky podává z účelu předpisu.

Souslovím v čl. 6 CC (*lois d'ordre public*) jsou označovány kogentní právní normy.⁸³ Tak tomu je v případě čl. 686, 791, 900, 1130, 1133, 1172, 1387, 1388, 1443 nebo 1451 CC. Podle převažujícího mínění je třeba považovat veškeré kogentní zákonné předpisy za zákony veřejného pořádku.⁸⁴ Judikatura mnohdy takto označuje pouze ta ustanovení zákona, jejichž kogentní povahu nelze ze samotného textu dovodit. Zvláštní kategorie zákonů veřejného pořádku je pak přebytečná, neboť pojem *loi impérative* plně postačuje.⁸⁵ Podle mínění převládajícího v 19. století se považoval za rozpor smlouvy s čl. 1133 jen takový stav, kdy smlouva byla v rozporu s kogentní normou. Vzdor tomu se soudy bránily vyslovit neplatnost vždy, kdy byl tvrzen rozpor s veřejným pořádkem. Spíše se jako důvodu neplatnosti dovolávaly rozporu s dobrými mravy, nebo dokonce

⁷⁹ Dále k tomu Cass, 3 civ., z 10. června 2009, N.08-15533, Bull. civ. III, N.138.

⁸⁰ D.2, 14, 38: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Papinian, nebo D.50, 17, 45: *privatorum conventio iuri publico non derogat* Ulpian.

⁸¹ MALAURIE et al., pozn. 67, marg. č. 225.

⁸² FAGES, B.: *Droit d'obligations*. 4. vyd. Paris, 2006, marg. č. 169.

⁸³ Srov. MALAURIE, H.: *L'ordre public*. Paris, 1955, s. 7 a FAGES, B., pozn. 82, marg. č. 169.

⁸⁴ Viz rozsudek francouzského Nejvyššího soudu (Cour de Cassation, Cass. rep. z 18. 3. 1867, D.1867) a dále Cass., 1, re. Civ. 7 dec. 2014, no. 0111.823 JCP G 2005, I 141.

⁸⁵ MALAURIE et al., v pozn. 67, marg. č. 648.

přirozeným právem. Převažoval totiž názor, že takto je rozpor lépe odůvodněn. Tento postoj byl následkem posléze převládajícího liberálního pojetí, podle kterého to, co nebylo výslovně zakázáno, bylo dovoleno.⁸⁶ Mínění převládající v 19. století mělo za následek identifikaci čl. 1133 s čl. 6. Problematika veřejného pořádku se zdála být problematikou zákona veřejného pořádku. Tím byly do oblasti ordre public vtaženy problémy, které souvisely s kogentními předpisy. Restriktivní výklad čl. 1133 však již dnes neplatí. Toto ustanovení musí být aplikováno i bez ohledu na zákonné zákazy. Rozhodující argument spatřuje teorie v poskytnutí smluvní autonomie zákonodárcem. Jednotlivec je proto vázán celým právním řádem.⁸⁷

5.1.5 METODA PŘÍKLADŮ, TYPOLOGIE

Tato metoda spočívá ve vymezení konkrétních případů rozporu s veřejnými mravy a vnitřním veřejným pořádkem. Byly činěny pokusy o konečné vypočítání jednotlivých případů. Tak tomu bylo v mnoha publikacích určených pro praktiky. Demolombes⁸⁸ rozlišuje mezi zákony obecného zájmu, které jím jsou určovány přímo, a těmi, jež jsou určovány nepřímou. Larnet definuje předpisy, které naplňují vnitřní veřejný pořádek, jako způsobilost k jednání, státní příslušnost nebo osobní status. Naproti tomu především věci majetkové vnitřnímu veřejnému pořádku zpravidla nepodléhají. Obdobně tak činí Marmion.⁸⁹

Podle Malarie⁹⁰ představuje vnitřní veřejný pořádek nástroj společnosti, určující postavení osob, spolků a nositelů státní moci. V rozporu s vnitřním veřejným pořádkem jsou podle Malarie⁹¹ jednání v rozporu se zákonem, který zakazuje odchylku nebo slouží veřejným nebo politickým cílům nebo ochraně třetích anebo jestliže zákaz odchylky plyne z účelu předpisu.

Účel určitého bližšího vymezení veřejného pořádku plní Courtierova typologie⁹², jež rozeznává: a) smlouvy týkající se státu a jeho organizace, b) smlouvy týkající se správy, c) smlouvy týkající se práce soudců, d) fiskální předpisy, e) měnové záležitosti, f) výkon některých profesí (dohoda o výsledkovém honoráři je v rozporu s veřejným pořádkem), g) smlouvy, které zavazují k trestnímu jednání, h) smlouvy, které upravují zásah proti tělesné nedotknutelnosti, i) smlouvy, jež porušují osobní svobodu,⁹³ j) předpisy, které upravují osobní stav, k) zásady rodinného práva, l) zásady vlastnictví, m) zásady smluvního práva, n) kontrolou přípustnosti všeobecných obchodních podmínek, o) hospodářskou soutěž, p) vzdání se práv jako např. práva na mzdu.⁹⁴

⁸⁶ Viz BOULANGER, J. In: *Etudes Ripert*, sv. I, s. 62.

⁸⁷ TERRÉ et al., pozn. 70, marg. č. 191.

⁸⁸ Ibidem, marg. č. 202.

⁸⁹ MARMION, J.: *Etude sur les lois d'ordre public*. Paris, 1924, s. 42 an.

⁹⁰ MALAURIE et al., pozn. 67, marg. č. 652.

⁹¹ Ibidem, marg. č. 721.

⁹² COURTIER, M.: *De la notion de l'ordre public dans le code*. Paris, 1904.

⁹³ Z přehledu jednotlivých kategorií je zřejmé, že jsou v něm obsažena jednak kogentní pravidla, jednak smlouvy, které jsou typicky v rozporu s veřejným pořádkem.

⁹⁴ PLANIOL et al., pozn. 73, marg. č. 228.

5.1.6 HODNOCENÍ

Francouzská teorie počátku 19. století se interním veřejným pořádkem zabývala velmi intenzivně. Byla vyvinuta celá řada názorů, které se navzájem mnohdy velmi podstatně liší.⁹⁵

Tvůrci CC byli přesvědčeni o nutnosti vnitřního veřejného pořádku. Problematické bylo snad jenom jeho označení. Kladla se tehdy otázka, zda ponechat vnitřní veřejný pořádek a dobré mravy jako obdobné instituty nebo odstranit tuto dichotomii. Podle Faureho⁹⁶ je veřejný pořádek širší a dobré mravy užší pojem. Dobré mravy se podle tohoto autora ve vnitřním veřejném pořádku rozpouštějí jako jedna z celé řady jeho forem.

Veřejný pořádek je dvojznačný pojem. Zahrnuje jak normy psaného práva, tak ty nepsané.⁹⁷ Neexistuje přesné vymezení mezi porušením zákonné normy a porušením obecných klauzulí. Do této kategorie byly zahrnovány předpisy správního práva, organizace zákonodárství, nebo instituty práva rodinného a dědického. Francouzský soudce⁹⁸ posuzuje rozpor s veřejným pořádkem velmi jednoduchým způsobem, přičemž nedovozuje neplatnost právního jednání z jednotlivých předpisů zákona, nýbrž na základě nepsaných principů veřejného pořádku. Vzdor této formální rozpolcenosti vnitřního veřejného pořádku však existuje hmotněprávní jednota. Vnitřní veřejný pořádek chrání trvalé hodnoty společenské sféry, a proto je namířen proti narušování soužití, sociální existence, resp. veřejného života.

Dobré mravy mají ve Francii vedle vnitřního veřejného pořádku podřadný význam. Jejich ochrana je nutností jen tehdy, není-li jinak vnitřní veřejný pořádek narušen. Tento názor se pak stal převládajícím míněním. Obtížné je hledat rozdíly. Materiální rozdíl neexistuje, neboť jak první, tak druhá kategorie chrání hodnoty společnosti.

Všechna omezení smluvní autonomie mají právní povahu. Jde sice o morální normy, které jsou však právně relevantní. Praxe soudů rozdíl mezi porušením těchto kategorií zatemňuje.

5.2 ŠVÝCARSKO

Veřejný pořádek je pojmem státního a policejního práva a dále pak MPS. V první řadě jde o státoprávní veřejný pořádek. Švýcarská ústava v čl. 2 vidí jeden z účelů švýcarského státu zachování klidu a pořádku. Porušení vnitřního pořádku je podle čl. 16 předpokladem k intervenci ústřední vlády.⁹⁹

Švýcarsko bylo jedinou středoevropskou jurisdikcí, v níž byl uzákoněn vedle dobrých mravů v čl. 2 ZGB i veřejný pořádek.

Veřejnému pořádku je připisována několikerá funkce. Je zastáváno mínění, že veřejný pořádek má pouze interpretační úlohu vedle kogentních právních norem. Není-li

⁹⁵ Ibidem, marg. č. 230.

⁹⁶ COURTIER, pozn. 92, 82 an.

⁹⁷ Ibidem, 90.

⁹⁸ MALAURIE et al., pozn. 67, marg. č. 230.

⁹⁹ Podle čl. 16 švýcarské federální ústavy vyžaduje porušení ordre public v zásadě intervenci federálního státu.

zřejmé, zda určitý předpis má kogentní povahu, je třeba zjišťovat, zda slouží veřejnému pořádku či nikoliv.¹⁰⁰

Nejen Wiget,¹⁰¹ ale též Egger¹⁰² považovali vnitřní veřejný pořádek za podkategorii dobrých mravů. Gauch a Schlupe¹⁰³ chápou veřejný pořádek jako komplex kogentních zakazovacích norem veřejného práva. Podle Brogginio¹⁰⁴ plní veřejný pořádek jakožto obecná klauzule samostatnou kontrolní funkci k zachování public policy s ohledem na základní hodnoty. Je-li smlouva zřejmě v rozporu se základními myšlenkami imanentními právnímu pořádku, je veřejný pořádek aplikován, aniž by taková smlouva musela být v rozporu s konkrétní kogentní normou. Zufferey-Werro¹⁰⁵ připisuje veřejnému pořádku vedle protiprávnosti samostatný význam. Podle Kramera¹⁰⁶ představuje vnitřní veřejný pořádek samostatně použitelnou obecnou klauzuli, kterou je třeba naplnit hodnotami a která má především zaplňovat mezery v právu.

Pojetí vnitřního veřejného pořádku jako souboru veřejnoprávních kogentních norem spočívá v tom, že tyto normy vydané ve veřejném zájmu jsou konkretizací vnitřního veřejného pořádku. Příklady z praxe švýcarských soudů však nejsou přesvědčivé. Tak švýcarský spolkový nejvyšší soud (Bundesgericht)¹⁰⁷ považoval za rozpor s veřejným pořádkem ustanovení ve stanovách, která umožňovala třetím osobám uplatnit odpor proti všem usnesením valné hromady, neboť takové ustanovení je v rozporu se základním principem soukromého práva. Rozhodnutí soudu v Basileji¹⁰⁸ považovalo dohodu o tom, že nelze z manželství dovozovat práva vůči druhému manželu, za neplatnou, neboť taková dohoda je v rozporu s právním institutem manželství. Stejně tak bylo pro rozpor s veřejným pořádkem neplatné svolení atletky s disciplinárním řízením kvůli podezření z užití dopingu, které jí upíralo jakákoliv procesní práva.¹⁰⁹ Vnitřní veřejný pořádek byl považován za měřítko při kontrole všeobecných obchodních podmínek.¹¹⁰

Vnitřní veřejný pořádek může též sloužit k tomu, aby obsahová kontrola smlouvy byla prováděna na základě ústavněprávních hodnocení včetně analýzy nepřímého účinku základních práv. Šlo např. o nárok na stejnou mzdu pro muže a ženy.¹¹¹

Je však zřejmé, že ve švýcarském právu nehraje vnitřní veřejný pořádek významnější roli. Je především využíván jako prostředek výkladu práva a podstatně důležitější je princip dobrých mravů.

¹⁰⁰ Viz WIGET, F.: *Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung*. Aarau, 1939, s. 142.

¹⁰¹ *Ibidem*, 150.

¹⁰² Viz EGGER, A.: *Schweizerisches Obligationenrecht*. 4. vyd. Bern, 1987, marg. č. 507.

¹⁰³ GAUCH, P. – SCHLUEP, W. R.: *Schweizerisches Obligationenrecht*. 4. vyd. Bern, 1987, marg. č. 507.

¹⁰⁴ BROGGINI, F.: *Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto swizero, in Festgabe Schönberger*. Zürich, 1968, s. 93 an.

¹⁰⁵ Viz ZUFFEREY-WERRO, J.: *Le contract contraire aux bonnes moers*. Fribourg, 1988.

¹⁰⁶ KRAMER, E. A.: *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht* (sv. IV, 1). Bern, 1997, s. 72.

¹⁰⁷ Viz rozsudek BGE 74 II 158 (163).

¹⁰⁸ Cit podle KRAMER, pozn. 106, s. 74.

¹⁰⁹ Viz rozsudek BGE 109 II 123 (125).

¹¹⁰ BGE 101 II 145 (200).

¹¹¹ BGE 101 I 150 (203).

5.3 ANGLIE

5.3.1 PUBLIC POLICY V ANGLICKÉM PRÁVU

Pojmu veřejného pořádku v kontinentálním právu odpovídá pojem public policy v angloamerické právní kultuře. Smlouvy, jež jsou s ním v rozporu, jsou protiprávní a neplatné (112). V případě *Michel v. Reynolds* (1717)¹¹² byl zákaz považován za neplatný pro rozpor se zájmy veřejnosti a tedy s public policy. V případě *Egerton*¹¹³ považoval soud za odporující veřejnému pořádku smlouvu, podle které měl dědic poskytnout zůstaviteli šlechtický titul. Podmínka této povinnosti byla sice platná, neboť nebyla zakázána. Přesto byla smlouva v rozporu s public policy, neboť vykonávala tlak na královnu propůjčit někomu šlechtický titul podle soukromé smlouvy.

Podle dnes převládajícího mínění doktríny¹¹⁴ public policy není soudce bezpodmínečně vázán precedenty a musí brát v úvahu obsah public policy jako proměnlivý korektiv. Zásada, podle které jsou smlouvy v rozporu s public policy neplatné, platí nadále. Její používání se řídí představami, které určují v době rozhodování veřejné mínění. Takovými smlouvami jsou především: a) smlouvy týkající se Commonwealthu, b) smlouvy, jež se týkají veřejné služby¹¹⁵, c) daňové záležitosti, d) smlouvy o získání výhody z trestného jednání, ochrana náboženské svobody a tolerance, e) smlouvy, jež ve výsledku ignorují obecně uznávané povinnosti, f) smlouvy ohrožující osobní svobodu, g) smlouvy v rozporu s dobrými mravy, h) smlouvy v rozporu s ochranou rodinného života, i) smlouvy omezující hospodářskou, resp. podnikatelskou činnost, j) smlouvy omezující hospodářskou soutěž.¹¹⁶

5.3.2 VÝZNAM POJMU

Public policy v širokém smyslu vyjadřuje morální, politické a sociální principy, které určují rozvoj práva.

Při hodnocení rozporu s public policy je třeba hodnotit konečný účel transakce, zejména pak úmysl stran.¹¹⁷ Protiprávnost je dána tehdy, uzavřely-li strany smlouvu za účelem, jenž je v rozporu s veřejným pořádkem. Ten je třeba zjišťovat v každém konkrétním případě. I když pouze jedna strana smlouvy byla vedena nekalými úmysly, je celá smlouva neplatná.

Public order v Anglii znamená absenci veřejného nepořádku. Tento pojem je mnohem užší než pojem „public policy“, který se dodatečně soustřeďuje na základní zásady právního a společenského řádu.¹¹⁸ Tento pojem je zřejmý ze zákona o veřejném pořádku upravujícího shromažďovací a spolčovací právo, který stanoví cíle omezení

¹¹² Viz odůvodnění případu *Michel v. Reynolds* z roku 1717.

¹¹³ Viz *Egerton v. Earl of Brownlow*, 23 (1854), L. J. Ch. 348. Podle SIMMITISE, pozn. 41, s. 113.

¹¹⁴ Viz CHESHIRE, G. Ch. – FIFOOT, C. H. S.: *Law of Contract*, s. 247.

¹¹⁵ Viz *Reganzoni v. Secia* (1958) A.C.301.

¹¹⁶ Viz SCHNEIDER, H.: *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten in EG-Vertrag*. Baden-Baden, 1998, s. 101.

¹¹⁷ *Ibidem*, 101.

¹¹⁸ Public Order Act z roku 1986.

shromažďovací a spolčovací svobody a umožňuje organizátorům omezení nebo zákaz demonstrace. „Public order“ je stav spořádaného a pokojného spolčení ve veřejném prostoru, který musí být uveden do souladu s právem prostřednictvím veřejného ohlášení.¹¹⁹ Generální advokát Warner¹²⁰ ve svém závěrečném návrhu ve věci Bouchereau poukázal na to, že public policy má v common law především význam v soukromém právu a v mezinárodním právu soukromém. Veřejnoprávní formu tohoto pojmu je možné lépe vyjádřit slovy „public interest“ nebo v cizineckém právu slovy „public good“. Institut public policy je možný použít podle Immigration Act z roku 1971 tehdy, jestliže jeho pokyny jsou chápány jako „conducive to the public good“.¹²¹ Především jde o vyhoštění po spáchání trestných činů. Pojem „public interest“ znamená soubor základních hodnot ve společnosti („set of fundamental values in society“), které slouží jako odůvodnění politických rozhodnutí.¹²²

Public policy se velmi podobá vnitřnímu veřejnému pořádku. Neexistuje rozpor ani v základní myšlence, ani v působnosti. Public policy má v Anglii i obdobnou funkci jako ordre public interne francouzského soukromého práva.

5.4 USA

V USA dlouho převládal anglický vliv, který však postupně zeslábl. Při definici public policy je třeba přihlížet k ústavě, zákonům a precedentu. Absolutní přednost mají ustanovení ústavy.

Význam pojmu public policy spočívá v tom, že jde o princip, který znamená, že si nikdo nemůže počínat legálně, jestliže jedná proti veřejnosti nebo veřejnému blahu.¹²³

5.5 ITÁLIE

Ordine pubblico plní úlohu vnitřního veřejného pořádku. Podle čl. 1343 CC je kauza smlouvy protiprávní, jestliže je v rozporu s kogentním právem, vnitřním pořádkem nebo dobrými mravy. Totéž platí i pro předmět smlouvy a motivy smluvních stran.¹²⁴

5.6 NĚMECKO

V německém právu vznikaly obdobné soukromoprávní předpisy jako ve francouzském Code Civil, nepochybně pod jeho vlivem. Tak tomu bylo např. v bádenském zemském právu z roku 1809 nebo návrhu BGB knížectví Hesenska (1844–1853) nebo návrhu BGB pro Bavorsko (1840–1864). Všude se objevuje pojem vnitřního veřejného pořádku. Jak známo, i při přípravě BGB se s vnitřním veřejným pořádkem

¹¹⁹ Viz Lord Carman ve zprávě o nepokojích na Red Lyon Square v roce 1994, podle SCHNEIDER, pozn. 112, s. 101.

¹²⁰ Viz závěrečný návrh generálního advokáta Warnera k věci Bouchereau, 30/77.

¹²¹ Viz SCHNEIDER, pozn. 116, s. 102.

¹²² Ibidem.

¹²³ Citováno podle SIMITIS, pozn. 63, s. 112.

¹²⁴ Ibidem, s. 130.

počítalo. Ve svém původním znění stanovil § 106, že právní jednání, jehož obsah je v rozporu s dobrými mravy nebo veřejným pořádkem, je neplatný.

V německé literatuře¹²⁵ existuje trojí pohled na vnitřní veřejný pořádek. První skupina spatřuje jak v dobrých mravech, tak ve vnitřním veřejném pořádku kritéria nepsaného práva, u nichž lze vnímat jeho tři varianty: vnitřní veřejný pořádek a dobré mravy jsou rozdílné (disjunktní), překrývají se anebo jde o nadřizený a podřizený pojem. Druhá skupina chápe dobré mravy jako faktické, vnitřní veřejný pořádek jakožto normativní kritérium. Třetí skupina pak rozlišuje oba pojmy podle technického hlediska: vnitřní veřejný pořádek poukazuje na psané právo, dobré mravy jsou poukazem na nepsané právo.

Flume považuje právní jednání za neplatné, jestliže „neguje hodnoty, které podle platného právního přesvědčení právní řád musí uskutečňovat, takže uznání právního jednání negujícího tyto hodnoty je neslučitelné se smyslem a úkolem práva“.¹²⁶

6. VEŘEJNÝ POŘÁDEK V NOZ

6.1 VEŘEJNÝ POŘÁDEK (VEŘEJNÝ INTERNÍ POŘÁDEK) V KONTEXTU ČESKÉHO PRÁVNÍHO ŘÁDU

Občanským zákoníkem do občanskoprávních vztahů nově zavedený institut (interního, vnitřního) veřejného pořádku je třeba posuzovat především z hlediska jeho působnosti a dále na pozadí ostatních druhů veřejného pořádku, jež jsou u nás známy z oblasti mezinárodního práva soukromého, mezinárodního práva procesního a práva unijního a též z práva policejního zejména v oblasti vystěhovalectví a azylového práva.

Veřejný pořádek zakotvený v § 1 odst. 2 a § 588 NOZ vyžaduje používání v rozsahu působnosti tohoto základního soukromoprávního kodexu. Proto jej, podle vzoru a praktické zkušenosti francouzského práva, lze označovat jako veřejný pořádek interní a v tomto ohledu odlišovat tento institut od výše uvedených druhů majících, i když rozdílným způsobem, „vnější“ (mezinárodní).

Instituci veřejného pořádku v širokém slova smyslu zahrnujícím jeho výše uvedené druhy je společný výše zmíněný ochranný účel ve prospěch vztahů v její působnosti. Společným jmenovatelem a tedy základem veřejného pořádku jsou základní hodnoty vlastní politickému, sociálnímu a ekonomickému uspořádání státního celku, součástí jehož právního systému (právního řádu) veřejný pořádek je.

Každý z uvedených druhů veřejného pořádku působí ve zvláštní sféře právních poměrů, která je určující pro jeho specifickou organizaci. Zatímco veřejný pořádek ve vztazích upravovaných mezinárodním právem soukromým chrání tyto vztahy především proti cizorodým vlivům (např. mnohoženství), veřejný pořádek procesní se stará o fungování justice (výkonu spravedlnosti) proti jejímu zneužívání (např. vynucování

¹²⁵ Viz FLUME, W.: *Allgemeiner Teil BGB des Bürgerlichen Rechts*, 2. Sv, Berlin et al., 1979, s. 364.

¹²⁶ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 2 As 78/2006.

podvodně získaných právních titulů), unijní veřejný pořádek je ochranou řádného fungování vnitřního trhu a dodržování základních tržních svobod.

Vnitřní veřejný pořádek obsažený v NOZ střeží především standardy autonomie vůle z hlediska zájmů celku (společnosti, veřejnosti, veřejného zájmu). S ohledem na svoji specifickou orientaci vychází v rámci základních hodnot společných veřejnému pořádku jako druhové kategorii ze specifických principů a hodnot relevantních pro soukromoprávní vztahy. Základem jsou ty normy, „které umožňují fungování společnosti z principů vytyčených v úvodních ustanoveních ústavy ČR a její preambule, tedy zejména jako společnosti rovnoprávných, svobodných občanů, kteří jsou si vědomi svých povinností vůči druhým a odpovědnosti vůči celku, společnosti založené na úctě k právům a svobodám člověka, a na úctě k lidským právům“.¹²⁷

Z hlediska působnosti interního veřejného pořádku mají mimořádnou relevanci základní lidská práva, včetně hodnot, na nichž je vybudováno Evropské společenství (čl. 1 a preambule SEU).

6.2 ROLE INTERNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU V PŮSOBNOSTI NOZ A VZTAH K DOBRÝM MRAVŮM

Jedním ze základních nejen teoretických problémů je vymezení vztahu interního veřejného pořádku k zásadě dobrých mravů. Jde o „klasickou“ problematiku, neboť v oblasti soukromého práva se oba tyto instituty do jisté míry svým účelem i obsahem přibližují, až překrývají.¹²⁸ O tom svědčí dlouhodobé a rozsáhlé zkušenosti především francouzské jurisprudence.¹²⁹ O spornosti tohoto vztahu svědčí i vývoj diskuse a přístup zákonodárce k tomuto problému při kodifikaci BGB a konečně i rozporuplná situace ve švýcarském právu. Vzdor těmto varovným signálům, kterých si zřejmě český zákonodárce nebyl vědom, byl vnitřní veřejný pořádek do občanského zákoníku zakomponován a našim úkolem je proto se tímto problémem zabývat.

Dobré mravy mají základní význam v soukromoprávním styku – jsou standardem chování mezi občanskoprávními subjekty. Ve srovnání s tímto principem je veřejnému pořádku imanentní veřejný rozměr – veřejný zájem. Zatímco dobré mravy jsou korektivem právních vztahů z hlediska standardu poctivosti a slušnosti, v případě veřejného pořádku jsou kritériem dotčené celospolečenské hodnoty vlastní právnímu státu.

Základní orientací interního veřejného pořádku je ochrana autonomie vůle. Jeho korigující funkce k tomuto jevu je klíčová a byla základním podnětem zakotvení tohoto institutu ve francouzském občanském zákoníku.¹³⁰ To ovšem neznamená, že by smluvní svoboda neměla být respektována. Naopak její existence je hodnotou, jež je jeho základem. Veřejný pořádek však vůči ní funguje i ve prospěch jiných hodnot, které jsou mu též imanentní, jakými jsou rovnost, zákaz diskriminace a jiná základní lidská práva.

¹²⁷ Viz FLUME, pozn. 125, s. 182.

¹²⁸ Viz MALAURIE et al., pozn. 67, kteří tvrdí, že rozlišování obou pojmů se jeví umělým, marg. č. 158.

¹²⁹ Ibidem, marg. č. 160.

¹³⁰ Srov. k tomu KRAMER (pozn. 106) a jeho velmi zdrženlivý komentář, s. 72 an.

Veřejný pořádek tak slouží i jako standard, kritérium výkladu a nástroj vyplňování mezer v pozitivním právu.¹³¹

6.3 OBSAH VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Melzer a Tégl¹³² rozlišují veřejný pořádek v širším smyslu a v užším smyslu. V prvním případě jde podle těchto autorů o souhrn pravidel, jejichž dodržování je podle panujících společensko-etických názorů nezbytným bezvýhradným předpokladem řádného lidského soužití v určité společnosti. Takové pojetí nerozlišuje původ těchto pravidel a zahrnuje i princip dobrých mravů. Užší pojetí se snaží o vymezení veřejného pořádku oproti kategorii dobrých mravů. Veřejný pořádek představuje jen ta z uvedených pravidel, která mají základ v právním řádu jako takovém.¹³³ Veřejný pořádek souvisí s pojmem veřejného zájmu, je však od něj odlišný. O porušení veřejného pořádku jde, dojde-li k narušení veřejného zájmu v takové intenzitě, že to ohrožuje společenské soužití tak zásadním způsobem, že je třeba, aby veřejná moc zasáhla.¹³⁴

Pelikánová a Pelikán¹³⁵ zdůrazňují odlišnost vnitřního veřejného pořádku od veřejného pořádku v mezinárodním právu soukromém, který je citelně užší ve srovnání s veřejným pořádkem ve věcech veřejných. Ve veřejném právu je pojem veřejného pořádku mimořádně široký, odpovídající v zásadě pojmu veřejného zájmu. Jde o souhrn pravidel nebo zásad chování na veřejnosti, o určité zásady, na kterých celá společnost trvá. Používá se však i v užším významu, který se týká jenom pravidel chování na místech veřejně přístupných, v širším smyslu však zahrnuje zásady, na kterých společnost trvá.¹³⁶

6.4 KRITIKA

Oba tyto názory vykazují celou řadu slabin, jež mají společného obecného jmenovatele v tom, že neuvažují nově zavedený pojem vnitřní veřejný pořádek v jeho celkovém kontextu. Vnitřní veřejný pořádek je jednou z forem veřejného pořádku, která má specifickou funkci uvnitř soukromého práva, konkrétně v rámci občanského zákoníku. Z tohoto důvodu je třeba vnitřní veřejný pořádek definovat a jeho obsah vymežit s ohledem na jeho specifickou funkci nejen vůči jiným formám veřejného pořádku, ale i jiným kategoriím, které, byť plní obdobné funkce, mají stejně jako veřejný pořádek svébytné postavení. To se týká dobrých mravů.¹³⁷

Veřejný pořádek jako institut zakotvený v občanském zákoníku (viz § 1 odst. 2 a § 588) není souhrnem kogentních ustanovení, jeho obsahem nejsou právní předpisy či normy policejního práva a ani neobsahuje mravní či morální normy. Je totiž výrazem

¹³¹ Srov. MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P., pozn. 17, Komentář k § 1 odst. 2.

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J.: *Občanský zákoník, Komentář*. Praha, 2014, výklad k § 1 odst. 2, marg. č. 24, s. 16.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ TICHÝ, L.: *Obecná část občanského práva*. Praha, 2014, s. 121 an. a 145 an.

zásadního veřejného, společenského zájmu, jehož obsahem jsou ústavní principy, ústavní pořádek, včetně základních lidských práv.

6.5 VÝZNAM, ÚKOL A FUNKCE

Funkcí vnitřního veřejného pořádku v NOZ je postihovat právní jednání, jež jsou s ním v rozporu.

Podle § 1 odst. 2 jsou zakázána ujednání porušující veřejný pořádek a podle § 588 jsou právní jednání, která zjevně narušují veřejný pořádek, absolutně neplatná.

Na první pohled je zřejmý určitý rozpor mezi účinky veřejného pořádku v prvním případě a v případě druhém. Ze stran výsledku by tento rozpor znamenal, že určitá jednání, ačkoliv jsou zakázána, nemusí podléhat sankci neplatnosti. Tento nesoulad je třeba vyřešit tak, že první ustanovení (§ 1 odst. 2) je třeba považovat za proklamaci určité zásady, která je pak konkretizována ve speciálním ustanovení § 588.¹³⁸

Ustanovení § 588 sankcionuje právní jednání, jež jsou v kvalifikovaném rozporu s veřejným pořádkem. Jen tak lze interpretovat poměrně nešťastnou dikci o tom, že jednání „zjevně narušuje veřejný pořádek“. Doslovný výklad této normy by totiž sváděl k názoru, že veřejným pořádkem je třeba rozumět soubor určitých pořádkových či policejních předpisů, jež se starají o udržení klidu, resp. určitého řádu věcí v běžném, faktickém, a nikoliv právním styku.

Kvalifikované narušení (viz „zjevně“) je třeba chápat jako flagrantní rozpor právního jednání s obsahem veřejného pořádku.

Aplikací veřejného pořádku je sankce neplatnosti právního jednání od samého počátku, k níž soud přihlíží z úřední povinnosti.

7. ZÁVĚRY A ŘEŠENÍ PRO NOZ

7.1 VEŘEJNÝ POŘÁDEK V RŮZNÝCH PRÁVNÍCH ODVĚTVÍCH

Na základě dosavadního pojednání lze provést určité zobecnění, z něhož by měly být zřejmé obecná podstata a společné rysy veřejného pořádku jako institutu užívaného jak v mezinárodním právu, tak v nadnárodním právu Evropské unie, tak i a především v národních právních řádech, a to v jeho několika odvětvích.

Podstata tohoto institutu spočívá v jeho obranné funkci, jakožto řešení určitých mezních situací ve formě určitého „pojistného ventilu“. Jeho aplikace přichází v úvahu tehdy, kdy určitý nežádoucím následkům nelze zabránit jinak. Proto se používá tehdy, jsou-li ohroženy určité základní hodnoty právního řádu, v rámci jehož působnosti by mělo dojít k nežádoucím následkům.

¹³⁸ TICHÝ, L.: Komentář k § 588. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J.: *Občanský zákoník, Komentář*, sv. I. Praha, 2014, s. 1487 an.

Společná je též funkce veřejného pořádku. Jeho uplatněním je vyřazeno použití určitého právního pravidla, jehož použitím, resp. na základě kterého by byl způsoben nežádoucí následek.

Naproti tomu má tento pojem rozdílné charakteristiky v závislosti na právním systému, jehož součástí je a k jehož ochraně slouží. Jinak řečeno, specifikum veřejného pořádku je dáno především předmětem ochrany.

I když hodnoty, jež jsou jeho základem a jejichž ochraně slouží, mohou být různé. Liší se např. v oblasti policejního práva ve srovnání s právem soukromým.

I když platí, že funkce veřejného pořádku je stejná ve všech právních odvětvích a systémech, její konkrétní působení se liší. V soukromém právu zpravidla způsobuje neplatnost právního jednání, v mezinárodním právu procesním brání uznání cizího rozhodnutí nebo jiného aktu aplikace práva, v oblasti mezinárodního práva soukromého vyřazuje způsob použití cizího právního předpisu, ale současně připouští jeho nahrazení. V unijním právu znamená nahrazení řešení podle unijního práva řešení, které je kompatibilní s právním řádem členského státu.

Určitou konkurencí, resp. souběhem s obdobným institutem, se vyznačuje veřejný pořádek v právu soukromém. Obdobnou funkci a v některých právních řádech stejnou funkci, jako má veřejný pořádek, plní zásada dobrých mravů.

7.2 VEŘEJNÝ POŘÁDEK V SOUKROMÉM PRÁVU

7.2.1 *PODSTATA*

Srovnáním působení veřejného pořádku v jednotlivých právních řádech vzniká, alespoň na první pohled, neuspořádaný obrázek vyznačující se mnohdy vnitřními rozpory, a to zejména nejen ve vztahu k dobrým mravům, ale i ohledně sankcí za právní jednání, která jsou veřejným pořádkem postižena. Vztah k dobrým mravům je mnohdy nevyjasněný. To zřejmě plyne z původní představy, podle které měl veřejný pořádek (viz vývoj BGB) zahrnovat i dobré mravy.

Jednotlivé koncepty interního veřejného pořádku se však liší obsahem tohoto institutu. V některých případech jsou za něj považovány veškeré kogentní normy, jindy kogentní normy zvláštního druhu, jakými jsou např. předpisy policejního práva, v dalších případech jsou to hodnoty nebo zásady sdílené v určitém společenství.

Dosud převládá teorie, že autonomie vůle stran je základem a vnitřní veřejný pořádek zasahuje do její sféry jako výjimka. Důvodem je obecný zájem. Tak tomu je tehdy, jestliže smlouva se týká ústavního institutu nebo toho, co většina považuje za podmínku klidného společného života.

V Anglii a ve Francii je ordre public a public policy označením skupiny právních norem, od nichž se nelze odchýlit, a ochrany, kterou poskytují, se nelze vzdát. Ve Francii jsou navíc předpisy veřejného práva označeny jako normy „d'ordre public“ a jsou spojeny se správněprocesními následky. V Německu tento pojem není spojován s kogentními předpisy.

7.2.2 FUNKCE VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Vnitřní veřejný pořádek může mít interpretační funkci, přičemž pojetí veřejného pořádku jako podkategorie dobrých mravů může mít význam v právních řádech, které tuto kategorii neznají (např. BGB, ABGB). V těchto právních řádech se totiž dobré mravy objektivizují ve směru veřejného pořádku. Z tohoto pohledu je tak nakonec ve výsledku nerozhodné, zda se pojmy veřejný pořádek a dobré mravy hází do jednoho pytle anebo zda mají samostatnou funkci.

Hlavní funkcí veřejného pořádku je omezení svobody vůle (autonomie stran) jeho obsahem. Přitom rozpor s obsahem vnitřního veřejného pořádku má za následek sankci neplatnosti, neboť jeho porušení je zakázáno.

7.2.3 HISTORICKÉ POJETÍ

Smluvní svoboda mohla být v liberálním pojetí omezena pouze na ochranu svobody jiných lidí. K tomu sloužily kogentní předpisy a veřejný pořádek. Svoboda a veřejný pořádek jsou výrazem dvou stran jedné myšlenky. Vnitřní veřejný pořádek byl výjimečným fenoménem. V čl. 6 a 1133 CC směly být použity s mimořádnou zdrženlivostí. Ve svých rozhodnutích se soudy dovolávaly veřejného pořádku ve smyslu ochrany francouzského národa, veřejného zdraví a veřejných zájmů, resp. morálky.¹³⁹ Teorie zastávala mínění, že veřejný pořádek slouží k zajištění řádu existující společnosti nebo k uskutečnění rozhodujících politických názorů v ní. Podle toho je vnitřní veřejný pořádek politický pojem. Veřejný pořádek je pak zajišťován právem jakožto bezrozpornou množinou norem. Současně je třeba veřejný pořádek vidět v historické perspektivě jako ochranu výdobytků francouzské revoluce proti feudálnímu řádu. Zákodárce nemohl předvídat všechny situace, které by byly v rozporu s těmito cíli. Proto existoval obecný nástroj veřejného pořádku jako klauzule na ochranu existujícího společenského řádu. Zajišťoval respektování minima právních norem zajišťujících běh společenského dění v souladu s představami zákodárce. Protože hodnotový systém zákodárce reflektuje jeho politickou představu, vynucuje veřejný pořádek prosazení politických cílů zákonodárnou mocí.

I obsah vnitřního veřejného pořádku se mění. Pracovní smlouvy, které za války ukládaly výkon práce v Německu, byly legální, a do rozporu s veřejným pořádkem se dostaly až po ukončení války.

7.2.4 FLEXIBILITA

Flexibilitu jako základní vlastnost veřejného pořádku lze ilustrovat na vývoji postavení nemanželských dětí. Koncepce, že nemanželské dítě nemá nárok

¹³⁹ Ibidem.

na uznání otcovství ani na výživné, byla překonána v roce 1933, kdy byla uznána povinnost otce nemanželského dítěte k výživnému.

7.2.5 VZTAH K DOBRÝM MRAVŮM

Relevantní je vztah vnitřního veřejného pořádku k dobrým mravům. Simitis zastával mínění, že dobré mravy tvoří součást vnitřního veřejného pořádku, a to výlučně za účelem aplikace morálních příkazů v oblasti pohlavního a rodinného života.

Vnitřní veřejný pořádek ztělesňuje v zákoně nedostatečně formulované hodnotové principy. Mnohdy jej lze jen obtížně oddělovat či rozlišovat od dobrých mravů. To, co je nemravné, je v mnoha případech v rozporu s veřejným pořádkem. Na druhé straně existují případy rozporu s vnitřním veřejným pořádkem, které nejsou nemravné. Lze však uvažovat o jednání, které je v rozporu s dobrými mravy, ale neporušuje vnitřní veřejný pořádek. To, že v mnoha případech neexistuje rozpor mezi dobrými mravy a vnitřním veřejným pořádkem, lze vysvětlit tak, že důvody obsažené např. v čl. 20 odst. 1 OR k neplatnosti smlouvy nevystačí bez zmínění vnitřního veřejného pořádku a vyjmenovávají pouze nemožnost, protiprávnost a rozpor s dobrými mravy.¹⁴⁰

Působnost veřejného pořádku a dobrých mravů by se v zásadě neměla překrývat s ohledem na význam, obsah a koneckonců i cíl obou těchto institutů. Jedná-li někdo v rozporu s dobrými mravy, měly by následky takového rozporu plynout právě pouze z funkce a významu dobrých mravů, ledaže by v určitých případech bylo možné určité aspekty takového jednání postihovat i veřejným pořádkem. Každý z těchto institutů má jiný účel, a tedy jiný rozsah působnosti.

7.3 NÁVRH ŘEŠENÍ PRO NOZ

Pro český NOZ by měla platit tato výkladová pravidla:

a) Na rozdíl od dobrých mravů by obsah veřejného pořádku neměl zahrnovat veškeré kogentní předpisy právního řádu včetně předpisů veřejného práva. To je velmi široká definice zastávaná v Německu a někdy i ve Švýcarsku.

b) Obsahem veřejného pořádku by neměly být etické a morální hodnoty, které jsou vlastní dobrým mravům.

c) Veřejný pořádek by měl mít svébytný obsah a působnost, stejně jako vyvolávat specifické účinky. Základ a obsah veřejného pořádku tvoří základy právního řádu, tedy ústavní pořádek a základní lidská práva.

¹⁴⁰ Ibidem.

ODPOVĚDNOST ZA VADY A NÁHRADA ŠKODY V SOUKROMÉM PRÁVU (SROVNÁVACÍ STUDIE)

LUBOŠ TICHÝ

Abstract: **Liability for Non-conforming Performance and the Damages in Private Law (a Comparative Study)**

Liability for non-conforming performance and an analyses of this legal institution based on comparative method. Comparison of relation of traditional continental way with an approach of common law. Recommendation of damages as a remedy, also in Czech Civil Code.

Key words: performance, defect of goods, liability for defective performance, position of damage within the regime of other remedies

Klíčová slova: odpovědnost za vady plnění, náhrada škody, odpovědnost za škodu, náhrada vedle plnění a namísto plnění

1. ÚVOD

Tento příspěvek se zabývá problematikou odpovědnosti za vady, a to zejména s ohledem na vztah tohoto institutu k náhradě škody. Druhým, neméně závažným cílem je analýza, kritika a návrh řešení úpravy odpovědnosti za vady v občanském zákoníku (NOZ). Oba problémy spolu úzce souvisejí, neboť první je vlastně součástí druhého. Nárok na náhradu škody totiž představuje jeden z prostředků právní ochrany z odpovědnosti za vady plnění.

Dosažení obou cílů vyžaduje analýzu režimu porušení smlouvy. K tomu je zapotřebí určitá sonda do samotných smluvních vztahů, včetně jejich uspořádání, a to zejména s ohledem na nápravu jejich poruch. Tento obecný systematický úvod (kapitola 2) je základem konkrétního cíle, jímž je určení postavení institutu náhrady škody jako prostředku nápravy, a to jak ve vlastním smluvním režimu, tak ve vztazích, které se smlouvou souvisejí a jsou ovšem svojí povahou poměry mimosmluvními.

Soustředíme se hlavně na české právo, avšak naše zaměření tuto oblast podstatně přesahuje: především proto, že výzkum provádíme na základě srovnání s některými relevantními národními úpravami (kapitola 3). To však není jediná metoda našeho postupu, neboť určitým referenčním rámcem jsou i nadnárodní koncepty, zejména pak PETL, DCFR a PICC.

Základní otázky celého tohoto omezeného projektu znějí: a) Co je vada (porucha) smlouvy, jaký má status a jaké jsou její následky? b) Jaké postavení má náhrada škody mezi jednotlivými nároky věřitele? c) Jak promítnout závěry tohoto pojednání do pozitivněprávního (normativního) vyjádření a jak vylepšit NOZ? Odpovědi na tyto otázky jako řešení našeho úkolu pak podáváme v dalších kapitolách tohoto příspěvku (kapitoly 3–7).

2. ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ (PORUCHY) SMLOUVY – ZÁKLADNÍ POJMY

2.1 OBECNĚ

Poruchy plnění jsou vady, jež se vyskytují v souvislosti s plněním smluvních povinností, krátce řečeno při plnění dluhů.¹

Od těchto nedostatků (vad) je třeba striktně odlišovat vady v samotném základu obligačního vztahu, zejména ty, kterými je zatíženo právní jednání, jež obligační vztah zakládá. Tyto vady způsobují neplatnost právních jednání.² Jedná se o vady vůle, obsahu a formy právních jednání a zahrnují mimo jiné též nemožnost či nedovolenost. Mnohdy se překrývají s poruchami plnění. Je-li např. prodávaná věc již od počátku vadná, lze uvažovat jak o napadení smlouvy v důsledku omylu, tak uplatňovat práva z odpovědnosti za vady.

Poruchami plnění rozumíme následnou nemožnost plnění, prodlení, vady plnění, nesplnění dluhu, škodu v souvislosti s plněním.³ Instituty, které zasahují i do samotného plnění, mají však základ ve vadách základu právního vztahu, jsou culpa in contrahendo a narušení základu smlouvy.

2.2 NÁSLEDNÁ NEMOŽNOST PLNĚNÍ

2.2.1 POJEM

Plnění je nemožné, brání-li jeho uskutečnění trvalá překážka.⁴ Plnění však může být nemožné již od samého počátku, tj. od uzavření smlouvy. To je však jiná problematika, jelikož počáteční nemožnost znamená neplatnost smlouvy.

Od následné nemožnosti plnění je třeba odlišovat následné překážky pouze přechodné povahy, které mohou způsobovat prodlení. Posouzení toho, zda se jedná o trvalou nebo přechodnou překážku, je otázkou nejen zjišťování skutkového stavu, ale představuje především hodnotový problém.

¹ WELSER, R.: *Bürgerliches Recht*, sv. II. 13. vydání. Wien, 2007, s. 45.

² Např. TICHÝ, L.: *Obecná část občanského práva*. Praha, 2014, s. 242.

³ Viz např. WELSER, pozn. 1, s. 45 an.

⁴ Viz např. WELSER, pozn. 1, s. 46.

Jestliže, zejména při tzv. fixních smlouvách, je povinností dlužníka splnit výlučně k určitému okamžiku, stává se překážka, která je obecně pouze přechodného charakteru, a která se vyskytne v rozhodném okamžiku, překážkou trvalou. Způsobuje dodatečnou (absolutní) nemožnost plnění.

Překážky plnění je možno, kromě aspektu trvalosti, rozlišovat též podle jejich vztahu k osobě dlužníka na objektivní a subjektivní.

Nemožné je plnění především tehdy, jestliže věc – předmět plnění – zanikne. Naproti tomu není plnění nemožné, jestliže zaniknou věci genericky určené. Jsou-li v takovém případě k dispozici ještě určité věci zamýšleného druhu, je povinností dlužníka plnit („genus non perit“). To však neplatí pro konkretizaci takových věcí, jejichž zánik znamená zproštění dlužníka povinnosti plnit, ačkoliv věci stejného druhu lze nadále opatřit.

Nemožnost plnění může spočívat v tom, že dlužník jednou prodané věci prodá znovu (dvojitý prodej). Obě kupní smlouvy jsou v zásadě platné a vlastníkem se stane kupující, kterému je movitá věc prvně předána, přestože s ním prodávající uzavřel smlouvu později. Povinnost z první kupní smlouvy je však také považována za splnitelnou, a to po dobu, po kterou dlužník může věc např. prostřednictvím koupě požadovat. Do té doby může být dlužník odsouzen k plnění. Obtížnosti zpětné koupě se nemůže dovolávat, protože ztrátu věci sám způsobil.

O případ nemožnosti se jedná i tehdy, jestliže dlužné plnění nastalo bez přispění dlužníka, a sice náhodou nebo jednáním třetího nebo jednáním věřitele.

Na rozdíl od tradičních úprav převzal český zákonodárce dosavadní úpravu následné nemožnosti plnění z obchodního zákoníku ve velmi kusé a nedokonale podobě. Úprava (§ 2006–2008 NOZ) vychází pouze z objektivní následné nemožnosti, tj. takové, za níž ani jedna ze stran neodpovídá. Náhrada škody je sankcí za zanedbání oznamovací povinnosti dlužníka. Avšak samotná formulace této úpravy v § 2008 NOZ svědčí o tom, že zpravidla v případě oznamovací povinnosti dlužníka jde o případy, kdy dlužník způsobil, že se plnění stalo nemožným. Lze proto dovozovat nárok věřitele z porušení smlouvy dlužníkem, obdobně jako tomu je např. v ustanovení čl. 97 švýcarského OR. Úpravu odpovědnosti za způsobenou nemožnost obsahuje i rakouský ABGB (§ 920, 921).

2.2.2 NEMOŽNOST, ZA NIŽ ODPOVÍDÁ DLUŽNÍK

Dlužník odpovídá za nemožnost plnění, jestliže ji zavinil či jinak způsobil.

Dlužník zavinil nemožnost tehdy, jestliže způsobil zánik plnění úmyslně nebo neobalostí. Kromě toho je za nemožnost dlužník odpovědný i tehdy, učinily-li tak osoby jím zmocněné nebo věc v důsledku jím zaviněného prodlení podlehla nahodilé zkáze. Dlužník zavinil zkázu, neuskutečnil-li vhodná opatření k jejímu zabránění. Mohl-li dlužník při uzavření smlouvy předvídat zkázu, které však nezabránil, je povinen to sdělit věřiteli, jinak odpovídá za škodu.

Obdobně jako v rakouském právu měl by mít věřitel volbu mezi dvěma řešeními. V prvé řadě může poskytnout plnění, k němuž se zavázal, a nárokovat na dlužníku hodnotu nemožného plnění. Druhé řešení spočívá v nároku na náhradu škody vzniklé věřiteli.

2.3 ODPOVĚDNOST ZA PRODLENÍ

2.3.1 PRODLENÍ DLUŽNÍKA

Dlužník se ocitá v prodlení, jestliže smlouvu nesplní včas, na řádném místě a dohodnutým způsobem (viz např. § 1968 NOZ). Prodlení znamená neposkytnutí plnění v době splatnosti a nastává jejím marným uplynutím.

2.3.1.1 OBJEKTIVNÍ PRODLENÍ

Objektivní prodlení je prodlení samo o sobě, ať k němu dojde jakkoliv. Prodlení předpokládá, že plnění je možné. Objektivní prodlení dlužníka zakládá právo volby věřitele, který může trvat na splnění anebo odstoupit od smlouvy (§ 1969, 1970 NOZ). Během prodlení stíhá dlužníka nebezpečí přechodu škody (§ 1974 NOZ).

2.3.1.2 SUBJEKTIVNÍ PRODLENÍ

Subjektivní prodlení je prodlení zaviněné dlužníkem nebo věřitelem. Subjektivní prodlení dlužníka způsobuje kromě právních následků spojených s objektivním prodlením též povinnosti k náhradě škody. Trvá-li věřitel na plnění, může požadovat náhradu škody za zpoždění. Odstoupí-li věřitel od smlouvy, může požadovat náhradu škody v důsledku nesplnění. Toto právo NOZ věřiteli neposkytuje (viz § 1970 a 1971). Náhradu škody může totiž věřitel požadovat jen tehdy, není-li kryta úroky z prodlení.

2.3.1.3 DÍLČÍ PRODLENÍ

Nesplní-li dlužník svůj dluh plně, může věřitel požadovat plné splnění anebo po stanovení dodatečné lhůty odstoupit od smlouvy. Je-li plnění dělitelné a může-li být odpovídající část přiřazena k protiplnění, má právo na částečné odstoupení od smlouvy. To lze dovodit výkladem § 1978 NOZ.

Ocitne-li se dlužník v případě postupného plnění v prodlení s dílčím plněním, může věřitel požadovat pouze včas nedodané plnění nebo odstoupit od všech ještě nesplněných dílčích splnění.

2.3.1.4 PRODLENÍ PŘI FIXNÍ SMLOUVĚ

Fixní smlouva je případ časové nemožnosti plnění. Ocitne-li se v takovém případě dlužník v plnění, smlouva zaniká, aniž by věřitel musel stanovit dodatečnou lhůtu anebo uplatnit právo na odstoupení (§ 1980 NOZ).

2.3.2 PRODLENÍ VĚŘITELE

Věřitel se ocitá v prodlení, jestliže nepřevzme od dlužníka v smluvenou dobu na smluveném místě a smluveným způsobem nabízené plnění.

Názor, že dlužník nemůže věřitele nutit k převzetí plnění, neboť věřitel má pouze právo na toto plnění, a že porušuje pouze tzv. možnost, nelze považovat za správný. Ze synallagmatické povahy smlouvy plyne, že věřiteli svědčí vynutitelná povinnost převzetí plnění, za jejíž nesplnění mu hrozí sankce (např. náhrada škody).

V případě synallagmatického jednání se věřitel ocitá v prodlení současně s dlužníkem, odepře-li své již splatné plnění.

Zpozdí-li se věřitel přijmout platbu, stíhají ho následky protiprávního jednání, nese nebezpečí škody, které na něho přešlo.

2.4 ODPOVĚDNOST ZA VADY V SYSTÉMU ODPOVĚDNOSTI

2.4.1 OBECNĚ

Odpovědnost za vady (faktické a právní) je zákonnou odpovědností dlužníka, kterou jeho plnění vykazuje při dodání (převzetí). Odpovědnost za vady slouží k vyrovnání (kompenzaci) narušení ekvivalence plnění. Vychází ze zásady, že v případě uzavření smlouvy reflektuje každá ze stran adekvátnost plnění druhé strany. Podle toho se řídí výše její vlastní nabídky. Neodpovídá-li protiplnění v důsledku své vadnosti smlouvě, je rovnováha vztahu narušena. Odpovědnost za vady má proto toto narušení překonat. Protože jde o odpovědnostní vztah, je nezbytné, aby vada byla dlužníkem zaviněně způsobena. Vada plnění musí existovat při převzetí (dodání). Je nerozhodné, zda existovala již při uzavření smlouvy anebo se objevila v čase mezi dobou uzavření smlouvy a okamžikem plnění. Odpovědnost zaujímá tak určité prostřední postavení mezi původní vadností smlouvy a narušeným (neřádným) plněním.

2.4.2 VZTAH MEZI ODPOVĚDNOSTÍ ZA VADY A ZA NESPLNĚNÍ

V případě prodlení dlužníka a nemožnosti nedochází k plnění. V případě prodlení však může být ještě dodatečně splněno, nikoli však v případě nemožnosti plnění. V případě vadného plnění není věřitel povinen plnění přijmout. Převezme-li však věřitel plnění např. proto, že vada není ihned rozpoznatelná, nebo proto, že věc potřebuje naléhavě, je plněno vadně. Věřitel proto může uplatňovat práva z odpovědnosti. Současně se však klade otázka poměru mezi odpovědností za vadu na straně jedné a právy z odpovědnosti za prodlení a nemožnosti plnění. K vyřešení tohoto problému nám nepomůže chápání vady plnění, prodlení i nemožnosti plnění jako poruch smluvního vztahu ani velmi trefná definice nesplnění, kterým PICC (čl. 7.1.1) rozumí jakékoli „porušení smluvních povinností jednou ze stran, včetně plnění vadného nebo opožděného“.

Tento problém však nemůže být vyřešen ani připuštěním volby mezi všemi v úvahu přicházejícími nároky, protože odpovědnost za vady je vázána na krátké lhůty a její účel by nebyl splněn použitím pravidel o neplnění. Proto je třeba vycházet z toho, že oba druhy nároků (z odpovědnosti za prodlení a za vady) mají určitou posloupnost, přičemž převzetí plnění představuje hranici mezi nimi. Je hranicí mezi právy např. dle § 918–921 ABGB a právy z odpovědnosti za vady (§ 922 an. ABGB). Obdobně je tomu se vztahem mezi nemožností a odpovědností za vady. Vykazuje-li věc neodstranitelnou vadu, je splněna současně skutková podstata jak částečné nemožnosti plnění, tak odpovědnosti za vady. I zde je po odeslání či dodání věci nárok kupujícího na práva z odpovědnosti za vady omezen.

Nároky z neplnění a prostředky ochrany z odpovědnosti za vady jsou obsahově obdobné. Odstoupení odpovídá výměně, částečné odstoupení slevě z kupní ceny a nárok na plnění odpovídá právu na opravu.

Existují však též případy, které jsou po převzetí věci bližší odpovědnosti za neplnění (prodlení) spíše než odpovědnosti za vady. Sem patří plnění aliud. Plnění něčeho jiného znamená, že dlužník neplní jen vadně, nýbrž plní něco úplně jiného, než dluží. V případě aliud je proto dlužník kvalifikován tak, jako kdyby neplnil, je tedy v zaviněném subjektivním prodlení.

V případě individuálně určené věci je každé plnění, které není dohodnutou věcí, aliud. U generických věcí je stanovení hranice mezi vadným plněním a aliud obtížnější. V pochybnostech rozhoduje obecný jazyk a zavedená praxe stran o tom, co je dohodnuté druhové plnění a co je jiným druhem.

2.5 KONKURENCE JEDNOTLIVÝCH ODPOVĚDNOSTNÍCH SYSTÉMŮ S ODPOVĚDNOSTÍ ZA VADY

2.5.1 VADNOST A OMYL

Byla-li věc vadná již při uzavření smlouvy, může být omyl nabyvatele o této okolnosti omylem o vlastnosti věci, který je předmětem odpovědnosti za omyl, tj. odpovědnosti za neplatnost, resp. za náhradu (viz např. § 584 odst. 1 NOZ). Odpovědnost za škodu a odpovědnost za omyl mají rozdílný základ, a to narušení rovnováhy na straně jedné a vadu vůle na straně druhé, a proto by věřitel měl mít volbu mezi nimi.

Ve skutečnosti však přichází v úvahu pouze omyl ve vlastnostech v případě věcí individuálně určených. U druhové koupě není při uzavření smlouvy jasné, kterou konkrétní věcí bude dluh z určitého druhu splněn, a proto je námitka omylu v případě plnění jedné vadné věci, jestliže nedošlo k omylu ohledně celého druhu, vyloučena. Výhoda námitky omylu spočívá především v delších lhůtách k jejímu uplatnění a v tom, že se kupující může dovolat omylu, i když je odpovědnost za vady vyloučena.

2.5.2 LICHVA A LAESIO ENORMIS

Je sporné, zda si nároky z odpovědnosti za vady a nároky ze lsti a laesio enormis mohou navzájem konkurovat, protože vycházejí z různých předpokladů.

Práva z lichvy předpokládají řadu objektivních a subjektivních znaků, vadnost plnění k nim však nepatří. Obdobně tomu je i u laesio enormis. Stejně jako u lichvy se předpokládá nepoměr mezi hodnotou plnění a protiplnění, který může být vyvolán i vadou plnění.

2.5.3 VZTAH KE CULPA IN CONTRAHENDO

CiC se zařazuje do oblasti obecné odpovědnosti za porušení povinností v rámci smluvních a zákonných obligačních vztahů.

Pro prodávajícího platí v podstatě to, co pro každého dlužníka, že totiž musí informovat kupujícího o takových okolnostech, které kupující při uzavírání smlouvy nezná,

jež jsou však prodávajícímu zřejmé a mají podstatný význam. Informační povinnost naproti tomu neexistuje ohledně takových okolností, o kterých se kupující může bez dalšího sám informovat nebo se bez dalšího na ně ptát. Prodávající musí proto upozornit např. na neexistující pojištění použitého automobilu, na absenci úředního povolení v případě prodáváného závodu, jakož i poukázat na to, že prodaná budova nemůže být používána k bydlení. Naproti tomu nemusí upozornit na to, že kupní cena je příliš vysoká a z toho důvodu není příliš výhodná, jelikož se kupující může ohledně cen na trhu informovat sám.

2.5.4 ŠKODA V SOUVISLOSTI S PLNĚNÍM. „POZITIVNÍ“ PORUŠENÍ SMLOUVY

O tzv. pozitivní porušení smlouvy⁵ se jedná v případě porušení povinnosti ochrany a péče, a v důsledku toho práv věřitele.

Škoda způsobená pozitivním porušením je odlišná od té, která vzniká věřiteli v důsledku úplného nebo částečného nesplnění.

Pozitivní porušení smlouvy spočívá v porušení povinností stanovených na ochranu právních statků (práv) věřitele před škodami. Škoda na těchto právech může být způsobena vadným plněním, může být však způsobena i při řádném plnění (tzv. doprovodná či následná škoda).

Odpovědnost za porušení smlouvy je základem a vede k nárokům na náhradu škody ze smlouvy. Na rozdíl od ABGB, jenž tuto odpovědnost chápe jako odpovědnost deliktní – subjektivní, se podle režimu BGB zavinění nevyžaduje. Jde o objektivní odpovědnost objektivní ze smlouvy.

2.5.5 NÁHRADA ŠKODY V JINÝCH PŘÍPÁDECH PORUŠENÍ SMLOUVY

Škoda může vzniknout i v jiných případech porušení smlouvy. Týká se to všech druhů poruch počínaje nemožností plnění. Tato problematika, která je jednou z klíčových, je blíže rozebrána v kapitolách 4–7 této studie.

3. KONCEPT VADY A ODPOVĚDNOSTI ZA VADY

3.1 ABGB A JEHO VÝVOJ V ČSR

Ačkoliv samotný ABGB nečiní v zásadě rozdíl mezi náhradou škody ze smlouvy a z deliktu,⁶ tradiční nauka tak činila. Předně se přísně odlišovaly případy

⁵ Jde o institut typický pro německé právo. Zpravidla ke škodě dojde až po uzavření smlouvy. Dojde-li ke škodě v souvislosti se smlouvou, ale ještě před jejím uzavřením, mohlo by se jednat o případ culpa in contrahendo. Z nepřeberné literatury k tzv. pozitivnímu porušení smlouvy viz např. KÖPCKE, G.: *Typen der positiven Vertragsverletzung*. Stuttgart et al. 1965.

⁶ Např. KOZIOL, H.: Österreichisches Haftpflichtrecht marg. č. 4/40; KARNER, E. In: KOZIOL, H. – BYDLINSKI, P. – BOLLENBERGER, R. (eds.): *ABGB Kommentar*. 2. vyd. Wien, 2010, marg. č. 1 k § 1295; WELSER, E.: *Bürgerliches Recht*, II. díl. 13. vyd. Wien, 2009, s. 88.

náhrady škody z porušení smluvní povinnosti a náhrady škody mimo tyto případy.⁷ O smluvní náhradě škody se uvažovalo v případě zmaření splnění obligačního závazku, přičemž škodou se zde rozuměla újma vzešlá věřiteli tím, že dlužník nedostal své povinnosti. Prvním případem smluvní náhrady škody byla smluvní pokuta sloužící jako úhrada škody vzniklé nesplněním nebo neřádným splněním obligace,⁸ přičemž nedostačovala-li smluvní pokuta, nemohl podle obecného práva soukromého věřitel požadovat náhradu vyšší částky.⁹ V případě odpovědnosti za vady (v češtině závazcích „ze správy“) příslušela věřiteli náhrada škody jen za obecných podmínek, tj. podle § 1293 a násl.¹⁰

Podstatná je též struktura obligačního práva. Krčmář¹¹ rozlišuje změny obligační povinnosti, zánik obligací a obligace ze správy.¹² Do první kategorie řadí zmaření splnění obligačního závazku, prodlení dlužníka, smluvní pokutu a prodlení věřitele. Do druhé skupiny zařazuje mimo jiné nemožnost plnění a do třetí pak obecné závazky ze správy, závazky ze správy při cesi a zkrácení v polovici ceny.

V tradici římského práva rozlišuje správu (odpovědnost) za vady faktické a správu za vady právní. Závazky ze správy mohou být založeny pouze při úplatných smlouvách. Odpovědnost za vady (ze správy) vznikne, má-li věc vady faktické anebo vady právní. Faktickými vadami rozumí se stav nedostatku vlastností smluvených anebo takových, které obvykle při věci bývají, nebo nemůže-li věci být užíváno k účelům, ke kterým je určena podle povahy jednání mezi stranami anebo podle zvláštní úmluvy.¹³

3.2 DALŠÍ VÝVOJ ABGB

Vada je jedním z případů poruch obligačního poměru. V rakouském právu se odpovědností za vadu plnění (vadné plnění) v případě úplatných smluv chápe zákonem stanovená odpovědnost dlužníka za právní a věcné vady, které plnění vykazují v okamžiku jeho poskytnutí.

Rakouské právo (§ 922 ABGB) definovalo do roku 2001 vadu tak, že „věc má vlastnosti jiné než výslovně vymíněné nebo při ní obvykle předpokládané, že věc nelze užívat a upotřebit podle povahy jednání nebo podle úmluvy“. V současné době je vadou každá odchylka od dlužného množství a kvality (smlouvy – § 922 odst. 1 ABGB). Zákon tedy odkazuje na povinnost dlužníka plnit podle smlouvy.

Relevantní je odlišení vady od neplnění (viz kapitola 5).

Dluh zůstává nesplněn, tj. ke splnění nedojde i v případech jiných poruch obligačního poměru, tj. především u prodlení dlužníka a v případě plnění nemožného.¹⁴

Je-li dodáno vadné plnění, vznikají dlužníku práva z odpovědnosti za vady. Současné však se klade otázka vztahu mezi právy z odpovědnosti za vady a právy z odpovědnosti

⁷ KRČMÁŘ, J.: *Právo občanské, Právo obligační*. 2. vyd. Praha, 1932, s. 299 an., 355 an.

⁸ KRČMÁŘ, v pozn. 7, s. 88, 91, 97, 144–147.

⁹ KRČMÁŘ, v pozn. 7, s. 87.

¹⁰ KRČMÁŘ, v pozn. 7, s. 144.

¹¹ KRČMÁŘ, v pozn. 7, kapitola V, VII a VIII.

¹² KRČMÁŘ, v pozn. 7, s. 88 an., 91 an., 144 an.

¹³ KRČMÁŘ, v pozn. 7, s. 144 an.

¹⁴ Srov. např. WELSER, pozn. 1, s. 35 an. a 48 an.

za prodlení a nemožností plnění. Skutková podstata prodlení (§ 918 odst. 1 ABGB) obsahuje totiž i pojem vadného plnění: dlužník je v prodlení, neplní-li dohodnutým (tedy vadným) způsobem. Tento problém nelze řešit podle rakouského práva připuštěním všech možných nároků podle volby věřitele. Převládající mínění¹⁵ proto řeší tento problém tím, že dva druhy nároků hierarchizuje, přičemž dodání (předání) plnění představuje hranici mezi odpovědností za neplnění, resp. za nemožnost plnění na straně jedné, a oprávněnými z odpovědnosti za vady na straně druhé. Výjimkou je plnění jiné věci (aliud), které je považováno za nesplnění, takže dlužník plněním něčeho jiného nesplnil a je stále v prodlení.

Existuje však další „konkurence“ mezi instituty, resp. prostředky nápravy. V případě omylu má věřitel (kupující) možnost napadení omylu podle § 871, resp. možnost přizpůsobení podle § 872 ABGB. Odpovědnost za vady a odpovědnost vznikající z omylu mají odlišné účely a východiska (narušení ekvivalence na jedné straně a vady vůle na straně druhé), a proto má věřitel svobodu volby.¹⁶

V případě lichvy nebo předražení je vztah k odpovědnosti za vady velmi sporný, neboť je nejasné, zda může kupující uplatnit též prostředky nápravy z prvních dvou institutů.

U tzv. pozitivního porušení smlouvy,¹⁷ tedy nauky převzaté z německého práva, jde o další konfiguraci, jež může sloužit k pochopení určitých problémů v českém právu. Příkladem je situace, kdy prodávající dodá zkažené krmení, takže zvířata kupujícího uhynou. V takovém případě jedná dlužník v rozporu se smlouvou tím, že porušuje povinnosti péče řádného hospodáře (tzv. povinnosti ochrany) a v důsledku toho práva věřitele. Takto vzniklá škoda je rozdílná od škody, která vzniká věřiteli tím, že plnění nebylo dodáno nebo je nepoužitelné.

Na daném příkladu je třeba odlišovat škodu vznikající v důsledku dodání bezcenného krmiva na straně jedné a škodu vzniklou úhynem dobytka. Pozitivní porušení smlouvy spočívá v jednání v rozporu s tzv. povinnostmi ochrany, jež mají chránit práva věřitele. Škoda může vzniknout nejen na těchto právech, ale i jako tzv. doprovodná škoda. Jestliže totiž např. opravář po provedené opravě určitého přístroje svojí nedbalostí při jeho fyzickém předávání způsobí zranění nohy věřitele, jedná se o doprovodnou (následnou) škodu. Na rozdíl od pozitivního porušení smlouvy dochází ke vzniku odpovědnosti ze smlouvy (§ 1295 ABGB), která předpokládá zavinění dlužníka.

3.3 OZ/1950

Pro současnou občanskoprávní úpravu má stále rozhodující význam občanský zákoník/1950 (OZ/1950).¹⁸ První socialistická občanskoprávní kodifikace pro-

¹⁵ FABER, W.: *Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht*. Vídeň, 2001, JUD, B.: Die Rangordnung der Gewährleistungsbehälfe – Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, Österreichisches, deutsches und UN-Kaufrecht im Vergleich. In: *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftslehre 2001*, s. 205.

¹⁶ REISCHAUER, R.: Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtliche Folgen. *JBl*, 2002, s. 138 an.

¹⁷ Viz shora a pozn. 5.

¹⁸ OZ/1950, Občanský zákoník z 25. října 1950, č. 141/1950 Sb. v účinnosti od 1. ledna 1951 do 31. března 1964.

vádí, zřejmě navazujíc na koncepci Krčmářovu (viz shora) a odchylně od ABGB jako svého předchůdce, dvě zásadní koncepční úpravy.

V hlavě XI (Vznik a obsah závazku)¹⁹ upravuje počínaje § 218 obsah závazku. Za ním následuje nadpis „Odpovědnost za vady (§ 225–238)“²⁰, kde definuje vadu, a to pod vlivem ABGBm takto: „kdo jinému přenechá věc za úplat, odpovídá za to, že věc v době plnění má vlastnosti výslovně vymíněné a jaké obvykle mívá, že ji lze upotřebit podle povahy a účelu smlouvy, nebo podle toho, co strany ujednaly, a že je bez právních závad“.

Vlastní nároky z odpovědnosti za vady jsou pak velmi stručně zmíněny v § 237 a § 238, který připouští nárok na náhradu škody v případě následných škod²¹ („nárok na náhradu škody z vady vzešlé“).

3.4 PORUŠENÍ SMLOUVY JAKO ZMĚNA ZÁVAZKU V DALŠÍM VÝVOJI SOUKROMÉHO PRÁVA

Za porušení smluvních povinností dlužníkem, resp. jejich následky považuje (ovlivněn nepochybně Krčmářem) OZ/1950 § 251 an. prodlení dlužníka, prodlení věřitele a zaviněnou nemožnost splnění. Prodlení tedy není vada, ale patří do hlavy dvanácté upravující změny v obsahu závazků, které jsou ovšem jeho následkem. Podle § 253 mohl věřitel žádat od dlužníka, který prodlení zavinil, vedle splnění i náhradu škody prodlením vzniklé.²²

V úpravě jednotlivých smluv, zejména smlouvy kupní a směnné, úprava odpovědnosti za vady či za škodu chybí.²³

Občanský zákoník/1964 (OZ/1964), a to i po velké novele 1991,²⁴ pokračuje v této tradici do jisté míry tím, že za změnu v obsahu závazku považuje prodlení dlužníka a prodlení věřitele. To ovšem znamená, že sem lze zřejmě zařadit i poruchu způsobenou porušením povinností dlužníka splnit dluh řádně, tj. bez vad. To lze dovodit právě z použití tohoto slova („řádne“) v § 517 odst. 1, i když marginální rubrika mluví o prodlení dlužníka.²⁵

¹⁹ „Základem úpravy právních vztahů mezi občany je socialistické vlastnictví se svými formami, státním a družstevním vlastnictvím.“ Z obecné části důvodové zprávy k OZ/1950, Praha, 1956. Viz OZ/1950 § 218 an.

²⁰ Viz OZ/1950 § 218 an.

²¹ Viz OZ/1950 § 225–238.

²² Podobnost s § 922 ABGB před reformou z roku 2001 je naprosto zřetelná. „Wenn jemand eine Sache auf eine entgeltliche Art einem anderen überlässt, ist dafür verantwortlich, dass die Sache in der Zeit der Erfüllung die ausdrücklich bedungenen, oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, und dass sie gemäss der Natur oder dem Zweck des Vertrages genutzt werden kann, und dass sie frei von Rechtsmängeln ist.“ („Správa. § 922. Jestliže někdo jinému přenechá věc záplatným způsobem, odpovídá za to, že věc má vlastnosti výslovně vymíněné nebo při ní obvykle předpokládané a že ji lze užívat i upotřebit podle povahy jednání nebo podle učiněné úmluvy“ – Obecný zákoník občanský a souvislé zákony, Praha, 1947, s. 281).

²³ Občanský zákoník z roku 1950 měl sloužit k uskutečnění hospodářského plánu a výchově širokých mas a současně ke zvýšení ideové úrovně pracujících (Občanský zákoník, z obecné části důvodové zprávy, v pozn. 10).

²⁴ OZ/1964, Občanský zákoník, zákon č. 40/1964 z 26. února 1964, který vstoupil v účinnost od 1. dubna 1964.

²⁵ Viz odst. 1 OZ 1964/1991: „Dlužník, který svůj dluh řádně a včas nesplní, je v prodlení.“

Systematiku OZ/1964 recipovala do jisté míry i tzv. socialistická věda občanského práva. Dodnes přetrvává systém, podle něhož se odpovědnost za vady zařazuje do druhů závazkových právních poměrů.²⁶ V této části se odpovědnost za vady nachází zcela neorganicky, neboť figuruje jako poslední kategorie v obecném výkladu a třídění závazkových právních vztahů a smluv. Zato prodlení dlužníka, prodlení věřitele, resp. odpovědnost za ně jsou zařazeny do „Změny závazkových právních vztahů“, nemožnost plnění je upravena v rámci zániku závazkových právních vztahů.

Pojmy porucha, porušení smlouvy, závazky z porušení obligačního poměru, z porušení smlouvy se v systému českého občanského práva nevyskytují.²⁷

V soudobé české teorii je pojem „vada“ věnována minimální pozornost. O tom svědčí např. i výklad podaný v základním kompendiu,²⁸ které pojem vady vůbec nevysvětluje. Stejně tak se tato učebnice nezabývá ani porušením smlouvy, resp. smluvních povinností jako zvláštním sektorem smluvních, resp. obligačních vztahů. Odpovědnost za vady je zařazena do části nazvané „Druhy závazkových právních vztahů“. Neusiluje se ani o komplexní výklad odpovědnosti za vady. Konstatuje se pouze, že právní úprava odpovědnosti za vady je „v občanském zákoníku roztržštěna“.²⁹

Obecná úprava byla v OZ/1964 v základních rysech obsažená v úpravě věcných práv zabývajících se převodem vlastnického práva k věci. Specifická úprava odpovědnosti za vady byla upravena u kupní smlouvy (§ 596), u zvláštního typu kupní smlouvy, totiž prodeje zboží v obchodě (§ 616). Částečná úprava se nachází též u směnné smlouvy § 611) a zvláštní úpravu odpovědnosti za vady je obsahují ustanovení úpravy smlouvy o dílo (§ 633 an.), a zejména pak zhotovení věci na zakázku (§ 645 an.) a u opravy a úpravy věci (§ 655 an.).

Od této koncepce se odlišoval obchodní zákoník, který byl do jisté míry ovlivněn CISG. V jeho obecných ustanoveních o závazcích se v souvislosti s poruchami obligačního poměru nemluví o změně závazku a poruchy se na rozdíl od občanského zákoníku za změnu závazku nepovažují. Zákonodárce vycházel z úzké koncepce porušení smlouvy (viz porušení smluvních povinností a jeho následky – § 365–386), do níž zařadil prodlení dlužníka a věřitele, avšak nikoliv odpovědnost za vady, která byla upravena vždy u každého smluvního typu zvlášť, tedy např. u kupní smlouvy v § 411 a násl., resp. 422–446 (vady zboží a nároky z vad zboží).

NOZ upravuje odpovědnost za porušení smlouvy jednak v obecné části závazků (§ 1721 an.), a to v dílu „Zánik závazků“, kam řadí jak vadné plnění (§ 1764 a násl.), jednak prodlení dlužníka (§ 1813 a násl.), resp. i následnou nemožnost plnění (§ 1853 a násl.) a dále ve speciálních úpravách některých smluvních typů (jako např. u kupní smlouvy odpovědnost za vady v § 2099 an.).

²⁶ KNAPP, V. et al.: *Občanské právo hmotné*. Praha, 2002, svazek 2, s. 79 an., 100 an.

²⁷ Viz KNAPP et al., v pozn. 26, s. 100–117. Je tedy zřejmé, že tato základní učebnice občanského hmotného práva pojednává o odpovědnosti za vady v rámci obecné části závazkového práva pouze na osmnácti stránkách.

²⁸ KNAPP et al., v pozn. 26, s. 100.

²⁹ Lze např. rozlišovat mezi hlavní povinností plnění a vedlejšími povinnostmi, jakož i mezi povinností k ochraně a povinností péče.

3.6 VLIV HARMONIZACE A VÝVOJ PRÁVNÍ ÚPRAVY

Shora (ad 2.1) jsme viděli, že pojem „porucha plnění“ (Leistungsstörung) je velmi obecné a široké označení pro nepravidelnosti při uskutečňování smlouvy jakožto určitého programu vycházejícího ze vzájemného příslibu. Porucha se tedy vztahuje na jakoukoliv odchylku od toho, co bylo příslibeno, nebo toho, co zákon vyžaduje. Každá odchylka od smlouvy znamená vlastně porušení smlouvy (smluvní povinnosti), což je, jak na to níže (ad 3.7) ještě upozorníme, příznačné pro projekty CISG, PECL a DCFR. Pro přehlednost můžeme tento velmi široký pojem nahlížet a analyzovat z různých hledisek, resp. kategorizovat na základě různých kritérií.³⁰

Podstatné je, že oproti jednotlivým druhům (skutkovým podstatám) porušení stojí jiný model porušení, a to jednotného typu poruchy.

3.7 TENDENCE

Pro vývoj práva odpovědnosti za vady je charakteristická tendence, jež jednotlivé dílčí poruchy smlouvy podřazuje pod koncept porušení smlouvy jednotnou obsáhlou koncepcí zahrnující jak poruchy v úzkém (vady), tak v širokém slova smyslu, tj. neplnění, opožděné plnění, prodlení, dodání něčeho jiného, zkrátka všechny druhy poruch včetně plnění nemožného. Tento koncept byl poprvé celosvětově zakotven v čl. 45 CISG³¹ jako každé neplnění některé z povinností prodávajícího podle jiné smlouvy nebo této úmluvy (viz v kap. 4 a 5), neboť úmluva vychází z jednotného konceptu porušení smlouvy. Podstatné je též, že smlouvou předvídané prostředky nápravy jsou v podstatě identické pro všechny druhy porušení smlouvy, tedy pro všechny druhy poruch.³²

Tento pro kontinentálního právníka překvapivý moment je výsledkem vlivu systému common law, jehož příslušníci takovéto řešení pokládají za naprosto přirozené a bezproblémové. Proto problematika vyskytující se zejména ve středoevropských kontinentálních právních řádech, jako jsou Německo, Rakousko, ale dokonce i Česká republika, je jim neznámá.³³ Je tomu tak proto, že koncepce jednotné kategorie porušení smlouvy je prakticky vyzkoušeným institutem obchodníků v systému, v němž působí implicitně režim tzv. skrytých odpovědností či ujištění (implied warranties).³⁴ Koncept převzatý z common law se obdivuhodně osvědčil, o čemž svědčí i jeho převzetí do čl. 7.4.1

³⁰ Kategorizovat lze především samotné poruchy smlouvy, a to podle míry jejich závažnosti, prostředků jejich náprav, podle následků poruchy pro existenci smlouvy, resp. smluvního vztahu či způsobu a systému právní úpravy poruch. Rozlišovat lze prostředky nápravy poruch a to podle množství těchto instrumentů a jejich charakteru, podle jejich vzájemného vztahu, podle toho, která ze stran je může uplatnit, podle podmínek jejich uplatnění a konečně podle jejich časového omezení těchto práv. V této studii se však těmito velmi podstatnými otázkami nezabýváme.

³¹ Viz čl. 45 odst. 1 CISG.

³² Viz čl. 45 CISG, čl. 8:101 PECL a Art 7.1.1 PICC.

³³ Viz § 280 BGB, § 933 ABGB, § 517 an. OZ/1964/1991, resp. 1746 NOZ.

³⁴ BASEDOW, J.: Zur weltweiten Konvergenz des Leistungsstörungenrechts – der Einschluss des CISG. In: STATHOPOULOS, M. – BEYS, K. – DORIS, P. – KARAKOSTAS, I. (eds.): *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*. München, 2006, s. 809 an.

principů UNIDROIT (PICC), stejně jako do čl. 8:101 PECL, který pak byl převzat i do DCFR (čl. 2:101, resp. čl. 3:303).

Obdobně jako CISG v čl. 74 a 79 připouští i PECL, ovlivněn anglickým právem, náhradu škody jako obecný princip nápravy. Na rozdíl od CISG však zejména severské státy nepočítají s omezením spočívajícím v předvídatelnosti škody.

3.8 SPECIFICKÁ POVAHA OSTATNÍCH PROSTŘEDKŮ OCHRANY VČETNĚ NATURÁLNÍHO PLNĚNÍ

Nárok na naturální plnění vychází z principu *pacta sunt servanda*. Mnohé evropské právní řády proto i po zásadních proměnách a modernizaci ve třetím tisíciletí považují nárok na naturální plnění za hlavní a první prostředek nápravy. Pouze v případech, kdy se plnění jednoho z obou nároků stane nemožným anebo je-li naturální plnění spojeno s nepřiměřeným nákladem, resp. by v důsledku těchto nepřiměřených nákladů došlo k poškození zájmů dlužníka, je věřitel omezen na jiný prostředek ochrany. Ani CISG na tomto zásadním předpokladu nic nezměnila (viz čl. 46 CISG). Naopak průlom znamenala zásada naturální restituace pro země *common law*³⁵ při přijetí a transpozici směrnice 1999/44, přestože připouští soudcovské uvážení. Zejména ve vztahu k spotřebiteli má tato zásada, tj. přednost naturálního plnění před náhradou škody, své opodstatnění, a to zejména s ohledem na některé specifické technicky náročné předměty kupní smlouvy.³⁶

3.9 SROVNÁNÍ PROSTŘEDKŮ PRÁVNÍ OCHRANY A NĚKTERÝCH NÁSLEDKŮ VADNÉHO PLNĚNÍ ČI NEPLNĚNÍ

3.9.1 OPRAVA A NÁHRADA

PECL představuje určitý kompromis mezi kontinentálním právem a *common law*.³⁷ Hlavním pravidlem je, že kupující má nárok na individuální plnění, i když existuje celá řada výjimek vedoucích spíše k opaku, totiž, že nárok kupujícího na individuální plnění je téměř vyloučen. Zvolí-li kupující neakceptovat vadné plnění, zbývá mu nárok na slevu nebo na náhradu škody. Toto druhé řešení je pro kupujícího zřetelně výhodnější, neboť si může opatřit zboží jinde. Naopak pro prodávajícího je výhodnější oprava či náhrada. Jinou slabinu představuje čl. 9:102 PECL, který nerozlišuje mezi různými způsoby zvláštního plnění, zejména mezi opravou a náhradou. CISG a anglické právo zřejmě nemá potřebu upravit právo na opravu a výměnu, protože kupující jsou obecně vzato ochotni splnit tyto požadavky,³⁸ aby se vyhnuli újmě na své pověsti ukončením smlouvy, a omezit nároky na náhradu škody. Hlavní argument proti úpravě opravy a náhrady je vynucování těchto nároků. Tato cesta je neefektivní.

³⁵ TREITEL, G. H.: *The Law of Contract*, 1999, s. 735 an., 864 an.

³⁶ SIVESAND, H.: *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods*. München, 2005, s. 43 s ohledem na transpozici směrnice 1999/44/ES ve Velké Británii; k tomu též BASEDOW v pozn. 34, s. 811.

³⁷ BASEDOW, v pozn. 34, s. 814.

³⁸ Viz SIVESAND, v pozn. 36, s. 81.

Jinou otázkou je, zda lze volbu mezi opravou a výměnou podle směrnice o kupní smlouvě označit za skutečně svobodnou, a to ve směru favorizování opravy před výměnou. Další problém spočívá v tom, která strana může volit mezi opravou a výměnou.

Diskutovanou otázkou dále je, kolik pokusů k opravě na straně prodávajícího musí kupující tolerovat. Obecným měřítkem národního práva jsou dva pokusy, ledaže zvláštní okolnosti ospravedlňují méně či více možností.

3.9.2 SLEVA

První otázka, kterou kladou představitelé common law, je, zda existuje skutečná potřeba tohoto nástroje. Argumentuje se, že sleva má omezenou nezávislou působnost ve srovnání s náhradou škody a dále, že právo na náhradu je reliktem doby, kdy prodávající byl jediným odpovědným za škody, odpovídal-li za podvod anebo jiné porušení podle kontinentálního práva. Ve skandinávském právu je však tento institut velmi často používán. Významný je v systémech, v nichž obecně existuje princip zavinění, neboť kompenzace lze dosáhnout i bez zavinění.³⁹ Mnozí prodávající preferují slevu před např. náhradou škody, neboť ta je vždy omezena smluvní cenou, zatímco částka náhrady (kompenzace) závisí na osobních poměrech kupujícího. Ve většině případů je sleva kalkulována použitím „relativní“ metody, s minimálními odchylkami od smluvní ceny. Rozdíly v používání slevy v jednotlivých státech nejsou podstatné.⁴⁰ Je třeba zdůraznit, že v některých případech je obtížné vypočítat slevu, stejná obtíž postihuje výpočet náhrady škody.

3.9.3 UKONČENÍ SMLOUVY

Tento instrument se v jednotlivých systémech používá velmi rozdílně. Hlavní tendencí je chápat ukončení smlouvy jako poslední možnost kupujícího. Ve Francii má ukončení stále větší použití,⁴¹ zatímco v Anglii existuje opačný přístup,⁴² a to v důsledku přísného rozlišování mezi podmínkami (conditions) a zárukami (warranties).

Odlišnosti spočívají též v konstrukci bezdůvodného obohacení resp. povinnosti náhrady za užívání. Výjimka z povinnosti vrátit plnění se týká především poškozených věcí. PECL dovoluje prodávajícímu žádat vrácení a v případě nemožnosti žádat rozumnou kompenzaci.⁴³ Všechny systémy kromě anglického⁴⁴ uznávají, že kupující je povinen kompenzovat prodávajícího za výhody a požitky, které měl použitím věci před tím, než ukončil smlouvu.

³⁹ SCHLECHTRIEHM, P.: Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland. *ZEuP*, 1993, s. 228 an.

⁴⁰ BALDUS, Chr.: *Binnenkonkurrenz kaufrechtlicher Sachmängelansprüche nach Europarecht*. Baden-Baden, 1999.

⁴¹ Viz též SIVESAND, pozn. 36, s. 85 an a 90 an.

⁴² BEALE, H.: Remedies: Termination. In: HARTKAPM, A. S. et al. (eds.): *Towards a European Civil Code*. 2. vyd. Dordrecht, 1998, s. 348.

⁴³ MAGNUS, U.: The Damage Rules in the Acquis Communautaire, in the Acquis Principles and in the DCFR. *ZEuP*, 2008, s. 205.

⁴⁴ BRIDGE, M.: *The Sale of Goods*. London, 1997.

Již ze samotného přehledu práv z odpovědnosti za vady v některých právních řádech plyne relativní složitost při jejich uplatňování. To se týká především předpokladů pro jejich uplatnění, jejich pořadí a podmínek jejich plnění dlužníkem. Mnohdy je tento režim podroben relativně přísným formálním pravidlům notifikace vad, která ovlivňují mimo jiné podmínky uplatnění jednotlivých druhů nároků věřitele. I relativně jednoduchý režim obsažený v § 1923 musí při svém uplatňování logicky narážet na problémy. Jednak používá velmi obecných termínů a formulací, jednak je tato obecná úprava použitelná až subsidiárně při přednosti speciálních úprav např. v § 2099 an. u kupní smlouvy.

Mnohdy však pro obě smluvní strany je relativně nevýhodné požadovat a provádět např. opravu vadného zboží, resp. požadovat náhradu za vadné plnění. I z ekonomické analýzy plynou přednosti náhrady namísto plnění. Z těchto důvodů jsou zřejmé přednosti peněžité náhrady.

Proto se o náhradě škody jedná jako o možném prostředku nápravy za (namísto) neplnění či vadné plnění, tedy jako o sankci vedle plnění za škody (újmy), které v souvislosti s ním vznikly.

3.9.4 NÁHRADA ŠKODY

Zásadním problémem, kterým se zabýváme v následujících kapitolách, je vztah odpovědnosti za vady a odpovědnosti za škodu.

Na tomto místě je proto zapotřebí učinit několik obecných úvodních poznámek. V první řadě je třeba rozlišovat dvě základní konfigurace, jež se liší v druhu škody, která je věřiteli způsobena porušením smlouvy dlužníkem.

V první konfiguraci je škoda následkem vadného plnění v širokém slova smyslu (viz definice v čl. 7.1.1 PICC). Škoda vznikne, aniž by byl smluvní vztah ukončen a po uspokojení nároku věřitele z odpovědnosti za vady nakonec dojde ke splnění závazku dlužníka. V důsledku neřádného (vadného) plnění však vznikne věřiteli újma. Jejím prvním druhem může být škoda jako „pozitivní porušení smlouvy“ (viz 2.5.4 a 3.2), jiným jejím druhem je škoda představovaná náklady spojenými s uplatňováním práv z odpovědnosti za vady v širokém slova smyslu, včetně újmy spojené s náklady na opravu vadné věci. Třetím druhem škody jsou tzv. škody doprovodné, následné či nepřímé včetně zisku. Náhrada škody je v těchto případech uplatňována vedle plnění. Její režim podléhá smluvní odpovědnosti za škodu.

Druhá, odlišná konfigurace spočívá v náhradě (škody) jako přímém prostředku právní nápravy vadného plnění (poruchy smlouvy). Náhrada je poskytována namísto plnění. Tím dochází ke změně závazku, avšak náhrada je součástí režimu odpovědnosti za vady, a nikoliv odpovědnosti za škodu.

Z dosavadního výkladu, ale zejména z výkladu následujícího plyne určitá obtíž spočívající nejen v terminologii, ale i v pojmovém vyjádření. Používáme totiž sousloví „náhrada škody“, někdy však pouze slovo „náhrada“.

Tato dichotomie je příznačná pro českou terminologii a reflektuje dvě výše uvedené konfigurace, u nichž např. anglické právo používá jednotný výraz *damages*. Tento výraz tedy zahrnuje jak naši náhradu, tak náhradu škody.

Je jistě klíčové, jakým způsobem vymezíme pojem škody. To by ovšem vyžadovalo zvláštní studii. Z důvodů úspornosti našeho výkladu proto používáme termín náhrada v případě, který nepovažujeme za konfiguraci zahrnující škodu. Jde o případy náhrady namísto plnění.

V druhé konfiguraci, tedy v případě újem v souvislosti s vadným plněním, je vhodné používat pojem náhrady škody, neboť v těchto případech vadné plnění způsobilo škodu.

4. NÁHRADA ŠKODY JAKO PROSTŘEDEK NÁPRAVY PŘI PORUŠENÍ SMLOUVY

4.1 OBECNÁ POZNÁMKA

Nejprve proto popisujeme a krátce analyzujeme význam náhrady škody ve vybraných jurisdikcích a posléze teoreticky odůvodňujeme a na vývoji konkrétních právních úprav dokazujeme, že náhrada škody má ve vztahu k vadnému plnění dvě zásadně odlišné funkce (viz 3.9.4). Jednu jako náhradu vedle plnění, jež má základ v odpovědnosti za škodu, druhou jako náhradu místo plnění, jež je instrumentem nápravy v režimu odpovědnosti za vady.

Náhrada škody jako nástroj nápravy a následek odpovědnosti za vady je považována za nejsložitější ze všech nároků. V důsledku toho jsou rozdíly v jednotlivých jurisdikcích nejpodstatnější. Souvisí to mimo jiné i se základním chápáním odpovědnosti za škodu a odpovědnosti za vadu. Problém je v tom, do jaké míry nárok na náhradu škody má základ v tom či onom režimu.

Účel této kapitoly je dvojitý. Především usilujeme o prokázání správnosti naší hypotézy o tom, že náhrada namísto plnění je adekvátním prostředkem nápravy vadného plnění a neplnění v režimu odpovědnosti za vady. Dále se zaměřujeme na otázku odpovědnosti za škodu způsobenou v důsledku vadného plnění a zkoumáme předpoklady nároků věřitele na náhradu škody v různých situacích a při různých druzích škody. Zabýváme se i otázkou způsobu a rozsahu náhrady.

4.2 NADNÁRODNÍ ŘEŠENÍ

4.2.1 CISG

Podle čl. 45 odst. 2 CISG se kupující uplatněním nároku nezabavuje práva požadovat náhradu škody. Nárok na náhradu škody tedy existuje paralelně k jiným nárokům.⁴⁵ Obecné ustanovení týkající se náhrady škody je obsaženo v čl. 74, který lze použít na všechny druhy porušení smlouvy ze strany prodávajícího nebo kupujícího.⁴⁶

Obecné pravidlo stanoví povinnost prodávajícího nahradit kupujícímu veškeré újmy způsobené porušením. To však může v některých případech znamenat i nepřímou újmu

⁴⁵ Např. MAGNUS, U.: *Wiener UN-Kaufrecht, Staudinger BGB*. München, 2005, s. 363 an., Komentář k § 45.

⁴⁶ MAGNUS, *ibid.*, Komentář k čl. 74, s. 717 an.

způsobenou nesouladem zboží se smlouvou, což může být vysoce nepředvídatelné a nákladné. Proto CISG zakotvuje zásadu předvídatelnosti (čl. 74). Klíčová jsou dále pravidla obsažená v čl. 75 a 76 týkající se výpočtu náhrady. Čl. 77 stanoví povinnost preventivní, resp. zmírňovací pro poškozeného, a čl. 79 obsahuje výjimku z povinnosti poskytnout náhradu a stanoví, že strana smlouvy neodpovídá za výpadek plnění, prokáže-li, že výpadek byl následkem okolnosti mimo její kontrolu.

4.2.2 SMĚRNICE 1999/44/EHS

Tato evropská úprava neobsahuje jediné ustanovení týkající se náhrady škody. Tento přístup byl údajně odůvodněn principem subsidiarity. Lze se však domnívat, že jedním z motivů byla skutečnost, že by bylo téměř nemožné dosáhnout shody v tak složité oblasti.⁴⁷ Tento aspekt je však velmi široce kritizován.⁴⁸ Jiný problém lze spatřovat v tom, že nárok na náhradu škody není zahrnut ani do hierarchie prostředků právní ochrany obsažených ve směrnici. Není proto možné, aby členský stát např. omezil jiná práva kupujícího ve prospěch náhrady škody v souladu s národním právem.⁴⁹ Existuje též riziko, že ve státech, které stanoví tradičně flexibilní pravidla pro poskytování náhrady škody, mohou soudy inklinovat k jejich aplikaci, zatímco v jiných státech, kde flexibilita není zaručena, bude praxe odlišná. Prvním příkladem je Anglie,⁵⁰ druhým je Švédsko,⁵¹ kde příslušný zákon vypočítává čtyři nároky obsažené ve směrnici a poté stanoví, že kupující dodatečně může požadovat též náhradu škody.

4.2.3 PECL

Podle čl. 9:501 odst. 1 je poškozená strana oprávněna k náhradě újmy způsobené neplněním druhé strany, kterou nelze exonerovat podle čl. 8:108. Náhrada se vztahuje též na imateriální újmu a újmu, která pravděpodobně nastane v budoucnu. Podle čl. 9:502 se výše náhrady vypočítá jako částka, která se poskytne poškozené straně, aby byla v postavení i jako kdyby smlouva nebyla porušena. Náhrada se vztahuje k újmě, kterou utrpěla poškozená strana, již ušel zisk.⁵²

Poškozená strana není oprávněna požadovat náhradu, byla-li újma předvídatelná. Článek 9:503 stanoví, že strana, která porušila povinnost, odpovídá pouze za újmu, kterou předvídala nebo mohla rozumně předvídat v okamžiku smlouvy jakožto pravděpodobný výsledek neplnění, ledaže neplnění bylo úmyslné nebo hrubě nedbalé jednání. Do té míry, ve které kupující porušil svoji zmírňovací povinnost, nemá nárok na náhradu.

Kupující nemá nárok na náhradu, jestliže nesplnění bylo exonerováno podle čl. 8:108.⁵³ Obdobně jako v CISG aplikuje se toto ustanovení, prokáže-li prodávající

⁴⁷ Von BAR, Chr. – ZIMMERMANN, R.: *Grundlagen des Europäischen Vertragsrechts*. München, 2002, s. 527; viz však jejich komentář na s. 530.

⁴⁸ Jde o škodu, která by nenastala, nebýt vady plnění (srov. von BAR – ZIMMERMANN, v pozn. 47, s. 528).

⁴⁹ SIVESAND, pozn. 36, s. 90 an.

⁵⁰ Ibidem, s. 62.

⁵¹ Ibidem, s. 721.

⁵² Von BAR – ZIMMERMANN, pozn. 47, s. 541.

⁵³ Ibidem, s. 543.

cí, že porušení smlouvy bylo důsledkem okolností mimo jeho kontrolu, které nemohl rozumně očekávat v okamžiku uzavření smlouvy, resp. jimž nemohl předejít či které nemohl překonat.

4.3 NÁRODNÍ ÚPRAVY

4.3.1 SEVERSKÉ STÁTY

Ve Švédsku lze náhradu škody požadovat nezávisle na jiných prostředcích nápravy (čl. 30 KöpL),⁵⁴ které stanoví, že kupující může požadovat úpravu, výměnu, slevu nebo ukončení smlouvy, a dále může požadovat náhradu škody. Kupující proto může kombinovat náhradu škody s jinými prostředky nápravy. Čl. 40 KöpL opravňuje kupujícího k nároku na náhradu škody týkající se koupě movitých věcí. V těchto případech má právo na náhradu škody, utrpěné v důsledku nesouladu zboží se smlouvou, neprokáže-li prodávající překážku k dodání bezvadného zboží (§ 40 odst. 1 KöpL). Tyto překážky podle § 27 odst. 1 KöpL jsou mimo sféru kontroly prodávajícího a jsou takové povahy, že prodávající je nemohl rozumně očekávat a počítat s nimi v okamžiku uzavření smlouvy. Jestliže překážka nastala v důsledku jednání třetí strany, již prodávající pověřil plněním, bude exonerován, jestliže pověřená osoba by mohla být zproštěna odpovědnosti na základě obecného exoneračního ustanovení. Obdobně se postupuje, jestliže dodavatel, jehož prodávající nebo osoba na počátku kontraktačního řetězu pověřil, způsobili nesoulad se smlouvou (čl. 27 odst. 2 KöpL). Toto ustanovení se nazývá kontrolní odpovědnost, znamenající, že prodávající je odpovědný kupujícímu za okolnosti uvnitř sféry jeho kontroly. Prodávající je tedy odpovědný za vadné zboží, i když si nebyl vědom a nemohl rozumně předvídat vadu, což je obvykle případ masově vyráběného zboží. Prodávající je exonerován pouze tehdy, jestliže zboží, kterým by mohl splnit svoji povinnost, neexistovalo.⁵⁵

Náhrada se podle § 67 KöpL týká nákladů, rozdílů v ceně, ušlého zisku nebo jiné přímé nebo nepřímé újmy způsobené porušením smlouvy. Netýká se jiného majetku než prodaného zboží, u něhož se aplikují obecná ustanovení o náhradě škody.

Zákon o kupní smlouvě pak rozlišuje mezi přímou a nepřímou újmou. Obecně platí, že kupující může nárokovat náhradu za přímou škodu (čl. 40 odst. 2 KöpL). Nepřímou škodu lze nárokovat jen tehdy, jestliže prodávající způsobil škodu nedbalostně anebo jestliže zboží se odchyluje od toho, co prodávající výslovně slíbil (čl. 40 odst. 3 KöpL). Přímá škoda zahrnuje veškerou jinou újmu, kterou nelze subsumovat pod čl. 67 odst. 2, a proto v čl. 67 odst. 3 stanoví, že náklady, které vynaložil kupující za účelem omezení jiné újmy, není nepřímou újmou. To se týká např. situací, kde kupující koupil náhradní zboží.

V případě spotřebitelské kupní smlouvy je náhrada popsána jako náhrada nákladů, rozdíl v ceně a jiná újma způsobená vadou (čl. 32 odst. 1 KKL). Jde např. o poštovné nebo cestovné v souvislosti s notifikací vad nebo náklady na dopravu a jiné náklady. Jinou kategorií náhrad představují kompenzace újmy způsobené skutečností, že spotře-

⁵⁴ Köplagen, zákon o koupi zboží a čl. 22 KKL – Konsumentköplagen, zákon o spotřebitelské kupní smlouvě.

⁵⁵ Viz SIVESAND, pozn. 36, s. 81.

bitel nemohl zboží používat, jako jsou náklady na nájem náhradního zboží nebo služeb např. na výpůjčku auta, náklady za taxi nebo veřejnou dopravu.

Finská a norská úprava korespondují víceméně s čl. 40 KöpL. Norská úprava však definuje nepřímou škodu podstatně užěji a vylučuje jinou obdobnou újmu, byla-li újma obtížně předvídatelná. Norské právo považuje takovou újmu jako přímou. Norské právo (čl. 67 odst. 1 Kjl),⁵⁶ jež bylo inspirováno CISG, stanoví též, že odpovědnost za náhradu vzniká jen v případě újmy, která mohla být rozumně předvídána jako možný následek porušení smlouvy.

Dánská úprava (čl. 43/3 KBL)⁵⁷ stanoví, že prodávající je odpovědný za škodu způsobenou vadným zbožím druhového charakteru bez ohledu na to, zda prodávající svou újmu zavinil či nikoliv za podmínek v čl. 24 KBL, který stanoví, že prodávající je odpovědný za škodu, ledaže se exkulpoval nebo protože nebylo možné splnit smlouvu v důsledku okolností, které prodávající nemusel v době uzavření smlouvy vzít v úvahu.

4.3.2 ANGLIE

Podle anglického práva je při porušení smlouvy kupující vždy oprávněn nárokovat náhradu bez ohledu na okolnost, zda porušené ustanovení je podmínkou, zárukou anebo nepojmenovanou smlouvou.

Ustanovení čl. 53 odst. 1 SoGA⁵⁸ stanoví náhradu jako vlastní prostředek nápravy pro porušení záruky anebo porušení smlouvy, kdy kupující nezvolil ukončení smlouvy.⁵⁹ Podle čl. 53 odst. 2 se nahrazuje újma, která vzešla přímo a přirozeně z porušení, při normálním běhu věcí, byly-li porušeny záruky kvality. Újmu představuje rozdíl mezi hodnotou v době dodání kupujícímu a hodnotou, kterou by mělo podle záruky. Tato klauzule připomíná ustanovení kontinentálního práva o slevě. Vztah mezi dvěma klauzulemi ustanovení čl. 53 odst. 2 a čl. 53 odst. 3 SoGA je velmi složitý.⁶⁰ Prvně jmenované ustanovení je základem pro výpočet, zatímco druhé je pravidlo o zřejmé vadě. Podle ustanovení § 54 SoGA je kupující oprávněn k speciální náhradě pro porušení kupní smlouvy, jestliže újma je nahraditelná podle common law. V případě spotřebitelské koupě je rozhodující čl. 53 odst. 3 SoGA, podle kterého se škoda vypočítává stejným způsobem jako náklady na opravu. Neaplikuje se však, jestliže náklady na opravu jsou nepřiměřené a nerozumné.⁶¹

4.3.3 NĚMECKO

Před novelou BGB (modernizace obligačního práva z roku 2001)⁶² byl nárok kupujícího na náhradu škody (Schadenersatz) za faktické vady podle kupní smlouvy omezen na situace, ve kterých prodávající garantoval určitou kvalitu zboží anebo jednal

⁵⁶ Kjopslaven, zákon o koupi zboží.

⁵⁷ Kobelagen, zákon o koupi zboží.

⁵⁸ Sale of Goods Act.

⁵⁹ BRIDGE, pozn. 44, s. 220.

⁶⁰ SIVESAND, pozn. 36, s. 123.

⁶¹ Ibidem, s. 125.

⁶² EMMERICH, V.: *Das Recht der Leistungsstörungen*. 6. vyd. München, 2005.

ve špatné víře (§ 463 a 480 BGB). V důsledku poměrně omezené působnosti práva na náhradu škody soudy vytvořily velmi složitý systém, kterým rozšířily rozsah odpovědnosti, jenž zahrnoval zejména případy culpa in contrahendo a pozitivního porušení smlouvy.

Porucha v obligačním právu může spočívat v poruše (vadě) plnění: dlužník sice plní za účelem splnění, jeho plnění neodpovídá tomu, co dluží anebo není jinak v souladu se smlouvou.

Zákonná úprava této poruchy plnění (vady) existuje paralelně s odpovědností za prodlení. Věřitel může požadovat náhradu škody za předpokladu stanoveného v § 280 odst. 1 a 3, a v § 281 BGB. Smlouva může navíc stanovit právo odstoupení věřitele od smlouvy podle § 323 BGB.

Je-li odstranění vady nemožné, aplikují se logicky předpisy o nemožnosti plnění. To je významné především pro počáteční nemožnost. Je však třeba respektovat, že BGB obsahuje pro některé smlouvy zvláštní předpisy, které modifikují obecné obligační právo. Nakonec tak vzniká relativně komplikovaný režim intervencí těchto zvláštních předpisů společně s obecným právem odpovědnosti za vady.⁶³

Reforma (novela z roku 2001) znamenala, že byla zrušena speciální ustanovení o kupní smlouvě, a § 437 BGB má obecnou platnost. Dále jsou klíčová ustanovení § 280 a 281 BGB. První z nich stanoví, že v případě porušení povinnosti vyplývající ze smlouvy dlužníkem je věřitel oprávněn požadovat náhradu za újmu způsobenou takovýmto porušením. § 281 upravuje právo na náhradu namísto plnění. Náhrada škody namísto plnění se týká práva kupujícího ukončit smlouvu, jež musí být v zásadě kombinováno s tímto nápravným prostředkem.⁶⁴ Kupující může ukončit smlouvu tehdy, stanovil-li rozumnou dobu pro dodatečné plnění prodávajícího, a prodávající v této době nesplnil. Na rozdíl od ustanovení § 280 BGB může kupující požadovat náhradu, jako kdyby nedostal žádné plnění. To se týká zejména nákladů na náhradní zboží. Protože jde o případ ukončení smlouvy, právo na náhradu místo plnění je v § 281 vyloučeno, jestliže vada je zanedbatelná. Obecně platí, že právo na náhradu neexistuje, jestliže dlužník neodpovídá za porušení povinnosti (§ 281 odst. 1 BGB). Zavinění upravuje § 276 BGB. Podle tohoto ustanovení je dlužník odpovědný za úmysl či nedbalost, ledaže se ve smlouvě stanoví mírnější režim odpovědnosti. Toho se použije, jestliže dlužník předpokládá v daném případě riziko. Důkazní břemeno nese dlužník, který musí prokázat, že vadu nezavinil. Tento režim vede v mnoha případech k odpovědnosti dlužníka za škodu. Ohledně nároku na náhradu podle § 280 BGB platí, že zavinění kupujícího se musí týkat skutečnosti, že dodal vadné zboží. Ohledně náhrady škody v souvislosti s ukončením podle § 281 odst. 1 BGB se zdá být nejasným, zda pouhé zavinění se vztahuje ke skutečnosti, kdy prodávající dodal vadné zboží, anebo zda se zavinění prodávajícího může vztahovat i k té okolnosti, že nenapravit rozpor se smlouvou.⁶⁵

⁶³ ERNST, W.: Komentář k § 280 BGB in MüKo 5. vyd., svazek 2. München, 2007.

⁶⁴ EMMERICH, V.: Komentář před § 281 a k § 281 BGB in MüKo 5. vyd., svazek 2. München, 2007. CANARIS, C.-W.: *Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts- Grundstrukturen und Problemschwerpunkte*. Karlsruheforum, 2002, s. 48 an.

⁶⁵ CANARIS, C.-W.: *Schuldrechtsmodernisierung*. Karlsruhe, 2002.

4.3.4 FRANCIE

Článek 1645 CC stanoví, že jestliže prodávající znal určité vady, nemusí jen vrátit kupní cenu, ale je odpovědný i za škodu způsobenou kupujícím. Jestliže prodávající si nebyl vědom vady, tento princip se nepoužije. Obecně se však požaduje, aby si byl vady vědom v době uzavření smlouvy. To však neplatí v případě profesionálních prodávajících (podnikatelů). Navíc čl. 1646 CC zavazuje každého prodávajícího bez ohledu na to, zda jednal v dobré či špatné víře, nahradit kupujícím veškeré náklady, které mu vznikly v důsledku porušení smlouvy. Rozsah náhrady škody, která může být přiznána, je velmi rozdílný. Náhrada může např. zahrnovat náklady spojené s uzavřením smlouvy, náhradu za skutečnost, že kupující nemohl zboží používat anebo nemohl je užívat zamýšleným způsobem.⁶⁶ V rámci působnosti čl. 1646 CC to jsou též náklady související s uzavřením smlouvy, expertízy, náklady za poplatky, dopravné apod. Kupující může požadovat též náhradu jako jediný prostředek nápravy nebo v kombinaci s jinými prostředky. Čl. 1645 CC byl dále velmi rozvinut soudcovským právem, a odpovědnost za škodu je velmi rozdílná v závislosti na okolnosti, zda prodávající byl podnikatelem či nikoliv. Čl. 1646 CC stanoví, že prodávající není odpovědný za škodu, jestliže ve vztahu k vadě jednal v dobré víře. Podle judikatury se u podnikatele špatná víra předpokládá. Proávající nemůže tuto domněnku vyvrátit, a to ani v případech, kdy zboží je dodáno přímo kupujícím, aniž měl prodávající možnost zboží prohlédnout. Tato domněnka se aplikuje bez ohledu na právní postavení kupujícího, tj. nejen vůči spotřebitelům, ale též vůči profesionálním kupujícím (podnikatelům), kteří zamýšlí užívat zboží při svém podnikání.⁶⁷ Vychází se z toho, že charakter zboží není v tomto ohledu relevantním faktorem.⁶⁸ Profesionální prodávající nesmí svoji odpovědnost za škodu ve smlouvě omezit. Přísná odpovědnost je však velmi kritizována, zejména v případech, kdy u prodávajícího se předpokládá určitá skrytá vada ve vztahu ke kupujícím, ale nepředpokládá se, že si byl vědom toho ve vztahu k osobě, která mu prodala zboží. Obecná odpovědnost podle čl. 1646 CC se tak aplikuje jen v případě použitého zboží anebo nemovitostí.⁶⁹

Jakákoliv vada, tj. nesoulad se smlouvou, je upravena obecným ustanovením smluvního práva, který je základem pro nárok na náhradu škody kupujícího.⁷⁰ V tomto případě čl. 1149 a čl. 1150 CC stanoví, že škoda zahrnuje újmu utrpěnou věřitelem včetně ušlého zisku za předpokladu, že nejsou dány výjimky obsažené v čl. 1150 CC. Ten stanoví, že dlužník je odpovědný pouze za předvídatelnou škodu v době uzavření smlouvy, ledaže neplnění smlouvy je důsledek jeho zavinění. Předvídatelnost znamená, že o ní mohly vědět normální strany v době uzavírání smlouvy.⁷¹ Článek 1150 CC dále omezuje odpovědnost dlužníka ohledně předvídatelnosti podstatných náležitostí (prvků) škody a nevyžaduje, aby náklady opravy bylo možné předvídat.⁷²

⁶⁶ Civ. 8. 6. 1999, Bull. Civ. I, nr 198, 200, Ch. s. 407.

⁶⁷ HUET, J.: *Les principaux contrats speciaux*. 2. vyd. Paris, 2001.

⁶⁸ Civ. I, 25. 1. 1989, D 1989, IR 47.

⁶⁹ Com. 4. 3. 1965, S 1965, 449.

⁷⁰ HUET, pozn. 67, s. 141.

⁷¹ Ibidem, s. 143.

⁷² Ibidem, s. 151.

4.3.5 ITÁLIE

Římské právo rozeznávalo dvojí odpovědnost. Původně to byla odpovědnost za újmy, které utrpěl kupující v důsledku porušení smlouvy prodávajícím. V případě neplnění nebo plnění něčeho jiného mohl kupující požadovat jak náhradu majetkových újem, tak i ušlého zisku. Odpovědnost vycházela ze zavinění prodávajícího ve formě úmyslu či nedbalosti. Tato pravidla platila v zásadě i v případě dodání zboží, jemuž chyběly vlastnosti výslovně prodávajícím přislíbené, a posléze byla jejich působnost rozšířena též na zlovolné zamlčení vady. V případě chybění pouze mlčky dohodnuté vlastnosti římské právo náhradou ušlého zisku neupravovalo. Určité řešení tohoto problému přinesl italský občanský zákoník z roku 1942, který v čl. 1494 stanovil obecnou povinnost prodávajícího k náhradě škody v případě nedbalostního porušení jakékoliv smluvní povinnosti včetně dodání vadného zboží.⁷³

4.3.6 RAKOUSKO

Dlouho dobu se mělo za to, že vadnost plnění a tedy v tom spočívající újma je důvodem vzniku nároků z odpovědnosti za vady a nikoliv z odpovědnosti za škodu. I v kontinentálních právních řádech včetně Rakouska⁷⁴ byla tato praxe překonána⁷⁵ a místo odpovědnosti za vady lze též uplatňovat náhradu škody.

Důvody této konkurence jsou relativně jednoduché, protože prodávající je povinen k řádnému splnění, a proto kupující v případě (zaviněného) porušení této povinnosti může nárokovat náhradu. Má volbu mezi právy z odpovědnosti za škodu a z odpovědnosti za vady. Poskytnutí vadné věci třetímu může vyvolat též odpovědnost za škodu.⁷⁶

Např. podle § 933 odst. 2 ABGB může kupující z titulu odpovědnosti za vady náhradu škody požadovat, nejdříve však opravu nebo výměnu. Tím jsou harmonizovány nároky z odpovědnosti za vady a z odpovědnosti za škodu: přednost naturální restituce v podobě opravy nebo výměny věci byla již upravena. V důsledku reformy ABGB (2001) obdrží prodávající obdobně jako u odpovědnosti za vady další možnost k splnění svých povinností. V případě škod v důsledku vady nejsou proto primární prostředky ochrany kupujícího závislé na tom, zda se dovolá odpovědnosti za vady, jež je objektivní, anebo nároku na náhradu škody z delikt ní subjektivní odpovědnosti. I když kupující požaduje náhradu škody, je oprávněn volit mezi opravou a výměnou.⁷⁷

Právo na náhradu škody v penězích má kupující jen za předpokladů, za kterých může požadovat z odpovědnosti za vady slevu z kupní ceny anebo výměnu. Náhrada škody v penězích může být požadována buď ve formě náhrady nákladů spojených s odstraněním vad, nebo jako rozdíl mezi hodnotami vadného plnění a bezvadného plnění.

⁷³ Podle SIVESAND, pozn. 36, s. 146.

⁷⁴ Viz k tomu *OGH JBl*, 1979, s. 34.

⁷⁵ Poprvé *OGH* i v *JBl*, 1990, s. 648, WELSER, R.: *JBl*, 1976, s. 120.

⁷⁶ JUD, B.: *Schadenersatz bei mangelhafter Leistung*. Wien, 2003.

⁷⁷ RABL, Chr.: *Schadenersatz wegen Nichterfüllung*. Wien, 1996.

V Rakousku dlouhou dobu převládalo mínění, že nevýhoda vzniklá v důsledku vadnosti plnění může být napravena pouze v režimu odpovědnosti za vady, avšak nikoliv prostřednictvím nároku na náhradu škody. V roce 1990 však rakouský Nejvyšší soudní dvůr (OGH) akceptoval stanovisko R. Welsera⁷⁸ v tom, že náhradu škody lze požadovat místo plnění. To znamená, že lze činit nároky z odpovědnosti za škodu místo z odpovědnosti za vady. Odůvodnění této konkurence je jednoduché. Protože předávající (prodávající) je zavázán k řádnému plnění, může kupující při zaviněném porušení této povinnosti požadovat splnění (náhradu v penězích). Má tedy volbu mezi právy (nároky) z odpovědnosti za škodu a z odpovědnosti za vady. Převod vadné věci na třetí osobu není v rozporu s nárokem na náhradu škody kupujícího. Tato praxe pak byla vyjádřena novelou ABGB z roku 2001 v § 933a odst. 1 ABGB, který stanoví, že věřitel má též v případě vady zaviněné prodávajícím nárok na náhradu škody.⁷⁹

§ 933 odst. 2 ABGB umožňuje kupujícímu (nabyvateli) v důsledku vady též náhradu škody nejdříve jen úpravu nebo výměnu. Zákon tak harmonizuje nároky z odpovědnosti za vady a odpovědnosti za škodu (nároky na náhradu škody!): přednost naturální restituce z odpovědnosti za vady ve formě opravy nebo výměny musel být kodifikován, protože jinak by mohla náprava, jež vyplývá z odpovědnosti za vady, lehce přijít vniveč v důsledku odpovědnosti za škodu. V důsledku reformy ABGB (2001) obdrží prodávající podobně jako u odpovědnosti za vady (§ 932 odst. 2) ABGB též v oblasti odpovědnosti za škodu (náhrady škody) další možnost ke splnění svých povinností. V případě škody v důsledku vady (Mangelschaden) nejsou proto primární nástroje nápravy kupujícího závislé na tom, zda se dovolává odpovědnosti za vady, jež je nezávislá na zavinění, anebo odpovědnosti za škodu, která zavinění předpokládá.⁸⁰ I když kupující požaduje náhradu škody, je oprávněn volit mezi opravou a výměnou. Námitky příslušející naproti tomu prodávajícímu vyplývají z odpovědnosti za vady. Právo na náhradu škody v penězích přísluší kupujícímu v případě vady věci jen za těch předpokladů, za kterých může z titulu odpovědnosti za vady požadovat slevu z ceny anebo výměnu, tedy jestliže je nemožná jak oprava, tak výměna, anebo jestliže prodávající oprávněně vznáší námitku nepřiměřeně vysokého nákladu, či odmítá-li opravu nebo výměnu anebo je provede v nepřiměřeně lhůtě, jestliže oprava a výměna by byly pro kupujícího spojeny s mimořádnými obtížemi anebo jestliže to nelze požadovat ze závažných důvodů, které spočívají v osobě prodávajícího. Proto je třeba nahradit újmu z nesplnění (výhoda, kterou by kupující měl, bylo-li by řádně plněno). Tento nárok v penězích může být požadován buď ve formě náhrady za odstranění vad anebo jako rozdíl v hodnotě (rozdíl mezi hodnotou vadného plnění a plnění bez vady) anebo ve formě náhrady kupní ceny (odměny při smlouvě o dílo).⁸¹

⁷⁸ Viz pozn. 75.

⁷⁹ REISCHAUER, pozn. 16, s. 139.

⁸⁰ WELSER, R.: *Schadenersatz statt Gewährleistung*. Wien, 1994.

⁸¹ WELSER, R.: Entscheidung des verstärkten Senats und Reform des Gewährleistungsrechts. *ÖJZ*, 1993, s. 753.

4.4 ŠKODA V KONCEPTU ODPOVĚDNOSTI ZA VADY V ČESKÉM PRÁVU

4.4.1 POJEM NÁHRADY ŠKODY V KONTEXTU ODPOVĚDNOSTI ZA VADY

OZ/1950 upravoval pouze náhradu škody v případě následné vady v důsledku porušení smluvní povinnosti (§ 238).

Občanský zákoník/1964 ve znění novely z roku 1991 znal několik případů smluvní náhrady škody. Přípouští (§ 600), že v případě neuplatnění práv z odpovědnosti za vady u kupní smlouvy není dotčeno právo na náhradu škody. V § 421 upravuje náhradu škody vzniklé na převzaté věci, jež má být předmětem závazku (viz zejména smlouva o úschově, smlouva o dílo apod.), a to v režimu objektivní odpovědnosti.

Obdobnou povahu má podle OZ/1964, a to již od roku 1964, odpovědnost v případě ubytovacích služeb a dalších činností, které jsou spojeny s odkládáním věcí. I zde se stanoví objektivní odpovědnost za škodu způsobenou na věcech.

Je zřejmé, že při tvorbě ZMO vycházel tehdejší zákonodárce z Haagského návrhu Jednotného zákona o mezinárodní kupní smlouvě. Tento předpis v čl. 49 stanovil určité prostředky právní nápravy z odpovědnosti za vady zboží. Jestliže kupující nezapltil za vadné zboží kupní cenu, mohl vznést nárok na slevu z kupní ceny, resp. náhradu škody námitkou proti nároku na zaplacení této kupní ceny. Tuto konstrukci však ZMO nepřevzal. Stanovil sice, že vedle nároku z vad zboží mohl kupující uplatňovat i náhradu škody způsobenou nesplněním závazků kupujícího (§ 310),⁸² avšak současně vyloučil možnost požadovat z odpovědnosti za škodu to, čeho mohl kupující dosáhnout formou nároku z vad zboží z jiného právního důvodu. Vedle náhrady na náhradu škody byl vyloučen i nárok z bezdůvodného obohacení.⁸³ Tento názor byl ještě posílen v komentáři k ZMO konstatováním, že § 310 ZMO „vylučuje, aby při zániku nároku z vad zboží mohl kupující požadovat náhradu škody spočívající v rozdílu hodnoty zboží bez vad a zboží s vadami, nebo aby tento rozdíl uplatňoval jako bezdůvodné obohacení prodávajícího podle § 703“.⁸⁴

Obchodní zákoník, ač v zásadě ovlivněn CISG, se odklonil od možnosti kumulativního uplatnění náhrady škody, když stanovil, že vedle nároků stanovených v souvislosti s porušením smlouvy podstatným způsobem (§ 436) má kupující nárok na náhradu škody, jakož i na smluvní pokutu, je-li sjednána (§ 436 odst. 4 obch. zák.). Zároveň však, a to je podstatné, stanovil, že uspokojení, kterého lze dosáhnout uplatněním některého z nároků z vad zboží, nelze dosáhnout uplatněním nároků z jiného právního důvodu, včetně především náhrady škody (§ 440 odst. 2). Omezením obsaženým v § 440 odst. 2 obch. zák. se velmi lišil od zásadního trendu Jednotného zákona o mezinárodní kupní smlouvě a především od CISG a zůstal věrný pojetí ZMO v § 310.

Kopáč byl vedle ZMO též hlavním tvůrcem obchodního zákoníku 1991,⁸⁵ zejména v oblasti závazkových práv, a tak se do tohoto předpisu (§ 440) dostala tato zásada, která

⁸² § 310 ZMO zní: „Kupující, kterému vznikl nárok na slevu z kupní ceny, není oprávněn požadovat náhradu ušlého zisku, který vznikl v důsledku vad zboží.“

⁸³ KOPÁČ, L.: *Zákoník mezinárodního obchodu, Komentář*. Praha, 1984, s. 180.

⁸⁴ Viz KOPÁČ, L.: *ibidem*

⁸⁵ KOPÁČ, L.: *Obchodní smlouvy*, I. díl. Praha, 1993, s. 121.

má v podstatě stejné znění jako § 310 ZMO s tím, že výslovně uváděla, „že kupující, kterému vznikl nárok na slevu z kupní ceny, není oprávněn požadovat náhradu zisku ušlého v důsledku nedostatku vlastnosti zboží, na něž se sleva vztahuje“.

Občanský zákoník z roku 2012 pokračuje v tradici svých předchůdců. Do § 1025 upravuje poměr mezi odpovědností za vady a odpovědností za škodu. Ze znění tohoto ustanovení je zřejmé, že nepřipouští náhradu, resp. náhradu škody jako prostředek nápravy vadného plnění jakožto nárok věřitele.

Umožňuje však domáhat se náhrady za následné či doprovodné škody v režimu odpovědnosti za porušení zákonné povinnosti v režimu odpovědnosti deliktní (§ 2894 a násl. NOZ).

Na tradiční české, resp. československé koncepci spočívající v nemožnosti domáhat se náhrady za vadné plnění, nic nemění ani nová, jistě adekvátní úprava odpovědnosti za škodu ve prospěch třetích osob, která vznikla porušením smluvní povinnosti (§ 2913 NOZ).

Svoje zásadní postavení ohledně nepřipustění náhrady z titulu odpovědnosti za vadné plnění považuje zákonodárce zřejmě za naprostou samozřejmost, neboť k § 1925 se v důvodové zprávě k tomu nenachází žádné vysvětlení.

4.4.2 ČESKÁ TEORIE

Na vztahy mezi odpovědností z poruchy smlouvy, resp. porušení smluvních povinností a náhradou škody poukazuje vcelku správně již Švestka.⁸⁶ Považuje odpovědnost za vady za zvláštní právní instituci. Naproti tomu právo z odpovědnosti za škodu, která vznikla vadným plněním, je funkčně zaměřeno k tomu, aby vedle preventivního působení došlo k náhradě až té majetkové újmy, která vznikla z vadného plnění navíc, tj. mimo rámec původního závazkového právního vztahu a původního zavazovacího důvodu, tj. smlouvy. Nemá napravovat újmu vzniklou porušením smluvních povinností (vadným plněním), nýbrž až další újmu vzniklou porušením povinnosti založené přímo zákonem, totiž nepůsobit jinému škodu.

Vyzdvihuje dva přístupy k řešení vzájemného poměru odpovědnosti za škodu a odpovědnosti za vady. Podle prvního pojetí lze podle Švestky⁸⁷ odpovědnost za škodu „použít toliko k nápravě až další majetkové újmy, která vznikla mimo rámec smlouvy a již lze kvalifikovat jako škodu. Tuto instituci nelze použít k odstranění újmy, která vznikla i vadným plněním. Z náhrady škody nelze z teoretického hlediska činit generální zavazovací důvod, ze kterého by bylo možno napravit újmu, jež vznikla na základě speciálního zavazovacího důvodu, tj. porušením smlouvy, poskytnutím bezvadného předmětu plnění. Jinak nastane právní stav, že vlastně jednou zaniklá práva obživnou, i když v jiné právní formě.“

Podle druhého pojetí,⁸⁸ jehož se Švestka dovolává, lze s ohledem „na obecnou povahu odpovědnosti za škodu napravit i majetkovou újmu, která vznikla zvláštním protiprávním způsobem vadným plněním“. Vychází se proto z toho, že nejde o zvláštnost

⁸⁶ ŠVESTKA, J.: *Odpovědnost za vady podle čs. socialistického práva*. Praha, 1976, s. 104.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 162.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 163.

toho druhu, která by použití obecného prostředku nápravy, tj. odpovědnosti za škodu, zabezpečující širokou nápravu majetkové újmy vylučovala. Toto pojetí chápe pojem škody v širším slova smyslu a zahrnuje do něho i majetkovou újmu, která spočívá již v samotné vadnosti předmětu plnění a již by jinak bylo možno napravit pouze speciálními právními prostředky odpovědnosti za vady.⁸⁹

5. NÁHRADA ŠKODY (ODPOVĚDNOST ZA ŠKODU) VEDLE A NAMÍSTO PLNĚNÍ – ZÁKLADY

5.1 STAV VĚCÍ

Náhrada škody je nejrozšířenější (nejčtenější) prostředek nápravy poruch plnění, a to nejen v oblasti a působnosti kupní smlouvy.⁹⁰ I když je tento instrument upraven v jednotlivých národních jurisdikcích relativně velmi rozdílně, má náhrada škody (odpovědnost za škodu) jako instrument smluvní odpovědnosti ve všech případech v zásadě stejné funkce. Především je to kompenzace za utrpěné újmy (ztráty). Obdobně jako v oblasti práva deliktního, i v souvislosti se smluvními poruchami⁹¹ se rozlišuje náhrada ve formě restituce a v penězích. Jenom v některých jurisdikcích pak plní i funkci represivní (viz USA a punitive damages). Určitá obdoba tohoto nástroje používaná v Anglii⁹² (aggravated nebo exemplary damages) je používána v anglickém právu v omezeném rozsahu.⁹³ Na evropském kontinentě tento způsob právní ochrany není připuštěn.

Obdobně jako v případě konceptu poruchy smlouvy jakožto porušení smluvní povinnosti (viz 3.5.2) znamenal CISG průlom i s ohledem na postavení náhrady škody jako prostředku nápravy. Jde o čl. 45 a 74 a násl. CISG. Podle těchto předpisů může kupující požadovat náhradu škody nikoliv jenom namísto, ale dokonce dodatečně k již uplatněným nárokům, resp. prostředkům nápravy. Na základě široké koncepce porušení smlouvy je náhrada škody možná u každého druhu porušení. Platí samozřejmě princip předvídatelnosti.

CISG je významný svým jednotným konceptem porušení smlouvy (kupní) sjednocujícím všechny druhy poruch jejího režimu, včetně neplnění, opožděného plnění, plnění něčeho jiného, stejně jako vadného plnění a dalších. Tato úprava reflektuje dlouhou tradici common law, a to zejména s ohledem na významné postavení náhrady škody jako dlouho nesporně nejčtenějšího prostředku právní ochrany. Znění tohoto ustanovení vyřešilo dlouhý rozpor koncepcí kontinentálního práva na straně jedné a common law na straně druhé ohledně naturálního plnění nepeněžitých závazků ve prospěch právních řádů common law. Ty totiž uznávaly nárok na naturální plnění pouze na základě pravidel ekvity a zpravidla většinu těchto nároků odmítaly, protože ve většině případů

⁸⁹ Ibidem, s. 163.

⁹⁰ WELSER, R.: Gewährleistung und Schadenersatz. *JBl*, 1976, s. 127.

⁹¹ WELSER, R.: Entscheidung des verstärkten Senats und Reform des Gewährleistungsrecht. *ÖJZ*, 1993, s. 753.

⁹² Srov. *Rookes v. Barnard* [1964] A.C.1129 a k tomu ROGERS, W. V. H. (ed.): *Winfield and Jolowicz on Tort*. 17. vyd. London, 2006 an.

⁹³ Viz TREITEL, v pozn. 35, s. 1019.

peněžitým vyrovnáním byly pokryty veškeré újmy věřitele.⁹⁴ Tento rozpor byl vyřešen nakonec i ustanovením čl. 46 CISG, který přiznává právo kupujícího na náhradní plnění za předpokladu, že rozpor se smlouvou představuje podstatné porušení smlouvy a náhradní plnění je požadováno v přiměřené době po zjištění vady.

Toto pravidlo je převzato i do čl. 7.4.1 principů UNIDROIT a čl. 9:501 a násl., resp. 8:102 a násl. PECL. Koneckoncu i vývoj německého práva v § 437 a novelizovaném ustanovení § 280 BGB tento vývoj jenom potvrzuje.⁹⁵

I rakouské právo uznává v případě poruchy smlouvy zásadně nárok na náhradu škody věřitele v podobě tzv. Erfüllungsinteresse. Přitom je příznačné, že tento nárok vychází ze zaviněného porušení, obdobně jako v právu deliktním. Tento nárok existuje i v případě prodlení, resp. dodatečné nemožnosti plnění a vadného plnění. Naproti tomu nárok na náhradu škody v případě CISG a PECL není vázán na zavinění.

„Dvouproudá“ struktura římského práva byla založena na existenci různých odpovědnostních režimů za ztráty (újmy), které kupující utrpěl v závislosti na různých způsobech porušení smlouvy.⁹⁶ V případě neplnění nebo plnění něčeho jiného (aliud) mohl kupující nárokovat jak náhradu utrpěných majetkových újem, tak i ušlý zisk. Odpovědnost prodávajícího předpokládala jeho zavinění. Tento režim zahrnoval i odpovědnost za zboží, jehož vadnost spočívala v absenci příslibených vlastností.⁹⁷ V případě absence pouze mlčky dohodnuté vlastnosti však římské právo nárok na náhradu ušlého zisku kupujícího neznalo. To se stalo pak základním problémem v mnohých právních řádech. Řešení přenesla italská kodifikace, kterou je v tomto ohledu třeba pokládat za předchůdce CISG. Článek 1494 italského občanského zákoníku z roku 1942 stanoví obecný závazek prodávajícího k náhradě škody v případě nedbalostního porušení jakékoliv smluvní povinnosti.

5.2 OBJEKTIVNÍ ODPOVĚDNOST

Smluvní povinnost stran je třeba považovat za základní civilistickou kategorii. I když kontinentální právní řády vycházejí v tomto případě ze vzájemného příslibu smluvních stran, je možné přistoupit na pojetí common law, kde jde spíše o garanci převzatou jednou stranou k dosažení určitého výsledku, kterým smlouva a její „programový plán“ je. Splnění dluhu předpokládá jednání stran. Toto jednání je zcela jednoznačně podřízeno dosažení určitého výsledku, k němuž směřuje na základě a právě v důsledku původního příslibu. Proto jakákoliv odchylka skutečného stavu od stavu smluveného, představuje okolnost, která musí být podřízena objektivnímu posouzení. Nelze proto považovat zavinění za součást smluvního práva, a tedy ani za součást odpovědnosti za poruchu smlouvy. K tomu také jednoznačně směřuje světový vývoj. Článek 79 CISG totiž připouští vyloučení odpovědnosti dlužníka jen tehdy, prokáže-li, že nesplnění spočívá na okolnosti, jež leží mimo oblasti jeho vlivu. To je jistě

⁹⁴ MAGNUS, U. In: von STAUDINGERS, J.: *Kommentar zum BGB*. Berlin, 2005, s. 325.

⁹⁵ GRIGOLEIT, H. – RIEHM, Th.: Die Kategorien des Schadenersatzes im Leistungsstörungenrecht. *AcP* 726.

⁹⁶ ZIMMERMANN, R.: *Law of Obligations*, 1992, s. 785.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 786.

pro dlužníka podstatně přísnější hledisko, než je v kontinentální Evropě pravidlem. Bylo převzato i do čl. 7.1.7 principu UNIDROIT a 8:108 PECL.

5.3 DVOJÍ SMLUVNÍ (ZÁVAZKOVÁ) NÁHRADA ŠKODY

Pojem porušení (poruchy) smlouvy znamená, že smluvně založená povinnost plnit není splněna. Nárok na náhradu škody při jejím porušení je smluvněprávního charakteru. Zákonný je však jen potud, že musí být uznán objektivním právem jako subjektivní právo. Základ je smluvněprávní, ale ochrana zájmů věřitele má základ v obecném právu ochrany právních statků. Náhrada škody je hmotněprávní subjektivní právo, které nemůže být vyvozeno přímo z vazby na smlouvu. Nárok na náhradu škody spočívá na příkazu distributivní spravedlnosti a způsobuje nápravu porušeného práva kompenzací, adekvátní hodnotou. Nárok na náhradu škody předpokládá přičitatelnost porušení smlouvy smluvní straně.

Význam pojmů primární a sekundární nárok je omezen určitou strukturou: nárok na náhradu škody je sekundární s ohledem na porušení primárního práva na plnění. Jeho účelem je vytvoření stavu, který se blíží k stavu splnění smlouvy. Jediným předpokladem sekundárního nároku je přičitatelné porušení smlouvy. To jej odlišuje od primárního nároku, který existuje nezávisle na tom, zda neplnění je přičitatelné či nikoliv.

5.4 VZTAH NÁHRADY ŠKODY K OSTATNÍM NÁSTROJŮM PRÁVNÍ OCHRANY

Zkušenost zejména s používáním CISG vede k závěru, že náhrada škody je jedním z nástrojů (instrumentů) odpovědnosti za vady. Je proto třeba vymezit její postavení v tomto režimu.

Nárok na náhradu škody by měl být obdobně jako ostatní nároky vymahatelný při splnění obecných předpokladů. V tomto smyslu by měl být tedy postaven na roveň restitučním nárokům. Především tedy by měl být prost předpokladu v podobě zavinění povinného.

Obsah a rozsah náhrady je předmětem dalšího pojednání. Nároková kumulace nesmí ovšem vést ke vzniku neoprávněného majetkového prospěchu na straně oprávněného. Náhrada by měla vyrovnat pouze újmu, která zůstává nevyrovnaná při uplatnění ostatních nástrojů ochrany. Rozsah náhrady proto je závislý na tom, který z ostatních prostředků ochrany byl uplatněn. Je tak možné vyrovnat např. v mezidobí pokleslou cenu zboží nebo následnou škodu, způsobenou vadnou věcí.

6. NÁHRADA ŠKODY ZA ÚJMY SPOJENÉ S VADNÝM PLNĚNÍM (VEDLE PLNĚNÍ)

6.1 OBECNĚ

Náhrada škody má v případě vadného plnění (neplnění) za účel zajistit, aby věřitel získal takové postavení, jako kdyby bylo řádně plněno. Peněžítá náhrada se týká především hodnoty věci a nákladů spojených s odstraněním vady.

Škoda spočívá především v samotné vadě. Škoda spočívá v tom, že hodnota vadné věci je nižší než dlužná hodnota. Spočívá tedy v rozdílu mezi hodnotou plnění a hodnotou, kterou by měla věc bezvadná. Jedná se tedy o dílčí aspekt škody způsobené neplněním. Dále je třeba rozlišovat mezi početní škodou z vady a náklady na její odstranění. Zde se jedná o ty náklady, které musí být vynaloženy, aby byla vada odstraněna. Mohou být nižší, ale též vyšší než škoda z vady. Škoda z vady může činit např. 5000 jednotek, lze však tuto vadu odstranit vynaložením pouhých 2000 jednotek. Náklady na odstranění vady mohou však být i podstatně vyšší. Tak tomu bude zpravidla v případech nepatrných (zanedbatelných) vad. Může tomu však tak být i u nikoliv zanedbatelných vad, jestliže znamenají absenci zvláště dohodnuté vlastnosti. V případech pouze nemateriálních zájmů může dokonce absence obvykle předpokládaných vlastností být bez vlivu na hodnotu plnění.

Náklady na odstranění vady nesmějí být zaměňovány s následnými škodami. Tak např. v důsledku vadného obložení brzd (vada věci) může dojít k nehodě s následky poškození zdraví řidiče automobilu. V takovém případě se jedná o následnou škodu, o nichž v právních řádech platí,⁹⁸ že následné škody jsou součástí pojmu škody jako následku neplnění.

Tradiční instrumenty odpovědnosti za vady (oprava, výměna, sleva a odstoupení) konkurují náhradě škody, ačkoliv ta by měla být součástí odpovědnosti za vady. V mnoha právních řádech včetně českého občanského zákoníku však platí přednost uvedených klasických nástrojů. Místo odpovědnosti za vady nebo za škodu v důsledku vadného plnění se věřitel nemůže spoléhat na odpovědnost z culpa in contrahendo, neboť nároky z vady mají přednost před těmi, jež upravují odpovědnost z culpa in contrahendo.

6.2 PŘÍČINNÁ SOUVISLOST

Odškodnit lze však pouze jen takovou újmu, jestliže mezi ní a porušením existuje kauzalita. Měla by stačit kauzalita ve smyslu tzv. nauky o podmíněnosti. Ta by měla být minimálním předpokladem přičítání. Kauzalita je tedy dána jen tehdy, jestliže porušení smlouvy si nelze odmyslet, aniž by odpadl výsledek transakce. Vznikla-li škoda následkem opomenutí, musí existovat vyšší pravděpodobnost, že při uzavření smlouvy by bylo možné škodě předejít. Pro náhradu zbytečně vynaložených (frustrovaných) nákladů platí, že náklady ztratily pro věřitele svoji hodnotu právě v důsledku porušení smlouvy.

Povinnost k náhradě není omezena pouze na bezprostřední škodu. V zásadě by se měla uhrazovat i nepřímá škoda, zejména škoda následná.

6.3 PŘEDVÍDATELNOST ŠKODY

V tomto směru je rozhodující pravidlo obsažené v čl. 84 CISG. Rozhodující je ztráta jako možný následek porušení smlouvy. Zavinění při porušení smlouvy je

⁹⁸ WINIGER, B. et al.: *Digest II. Damage*, Berlin, s. 89 an., 293 an.

irelevantní. Dlužník nemusí ani předvídat, zda bylo možné uzavřít jinou smlouvu. Předvídatelnost se totiž vztahuje výlučně na škodlivý následek možného porušení smlouvy předvídatelný v době jejího uzavření. Nelze však vyžadovat precizní předvídatelnost škody ve všech jednotlivostech nebo dokonce vyčíslení (specifikaci) jejího rozsahu. Postačuje však předvídatelná možnost, že dojde k určitému porušení smlouvy a v důsledku toho ke škodě. Je nutné, aby dlužník mohl rozpoznat, že porušení smlouvy vyvolává škodu určitého druhu a rozsahu. V zásadě by tedy mělo platit objektivní měřítko. Dlužník musí počítat s následky, které rozumná osoba v jeho postavení by mohla s ohledem na okolnosti případu předvídat. Není rozhodující, zda dlužník skutečně tak činil, stejně tak je irelevantní jeho možné zavinění. Škodlivé následky, které plynou z poctivého obchodního styku při jeho normálním průběhu, musí dlužník nahradit.

Naproti tomu neobvyklá rizika je třeba reflektovat pouze při jejich znalosti. Koncepce předvídatelnosti má totiž dodatečné subjektivní aspekty. Zná-li dlužník, že porušení smlouvy by mohlo vyvolat zcela neobvyklou či neobvykle vysokou škodu, je mu třeba tyto následky přičítat.

PŘEDVÍDATELNOST A MOŽNÉ OMEZENÍ NÁHRADY

Povinnost k náhradě by měla být omezena výší škody, která je předvídatelná při uzavření smlouvy. V zásadě lze použít úvahu obsaženou v legendárním rozsudku Hadley v. Baxendale, který ovlivnil vývoj chápání náhrady škody v celé oblasti common law a byl relevantní i v případě tvorby CISG. Tato teorie (doktrína) vychází z jednoduché úvahy: dlužníková povinnost k náhradě by neměla být rozsáhlejší, než mohl v době uzavírání smlouvy rozumným způsobem rozpoznat odpovědnostní riziko, jež by mu bylo základem pro pojištění.

6.4 PŘEHLED DRUHŮ NÁROKŮ NA NÁHRADU ŠKODY V SOUVISLOSTI S VADNÝM PLNĚNÍM (VEDLE PLNĚNÍ)

PRODLENÍ – OPOŽDĚNÉ PLNĚNÍ

Plní-li dlužník po lhůtě plnění, může věřitel požadovat náhradu za prodlení. Může jít o újmy spočívající v tom, že plnění nepřešlo do vlastnictví věřitele v době stanovené smlouvou a tedy očekávané věřitelem. Jde o skutečnou škodu, ale především o ušlý zisk. Škoda musí však být v zásadě v době uzavření smlouvy předvídatelná. Lze však nárokovat náhradu i za neplánované ušlé přínosy.⁹⁹

NEPLNĚNÍ

Nesplnil-li dlužník svoji povinnost ani v dodatečně stanovené lhůtě, může věřitel požadovat náhradu za plnění a náhradu následně vzniklé škody.

⁹⁹ Viz 6.3 tohoto příspěvku.

NÁHRADA ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU VADNÝM PLNĚNÍM

V prvé řadě může věřitel požadovat náhradu škod způsobených vadou. Tyto škody je třeba odlišovat od nákladů na odstranění vady (viz níže). Požadovat lze i náhradou následné škody kauzálně přiřitatelné vadě, které je opět třeba posuzovat jako zvláštní kategorii škod. Náhradu je možné požadovat v tomto případě i za škody na absolutních převech.

Věřitel může požadovat, a to např. vedle opravy či slevy z ceny, i náhradu škody. Pořídil-li opravu sám, může požadovat náhradu nákladů vynaložených na odstranění vady či na vylepšení věci.

NÁHRADA NÁKLADŮ NA OPRAVU VĚCI

Tato náhrada, jež představuje rozdíl mezi hodnotou vadné věci a hodnotou věci bezvadné, nemá žádné omezení. Věřitel má tak právo na náhradu nákladů spojených s odstraněním vady a náhradu čistě imateriální škody subjektivní povahy.

Náhrada škody představuje náhradu nákladů použitých na odstranění vadného stavu. V zásadě jde o úhradu rozdílů hodnot vadné a řádné věci.¹⁰⁰

ODMÍTNUTÍ PLNĚNÍ – NÁHRADA ŠKODY

Zejména při nikoliv zanedbatelné vadě si nemusí věřitel věc ponechat, jestliže dlužník nevyužije oprávnění na odstranění vady. Lze požadovat náhradu věci, kterou si pořídil namísto plnění dlužníka, a navíc ještě náhradu za škodu způsobenou nesplněním. Kromě toho může požadovat náhradu nákladů spojených s opatřením a s vrácením věci vadné.

VÝMĚNA

V takovém případě je dlužník povinen nahradit škodu vzniklou nesplněním a náklady spojené s výměnou.

NÁHRADA ŠKODY A SLEVA

V tomto případě patří věřiteli náhrada za nesplnění. Znamená-li sleva z ceny náhradu veškeré škody, nelze již náhradu škody vedle slevy požadovat.

V případě nemožnosti plnění je věřitel oprávněn požadovat náhradu škody za nesplnění.

6.5 DRUHY ŠKOD

6.5.1 PŘÍMÁ ŠKODA

Škoda, která je přímým následkem neplnění (porušení smlouvy), je předvídatelná jako možný následek porušení smlouvy. Neplnil-li např. prodávající nebo plnil-li opožděně, je takovýto výpadek či ušlý zisk předvídatelný, měla-li být věc před-

¹⁰⁰ MAGNUS, pozn. 94, s. 342.

mětem další výroby nebo prodeje. Dodá-li prodávající vadné zboží, může kupující uplatňovat jako náhradu škody minimální hodnotu. Předvídatelné a tedy způsobitelné náhrady jsou náklady za prohlídku vadného zboží, náklady opravy a případně dopravy. Tyto náklady musí ovšem být v rozumném poměru k ceně a hodnotě zboží. Nepřiměřené náklady nejsou předvídatelné a tudíž způsobitelné náhrady. Náklady na skladování a udržování věci (zboží) jsou způsobitelné náhrady. Nepřevezme-li kupující zboží, je ušlý zisk, tedy obvyklá obchodní marže prodávajícího předvídatelná jako škoda prodávajícího. Stejně tak jsou předvídatelné náklady spojené s dodávkami třetích osob ve prospěch prodávajícího. Nezaplatí-li kupující kupní cenu, je prodávající oprávněn požadovat úroky a náklady spojené s půjčkou prostředků, o které je nezaplacením kupní ceny ochuzen.

6.5.2 NÁSLEDNÁ ŠKODA

V zásadě by mělo platit, že by měla být způsobitelná náhrada i následná škoda. Měřítkem by opět mělo být kritérium předvídatelnosti. Předvídatelná je např. povinnost k náhradě škody, která postihuje kupujícího vadného zboží a jeho odběratele, pokud povinnost k náhradě nepřekračuje obvyklou míru. Předvídatelné jsou např. i jiné oprávněné regresní nároky třetích osob, vůči nimž kupující odpovídá. Obvykle však by do této množiny neměly patřit škody, vznikající kupujícímu v důsledku dodatečných či mimořádných povinností jako např. ručení apod., ledaže s nimi při uzavírání smlouvy seznámil prodávajícího.

Předvídatelné jsou však škody na jiných věcech (předmětech) věřitele za předpokladu, že se nejedná o zcela mimořádnou kauzalitu. Tak je povinnost nahradit např. škodu vzniklou zničením provozních prostorů v důsledku exploze zboží.

Relativně sporná je povinnost nahradit kurzové ztráty spočívající v tom, že měna dlužné částky se v období od platnosti do zaplacení znehodnotila. Obecně se v těchto případech považuje za přiměřené používat diferencované hledisko. Získá-li věřitel platbu v jeho domovské měně, pak zpravidla neexistuje nárok na náhradu kurzové ztráty vůči ostatním měnám. S výjimkou výjimečných okolností platí totiž, že věřitel je uspokojen a jeho vztah k dalším měnám je nerozhodný. Je-li však platba vyjádřena v jiné než vlastní měně věřitele, pak se předpokládá, že věřitel má právo konvertovat tuto měnu na měnu svého domovského státu a tuto ztrátu pak je povinen dlužník uhradit.

Pouze za mimořádných okolností je možné ukládat dlužníku povinnost uhradit škodu vzniklou na pověsti (good will) věřitele, která vznikla v důsledku vadného plnění nebo porušení jiných smluvních povinností.

V zásadě však existuje povinnost uhradit přiměřené náklady na oprávněné vymáhání práva. To se týká např. nákladů s upomínáním dlužníka nebo vynaložených na kvalifikovanou právní pomoc. Patří sem i náhrada procesních nákladů spojených s vymáháním práva věřitele u soudu.

Předmětem náhrady jsou i tzv. frustrované, tj. zmařené náklady spojené s uskutečňováním oprávněných očekávání spojených se smlouvou. Též náklady spojené s předcházením škodě či s její minimalizací by měly být předmětem náhrady.

6.5.3 VÝPOČET ŠKODY

Měla by platit zásada konkrétního výpočtu (zjištění) škody. Je to věřitel (kupující), který by měl svoji škodu konkrétně vyčíslit. To platí i ohledně ušlého (očekávaného) zisku. Abstraktní výpočet by měl být možný pouze za určitých, zvláštních předpokladů.

6.6 VÝPOČET ŠKODY

6.6.1 ZÁSADY

Náhrada škody má vyrovnávací (kompenzační) funkci. Věřiteli by se mělo hospodářsky dostat tolik, aby se mu zajistilo postavení, které by měl, jako kdyby bylo řádně plněno. Věřitel by neměl mít právo vyžadovat zisk dlužníka, který např. plnění (zboží), namísto aby je dodal věřiteli, prodal výhodněji jiným způsobem. Nemůže tento zisk požadovat jako základ výpočtu škody.

Účelem a smyslem náhrady je poskytnout totální reparaci, tedy kompenzovat veškerou újmu včetně ušlého zisku. Tím se chrání nejen zájem věřitele, spočívající v tom neutrpět újmy na svých statcích (zájem na integritě, indemnity interest). Avšak je, a to především, chráněn i zájem na oprávněných výhodách (zisku) které by příslušely v případě řádného plnění smlouvy (expectation interest).

Konečně by měl být chráněn zájem věřitele na tom, aby porušením smlouvy nebyly znehodnoceny výdaje (náklady), které byly spojeny s uzavřením smlouvy a v souladu s oprávněným očekáváním plnění vynaloženy.

Ze zásady úplné reparace plyne, že věřiteli přísluší náhrada skutečně vzniklé újmy. Tak např. v případě pojistných plnění, která poškozená strana získala od třetích osob, je rozhodující jejich účel z hlediska možné redukce povinnosti dlužníka. Výhodu z „těchto plnění“ nelze započítat, jestliže poškozený k tomu přispěl vlastními náklady, resp. investicemi.

Způsob zjištění (vyčíslení) škody je ovlivněn CISG, tj. převládá konkrétní metoda výpočtu. Škoda se zjišťuje na základě obecné hodnoty věci v okamžiku poškození. Objektivně není abstraktní škoda minimální náhradou, nýbrž slouží jako prostředek ulehčení dokazování poškozeného. Z metody konkrétního výpočtu škody plyne, že náklady na vylepšení jsou způsobilé náhrady. To ovšem platí jen tehdy, jestliže věřitel je oprávněn k peněžité náhradě, tedy že existují předpoklady i pro tzv. sekundární prostředky (sleva, výměna nebo náhrada). Z obecné zásady minimalizace škody plyne, že vylepšení věci je třeba provést za obvyklou cenu. Věřitel si však může opatřit věc u třetí osoby a považovat náklady na ni za základ k výpočtu škody.

V některých právních řádech (BGB, či v zásadě i ABGB) může věřitel volit mezi tzv. velkou a malou náhradou škody. První z nich znamená, že věřitel je oprávněn vadnou věc vrátit, a požadovat náhradu za plnou škodu z neplnění v penězích. Dohodnutá kupní cena může být základem, nelze ji však považovat za minimální náhradu. To neplyne z toho, že objektivně abstraktní škoda představuje minimální náhradu, nýbrž z toho,

že může svoji nevalnou majetkovou pozici zneplatnit pouze v rámci zrušení smlouvy. V některých právních úpravách jako např. v BGB může kupující přesto požadovat vrácení uhrazené kupní ceny.

Tzv. malá náhrada škody znamená rozdíl mezi hodnotou bezvadné věci a hodnotou věci vadné. Není však minimální náhradou, nýbrž pouze ulehčením důkazní pozice věřitele.

6.6.2 METODA VÝPOČTU

Pro zjištění škody (újmy) platí jako rozhodující kritérium srovnání (poměr) mezi dvěma situacemi. Je to rozdíl mezi onou situací (postavením), ve které se nachází věřitel, a postavením, ve kterém by se býval nacházel, nedošlo-li by k porušení smlouvy. Tento výpočet závisí na celé řadě hodnot, které mohou mít relevanci. V zásadě platí, že je třeba zohlednit všechny, které mají v obchodním či hospodářském styku význam. K nim mohou patřit i imateriální hodnoty, jako jsou goodwill, pravost ochranné známky, imateriální výhody, se kterými lze počítat apod. Imateriální újmy je třeba vyčíslit v penězích.

6.7 DRUHY (FORMY) NÁHRADY

Náhrada škody by měla být poskytnuta především v penězích. Dosáhnout restituce není v tomto kontextu účelem náhrady škody, neboť k tomu slouží jiné ochranné prostředky věřitele.

7. NÁHRADA ŠKODY NAMÍSTO PLNĚNÍ

7.1 ZÁKLADY

Vývoj právní úpravy odpovědnosti za vady (CISG, BGB a ABGB) a názory doktríny dokazují naši hypotézu (viz 3.9.4) ohledně náhrady škody jako specifického instrumentu odpovědnosti za vady. Toto řešení zřejmě mimoděk již anticipoval Švestka (ad 4.4.2), jenž anonymním „druhem pojetí“ naznačuje řešení, které ve výsledku odpovídá i našemu přístupu. Na rozdíl od tohoto názoru se však nedomníváme, že je tomu tak v důsledku zvláštního chápání pojmu škody, který v tomto širokém smyslu zahrnuje i majetkovou újmu spočívající v samotné vadnosti předmětu plnění. V daném případě se nejedná o majetkovou újmu, kterou je možné odčinit náhradou škody. Náhrada je sankcí za nesplnění závazku dlužníka.

Podstatné je, že tento instrument je součástí odpovědnosti za vady a nikoliv odpovědnosti za škodu. Jak následně dokážeme, odlišuje se tento instrument od náhrady škody jakožto součástí závazkové odpovědnosti za škodu. Obdobně jako v jiných případech nároků z odpovědnosti za škodu předpokladem tohoto nároku není zavinění dlužníka.

Náhrada škody jako smluvní prostředek nápravy je nezávislá na zavinění či dalších smluvních instrumentech, jako např. pojištění či garancích. Odpovědnost za tento in-

strument je důsledkem nesplnění smluvní povinnosti a tedy porušení smlouvy. Porušení smlouvy nemusí být podstatné. Povinnost k náhradě škody vzniká tedy dlužníku i při nepodstatném porušení smlouvy a dále při dodatečné nemožnosti plnění. Povinnost k náhradě vzniká pouze vůči druhé smluvní straně a nikoliv vůči třetím. V zásadě je tato povinnost nepodmíněná. Jinými slovy, ze strany věřitele se nevyžaduje žádný projev vůle jako např. upomínka či poskytnutí dodatečné lhůty. Výjimky však existují.

Zvláštní úprava přichází v úvahu v případě dodatečné nemožnosti plnění a ve zvláštních případech porušení smlouvy (vadného plnění či neplnění). V těchto dvou posléze uvedených případech je účelem tohoto řešení zmírnění sankčního působení náhrady poskytnutím poslední šance dlužníku k tomu, aby plnil podle smlouvy.

Nárok na náhradu škody namísto plnění nastupuje na místo původně existujícího a mezitím zaniklého nároku na plnění věřitele. Ručitelé a zástavní a jiní věřitelé ze zajištění zajišťují i ostatní nároky namísto plnění. Je tomu tak proto, že když dlužník je zavázán k plnění náhrady škody, získají takováto zajištění pro věřitele na významu.

Náhrada škody v důsledku neplnění na straně jedné a odstoupení od smlouvy na straně druhé bývají v mnoha právních řádech považovány za dva alternativní prostředky nápravy věřitele, které v zásadě nemohou být kombinovány či použity současně. Stejně tomu je s výše uvedeným stále v českém právu platným principem zákazu kumulace tradičních instrumentů z odpovědnosti za vady na straně jedné a náhrady škody na straně druhé. V mnoha případech však (viz CISG, německé právo – § 280 an. BGB) byly tyto překážky odstraněny. Mělo by tedy v tomto případě platit, že odstoupením od smlouvy není vyloučena odpovědnost dlužníka za škodu. České právo však v zásadě konkurenci obou prostředků nápravy připouští (§ 2005 odst. 2 OZ).

V anglickém právu a vůbec v právních systémech common law je právo na náhradu škody primárním prostředkem právní ochrany. Naproti tomu bylo tradicí v právní kultuře kontinentálního práva, že náhrada škody není substitutem, ale pouze doplňkem tradičních prostředků nápravy, jakými jsou oprava a výměna, resp. sleva z ceny. Ani v případě ukončení smlouvy (odstoupení od smlouvy) se nepřipouštěla možnost požadovat náhradu, přičemž toto právo je obvykle omezeno časovou lhůtou. Tradice common law považuje i nadále náhradu škody za nevhodnější prostředek nápravy. Proto vyvolala směrnice o spotřebitelské kupní smlouvě (1999/44/ES) ve Velké Británii zděšení, neboť tento právní předpis nezná náhradu škody.

Tento jev však není signálem svědčícím o ústupu významu náhrady škody. Vývoj jde zcela nepochybně ve směru jejího posilování. O tom především svědčí přijetí úpravy v čl. 45 an., resp. čl. 74 an. CISG. Avšak i národní právní řády vykročily, i když mnohdy opatrně a pomalu, tímto směrem. Důkazem tohoto vývoje je modernizace obligačního práva v Rakousku a zejména v Německu. Tam (viz § 280 an.) byla náhrada škody připuštěna jako substitut ostatních prostředků nápravy, byť za určitých omezujících podmínek.

Je proto třeba uvážit a analyzovat tuto možnost a diskutovat o jejím přínosu, případně nevýhodách.

Mezi nepochybné výhody náhrady škody patří její flexibilita a dostupnost a tedy i snadná realizace. To je zejména významné v prostředí masového obchodu, jenž se zdaleka netýká jenom spotřebitele.

Na rozdíl od naturální restituce prostřednictvím opravy a výměny znamená náhrada (škody) jako určitá součást systému odpovědnosti za vady příspěvek k efektivnímu vyřešení případů selhání smlouvy ve smyslu nedodržení smluvních povinností dlužníka. Tomu v případě nedodání (neplnění) odpadají náklady na dopravu.

Nevýhodou náhrady škody je nemožnost restituce zejména v případě individuálně určeného plnění. I v případě relativně omezené dostupnosti masově vyráběné věci může být pro kupujícího výhodnější trvat na opravě. Námitky (argumenty) proti náhradě škody přirozeně přicházejí ze stran jejího vyčíslení. To se ovšem spíše týká nikoliv samotného substitutu, nýbrž škod, které jsou spojeny, jako tomu je v případě náhrady škody vedle plnění, s vedlejšími či následnými škodami.

Z jednostranného pohledu dlužníka znamená použití náhrady škody zásah do jeho očekávání, neboť zejména v případě individuálně určené věci znamená toto řešení vznik nepředvídaných nákladů a ztrát (nemožnosti odbytu věci individuálně určené).

Je proto třeba vážit tyto okolnosti a argumenty a volit určité kompromisní řešení. To by mělo spočívat v tom, že náhradu škody lze považovat za substitut plnění a použít navrhované nástroje jako součást režimu odpovědnosti za vady primárně před nástroji, jež cílí k restituci plnění za dvou předpokladů, resp. ve dvou situacích:

- (a) Věřitel může požadovat náhradu škody namísto plnění v případě, že plnění dlužník výslovně odmítne.
- (b) Věřitel může požadovat náhradu škody v penězích, poskytne-li dlužníku dodatečnou lhůtu k plnění, resp. ke splnění sekundární povinnosti opravy či výměny.

7.2 NÁHRADA ŠKODY A NÁSLEDNÁ NEMOŽNOST PLNĚNÍ

Náhrada škody má jako jediný prostředek nápravy svoje místo v situaci následné nemožnosti plnění. Je-li nárok na plnění vyloučen, neboť jeho uspokojení je nikoliv jenom pro dlužníka, ale pro každého nemožné, může za určitých předpokladů požadovat věřitel náhradu škody. Tento nárok je podmíněn tím, že plnění vyžaduje náklad, který je s ohledem na obsah obligačního vztahu a zásadu dobré víry v hrubém nepoměru ke škodě věřitele. Jinou alternativní podmínkou je, že plnění, které má dlužník osobně poskytnout, od něho při zvážení překážek, které stojí plnění v cestě, nelze požadovat. Za těchto okolností však věřitel může požadovat náhradu škody. Jde o plnou náhradu a nikoliv jenom náhradu škody vzniklé tím, že věřitel nebyl o nemožnosti včas vyrozuměn (§ 2008 NOZ).

7.3 ODSTOUPENÍ OD SMLOUVY A NÁHRADA ŠKODY

Odstoupení od smlouvy je prostředek právní ochrany věřitele v případě, že druhá strana poruší (podstatným způsobem) smlouvu, resp. své smluvní povinnosti. Řešení přijaté českým zákonodárcem (viz § 2005 NOZ) je naprosto přiměřené a kvalitnější než řešení německého zákonodávce při velké změně obligačního práva v roce 2001 (§ 325 BGB).

8. NOZ A JEHO KRITIKA

8.1 ZJEDNODUŠENÍ A ZPŘEHLEDNĚNÍ ÚPRAVY

Vycházíme z premisy, že dosavadní úprava trpí základním nedostatkem spočívajícím v tom, že v obecné části obligačního práva jsou obsaženy skutkové podstaty, které se překrývají s těmi, obsaženými ve zvláštní části např. u kupní smlouvy (viz § 1762 a násl., resp. 1939 a násl.). Dalším východiskem je potřeba systematické úpravy toho, co lze nazvat poruchou smlouvy či vadností plnění, která zahrnuje kromě vad plnění i odpovědnost za předsmlavní jednání, za nemožnost plnění, případy odpovědnosti při podstatné změně okolností a za prodlení.

8.2 KONCEPČNÍ ŘEŠENÍ

8.2.1 VADA (PORUCHA, PORUŠENÍ SMLOUVY)

Na tomto místě je třeba shrnout poznatky, ke kterým jsme zatím dospěli. Vyvodili jsme, že je třeba rozlišovat především mezi poruchou smlouvy a dalšími pojmy, jakými jsou porušení smlouvy a vada smlouvy, resp. vada plnění. Poruchou smlouvy tedy rozumíme tedy jakýkoliv nedostatek ve smluvním mechanismu. Tento pojem tak zahrnuje institut culpa in contrahendo, tedy porušení předsmlavních povinností, stav po podstatné změně okolností, zmaření smlouvy (frustrace či dodatečnou nemožnost plnění) a konečně porušení smlouvy, které zahrnuje vady plnění a prodlení na straně dlužníka či věřitele.

Rozdíl mezi první a druhou skupinou poruch (tj. mezi culpa in contrahendo, podstatnou změnou okolností, zmařením smlouvy na straně jedné a vadami plnění, resp. prodlení dlužníka a věřitele na straně druhé) spočívá především v časovém určení těchto poruch v rámci smluvního mechanismu. Pro druhou skupinu poruch je příznačné, že k těmto poruchám dochází v souvislosti s vlastním plněním smlouvy, tedy v její samotné realizaci, zatímco u první skupiny poruch je otázkou vlastního ukončení smluvního vztahu i relevantní, neboť k těmto poruchám může dojít kdykoliv během existence smluvního poměru. U druhé skupiny poruch lze mluvit specificky o porušení smlouvy jako určitém výseku z širokého pojmu porucha smlouvy. V těchto případech dochází k porušení povinností jedné či druhé smluvní strany. V rámci tohoto užšího pojmu, tedy termínu porušení smlouvy, existuje ještě další užší skupina, tradičně nazývaná vadou smluvního plnění, což je nejužší podskupina pojmu porucha smlouvy.

Na druhé straně existuje pro všechny tyto typy smluvních poruch jeden společný znak, kterým je možná existence škody a s tím spojená povinnost k její náhradě. Smluvní odpovědnost k náhradě škody je tedy nejen společným znakem, ale i charakteristickým rysem práva smluvních poruch a představuje tak samostatnou instituci smluvního práva (viz ad 6.3). Náhrada (škody) tedy představuje relativně samostatný prostředek právní nápravy všech jednotlivých kategorií, resp. případů smluvních poruch.

8.2.2 PROMÍTNUTÍ KONCEPCE PORUŠENÍ SMLOUVY DO NORMATIVNÍHO ŘEŠENÍ V NOZ

Návrh obsahuje v obecné části závazkového práva plnohodnotné úpravy výše uvedených institutů. Ve zvláštní části závazkového práva, tedy konkrétně v případě kupní smlouvy a smlouvy o dílo, se v zásadě odkazuje na tuto úpravu a připojují pouze velmi stručná odchylná specificky nutná řešení. Obecná část závazkového práva by měla upravovat, resp. obsahovat úpravu institutů, které sem nepochybně patří a které buď upraveny nejsou nebo je NOZ neupravuje adekvátním způsobem anebo se dokonce nalézají na nepravém místě. Rozhodně by však pod marginální rubrikou „plnění smlouvy“ neměly být obsaženy instituty, které mají co do činění s neplněním a nikoliv s plněním smlouvy. Patří sem tedy úprava culpa in contrahendo (porušení předsmulvních povinností), podstatná změna okolností, dodatečná nemožnost plnění (zmaření smlouvy) a konečně vady plnění a prodlení dlužníka a věřitele.

8.3 SMLUVNÍ ODPOVĚDNOST ZA ŠKODU A JEJÍ ODLIŠENÍ OD DELIKTNÍ ODPOVĚDNOSTI: DVOJÍ ZMĚNA PARADIGMATU V ČESKÉM PRÁVU

8.3.1 SAMOSTATNÉ POJETÍ SMLUVNÍ ODPOVĚDNOSTI ZA ŠKODU

První navrhovanou základní změnou je samostatné pojetí smluvní odpovědnosti za škodu. K tomuto přístupu nás vede základní poznání ve vztahu škůdce a poškozeného. Na rozdíl od deliktních vztahů jde ve smluvním právu o zásadně kvalitativně odlišný poměr účastníků, jehož rozdílnost je dána několika faktory.

a) předvídatelnost

Zatímco v deliktním právu je pro vznik deliktního poměru charakteristická určitá nahodilost, míra předvídatelnosti je v průběhu smluvního vztahu nesrovnatelně vyšší. Smluvní vztah totiž již existuje či (v případě culpa in contrahendo) právě vzniká.

b) důvěra a spoléhání

Jestliže v deliktním právu uvažujeme o odpovědnosti za prevenci a důvěru, mají tyto pojmy v smluvním právu jinou dimenzi a kvalitu, což opět vyplývá z rozdílnosti smluvního a deliktního vztahu.

8.3.2 NAHODILOST A TRVALOST

Jiný rozdíl představuje faktor vzniku a trvání obou těchto vztahů. Zatímco ve smluvních vztazích je jejich vznik projevem autonomie vůle, u vztahu deliktního tento faktor neexistuje. Vznik deliktního vztahu je zpravidla nahodilou událostí, obvykle stranami nechtěnou (jeho vypořádání je jinou věcí).

Základní předpoklady smluvní odpovědnosti se tedy od odpovědnosti deliktní v některých směrech liší.

a) místo protiprávnosti porušení smluvní povinnosti

Odpovědnost za škodu je v našem kontextu smluvním vztahem a nikoliv vztahem ze zákona. To odpovídá i obecnému trendu, jehož výrazem jsou především nadnárodní projekty. Je proto třeba při posuzování dlužnickovy povinnosti vycházet z anglosaské teorie garance. Smlouva váže dlužníka k určité povinnosti, kterou se zavázal „garantovat“. Nesplnil-li tuto povinnost, porušil onu garanci.

b) škoda

V tomto předpokladu se delikttní a smluvní odpovědnost v zásadě neliší. I v případě smluvní odpovědnosti je relevantní i následná (doprovodná), resp. budoucí či podmíněná škoda.

c) příčinná souvislost

Obdobně jako u delikttní odpovědnosti za škodu, musí být i v našem případě prokázána souvislost mezi škodou a porušením smlouvy jako její příčinou. V určitém směru se zde uplatní i teorie alternativní a především kumulativní příčinné souvislosti s ohledem na účast věřitele na vzniku škody, případně jiných faktorů. Irelevantní je naopak tzv. účel ochranné normy, neboť v našem případě nejde o zákonnou odpovědnost. V případě právní příčinné souvislosti se obdobně jako u delikttní odpovědnosti uplatní teorie adekvátnosti a přiměřenosti. Úlohu zde bude hrát i další pojem, a to kategorie předvídatelnosti (viz ad d)).

d) namísto zavinění předvídatelnost

Zásadní odlišnost od delikttní odpovědnosti vykazuje odpovědnost smluvní v subjektivní stránce. Pod vlivem anglického práva tendují moderní systémy k opuštění zavinění jako předpokladu odpovědnosti dlužníka. Tato kategorie je „nahrazována“ kategorií předvídatelnosti (viz čl. 93 CISG). Ta je např. v německém BGB (viz § 280) transformována do předpokladu povinnosti předvídat či vědět (vertreten, vertreten müssen).

8.3.3 NÁHRADA ŠKODY V KONTEXTU ODPOVĚDNOSTI ZA PORUŠENÍ SMLOUVY

Náhrada škody v rámci smluvní odpovědnosti má formu reparace. Restituce, která přichází v úvahu u delikttní odpovědnosti, není ve smluvních vztazích relevantní.

V souvislosti s náhradou škody se kladou především dvě otázky. Předně jde o funkci tohoto prostředku ochrany (ad aa). Náhrada škody představuje sekundární nárok (ve srovnání s primárním nárokem na plnění). Přesto může vstupovat do role jakéhosi primárního plnění, nejde-li o případ náhrady vedle plnění, ale namísto plnění. Druhou otázkou je vztah náhrady škody k jiným prostředkům právní ochrany (ad b).

a) Vedle plnění má náhrada škody místo v případech, kdy porušením povinnosti vznikla škoda vzdor tomu, že plnění bylo poskytnuto. Jde o případy prodlení, vad plnění apod.

Namísto plnění lze náhradu použít tehdy, nebylo-li plnění poskytnuto vůbec, či vadně.

V obou případech se používají pro výpočet náhrady různé teorie, z nichž nejvýznamnější je teorie rozdílová.

b) Prostředky právní ochrany a náhrada škody

Ve smyslu nejnovějších poznatků je třeba respektovat dvě zásady.

Především je třeba vymezit prostředky nápravy, kterými jsou:

- dodatečné plnění (včetně opravy a výměny)
- zadržetí vzájemného plnění
- zrušení smlouvy (resp. odstoupení od smlouvy či podobné instituty)
- sleva, a též
- náhrada škody

Druhou zásadou je samostatnost či relativní samostatnost jednotlivých prostředků právní ochrany, zejména náhrady škody. Prostředky právní ochrany jsou všechny relativně samostatné a lze je tedy v zásadě používat kumulativně. Z tohoto pravidla existují určité výjimky, jež vycházejí z premisy slučitelnosti resp. neslučitelnosti některých prostředků ochrany. Primární náhradu škody nelze uplatňovat v případě, že byla poskytnuta sleva (druhotná náhrada samozřejmě vyloučena není v případě, kdy v důsledku vadného plnění vznikla škoda, která nebyla kompenzována slevou).

Pro českou tradici je příznačné, že v českém právu nebyly nástroje na ochranu věřitele proti porušení smlouvy v podstatě nikdy zpochybňovány. Na obranu věřitele proti opožděnému (nevčasnému) plnění, neplnění, vadnému plnění i nemožnosti plnění byl v zásadě uplatňován jeden arsenál právních instrumentů. Náhrada škody se připouštěla až po vyčerpání specifických a v zásadě na naturální restituci, resp. ukončení smluvního poměru orientovaných právních nástrojů. § 310 ZMO předznamenal svojí dikcí („uspokojení, kterého lze dosáhnout uplatněním některého z nároků uvedených v § 305–307, nelze dosáhnout uplatněním nároku z jiného právního důvodu“) i s určitými obměnami následující či paralelně existující právní úpravy. Tuto dikci mají § 510 OZ/1964 a § 440 obchodního zákoníku. Současná úprava v § 1925 NOZ, výslovně zmiňující právo na náhradu škody, použití tohoto institutu namísto plnění přímo neumožňuje.

Pozoruhodné je, že tento koncept nebyl nikdy zpochybňován a možná i právě proto ani odůvodňován. Byl přijímán, zajisté bez uvědomění si kontinentální tradice jako určité dogma. Byl bez jakýchkoliv argumentů v důvodové zprávě převzat i do úpravy platného občanského zákoníku. Vývoj ve smyslu CISG, PECL, resp. DCFR či ABGB nebo BGB se nikde nezmiňuje a proto se ani do občanského zákoníku nepromítl.

Jak již shora zmíněno, uznat náhradu škody jako alespoň souběžný nástroj ochrany věřitele, a nikoliv jako subsidiární instrument, je zásadní věcí. Bez práva na náhradu škody je totiž arsenál nástrojů na ochranu věřitele před následky porušení smlouvy (vadným plněním) neúplný a neúčinný. Proto je třeba představit fungující koncepci náhrady škody namísto plnění.

Ta spočívá za splnění shora uvedených podmínek v tom, že věřitel může v zásadě volit mezi tím, že si vadnou věc ponechá a nárokuje rozdíl v hodnotě mezi touto věcí a věcí bezvadnou (tzv. malá náhrada škody) anebo vadné plnění vrátí a požaduje náhradu škody namísto celého plnění (velká náhrada škody).

Platí, že nárok je vyjádřen v penězích a způsobilé náhrady jsou veškeré škody, jež byly kromě hodnoty samotného plnění způsobeny jeho absencí. Výpočet náhrady záleží na tom, jedná-li se o případ úplného neplnění či částečného neplnění nebo vadného plnění. Pro výpočet existují dvě metody, mezi nimiž by měl mít věřitel volbu. Podle tzv. výměnné teorie vstupuje na místo primární povinnosti dlužníka jeho povinnost k náhradě škody. Existuje protiplnění, tj. náhrada škody existuje v penězích a proto přichází v úvahu započtení. Naproti tomu podle tzv. diferenční metody je povinností dlužníka uhradit náhradu škody kvůli neplnění smlouvy v plném rozsahu. Povinnost věřitele k protiplnění však přestává existovat a na jeho místo nastupuje jednostranný nárok na náhradu škody v penězích. Škoda existuje z tohoto pohledu v rozdílu mezi hodnotou protiplnění, kterou si věřitel vyšetřil na straně jedné, a hodnotou neplnění či vadného plnění spolu s ostatními majetkovými újmami věřitele v důsledku porušení smlouvy (následné škody) na straně druhé. K výpočtu konkrétní škody existují dvě metody, jež byly popsány shora, a to konkrétní výpočet a abstraktní výpočet. I mezi nimi má věřitel volbu. Abstraktní výpočet znamená pro věřitele důkazní zjednodušení, protože spočívá na domněnce škody, kterou musí dlužník vyvrátit. Zpravidla se vychází z toho, že věřitel by dosáhl obvyklého zisku, jako např. rozdílu mezi dohodnutou cenou a další kupní cenou při prodeji získané věci.

Dále může věřitel požadovat, jak již výše zmíněno, náhradu zmařených nákladů.

V případě částečného neplnění, resp. částečného prodlení, se náhrada škody namísto plnění týká jen chybějícího dílčího plnění. Celkovou náhradu škody za celé plnění může věřitel požadovat jen tehdy, jestliže dílčí nebo uskutečněné plnění pro něj nemá žádný význam.

V případě vadného plnění může věřitel v zásadě volit mezi ponecháním si vadné věci a požadavkem na rozdíl hodnot mezi touto věcí a věcí bezvadnou (malá náhrada škody) nebo vrácením vadné věci a požadavkem náhrady škody za její celou hodnotu.

9. ZÁVĚR A MODELOVÉ ŘEŠENÍ

9.1 ODPOVĚDNOST ZA VADY DE LEGE LATA

Současná úprava v České republice je nevyhovující. Věřitele (kupujícího) znevýhodňuje nejen oproti stávající středoevropské úpravě, ale zejména ve srovnání s úpravou v mezinárodních, resp. nadnárodních projektech a úpravou v anglosaském světě.

Tato omezení jsou následující:

- a) Je omezen hlavní generální prostředek ochrany, tj. náhrada škody.
- b) Je omezen základ definice škody jako jakékoliv újmy v důsledku porušení smluvních povinností dlužníkem.

- c) Okamžik vzniku práva se z odpovědnosti přesouvá obvykle do okamžiku přechodu nebezpečí, tedy do doby po převzetí plnění.
- d) Konečně je věřitel omezen zbytečnou hierarchizací prostředků (nároků) nápravy.

Náhradu škody založenou na objektivním principu je třeba chápat v dvojím smyslu:

- a) Jde o náhradu škody v souvislosti se smlouvou, resp. porušením smlouvy, a pak jde o institut odlišný od deliktní odpovědnosti.
- b) Deliktní odpovědnost má význam v případech tzv. pozitivního porušení smluvní povinnosti, která přesahuje rámec běžných smlouvě vlastních závazků.

9.2 NÁHRADA ŠKODY V ODPOVĚDNOSTNÍCH VZTAZÍCH ZA PORUŠENÍ SMLUVNÍCH POVINNOSTÍ DE LEGE LATA

Smluvní odpovědnost za porušení smlouvy zahrnuje náhradu, která neznamena jenom náhradu škody, ale náhradu místo plnění. Jde o náhradu za následky poruchy v širokém slova smyslu. V tomto případě se jedná o zvláštní institut odlišný od deliktní náhrady škody, který se liší od běžně chápaného pojmu smluvní náhrady škody. Je podstatně širší, i když jinak sdílí jeho základní předpoklady, tj. včetně konceptu objektivní odpovědnosti.

Deliktní odpovědnost se vztahuje v kontextu smluvním pouze na tzv. pozitivní porušení smlouvy, tj. jde o odpovědnost za škodu vzniklou pouze v souvislosti se smlouvou. Tato odpovědnost je ovšem založena na principu zavinění.

I za současného právního stavu je však možné použít teorii náhrady škody namísto plnění. Ta má totiž za cíl dosažení jiného výsledku než toho, kterého lze dosáhnout nástroji plynoucími z odpovědnosti za vady. Je však třeba diferencovat mezi vlastní náhradou, která je čistým substitutem plnění, a škodou, resp. její náhradou za újmy způsobené v důsledku porušení smluvních povinností dlužníkem. Této náhrady lze dosáhnout i za současné praxe, a tedy výkladu rozhodného § ustanovení 1925 OZ.

Peněžité plnění v plné výši náhrady škody, jež dostává věřitele do pozice, jako kdyby bylo plněno řádně, nelze dosáhnout žádným z nástrojů odpovědnosti za vady. Nejblíže je tomuto výsledku sleva z kupní ceny, avšak svým ekonomickým významem představuje zcela jiný institut a ve výsledku odlišné řešení.

Z tohoto důvodu lze připustit náhradu škody namísto plnění i za platnosti § 1925 OZ.

9.3 ODPOVĚDNOST ZA VADY DE LEGE FERENDA

a) Porucha jako změna závazků či jako zvláštní kategorie v rámci závazkového poměru

České občanské právo, včetně návrhu OZ, mluví o souladu se smlouvou, ale současně o vadě. Oba tyto pojmy je třeba odlišovat. Soulad se smlouvou znamená splnění smluvních povinností, tj. takové plnění, které nezpůsobuje poruchu v obligačním vztahu. Soulad se smlouvou tedy vylučuje vadu. Vada znamená nedostatek v řádném věcném plnění smlouvy.

b) Porucha a vada

Je třeba zavést novou pojmovou kategorii, kterou je porucha, jako důsledek porušení povinností ze smlouvy (porušení smlouvy) zahrnující i vadu, prodlení, nemožnost plnění a plnění něčeho jiného. Porucha v tomto smyslu však se nevztahuje na vady samotného jádra smlouvy, jako je např. bezvadnost vůle, vůle prostá omylu, svoboda vůle apod.

Porucha je kontrapunktem pojmu „v souladu se smlouvou“.

c) Porucha a změna

Porucha může, ale nemusí znamenat změnu smluvního vztahu. Změnu mohou znamenat pouze některé následky, pokud v důsledku dohody stran či zákona dojde ke skutečné změně v obsahu plnění.

Pro označení všech poruch, jakými jsou výše uvedené kategorie zahrnující vadu, prodlení apod., není mezi těmito kategoriemi společný jmenovatel. Zaprvé nejde vždy o změnu v obsahu smlouvy, prostředky ochrany jsou rozdílné, a rozdílné jsou proto, že jsou rozdílné i následky jednotlivých „změn“ smlouvy.

Porucha smlouvy nebo smluvního vztahu představuje relativně samostatný právní institut.

d) Význam nového systematického chápání

1. Umožní zahrnout jevy stejného jmenovatele do jednotného, jednoho režimu.
2. Přispěje k transparentnosti a právní úpravě.
3. Zjednoduší řešení vzájemné poměru v různých právních kategoriích, konkrétní a zejména úlohu odpovědnosti za škodu deliktní a smluvní.

VARIA

ZROD A UTVÁŘENÍ PRINCIPU PROPORCIONALITY V POVÁLEČNÉM NĚMECKÉM ÚSTAVNÍM PRÁVU*

PAVEL ONDŘEJEK

**Abstract: The Birth and Formation of the Proportionality Principle
in the Post-War German Constitutional Law**

The principle of proportionality which emerged in post-war German jurisprudence and case-law of German courts followed some older theories and ideas, such as the necessity principle known from the Prussian administrative law since the 18th century or German school of legal sociology. The main impetus for the development of contemporary form of the proportionality principle is described by the author of this article as post-war German constitutional doctrine with its conception of a constitution as an “objective order of values”. This idea of constitution is connected with fundamental rights protection and material, not only formal, conception of state governed by law. Due to the broad protection of fundamental rights there was necessary to elaborate a method of finding constitutional limits of these rights in a democratic society. The main reasons for the formation of the doctrine of proportionality were theories of direct binding force of constitution and of its unity. The main aim of this article is to illustrate that the principle of proportionality was not formed in the German constitutional law in one moment. Namely in the 1960th there existed various alternative conceptions to the proportionality principle (the article mentions prohibition of over-inclusive regulation – *Übermaßverbot* – by *Peter Lerche* and the principle of practical concordance – *praktische Konkordanz* – by *Konrad Hesse*). The principle of proportionality became due to the gradual formation in case-law of German courts – in particular the Federal Constitutional Court – one of the most important method of contemporary constitutional argumentation. It is however relatively modern principle, in comparison with conceptions such as democracy, sovereignty or rule of law. Despite this fact it is in my opinion important to deal with the circumstances of its birth and reasons for its wide application in the German constitutional law.

Key words: human rights, principle of proportionality, practical concordance, constitutional argumentation, post-war German constitutional law

Klíčová slova: lidská práva, princip proporcionality, praktická konkordance, ústavněprávní argumentace, poválečné německé ústavní právo

* Tento článek vznikl v rámci grantového projektu Grantové agentury České republiky č. P408/10/1599 s názvem Metodologie interpretace práva jako záruka právní jistoty v soudobém demokratickém právním státě. Článek vychází z části disertační práce obhájené na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze. Autor na tomto místě děkuje zejména školiteli prof. JUDr. Aleši Gerlochovi, CSc, a dále oponentům disertační práce – prof. JUDr. Pavlu Holländerovi, DrSc., a prof. JUDr. Alexandru Bröstlovi, CSc. – za řadu podnětných připomínek. Veškeré chyby jdou na vrub autora.

I poté, co se lidská práva stala součástí ústavních řádů demokratických států, jsou s jejich konkrétním naplňováním spojeny nemalé obtíže.¹ Spolu s tím, jak roste význam základních práv v aplikační praxi, roste i potřeba hledání adekvátní metodologie, jakým způsobem řešit kolize základních práv navzájem, anebo kolize základního práva a ústavně chráněného veřejného zájmu.

K historicky nejstarším metodám řešení těchto konfliktů v ústavním právu náleží tzv. kategorizace. Ta vyžaduje posouzení, pod jakou kategorií, v našem případě rozsah věcné působnosti základního práva anebo veřejného zájmu, je možné danou skutkovou situaci podřadit.² Pokud existují jasně dané a ohraničené kategorie, lze velmi úspěšně předvídat soudní rozhodnutí, byť by se mohlo jednat o obtížný ústavněprávní spor. Výhoda uvažování o základních právech a jiných veřejných zájmech v předem daných kategoriích se však může změnit v nevýhodu, pokud se objeví případ, který jednoznačně pod žádnou z dosud přijímaných kategorií nespadá.

V takovýchto případech vystupuje do popředí podstata rozhodování o konfliktech mezi základními právy a veřejnými zájmy, kterou lze spatřovat v kolizi navzájem nesouměřitelných a neredukovatelných hodnot (např. svobody a rovnosti, svobody a bezpečnosti, atd.).³

Novější metoda řešení konfliktů a omezení základních práv v ústavním právu z této teze vychází. Nazývá se princip proporcionality a v posledních letech ji lze označit za dominující vzhledem k tomu, že se rozšířila ze Spolkové republiky Německo, kde vznikla, do ostatních evropských zemí a s výjimkou Spojených států amerických je uznávána v řadě dalších právních řádů.⁴ Výhodou této ústavněprávní argumentační metody je maximální zohlednění kontextu, zejména skutkových okolností, daného případu.

¹ BOBBIO, Norberto: *The Age of Rights*. Cambridge, Malden: Polity Press, 1996 (překl. Allan CAMERON, orig.: *L'età dei diritti*. Giulio Einaudi 1990), s. 10.

² K této metodě viz např. ONDŘEJEK, Pavel: Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva a vybraných politických práv. In: ANTOŠ, Marek – WINTR, Jan (eds.): *Volby, demokracie, politické svobody*. Praha: Leges, 2010, s. 164–173.

³ K tezi o pluralitě a neredukovatelnosti principů, potažmo základních práv, viz podrobněji HOLLÄNDER, Pavel: Asymetrie základních práv a svobod a základních povinností. In: POSPÍŠIL, Ivo – WAGNEROVÁ, Eliška: *Vladimír Klokočka. Liber Amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2009, s. 53 a násl. Prof. Holländer zde poukazuje zejména na dílo I. Berlina: BERLIN, Isaiah: Čtyři eseje o svobodě. Praha: Prostor, 1999 (překl. Martin POKORNÝ, orig. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1988), s. 59 a násl.

⁴ Rozšíření principu proporcionality je rovněž velmi přehledně zpracováno v monografii A. Baraka, dosud patrně nekomplexnějším zpracování tématu aplikace principu proporcionality v ústavním právu – viz BARAK, Aharon: *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012 (překl. Doron KALIR, hebrejský orig.: Nevo Publishing, 2010), s. 180 a násl. Související problematika vlivu právní kultury na aplikaci principu proporcionality je věnována rozsahem menší práce COHEN-ELIYA, Moshe – PORAT, Iddo: *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Téma principu proporcionality jsem rozpracoval v několika samostatných pracích,⁵ doposud nejkompexněji jsem mu věnoval v samostatné monografii, kde jsem se rovněž zabýval jeho vývojem v německém ústavním právu.⁶

Vzhledem k tomu, že pro pochopení struktury a správné aplikace principu proporcionality je otázka zrodu a utváření této moderní metody ústavněprávní argumentace významná, považoval jsem za potřebné se k tomuto tématu vrátit a rozpracovat jej podrobněji než ve výše uvedených pracích.

V prvé části bude poukázáno na předchůdce poválečného principu proporcionality, kterým byla doktrína nezbytnosti zásahů státu do práv jednotlivců v pruské přirozeno-právní vědě 18. století.

V další části uvedu hlavní doktrinární zdroje principu proporcionality, tedy poválečná díla německých konstitucionalistů. Zde se zaměřím na díla *R. von Krausse*, jež jako první ve své disertační práci systematictěji popsal princip proporcionality, a dále *P. Lercheho*, který doktrínu obohatil o zásadu zákazu nadměrných zásahů do základních práv (tzv. *Übermaßverbot*). Konečně zmíním i konkurující koncepci řešení kolizí základních práv, kterou je tzv. princip praktické konkordance, interpretační metoda popisovaná v díle *K. Hesseho*.

V závěrečné části se budu věnovat judičiální reflexi principu proporcionality v judikatuře Spolkového ústavního soudu, zejména v době jejího utváření.

1. PRUSKÉ POLICEJNÍ PRÁVO V 18. A 19. STOLETÍ A PRINCIP NEZBYTNOSTI

Za bezprostředního předchůdce principu proporcionality, který se zrodil v německé ústavní praxi po druhé světové válce, je považována současnými autory doktrína, která vznikla v pruské osvícenské právní vědě v 18. století a je odbornou literaturou označována jako zásada nezbytnosti zásahu orgánu státní moci do auto-

⁵ Viz zejm. 25. kapitolu monografie: GERLOCH, Aleš – ŠTURMA, Pavel a kol.: *Ochrana základních práv a svobod na počátku 21. století v českém, evropském a mezinárodním kontextu*. Praha: Auditorium, 2011, s. 261–269, s názvem Intenzita přezkumu základních práv a svobod v ústavním právu; ONDŘEJEK, Pavel: Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva a vybraných politických práv. In: ANTOŠ, Marek – WINTŘ, Jan (eds.): *Volby, demokracie, politické svobody*. Praha: Leges, 2010, s. 164–173; ONDŘEJEK, Pavel: Kolize základních práv a ústavní soudnictví. Teoretické modely a případová studie novely trestního řádu č. 52/2009 Sb. In: KYSELA, Jan – WINTŘ, Jan (eds.): *Pocta doktoru Marku Antošovi k 30. narozeninám*. Praha: nákladem vlastním, 2009, s. 65–72. ONDŘEJEK, Pavel: Princip proporcionality a další modely řešení kolizí základních práv. *Jurisprudence*, 2012, č. 1, s. 13–21. ONDŘEJEK, Pavel: Limitations of Fundamental Rights in the Czech Republic and the Role of the Principle of Proportionality. *European Public Law*, 2014, roč. 20, č. 3, s. 451–466.

⁶ ONDŘEJEK, Pavel: *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, zejm. s. 136–153.

mie jednotlivce.⁷ Tento princip byl utvářen jako jeden z principů tzv. policejního práva (*Polizeirecht*), které přibližně odpovídalo dnešnímu právu správnímu.⁸

I v starší minulosti však můžeme nalézt různé odkazy na přiměřenost v právu v rozhodovací praxi, právních spisech, sbírkách zpráv o sporných právních otázkách (*Weistümer*), atd.⁹ *Franz Wieacker* v této souvislosti hovoří o prehistorii principu proporcionality (*Vorgeschichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips*).¹⁰

Pruská právní věda navazovala na významné představitele přirozenoprávní doktríny. K nim patřil *Samuel Pufendorf*, který na konci 17. století uvažoval mimo jiné o povinnostech vládců ve vztahu k vydávání zákonů. Ty by podle *Pufendorfa* měly být jasné a jednoduché a zejména by neměly přesahovat počet, který je nezbytný k dosažení Dobra pro republiku a její obyvatele.¹¹ V této myšlence lze nalézt mimo jiné požadavek na omezení povinností vyplývajících z aktů suveréna nad určitou mez, která je charakterizována jako dosahování Dobra pro celou společnost. Skutečný pokrok při sledování limitů moci suveréna však lze spatřovat až spolu s uznáním individuálních práv jednotlivců.

V 18. století, téměř o sto let později od vydání nejvýznamnějšího *Pufendorfova* díla, se významný pruský autor *Carl Gottlieb Svarez* zabýval otázkou, do jaké míry je ospravedlnitelný zásah státní moci do autonomní sféry jednotlivce.¹² Základní zásadou veřejného práva byla podle *Svareze* maxima, že „stát může omezovat svobodu jednotlivce *pouze* do té míry, pokud je to nezbytné k zachování svobod a jistoty ostatních.“¹³

Svarez měl následně významný vliv na tvorbě Všeobecného pruského občanského zákoníku (APLR) z roku 1794, podle jehož článku 10 odst. 2: „police vykonává *nezbytná* opatření k udržování veřejného míru, bezpečnosti a pořádku“.¹⁴ Limity správní činnosti tak nebyly nastaveny pouze pomocí cílů, ke kterým určitá činnost směřovala (jako např. veřejná bezpečnost, pořádek, atd.), nýbrž rovněž pomocí prostředků, jak

⁷ Např. SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law*. London: Sweet and Maxwell, 1992, s. 685. HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Otto Schwartz Verlag & Co., 1981, s. 2.

⁸ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, roč. 47, s. 98.

⁹ WIEACKER, Franz: Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung. In: LUTTER, Marcus – STIMPEL, Walter – WIEDEMANN, Herbert: *Festschrift für Robert Fischer*. Berlin, New York: de Gruyter, 1979, s. 874.

¹⁰ *Ibid.* V podobném duchu lze hovořit o předchůdcích lidských práv. Ty se ve své současné podobě objevují až v revolučním úsilí v průběhu 18. století, přesto určité ideové zdroje těchto práv vnímáme již v dílech antických myslitelů. *Klaus Stern* v této souvislosti hovoří o formách předcházejících lidským právům (*Vorformen der Grundrechte*) – STERN, Klaus a kol.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, svazek III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. Mnichov: C. H. Beck, 1988, s. 57 a násl.

¹¹ PUFENDORF, Samuel: *The Whole Duty of Man According to the Law of Nature*. London, 1691 (překl. Andrew TOOKE, orig. *De officio hominis et civis*, 1673, reprint v edici Liberty fund, Indianapolis, 2003), s. 216.

¹² STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 98–99.

¹³ Von KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*. Hamburg: Kommissionverlang Ludwig Appel, 1955, s. 3–4.

¹⁴ PORAT, Iddo, COHEN-ELIYA, Moshe: American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, 2010, roč. 8, č. 2, s. 271. Podle autorů se jedná o první základ principu proporcionality v textu právního předpisu. Viz též HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 3.

těchto cílů dosahovat. Jakýkoliv zásah ze strany orgánu veřejné moci, byť by byl veden i legitimním cílem, tedy nemusel nutně být považován za legální, pokud současně nesplňoval podmínku nezbytnosti. Jinými slovy nesměly existovat jiné prostředky, které by stejného cíle dosáhly při menším omezení práv osob. *Svarezy* myšlenky odrážely tehdejší pojetí přirozeného práva,¹⁵ není proto divu, že další rozvíjení principu nezbytnosti se neslo v duchu liberálních představ o nutnosti zachování práv a svobod člověka.

Proponentem podobných úvah byl i *Günther Heinrich von Berg*, který je odbornou literaturou zmiňován jako první autor, jež popisoval dvě složky současného principu proporcionality – test vhodnosti a nezbytnosti.¹⁶ Tým autor je považován *M. Jakobsem* za prvního německého autora, který používal termín „proporcionalita“.¹⁷

Další významný autor *Otto Mayer* chápal princip proporcionality jako jednu z podmínek omezení policejní (tj. správní) moci. V prvním svazku svého díla „*Deutsches Verwaltungsrecht*“ popisuje přiměřenost v rámci správní činnosti takto: „Zásady přirozeného práva vyžadují přiměřenost zásahu, čímž zabezpečují určitá omezení policejní pravomoci.“¹⁸ *L. Hirschberg* považuje *O. Mayera* za zakladatele současné zásady potřeby, tedy té složky principu proporcionality, která vyžaduje co možná nejmírnější prostředek k naplnění cíle sledovaného určitou úpravou.¹⁹

I. Porat a *M. Cohen-Eliya* hovoří v této souvislosti o principu nezbytnosti jako o důležité součásti koncepce právního státu (*Rechtsstaat*). Koncepci právního státu chápou mnozí rovněž jako základ současného pojetí principu proporcionality v ústavním právu SRN a tuto tezi nalezneme i v rozhodnutích Spolkového ústavního soudu.²⁰ Jak v případě principu nezbytnosti, tak v případě principu proporcionality se však jedná o širší než pouhé formální pojetí právního státu, podle něhož je kritériem zásahu do základních práv princip legality.²¹ Princip nezbytnosti rozvíjí zásadu zákonnosti o další důležitou podmínku.²² Zásah do práv tedy nestačí ospravedlnit pouze zákonným podkladem, musí být rovněž nezbytný k dosažení svého cíle.

Princip nezbytnosti a jeho roli v pruském právu nelze popisovat pouze na základě spisů tehdejších myslitelů, případně z hlediska zakotvení v tehdejších kodexech. Je potřeba rovněž pohlédnout na aplikaci tohoto principu soudy. Zde je nutné zdůraznit, že teoretické myšlenky *Svareze*, *von Berga* a dalších, stejně jako zakotvení principu nezbytnosti v APLR, neznamenaly, že by již v 18. století docházelo k soudnímu přezkumu správních rozhodnutí; k tomu dochází až o mnoho desetiletí později, zejména

¹⁵ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 98.

¹⁶ Ibid., s. 99. A. Stone Sweet a J. Mathews však připomínají, že von Bergovy názory neznamenaly, že by disproporcionální rozhodnutí muselo být zároveň nelegálním omezením základních práv, jehož ilegality by bylo možné deklarovat soudem. Původní smysl principu proporcionality tak byl pouze v „interní“ směrnicí pro legislativní tvorbu práva.

¹⁷ JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1985, s. 2.

¹⁸ Ibid., s. 4.

¹⁹ HIRSCHBERG: Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 4.

²⁰ Ibid., s. 1.

²¹ K tomuto pojetí viz např. GERLOCH, Aleš: *Teorie práva*. 6. vyd., Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 200.

²² PORAT, Iddo – COHEN-ELIYA, Moshe: American balancing and German proportionality..., s. 272.

v souvislosti se založením pruského Vrchního správního soudu – *Oberverwaltungsgericht* v roce 1875.²³

V pruském správním soudnictví se princip nezbytnosti stal jedním ze základních principů správního práva. Prvním a nejcitovanějším z řady rozhodnutí pruského Vrchního správního soudu byl případ *Kreuzberg* z roku 1882, v němž tento soud zrušil nařízení města Berlína, zabraňující ve výstavbě budov, které by bránily výhledu na kulturní památky. Takovéto nařízení by totiž podle soudu muselo být nezbytné k dosažení některého z legitimních cílů stanovených zákonem, mezi něž nepatří estetické cítění.²⁴

Na konci 19. století se v souvislosti s konstantní judikaturou správních soudů hovoří již o podmínce nezbytnosti zásahů do základních práv.²⁵ Zatímco teoretikové správního práva ve svých pracích často zmiňují přirozenoprávní základ principu proporcionality, tak jak jej nacházíme například u *Svareze*, praxe správních soudů byla ovládána spíše formalistickým, pozitivistickým přístupem k právu.²⁶

V první polovině 20. století získala tato zásada podrobnější legislativní vyjádření v zákoně o pruské policejní správě (*Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz*) z roku 1931. Příslušné ustanovení § 41 odst. 2 znělo: „Pokud k odstranění narušení veřejné bezpečnosti nebo pořádku nebo k účinné obraně před nebezpečím pro správu přichází v úvahu více prostředků, postačí, pokud správní orgán určí jeden z nich. V takovém případě je však bezpodmínečně nutné volit takový prostředek, aby veřejnost či dotčené osoby byly dotčeny co nejméně. Dotčeným osobám je dovoleno navrhnout, aby byl zvolen jiný nabízený prostředek, kterým se stejně účinně odvrací nebezpečí.“²⁷

2. VZNIK DOKTRÍNY PROPORCIONALITY PO DRUHÉ SVĚTOVÉ VÁLCE

Přestože chápání lidských práv jako základů ústavnosti se objevuje v pracích některých německých autorů ještě před nástupem nacismu k moci,²⁸ o doktrinárním utváření principu proporcionality lze hovořit až po skončení druhé světové války.

Vedle již zmíněné tradice pruské policejní vědy a správního soudnictví zdůrazňující liberální hodnoty je druhým základním zdrojem současného principu proporcionality v SRN koncepce ústavy jakožto objektivního řádu hodnot, v němž hrají ústřední úlohu základní práva. Podle *E.-W. Böckenfördeho*, který se v německé literatuře poprvé de-

²³ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 100.

²⁴ Rozhodnutí z 14. června 1882, Sbíрка rozhodnutí Vrchního správního soudu Pruska, sv. 9, 1882, s. 353 a násled., cit. dle: PORAT, Iddo – COHEN-ELYIA, Moshe: American balancing and German proportionality..., s. 271.

²⁵ Množství soudních rozhodnutí německých soudů zmiňují J. Schwarze – viz SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, s. 686 či L. Hirschberg – HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 4.

²⁶ PORAT, Iddo – COHEN-ELYIA, Moshe: American balancing and German proportionality..., s. 273–274.

²⁷ Cit. dle: HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 5.

²⁸ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 102–103. Autoři zmiňují např. R. Smenda, G. Leibholze, budoucí vůdčí postavy poválečného ústavního práva SRN.

tailněji věnoval různým teoriím lidských práv,²⁹ je hodnotová teorie lidských práv úzce spjata s teorií poměrování a principem proporcionality.³⁰ Chápání lidských práv jakožto hodnot způsobilých kolize vychází z díla *R. Smenda*, který akcentoval pojetí lidských práv nikoliv jako práv subjektivních, nýbrž jako norem objektivního práva, z čehož dovozoval široké účinky těchto práv v celém právním řádu.³¹

Nově koncipované hodnoty ústavního práva se přitom často dostávaly do konfliktu, přičemž požadavek pojmání ústavy jakožto řádu hodnot vylučoval absolutní preferování jedné z nich na úkor jiné. Jakékoliv individuální lidské právo nebo veřejný zájem jsou tudíž vnímány jako součást jednoho řádu hodnot.³²

Takovéto pojetí přímo vybízí k hledání metod řešení konfliktů mezi kolidujícími hodnotami v podobě základních práv a veřejných zájmů. Aplikace principu proporcionality v této situaci je pak logickým důsledkem hodnotové teorie lidských práv. Otázkou ovšem je, zda princip proporcionality uspěje i při liberálním pohledu na lidská práva, který se v judikatuře Spolkového ústavního soudu rovněž silně prosazoval.

Právě nerespektování specifické povahy lidských práv a jejich „snižování“ na úroveň ostatních zájmů je předmětem řady kritik používání tohoto principu v ústavním právu. *J. Habermas* k tomuto nebezpečí výstižně uvádí, že při aplikaci lidských práv jakožto ústavních hodnot způsobilých poměrování s libovolnou jinou ústavní hodnotou se ztrácí jejich normativní charakter. Prakticky kterýkoliv jiný zájem pak může převážit nad lidským právem, které je degradováno na jeden z mnoha společenských zájmů.³³

Odkaz na doktrinární základy poválečného principu proporcionality je třeba doplnit o inspirace staršími pracemi německých právních sociologů. Právní sociologie sice nenašla odraz v převážně pozitivisticky laděné judikatuře předválečných německých soudů, avšak po válce některým dílům nelze upřít vliv na formování principu proporcionality.

Na prvním místě je třeba zmínit *R. von Jheringa* a jeho pojetí účelů v právu a jejich konfliktů.³⁴ Kromě toho je významná i škola zájmové jurisprudence (*Interessenjurisprudenz*), jejímž představitelem byl *P. Heck*, *E. Stampe*, *M. Rümelin* aj.³⁵ Svým úsilím o vyplňování mezer v právu prostřednictvím analýzy zájmů se tato škola podstatným způsobem odlišovala od školy pojmové jurisprudence.³⁶ Právě aplikace kolidujících zájmů jako řešení právních problémů je metodologicky podobná poměrování kolidujících

²⁹ STERN, Klaus: Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef – KIRCHHOF, Paul (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag, 2000, s. 58.

³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie and zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, s. 129 a násl.

³¹ *Ibid.*, s. 130.

³² EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*. London: Kluwer Law International, 1996, s. 19.

³³ HABERMAS, Jürgen: *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2001 (překlad William REHG, orig. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986), s. 258.

³⁴ SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, s. 679.

³⁵ BOMHOFF, Jacco: Genealogies of Balancing as Discourse. *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, roč. 4, č. 1, s. 126.

³⁶ *Ibid.*

práv a hodnot, přestože zásadní rozdíl obou těchto přístupů spočívá v pojetí pramene práva.

3. POMĚŘOVÁNÍ (ERMESSEN) V DÍLE RUPPRECHTA VON KRAUSSE

Ačkoliv se pojem principu proporcionality (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) v německé právní vědě ojediněle vyskytoval, poválečná právní teorie i soudní praxe používaly tento pojem namísto starší zásady nezbytnosti.³⁷ Impulzem k odlišení principu proporcionality v užším slova smyslu a principu nezbytnosti byly dle *L. Hirschberga* nové zákony z oblasti správního práva přijaté na počátku 50. let 20. století v některých spolkových zemích, které již rozvíjejí princip nezbytnosti o nutnost poměrování cílů a prostředků veřejné regulace.³⁸

První podrobnější rozpracování nově se formulujícího principu proporcionality v německém veřejném právu popisuje ve své disertační práci z roku 1953 vydané knižně o dva roky později *R. von Krauss*. V ní rozvíjí zejména třetí složku principu proporcionality (princip proporcionality v užším slova smyslu,³⁹ kterou v dalším textu nazývá rovněž obecněji *Ermessen* – poměrování).⁴⁰

Podle tohoto autora nelze v ústavním právu vystačit pouze s principem nezbytnosti, neboť kdyby se jednalo o konečný prostředek záruky ústavnosti, poté by i podstatný zásah do základního práva musel být strpěn za účelem ochrany třeba jen nevýznamného veřejného zájmu, pokud by tento zásah byl nezbytný.⁴¹

Lze tedy shrnout, že z terminologického hlediska *R. von Krauss* rozlišuje obecný princip proporcionality, nazývaný též principem proporcionality v širším slova smyslu, který zahrnuje dvě složky: princip nezbytnosti, který již není chápán jako samostatný princip, a princip proporcionality v užším slova smyslu.⁴²

Na základě tohoto popisu principu proporcionality (v širším slova smyslu) popisuje *R. von Krauss* disproporcionální úpravu následovně: „Určitá úprava je disproporcionální za předpokladu, že od jednotlivců požaduje k dosažení svého cíle více, než je bezpodmínečně nutné, a zároveň toto nezbytné omezení svobody není beze vztahu k prosazení užítku pro společnost, anebo, vyjádřeno negativně, určitý akt je neproporcionální, když požaduje více, než je absolutně nezbytné, nebo omezení jednotlivce stojí v nápadném nepoměru (v orig. – auffälligen Mißverhältnis) k prospěchu pro celou společnost.“⁴³

³⁷ HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 10 a násl.

³⁸ Ibid., s. 13.

³⁹ Von KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*..., s. 15.

⁴⁰ Ibid., s. 53.

⁴¹ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*..., s. 105.

⁴² Von KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*..., s. 18.

⁴³ Ibid. (zvýrazněno v originálu).

Za jeden z nejdůležitějších argumentů ve prospěch principu proporcionality mohou být považovány myšlenky vztahující se k principům nové německé ústavy – Základního zákona z roku 1949. Jedním z odklonů od výmarské ústavy patří důraz na lidské svobody, které dle *R. von Krausse* nemohou být libovolně omezovány, a to ani zákonem. Výstižně je to popsáno dvojicí výroků: zatímco v předválečném Německu platila teze, že svoboda je garantována podle zákona, nyní platí opak: zákony jsou tvořeny tak, aby odpovídaly garantovaným svobodám.⁴⁴ Pokud však v ústavě takto vyzdvihneme svobody, bylo by podle *von Krausse* sporné, kdyby stát umožňoval omezování svobod ve větší míře, než je absolutně nezbytné.⁴⁵

Tyto myšlenky bychom mohli považovat na svou dobu za průkopnické. Podobné argumenty použil o mnoho let později *R. Alexy* v jednom z nejvlivnějších děl zabývajících se principem proporcionality, když konstruoval nutné propojení principu proporcionality a teorie základních práv.⁴⁶

4. PETER LERCHE A ZÁKAZ NADMĚRNÝCH ZÁSAHŮ (ÜBERMASSVERBOT)

V roce 1961 publikoval *P. Lerche* svou disertační práci, jejímž předmětem byl popis protiústavních důsledků takové regulace, která z důvodu své široké působnosti zasahuje přespříliš do základních práv.⁴⁷ Zákaz takovéto úpravy (v originálu *Übermaßverbot*) nevycházel z dosavadní terminologie v pracích týkajících se principu proporcionality, nicméně je zřejmé, že *P. Lerche* usiloval o aplikaci podobných kritérií, jako v případě principu proporcionality. Pojem „*Übermaßverbot*“ u *P. Lercheho* totiž zahrnoval stejné složky jako princip proporcionality v širším slova smyslu u *R. von Krausse*: test nezbytnosti a test proporcionality v užším slova smyslu.⁴⁸

Princip zákazu nadměrných zásahů je podle *P. Lercheho* popisován jako jeden z ústředních ústavněprávních principů vedle příkazu k rovnému zacházení (*Gleichheitsgebot*), určitosti (*Bestimmtheit*) a vhodnosti (*Geeignetheit*).⁴⁹

Základní rozdíl *Lercheho* metodologie oproti modernímu třístupňovému testu proporcionality lze spatřovat v oddělení zásady vhodnosti a nadměrnosti zásahů, kdy posouzení kritéria vhodnosti právní úpravy podle *Lercheho* předchází posouzení, zda úprava není příliš široká, a tím disproporční.⁵⁰ V současnosti bývá princip vhodnosti

⁴⁴ Ibid., s. 25.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 105. Jedná se o monografii: ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002 (překl. Julian RIVERS, orig.: *Theorie der Grundrechte*. 3. vyd. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986).

⁴⁷ KIRCHHOF, Paul: Gleichmass und Übermass. In: BADURA, Peter – SCHOLZ, Rupert (eds.): *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1993, s. 133.

⁴⁸ HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 18.

⁴⁹ Ibid., s. 585.

⁵⁰ IPSEN, Jörn: *Staatsrecht II. Grundrechte*. 12. vyd. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009, s. 48.

aplikován v rámci testu proporcionality jako jeho první složka, neboť jeho porušení představuje typický příklad disproporční úpravy. Je totiž zřejmé, že pokud určitá úprava není způsobilá naplnit cíl, který sleduje, není rovněž možné, aby byla posouzena jako přiměřená při poměrování v kolizi stojících práv a hodnot.⁵¹

Lerche se na rozdíl od *von Krausse* dále ve své práci zabývá přesnějším vztahem mezi testem nezbytnosti a poměrování. Dovojuje přitom, že bez poměrování by princip nezbytnosti neměl význam, neboť „jakékoliv opatření omezující základní práva by mohlo být považováno za nezbytné, pokud by účel, kterému má sloužit, byl definován dostatečně široce.“⁵²

Jak již bylo naznačeno výše, přes některé teoretické rozdíly ve struktuře současně pojímaného principu proporcionality a zákazu nadměrných zásahů podle *P. Lercheho* se ve výsledku tyto principy v zásadě neliší. Ostatně od počátku popisování obou těchto principů existovaly nejasnosti ohledně jejich struktury a složek.⁵³ Počátkem 80. let minulého století shrnuje tuto terminologickou nejednotnost *L. Hirschberg*. Pojem princip proporcionality používá odborná literatura a soudní praxe v trojím významu: buď jako princip proporcionality v užším slova smyslu (poměrování), nebo v širším slova smyslu (zahrnující i další kritéria), anebo jako synonymum principu nezbytnosti.

Zákaz příliš omezující úpravy (*Übermaßverbot*) se vyskytoval dokonce ve čtyřech různých významech: jako synonymum principu nezbytnosti, proporcionality v užším slova smyslu, jako zastřešující pojem k principům vhodnosti, potřebnosti a proporcionality stricto sensu (tedy jako synonymum principu proporcionality v širším slova smyslu), a konečně jako zastřešující pojem k principům potřebnosti a proporcionality stricto sensu.⁵⁴

Možná z výše uvedených důvodů bývá dodnes zákaz příliš omezující úpravy (*Übermaßverbot*) považován za specifický případ disproporcionální úpravy.⁵⁵ Někteří autoři principu zákazu nadměrných zásahů považují nadále za zastřešující pojem, zahrnující jak princip proporcionality v užším slova smyslu, tak i principy vhodnosti a potřebnosti.⁵⁶

⁵¹ ONDŘEJEK, Pavel: *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod...*, s. 109.

⁵² LERCHE, Peter: *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung der Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. Köln: Heymanns, 1961, s. 20, cit. dle: STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism...*, s. 106.

⁵³ Srov. JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...*, s. 8 a násl.

⁵⁴ HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...*, s. 21–22.

⁵⁵ Principu zákazu nadměrnosti zásahů do práv a svobod (zjevně inspirovaný německým pojetím *Übermaßverbot*) vymezil český Ústavní soud v jednom ze svých nálezů jako synonymum třetí složky testu proporcionality – viz náleží Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002 Pl. ÚS 3/02 (likvidační výše pokuty). Viz též obdobný koncept „overinclusiveness“ v díle A. Baraka: BARAK, Aharon: *Proportionality...*, s. 335 a násl.

⁵⁶ REMMERT, Barbara: *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*. Heidelberg: C. F. Müller, 1994, s. 2.

5. PRINCIP PRAKTICKÉ KONKORDANCE (PRAKTISCHE KONKORDANZ) V DÍLE KONRADA HESSEHO

Současné pojetí principu proporcionality v dílech německé ústavní teorie i rozhodovací praxe soudů čerpá mimo jiné z koncepce praktické konkordance objevující se v díle slavného poválečného konstitucionalisty *Konrada Hesseho*, působícího od šedesátých let minulého století na Univerzitě ve Freiburgu a později také jako soudce Spolkového ústavního soudu.

Pojem praktické konkordance je v *Hesseho* díle vymezen jako požadavek na dosažení maximálního účinku kolidujících práv a veřejných zájmů: „hodnoty chráněné ústavním právem musí být při řešení případů v takovém vzájemném vztahu, aby každá hodnota mohla být realizována. V případě jejich konfliktu, žádná z nich nemůže být prováděna na úkor druhé, ani unáhleným poměřováním hodnot, ani na základě abstraktních úvah.“⁵⁷

Tento pojem chápe *K. Hesse* jako jeden z principu interpretace v ústavním právu. Vzhledem ke specifické podobě ústavy vyznačující se vágnějšími ustanoveními, je potřeba podle *Hesseho* na jedné straně ustoupit od klasického textuálního výkladu k volnějšímu výkladu textu, na druhé straně však tato interpretace nemůže ústavě odporovat.⁵⁸ Způsob, jak správě vykládat ústavu, spočívá podle *K. Hesseho* v respektování pěti základních interpretačních pravidel: (1) každá interpretace musí vycházet z principu jednoty ústavy, (2) v případě konfliktu ústavních pravidel musí být aplikován princip praktické konkordance, (3) všechny státní orgány musejí respektovat dělbou moci nastavenou v ústavě, (4) jakýkoliv výklad musí podporovat integrační efekt jak vzhledem k účastníkům sporu, tak vzhledem k společenské a politické soudržnosti a (5) vzhledem k tomu, že výše uvedená interpretační pravidla mají vliv na legitimizaci ústavy, při jejím výkladu musejí být všechna používána v maximální možné míře.⁵⁹

Pojem praktické konkordance je z tohoto důvodu nutné rovněž dát do souvislosti s dalšími principy interpretace ústavy, zejména s principem jednoty ústavy. Ten je dnes považován za jeden ze základních principů německého ústavního práva⁶⁰ a je dnes přejímán i Spolkovým ústavním soudem, podle něhož německý Základní zákon tvoří logicko-teologický celek.⁶¹ Z toho plyne, že výklad práv a kolidujících hodnot nesmí být prováděn bez ohledu na další práva a hodnoty tvořící součást ústavy.

Z principu jednoty ústavy tedy vyplývá požadavek na optimalizaci práv a hodnot: „Kolidující práva a zájmy musejí podléhat omezením, tak aby každé právo a každý zájem dosáhl optimálního účinku. Z toho vyplývá, že omezení musejí být přiměřená

⁵⁷ HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 1999, s. 28.

⁵⁸ BRUGGER, Winfried: Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View. *American Journal of International Law*, 1997, roč. 42, s. 398.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 398–399.

⁶⁰ Srov. KOMMERS, Donald P.: German Constitutionalism. A Prolegomenon. *Emory Law Review*, 1991, roč. 40, s. 851.

⁶¹ Rozhodnutí ze dne 14. prosince 1965 BVerfGE 19, 206 (Kirchenbausteuer) viz KOMMERS, Donald P.: German Constitutionalism..., s. 851.

ve světle specifických skutečností. Nesmějí jít dále, než je nutné k vytvoření souladu (konkordance) kolidujících ústavních hodnot.⁶² Z tohoto vymezení jasně plyne, že kolize práv je závislá na specifických okolnostech případu, což vysvětluje význam slova „praktická“.⁶³

Rysem *Hesseho* teorie je rovněž skutečnost, že s kolidujícími právy a zájmy zacházel jako s rovnocennými hodnotami, a nepovažoval tudíž základní práva za apriorně nadřazená společenským zájmům. Toto pojetí je důsledkem chápání výše zmíněného principu jednoty ústavy.⁶⁴ Právě skutečnost, že ústavy ve většině případů nestanovují apriorní hierarchii hodnot, případně základních práv a veřejných zájmů, vede k nutnosti jejich optimalizace.⁶⁵

Pokud se zaměříme na odraz uvedené *Hesseho* teorie v judikatuře Spolkového ústavního soudu, zjistíme, že dnešní aplikace principu praktické konkordance ve Spolkové republice Německo se poněkud odlišuje od původní koncepce. Zatímco *K. Hesse* aplikoval tento princip jako samostatný model řešení kolize základních práv, v současné judikatuře se tento princip projevuje v rámci hodnocení proporcionality v užším slova smyslu, kdy dochází k finálnímu posouzení, které právo či veřejný zájem v daném případě převáží. Navíc, argumentace principem praktické konkordance se podle převážující části teorie aplikuje v případě konfliktu dvou základních práv, nikoliv v případě konfliktu základního práva a kolidujícího veřejného zájmu. Častěji se používá v případě základních práv, která neobsahují limitační klauzuli.⁶⁶

E. Grabitz srovnává princip proporcionality s principem praktické konkordance a všimá si rozdílu, že v případě principu proporcionality jde v některých případech o vyloučení disproporcionální úpravy, zatímco v případě praktické konkordance jde o nalezení optimální úpravy⁶⁷ (uplatňuje se zde tedy nižší míra uvážení soudů při hledání ústavně konformního řešení).

⁶² HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, s. 28.

⁶³ MARAUHN, Thilo – RUPPEL, Nadine: Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court. In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights*. Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, 2008, s. 281.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 83.

⁶⁶ MARAUHN, Thilo – RUPPEL, Nadine: Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court..., s. 282–284. T. Marauhn a N. Ruppel citují např. názory K. Sterna, B. Pierotha, B. Schlinka.

⁶⁷ GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Archiv des öffentlichen Rechts*, roč. 98, 1973, s. 576. Rozdílů mezi pozitivním vyjádřením (optimalizací základních práv, resp. veřejných zájmů) a negativním vyjádřením (vyloučením disproporcionality) si všimá i M. Jakobs – viz JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 84–85. Podle M. Jakobse je princip praktické konkordance zaměřen převážně na normotvůrce, kterému přikazuje brát ohled na kolidující práva a zájmy při tvorbě práva, zatímco princip proporcionality je poté aplikováním podobných pravidel soudy a správními orgány přezkoumávajícími proporcionalitu takto vytvořených aktů (*Ibid.*, s. 85–86). K tomu je třeba dodat, že jde o otázku terminologickou, neboť podobně lze argumentovat, že i zákonodárce je vázán principem proporcionality – k tomuto pojetí viz POHL, Ottmar: *Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden?* Köln: V. Kleinkamp, 1961.

6. UTVÁŘENÍ TESTU PROPORCIONALITY V JUDIKATUŘE SPOLKOVÉHO ÚSTAVNÍHO SOUDU

Již krátce po druhé světové válce existovalo několik kvalitních odborných děl, ze kterých mohl Spolkový ústavní soud na konci 50. let minulého století čerpat, když začal prosazovat doktrínu proporcionality.⁶⁸ Původ principu proporcionality shledává Spolkový ústavní soud v zásadě právního státu, konkrétně jeho materiálního pojetí.⁶⁹

Zpočátku jeho činnosti byl však princip proporcionality používán zřídka a bez viditelného rozlišování jeho jednotlivých složek.⁷⁰ Příklady několika takovýchto rozhodnutí z počátku padesátých let uvádí *E. Grabitz*. Spolkový ústavní soud v jednom z nich například hovoří o zásadě přiměřenosti (*Grundsatz der Angemessenheit*) prostředků k policejnímu zásahu, kterou prohlašuje za všeobecně platné pravidlo právního státu (*allgemein gültige rechstaatliche Regel*).⁷¹

Prvním rozhodnutím, v němž se vyskytlo spojení princip proporcionality (*der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), které je zmiňováno *D. Grimmem*, se týká ústavnosti volebního zákona ve spolkové zemi Severní Porýní – Vestfálsko.⁷² Spolkový ústavní soud zamítl stížnost několika politických stran na zákon této spolkové země o volbách do tamního parlamentu. Sporné ustanovení mimo jiné požadovalo zajištění 100 podpisů voličů registrovaných v příslušném volebním obvodu pod kandidátní listinou u strany, která v době voleb nemá alespoň tři zástupce v parlamentu.⁷³ Podle Spolkového ústavního soudu je účelem tohoto ustanovení zabránění fragmentace politické vůle, přičemž zkoumané ustanovení „je vhodným prostředkem k dosažení tohoto cíle. Nepřekračuje hranice mezi cílem a prostředkem dané principem proporcionality. V rámci těchto hranic má zákonodárce při absenci konkrétních ustanovení ústavy volbu ohledně úpravy, kterou zvolí.“⁷⁴

Dieter Grimm si všímá ještě starších rozhodnutí z počátku padesátých let,⁷⁵ kde například Spolkový ústavní soud hovoří o rozdílné situaci zásahu do práv v případech

⁶⁸ Kromě již výše zmíněné práce R. von Krausse, je to například: KRÜGER, Herbert: Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950, s. 625 a násl., cit. dle STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 104.

⁶⁹ GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., s. 584 a judikatura Spolkového ústavního soudu zde zmiňovaná. VOßKUHLE, Andreas: Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Juristische Schulung*, č. 5, 2007, s. 429.

⁷⁰ EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law*..., s. 24–25.

⁷¹ Rozhodnutí ze dne 23. října 1952 BVerfGE 2, 1, 79 (SRP-Verbot) viz: GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., s. 569.

⁷² Rozhodnutí ze dne 3. června 1954, BVerfGE 3, 383 (Gesamtdeutscher Block), cit. dle: GRIMM, Dieter: Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*, 2007, roč. 57, s. 385.

⁷³ BVerfGE 3, 383, 385.

⁷⁴ *Ibid.*, s. 398.

⁷⁵ Rozhodnutí ze dne 20. března 1952 BVerfGE 1, 167 (Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden). Viz též GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., s. 569.

období mimořádného stavu. I s ohledem na takovéto okolnosti však zásah musí být dle Spolkového ústavního soudu nezbytný k dosažení cíle.⁷⁶

Situace se změnila od rozhodnutí z 11. června 1958 (*Apothekenurteil*),⁷⁷ odkdy je princip proporcionality používán Spolkovým ústavním soudem jednotně a pravidelně zahrnuje tři složky.⁷⁸ Je přitom překvapivé, že se v tomto rozhodnutí nejenže neopřel o žádnou autoritu, avšak ani blíže neosvětlil, z jakých důvodů princip proporcionality vůbec aplikoval.⁷⁹

V daném případě šlo o to, že Bavorsko udělovalo licenci na provoz lékáren pouze za podmínky, že nové lékárny nebudou konkurovat těm existujícím.

Spolkový ústavní soud prohlásil, že na omezení svobody podnikání bude aplikovat test proporcionality.⁸⁰ Tyto složky principu proporcionality popsal jako: a) zkoumání, zda omezení práva, které je prostředkem k dosažení cíle, se nezdá zcela nevhodné k dosažení cíle (test vhodnosti),⁸¹ b) zda je zkoumaná úprava nutná (*zwingend erforderlichlich*)⁸² – tj. zda jiná úprava dosahující téhož cíle nelimituje právo méně (test nezbytnosti) a c) zda existuje adekvátní vyvážení mezi omezením práva a z něj plynoucím prostředkem k dosažení veřejného zájmu (princip proporcionality v užším slova smyslu spočívající v poměrování dotčených práv, resp. cílů).⁸³

V daném případě bylo Spolkovým ústavním soudem konstatováno, že úprava licencí nespĺňuje požadavek potřeby dané úpravy, neboť požadovaného cíle, tj. zabránění neomezeného nárůstu počtu lékáren, což by vedlo v konečném důsledku ke zhoršení dostupnosti léčiv a služeb občanům, je možno dosáhnout i jiným způsobem. Na základě obsáhlé skutkové argumentace i s uváděním zahraničních příkladů dospěl Spolkový ústavní soud k názoru, že licencování není k dosažení sledovaného cíle potřebné.

V následných soudních rozhodnutích se Spolkový ústavní soud přidržel obsahu principu proporcionality – tj. regulace cíle a prostředku. Tak na princip proporcionality

⁷⁶ GRIMM, Dieter: Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence..., s. 385.

⁷⁷ BVerfGE 7, 377.

⁷⁸ EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law...*, s. 24–25.

⁷⁹ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 107. Stejná připomínka však platí i v případě prvního propracovanějšího uvedení principu proporcionality v českém ústavním právu. Ani rozhodnutí Ústavního soudu ČR ze dne 12. října 1994 ve věci ústavnosti institutu anonymního svědka (sp. zn. Pl. ÚS 4/94) necitovalo žádnou teoretickou práci ani zahraniční soudní rozhodnutí k podpoře argumentace principem proporcionality.

⁸⁰ V případě BVerfGE, 7, 377 je na straně 407 tento princip popisován následovně: „Zde platí princip proporcionality v tom smyslu, že předepsané podmínky nesmějí zůstat beze vztahu k zamýšlenému účelu řádného plnění činnosti povolání.“

⁸¹ BVerfGE 7, 377, (1958), 412.

⁸² Ibid.

⁸³ K tomuto testu však Spolkový ústavní soud podrobně nepřistoupil, neboť dotčená úprava licencí pro lékárny byla shledána protiústavní z důvodu porušení principu potřeby. Spolkový ústavní soud při popisu poměrování hovoří o určitém „stupni“ úpravy zasahující do základního práva, který musí být vyvážen adekvátním přínosem pro veřejné dobro. Jakýkoliv vyšší stupeň zásahu do základního práva je poté možný pouze v tom případě, kdy předchází „stupeň“ úpravy není s to efektivně naplnit předmětný veřejný zájem – viz BVerfGE 7, 377, (1958), 408. Zde vidíme, že poměrování kolidujícího práva a veřejného zájmu (tj. třetí krok aplikace principu proporcionality) je do jisté míry spojeno s argumentací týkající se nezbytnosti dané úpravy.

odkazuje necelý půl rok po svém prvním rozsudku při rozhodování o ústavnosti zákona o cenách.⁸⁴

Z terminologického hlediska se jednotlivé složky testu proporcionality neobjevují ihned od počátku jako explicitně formulované složky testu proporcionality v širším slova smyslu. V rozsudcích se většinou objevují odkazy na různé jednotlivé složky testu proporcionality, přičemž bývá odkazováno na obecný princip proporcionality formulovaný ve výše uvedeném rozsudku *Apothekenurteil*. Například v rozsudku Spolkového ústavního soudu, který zrušil ustanovení zákona týkajícího se vztahu lékařů a pojišťoven, bylo konstatováno, že výsledkem poměrování je posouzení, zda omezení svobody povolání není příliš široké (*übermäßig*), neboť není nezbytné k obraně proti reálně hrozcím nebezpečím.⁸⁵

Pojem zákazu nadměrného zásahu i principu proporcionality se objevují v odůvodnění rozhodnutí Spolkového ústavního soudu z roku 1963 týkajícího se zabránění věci v trestním řízení.⁸⁶ Zde je mimo jiné uvedeno, že princip proporcionality je aplikován stejným způsobem jako zákaz nadměrného zásahu, přičemž ve výroku rozhodnutí je již argumentováno pouze principem proporcionality.⁸⁷

Více než sto třicet rozhodnutí, v nichž aplikoval Spolkový ústavní soud princip proporcionality do roku 1973,⁸⁸ pak přineslo zpřesnění jeho aplikace a další propracování argumentace. Nadto argumentace principem proporcionality byla prováděna i v rozhodnutích Spolkového nejvyššího správního soudu,⁸⁹ který se tak rovněž podílel na utváření tohoto principu.

Jak bylo uvedeno výše, současný princip proporcionality absorboval řadu alternativních koncepcí, které vznikaly zejména v šedesátých letech 20. století, až se postupně prosadil nejen jako základní kritérium ústavnosti omezení základních práv v Německu, ale rozšířil se i do dalších evropských i mimoevropských států.

7. ZÁVĚR

Princip proporcionality, jež vznikl v poválečné doktríně a judikatuře Spolkové republiky Německo, navazoval na starší teorie a ideové zdroje, ať už se jedná o princip nezbytnosti v pruském správním právu, či německou právně sociologickou školu.

Hlavním impulzem pro rozvoj současné podoby principu proporcionality byla poválečná německá koncepce ústavy jakožto „objektivního řádu hodnot“, kde ústřední úlohu

⁸⁴ Rozhodnutí ze dne 12. listopadu 1958 BVerfGE 8, 274 (Preisgesetz). Spolkový ústavní soud na s. 310 zmiňuje, že při aplikaci zmocňovacího ustanovení § 2 zákona o cenách musí být brán v potaz princip proporcionality mezi cílem a prostředkem (der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel).

⁸⁵ Rozhodnutí ze dne 23. března 1960 BVerfGE 11, 30 (Kassenarzt-Urteil), s. 45.

⁸⁶ Rozhodnutí ze dne 10. června 1963 BVerfGE 16, 194 (Liquorentnahme).

⁸⁷ Srov. též HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 94.

⁸⁸ E. Grabitz v článku z roku 1973 uvádí, že do té doby použil Spolkový ústavní soud princip proporcionality ve 132 případech – viz GRABITZ, Eberhard: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts...*, s. 570.

⁸⁹ HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 93–94.

hraje ochrana základních práv a pojetí materiálního právního státu. S nově koncipovanou širokou mírou ochrany základních práv se však pojila nutnost soudního nalézání ústavně konformních limitů těchto práv v demokratické společnosti. Důvodem prosazení doktríny proporcionality je tak podle mého názoru zejména učení o bezprostřední závaznosti ústavy a o její jednotě.⁹⁰

Účelem tohoto článku je poukázat na skutečnost, že princip proporcionality se v německém ústavním právu nevyvinul naráz a zejména v šedesátých letech minulého století se vyskytovaly i alternativní koncepce k principu proporcionality (z nich byl podrobněji popsán zákaz nadměrných zásahů a princip praktické konkordance).

Postupným utvářením v judikatuře německých soudů, zejména Spolkového ústavního soudu v Karlsruhe, se z principu proporcionality stala jedna z nejvýznamnějších argumentačních metod v ústavním právu současnosti. Přestože se jedná o velmi mladý koncept ústavní teorie, například ve srovnání s pojmy jako jsou demokracie, suverenita či vláda práva, je podle mého názoru důležité zabývat se okolnostmi jeho vzniku i důvody jeho prosazení v německém ústavním právu.

⁹⁰ K těmto pojmům viz např. KOMMERS, Donald P.: German Constitutionalism. A Prolegomenon..., str. 845 a násl. Viz rovněž výše kapitolu o díle K. Hesseho.

PRÁVNÍ GRAMOTNOST MLADÝCH LIDÍ V ČESKÉ REPUBLICE A ROLE VZDĚLÁVÁNÍ*

MICHAL URBAN, PETRA HODYSOVÁ, JAN KACZOR**

Abstract: **Legal Literacy of Young People in the Czech Republic and the Role of Education**
In this article the authors describe the level of legal literacy of young people and the role of institutional and non-institutional education in the Czech Republic. The concept of legal literacy is by the authors understood as the ability to understand words used in a legal context, draw the appropriate conclusions from them and to use those conclusions to take action, and includes thus the component of knowledge, skills and attitudes. The article characterises the influence of both the institutional and non-institutional education on the level of legal literacy of young people and provides a critical analysis. First, the authors on the basis of available documents describe the current state of legal literacy of young people. Then they present the goal in terms of the legal literacy that the Czech Republic sets in the documents of the government or ministries. The second part of the article lists the main barriers to the development of legal literacy of young people and selects the one that possesses according to the authors the greatest potential to become a starter of a positive change – the teachers. The last part of the article identifies the main obstacles, which prevent teachers from positively influencing the legal literacy of young people. At the very end, the authors propose concrete measures to improve the current situation.

Key words: legal literacy, young people, formal education, informal education, knowledge, skills, attitudes, teacher

Klíčová slova: právní gramotnost, mladí lidé, formální vzdělávání, neformální vzdělávání, znalosti, dovednosti, postoj, učitel

1. ÚVOD

Česká republika je již čtvrt století demokratickým právním státem. Má svoji demokratickou Ústavu, Listinu základních práv a svobod i řadu dalších významných právních předpisů. Na její demokratické a právní fungování dohlíží mnoho institucí – soudy, státní zastupitelství, policie, vláda, parlament či veřejnoprávní média. Jejich

* Tento článek vznikl v rámci projektu „Národní pracovní skupina pro strukturovaný dialog s mládeží 2014“ financovaného z evropského programu Erasmus+ a příspěvku Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy. Slouží jako odborný podklad pro evropskou konzultaci strukturovaného dialogu s mládeží na téma: přístup mladých lidí k právům. Více na www.strukturovanydialog.cz.

** JUDr. Mgr. Michal Urban, Ph.D., působí jako odborný asistent na Právnické fakultě UK, Mgr. Petra Hodysová je absolventka PF UK, Jan Kaczor PF UK studuje. Za cenné postřehy a inspiraci autoři děkují Mgr. Janu Husákoví z České rady dětí a mládeže.

činnost je důležitá, demokratický a právní charakter ČR se jim ale nepodaří udržet bez toho, aby o jeho významu byli přesvědčeni také samotní občané. Zejména pak mladí lidé, kteří nejenže naprostou většinu svého života prožili po roce 1989 a mohou tedy před čtvrtstoletím znovunabytá práva lehce považovat za samozřejmost, ale především budou postupně přebírat osud země do svých rukou. Je proto klíčově důležité, aby o právech garantovaných právním řádem věděli, měli schopnosti je uplatnit a byli přesvědčeni o tom, že má smysl (svá) práva vymáhat. Jinak platí, že práva de facto nemají, jakkoli jim je právní předpisy přiznávají. Menší povědomí o vlastních právech a významu práv vůbec poté logicky povede i k jejich umenšování.¹

Tento článek si proto klade za cíl zmapovat úroveň právní gramotnosti mladých lidí, včetně role institucionálního a neinstitucionálního vzdělávání. Používáme termín právní gramotnost, kterým rozumíme „*schopnost porozumět slovům použitým v právním kontextu, vyvodit z nich [odpovídající] závěry, a posléze na základě těchto závěrů [přiměřeným způsobem] jednat*“.² Jde o definici kanadské advokátní komory a považujeme ji za plně funkční i v českém prostředí. Oproti jindy užívanému *právnímu vědomí* zdůrazňuje právní gramotnost nejen schopnost rozumět právnímu jazyku či obsahu jednotlivých práv, ale i na jejich základě jednat (a tedy i mít dostatečné schopnosti k jednání).³ Zahhrnuje tedy složku znalostí, dovedností i postojů.⁴ Jak už jsme uvedli výše, vycházíme z toho, že právní gramotnost⁵ předpokládá nejen znalost práv, ale také schopnost je uplatnit a přesvědčení o tom, že má smysl (svá) práva vymáhat. Skupinou mladých lidí

¹ Aktuálně to můžeme pozorovat např. na debatách o protiteroristických opatřeních, která po útocích 11. září 2001 zavedly Spojené státy americké a o kterých se v současnosti začíná vážněji debatovat i v Evropě v návaznosti na teroristické útoky v Paříži v lednu 2015. Pokud se nenajde dost zastánců svobody projevu (svobody karikovat politiky i náboženské představitele), práva na soukromí (neumožňovat úřadům čist emailové schránky občanů) či náboženské svobody (vyznávat jakoukoli víru, včetně muslimské), budou se tato práva zákonitě pod tlakem znejistěné většiny omezovat.

² Definice kanadské advokátní komory (Canadian Bar Association) z roku 1992, v originále zní „*The ability to understand words used in a legal context, to draw conclusions from them, and then to use those conclusions to take action.*“ ZARISKI, Archie: *What Is Legal Literacy?* [online]. 2011. Dostupné z: http://www.athabascau.ca/syllabi/lgst/docs/LGST249_sample.pdf.

³ Právní vědomí bývá definováno jako souhrn právních znalostí a názorů na právo (hodnocení platného práva z pohledu spravedlnosti). Blíže k rozdílu obou pojmů i jejich vztahu např. k *právnímu povědomí* viz URBAN, Michal: *Efektivní strategie formování právního vědomí středoškolských studentů: případy z praxe*. Praha: Leges, 2013, s. 18 a násled.

⁴ Znalosti, dovednosti a postoje (hodnoty) rozlišuje pedagogická věda, ale také např. český školský zákon (tj. zákon č. 561/2004 Sb.). Znalosti (nebo také vědomosti, *knowledge*) představují soustavu faktů a pojmů, teorií a poznatkových struktur, které si jedinec prostřednictvím procesu učení má osvojit. Dovednosti (*skills*), označují způsobilosti člověka k provádění určité činnosti (např. vyhledávání paragrafů nebo vyjádření nesouhlasu), které se projevují pozorovatelnou činností. Dovednosti rozlišujeme od schopností, které vyjadřují individuální potenciál člověka k provádění určité činnosti v budoucnu, který se může, ale také nemusí uplatnit. A konečně postoje a hodnoty (*attitudes and values*), přičemž postoje představují hodnotící vztahy, které jednotlivec zaujímá vůči okolnímu světu, druhým lidem nebo sobě samému, hodnoty poté vyjadřují míru důležitosti, kterou jedinec přisuzuje věcem, jevům, symbolům a jiným lidem, přičemž některé hodnoty jsou sdílené celými skupinami nebo dokonce celou společností. URBAN, Michal: *Efektivní strategie formování právního vědomí středoškolských studentů: případy z praxe*. Praha: Leges, 2013, s. 93.

⁵ URBAN, Michal: *Efektivní strategie formování právního vědomí středoškolských studentů: případy z praxe*. Praha: Leges, 2013, s. 21.

potom máme na mysli lidi ve věku 10–30 let.⁶ Zaměření na formální⁷ a neformální⁸ vzdělávání volíme proto, že se jedná o organizovaný prostor vzdělávání probíhající v rámci školního prostředí nebo mimoškolních organizovaných aktivit, kterým se stát nebo neziskový sektor snaží zvýšit právní gramotnost mladých lidí. V článku proto mapujeme působení obou těchto sfér a podrobujeme ho kritické analýze.

Nejprve na základně dostupných dokumentů popíšeme současný stav právní gramotnosti mladých lidí a z vládních a rezortních strategií identifikujeme cíl, který před sebe stát na poli zvyšování právní gramotnosti staví. V druhé části článku potom pojmenujeme hlavní překážky rozvoje právní gramotnosti mladých lidí a vybereme z nich tu, která má podle nás největší potenciál stát se nositelem pozitivních změn – osobnost učitele. V závěru článku popisujeme hlavní překážky působení učitelů na právní gramotnost mladých lidí a navrhuje konkrétní opatření, která by stávající situaci podle našeho názoru zlepšila.

Na úvod bychom ještě rádi poukázali na to, že jsme si vědomi toho, že z celkového hlediska není pro fungování právního řádu vždy nutné, aby občané byli s jeho obsahem detailně seznámeni – v moři existujících pravidel to často ani není možné. Jednou z podmínek, jak zajistit dodržování práva v této situaci je, aby zákonodárce při přijímání právních norem vycházel z antropologických, sociálních⁹ a morálních¹⁰ daností, tedy aby respektoval přirozený řád společnosti.¹¹ V takovém právním systému pak není vždy nutno právní normy znát, ale díky podřízení svého chování zvykům, obyčejům

⁶ Podobné věkové rozpětí používají i nejrůznější strategie, např. Koncepce podpory mládeže 2014–2020 přijatá 2014 českou vládou mluví o věkové kategorii 13–30 let. Mladí lidé v tomto věku potom procházejí nejrůznějšími podobami vzdělávání: základní školy (druhý stupeň), střední školy (gymnázia, střední odborné školy, střední odborná učiliště), vyšší odborné školy, vysoké školy právnického i neprávnického směru, celoživotní vzdělávání. Po skončení soustavné přípravy na budoucí povolání se z nich stávají pracující.

⁷ Formální vzdělávání je realizováno ve vzdělávacích institucích, zpravidla ve školách. Jeho funkce, cíle, obsahy, organizační formy a způsoby hodnocení jsou definovány a vymezeny právními předpisy. Zahrnuje získávání na sebe zpravidla navazujících stupňů vzdělání (základního vzdělání, středního vzdělání, středního vzdělání s výučním listem, středního vzdělání s maturitní zkouškou, vyššího odborného vzdělání v konzervatoři, vyššího odborného vzdělání, vysokoškolského vzdělání), jejichž absolvování je potvrzováno příslušným osvědčením (vysvědčením, diplomem apod.). *Strategie celoživotního učení ČR* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2007, s. 77. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Zalezitosti_EU/strategie_2007_CZ_web_jednostrany.pdf.

⁸ Neformální vzdělávání je zaměřeno na získání vědomostí, dovedností a kompetencí, které mohou respondentovi zlepšit jeho společenské i pracovní uplatnění. Je poskytováno v zařízeních zaměstnavatelů, soukromých vzdělávacích institucích, nestátních neziskových organizacích, ve školských zařízeních a dalších organizacích. Patří sem např. organizované volnočasové aktivity pro děti, mládež a dospělé, kurzy cizích jazyků, počítačové kurzy, rekvalifikační kurzy, ale také krátkodobá školení a přednášky. Nutnou podmínkou pro realizaci tohoto druhu vzdělávání je účast odborného lektora, učitele či proškoleného vedoucího. Nevede přitom k získání stupně vzdělání. *Strategie celoživotního učení ČR* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2007, s. 77. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Zalezitosti_EU/strategie_2007_CZ_web_jednostrany.pdf.

⁹ MARŠÁLEK, Pavel: *Právo a společnost*. Praha: Auditorium, 2008, s. 130.

¹⁰ HART, Herbert L. A.: *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 199.

¹¹ JELLINEK, Jiří: *Všeobecná státověda*. V Praze: nákladem Jana Laichtera, 1906, s. 360: „Leč vhled v normativní sílu skutečna zjednáva teprve pravé pochopení netoliko vzniku, nýbrž i jsoucnosti právního řádu. Ježto skutečně vsude má psychologickou tendenci přejíti v platné, vzbuzuje v celém objemu systému právního domněnku, že daný stav sociální je stav právní...“

a mravům se jimi přesto řídit.¹² To ovšem nic nemění na výše uvedeném konstatování, že pokud lidé nevědí, jak svá práva hájit, nebo tak nejsou ochotni činit, tak byť by tato práva vycházela z přirozeného řádu společnosti, je to podobné, jako by je neměli, neboť nemohou efektivně bránit jejich porušování či umenšování. Přitom současně nepochybně platí, že se porušování práva nebo jeho obcházení, resp. ignorování, mohou lidé dopouštět zcela vědomě (často se dokonce jedná o lidi s nadprůměrnou právní znalostí), tj. ani znalost práva nemusí nutně vést k jeho dodržování.¹³

2. SOUČASNÝ STAV PRÁVNÍ GRAMOTNOSTI MLADÝCH LIDÍ

„Teprve nyní začínáme doceňovat význam psychologického rozměru práva, neboť nejpodstatnější složkou práva není ani legislativa, ani fungování justice, nýbrž to, aby lidé dobře znali pravidla chování a dobrovolně je dodržovali. Vysoká úroveň mravní a právní kultury, v níž jsou obě složky v souladu, je totiž nejdůležitějším zdrojem bohatství a prosperity spravedlivé společnosti.“¹⁴

prof. JUDr. Vojtěch Cepl, CSc.

V České republice žilo dle Zprávy o mládeži 2013 k 1. lednu 2013 1 881 844 obyvatel ve věku 15–29 let, což představuje necelých 18 % z celkové populace.¹⁵ Přidáme-li k tomu ještě obyvatele od 10 do 15 let, jedná se o poměrně významnou skupinu lidí, která bude postupně získávat stále větší podíl na správě věcí veřejných. Proto by v rámci svého dospívání a zapojování do společnosti měli mladí lidé mít dostatečnou možnost poznat právo coby základní systém, který stanovuje pravidla naší společnosti, a naučit se využívat nástrojů, které jim poskytuje. V této části na základě nemnohých dostupných materiálů zmapujeme stav právní gramotnosti české společnosti, a to především cílové skupiny mladých lidí ve věku 10–30 let.

2.1 STAV PRÁVNÍ GRAMOTNOSTI MLADÝCH LIDÍ

*„... zákony jsou dělány proti lidem...“
„... říkají, co musím, ale na co mám právo mi nikdo neřekne...“
„... člověk se v tom nemůže orientovat i kdyby chtěl...“*

Tak znějí některé výroky, které byly podle stránek Ministerstva vnitra („MV“) v roce 2008 podnětem pro zadání profesionálního průzkumu veřejného mínění, jehož výsled-

¹² PŘIBÁŇ, Jiří: *Sociologie práva: systémově teoretický přístup k modernímu právu*. Praha: Slon, 1996, s. 164.

¹³ VEČEŘA, Miloš – URBANOVÁ, Martina: *Sociologie práva*. 2. upr. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 250.

¹⁴ CEPL, Vojtěch: *Jaká společnost* [online]. [vid. 4. leden 2015]. Dostupné z: <http://cepl.eu/jaka-spolecnost.htm>.

¹⁵ MAŘÍKOVÁ, Hana: *Zpráva o mládeži 2013 Základní informace o situaci mladých lidí v České republice* [online]. 2013, s. 11. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/33231_1_1/.

ky nejsou příliš povzbudivé.¹⁶ Ze shrnutí na internetových stránkách MV vyplývá, že 46–51 % dotázaných občanů je s právním systémem ČR spíše nespokojeno. Podobných hodnot dosáhlo podle MV i hodnocení důvěry v právní systém ČR, kterému nedůvěřuje 53–55 % dotázaných. MV rovněž uvádí: „Pro větší část populace není problém právní předpis nalézt, ale je již problémem se v něm dále zorientovat.“ Stejná stránka uvádí, že pro respondenty jsou právní předpisy „nepřehledné, nesrozumitelné, často velmi matoucí“. Lidé si podle tohoto průzkumu nejsou schopni právní předpisy správně a jednoznačně vyložit. Jejich právní gramotnost je tedy zřetelně omezená.

Respondenty v tomto průzkumu nebyli jen mladí lidé tak, jak jsme je vymezili, ale všechny osoby starší 18 let. Považujeme ho nicméně za dobré uvození úvah o právní gramotnosti mladé generace. Výzkum zkratkovitě popisuje stav společnosti, ve které mladí lidé vyrůstají, a umožňuje nám základní srovnání „mladší“ a „starší“ generace, jakkoli se částečně prolínají.

Co se úrovně právní gramotnosti mladých týče, obecně platí, že o ní víme jen velmi málo. Neobjevili jsme žádný rozsáhlý výzkum, který by se na ni primárně zaměřoval, natož aby se jednalo o výzkum umožňující mezinárodní srovnávání.¹⁷ To ostatně odpovídá i zkušenosti ostatních autorů publikujících o českém školství.¹⁸ Mnohá data lze každopádně čerpat z různých mezinárodních srovnávacích měření, byť ani z nich se žádný přímo nezaměřuje na právní gramotnost. Tyto výzkumy opakovaně zjišťují znalosti a dovednosti čtenářské, matematické a přírodovědné (Programme for International Student Assessment (PISA) – OECD),¹⁹ matematické a přírodovědné (Trends in International Mathematics and Science Study (TIMSS) – IEA)²⁰ či čtenářskou gramotnost 4. tříd základních škol (Progress in International Reading Literacy Study (PIRLS)).²¹ Z našeho pohledu nejrelevantnější je měření věnované občanské výchově, a to Mezinárodní studie občanské výchovy (The International Civic and Citizenship Education Stu-

¹⁶ *Analýza přístupu veřejnosti k regulaci v České republice – Ministerstvo vnitra České republiky* [online]. [vid. 4. leden 2015]. Dostupné z: <http://www.mvcr.cz/clanek/analiza-pristupu-verejnosti-k-regulaci-v-ceske-republice.aspx>. Rozmezí procentuálního vyjádření je způsobeno tím, že autoři průzkumu rozdělili společnost na dvě skupiny, a to na „běžnou“ a „komplikovanou“ (tj. studenty, důchodce, lidi v domácnosti, nezaměstnané a zaměstnané žijící osamocené s dítětem).

¹⁷ Za jistou výjimku platí samostatné či individuální výzkumy PhDr. Kazimíra Večerky, CSc., z Institutu pro kriminologii a sociální prevenci. Viz např. VEČERKA, K.: *Mládež v kriminologické perspektivě*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2009; či VEČERKA, K.: *Mládež o kriminalitě a etice každodennosti*. Praha: Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 2012.

¹⁸ V roce 2010 konstatovala studie společnosti McKinsey, že „... při zkoumání kvality českého školství je zajímavé hned první zjištění, že o výsledcích vzdělávání studentů existuje s výjimkou občasných mezinárodních hodnocení relativně málo informací. Například je často obtížné se jistotou zjistit, které školy mají dobré výsledky, jaké typy škol dokáží přidat větší hodnotu vzhledem ke složení studentů, kteří na ně přicházejí, nebo zda mají studenti pozitivní vztah k učení. S touto obtíží se potýkají nejen autoři této studie, ale i osoby oficiálně odpovědné za řízení školství.“ MCKINSEY & COMPANY: *Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení* [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 11. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>. K podobnému závěru dochází i autoři Národní zprávy z Mezinárodní studie občanské výchovy. SOUKUP, Petr (ed.): *Národní zpráva z Mezinárodní studie občanské výchovy* [online]. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání, 2010. Dostupné z: www.msmt.cz/file/12361_1_1/.

¹⁹ Viz <http://www.oecd.org/pisa/>.

²⁰ Viz http://www.iea.nl/timss_2011.html.

²¹ Viz http://www.iea.nl/pirls_2016.html.

dy – ICCS, IEA), která proběhla v roce 2009.²² Rozsáhlá mezinárodní studie ICCS pracuje s daty od žáků 8. ročníků (tedy 14letých žáků), přičemž navazuje na studii z roku 1999 a dochází k závěru, že v mezinárodním srovnání mají sice čeští žáci průměrné znalosti z oblasti občanské výchovy, současně u nich ovšem za posledních deset let došlo v oblasti znalostí k jednomu z největších propadů mezi všemi testovanými zeměmi. Co se postojů týče, v celé řadě ukazatelů vykazovali čeští žáci oproti svým zahraničním vrstevníkům méně demokraticky aktivní smýšlení, menší zapojení do činnosti školy, menší mimoškolní činnost, menší ochotu být v budoucnu politicky aktivní i menší ochotu být i jen přijít k volbám.²³ Společnost McKinsey k tomu ve své hodnotící zprávě dodává, že „české školství zaostává i v dovednostech a postojích studentů, což jsou obě důležité součásti výsledků, které jsou při hodnocení kvality často přehlíženy. Ačkoli jsou s obtížemi plně měřitelné, částečné údaje o dovednostech a postojích studentů existují.“²⁴

O mnoho více se bohužel nedozvíme ani z výsledků státních maturit,²⁵ protože součástí agregovaných dat z maturit 2014 nejsou základy společenských věd, natož pak podkategorie zaměřená přímo na právní gramotnost. Základy společenských věd ani netvoří povinnou součást státní maturity, lze si je pouze zvolit v tzv. profilové části maturitní zkoušky.²⁶ Zajímavý závěr týkající se výuky společenských věd v ČR nicméně obsahuje dílčí zpráva ze studie Mikrosonda OSZ 2009, jež měla zjistit stupeň připravenosti studentů na státní maturitní zkoušku ze ZSV. Zpráva uvádí, že „z hlediska výsledků testového šetření lze usuzovat, že žáci středních škol jsou připraveni na společnou část maturitní zkoušky z předmětu *Občanský a společenskovědní základ*, která proběhne v roce 2012 (hypotéza se potvrdila)“.²⁷ Dostupné výsledky skutečně obsahovaly nadprůměrný počet správných odpovědí, nicméně z porovnání jednotlivých okruhů je zřejmé, že *člověk a právo* je jedním z těch, které studentům dělají největší potíže.²⁸ Ze zveřej-

²² SCHULZ, W.: *Prvotní zjištění z Mezinárodní studie občanské výchovy*. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání – Divize nakl. Tauris, 2010.

²³ SCHULZ, W.: *Prvotní zjištění z Mezinárodní studie občanské výchovy*. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání – Divize nakl. Tauris, 2010.

²⁴ MCKINSEY & COMPANY: *Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení* [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 11. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>. Dále studie dodává, že „kvalita výuky na českých školách je nekonzistentní. Česká republika má velký podíl studentů s nízkými výsledky a rozdíly ve výsledcích mezi kraji odpovídají až jednomu a půl roku výuky. Variabilita výsledků mezi studenty patří k nejvyšším v OECD a stále roste.“

²⁵ Dostupné online: <http://vysledky.cermat.cz/>.

²⁶ Více viz http://www.novamaturita.cz/index.php?id_document=1404037101.

²⁷ DAVIDOVÁ, Pavlína – KABELÁČOVÁ, Iva: *Mikrosonda OSZ 2009: závěrečná zpráva projektu*. Praha: Centrum pro zjišťování výsledků vzdělávání, 2009, s. 123.

²⁸ DAVIDOVÁ, Pavlína – KABELÁČOVÁ, Iva: *Mikrosonda OSZ 2009: závěrečná zpráva projektu*. Praha: Centrum pro zjišťování výsledků vzdělávání, 2009, s. 121. Tabulka č. 137: Srovnání úspěšnosti žáků podle tematického okruhu. Předmět *Občanský a společenskovědní základ* byl v testech rozdělen do sedmi částí: *Člověk jako jedinec, člověk ve společnosti/a společnost, člověk a stát, člověk a právo, člověk a ekonomika, člověk v mezinárodním prostředí, člověk a svět*. Testování proběhlo ve dvou úrovních, test A – základní úroveň obtížnosti byl zaměřen na ověření, jak žák umí získané znalosti a dovednosti z oblasti společenské, hospodářské, politické, právní a kulturní využít v praktickém životě, zatímco test B – vyšší úroveň obtížnosti byl zaměřen na ověřování znalostí a dovedností vybraných společenských věd – filozofie, etika, religionistika, psychologie, sociologie, politologie, ekonomika, právo a na orientaci v mezinárodních organizacích a mezinárodních vztazích, jak z hlediska životní praxe, tak z hlediska širší teoretické orientace (v podrobnostech viz Mikrosonda, s. 9 – 10). Procentuální rozpětí úspěšnosti v jednotlivých částech se

něných testových otázek v okruhu *člověk a právo* je navíc zřejmé, že se zaměřovaly primárně na právní znalosti a omezeně pak právní dovednosti, nikoli ovšem postoje.^{29, 30}

Reprezentantem kvalitativního výzkumu dotýkajícího se problematiky právního vědomí je pak sociologický výzkum Aktér 2011.³¹ Výzkum však není pro naši analýzu bezprostředně relevantní, neboť se věnoval především tématům vnímání bezpečnosti a rovněž vymahatelnosti spravedlnosti v České republice, zejména v oblasti trestního práva.³²

2.2 STAV OBČANSKÉ ANGAŽOVANOSTI MLADÝCH LIDÍ

Při nedostatku dat přímo se týkajících právní gramotnosti můžeme nicméně vyjít i z výzkumů měřících míru občanské participace mladých lidí. Ostatně, je-li součástí právní gramotnosti nejen schopnost rozumět, ale také konat, je míra zvažované či dokonce realizované občanské angažovanosti důležitou komponentou právní gramotnosti. Analýza občanského vzdělávání dospělých upozorňuje na fakt, že šetření hodnotových preferencí mezi lety 1991 a 2007 poukazuje na výrazný pokles hodnoty „Politika“, která vyjadřuje váhu veřejné či občanské dimenze člověka. Klesající trend se projevuje také v ostatních evropských zemích, nicméně pokles v České republice se jeví

u testu A pohybovalo od 51,3 % do 73,8 %, přičemž nejnižší úspěšnost byla právě u části člověk a právo. Test B se pohyboval od 46,2 % do 67,3 %, v části člověk a právo byla úspěšnost 56,7 %, nejnižší příčku zaujala související část člověk a stát. Mikrosonda obsahuje i výsledky rozdělené podle kategorií škol, kde stojí za zmínku, že v kategorii středních odborných škol byla úspěšnost v části člověk a právo v testu A pod hranicí průměrnosti (50 %), konkrétně v hodnotě 47,3 %. Stejně tak v kategorii odborných učilišť, kde to bylo 48,6 %.

²⁹ DAVIDOVÁ, Pavlína – KABELÁČOVÁ, Iva: *Mikrosonda OSZ 2009: závěrečná zpráva projektu*. Praha: Centrum pro zjišťování výsledků vzdělávání, 2009, s. 123. Otázky okruhu člověk a právo: Vyberte sídelní město Ústavního soudu. Seřadte jednotlivé kroky legislativního procesu. Které z následujících práv mají automaticky lidé, kteří uzavřeli registrované partnerství? Kde uzavřeme registrované partnerství? Který právní prostředek má účastník řízení právo podat proti zamítavému rozhodnutí obecního úřadu? Jaká je povinná lhůta pro odpověď správního orgánu, pokud se nejedná o výjimku s 60denní lhůtou pro odpověď? Zadáni: Text výpovědi Kateřiny Nekolíkové. Otázka: Kdy skončil pracovní poměr Kateřiny Nekolíkové? Napište den, měsíc a rok.

³⁰ Další potřebná data pro plastičtější vykreslení stavu právní gramotnosti mladých lidí neposkytlo autorům ani hledání na webových stránkách Národního ústavu pro vzdělávání či Ústavu pro informace ve vzdělávání. Na závěr této části ještě doplníme výsledky dotazníkového šetření organizace Člověk v tísni, podle kterého patří mezi největší problémy české společnosti mimo jiné nekvalitní školství a vzdělávání, vlekové soudní spory a špatná vymahatelnost práva. Dotazníkové šetření 2014, dostupné online: https://www.jsns.cz/data/jsns/DOKUMENTY/DOTAZNIKOVE_SETRENI_STREDOSKOLACI_JSNS_2014.pdf.

³¹ Průzkum Aktér 2011 vycházel z mezinárodního výzkumu Eurojustis a byl zpracován Katedrou sociologie FF UK, v terénu pak realizovaný společností STEM v únoru 2011 na výběrovém souboru 1199 osob zvolených kvótním výběrem. Více viz DOBIÁŠ, Michal: *Právní vědomí české společnosti: bakalářská práce*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Filozofická fakulta, katedra sociologie, 2012, s. 32 an. Dostupné z: <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/download/130091092/?lang=cs>.

³² DOBIÁŠ, Michal: *Právní vědomí české společnosti*. Bakalářská práce. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Filozofická fakulta, katedra sociologie, 2012, s. 33. Dostupné z: <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/download/130091092/?lang=cs>. Respondentům byly položeny otázky zejména v následujících oblastech: (a) dodržování zákonů, pokynů a rozhodnutí, které respondenti považují za rozporné s vlastním morálním přesvědčením; (b) přiměřenost (tvrdo)st zákonů a ukládaných sankcí; (c) mínění o závažnosti konkrétních typů protiprávního jednání, resp. jejich zavrženíhodnosti z morálního hlediska; (d) názory na kvalitu fungování justice obecně.

jako výraznější oproti většině zemí.³³ Pravidelné šetření Centra pro výzkum veřejného mínění (CVVM) mezi lety 1990 a 2008 naopak naznačuje rostoucí význam hodnoty „Pomáhat rozvoji demokracie ve společnosti“, rovněž i hodnoty „Prosazovat politiku mé strany, hnutí“, která však stále patří mezi nejméně významné hodnoty.³⁴

Nejzřetelnějším dokladem občanské participace je zvažovaná či realizovaná volební účast, a proto jsme se ji rozhodli použít jako hlavní ukazatel úrovně občanské angažovanosti mladých lidí. Dle Zprávy o mládeži 2013 se mladí Češi vyznačují obecně velmi malým, a ještě klesajícím zájmem o politiku. Téměř nebo vůbec se o ni nezajímá 94 % mladých ve věku 15–30 let. Průměrný zájem o politiku v EU je přitom 25 %. Mezi nejčastěji uváděné důvody nezájmu o politické dění v ČR patří: nezájem obecně, znechucení ze stávající situace ve společnosti a pocit nulové možnosti ovlivnit společenské dění. V roce 2010 uvedlo 53 % mladých lidí ve věku 18–30 let, že volilo v posledních volbách na národní úrovni. Ve věkové skupině 15–20 let by se voleb, pokud by měla možnost, zúčastnila polovina dotázaných. Necelé 1 % je pak členem politické strany.³⁵

O něco pozitivnější výsledky zaznamenala ve svém dotazníkovém šetření organizace Člověk v tísni, kde účast u voleb (hypoteticky parlamentních i studentských) avizuje okolo 60 % respondentů ve věku 15–20 let,³⁶ přičemž ze srovnání šetření z let 2009, 2012 a 2014 vyplývá, že ochota účastnit se voleb zůstává u studentů velmi podobná.³⁷ Autoři interpretace dat ovšem zároveň připouštějí, že reálná účast prvovoličů bývá ve skutečnosti nižší.³⁸ Hlavní důvody pro neúčast ve volbách zůstávají dle Člověka v tísni podobné jako v minulosti a jako u dospělé populace nevoličů – tedy nezájem o politiku, nedůvěra ve strany a v možnost něco hlasováním změnit. Oproti dospělým nevoličům je dle dotazníkového šetření častěji zmiňována neschopnost vybrat si stranu. To naznačuje, že volební účast prvovoličů by skutečně mohly zvyšovat akce zaměřené na simulaci voleb (studentské volby) či intenzivnější výuka orientace v politických otázkách.³⁹ Dlužno podotknout, že nízká účast mladých lidí v národních volbách není zdaleka jen tuzemský problém. Ve Velké Británii se podle deníku *The Economist* zúčastnilo voleb

³³ SMĚKAL, Vladimír a kol.: *Analýza občanského vzdělávání dospělých*. Brno: Centrum občanského vzdělávání, 2010, s. 16. Dostupné z: www.msmt.cz/file/15064/download/.

³⁴ SMĚKAL, Vladimír a kol.: *Analýza občanského vzdělávání dospělých*. Brno: Centrum občanského vzdělávání, 2010, s. 16. Dostupné z: www.msmt.cz/file/15064/download/.

³⁵ MAŘIKOVÁ, Hana: *Zpráva o mládeži 2013 Základní informace o situaci mladých lidí v České republice* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2013, s. 9. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/33231_1_1/.

³⁶ *Jeden svět na školách – Zpráva o dotazníkovém šetření na středních školách z roku 2014 včetně porovnání s rokem 2012 a 2009* [online]. Nedatováno, s. 36. Dostupné z: https://www.jsns.cz/data/jsns/DOKUMENTY/DOTAZNIKOVE_SETRENI_STREDOSKOLACI_JSNS_2014.pdf.

³⁷ *Jeden svět na školách – Zpráva o dotazníkovém šetření na středních školách z roku 2014 včetně porovnání s rokem 2012 a 2009* [online]. Nedatováno, s. 36. Dostupné z: https://www.jsns.cz/data/jsns/DOKUMENTY/DOTAZNIKOVE_SETRENI_STREDOSKOLACI_JSNS_2014.pdf.

³⁸ A to mimo jiné proto, že do konečného rozhodnutí o volební účasti přibydou situační důvody (nepřítomnost doma, jiné aktivity, neschopnost vybrat si stranu atd.) – *Jeden svět na školách – Zpráva o dotazníkovém šetření na středních školách z roku 2014 včetně porovnání s rokem 2012 a 2009* [online]. Nedatováno, s. 36. Dostupné z: https://www.jsns.cz/data/jsns/DOKUMENTY/DOTAZNIKOVE_SETRENI_STREDOSKOLACI_JSNS_2014.pdf.

³⁹ *Jeden svět na školách – Zpráva o dotazníkovém šetření na středních školách z roku 2014 včetně porovnání s rokem 2012 a 2009* [online]. Nedatováno, s. 36. Dostupné z: https://www.jsns.cz/data/jsns/DOKUMENTY/DOTAZNIKOVE_SETRENI_STREDOSKOLACI_JSNS_2014.pdf.

jen 44 % lidí mezi 18 a 24 lety, což je o více než 20 procentních bodů méně, než byla celková volební účast. The Economist zároveň uvádí, že neexistuje evropská země, kde by mladí volili více než starší.⁴⁰

V mezinárodním srovnání jsme v ochotě jít volit dle ICCS více než 10 procentních bodů pod průměrem (spolu s Bulharskem a Švýcarskem).⁴¹ Co se týče porovnání účasti různých věkových skupin ve volbách do Evropského parlamentu roku 2009, je v EU dle Eurobarometru průměrná volební účast 43 %, z toho u věkové skupiny 18–24 let pouze 29 % (tj. rozdíl 14 procentních bodů), zatímco u věkové skupiny nad 55 let 50 %. V roce 2004 byla volební účast těchto dvou věkových skupin 33 %, resp. 59 %.⁴² Volební účast prvovoličů a obecně mladých lidí je tedy v rámci EU nižší než účast vyšších věkových skupin. K tomu je třeba podotknout, že účast ve volbách do Evropského parlamentu velmi úzce souvisí se vztahem k EU, který je dle dotazníkového šetření Člověk v tísní z roku 2014 však přesně v opačném sledu – školáci jsou obecně k členství v EU vstřícnější než většinově skeptická dospělá populace.⁴³ Eurobarometr dále uvádí, že u vnitrostátních voleb je průměrná účast v rámci EU 72 %, zatímco u věkové skupiny 18–24 let pouze 38 % (rozdíl činí 34 procentních bodů).⁴⁴

Z citovaných statistických údajů lze shrnout, že obecně mladí lidé k volbám příliš nechodí, případně nehodlají přijít, což nás ve světovém srovnání činí v tomto aspektu občanské angažovanosti podprůměrnými. Je samozřejmě třeba mít na paměti, že mladí lidé (podobně jako starší voliči) mají nepochybně právo volit tak, že k volbám nepůjdou (v České republice v současnosti neexistuje volební povinnost). Nestačí tedy sledovat reálnou či zvažovanou volební účast mladých lidí, ale je třeba se ptát i na motivace těch, kteří k volbám nepřišli. Bylo příčinou jejich volební absence svobodné informované rozhodnutí („nemám koho volit“), nebo spíše lenost či dokonce apatie („stejně nic nezměním“)? Výsledky dotazníkového šetření organizace Člověk v tísní naznačují, že jde spíše o druhou možnost. Konkrétně uvádí: „*Starší studenti (18–20 let) nevěří vlastní možnosti ovlivnit řešení problémů více než jejich mladší spolužáci, ačkoli mají možnost volit do lokálních i republikových zastupitelstev. To naznačuje, že postoj nemožnosti ovlivnit řešení problémů souvisí i s nedůvěrou ve fungování zastupitelské demokracie.*“⁴⁵ S tím do jisté míry souzní i výsledky Eurobarometru, podle kterého mladí lidé ve věku 18–24 let, kteří se voleb nezúčastnili, odůvodňovali tuto skutečnost ve 20 % případů svým nezájmem o politiku nebo v 19 % svou nespokojeností s ní. Třetím dů-

⁴⁰ The Economist. Dostupné z: <http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2014/10/economist-explains-24>.

⁴¹ SCHULZ, Wolfram: *Prvotní zjištění z Mezinárodní studie občanské výchovy*. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání – Divize nakl. Tauris, 2010, s. 60.

⁴² *EVROPSKÉ VOLBY 2009 Povolební průzkum První výsledky: Hlasování podle věkových skupin* [online]. B.m.: Evropský parlament. 2009. Dostupné z: http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/post_electoral/EB71.3-FocusonAge-CS.pdf.

⁴³ *Jeden svět na školách – Zpráva o dotazníkovém šetření na středních školách z roku 2014 včetně porovnání s rokem 2012 a 2009* [online]. Nedatováno, s. 64. Dostupné z: https://www.jsns.cz/data/jsns/DOKUMENTY/DOTAZNIKOVE_SETRENI_STREDOSKOLACI_JSNS_2014.pdf.

⁴⁴ *EVROPSKÉ VOLBY 2009 Povolební průzkum* [online]. 2009, s. 2. Dostupné z: http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/post_electoral/EB71.3-FocusonAge-CS.pdf.

⁴⁵ *Jeden svět na školách – Zpráva o dotazníkovém šetření na středních školách z roku 2014 včetně porovnání s rokem 2012 a 2009* [online]. Nedatováno, s. 23. Dostupné z: https://www.jsns.cz/data/jsns/DOKUMENTY/DOTAZNIKOVE_SETRENI_STREDOSKOLACI_JSNS_2014.pdf.

vodem v pořadí pak byla zaneprázdněnost, nedostatek času nebo pracovní povinnosti (16 % dotázaných nevoličů).⁴⁶

Významná je v tomto ohledu přitom studie ICCS, která zjistila pozitivní korelaci mezi ochotou studentů přijít k volbám a mírou jejich občanských znalostí: čím je míra znalostí vyšší, tím pravděpodobněji přijdou studenti do volební místnosti.⁴⁷ Samotná účast ve volbách přitom není nutně zárukou kvalifikované a racionální volby. Pokud bychom – např. pomocí zavedení volební povinnosti či masivní reklamní kampaní – mladé lidi přiměli k volbám přijít, ale nijak bychom je nevedli k prohlubování jejich občanských znalostí, zvýšili bychom tím logicky riziko úspěchu antisystémových a populistických uskupení. Proto musí být cílem občanského vzdělávání nejen motivovat k účasti na volebním procesu, ale především vést mladé lidi k racionálnímu a odpovědnému rozhodování na základě relevantních informací. Vedle zvyšování právních znalostí přitom např. studie Participativní občanství v Evropské unii doporučuje posílit důraz na občanské vzdělávání ve škole i mimo ni a „*podpořit spolupráci mezi různými typy organizací – mezi školami, samosprávami, mládežnickými organizacemi, neziskovými organizacemi a komerční sférou*“.⁴⁸ Tato doporučení přitom souzní se závěry, ke kterým docházíme na jiném místě tohoto článku i ve vztahu k právní gramotnosti.

Celkově tak nezbyvá než uzavřít, že nejvýraznějším zjištěním při snaze popsat právní gramotnost mladých lidí je skutečnost, že pro to neexistuje dostatek dat, což je vzhledem k významnosti stupně právní gramotnosti mladých lidí pro dobře fungující společnost přinejmenším zarážející. Z dostupných studií a výzkumů se ovšem ukazuje, že si čeští žáci ve srovnání se zahraničím vedou průměrně (stupeň právních znalostí) či podprůměrně (např. ochota jít volit).

3. STRATEGICKÉ DOKUMENTY⁴⁹

Cílem této části je na základě vládních a rezortních strategií identifikovat cíl, který si stát na poli zvyšování právní gramotnosti stanovil. I pro tuto část platí, že přímo na právní gramotnost jsme nikde nenarazili. Vycházíme ovšem z řady koncepcí, která pojednávají o znalostech práva a přístupu mladých lidí k právům.

⁴⁶ *EVROPSKÉ VOLBY 2009 Povolební průzkum První výsledky: Hlasování podle věkových skupin* [online]. B.m.: Evropský parlament. 2009, s. 4. Dostupné z: http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/post_electoral/EB71.3-FocusonAge-CS.pdf.

⁴⁷ SCHÜLZ, W.: *Prvotní zjištění z Mezinárodní studie občanské výchovy*. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání – Divize nakl. Tauris, 2010, s. 59.

⁴⁸ PROTIVÍNSKÝ, Tomáš: *Participativní občanství v Evropské unii* [online]. [vid. 23. únor 2015]. Dostupné z: <http://www.obcanskevzdelavani.cz/participativni-obcanstvi-v-evropske-unii>.

⁴⁹ Kompletní přehled všech současných i historických strategických dokumentů přinesla ve své analýze *Mladí lidé a veřejné politiky v ČR* Nadace Open Society Fund Praha, z níž čerpáme. BÁRTA, Ondřej a kol.: *Mladí lidé a veřejné politiky v České republice* [online]. Praha: Nadace Open Society Fund Praha, 2014. Dostupné z: <http://www.osf.cz/images/stories/download/novinky/mladi-lide-averejne-politiky-v-ceske-republice.pdf>.

3.1 KONCEPCE PODPORY MLÁDEŽE 2014–2020

Priority státu ve vztahu k mládeži vymezuje především Koncepce podpory mládeže 2014–2020 přijatá Vládou České republiky v květnu 2014. Primární cílovou skupinou této koncepce jsou mladí lidé ve věku 13–30 let. Koncepce stanovuje 13 státních strategických cílů pro léta 2014–2020, přičemž usnadňování přístupu mladých lidí k právům je hned prvním z těchto cílů. Jeho podrobnou definici uvádí následující tabulka:⁵⁰

SC 1: Usnadňovat rovný přístup dětí a mládeže k právům

DC A: Vytvářet otevřené prostředí pro možnosti uplatňování práv dětí a mládeže	Gesce	Spolugesce
--	-------	------------

Opatření: 1. Zvyšovat povědomí v celé společnosti o právech dětí a mládeže	MPSV	MŠMT
--	------	------

2. Podporovat edukaci veřejnosti v oblasti práv dětí a mládeže s důrazem na vzájemnou úctu, respekt a důstojnost	MŠMT	MK
--	------	----

3. Podporovat vytváření zjednodušených textů týkajících se práv dětí a mládeže, aby pro ně byly uživatelsky přístupné	MPSV	
---	------	--

4. Podporovat rozvoj pedagogických přístupů v oblasti vzdělávání k právům dětí a mládeže	MŠMT	
--	------	--

SC 1: Usnadňovat rovný přístup dětí a mládeže k právům

DC B: Podporovat rozvoj kompetencí pro prosazování práv dětí a mládeže	Gesce	Spolugesce
--	-------	------------

Opatření: 1. Podporovat a motivovat děti a mládež k aktivnímu prosazování jejich práv	MPSV	
---	------	--

2. Podporovat volnočasové aktivity pro rozvoj kritického myšlení	MŠMT	MK
--	------	----

3. Podporovat aktivity, které pomáhají při vstupu do samostatného života mladým lidem z rodin, jejichž funkce jsou vážně narušeny	MPSV	MŠMT
---	------	------

4. Podporovat budování finanční gramotnosti dětí a mládeže v rámci zájmového a neformálního vzdělávání	MŠMT	
--	------	--

5. Zvyšovat povědomí mezi dětmi a mládeží o existujících formách právního poradenství a možnostech jeho využití	MŠMT	MK
---	------	----

⁵⁰ *Koncepce podpory mládeže na období 2014–2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy. Nedatováno. Dostupné z: <http://www.msmt.cz/file/33599/>.

Hlavním koordinátorem realizace a vyhodnocení koncepce je Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy (dále též jen „MŠMT“). Důležitým orgánem v tomto procesu je Komora mládeže,⁵¹ která má zajistit komplexní přístup v činnosti všech státních orgánů i orgánů územně samosprávných celků směřující k realizaci cílů koncepce.

3.2 STRATEGIE VZDĚLÁVACÍ POLITIKY ČR DO ROKU 2020⁵²

Hlavním strategickým dokumentem v oblasti vzdělávací politiky je Strategie vzdělávací politiky ČR do roku 2020. V ní si stát stanovil tři priority, a to (a) snižovat nerovnosti ve vzdělávání, (b) podporovat kvalitní výuku a učitele jako její klíčový předpoklad, a (c) odpovědně a efektivně řídit vzdělávací systém. Z pohledu našeho tématu jsou zejména důležité priority (a) a (b).

3.2.1 SNIŽOVÁNÍ NEROVNOSTÍ VE VZDĚLÁVÁNÍ

Stát si uvědomuje, že z různých důvodů nemají mladí lidé ke vzdělání v rámci České republiky zcela rovný přístup. Zavázal se proto, že do roku 2020 bude tuto nerovnost snižovat.⁵³ Z hlediska tohoto článku je důležitý zejména záměr státu posilovat společné prvky v rámci středního vzdělávání. Zatímco v oblasti základního a gymnaziálního vzdělávání panuje jednotu co do obsahu kurikulárních dokumentů (pro základní školy existuje jeden rámcově vzdělávací program RVP, a pro gymnázia dva programy), střední odborné vzdělávání je obsahově velmi rozříštěné (281 RVP, samostatný pro každý obor). Podle názoru tvůrců strategie je chybou, že dochází k předčasné profesní specializaci studentů středních odborných škol na úkor obecných znalostí a dovedností. „*Specificky je žádoucí zlepšit především úroveň základních gramotností a obecných znalostí, dovedností a schopností, neboť jejich význam pro další život absolventů je značný, ať už se jedná o jejich postavení na trhu práce, zapojení do dalšího vzdělávání či schopnosti řešit běžné životní situace.*“⁵⁴ Jelikož se, zvláště v oborech, které nejsou společenskovečně zaměřeny, mezi tyto obecné znalosti a dovednosti řadí i právní gramotnost, lze očekávat, že stát bude na základě strategie tuto složku v rámci středního odborného školství posilovat.

3.2.2 PODPOROVAT KVALITNÍ VÝUKU A UČITELE

JAKO JEJÍ KLÍČOVÝ PŘEDPOKLAD

„*Stěžejním předpokladem pro maximální rozvoj dětí, žáků a studentů je kvalitní výuka,*“ píše se ve strategii. „*Zlepšení kvality vzdělávání přitom může nastat*

⁵¹ Komora mládeže je poradní orgán ministra/ministryně školství, mládeže a tělovýchovy pro oblast dětí a mládeže.

⁵² *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

⁵³ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 13. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

⁵⁴ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 19. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

*pouze tehdy, pokud cílům a potřebám vzdělávání rozumí většina společnosti a pokud jsou všichni aktéři vzdělávacího procesu motivováni a oddaní myšlence soustavného zlepšování výuky, ke kterému mají patřičné schopnosti a podmínky.*⁵⁵ Stát si tedy uvědomuje, že kvalitní výuka a učitelé jako její klíčová složka jsou stěžejním předpokladem pro rozvoj mladých lidí ve všech směrech. Nebo alespoň, že to je, na rozdíl např. od rodinného prostředí, ta část faktorů působících na mladé lidi, kterou může stát ze své pozice majoritního organizátora školství nejlépe ovlivnit. Ve strategii se proto rozhodl rozvíjet mnohá opatření s cílem podpořit kvalitní výuku.

Jelikož i my jsme školu a učitele identifikovali jako základní hybný prvek, skrze nějž je možno na mladé lidi koordinovaně působit a zvyšovat tím jejich právní gramotnost, věnovali jsme působení učitelů a překážkám, se kterými nejčastěji bojují, celou závěrečnou pasáž článku. K vybraným cílům stanoveným touto strategií se proto vrátíme později.⁵⁶

3.3 DALŠÍ STRATEGICKÉ DOKUMENTY

Dalšími aktuálně platnými strategickými dokumenty týkajícími se, alespoň do určité míry, právní gramotnosti, jsou *Strategie celoživotního učení*,⁵⁷ která ve své analytické části velmi přesně pojmenovává mnohé problémy jak počátečního, tak celoživotního vzdělávání. Ve své strategické části pak vytyčuje mnoho cílů, mezi něž řadí i podporování rovného přístupu ke vzdělávání, rozvíjení funkční gramotnosti a dalších klíčových kompetencí ve vzdělávání, podporování zajišťování kvalitní nabídky vzdělávacích příležitostí a další.

Dále v ČR platí *Akční plán podpory odborného vzdělávání ČR 2008–2015*,⁵⁸ který se soustřeďuje na spojení mezi odborným vzděláváním a pracovním trhem, a také na otázku klesajícího počtu studentů se zájmem studovat na odborných školách v ČR,⁵⁹ *Strategie vzdělávání pro udržitelný rozvoj ČR (2008–2015)*, jejímž účelem je stanovení priorit v oblasti vzdělávání pro udržitelný rozvoj a *Dlouhodobý záměr vzdělávání a roz-*

⁵⁵ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 25. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf, s. 25.

⁵⁶ Jedná se o následující, přičemž cíle pod čísly 1–3 a 5 jsou zejména relevantní pro tento článek. (1) Dokončit a zavést kariérní systém pro učitele a zlepšovat podmínky pro jejich práci; (2) Modernizovat počáteční vzdělávání učitelů a vstupní vzdělávání ředitelů; (3) Posílit další vzdělávání a metodickou podporu učitelů a ředitelů; (4) Posílit význam kvalitní výuky ve vysokoškolském vzdělávání; (5) Srozumitelněji popsat cíle vzdělávání; (6) Modernizovat systém hodnocení na úrovni dítěte, žáka a studenta; (7) Modernizovat hodnocení na úrovni školy. *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 25–34. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

⁵⁷ *Strategie celoživotního učení ČR* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2007. Dostupná z: http://www.msmt.cz/uploads/Zalezitosti_EU/strategie_2007_CZ_web_jednostrany.pdf.

⁵⁸ *Akční plán podpory odborného vzdělávání* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2008. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/soubory/stredni/ZP_Aknciplanpodporyodbornehovzdelavani.pdf.

⁵⁹ BÁRTA, Ondřej a kol.: *Mladí lidé a veřejné politiky v České republice* [online]. Praha: Nadace Open Society Fund Praha, 2014, s. 89. Dostupné z: <http://www.osf.cz/images/stories/download/novinky/mladi-lide-averejne-politiky-v-ceske-republice.pdf>.

voje vzdělávací soustavy České republiky na období 2011–2015, který uvádí základní směry a cíle vývoje regionálního školství.

Na nezaměstnané mladé lidi ve věku 15–24 let, kteří již ukončili formální vzdělávání, cílí dlouhodobý program Ministerstva práce a sociálních věcí *Záruky pro mládež*.⁶⁰ Ten si klade za cíl zajistit každému takovému člověku do čtyř měsíců kvalitní nabídku zaměstnání, dalšího vzdělávání, odborné přípravy nebo stáže. Rozvoj právní gramotnosti u mladých nezaměstnaných program nesleduje, naopak jako jeden z prostředků prevence nezaměstnanosti uvádí zvyšování podílu praktické přípravy na obsahu výuky na středních školách a zvětšování spolupráce škol se zaměstnavateli.⁶¹ Což je cíl, který se může nevhodnou realizací dostat do rozporu s cílem posílit společné prvky ve středním odborném vzdělávání, stanoveným Strategií vzdělávací politiky ČR do roku 2020.

Jen z prostého vyjmenování jednotlivých dokumentů je zřejmé, že Česká republika rozhodně netrpí nedostatkem strategických dokumentů. Při jejich čtení získá čtenář dojem, že si česká společnost prostřednictvím svých institucí uvědomuje nutnost zlepšit svůj vzdělávací systém a dokázala svoji nespokojenost vtělit v relativně dobře zvolené a zformulované priority.⁶² Ani dobře naformulované cíle ovšem nedokáží změnit současný stav, pokud chybí ochota je naplňovat. A právě zde nacházíme hlavní nedostatek českého vzdělávacího systému: chybí vůle uvádět strategie v život.

To se zřetelně ukazuje při pohledu na dřívější strategické dokumenty.⁶³ Ať již se jedná o bílé knihy nebo dlouhodobé plány, jejich hlavní slabinu představuje jejich nedostatečné naplňování. Za všechny citujme z *Analýzy naplnění cílů Národního programu rozvoje vzdělávání v České republice (Bílé knihy) v oblasti předškolního, základního a středního vzdělávání*: „Analýza realizace opatření navrhovaných v jednotlivých strategických liniích ukazuje, že řada z nich nebyla uskutečněna vůbec, mnohá z těch, která realizována byla, byla realizována izolovaně nikoli v zamýšlených komplexních celcích a souvislostech. Mnohá opatření byla realizována do značné míry formálně bez

⁶⁰ *Realizační plán programu Záruky pro mládež České republiky* [online]. Praha: Ministerstvo práce a sociálních věcí, 2014. Dostupné z: <http://www.mpsv.cz/cs/16867>.

⁶¹ *Realizační plán programu Záruky pro mládež České republiky* [online]. Praha: Ministerstvo práce a sociálních věcí, 2014, s. 5. Dostupné z: <http://www.mpsv.cz/cs/16867>.

⁶² Můžeme samozřejmě debatovat o konkrétních prioritách či provázání jednotlivých cílů. I přesto ovšem platí, že hlavním problémem rozhodně není nedostatek cílů nebo jejich zcela nelogický či zavrženíhodný výběr. Ztotožňujeme se s Analýzou naplnění Bílé knihy v tom, že klíčový problém je v absenci systému strategického řízení, který by stanovil jasnou vizi a z ní plynoucí cíle vzdělávací politiky, dokázal by pro ně získat podporu veřejnosti a v dostatečné míře by vytvářel podmínky pro jejich naplňování a sledování dopadů realizace jednotlivých opatření vzhledem k zamýšleným cílům. Namísto tvorby dalších a dalších strategických dokumentů doporučujeme vybudovat systém strategického řízení ve vzdělávání. Je třeba se naučit systematicky řídit oblast vzdělávání, tedy zavést postupy, které umožní otevřít a řídit informovanou diskusi o směřování vzdělávacího systému, vytvářet navzájem koordinované programy směřující k naplňování jasně stanovených cílů a také tyto programy vyhodnocovat a upravovat na základě změn, které ve vzdělávání nastávají. Zavedení systému strategického řízení musí předcházet profesionální audit současného stavu. STRAKOVÁ, Jana a kol.: *Analýza naplnění cílů Národního programu rozvoje vzdělávání v České republice (Bílé knihy) v oblasti předškolního, základního a středního vzdělávání* [online]. 2009, s. 6. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/9399_1_1/.

⁶³ Např. *Národní program rozvoje vzdělávání v České republice – Bílá kniha (2001–2005)*, *Dlouhodobý záměr vzdělávání a rozvoje vzdělávací soustavy České republiky (2007–2013)*, *Bílá kniha terciárního vzdělávání (2009)*, *Dlouhodobý záměr vzdělávání a rozvoje vzdělávací soustavy České republiky na období 2011–2015 (2011)*. OSF: *Mladí lidé a veřejné politiky v ČR*, s. 85–92.

odpovídající finanční a metodické podpory, která by zvýšila šanci na jejich úspěšnost. Reformní záměry byly pouze proklamovány, nebyly zajištěny klíčové podmínky pro jejich realizaci, bylo zanedbáno zapojení klíčových aktérů změn. Výmluvným dokladem takového postupu je celá kurikulární reforma. Pro téměř všechny realizované kroky pak platí, že nebyla sledována jejich úspěšnost ve vztahu k naplňování stanovených cílů ani monitorovány průběh a problémy při jejich realizaci. Výše uvedené nedostatky, které se projevíly při realizaci doporučení Bílé knihy, jsou ovšem charakteristické pro celou vzdělávací politiku v ČR v polistopadovém období.“⁶⁴

3.4 SYSTÉM KURIKULÁRNÍCH DOKUMENTŮ

Základním legislativním dokumentem, jímž se v současnosti české vzdělávání řídí, je zákon č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon). Ten vymezuje obecné cíle a principy, na kterých je vzdělávání postaveno, a legislativně upravuje fungování školství.

§ 3, odst. 1 školského zákona předpokládá vypracování Národního programu vzdělávání, který má dále rozpracovat cíle vzdělávání formulované školským zákonem, vymezit hlavní oblasti vzdělávání, obsah vzdělávání a prostředky, které jsou nezbytné k dosahování jeho cílů. Ačkoliv od přijetí školského zákona v současné podobě uplynulo již deset let a s existencí Národního programu vzdělávání počítají všechny legislativní i další kurikulární dokumenty, nebyl dosud vypracován.

Roli nejvyšších kurikulárních dokumentů proto přebírají rámcové vzdělávací programy (RVP), vytvářené na základě § 3, odst. 2 školského zákona.⁶⁵ RVP nahradily do roku 2004 používané osnovy, přičemž jejich smyslem je vymezit závazné rámce vzdělávání pro jeho jednotlivé etapy (pro předškolní, základní a střední vzdělávání) – tedy stanovit konkrétní cíle, kterých má vzdělávání na jednotlivých stupních škol dosahovat, a vymezit rámec, v němž se musí školy při dosahování těchto cílů pohybovat. Cílem této kurikulární reformy bylo poskytnout školám větší míru autonomie v tom smyslu, že namísto dřívějších osnov již RVP předepisují zejména konečné cíle, kterých mají školy a žáci dosáhnout, ale volené metody výuky, rozložení učiva v ročnících či předmětech a konkrétní obsahy byly ve větší míře ponechány na uvážení škol.

Podle zásad stanovených v příslušném RVP si pak každá škola vytvořila vlastní školní vzdělávací program (ŠVP), jímž se při realizaci vzdělávacího procesu v souladu s § 3, odst. 3 školského zákona řídí.⁶⁶

⁶⁴ STRAKOVÁ, Jana a kol.: *Analýza naplnění cílů Národního programu rozvoje vzdělávání v České republice (Bílé knihy) v oblasti předškolního, základního a středního vzdělávání* [online]. 2009. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/9399_1_1/.

⁶⁵ *Rámcový vzdělávací program pro základní vzdělávání*. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2013. BALADA, Jan: *Rámcový vzdělávací program pro gymnázia: RVP G*. Praha: Výzkumný ústav pedagogický v Praze, 2007. RVP pro střední odborné vzdělávání (RVP SOV) na <http://www.nuov.cz/ramcove-vzdelavaci-programy>.

⁶⁶ BALADA, Jan: *Rámcový vzdělávací program pro gymnázia: RVP G*. Praha: Výzkumný ústav pedagogický v Praze, 2007.

3.4.1 ROZVÍJENÍ PRÁVNÍ GRAMOTNOSTI PODLE KURIKULÁRNÍCH DOKUMENTŮ

Z pohledu rozvíjení právní gramotnosti je významný jeden z obecných cílů vzdělávání stanovených školským zákonem. Podle jeho § 2, odst. 2 mezi ně patří „*pochoopení a uplatňování zásad demokracie a právního státu, základních lidských práv a svobod spolu s odpovědností a smyslem pro sociální soudržnost*“. Možností, jak výchovu k právům do vzdělávání zahrnout, je obecně několik. Může se jednat o samostatný předmět, může být integrovaná do ostatních předmětů, nebo jako průřezové téma prostupovat celým kurikulem.⁶⁷ V ČR převažuje pojmání občanské výchovy (resp. základů společenských věd) jako samostatného předmětu.

Ne všechny školské systémy přistupují k rozvoji právní gramotnosti jako ke vzdělávací oblasti založené zejména na právních znalostech. V mnoha zemích si uvědomují, že žáci se svým právům a povinnostem nejlépe naučí nikoli memorováním faktů o státě a právu, ale spíše aktivní participací na řešení společných záležitostí třídního, školního nebo i občanského života. Za tím účelem proto zřizují např. školní parlamenty nebo aktivně podporují třídní kolektivy v řízení vlastních záležitostí, čímž se žáci učí principům demokracie a individuální odpovědnosti za celek, a zároveň si zvykají na nutnost a možnost hájit svá práva.⁶⁸ Po českých školách ovšem tento přístup centrálně vyžadován není, pokud jsou někde žáci zapojeni např. do rozhodování o podstatných záležitostech školy, je to vždy pouze z iniciativy jednotlivých škol, učitelů či žáků samotných. To dokládá i zjištění studie ICCS, podle které se pouhých 21 % českých žáků někdy účastnilo rozhodování o podstatných záležitostech týkajících se chodu školy. Podle stejné studie panuje lepší situace v oblasti zapojení žáků do školních parlamentů nebo fungování třídní samosprávy, kdy se podle studie účastnilo voleb předsedy třídy nebo zástupce ve školním parlamentu 74 % žáků.⁶⁹ Tyto postupy školám doporučuje i RVP.

3.4.2 KLÍČOVÉ KOMPETENCE

První skupinou cílů, kterou RVP závazně vymezují, je oblast tzv. klíčových kompetencí, tedy „*soubor vědomostí, dovedností, schopností, postojů a hodnot, které jsou důležité pro osobní rozvoj jedince, jeho aktivní zapojení do společnosti a budoucí uplatnění v životě*“.⁷⁰ Z hlediska právní gramotnosti jsou důležité zejména kompetence občanská a pracovní. Cílem rozvíjení občanské kompetence je takový absolvent školy, který bude plnohodnotným občanem státu, jenž si je vědom svých práv a povinností, respektuje práva jiných a je aktivně zapojen do chodu společnosti. Cílem pracovní kompetence je vybavit žáky předpoklady k uplatnění na trhu práce

⁶⁷ SCHULZ, Wolfran: *Prvotní zjištění z Mezinárodní studie občanské výchovy*. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání – Divize nakl. Tauris, 2010.

⁶⁸ SCHULZ, Wolfran: *Prvotní zjištění z Mezinárodní studie občanské výchovy*. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání – Divize nakl. Tauris, 2010, s. 22.

⁶⁹ V České republice zavádění a dobré fungování školních parlamentů soustavně podporuje např. Centrum pro demokratické učení, o. p. s.

⁷⁰ BALADA, Jan: *Rámcový vzdělávací program pro gymnázia: RVP G*. Praha: Výzkumný ústav pedagogický v Praze, 2007, s. 8.

nebo v podnikatelském prostředí, tedy je vybavit i základním přehledem o tom, jaká jsou jejich práva a povinnosti v této oblasti a jaké možnosti profesního uplatnění před nimi v životě stojí.⁷¹

3.4.3 ZÁVAZNÝ VZDĚLÁVACÍ OBSAH

Druhá část RVP určuje, čemu se má vzdělávání věnovat po obsahové stránce. U každého oboru jsou stanoveny očekávané výstupy, tedy co by měl žák umět či znát na konci stupně vzdělávání, a učivo.

Na druhém stupni základního vzdělávání (a na nižších stupních víceletých gymnázií)⁷² je vzdělávání o právech zahrnuto v oboru *výchova k občanství*. Zde by se měl žák seznámit se základními hodnotami, na nichž je český právní řád postaven, se základními poznatky o tom, jak právo funguje, a rovněž i se základy nauky o státě a o tom, co obnáší být občanem České republiky. Již absolvent základní školy by tedy měl být vybaven základní úrovní právní gramotnosti.

Na gymnaziálním stupni je vzdělávání o právech zařazeno do oboru *občanský a společenskovědní základ*, který kromě práva a výchovy k občanství zahrnuje i mnoho dalších společenskovědních oborů, jako je psychologie, sociologie, religionistika, filosofie či ekonomie. V oblasti právní by se měli studenti naučit samostatně orientovat v normách a měli by být seznámeni se základy jednotlivých právních oborů – ústavního, občanského, trestního, pracovního, obchodního i správního práva. Měli by rovněž vědět, jak fungují orgány právní ochrany, a tedy jakým způsobem mohou svá práva hájit, a měli by k tomu být motivováni. V oblasti občanské by se pak měli vyznat v hodnotách, na nichž je stát postaven, v systému organizace státu, a v možnostech, jak na řízení státu participovat.

Na stupni středního odborného vzdělávání jsou cíle a učivo definovány obdobně, jako na gymnáziích, pouze o něco stručněji. Vzdělávání probíhá v oblasti *společenskovědní vzdělávání*, kam je, na rozdíl od gymnázií, zařazen krom ostatních společenskovědních oborů i dějepis.

3.4.4 PRŮŘEZOVÁ TÉMATA

RVP dále stanovuje průřezová témata, která musí být v průběhu vzdělávání na školách v různých formách odučena, ať již projektovou výukou nebo zařazením do odpovídajících předmětů. Tématem, které se přímo týká vzdělávání o právech, je *výchova demokratického občana*, zařazená v RVP pro základní a pro střední odborné vzdělávání, a dále téma *člověk a svět práce* zařazené v RVP pro střední odborné vzdělávání (na gymnáziích i základních školách je *člověk a svět práce* samostatnou vzdělávací oblastí).

⁷¹ Dalšími klíčovými kompetencemi definovanými v RVP jsou: kompetence k učení, k řešení problémů, komunikativní, sociální a personální a ve středním odborném vzdělávání také matematické, informační a odborné kompetence.

⁷² *Rámcový vzdělávací program pro základní vzdělávání*. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2013, s. 4.

3.4.5 ZÁVĚR

Z kurikulárních dokumentů vyplývá, že stát si v rámci formálního vzdělávání v oblasti rozvoje právní gramotnosti stanovil řadu ambiciózních cílů. V rámcových vzdělávacích programech jsou, zdá se, zahrnuty všechny podstatné složky ke zvyšování právní gramotnosti, zásadním nedostatkem je jejich nedostatečné naplňování. Hlavním příčinám se věnujeme v druhé polovině článku. S tímto závěrem koresponduje i dotazníkové šetření, které mezi učiteli občanské výchovy provedla roku 2014 nově vzniklá Asociace učitelů OV a ZSV, podle nějž vnímá pouze 5,5 % učitelů obsahovou definici jejich předmětu v RVP jako problém. Naopak podle 56 % učitelů oslovených ve stejném šetření odpovídají cíle vzdělávání formulované v RVP potřebám člověka v současné společnosti, podle 12 % jim odpovídají částečně a pouze podle 10 % učitelů jim neodpovídají.⁷³

4. FAKTORY, KTERÉ PŮSOBÍ NA MLADÉ LIDI PŘI ZÍSKÁVÁNÍ PRÁVNÍ GRAMOTNOSTI

V této části článku se pokusíme zachytit nejvýznamnější faktory, resp. jejich skupiny, které mají vliv na formování právní gramotnosti mladých lidí. V rámci těchto faktorů dále identifikujeme nejvýznamnější překážky, které brání zlepšení současného stavu. V závěru pak vyzdvihneme překážku, která má podle nás největší potenciál stát se hybatelem změny, a té věnujeme poslední část článku. Jsme si vědomi toho, že následující výčet není úplný a že některé dopady jsou těžko měřitelné. Přesto se domníváme, že pro účely našeho tématu se jedná o faktory nejdůležitější.

V mnoha z níže popsaných bodů se ostatně shodujeme s jinými výzkumy. Národní zpráva z ICCS konstatovala, že na žáky mají nejvýraznější a bezprostřední vliv tyto skupiny: vrstevníci (dle mnoha studií nejvýznamnější skupina pro socializaci), neformální místní společenství (mládežnické organizace, pracovní místa), formální místní společenství (politici vůdci, atmosféra optimismu), rodina a škola (učitelé, plánované kurikulum, příležitosti participace).⁷⁴ Kvalitativní šetření Člověk v tísni mezi faktory, které ovlivňují postoje a chování studentů v oblasti občansko-společenských témat, identifikovalo rodinu, kamarády (primárně spolužáky), vyučující, lokálně (v dané obci) známé aktivní osobnosti, média – medializované osobnosti (lokálně i globálně) a medializované události.⁷⁵

⁷³ ŘEZÁČ, Michal – VODIČKOVÁ, Tereza: Co potřebují občankáři? Výsledky dotazníkového šetření. In: *Co potřebují občankáři?* [online]. 12. březen 2014. Dostupné z: <http://digifolio.rvp.cz/artefact/file/download.php?file=65269&view=9146>.

⁷⁴ SOUKUP, Petr: *Národní zpráva z Mezinárodní studie občanské výchovy* [online]. B.m.: Ústav pro informace ve vzdělávání, 2010, s. 19–20. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/12361_1_1/.

⁷⁵ *Kdo jiný? Analýza kvalitativního výzkumu* [online]. B.m.: Člověk v tísni, 2010, s. 10. Dostupné z: https://www.jsns.cz/data/jsns/FILES/PDF/Kvalitativni_vyzkum_Kdo-jiny.pdf.

4.1 RODINA A VRSTEVNÍCI

Je zcela logické, že rodina, ve které mladý člověk vyrůstá, a vrstevníci, se kterými se setkává, na něj mají zásadní vliv – a to i z pohledu právní gramotnosti. Část věnovanou současnému stavu právní gramotnosti mladých lidí jsme uvedli výzkumem dokládajícím nevelkou úroveň právní gramotnosti v celé populaci. Přirozeně právě celková vyspělost společnosti, která se skládá z vyspělosti jednotlivých jejích členů, představuje zřetelný limit i v rámci bezprostředních vztahů. Jedná se o faktor poměrně těžko ovlivnitelný, zejména máme-li na mysli celkovou vyspělost společnosti nebo právní gramotnost rodinných příslušníků. Za nejsnáze kultivovatelnou složku v rámci tohoto faktoru považujeme vrstevníky, tj. mladé lidi, kteří se v naprosté většině případů stále ještě připravují na výkon svého budoucího povolání. Náš názor dokládá např. dotazníkové šetření Člověka v tísni, ze kterého vyplynulo, že občanská (ne)angažovanost je do určité míry determinována vzdělaností.⁷⁶ Otázce vzdělávání se proto budeme ještě věnovat.

4.2 SYSTÉM FORMÁLNÍHO VZDĚLÁVÁNÍ

Přes 90 % mladých lidí ve věku 20–24 let má v České republice ukončené vyšší středoškolské vzdělání (na stupni ISCED 3) a jen velmi nízký podíl mladých lidí vzdělávací systém předčasně opouští. I přesto, že počet absolventů vysokých škol vzrůstá, v roce 2012 mělo ve věku 30–34 let ukončené vysokoškolské vzdělání pouze 25,6 % mladých lidí. Česká republika má i strategii celoživotního učení.⁷⁷ V České republice žije relativně malé procento i tzv. NEET (tj. těch, kteří jsou nezaměstnaní, nestudují ani se neúčastní jiné odborné přípravy) – v roce 2012 to bylo necelých 9 % populace.⁷⁸ Z těchto údajů je zřejmé, že tou částí vzdělávacího systému, kterou projde převážná většina mladých lidí, je škola základní a střední. Proto se jí také v našem článku věnujeme především. Při úvahách o zvyšování právní gramotnosti totiž nechceme zapomínat na to, že se nemá jednat o kultivaci právní gramotnosti elitních studentů, ale všech mladých lidí.

Čas od času se setkáváme s názory, že český vzdělávací systém je natolik zkorumpovaný a rezistentní ke změnám, že větší smysl, než přemýšlet o jeho reformě, má věnovat se neformálnímu vzdělávání. I když zdaleka nesdílíme optimismus ohledně snadné

⁷⁶ Výrazně vyšší ochotu k účasti mají studenti gymnázií, studenti s VŠ vzdělanými rodiči a ti, kteří považují životní úroveň své rodiny za vysokou. V těchto skupinách deklaruje ochotu k účasti (určitě či spíše) okolo 75–80 %. Generace studentů tím kopíruje nerovnoměrnosti ve volební účasti dospělých, kde mají výrazně větší volební účast vzdělané a bohatší skupiny obyvatel. *Jeden svět na školách Zpráva o dotazníkovém šetření na středních školách z roku 2014 včetně porovnání s rokem 2012 a 2009* [online]. Nedatováno, s. 38. Dostupné z: https://www.jsns.cz/data/jsns/DOKUMENTY/DOTAZNIKOVE_SETRENI_STREDOSKOLACI_JSNS_2014.pdf.

⁷⁷ *Strategie celoživotního učení ČR* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2007. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Zalezitosti_EU/strategie_2007_CZ_web_jednostrany.pdf.

⁷⁸ MAŘÍKOVÁ, Hana: *Zpráva o mládeži 2013 Základní informace o situaci mladých lidí v České republice* [online]. 2013, s. 9. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/33231_1_1/.

reformovatelnosti českého školství,⁷⁹ považujeme tento způsob uvažování za krátkozraký. Na základních a středních školách stráví více než 90 % mladých lidí třináct let svého života. Těchto třináct let navíc po ukončení střední školy představuje více než dvě třetiny jejich dosavadního života. Nedává proto smysl je vnímat jako nutné zlo, kterým si téměř každý projde, a nic pořádného se při tom nenaučí. Tomu ostatně odporuje např. i zjištění Člověka v tísní, podle kterého většinu dotázaných studentů (58 %) školní výuka baví.⁸⁰ Jsme naopak přesvědčeni o tom, že cesta ke zlepšení stavu právní gramotnosti mladých lidí v ČR vede skrz pozitivní změny vzdělávacího systému. I proto mu v dalším textu budeme věnovat více pozornosti, a to zejména v části věnované učitelům OV/ZSV.

Na tomto místě nicméně ještě zmíníme, že k žádoucí proměně vzdělávacího systému může přispět i jeho užší spolupráce se systémem neformálního vzdělávání. Hlavní předností neformálního vzdělávání je schopnost dobře motivovat, používat alternativní výukové metody a lépe než školství uzpůsobit obsah vzdělávání skutečným potřebám a zájmům studentů. Vycházíme-li z předpokladu, že student, kterého výuka baví, dosahuje lepších výsledků, ukazuje se schopnost studenty zaujmout jako významná. Řada výzkumů neformálního vzdělávání navíc potvrzuje, že zejména ve sféře rozvoje dovedností dosahuje neformální vzdělávání lepších výsledků.⁸¹

Nejrůznější vzdělávací stupně formálního vzdělávání pro nás také mohou být vodítkem pro to, jak vyspělou úroveň právní gramotnosti od koho očekávat. Její základní podobu má zajistit základní škola, navázat (a specializovat s ohledem na odborné zaměření) poté škola střední. Vysoká škola pak představuje nejvyšší stupeň a tomu by měla odpovídat i vyspělost právního vědomí vysokoškoláků. Jelikož ovšem vysoké školy navštěvuje i přes rozšiřování počtů vysokoškolských studentů menšina společnosti, hlavní pozornost by měla být věnována základním a středním školám. Na nich jsme potom identifikovali jako základní předpoklad pro změnu osobnost učitele, kterému se budeme věnovat v závěru článku.

4.3 VEŘEJNÉ INSTITUCE

Odpovědnost státu za úroveň právní gramotnosti svých občanů nenese jenom MŠMT jakožto hlavní organizátor vzdělávacího systému. Svůj vliv na úroveň

⁷⁹ Viz např. studie společnosti McKinsey, která uvádí: „*Přestože Česká školní inspekce (ČŠI) pokrývá i oblasti související s kvalitou vzdělávání, věnuje významnou část své kapacity právním a podpůrným otázkám (např. budovy a vybavení, partnerství a kontrola dodržování právních předpisů) a v otázkách vzdělávání se zaměřuje na základní požadavky (např. absence, kvalifikace učitelů). Na základě těchto kritérií ČŠI označila 5 % středních škol jako problematické nebo v kritickém stavu (a 15 % z důvodu porušení právních předpisů). Vezmeme-li v úvahu kupříkladu fakt, že 25 % patnáctiletých studentů nespňuje základní úroveň čtenářských dovedností, Česká republika by měla zvážit mandát a zaměření těchto kontrol.*“ MCKINSEY & COMPANY: Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 24. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>.

⁸⁰ *Jeden svět na školách Zpráva o dotazníkovém šetření na středních školách z roku 2014 včetně porovnání s rokem 2012 a 2009* [online]. Nedatováno, s. 58. Dostupné z: https://www.jsns.cz/data/jsns/DOKUMENTY/DOTAZNIKOVE_SETRENI_STREDOSKOLACI_JSNS_2014.pdf.

⁸¹ S tím souvisí i požadavek na uznávání výsledků neformálního vzdělávání ze strany formálních institucí a usnadnění přístupu mladých lidí k neformálnímu vzdělávání.

právní gramotnosti (a tím i odpovědnosti) mají i další veřejné instituce. Za nejvýznamnější považujeme následující:

- a) Parlament ČR. Jeho právem i povinností je přijímat právní předpisy. Obrovský počet právních předpisů a jejich novelizací (někdy novelizací ještě neúčinných předpisů) a celková nepřehlednost právního řádu je tedy výsledkem primárně jeho aktivity. Pokud nevytváří vnitřně souladný, přehledný a předvídatelný právní řád, jak ho k tomu ostatně opakovaně vybízí zástupci akademické obce i Ústavní soud ČR,⁸² má to pochopitelně vliv i na vnímání práva mladými lidmi.⁸³
- b) Soudní moc je právem vnímána jako hlavní garant vymahatelnosti práva. Jejím veřejným představitelem jsou soudci a jejich vyjádření do médií, v soudních síních nebo v rozsudcích mají velký vliv na důvěru lidí v právo. Byť důvěra v soudnictví v posledních letech vykazuje vytrvalý vzrůst, leží zejména na straně soudců ještě značný potenciál. V jejich ochotě vysvětlovat právo novinářům, srozumitelnosti rozsudků i zapojení soudců do vzdělávacích programů.⁸⁴ Ztotožňujeme se proto plně se slovy Vojtěcha Cepla, který svého času prohlásil, že „... zápas o zlepšení právního vědomí vyžaduje vysvětlování, vysvětlování, přesvědčování... A nejlepšími vysvětlovači těch rozsudků jsou sami soudci. Oni by měli daleko více vystupovat na veřejnost a zlepšovat tím úroveň právního vědomí, kde je největší problém naší společnosti. A k tomu by měli být také vychováváni. To by mělo být oceňováno.“⁸⁵
- c) Ministerstvo práce a sociálních věcí. Je možná trochu překvapivé, že klademe na MPSV nároky stran působení na právní gramotnost mladých lidí. Právě toto ministerstvo má ovšem pod sebou úřady práce, se kterými je v pravidelném kontaktu mnoho mladých lidí. MPSV však mezi nimi žádnou osvětu podle svých vlastních slov⁸⁶ ani podle programu *Záruky pro mládež*, který cílí na mladé nezaměstnané,⁸⁷ neprovádí. Z dotazů na internetových poradnách⁸⁸ je přitom zřejmé, že občané se neorientují ani v nejzákladnějších institutech pracovního práva (např. výpověď či dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr), což je pochopitelně činí zranitelnější a lépe manipulovatelnými. Z těchto důvodů považujeme za nešťastné, že se úřady práce nesnaží alespoň těm, kteří jsou vedeni v evidenci uchazečů o zaměstnání, nabídnout alespoň základní osvětu. Navíc nezaměstnanost mladých lidí (ve věku

⁸² Např. Lon Fuller či M. Večeřa. V nálezu č. 37/2007 Sb. osvědčil Ústavní soud i svoji připravenost rušit takové úpravy právního řádu, které tyto požadavky zásadním způsobem narušují.

⁸³ Mimo jiné se to projevilo v projektu *Analýza přístupu veřejnosti k regulaci V České republice – Ministerstvo vnitra České republiky* [online]. [vid. 4. leden 2015]. Dostupné z: <http://www.mvcr.cz/clanek/analiza-pristupu-verejnosti-k-regulaci-v-ceske-republice.aspx>.

⁸⁴ Z vlastní zkušenosti přitom víme, že existují světlé výjimky a že setkání se soudcem mívá na studenty značný vliv.

⁸⁵ Vojtěch Cepl o současné české justici. In: *Česká justice* [online]. 9. červen 2005. Dostupné z: <http://prehravac.rozhlas.cz/audio/339008>. Přepis pořadu dostupný zde <http://ejustice.cz/vojtech-cepl-ceske-soudnictvi-postrada-soutez-vyber>

⁸⁶ Odpověď na dotaz vznesený autory na základě zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. Bylo jim sděleno, že úřady neprovádí žádnou osvětu a byli odkázáni na Českomoravskou konfederaci odborových svazů, případně na občanské poradny.

⁸⁷ *Realizační plán programu Záruky pro mládež České republiky* [online]. Praha: Ministerstvo práce a sociálních věcí. 2014. Dostupné z: <http://www.mpsv.cz/cs/16867>.

⁸⁸ Viz např. <http://www.prace.cz/>, <http://www.hledampraci.cz/pracovni-pravo/> nebo <http://bezplatnapravni-poradna.cz/online-zdarma/pracovni-pravo.html>.

15–24 let) dosahuje hodnoty téměř trojnásobné oproti nezaměstnanosti v celkové populaci 15–64 let.⁸⁹

4.4 NEFORMÁLNÍ VZDĚLÁVÁNÍ MLADÝCH LIDÍ

Neformální vzdělávání je dle Strategie celoživotního učení ČR definováno jako vzdělávání, které je zaměřeno na získání vědomostí, dovedností a kompetencí, které mohou respondentovi zlepšit jeho společenské i pracovní uplatnění. Je poskytováno v zařízeních zaměstnavatelů, soukromých vzdělávacích institucích, nestátních neziskových organizacích, ve školských zařízeních a dalších organizacích. Patří sem např. organizované volnočasové aktivity pro děti, mládež a dospělé, kurzy cizích jazyků, počítačové kurzy, rekvalifikační kurzy, ale také krátkodobá školení a přednášky. Nutnou podmínkou pro realizaci tohoto druhu vzdělávání je účast odborného lektora, učitele či proškoleného vedoucího. Nevede přitom k získání stupně vzdělání.⁹⁰

Dle Zprávy o mládeži se aktivitám neformálního vzdělávání ve věkové kategorii 15–24 let věnovalo v průběhu posledního měsíce 10 % dotázaných. Za poslední rok se účastnilo organizované dobrovolné aktivity 22 % mladých lidí (ve věku 15–30 let) a 23 % z nich se dostalo formálního ocenění. Pouze 1,5 % působilo jako dobrovolník v zahraničí. V porovnání s ostatními věkovými kategoriemi inklinuje mládež spíše k tzv. perifernímu dobrovolnictví (méně pravidelně, na kratší časový úsek, krátkodobě, méně aktivní). Nejčastěji se realizuje v oblastech sportu a činnosti mládeže a také ve sborech dobrovolných hasičů.⁹¹

4.4.1 VOLNOČASOVÉ AKTIVITY PRO DĚTI, MLÁDEŽ A DOSPĚLÉ

Se závěry Zprávy o mládeži souzní i Zpráva o neziskovém sektoru v České republice, podle které patří mezi členy občanských sdružení téměř polovina české dospělé populace (47 %), přičemž nejčastěji jsou lidé v ČR členy sportovních organizací (16 %). Často jsou také členy zájmových organizací, jako jsou zahrádkáři a pěstitelé (6 %), dobrovolní hasiči (6 %) nebo organizace rybářů (5 %).⁹² Tato čísla se bohužel netýkají pouze mladých lidí, ale populace jako celku. Lze říci, že vzhledem k počtu zapojených osob mají volnočasové spolky velký neformálně vzdělávací potenciál, nicméně je nutno dodat, že v konkrétním případě právní gramotnosti jsme nenašli příliš prostoru pro její kultivaci a zvyšování. S výjimkou případných právních úprav vztahujících se k danému spolku (typicky např. podávání informací o povinnosti platného rybářského lístku apod.). Tento závěr podpořil i rychlý průzkum webových stránek nejznámějších

⁸⁹ Mezi nejohroženější skupiny na pracovním trhu patří absolventi s nižší úrovní vzdělání. Viz MAŘÍKOVÁ, Hana: *Zpráva o mládeži 2013 Základní informace o situaci mladých lidí v České republice* [online]. 2013, s. 8. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/33231_1_1/.

⁹⁰ *Strategie celoživotního učení ČR* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2007, s. 9. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Zalezitosti_EU/strategie_2007_CZ_web_jednostrany.pdf.

⁹¹ MAŘÍKOVÁ, Hana: *Zpráva o mládeži 2013 Základní informace o situaci mladých lidí v České republice* [online]. 2013, s. 9. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/33231_1_1/.

⁹² VAJDOVÁ, Tereza: *Zpráva o neziskovém sektoru v České republice*. Praha: Vláda ČR, 2005, s. 13. Dostupné z: http://www.vlada.cz/assets/ppov/rmo/dokumenty/zprava_o_neziskovem_sektoru.pdf.

zástupců spolků, kde nebyly nalezeny téměř žádné zmínky o vzdělávací činnosti, natož zprávy týkající se právní gramotnosti.⁹³

Pozitivním zjištěním nicméně je, že řada celorepublikových spolků dětí a mládeže má své vlastní systémy neformálního vzdělávání navazující na hodnoty daného spolku. Příkladem mohou být např. skaut či pionýr. Ve značně proměnlivé kvalitě, která je odvislá zejména od úrovně lektorů, pracují se svými členy i další spolky, byť se o zvyšování právní gramotnosti jedná jen okrajově.⁹⁴ Bez významu nejsou ani nejrůznější právní a správní úkony, které musí v rámci organizace spolku plnit její vybraní členové (zejména vedoucí či jejich zástupci) a které mají nepochybně vliv na jejich právní gramotnost. Pozitivní vliv je zřejmě třeba přičíst i jejich práci se stanovami či zřizovacími listinami a pořádání nejrůznějších veřejných akcí, jejichž bezproblémový průběh předpokládá i učinění řady právních kroků (oznámení, zisk povolení atd.). V rámci sociální práce pak v jisté míře mohou na právní gramotnost mladých lidí působit sociální pracovníci nejrůznějších nízkoprahových center či klubů mládeže.⁹⁵

4.4.2 VZDĚLÁVACÍ AKTIVITY NEZISKOVÝCH ORGANIZACÍ ZAMĚŘENÉ NA ŠKOLY

Existuje celá řada neziskových organizací, které své programy nebo jejich část zaměřují přímo na vzdělávání. Tyto organizace dosáhnou na žáky a studenty nejčastěji prostřednictvím školy samotné, některé se dokonce zaměřují přímo na pedagogy. Při jejich hledání je nejtěžší to, že je nutné projít velké množství nejrůznějších serverů a dokumentů, ze kterých je mnohdy těžké vyčíst, co přesně se v rámci daného projektu v současnosti realizuje. Některé weby jsou navíc již jen svědectvím o projektech z minulosti nebo projektech sice přežívajících, ale nevykonávajících v současnosti výraznou aktivitu.⁹⁶

S tím souvisí i další zkušenost: řadu projektů je značně obtížné objevit, protože u nás neexistuje kvalitní reprezentativní informační rozcestník, který by odkazoval hledajícího čtenáře na všechny projekty s podobným cílem. Stránky některých organizací se nicméně pokouší být alespoň neúplnými rozcestníky a nasměrují čtenáře na řadu souvisejících českých i zahraničních projektů nebo informačních serverů. Stačí tedy pročíst server projektu Varianty společnosti Člověk v tísni,⁹⁷ stránky Českého helsin-

⁹³ Bez zajímavosti není, že mezi lidmi, kteří jsou členy těchto občanských sdružení, je podle Zprávy o neziskovém sektoru méně nevoličů, než občanů, kteří se voleb aktivně účastní. Autorka Zprávy o neziskovém sektoru v tomto ohledu dochází k závěru, že se dá říci, že členové občanských sdružení jsou aktivní občané – voliči. VAJDOVÁ, Tereza: *Zpráva o neziskovém sektoru v České republice*. Praha: Vláda ČR, 2005, s. 13. Dostupné z: http://www.vlada.cz/assets/ppov/rnno/dokumenty/zprava_o_neziskovem_sektoru.pdf.

⁹⁴ Kvalitu vzdělávání v některých organizacích dětí a mládeže do jisté míry podporuje MŠMT tím, že uděluje titul „Organizace uznaná MŠMT pro práci s dětmi a mládeží“. Být je získání dané certifikace podmíněno i pravidelným čerpáním státních dotací a vylučuje tak určitou část organizací a spolků mládeže, které dotace dlouhodobě nečerpají a financují svoji činnost ze soukromých zdrojů, je tato certifikace do jisté míry dokladem jisté kvality vzdělávacích možností a programů organizace. Podmínky a informace: <http://www.msmt.cz/mladez/organizace-uznana-msmt-pro-oblast-prace-s-detmi-a-mladezi>.

⁹⁵ Viz např. <http://www.socialni-zaclenovani.cz/nizkoprahova-zarizeni-pro-deti-a-mladez>.

⁹⁶ URBAN, Michal: *Efektivní strategie formování právního vědomí středoškolských studentů: případy z praxe*. Praha: Leges, 2013, s. 137–138.

⁹⁷ Internetové odkazy. *Varianty: Vzdělávací program společnosti Člověk v tísni* [online]. 2008 [cit. 2014-02-13]. Dostupné z: <http://www.varianty.cz/index.php?id=24>.

ského výboru⁹⁸ nebo materiály Centra občanského vzdělávání,⁹⁹ aby se před čtenářem otevřela spleť různých projektů, publikací a seminářů, z nichž se řada nějakým způsobem týká rozvoje právní gramotnosti mladých lidí.¹⁰⁰

Co se obsahové stránky týče, neexistuje (nebo se nám ji alespoň nepodařilo najít) žádná organizace, která by svou vzdělávací činnost zaměřovala výhradně na právní gramotnost jako takovou. Zpravidla se jedná o programy, které se v rámci ostatních aktivit zaměřují také buď na konkrétní právo či skupinu práv (typicky lidská práva) nebo na problematiku, kterou lze pod některé právo podřadit (např. ekologická výchova či globální výchova). Rozvoj vybrané sféry právní gramotnosti tak představuje jeden z cílů, často navíc nikoli cíl přímý.

Z řady existujících projektů, které v nějaké podobě cílí na zvyšování právní gramotnosti mladých lidí a jejich učitelů, vybíráme tři příklady, které považujeme za následoványhodné.

1) Člověk v tísni – Již zavedený vzdělávací program *Varianty* nabízí programy pro pedagogy a asistenty, metodické listy, publikace, konference a další.¹⁰¹ Člověk v tísni pořádá i známý projekt *Jeden svět na školách* neboli vzdělávání skrze dokumentární filmy. Nabízí zvláště část pro pedagogy¹⁰² a studenty.¹⁰³ Dalším projektem Člověka v tísni jsou *Příběhy bezpráví*. Ten spadá spíše do dějepisu, neboť umožňuje setkávání s moderními dějinami, opět skrze film a publikace, případně metodou orální historie. Za velmi vydařený považujeme projekt studentských voleb, který lze uvést jako pozitivní příklad spolupráce mezi státem, neziskovým sektorem a studenty, resp. školami.¹⁰⁴ Jejich cílem je mimo jiné zvýšit účast prvovoličů a mladých lidí v řádných volbách, což přináší i pozitivní výsledky: „Výzkum po prvních Studentských volbách ukázal, že se účast prvovoličů v řádných volbách z řad studentů, kteří se předtím zúčastnili voleb na své škole, zvýšila o 6 %.“¹⁰⁵ Za jasnou výhodu této organizace lze považovat mnohost témat, dostupnost programů (jsou zdarma a např. web *Jednoho světa na školách*, přes který lze filmy po registraci učitele rovnou stahovat, je výraznou pomocí pro učitele). Jedná se o organizaci v této oblasti zavedenou, s dlouholetou praxí svých pracovníků a zájemců důvěryhodné a známé organizace. Za nevýhodu pak lze svým způsobem považovat množství projektů a programů, což může vést k nepřehlednosti. Většina z nich

⁹⁸ Publikace. *Český helsinský výbor* [online]. [cit. 2014-02-13]. Dostupné z: <http://www.helcom.cz/search.php?rsvelikost=sab&rstext=all-phpRS-all&rstema=11>.

⁹⁹ Naše koncepce. *Projekt Výchova k občanství* [online]. 2012 [cit. 2014-02-13]. Dostupné z: <http://www.vychovakobcanstvi.cz/>.

¹⁰⁰ Více viz URBAN, Michal: *Efektivní strategie formování právního vědomí středoškolských studentů: příklady z praxe*. Praha: Leges, 2013, s. 139 a násled.

¹⁰¹ Viz <http://varianty.cz/index.php?id=5>.

¹⁰² Pedagogům jsou k dispozici výukové materiály, včetně návrhů hodin, jejichž součástí je vždy reflexe filmu.

¹⁰³ Ti mají například možnost založení filmového klubu ve škole.

¹⁰⁴ Cíle: přiblížit studentům základní demokratické principy, seznámit studenty s volebním systémem České republiky, podpořit dialog týkající se správy veřejných věcí jak mezi studenty, tak mezi nimi a jejich pedagogy a rodiči, https://www.jsns.cz/cz/article/56/Studentske_volby.html?id=122. Podobný projekt byl realizován v ČR dříve již DUHOU-Participací pod názvem „Simulované volby“.

¹⁰⁵ Viz <http://www.clovekvstisni.cz/cs/tiskove-zpravy/studentske-volby-probehnou-na-temer-400-skolach-v-ceske-republice>.

zároveň předpokládá aktivního učitele či studenta, kteří si příslušné materiály vyhledají, nebo alespoň zareagují na občasně emaily, které Člověk v tísni v rámci projektů rozesílá.

2) Amnesty International Česká republika – Amnesty International (AI) provozuje vzdělávací web lidskaprava.cz, který je rozdělen na část pro studenty a část pro učitele. Obsahuje celou řadu informací o lidských právech a souvisejících tématech, elektronické verze lidskoprávního časopisu pro mladé či návrhy hodin podle článků Všeobecné deklarace lidských práv. Dalším vzdělávacím projektem je *FairPlay – studenti za rovnoprávnost*, který je zaměřen na diskriminaci, rasismus a xenofobii.¹⁰⁶ AI pořádá i semináře pro učitele, u kterých je aktuálně kladen rovněž důraz na tematiku diskriminace, xenofobie a rasismu. Mezinárodní projekt *Human Rights Friendly Schools* je založen na přístupu „celostního“ vzdělávání.¹⁰⁷ Probíhá však pouze na dvou školách v ČR a má tedy velmi omezený dopad. Důraz všech aktivit AI je kladen na aktivizaci a propojení s akcemi na podporu lidských práv, což může být výhodou, ale zároveň to může některé studenty a učitele odrazovat. AI rovněž zapojuje školy do některých jednorázových akcí, jako jsou *Dopisy v ulicích* a *Maraton psaní dopisů*, ke kterým probíhají i workshopy vedené jejich lektory zaměřené na lidská práva.¹⁰⁸ Výhodou AI je, že jde o velkou mezinárodní organizaci, která je důvěryhodná a má dlouholeté zkušenosti. Nevýhodou je, že aktuálně probíhá hlavně projekt *FairPlay*, který je určen pro hrstku vybraných škol. Na druhou stranu tento projekt pracuje se studenty dlouhodobě.

3) ADRA – Příklad humanitární organizace, která se věnuje i vzdělávání, především však globálnímu.¹⁰⁹ Nabízí programy pro mateřské, základní (včetně praktických) i střední školy a pro pedagogy, zaměřené na globální rozvojové vzdělávání. Témata, kterým se programy věnují, vycházejí z Národní strategie globálního vzdělávání,¹¹⁰ jedná se tedy o problematiku, která s právem souvisí pouze okrajově, a to především se sociálními právy a právem na příznivé životní prostředí. ADRA nabízí i dlouhodobou spolupráci, tzv. *Opravdové partnerství*.¹¹¹ Výhodou této organizace je její mezinárodní povaha a známost, nevýhodou může být skutečnost, že jsou jejich vzdělávací programy často placené.

Z uvedeného stručného přehledu lze vypožorovat, že nabídka rozličných neziskových organizací je v podstatě trojí – materiály (filmy, pracovní listy, plány hodin),

¹⁰⁶ Viz <http://www.amnesty.cz/vzdelavani/fair-play>, Závěrečná zpráva pilotního ročníku: http://www.amnesty.cz/data/file/60-zaverecna-zprava-fair_play.pdf?version=1391943957.

¹⁰⁷ To znamená, že je zaměřen na všechny oblasti života školy (čtyři klíčové oblasti, kterými se zabývá, jsou: prostředí, vztahy, kurikulum a extrakurikulární aktivity, řízení školy). Viz citát Martina Kúse zde: Školy přátelské k lidským právům [online]. [vid. 23. února 2015]. Amnesty International Česká Republika, nedatováno. Dostupné z: <http://www.amnesty.cz/vzdelavani/skoly-pratelske-k-lidskym-pravam>.

¹⁰⁸ Viz <http://www.amnesty.cz/z949/trinact-pripadu-bezpravi-a-tisice-hlasu-na-jejich-podporu>, <http://www.amnesty.cz/z734/studenti-opet-vyrazili-do-ulic-ceskych-mest-sbirali-podpisy-pro-nespravedlive-veznene>.

¹⁰⁹ ADRA ve svém pojetí vzdělávání odkazuje na tzv. Maastrichtskou deklaraci globálního vzdělávání.

¹¹⁰ Ministerstvo zahraničních věcí České republiky: *Národní strategie globálního vzdělávání pro období 2011–2015*. Dostupné z: http://www.mzv.cz/file/612334/Narodni_strategie_globalniho_rozvojoveho_vzdelavani_pro_obdobi_2011__2015.pdf.

¹¹¹ Viz <http://www.adra.cz/opravdovysvet/nabidka-pro-skoly/opravdove-partnerstvi>.

různé workshopy a projektové dny přímo pro studenty a školení pro pedagogy. Pro školy, resp. pedagogy a studenty, mohou být projekty neziskových organizací zdrojem cenných znalostí, často doplněných o konkrétní zkušenosti z praxe, nicméně, jak již bylo řečeno, nabídek je velké množství a těžko se v nich orientuje. Při průzkumu mezi 34 učiteli občanské výchovy v roce 2010 bylo zjištěno, že při výuce používají dohromady více než 124 odlišných výukových materiálů.¹¹² V záplavě celé řady dalších povinností a každodenní výuky se tak logicky pocit učitele daleko spíše blíží zahlcení než pocitu nedostatku konkrétních nabídek. Velkým problémem je tedy neexistující jednotná databáze, která by shromažďovala, třídila a zejména pak hodnotila kvalitu jednotlivých materiálů.¹¹³ Za nevýhodu vzdělávacích aktivit neziskových organizací lze považovat jejich financování, kdy po skončení příslušného grantu může dojít k ohrožení kontinuity projektu.¹¹⁴

4.4.3 PROGRAMY TYPU STREET LAW

Speciální druh programů na hranici mezi formálním a neformálním vzděláváním představují programy Street Law.¹¹⁵ Jedná se o programy zvyšování právní gramotnosti inspirované zkušenostmi ze Spojených států amerických, které se zejména během posledních pěti let dočkaly značného oživení i v ČR. Jejich jádrem je výuka základů práva, kterou pro studenty základních a zejména pak středních škol pořádají studenti právnických fakult pod vedením svých vyučujících. Důležitou dimenzí celého projektu je, že klade velký důraz na zvolené metody, pomocí kterých mají studenti právní základy svého oboru středoškolákům přibližovat: naprostá většina z nich jsou interaktivní, založené na aktivitě středoškolských studentů, protože program má nejen vzdělá-

¹¹² Analýzu vypracoval Výzkumný ústav pedagogický v Praze z pověření Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy za účelem zmapování současné nabídky materiálů používaných učiteli na základních školách a v odpovídajících ročních nižšího stupně víceletých gymnázií při výuce dějepisu a výchovy k občanství (občanské výchovy). Za „výukové materiály“ byly považovány materiály, na které se nevztahují podmínky pro udělování schvalovací doložky MŠMT. V souvislosti s tím byly tedy z dalšího procesu vyřazeny učebnice a učební texty, na které se vztahuje udělování schvalovací doložky. Za metodické materiály rovněž nebyly považovány „osobní“ přípravy učitelů, jejichž zařazení by v podstatě znemožnilo reálné provedení šetření z důvodu jeho takřka neomezeného rozsahu. Viz FRANC, Aleš – HESOVÁ, Alena: *Závěrečná zpráva za rok 2010 – Analýza materiálů pro výuku předmětů ze společenskovední oblasti (kromě učebnic)* [online]. Praha: Výzkumný ústav pedagogický, 2010. Dostupné z: <http://www.moderni-dejiny.cz/clanek/file/id/338/>.

¹¹³ Dobrým nakročením tímto směrem je databáze Centra občanského vzdělávání, která je přehledná a obsahuje výukové materiály i plány hodin, nebo stránky nově vzniklé Asociace učitelů občanské výchovy a společenských věd www.obcankari.cz. Široké spektrum materiálů nabízí také portál RVP, jeho hlavním nedostatkem je ovšem značná nepřehlednost. Žádný z těchto portálů se nicméně soustavně nevěnuje hodnocení kvality materiálů – ani jeden např. nenabízí žebříček dostupných společenskovedních učebnic, ze kterých by si nový učitel OV/ZSV mohl vybrat.

¹¹⁴ Příkladem budiž výzva projektu Příběhy bezpráví organizace Člověk v tísni z prosince 2014, ve které i tak silná organizace, jako Člověk v tísni, musela žádat veřejnost o finanční prostředky, aby překlenula období po skončení podpory z evropského operačního fondu: viz http://www.lidovky.cz/pribehy-bezpravi-zadaji-o-prispevky-evropske-penize-uz-nedostanou-1pf/-zpravy-domov.aspx?c=A141204_161750_In_domov_spa.

¹¹⁵ Street Law program je možné řadit i do formálního vzdělávání, pokud plně probíhá v rámci školní výuky. Současně ovšem může probíhat i na dobrovolnické bázi. Street Law programy popisujeme i proto, že s projektem mají někteří autoři osobní zkušenosti.

vat, ale také bavit.¹¹⁶ Funguje od roku 2009 na pražské právnické fakultě¹¹⁷ a od roku 2011 na právnické fakultě v Olomouci.¹¹⁸ Na brněnských právech probíhá program na studentské bázi, pod vedením členů studentského spolku ELSA.¹¹⁹

Pro naši analýzu je tento typ aktivit důležitý hlavně proto, že se jako jediný z uvedených zaměřuje přímo na zvyšování právní gramotnosti studentů. Má zároveň dvojitý efekt – zvyšuje znalosti a dovednosti nejen středoškolských studentů, ale i lektorů z řad vysokoškoláků. Ti se zároveň připravují na své budoucí působení, kdy budou muset být připraveni vysvětlit složité právní problémy i laikům.

4.4.4 OBECNĚ PROSPĚŠNÉ A OSVĚTOVÉ PROJEKTY TÝKAJÍCÍ SE PRÁVNÍ GRAMOTNOSTI

Dle našeho názoru lze do faktoru týkajícího se neformálního vzdělávání zařadit i jednorázové či dlouhodobé osvětové a obecně prospěšné projekty, byť *stricto sensu* do definice uvedené na začátku kapitoly nespádají. Jedná se například o nejrůznější internetové poradny,¹²⁰ ať už všeobecné nebo zaměřené na určité právní odvětví. Jako riziko u nich lze vnímat anonymitu odpovídajících a s tím spojené možnosti nesprávné rady od neodborníka. Toto riziko je samozřejmě menší u zavedených, známých poraden. Lepší verzi internetových poraden jsou poradny skutečné, například z Asociace občanských poraden.¹²¹ Speciálním příkladem je bezplatné právní poradenství poskytované Českou advokátní komorou. Zajímavou podkategorií jsou i spotřebitelské organizace zabývající se mimo jiné poradenstvím a právní podporou v oblasti ochrany spotřebitele.¹²² Zajímavým druhem právního poradenství jsou i právní kliniky fungující na právnických fakultách. Ty jsou buď aktivitami přímo univerzit,¹²³ nebo fakultních studentských spolků.¹²⁴

Stranou nelze ponechat ani kampaně a projekty mající za cíl aktivizaci a zvyšování občanské angažovanosti. Zapojení do těchto kampaní s sebou totiž často nese zvyšování kompetencí účastníků (typicky seznámení se s legislativním procesem díky podpisu petice proti novele zákona apod.). Některé neziskové organizace svou činností dávají lidem do rukou přímo právní nástroje.¹²⁵ Jiné organizace zase provádějí osvětovou činnost o rozličných právních tématech.¹²⁶

¹¹⁶ Více viz URBAN, Martin: *Efektivní strategie formování právního vědomí středoškolských studentů: případ z praxe*. Praha: Leges, 2013, s. 150 a násl.

¹¹⁷ Viz <http://streetlaw.eu/>.

¹¹⁸ Viz <http://lawforlife.upol.cz/klicove-aktivity-2/program-pravo-pro-kazy-den-street-law/>.

¹¹⁹ Viz <http://www.elsa.cz/brno/o-elsa/pravo-do-skol/>.

¹²⁰ Několik příkladů: <http://bezplatnapravnioporadna.cz/online-zdarma/>, <http://mojepravnioporadna.cz/>, <http://www.pravnik.cz/poradna/poradna.html>.

¹²¹ Viz http://www.obcanskeporadny.cz/component/option,com_poradny/Itemid,8/view,poradny/.

¹²² Např. <http://www.asociace-sos.cz/>, seznam zde: <http://www.mpo.cz/dokument5724.html>.

¹²³ Např. projekt Law for Life Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci: <http://lawforlife.upol.cz/>.

¹²⁴ Např. projekt První Právní Pomoc spolku Juristé, který funguje při Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze.

¹²⁵ Např. projekt Občan 2.0 organizace Frank Bold: <http://frankbold.org/obcandvanula> nebo některé aktivity Ligy lidských práv: <http://llp.cz/>.

¹²⁶ Např. organizace Iuridicum Remedium, viz: <http://www.iure.org/>.

Slabinou řady těchto projektů z pohledu zvyšování právní gramotnosti je jejich krátkodobost, zaměření na úzkou problematiku a často i zaměření se na řešení specifického právního problému, ve kterém pak právo představuje jen nástroj k dosažení konkrétního cíle. Ty, které těmto nedostatkům odolávají, považujeme naopak pro účely právní gramotnosti za pozitivně působící.

4.5 MÉDIA A SOCIÁLNÍ SÍŤ

Sotva kdo dnes pochybuje o tom, že žijeme v době mediální. Výzkumy prozrazují, že sledování televize patří stabilně mezi oblíbené volnočasové aktivity. Třetina 15–30letých ji sleduje 1,5–2,5 hodiny denně. Dlouhodobě naopak klesá v této věkové kategorii čtenost tisku a poslechovost rozhlasu. Mladí lidé ve věku 15–24 let patří mezi nadprůměrné čtenáře knih i návštěvníky knihoven. V roce 2012 využívalo internet denně 77 % 16–24letých, přičemž počet každodenních uživatelů se neustále prudce zvyšuje. České děti ve věku 9–16 let patří podle mezinárodního srovnávacího výzkumu mezi nadprůměrné uživatele internetu, a to jak z hlediska frekvence, tak i znalostí. Jsou tedy více vystaveny rizikům, ale zároveň umějí lépe využívat i možnosti internetu.¹²⁷ Všechny tyto trendy budou přitom s největší pravděpodobností pokračovat, a tudíž se bude zvyšovat i vliv médií na mladé lidi.

Vliv médií na úroveň právní gramotnosti přitom rozhodně není jen negativní. Mnoho znalostí o fungování práva si mohou lidé odnést z filmů, seriálů nebo televizních či novinových reportáží.¹²⁸ Jejich největší potíž je ovšem v tom, že nevznikají primárně za účelem šíření širšího povědomí o právu, a jejich autoři nebývají právníky. Mnohdy proto obsahují faktické chyby nebo nepřesnosti.¹²⁹ Zejména komerční média jsou pak ovládána principem *infotainmentu*,¹³⁰ kdy výběr i způsob podání právních témat nepodléhá tolik kritériu přiměřenosti či informační přednosti, ale spíše schopnosti zaujmout či bavit. I když je tedy občasné počiny médií, a to i soukromých, třeba ocenit,¹³¹ celkově považujeme jejich vliv na stav právní gramotnosti mladých lidí za rozporuplný a zejména těžko ovlivnitelný.

4.6 ZÁVĚR

Jak jsme psali již v úvodu této části, jednotlivých faktorů působících na právní gramotnost mladých lidí existuje víc, výše popsané nicméně považujeme za nej-

¹²⁷ MAŘÍKOVÁ, Hana: *Zpráva o mládeži 2013 Základní informace o situaci mladých lidí v České republice* [online]. 2013, s. 10. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/33231_1_1/.

¹²⁸ Z filmů uveďme například *Kauzu Králík* nebo inscenaci *Ex offio*, ze seriálů *Život a dobu soudce A. K.* či *Rozsudek*, z reportáží pak např. mnohé příspěvky z pořadu *168 hodin* nebo ze zpravodajství.

¹²⁹ Což se z výše uvedených týká především seriálu *Život a dobu soudce A. K.*

¹³⁰ Jedná se o slovo složené z anglických slov *information* a *entertainment* (tj. informace a zábava) a označuje takový způsob výběru a prezentování reality, který má vedle informací také dostatečným způsobem čtenáře, posluchače či diváka bavit.

¹³¹ Patří sem určitě např. i televizní či novinové seriály, které média chystala před vstupem nového občanského zákoníku v účinnost. Lidové noviny mívaly a dnes v redukované podobě opět mají přílohu *Právo a justice*, Ministerstvo spravedlnosti nechalo zhotovit osvětové animace osvětující průběh soudního procesu.

významnější. Při hledání způsobů, jak efektivně překonávat jednotlivé překážky a kam zejména v současnosti investovat energii, jsme nakonec identifikovali formální vzdělávání jako oblast, ve které přednostně stojí za to usilovat o změnu. Ze všech faktorů v rámci vzdělávacího systému, na které je možné působit, považujeme potom za nejperspektivnější investici do učitelů.

Co nás k tomuto závěru vede? Formálním vzděláváním projde každý mladý člověk, přes 90 % absolvuje i střední školu a stráví tedy ve škole minimálně 13 let. Stát má k dispozici rozsáhlou školskou síť a zaměstnává mnoho pedagogů, české školy jsou ještě v naprosté většině v rukou veřejné moci a i soukromé školy musí respektovat pravidla stanovená parlamentem a MŠMT. Na rozdíl od mediální scény, neformálního vzdělávání nebo rodinného prostředí tak v oblasti formálního vzdělávání má stát v rukou řadu prostředků, jak rozvoj právní gramotnosti podpořit. Dobrou školu pak podle nás nedělají tolik projektory, interaktivní tabule či skvělí ředitelé, ale především dobří učitelé, kteří sehrávají klíčovou roli ve vzdělávacím procesu. Samozřejmě, i ti potřebují dobré ředitele a materiální vybavení, ale pro zvyšování právní gramotnosti představují hlavní klíč ke změně učitelé, a to zejména učitelé OV a ZSV.¹³² V následující části zmapujeme překážky, se kterými se potýkají, a navrhneme jejich možná řešení.

5. UČITEL JAKO KLÍČ KE ZMĚNĚ

V předchozí části článku jsme popsali cíle, které si stát vytyčil v oblasti rozvoje právní gramotnosti v rámci vzdělávací soustavy. V této části si vybíráme učitele jako klíčový faktor, který může výsledky formálního vzdělávání zvyšující právní gramotnost na českých školách změnit, a popisujeme překážky, které tomu v současnosti brání.¹³³ Vycházíme přitom z tradičního a stále dominantního způsobu výuky, kdy většina školních hodin probíhá ve škole a je dělena na předměty.¹³⁴ Budeme se tedy věnovat především učitelům OV a ZSV, neboť právě v těchto předmětech bývají nejčastěji realizovány požadavky na právní gramotnost, které stanovují RVP.

5.1 PŘÍLIŠ ŠIROKÉ ROZKROČENÍ PŘEDMĚTU A NEDOSTATEČNÁ ČASOVÁ DOTACE

Základy práva jsou ve školách vyučovány v rámci předmětů občanská výchova (ZŠ) či základy společenských věd (SŠ a gymnázia).¹³⁵ Oproti jiným vyučova-

¹³² Dalším logickým krokem je podporovat také cílené občanské vzdělávání dospělých, jako je to běžné v západní Evropě, protože naprostá většina současných dospělých občanů, kteří rozhodují o směřování naší společnosti, prošla občanskou výchovou ještě v socialistickém školství.

¹³³ Důvody, proč volíme právě učitele, jsme uvedli v závěru předcházející části.

¹³⁴ Jsme si vědomi toho, že výuka probíhá i mimo školní lavice, a to i v oblasti zvyšování právní gramotnosti (exkurze na soudy a jiné právní instituce, simulované soudy atd.). Jedná se ale stále spíše o doplněk běžných školních hodin než hlavní aktivity.

¹³⁵ Ve svých školních vzdělávacích programech (ŠVP) si školy tyto předměty mohou nazvat jinak, případně je rozpusťují do jiných předmětů či odučit blokově, většinou ovšem školy vyučují výše zmíněné předměty. Terminologická poznámka: jsou-li v této části článku použity pojmy občanská výchova (OV) či základy společenských věd (ZSV), mají se na mysli školní předměty na základních školách (OV), středních sko-

ným předmětům, které jsou typicky jednooborové, v sobě OV a ZSV integrují velmi široké spektrum oborů, jejichž pojítkem je humanitní orientace. Vedle práva a státovědy se jedná o ekonomii, filosofii, religionistiku, politologii a mezinárodní vztahy, sociologii, psychologii, etiku a zpravidla i jim příbuzné obory, jako jsou kulturní a sociální antropologie a logika. V případě, že neexistuje samostatný předmět věnovaný mediální či finanční gramotnosti, bývají také tyto zařazeny do společenských věd, podobně jako výchova ke zdraví.¹³⁶ I když na konkrétní škole může být pro jeden, dva či dokonce tři z výše zmíněných oborů zaveden samostatný předmět, nic to nemění na základním předpokladu: učitel společenských věd by měl dobře ovládat nějakých sedm oborů, což je prakticky nemožné.

Jedná se nadto o obory, které se rychle vyvíjejí – mimo jiné proto, že se nezabývají tolik přírodou a jejími zákony, ale společností, jejichž vývoj se neustále zrychluje.¹³⁷ Příkladem překotně se vyvíjejícího oboru je například právo: pokud učitel získal své vzdělání řekněme v roce 2002, nesetkal se logicky nejen s předpisy vydanými po tomto datu (nový občanský zákoník, trestní zákoník či zákoník práce), ale velmi pravděpodobně ani s evropským právem, které zásadním způsobem ovlivňuje podobu českého právního řádu. Udržovat si přehled o všech významnějších změnách v právní úpravě činí značné problémy i samotným právníkům, natož pak učitelům, pro něž je právo jen jedním ze společenských věd řazených do ZSV.¹³⁸ Učitelé ZSV mívají navíc i druhý aprobovaný obor, který zpravidla také vyučují.

Mnoho učitelů ZSV se navíc nemůže dostatečně opřít ani o své vzdělání. Odhlédneme-li na tomto místě od úrovně pedagogických fakult, kterým se budeme samostatně věnovat v další části, řada učitelů společenských věd nestudovala všechny vědy řazené do ZSV. Mnozí absolvovali jen jeden či dva z těchto oborů (jedná se typicky o absolventy filosofických fakult). Nezanedbatelné procento učitelů OV či ZSV potom dokonce nemá žádnou aprobaci na učení společenských věd.¹³⁹

S tím souvisí i závažný problém nedostatečné časové dotace. Na OV či ZSV, které v sobě zahrnují několik oborů, je z hlediska učebních plánů pohlíženo jako na jakýkoliv jiný, byť jednooborový předmět, v důsledku čehož na jednotlivé obory vychází jen zlomek celkové časové dotace věnované jiným oborům vyučovaným v rámci samostatného předmětu.¹⁴⁰

lách a gymnáziích (ZSV) – ačkoli se tyto předměty mohou na různých školách jmenovat různě. Jsou-li použity jiné pojmy, např. *výchova k občanství, vzdělávání o právech, společenskovední vzdělávání* apod., myslí se tím dotýčný vzdělávací okruh/oblast/obor, nikoli konkrétní vyučovací předmět.

¹³⁶ *Rámcový vzdělávací program pro základní vzdělávání*. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2013. BALADA, J.: *Rámcový vzdělávací program pro gymnázia: RVP G*. Praha: Výzkumný ústav pedagogický v Praze, 2007. RVP pro střední odborné vzdělávání (RVP SOV) na <http://www.nuov.cz/ramcove-vzdelavaci-programy->

¹³⁷ Viz např. BECK, U.: *Riziková společnost: na cestě k jiné moderně*. 2. vyd. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011. Post, sv. 9.

¹³⁸ Složitost výuky základů práva pak zvyšuje i specifická terminologie.

¹³⁹ V roce 2002, kdy vyšel výzkum Mikrosonda, to bylo 20 % učitelů vyučujících OV či ZSV. Podobný počet potom vyučoval tento předmět nedobrovolně, z nichž polovina navíc na tento předmět nemá aprobaci. MIČIENKA, M.: *Mikrosonda občanský a společenskovední základ: závěrečná zpráva projektu*. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání, 2002, s. 49.

¹⁴⁰ Viz např.: Školní vzdělávací program, Gymnázium, Brno, Křenová 26, dostupné online: <http://www.gymkren.cz/studium/studijni-program/>; ŠVP, Masarykova základní škola, Školní 416, Tanvald, dostupné online:

Na základních školách je občanské výchově spolu s dějepisem určena v RVP minimální časová dotace 11 hodin, která představuje týdenní časovou dotaci za celou dobu studia. V praxi bývá dějepisu věnováno 8 hodin (2 hodiny týdně), občanské výchově 3–4 hodiny (1 hodina týdně v průběhu tří nebo čtyř ročníků).¹⁴¹

Na gymnáziích je pro ZSV spolu s dějepisem a přírodovědnými předměty vyhrazena minimální časová dotace 36 hodin.¹⁴² To dává školám možnost se dle svého uvážení zaměřit – ať již na společenskovědní, či přírodovědné obory, na gymnáziích všeobecně zaměřených bývá ZSV typicky věnováno celkem 7–8 hodin, v průměru tedy 2 hodiny týdně každý ročník.¹⁴³

Na středních odborných školách a učilištích, kde je do ZSV řazen i dějepis,¹⁴⁴ je předmětu vyhrazena minimální dotace 3–5 hodin (zde záleží na oboru a délce studia, přičemž studium může být tříleté až pětileté).¹⁴⁵ V praxi bývá tedy předmětu vyhrazena pouhá 1 hodina týdně. I s přihlédnutím k tomu, že cíle stanovené v RVP pro střední odborné vzdělávání nejsou o mnoho méně ambiciózní, než cíle stanovené v RVP pro gymnázia, se jeví zejména zde časová dotace jako zcela nedostatečná. I na středních školách je totiž třeba probrat základní vymezení práva, základní lidská práva a základy stěžejních právních odvětví, a pokud je v rámci takto nízké časové dotace zahrnut i dějepis s kompletními světovými a českými dějinami nebo dějinami studovaného oboru, zbývá na právo skutečně málo prostoru.¹⁴⁶

Je tedy vcelku zřejmé, že na všech typech škol je uvedený počet vyučovacích hodin značně omezený, ne-li nedostatečný.¹⁴⁷ Při širokém oborovém rozkročení předmětu postačí takto nízká časová dotace často pouze k základnímu seznámení s právem, navíc logicky svádí učitele k používání zdánlivě nejrychlejší metody výuky, totiž výkladu, což mívá negativní dopad nejen na dlouhodobost osvojených

http://zs.mzsaoatanvald.cz/files/svp_uvod2010.pdf; ŠVP Kadeřník, SOU Kadeřnické, Karlínské náměstí 8, Praha 8, dostupné online: <http://souhair.cz/doc/svp-kadernik-2014.pdf>.

¹⁴¹ Zjištěno na základě studia ŠVP různých škol. Např.: ZŠ J. Valčíka, Ostrava – <https://app.box.com/s/pcbttfvbb8myeakla83/1/205365036/13011169913/1>, ZŠ Hartmanice – <http://www.zshartmanice.cz/svp07.html>, Gymnázium Turnov – <http://www.gytu.cz/postnuke/modules.php?op=modload&name=Sections&file=index&req=viewarticle&artid=43&page=1>, ZŠ Kuncova, Praha – <http://www.zskuncova.org/texty/start.htm>.

¹⁴² BALADA, J.: *Rámcový vzdělávací program pro gymnázia: RVP G*. Praha: Výzkumný ústav pedagogický v Praze, 2007, s. 83.

¹⁴³ Zjištěno na základě studia ŠVP různých gymnázií. Např.: Wichterlovo gymnázium, Ostrava – Poruba; Gymnázium Strakonice – http://www.gymstr.cz/sites/default/files/file/svp/4_lete/1_SVP_G_STR.pdf; Gymnázium Jiřího Wolker, Prostějov – <http://p4let.gjwprostojov.cz/ucebni-plan.htm>.

¹⁴⁴ Dějepis řadí do ZSV RVP pro střední odborné školství. Na některých školách a oborech se dějepis nicméně vyučuje zvlášť.

¹⁴⁵ Viz např. RVP pro obor výrobce potravin, RVP pro obor mechanik elektrotechnik, RVP pro obor veřejnosprávní činnost.

¹⁴⁶ To si uvědomuje i stát, podle jehož Strategie vzdělávací politiky ČR do roku 2020 je posilování předmětů společného základu na středních školách, mezi něž ZSV patří, na úkor předmětů odborných, jedním z klíčových prostředků, jak docílit snížení nerovnosti ve vzdělávání.

¹⁴⁷ To si zjevně uvědomují i mnozí ředitelé, kteří vypisují vedle předmětu ZSV současně i výběrové semináře, v rámci kterých se zejména ti studenti, kteří se orientují na humanitní předměty, věnují právu soustavněji a v průběhu celého roku.

znalostí, dovedností a postojů, ale i na motivaci studentů a koneckonců i samotných učitelů.¹⁴⁸

Celkově nedobrou situaci podtrhuje i počet žáků ve třídách: zatímco na jazyky, biologii, chemii a někdy i český jazyk či matematiku jsou žáci (alespoň na některé hodiny) děleni na poloviny, společenské vědy se zpravidla učí v celé třídě, což (v kombinaci s chronickým nedostatkem času) více než svádí k frontálním metodám výuky.

Možnosti, jak s těmito negativními jevy bojovat, se nabízejí minimálně dvojí:

a) Zredukovat obsah předmětu jen na to nejdůležitější (tj. zejména dovednosti a postoje na úkor konkrétních znalostí) a dát učitelům víc svobody v dosahování těchto cílů. Učitelé by pak mohli jít v tématech, kterým nejlépe rozumí, do větší hloubky a vyhnout se těm, kde jsou takřkajíc jen „kapitolu před žáky“ a do hodin je zařazují jen proto, aby uspokojili požadavky RVP. Otevře se tím také prostor pro bohatší spektrum používaných metod výuky, a to hned ze dvou důvodů: jednak časového (alternativní metody jsou zpravidla náročnější než tradiční výklad), jednak proto, že dovednosti a postoje je značně obtížné (ne-li nemožné) předávat pomocí výkladu. Tento přístup, jakkoli nepochybně v praxi již „na divoko“ realizovaný,¹⁴⁹ je za stávajícího právního stavu v rozporu se zákonem. Povinností škol je totiž naplnit závazný vzdělávací obsah definovaný v RVP.¹⁵⁰ Toto řešení také otevírá debatu o nepostradatelném minimu dovedností, postojů a znalostí, bez kterých by žádný z žáků či studentů neměl opustit příslušnou úroveň vzdělávací soustavy. Nemáme prostor zde toto minimum definovat, omezíme se proto alespoň na základní východisko: muselo by být o poznání méně ambiciózní než to, které požadují současné RVP, a založené víc na dovednostech a postojích než znalostech.

b) Vyčlenit některé společenskovední obory do samostatných předmětů s vlastní časovou dotací. Může-li být oddělena biologie, chemie a fyzika, není důvod, proč nechat samostatný prostor např. právně-politologickému minimu (právo, politologie, mezinárodní vztahy) a ekonomickému minimu (ekonomie ve spojení s finanční gramotností). S tím souvisí i otázka vyučujících: učitelé by se mohli lépe specializovat jen na některé společenskovední obory¹⁵¹ a ředitelé snáze najímat externí odborníky

¹⁴⁸ Nízká časová dotace je na školách problémem i podle 20 % učitelů oslovených v šetření Občankáři.cz přičemž podíl učitelů středních odborných škol a učilišť mezi oslovenými učiteli činil cca 30 %. Nevíme ovšem, nakolik považují nízkou časovou dotaci za problém právě učitelé ve středním odborném vzdělávání, a nakolik ji za problém považují učitelé na jiných typech škol. Viz ŘEZÁČ, Michal – VODIČKOVÁ, Tereza: Co potřebují občankáři? Výsledky dotazníkového šetření. In: *Co potřebují občankáři?* [online]. 12. březen 2014. Dostupné z: <http://digifolio.rvp.cz/artefact/file/download.php?file=65269&view=9146>.

¹⁴⁹ Spolehlivá (neřkuli oficiální) data o tom, kolik učitelů takto k výuce OV nebo ZSV přistupuje, pochopitelně nejsou k dispozici. Tvzení, že už v současnosti někteří učitelé k výuce takto přistupují, opíráme nicméně o rozhovory, které jsme na různých úrovních s učiteli vedli. Rozpor mezi požadavky kurikula a výukou probíhající ve třídách mnohdy neodhalí ani zápisy v třídních knihách či výkazech práce, neboť ty mohou učitelé vést v souladu se ŠVP a RVP bez přímé vazby na to, co se skutečně děje ve třídě.

¹⁵⁰ BALADA, Jan: *Rámcový vzdělávací program pro gymnázia: RVP G*. Praha: Výzkumný ústav pedagogický v Praze, 2007, s. 12. *Očekávané výstupy formulované v RVP G jsou pro tvorbu ŠVP závazné. Stejně jako očekávané výstupy je i učivo vymezené v RVP G pro ŠVP závazné a je chápáno jako prostředek k dosažení stanovených očekávaných výstupů.*

¹⁵¹ Např. Gymnázium Arabská, Praha, <http://vyuka.gyarab.cz/kvoo/zsv/>, Gymnázium Jana Keplera, Praha. <https://sites.google.com/a/gjk.cz/svp/5-osnovy/osnovy-4leteho-gymnazia/humanitni-studia>.

na daný obor (tj. právníka na právo, ekonoma na ekonomii atd.).¹⁵² To ostatně již dnes umožňují RVP, zapojení odborníků ovšem není bez rizika. Odborníci rozumí svému oboru, ale mnohdy jim chybí dostatečné didaktické dovednosti. Angažování odborníků navíc ztížilo nové znění zákona o pedagogických pracovnících účinné od 1. ledna 2015, které nově u všech učitelů vyžaduje pedagogické vzdělání, s výjimkou uznávaných odborníků v oboru, jejichž úvazek na škole nepřesahuje polovinu stanovené týdenní pracovní doby.¹⁵³

c) Výrazně zvýšit časovou dotaci současných předmětů OV a ZSV – a to s argumentem, že studenti nakonec pro pochopení světa, ve kterém žijí, a aktivního zapojení se do něj potřebují daleko víc rozumět právním, ekonomickým, sociálním a psychologickým souvislostem současného dění, než např. chemickým procesům a fyzikálním jevům.¹⁵⁴

Závěrem této části bychom ještě zdůraznili, že spojení většiny společenskovědních oborů¹⁵⁵ v jeden předmět nemusí být nutně pouze negativní. Často se volá po tom, aby na sebe vyučování navazovalo, aby se poznatky nevytrhávaly z kontextu, aby škola svým žákům zprostředkovala vědění jako celek, nikoliv jako izolované kusy, které spolu nijak zvlášť nesovisí (k čemuž vede tradiční rozdělení vědění do předmětů). Tomu nicméně zásadním způsobem brání výše popsané jevy.

5.2 PEDAGOGICKÉ FAKULTY

Přípravu budoucích učitelů OV a ZSV zajišťují většinou pedagogické fakulty vysokých škol. Podle průzkumu Mikrosonda 2002 počet učitelů ZSV, kteří vystudovali společenskou vědu na některé z pedagogických fakult, tvoří 47 %.¹⁵⁶ Studium je dvouoborové, bakalářské (3 roky) a následně navazující magisterské (2 roky).¹⁵⁷ Mělo by budoucí učitele plně připravit na výkon jejich povolání, ovšem ne vždy je tohoto žádoucího výsledku docíleno. Toho si je zřejmě vědoma i vláda ČR, když si modernizaci počátečního vzdělávání učitelů, a to zejména v návaznosti na cíle kurtikulární reformy, vytkla jako svou prioritu v rámci Strategie vzdělávací politiky ČR do roku 2020.¹⁵⁸

Na výuku právní gramotnosti mají bezprostřední dopad zejména následující oblasti.

¹⁵² Tento postup je samozřejmě možný (a mnohdy i aplikovaný) i za současného stavu. Např. PORG Libeň, Praha, <http://www.porg.cz/ucebni-plan/hlavni-clanky/ucebni-plan-liben>.

¹⁵³ Zákon č. 563/2004 Sb., o pedagogických pracovnících. Dostupný online: <http://www.msmt.cz/dokumenty/aktualni-zneni-zakona-o-pedagogickych-pracovnicich-k-1-lednu>.

¹⁵⁴ Nechceme tím samozřejmě říct, že tyto předměty vůbec nemají být vyučovány. Jen poukážeme na „předmětovou nespravedlnost“ s ohledem na to, které předměty jsou pro budoucí absolventy potřebnější.

¹⁵⁵ Samostatně na základních školách, gymnáziích a některých středních odborných školách zpravidla zůstává např. dějepis.

¹⁵⁶ MIČIENKA, Marek: *Mikrosonda občanský a společenskovědní základ: závěrečná zpráva projektu*. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání, 2002, s. 49.

¹⁵⁷ Např. Pedagogická fakulta Jihočeské univerzity: <http://www.pf.jcu.cz/education/programmes/>.

¹⁵⁸ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 27. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

5.2.1 OBSAH VÝUKY NA PEDAGOGICKÝCH FAKULTÁCH NEODPOVÍDÁ OBSAHU PŘEDMĚTU DLE RVP

Ze studijních plánů oborů, jež mají připravovat budoucí učitele OV a ZSV na jednotlivých pedagogických fakultách,¹⁵⁹ vyplývá, že obsah výuky učitelů po stránce odborné přípravy obecně neodpovídá tomu, jak je tato vzdělávací oblast chápána v RVP. Zatímco některým oborům je na pedagogických fakultách věnováno násobně více času, než jaký význam jim v poměru k ostatním přikládá RVP, jiné obory, v RVP vnímané jako důležité, jsou v přípravě budoucích učitelů upozaděny. Situace je na každé pedagogické fakultě odlišná, obecně lze však na základě prostudování řady studijních plánů říci, že je to právě právo a nauka o státu, které patří mezi ty obory, jimž studijní programy učitelství ZSV přikládají menší váhu, než jaká jim je přikládána v RVP.¹⁶⁰

5.2.2 NEDOSTATEČNÁ DIDAKTICKÁ PŘÍPRAVA

Pokud má něco patřit k výsadě pedagogických fakult, tak to není schopnost naučit obsah jednotlivých společenských věd (tomu se s výrazně lepšími předpoklady věnují jiné fakulty), ale učitelské řemeslo, tj. pedagogicko-didaktické schopnosti. Opakovaně se ovšem ukazuje, že v této výsadní roli pedagogické fakulty nedostávají. Podle průzkumu společnosti Factum Invenio z roku 2009 si 46 % učitelů myslí, že nedostat-

¹⁵⁹ Viz např.: Pedagogická fakulta Masarykovy univerzity, obor Základy společenských věd se zaměřením na vzdělávání (bc.): http://is.muni.cz/do/ped/stud/studk/2014_2015/47217948/BSPE_ZSV3S_P_2011.html, obor Učitelství občanské výchovy pro ZŠ (nmgr.): http://is.muni.cz/do/ped/stud/studk/2014_2015/47217948/NZS_OV2_P_2011.html;

Filozofická fakulta Masarykovy univerzity, obor Učitelství ZSV pro SŠ (nmgr.), <http://www.phil.muni.cz/wkfi/home/studium/obory/magisterske/navazujici-prezencni-magisterske-studium-ucitelstvi-zakladu-spolecenskych-ved-pro-stredni-skoly/>;

Pedagogická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, obor Základy společenských věd se zaměřením na vzdělávání (bc.), <http://userweb.pedf.cuni.cz/kch/karolinka/2014/OB2SV10.html>, Učitelství vvp pro ZŠ a SŠ – základy společenských věd (nmgr.), <http://userweb.pedf.cuni.cz/kch/karolinka/2014/ON2SV09.html>;

Pedagogická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, obor Společenské vědy se zaměřením na vzdělávání, (bc.), obor Učitelství ZSV pro střední školy <http://ksv.upol.cz/?page=studium>;

Pedagogická fakulta Univerzity J.E. Purkyně v Ústí nad Labem, obor Společenské vědy se zaměřením na vzdělávání (bc.): <http://tom.ujep.cz:8180/plan/7567?lang=cs>, obor Učitelství společenských věd pro střední školy (nmgr.): <http://tom.ujep.cz:8180/plan/7574?lang=cs>, obor Občanská výchova pro 2. stupeň základních škol: <http://tom.ujep.cz:8180/plan/7572?lang=cs>.

¹⁶⁰ Např. student *učitelství ZSV pro SŠ* na Pedagogické (Bc.) a Filozofické (Mgr.) fakultě Masarykovy univerzity musí za celou dobu studia povinně absolvovat jediný semestr práva (resp. *základů státovědy*) oproti celkem 12 semestrům filosofie a jí příbuzných oborů. A to ačkoliv v RVP pro střední a gymnaziální vzdělávání je právo věnována cca 1/5 společenskovevědního vzdělávání (spolu se státovědou cca 1/4), což je přibližně stejně jako filosofii a religionistice dohromady (soudíme dle množství učiva, konkrétní čas věnovaný jednotlivým oborům již záleží na ŠVP). Na jiných pedagogických fakultách stav tak povážlivý není (např. na PedF Univerzity Karlovy jsou každému oboru věnovány shodně dva semestry), na jiných se jeví jako ještě horší (např. Pedagogická fakulta Univerzity J. E. Purkyně v Ústí nad Labem), nicméně ve srovnání s důležitostí přikládanou právu a státovědě v RVP je prostor věnovaný těmto oborům na všech pedagogických fakultách, jejichž studijní plány pro obor učitelství ZSV jsme studovali, poměrně nižší, než prostor věnovaný oborům jiným.

kem pedagogického vzdělávání je nedostatečná praxe na školách.¹⁶¹ Tomu odpovídá i výsledek dotazníkového šetření uspořádaného Asociací učitelů občanské výchovy a společenských věd, kdy podle 61 % z oslovených učitelů je studium na pedagogické fakultě připravilo na praxi maximálně z 50 %.¹⁶² Podle studie společnosti McKinsey se praktické výuce věnuje pouze 4 % studijního programu na pedagogických fakultách, zatímco v nejlepších výchovně-vzdělávacích systémech je to 20–40 %.¹⁶³ S tímto závěrem souhlasí i Strategie vzdělávací politiky ČR do roku 2020, která taktéž uvádí rozsah praxe o velikosti 4 % a upozorňuje, že je nutné ji posílit. Stát si klade za cíl mj. „výrazně zvýšit podíl a kvalitu reflektované praktické přípravy studentů jako nedílné součásti studijních programů připravujících učitele,“ a „zintenzivnit spolupráci mezi fakultami připravujícími učitele a školami, v nichž studenti vykonávají své praxe nebo do nichž jako absolventi učitelských oborů po absolvování nastupují.“¹⁶⁴

Z pohledu zvyšování právní gramotnosti je pak významné také to, jakými metodami je právo vyučováno – a to na pedagogických fakultách i následně středních školách, v případě právníků-odborníků ve výuce pak i na fakultách právnických.¹⁶⁵ Jedná se přitom o spojitě nádoby: jakkoli nepochybně existují výjimky, většina budoucích učitelů ZSV bude právo vyučovat tak, jak je to naučí pedagogická fakulta, případně budou vycházet z toho, jak sami zažili výuku ZSV na své střední škole. Jakkoli na fakultách pedagogických i právnických existuje značná setrvačnost ve způsobech výuky a alternativní způsoby výuky na ně pronikají jen postupně, není možné nevidět, že se způsoby výuky práva pomalu, ale jistě mění. Oproti tradičnímu výkladu, který – občas doplněný o jednoduché příklady – výuce v zásadě dominoval, prosazují se stále častěji i nové metody výuky či nová pojetí výuky. Jedná se o obecné metody výuky jako např. brainstorming, hraní rolí či projektovou výuku, ale i metody typické pro výuku práva, jako je např. práce s právními případy či organizování simulovaných soudních jednání.¹⁶⁶

Inspiraci pro výuku práva můžeme čerpat i ze způsobů, jakými je právo vyučováno na právnických fakultách.¹⁶⁷ Obecně bychom ho mohli shrnout do pohybu od primárního důrazu na právní znalosti (konkrétních právních ustanovení či celých zákonů) k většímu důrazu na právní dovednosti (schopnost vyhledat právní ustanovení či vyrobit

¹⁶¹ *Analýza předpokladů a vzdělávacích potřeb pedagogických pracovníků pro zkvalitňování jejich práce. Učitelé ZŠ a SŠ* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy ČR, 2009. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/VKav_200/Analýza_191109/ZZ_ucitele_final.pdf.

¹⁶² ŘEZÁČ, Michal – VODIČKOVÁ, Tereza: Co potřebují občankáři? Výsledky dotazníkového šetření. In: *Co potřebují občankáři?* [online]. 12. březen 2014. Dostupné z: <http://digifolio.rvp.cz/artefact/file/download.php?file=65269&view=9146>.

¹⁶³ MCKINSEY & COMPANY. *Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení* [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 18. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>.

¹⁶⁴ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 27. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

¹⁶⁵ Způsob výuky práva ovlivňuje zajisté také autory učebnic, kterými v řadě případů jsou absolventi právnických fakult.

¹⁶⁶ Blíže viz URBAN, Michal: *Efektivní strategie formování právního vědomí středoškolských studentů: případy z praxe*. Praha: Leges, 2013, zejm. s. 121–135.

¹⁶⁷ Již jsme zmiňovali, že někteří právníci sami právo na středních školách vyučují, jiní zase píšou učebnice práva. V neposlední řadě pak řada učitelů práva na pedagogických fakultách budou právníci, mnohdy bez formálního pedagogického vzdělání, což jen podtrhuje důležitost metodologického zpracování práva již na právnických fakultách.

komplexní řešerši, schopnost sepsat či náležitě interpretovat právní text, vyřešit právní problém, vystupovat na veřejnosti, schopnost komunikace) a právní hodnoty (profesní kompetentnost, neustálé sebevzdělávání, hodnoty profesní etiky a profesní zodpovědnosti, cit pro spravedlnost).¹⁶⁸ Specifickým způsobem, jak právní znalosti, dovednosti i hodnoty rozvíjet, jsou tzv. právní kliniky, tj. interaktivní, na praxi zaměřené metody výuky práva, v rámci kterých studenti práv řeší právní případy, a to buď bez kontaktu s reálným klientem (např. v rámci simulací), nebo pro konkrétního klienta (typicky nemajetné klienty). Specifickou podobou právních klinik jsou programy Street Law¹⁶⁹ či stáže v právních institucích (např. soudy, státní zastupitelství či správní úřady).¹⁷⁰

5.2.3 UČITELSTVÍ NEDOKÁŽE PŘITÁHNOUT NEJLEPŠÍ STUDENTY

Podle údajů společnosti Scio se na pedagogické fakulty hlásí především podprůměrní studenti.¹⁷¹ Na základě výsledků projektů Vektor a NSZ zjistila společnost Scio v roce 2011, že zájemci o pedagogické obory vysokých škol mají ve srovnání se zájemci o jiné obory nejnižší studijní předpoklady vůbec (nejlepší výsledky měli žáci se zájmem o matematicko-fyzikální obory). Dále společnost Scio zjistila, že z žáků, kteří v 1. ročníku středních škol projevují největší zájem o pedagogické obory VŠ studia, jich u této volby zůstane jen 38 %. Jsou to přitom v průměru žáci s nejnižšími studijními předpoklady ze všech původních zájemců o pedagogické obory. 14 % původních zájemců se rozhodne dát přednost společenskovědním oborům, 10 % oborům jazykovým. Uchazeči s nejlepšími studijními předpoklady mění svoji volbu na matematicko-fyzikální a přírodovědné obory.¹⁷²

Příčinu můžeme hledat zejména ve špatném platovém ohodnocení (viz dále) a nekvalitní výuce na pedagogických fakultách (včetně výše uvedeného nedostatečného zaměření na praxi). Úspěšné vzdělávací systémy (např. Finsko, kanadské Ontario či Singapur) přitom dokazují, že „*společným jmenovatelem úspěchu vzdělávacího systému jsou pedagogové rekrutující se z nejlepších absolventů středních škol*“, jak uvádí Strategie vzdělávací politiky ČR do roku 2020. „*Důraz proto musí být kladen také na kvalitu uchazečů o pedagogické vzdělání*“, v důsledku čehož si stát klade za úkol „*zvyšovat atraktivitu profese učitele a studijních programů připravujících učitele pro nejnadanější uchazeče o studium*.“¹⁷³

¹⁶⁸ KRISTKOVÁ, Veronika: Je potřebná větší orientace právnického vzdělávání na praxi? a URBAN, Michal: Street Law aneb právo pro každý den. In: KUKLÍK, Jan – PITHART, Petr (ed.): *Reforma právnického vzdělávání na prahu 21. století*. Praha: Auditorium, 2009, s. 32–33.

¹⁶⁹ URBAN, Michal: Street Law aneb právo pro každý den. In: KUKLÍK, Jan a kol. *Reforma právnického vzdělávání na prahu 21. století*, s. 62–73.

¹⁷⁰ KUKLÍK, Jan: Místo studentských stáží v novém studijním programu Právo a právní věda na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. In: KUKLÍK, Jan a kol. *Reforma právnického vzdělávání na prahu 21. století*, s. 101–111.

¹⁷¹ MCKINSEY & COMPANY: *Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení* [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 18. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>.

¹⁷² *Motivace, priority a kvalita uchazečů o VŠ studium* [online]. B.m.: Scio, 2012. Dostupné z: https://www.scio.cz/download/analzy/souhrn_poznatku_Vektor_uchazeci.pdf.

¹⁷³ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 27. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

Průměrná měsíční mzda zaměstnanců ve školství činila v roce 2013 podle údajů MŠMT 24 643 Kč, průměrný měsíční plat pedagogických pracovníků v regionálním školství bez vedoucích pracovníků činil 24 509 Kč. Průměrná hrubá měsíční mzda v ČR dosáhla v roce 2013 podle údajů ČSÚ 25 128 Kč, z toho v nepodnikatelské sféře 25 251 Kč. Porovnááme-li průměrnou měsíční mzdu/plat ve školství s průměrnou mzdou všech zaměstnanců v celé ČR, pak průměrná měsíční mzda/plat zaměstnanců regionálního školství za 1.–4. čtvrtletí 2013 činí pouze 90,3 % celorepublikového průměru. V případě učitelů regionálního školství se jednalo o 106,2 % celorepublikového průměru, učitelů základních škol 108,9 % a učitelů středních škol včetně vyšších odborných škol a konzervatoří 111,5 %.¹⁷⁴

Připomeňme ovšem, že učitelé jsou v naprosté většině vysokoškolsky vzdělaní lidé. Průměrná hrubá měsíční mzda vysokoškolsky vzdělaných osob činila podle údajů ČSÚ v roce 2013 43 515 Kč (medián mezd, jako údaj přesněji vypovídající o běžných mzdách v ČR, dosáhl u vysokoškolsky vzdělaných osob 33 408 Kč).¹⁷⁵ Byl-li průměrný plat pedagogického pracovníka 24 509 Kč (medián se v této oblasti pohybuje na přibližně stejných hodnotách, jako průměrný plat¹⁷⁶), nachází se učitelé mezi vysokoškolsky vzdělanými lidmi hluboko pod průměrem i mediánem.

Nedá se přitom říct, že by práce učitele byla v porovnání s kancelářskou prací ve státních i soukromých institucích zřetelně méně náročná. I co do prestiže povolání zaujímají učitelé ve společnosti poměrně dobré postavení. Podle dat CVVM z června 2013 obsadili učitelé na základních školách 5. místo z 26 nabízených profesí, učitel na vysoké škole dokonce místo 4. (pozice středoškolského učitele nabídnuta nebyla).¹⁷⁷

Podprůměrně platové ohodnocení má přitom dalekosáhlé důsledky. Nadaní studenti při rozhodování o svém zaměření zvolí raději jiný, platově perspektivnější obor,¹⁷⁸ schopní absolventi pedagogických fakult dají před pedagogickou kariérou přednost uplatnění v soukromé sféře a učitele samotné nemusí plat dostatečně motivovat k dalšímu vzdělávání a nejkvalitnějšímu možnému výkonu své profese.

Nízké platy českých učitelů souvisí s obecně nízkými výdaji státu na vzdělávání. Podle údajů Eurostatu z roku 2011, kdy se tato statistika naposledy sledovala, vydávala Česká republika na vzdělávání 4,89 % HDP, což bylo mírně pod průměrem EU, jenž činil 5,34 % HDP, a hluboko pod hodnotou, kterou na vzdělávání vydávaly systémy, jenž se

¹⁷⁴ MŠMT: *Zaměstnanci a mzdové prostředky za 1.–4. čtvrtletí 2013*. Dostupné z: <http://www.msmt.cz/file/33807>.

¹⁷⁵ ČSÚ: *Podíly zaměstnanců, placený čas a hrubé měsíční mzdy podle vzdělání a pohlaví za rok 2013*. Dostupné z: [http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/E50025075D/\\$File/11002614A4.pdf](http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/E50025075D/$File/11002614A4.pdf).

¹⁷⁶ ČSÚ: *Počty zaměstnanců, placený čas a hrubé měsíční mzdy v jednotlivých zaměstnáních za rok 2013*. Dostupné z: [http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/E500250752/\\$File/11002614A22.pdf](http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/E500250752/$File/11002614A22.pdf).

¹⁷⁷ TUČEK, Milan: *Prestiž povolání – červen 2013* [online]. Praha: Centrum pro výzkum veřejného mínění, Sociologický ústav AV ČR, 2013. Dostupné z: http://cvvm.soc.cas.cz/media/com_form2content/documents/c1/a7054/f3/eu130903.pdf.

¹⁷⁸ Zisk žádoucí pracovní pozice je společně s touhou vzdělávat a zdokonalovat se a snahy získat titul jedna ze tří dominantních motivací pro studium vysoké školy. *Motivace, priority a kvalita uchazečů o VŠ studium* [online]. B.m.: Scio, 2012, s. 15. Dostupné z: https://www.scio.cz/download/analyzy/souhrn_poznatku_Vektor_uchazeci.pdf.

dle společnosti McKinsey¹⁷⁹ řadí mezi nejlepší na světě (Nizozemí – 5,77 % HDP, Belgie – 6,18 % HDP).¹⁸⁰ Jelikož od roku 2011 veřejné výdaje na vzdělávání dále klesaly,¹⁸¹ lze očekávat, že letos by Česká republika v mezinárodním srovnání dopadla ještě hůře.

Dokladem o tom, že si dlouhodobě špatného platového ohodnocení českých učitelů je vědom i český stát, je již zmiňovaná Strategie vzdělávací politiky do roku 2020. Zavázal se v ní „v závislosti na ekonomickém vývoji usilovat o posilování finančních prostředků na mzdy pedagogických i nepedagogických pracovníků ve školství“.¹⁸²

5.4 NEDOSTATEČNÁ PRESTIŽ OBORU

Podle učitelů oslovených v dotazníkovém šetření Asociace učitelů OV a ZSV je vůbec největším problémem nedostatečná prestiž jejich oboru. OV/ZSV jsou ze strany vedení škol, kolegů i rodičů často vnímány jako předměty nedůležité, doplňkové či dokonce podřadné, každopádně takové, které nepředstavují významnou součást vzdělávacího procesu. Z pohledu rozvíjení právní gramotnosti se ovšem naopak jedná o předmět naprosto klíčový.

Malá prestiž „občanky“ a „občankářů“ ale má i své závažné důsledky. Předně svádí ředitelé k tomu, aby OV či ZSV přidělovali i učitelům, kteří nemají na jejich výuku aprobaci (tj. typicky jim „dorovnali“ úvazek – OV tedy v praxi může učit i učitel tělocviku, což by se u matematiky či fyziky s největší pravděpodobností nestalo). To potvrzuje např. výzkum Mikrosonda.

ICCS zase upozorňuje na odlišné vnímání cílů OV mezi řediteli (preferují znalosti) a samotnými učiteli (v porovnání s řediteli kladou o něco menší důraz na znalosti a naopak větší důraz než ředitelé kladou na rozvoj schopností a dovedností žáků řešit konflikty a na rozvoj účinných strategií boje proti rasismu a xenofobii, tj. na dovednosti).¹⁸³ To má i pochopitelné důsledky co do časové dotace jednotlivým předmětům: pokud ředitelé nejsou přesvědčeni o jejím významu, hodiny nad povinné minimum vyplývající z RVP budou mít logicky tendenci věnovat jiným předmětům.

5.5 CHYBĚJÍCÍ MOTIVACE A PROSTŘEDKY K DALŠÍMU VZDĚLÁVÁNÍ UČITELŮ

Učí-li učitelé ZSV mnoho společenských oborů, na které je nedostatečně připraven předchozí studium, nemohou svoji práci dobře vykonávat bez důkladného dal-

¹⁷⁹ McCKINSEY & COMPANY: *Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení* [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 9. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>.

¹⁸⁰ Eurostat: Expenditure on education as % of GDP or public expenditure. Dostupné online: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=educ_figdp&lang=en.

¹⁸¹ K tomu viz Statistické ročenky České republiky za léta 2011 a 2013, vydávané Českým statistickým úřadem, podle nichž byly roku 2013 veřejné výdaje na vzdělávání o 4 % nižší, než v roce 2011. Dostupné z: [http://www.czso.cz/csu/2012edicniplan.nsf/t/9A002AD8CD/\\$File/0001122336.xls](http://www.czso.cz/csu/2012edicniplan.nsf/t/9A002AD8CD/$File/0001122336.xls) (2011) a [http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/7900292735/\\$File/320198142339.xlsx](http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/7900292735/$File/320198142339.xlsx) (2013).

¹⁸² *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 27. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

¹⁸³ SOUKUP, Petr: *Národní zpráva z Mezinárodní studie občanské výchovy* [online]. B.m.: Ústav pro informace ve vzdělávání, 2010, s. 121. Dostupné z: http://www.msmt.cz/file/12361_1_1/.

šího vzdělávání. Existují v zásadě dvě možnosti: buď bude stát prostřednictvím MŠMT, spolupracujících institucí a škol další vzdělávání učitelům zajišťovat, nebo bude probíhat primárně samostudiem (které pochopitelně nevyklučuje účast na nejruznějších kurzech, které si učitel vyhledá). Klíčovým předpokladem pro kvalitní další vzdělání je ovšem předpoklad, že se musí reálně odehrávat v pracovní době, tj. nikoli na okraji všech učitelových povinností a odučení plného učitelského úvazku, který představuje podle nařízení vlády č. 75/2005 Sb. 21 hodin přímé vyučovací činnosti pro středoškolské učitele a 22 pro učitele na základní škole.¹⁸⁴

Realita je bohužel taková, že naprostá většina škol volí nešťastný kompromis mezi oběma řešeními. Další vzdělávání je primárně povinnost každého učitele, ale až po odpracování svých školních povinností. Podle analýzy společnosti McKinsey je na pouhých 5–10 % školách školení učitelů proaktivně řízeno a učitelé jsou vedeni, v ostatních případech (85 % škol) mají učitelé k dispozici „oficiální školení dle aktuálních potřeb“.¹⁸⁵ Jejich reálné využívání ironicky komentuje i samotná zpráva McKinsey: „Rozhodně však stojí za povšimnutí, že 67 % učitelů shledává příležitosti ke školení jako uspokojivé, i když pouze 20–35 % učitelů se v posledních dvou letech nějakého školení zúčastnilo. V zemích EU je to v průměru 40–60 %.“¹⁸⁶ Obrázek dokresluje i studie ICCS, podle které je Česká republika jednou z mála zkoumaných zemí, která nemá propracovaný systém dalšího vzdělávání učitelů.¹⁸⁷

Pohledem právních předpisů není pravda, že se učitelé nemají povinnost vzdělávat. Zákon č. 563/2004 Sb., o pedagogických pracovnících jim předpisuje po dobu výkonu své pedagogické činnosti povinnost dalšího vzdělávání, kterým si „obnovují, udržují a doplňují kvalifikaci“ (§ 24 odst. 1). Ukládá dokonce řediteli školy povinnost „organizovat další vzdělávání pedagogických pracovníků podle plánu dalšího vzdělávání, který stanoví po předchozím projednání s příslušným odborovým orgánem“, přičemž má při stanovení plánu dalšího vzdělávání přihlížet ke studijním zájmům pedagogického pracovníka, potřebám a rozpočtu školy (§ 24 odst. 3). Další vzdělávání pedagogických pracovníků se podle zákona uskutečňuje buď samostudiem, nebo na vysokých školách, v zařízeních pro další vzdělávání pedagogických pracovníků a v jiných vzdělávacích institucích na základě akreditace udělené MŠMT (§ 24 odst. 4). Je ovšem v pravomoci ředitele, zda daného učitele na vybrané školení pustí, v praxi potom v řadě případů učitelé svá školení napracovávají (tj. suplují v jiných dnech), případně jsou nuceni si školení platit ze svého.

Důležitým ustanovením je pak § 24 odst. 7, který na samostudium pedagogickým pracovníkům přiznává volno v rozsahu 12 pracovních dnů ve školním roce, nebrání-li

¹⁸⁴ Příloha nařízení vlády č. 75/2005 Sb. o stanovení rozsahu přímé vyučovací, přímé výchovné, přímé speciálně pedagogické a přímé pedagogicko-psychologické činnosti pedagogických pracovníků.

¹⁸⁵ MCKINSEY & COMPANY: *Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení* [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 19. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>.

¹⁸⁶ MCKINSEY & COMPANY: *Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení* [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 19. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>.

¹⁸⁷ SCHULZ, Wolfran: *Prvotní zjištění z Mezinárodní studie občanské výchovy*. Praha: Ústav pro informace ve vzdělávání – Divize nakl. Tauris, 2010, s. 56.

tomu vážné provozní důvody nebo účast pedagogického pracovníka na jiném dalším vzdělávání, přičemž dobu čerpání volna určuje ředitel školy. Za dobu čerpání tohoto volna přísluší náhrada platu, která se rovná výši ušlého platu, přičemž nevyčerpané volno či jeho poměrná část bez dalších nároků zaniká. V praxi se jedná o ty dny letních, podzimních či vánočních prázdnin, které přesahují zákonný nárok na dovolenou, snížený o školení absolvovaná během roku.

S potřebou motivovat učitele systematicky k dalšímu vzdělávání operuje i Strategie vzdělávací politiky ČR do roku 2020 a konstatuje, že „*stávající nabídka dalšího vzdělávání pedagogických pracovníků je nedostupná významné části škol z organizačních (především složité zastupování za nepřítomné učitele) a finančních důvodů (drahé zastupování a nedostatek prostředků na úhradu vzdělávacích akcí)*“.¹⁸⁸ Dále formuluje jako jednu z priorit dokončení a zavedení kariérního systému pro učitele. Jeho neexistence totiž vede k tomu, že v praxi není příliš zohledňováno, jak si který učitel opravdu zvyšuje svoji kvalifikaci (získává doplňkové tituly, certifikáty ze zkoušek či školení), celý systém má tedy tendenci fungovat spíš formálně. Strategie k tomu uvádí: „*Česká republika usiluje o dokončení a zavedení kariérního systému, který by měl vést všechny učitele k průběžnému zlepšování kvality jejich vyučovacích dovedností a být provázán s motivujícím systémem odměňování podle transparentních pravidel.*“ Jedním z cílů pak je „*provázání kariérního systému pro učitele se systémem počátečního i dalšího vzdělávání pedagogických pracovníků*“.¹⁸⁹

Situaci dále zhoršuje nepřehledná nabídka školení a jejich kolísavá kvalita. Kurzy sice proto, aby mohly být oficiálními z pohledu dalšího vzdělávání učitelů, musí získat akreditaci MŠMT,¹⁹⁰ akreditační proces ovšem nebývá příliš náročný a projde jím řada kurzů. Neexistuje žádný oficiální systém hodnocení kvality kurzů a učitelé často nevědí, zda kurz, který si dle anotace a jména vedoucího vybrali, bude skutečně dobrý. Na to poukazují i někteří učitelé oslovení v dotazníkovém šetření Asociace učitelů občanské výchovy a společenských věd, kteří vidí největší nedostatek ve školení v oboru právo – myslí si to 23,53 % oslovených učitelů, následující filosofie získala co do nejmarkantnějšího nedostatku školení pouze 12,6 % hlasů.¹⁹¹

S tím koresponduje i nabídka kurzů a školení pro pedagogy pořádaných neziskovými organizacemi, která je rozmanitá a bez existence oficiálního hodnocení jednotlivých kurzů, což ztěžuje učitelům orientaci. Nejširší nabídku lze nalézt v oblasti globálního a rozvojového vzdělávání, vzdělávání k lidským právům, případně environmentální výchovy. Podle odpovědí ve zmíněném dotazníkovém šetření Asociace učitelů OV a ZSV spolupracuje nebo v minulosti spolupracovalo s neziskovými organizacemi 50 % učitelů. Oslovení pedagogové spolupracují především s následujícími nevládními orga-

¹⁸⁸ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 28. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

¹⁸⁹ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 26–27. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

¹⁹⁰ § 25 a násl. zákona č. 563/2004 Sb., o pedagogických pracovnících.

¹⁹¹ ŘEZÁČ, Michal – VODIČKOVÁ, Tereza: Co potřebují občankáři? Výsledky dotazníkového šetření. In: *Co potřebují občankáři?* [online]. 12. březen 2014. Dostupné z: <http://digifolio.rvp.cz/artefact/file/download.php?file=65269&view=9146>.

nizacemi:¹⁹² Člověk v tísní, Jeden svět na školách (pořádá rovněž Člověk v tísní, ale respondenti uváděli zvlášť), Centrum občanského vzdělávání, Varianty (pořádá rovněž Člověk v tísní, ale respondenti uváděli zvlášť) a Etická výchova.¹⁹³

Na zvyšování dostupnosti nabídky školení českým učitelům chce pracovat i stát, který se ve Strategii vzdělávací politiky ČR do roku 2020 zavázal „omezovat příčiny nedostupnosti nabídky dalšího vzdělávání pedagogických pracovníků“.¹⁹⁴ O nutnosti dále vzdělávat pedagogy hovoří i Strategie celoživotního učení, podle níž je jak vstupní, tak následné vzdělávání pedagogů zásadní brzdou změn výuky v České republice.¹⁹⁵

5.6 NEDOSTATEČNÁ PRÁCE S UČITELI I SPOLUPRÁCE MEZI UČITELI NAVZÁJEM

Jinou podobou dalšího vzdělávání, která může učitelům pomáhat v jejich práci, je nepochybně vzájemná spolupráce. Jsou to ostatně kolegové a zejména pak učitelé s roky praxe v daném oboru, kteří novému či hledajícímu učiteli mohou nejlépe poradit, a to i s detailní znalostí prostředí, ve kterém působí. Základním předpokladem pro úspěch tohoto mentorského systému či kolegiálního poradenství je ovšem předpoklad, že se neděje po pracovní době, zdarma a ve volném čase obou zúčastněných. Pomíne-li světlé výjimky, právě toto bývá bohužel často realita. Podle rozhovorů vedených společností McKinsey s učiteli je na 60 % škol vzájemná spolupráce nedostatečná. Předmětové komise, které tvoří formální rámec pro tuto spolupráci, sice dostaly za úkol vytvoření ŠVP, většina škol (60 %) již ale nemá v úmyslu po tomto kroku ŠVP dále aktualizovat.¹⁹⁶ Česká republika je si tohoto nedostatku vědoma a plánuje přijímat opatření s cílem „podporovat efektivní formy vzájemného sdílení zkušeností mezi pedagogy a zároveň zmapovat a zveřejňovat pro inspiraci zkušenosti českých škol s touto formou zlepšování“.¹⁹⁷ Zároveň chce prvky sdílení dobré praxe zahrnout i do připravovaného kariérního systému učitelů.¹⁹⁸

¹⁹² ŘEZÁČ, Michal – VODIČKOVÁ, Tereza: Co potřebují občankáři? Výsledky dotazníkového šetření. In: *Co potřebují občankáři?* [online]. 12. březen 2014. Dostupné z: <http://digifolio.rvp.cz/artefact/file/download.php?file=65269&view=9146>, s. 37.

¹⁹³ Mezi dalšími byly zmíněny: RESpekt neboli, Holocaust (Památník Terezín, Židovské muzeum), Podané ruce, A-kluby, Active Citizens, Postavme se hladu, Světová škola, Politea, Odyssea, EU a my, Výjádří se!, Street Law, Občan a jeho obec, Dům světla, Krokus, Liga proti rakovině, Týden globálního vzdělávání, Kurzy prevence, Arteterapie, SOS žákovské parlamenty, Řekni drogám ne, Unplugged, Stereotýpek, IC o NATO, Amnesty International, Letní školy (Olomouc), sdružením Sant Egidio, společnost SEMIRAMIS.

¹⁹⁴ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 28. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

¹⁹⁵ *Strategie celoživotního učení ČR* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, 2007, s. 58. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Zalezitosti_EU/strategie_2007_CZ_web_jednostrany.pdf.

¹⁹⁶ MCKINSEY & COMPANY: *Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení* [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 19. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>.

¹⁹⁷ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 28. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

¹⁹⁸ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 26. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

Související oblastí s podobným výsledkem je práce s učiteli ze strany vedení škol. Učitelé jsou často poté, co jsou na školu přijati, ponecháni sami sobě. Pozornost vedení školy přitáhnou zpravidla jen v okamžiku, kdy si sami začnou na konkrétní třídu či žáky stěžovat, případně pokud se stížnostmi přijdou žáci nebo jejich rodiče. Hasí se tedy problémy, nikoli pracuje s těmi, kteří žádné závažné problémy nemají. Příčinou není ani tak neochota ředitelů a jejich zástupců se svým učitelům věnovat, ale spíše vytíženost administrativními a jinými úkoly, pro které jim na práci s učiteli nezbyvá čas. Podle výzkumu společnosti McKinsey tráví jak ředitelé, tak jejich zástupci pouze 20 % svého času řízením kvality výuky, zatímco v nejlepších systémech je to více než 50 %. V 60 % českých škol chybí pravidelná zpětná vazba a hodnocení, což ztěžuje i neexistence standardů pro učitelskou profesi.¹⁹⁹

Strategie vzdělávací politiky ČR do roku 2020 počítá se zavedením mentorského systému, v rámci kterého učitelé na vyšších stupních kariérního systému budou pedagogicky vést své méně zkušené kolegy a bude jim pro to vytvořen dostatečný prostor. Strategie počítá s tím, že každý začínající učitel by mohl spolupracovat s uvádějícím učitelem, který má mentorské dovednosti. Současně strategie v souladu s dobrou praxí ze zahraničí plánuje „*systémově zajistit podporu pedagogickým lídrům, včetně adekvátního ohodnocení a možnosti snížit přímou vyučovací povinnost tak, aby mohli vykonávat mentorskou roli ve své nebo i jiné škole.*“²⁰⁰

5.7 SPOKOJENOST VEŘEJNOSTI SE ŠKOLSTVÍM

Jakkoli se to může zdát překvapivé, jednou z významných překážek v rozvoji českého vzdělávacího systému je všeobecná spokojenost české veřejnosti s tím, jak systém doposud funguje. Podle průzkumu CVVM ze září 2014 projevilo každému z typu škol důvěru alespoň 50 % dotázaných. Nejpozitivněji je vnímáno vzdělávání na základních školách, u nichž podíl kladných odpovědí dosahuje 73 %, následují gymnázia, se kterými vyjádřilo spokojenost 70 % respondentů, přičemž 25 % dotázaných je dokonce považuje za „velmi dobrá“. Nejhůře vnímá veřejnost vzdělávání na středních odborných učilištích, s jejichž stavem bylo nicméně stále spokojeno 50 % dotázaných.²⁰¹

Je-li veřejnost takto výrazně přesvědčena o tom, že školy dělají svou práci dobře, logicky to nevytváří dostatečný tlak na nezbytnou reformu, kterou české školství potřebuje a kterou by její zastánci museli prosadit nejen na úrovni institucí, ale obhájit i před vcelku spokojenými rodiči. S tím souvisí i očekávání, která rodiče od školy mají. Mnohdy namísto vzbuzování zájmu o obor, alternativní výukové metody, rozvíjení klíčových kompetencí a výchovy k aktivnímu občanství očekávají od školy, že žáky připraví na

¹⁹⁹ MCKINSEY & COMPANY: *Klesající výsledky českého základního a středního školství: fakta a řešení* [online]. Praha: McKinsey & Company, 2010, s. 19–20. Dostupné z: <http://www.aktivniskoly.cz/news/Kinsey%20-%20Edu%20report.pdf>.

²⁰⁰ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 28. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

²⁰¹ ČADOVÁ, Naděžda: *Hodnocení různých typů škol pohledem české veřejnosti – září 2014* [online]. Praha: Centrum pro výzkum veřejného mínění, Sociologický ústav AV ČR, 2014. Dostupné z: http://cvvm.soc.cas.cz/media/com_form2content/documents/cl/a7283/f3/or141031.pdf.

další studium, případně zaměstnání.²⁰² Pokud nicméně inovativní učitelé nemají podporu ve vedení své školy, nutně se cítí ve své snaze osamoceni a snadno mohou vyhořet a přistoupit na to, že se budou chovat tak, jak od nich ředitel, rodiče a ve výsledku často i žáci očekávají. To ostatně dostatečně přesně nazývá i Strategie vzdělávání do roku 2020, když konstatuje, že „zlepšení kvality vzdělávání přitom může nastat pouze tehdy, pokud cílům a potřebám vzdělávání rozumí většina společnosti a pokud jsou všichni aktéři vzdělávacího procesu motivováni a oddáni myšlence soustavného zlepšování výuky, ke kterému mají příslušné schopnosti a podmínky“.²⁰³

V jiném ohledu obsah výuky formují i přijímací zkoušky na navazující typ škol. Čím více encyklopedických znalostí je vyžadováno, tím větší tlak vytváří i na jejich probírání a zkoušení na předcházejícím typu školy. V případě rozvoje právní gramotnosti ovšem znalosti práv představují jen jednu z nutných náležitostí právně gramotného občana – vedle schopnosti svá práva uplatnit a ochoty to činit i přes případný odpor. Přílišný důraz na znalosti, které se nejlépe dají testovat, nežádoucím důrazem strhává pozornost na faktografii.

5.8 VÝUKOVÉ MATERIÁLY A UČEBNICE

Učebnic, a to i těch, které mají schvalovací doložku MŠMT, existuje na českém trhu velké množství. Jak uvádí J. Průcha: „... počet schválených učebnic pro základní školu přesáhl v roce 1997 tisíc titulů; nejvíc je k dispozici učebnic českého jazyka – 128.“²⁰⁴ To pochopitelně nemůže nemít vliv i na jejich kvalitu a zejména pak na schopnost učitelů si z nich vybrat tu skutečně dobrou, což potvrzuje i J. Maňák „... jejich obsah, rozsah, přiměřenost, didaktická vybavenost je značně rozdílná, a to i přes skutečnost, že všechny mají schvalovací doložku Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy. Konečné rozhodnutí o výběru optimální učebnice závisí na učiteli, ale jeho volba není vždy optimální, naopak často je náhodná, poplatná různým okolnostem.“²⁰⁵ V České republice na poli hodnocení kvality učebnic neexistuje žádná významná institucionální autorita. MŠMT sice uděluje učebnicím doložky, ale z rozhodnutí ředitele školy je možné používat ve výuce prakticky jakoukoli učebnici.²⁰⁶ Naprostá

²⁰² Viz výzkum CVVM, ve kterém se konstatuje, že „aby úroveň vzdělávání na dané škole lidé hodnotili jako dobrou, musí škola své žáky především připravovat na další studium či zaměstnání (tuto odpověď alespoň na jednom ze tří míst zvolilo 63 % dotázaných a 49 % dotázaných tuto odpověď uvedlo na prvním místě). Za zásadní je dále považována odborná připravenost učitelů, kterou zvolila polovina oslovených (50 %). Více než třetina (36 %) pak jako rozhodující vnímá vedení žáků k samostatnosti.“ ČADOVÁ, Naděžda: *Hodnocení různých typů škol pohledem české veřejnosti – zří 2014* [online]. Praha: Centrum pro výzkum veřejného mínění, Sociologický ústav AV ČR, 2014. Dostupné z: http://cvvm.soc.cas.cz/media/com_form2content/documents/c1/a7283/f3/or141031.pdf.

²⁰³ *Strategie vzdělávací politiky České republiky do roku 2020* [online]. Praha: Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy, nedatováno, s. 25. Dostupné z: http://www.msmt.cz/uploads/Strategie_2020_web.pdf.

²⁰⁴ PRŮCHA, Jan: *Učebnice: teorie a analýzy edukačního média: příručka pro studenty, učitele, autory učebnic a výzkumné pracovníky*. Brno: Paido, 1998, s. 118–119. Edice pedagogické literatury.

²⁰⁵ MAŇÁK, Josef: Učebnice jako kurikulární projekt. In: MAŇÁK, J. – KNECHT, P. (eds.): *Hodnocení učebnic*. Brno: Paido, 2007, s. 25.

²⁰⁶ *Jakým způsobem funguje udělování schvalovací doložky učebnicím?* Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy. *Web MŠMT* [online]. 2006 [cit. 2012-04-14]. Dostupné z: <http://www.msmt.cz/pro-novinare/jakym-zpusobem-funguje-udelovani-schvalovaci-dolozky-ucebnicim>.

většina učebnic na trhu nicméně doložku má, ta ovšem vypovídá jen o tom, že učebnice splnila základní náležitosti a učitelům tak příliš s výběrem nepomůže.²⁰⁷ Získání schvalovací doložky MŠMT je podmíněno několika předpoklady, zejména souladem učebnice s právním řádem ČR, souladem s příslušným RVP, dostatečnou odbornou úrovní a po jazykové a grafické stránce odpovídajícím zpracováním.²⁰⁸

Podle více než 15 % učitelů OV/ZSV oslovených v rámci šetření Asociace učitelů OV a ZSV je největším problémem při výuce těchto předmětů právě nedostatek výukových materiálů. Největší nedostatek panuje podle 19 % oslovených učitelů v oboru filozofie, druhý největší (18 %) v oboru právo. Podle 38 % oslovených je nicméně materiálů dost, čemuž odpovídají i výsledky našeho studia aktivit neziskového sektoru zaměřených na školy, kdy neziskové organizace produkují množství materiálu přímo využitelného ve výuce. Problém tedy může být více v nepřehledné nabídce než v jejich nedostatku.²⁰⁹ Potřeby jednotlivých učitelů se navíc zjevně dost různí. Učitelé nejčastěji používají vlastní materiály (54 % učitelů je používá z více než 50 %), dále pak získané materiály a nejméně učebnice (ty 17 % učitelů nepoužívá vůbec).²¹⁰ Přístup ke vzdělávacím materiálům dále komplikuje oborová roztržičnost předmětu a nutnost sledovat novinky z řady odvětví.

6. ZÁVĚR

Naším cílem bylo na základě veřejně dostupných zdrojů zmapovat úroveň právní gramotnosti mladých lidí a roli, kterou na poli zvyšování právní gramotnosti sehrává institucionální a neinstitutonální vzdělávání.

I když se nám nepodařilo najít žádný rozsáhlý výzkum věnující se přímo právní gramotnosti mladých lidí, s pomocí dat z výzkumů zaměřených na právní znalosti a dovednosti i občanskou angažovanost jsme byli schopni zjistit, že si celkově čeští žáci ve srovnání se zahraničím vedou průměrně (např. stupeň právních znalostí) či podprůměrně (např. ochota jít volit). To ostatně koresponduje s výrokem bývalého českého ministra spravedlnosti a pozdějšího ombudsmana Otakara Motejla, který svého času prohlásil, že „... i povrchní sledovatel našeho veřejného života musí být stíhán znepokojivou představou, že právní vědomí je současným problémem poměrně nízkého pořadového čísla, a že společnost stojí před problémem situaci polepšit. Máme nedo-

²⁰⁷ Blíže viz URBAN, Michal: *Efektivní strategie formování právního vědomí středoškolských studentů: případy z praxe*. Praha: Leges, 2013, s. 167 a násled.

²⁰⁸ MŠMT: *Směrnice náměstka ministra pro vzdělávání ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy k postupu a stanoveným podmínkám pro udělování a odnímání schvalovacích doložek učebnicím a učebním textům a k zařazování učebnic a učebních textů do seznamu učebnic* [online]. Dostupné z: <http://www.msmt.cz/file/32170/download/>.

²⁰⁹ S tímto nedostatkem má nicméně ambice pohnout nově založená Asociace učitelů občanské výchovy a společenských věd, která dne 8. prosince 2014 spustila nový web www.obcankari.cz, který si klade za cíl mj. i koncentrovat na tomto místě edukační materiály pro výuku OV a ZSV a informovat učitele těchto předmětů o novinkách v oboru.

²¹⁰ ŘEZÁČ, Michal – VODIČKOVÁ, Tereza: *Co potřebují občankáři? Výsledky dotazníkového šetření*. In: *Co potřebují občankáři?* [online]. 12. březen 2014. Dostupné z: <http://digifolio.rvp.cz/artefact/file/download.php?file=65269&view=9146>.

statky v právním vědomí a ty nedostatky nespočívají v tom, že bychom pouze neznali svá práva, ale spočívají v tom, že neznáme nebo – ještě hůře – nechceme znát a nechceme si uvědomit své právní povinnosti.“

Z analýzy kurikulárních dokumentů a vládních a rezortních strategií vyplynulo, že jakkoli se netýkají přímo právní gramotnosti, přesto do nich Česká republika zahrnula všechny podstatné složky k jejímu zvyšování. Školský zákon pak ve svém § 2, odst. 2 mezi obecné cíle vzdělávání řadí „*pochopení a uplatňování zásad demokracie a právního státu, základních lidských práv a svobod spolu s odpovědností a smyslem pro sociální soudržnost*“. Hlavní nedostatek analyzovaných dokumentů ovšem představuje jejich nedostatečné naplňování, malá koordinace a nedostatečné zjišťování míry jejich naplnění.

Následně jsme identifikovali hlavní faktory působící na právní gramotnost mladých lidí, kam vedle formálního a neformálního vzdělávání řadíme také působení rodiny a vrstevníků, médií a veřejných institucí. Z těchto faktorů jsme identifikovali formální vzdělávání jako oblast, ve které nám přijde nejvíce smysluplné usilovat o změnu, a to zejména prostřednictvím práce s učiteli občanské výchovy a společenských věd. V poslední části článku proto popisujeme překážky, se kterými se potýkají, mezi které patří příliš široké tematické rozkročení oboru, nedostatečná příprava učitelů i systém dalšího vzdělávání učitelů a spolupráce učitelů OV a ZSV, malé finanční ohodnocení a prestiž jejich oboru, neexistující efektivní systém hodnocení kvality vhodných učebnic a v neposlední řadě přílišná spokojenost veřejnosti se stavem českého školství.

Do budoucna považujeme za důležité posílit časovou dotaci předmětu OV a ZSV a zejména pak zlepšit přípravu učitelů posílením praktické výuky na pedagogických fakultách a zapojením do výuky OV a ZSV i přípravy učitelů odborníky z praxe, kteří budou vedle odborných znalostí a dovedností ovládat i pedagogické řemeslo. Současně považujeme za potřebné zavést efektivní systém dalšího vzdělávání učitelů a kariérní řád, který bude učitele motivovat k prohlubování své kvalifikace, zvýší finanční ohodnocení zejm. kvalitních učitelů a podpoří také jejich prestiž a profesní sebevědomí. Sympatickým krokem v tomto směru je vznik Asociace učitelů občanské výchovy a společenských věd, jejíž ambicí je pomáhat v plnění těchto úkolů, a to včetně sdílení kvalitních a v praxi osvědčených učebních materiálů, které zejména začínajícím učitelům značně usnadní jejich práci.

REDAKČNÍ RADA

Předseda: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Tajemnice: Mgr. Naděžda Svobodová

Členové:

doc. PhDr. JUDr. Ilona Bažantová, CSc.

prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

doc. JUDr. Jiří Herczeg, Ph.D.

prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.

doc. JUDr. Martin Kopecký, CSc.

doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D.

doc. JUDr. PhDr. Pavel Maršálek, Ph.D.

prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc.

prof. JUDr. Václav Pavlíček, CSc., dr.h.c.

prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.

prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.

prof. JUDr. Petr Tröster, CSc.

prof. JUDr. Alena Winterová, CSc.

Externí členové:

prof. JUDr. Michael Bohdan (University of Lund)

doc. JUDr. František Cvrček, CSc. (ÚSP AV ČR, Praha)

prof. Dr.hab. Wladyslaw Czaplinski (Instytut Nauk prawnych Warszawa)

doc. JUDr. Jaroslav Drobník, CSc. (Univerzita Karlova v Praze)

prof. JUDr. Jaroslav Fenyk, Ph.D., DSc. (Ústavní soud Brno)

prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Ústavní soud Brno)

prof. Dr. Michael Geistlinger (Universität Salzburg)

prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc. (PEVŠ Bratislava)

Dr. Kaspar Krolop (Humboldt Universität Berlin)

prof. JUDr. Jan Musil, CSc. (Ústavní soud Brno)

prof. JUDr. Jiří Přibáň, DrSc. (Cardiff University)

prof. JUDr. Ján Svák, DrSc. (PEVŠ Bratislava)

JUDr. Milada Tomková (Ústavní soud Brno)

prof. Dr. Miroslav Vítěz (Ekonomiski fakultet u Subotici)

prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc. (Masarykova Univerzita Brno)

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 3/2015

Časopis Acta Universitatis Carolinae – Iuridica je evidován v České národní bibliografii (vedena Národní knihovnou ČR), na seznamu recenzovaných vědeckých časopisů RVVI, v Index to Foreign Legal Periodicals (veden American Association of Law Libraries) a je rovněž indexován Central and Eastern European Online Library (www.ceeol.com).

Vědecký redaktor: prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc.

Vydala Univerzita Karlova v Praze
Nakladatelství Karolinum, Ovocný trh 3–5, 116 36 Praha 1
www.karolinum.cz
Praha 2015
Sazba DTP Nakladatelství Karolinum
Vytiskla tiskárna Nakladatelství Karolinum
ISSN 0323-0619 (Print)
ISSN 2336-6478 (Online)
MK ČR E 18585