

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 1/2021
Vol. LXVII

IURIDICA

1/2021

Vol. LXVII

UNIVERZITA KARLOVA
NAKLADATELSTVÍ KAROLINUM

Vědecký redaktor: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.
Výkonný redaktor: JUDr. Miroslav Sedláček, Ph.D., LL.M.

Všechny články tohoto čísla byly recenzovány.

OBSAH

<i>Jaroslav Ženíšek: Čtrnáctý dodatek Ústavy USA a jeho výklad z pohledu hlavních interpretačních metod</i>	7
<i>Ondřej Svoboda: Úloha Evropského parlamentu při prosazování lidských práv ve společné obchodní politice EU</i>	25
<i>Katarzyna Żak Krzyżanková: K dotváření práva cestou analogie aneb jak zvýšit legitimitu a prosystémovost analogické argumentace v právu</i>	37
<i>Jaroslav Menčík: Jednotní stojíme, rozdělení padáme – význam spolupráce mezi agenturami při potírání bid-rigging konspirací</i>	57
<i>Pavel Kottlán: Právnícká osoba v trestním řízení a střet zájmů</i>	75
<i>Lenka Hlaváčová: Účast veřejnosti na rozhodovacích procesech v rámci ochrany životního prostředí – proč je řádná implementace nezbytná</i>	85

CONTENTS

<i>Jaroslav Ženíšek: The Fourteenth Amendment to the United States Constitution and Its Interpretation by Main Constitutional Interpretive Methods.</i>	7
<i>Ondřej Svoboda: The Role of the European Parliament in the Promotion of Human Rights in the EU Common Commercial Policy.</i>	25
<i>Katarzyna Żák Krzyżanková: On the Filling of Statutory Gaps Using Analogy, or How to Increase the Legitimacy and Pro-systemicity of Analogical Argumentation in Law</i>	37
<i>Jaroslav Menčík: United We Stand, Divided We Fall – the Role of Inter-Agency Cooperation in Enforcement of Bid Rigging Conspiracies.</i>	57
<i>Pavel Kottlán: Legal Person in Criminal Proceedings and Conflict of Interest.</i>	75
<i>Lenka Hlaváčová: Public Participation in Decision-making Processes in the Field of Environmental Protection – Why is the Proper Implementation Necessary.</i>	85

ČTRNÁCTÝ DODATEK ÚSTAVY USA A JEHO VÝKLAD Z POHLEDU HLAVNÍCH INTERPRETAČNÍCH METOD*

JAROSLAV ŽENÍŠEK

Abstract: The Fourteenth Amendment to the United States Constitution and Its Interpretation by Main Constitutional Interpretive Methods

The paper analyzes the Fourteenth Amendment to the United States Constitution, especially its first section and the clauses contained in it: the citizenship clause, the privileges or immunities clause, the due process clause and the equal protection clause and the historically variable interpretation of those by the Supreme Court, the decisions of which often accounted for fundamental changes in the perception of the provisions of the Fourteenth Amendment. Quite frequently, it was the Supreme Court that stood behind the significant social changes throughout history, whether in the area of racial segregation that still lasted for many years in the United States even after the end of the civil war, or later in the area of the right to privacy. The paper also deals with the approach of the dominant methods of interpretation to the Fourteenth Amendment, it compares the different approaches and the resulting interpretative conclusions. A special attention is dedicated to the contradictory interpretations of the originalist theory and the Living Constitution theory, the conflict between the advocates of these two lasting until today and still constituting an important part of the constitutional law debate in the United States.

Keywords: Constitution of the United States; Fourteenth Amendment; Supreme Court; interpretation

Klíčová slova: Ústava Spojených států; čtrnáctý dodatek; Nejvyšší soud USA; interpretace

DOI: 10.14712/23366478.2021.1

1. ÚVOD

Otázka výkladu ústavního textu je fenoménem, který provází ústavněprávní vývoj ve Spojených státech již od raných let existence americké státnosti, vzniklé osamostatněním třinácti kolonií na východním pobřeží severoamerického kontinentu od Britského impéria, které ani přes svou nespornou vojenskou převahu nedokázalo po osmi letech bojů zastavit separatistické snahy kolonií, vedené touhou po nezávislosti, jež vyústily roku 1789 v konečné ustanovení nového státního uspořádání, když 4. března onoho roku vešla v účinnost Ústava Spojených států amerických jako nejvyšší zákon, vymezující systém a fungování ustavené federativní ústavní republiky. Otcové

* Tento příspěvek vznikl na základě plné finanční podpory a je výstupem projektu SVV č. 260358 řešeného na Právnické fakultě Univerzity Karlovy s názvem Kritická analýza pramenů práva se zřetelem na problémy jejich interpretace a retroaktivitu.

zakladatelé Spojených států vtiskli Ústavě její charakteristickou podobu, ovlivněnou přirozenoprávní naukou, evropským osvícenstvím a liberalismem 18. století, postavenou na principech striktní dělby moci, federalismu, limitované působnosti státu a široké míry občanských svobod.

Jedním z typických rysů amerického systému je specifická role soudů, coby institucí nejen rozhodujících v otázkách *de lege lata*, tedy „co je po právu“, nýbrž také právo dotvářejících. Jsou to právě soudy, jež hrály v historii Spojených států již od počátku mnohdy klíčovou roli při interpretaci textu Ústavy a jejichž rozhodnutí ovlivnila nikoli pouze obecné chápání konkrétních ustanovení Ústavy, ale měla přímý a nezřídka rozhodující vliv na společensko-politický vývoj Spojených států. V této oblasti vyniká činnost Nejvyššího soudu USA, stojícího na samotném vrcholu federální soudní soustavy, o níž jsou vedeny trvalé spory, a to zdaleka nejen v právních kruzích. Význam rozhodnutí Nejvyššího soudu spočívá jak v jejich precedenčním charakteru, tak především v pravomoci soudního přezkumu (*judicial review*), formálně ustavené legendárním předsedou Nejvyššího soudu Johnem Marshalllem roku 1803 v dnes již proslulé kauze *Marbury v. Madison*,¹ díky níž je Nejvyšší soud schopen podrobit akty legislativy vlastnímu přezkumu a v případě jejich rozporu s Ústavou je prohlásit za neplatné.

Problematika výkladu Ústavy je tématem komplexním a nesnadným. Úloha vykladače ústavního textu je ztížena dvěma signifikantními faktory – prvním je faktor času, druhým poté faktor obecnosti. Ústava Spojených států je nejstarší psanou ústavou na světě, jde o ústavu rigidní – proces přijímání nových dodatků k Ústavě vyžaduje k jejich schválení dvouřetinovou většinu obou komor Kongresu (Sněmovny reprezentantů a Senátu) a dále ratifikaci alespoň třemi čtvrtinami všech států Unie.² Od roku 1790, kdy došlo k ratifikaci Ústavy státem Rhode Island, jako posledním z původních třinácti kolonií, bylo k dnešnímu dni přijato celkem 27 dodatků, poslední, dodatek sedmadvacátý, se dočkal ratifikace roku 1992. Zatímco potenciální nejasnosti panující u dodatků Ústavy, přijatých v průběhu století dvacátého, mohou být díky relativní časové blízkosti úspěšně rozptýleny, text samotné Ústavy i jejich prvních deseti dodatků pochází z konce osmnáctého století, vlivem čehož se před jejich vykladačem objevuje poměrně obtížná překážka. Obdobně je tomu u dodatků jedenáctého až patnáctého, jež byly k Ústavě připojeny v druhé polovině století devatenáctého.

Neméně složitou překážkou je poté vykladači obecná povaha mnohých ústavních pasáží a klauzulí. Generalita termínů, jako jsou kupříkladu „stejná ochrana zákona“ či „svobody nebo výsady“, obsažené ve čtrnáctém dodatku, zapříčiňují, že ti, kdo je interpretují, docházejí k odlišným závěrům, z nichž následně plynou spory o to, jaký přístup je ten, který nejlépe povede ke správnému závěru. Díky tomu zaznamenáváme v průběhu času vznik různých interpretačních teorií, vycházejících z odlišných premis a užívajících odlišných metod k objasnění smyslu ústavních ustanovení za účelem jejich aplikace. Debaty mezi zastánci té či oné výkladové teorie reflektují napříč dějinami pochopitelně také rozsudky Nejvyššího soudu USA, který v závislosti na převaze jednotlivých právních filozofií jeho členů dospíval a stále dospívá k početným

¹ SELTENREICH, R. – KUKLÍK, J. *Dějiny angloamerického práva*. 2. vyd. Praha: Leges, 2011, s. 535–539.

² Ústava Spojených států amerických, čl. 5.

rozhodnutím, budícím kontroverze a velmi živé diskuse mezi právníky, ale i širokou veřejností.

2. INTERPRETACE ÚSTAVNÍHO TEXTU A VÝKLADOVÉ TEORIE

Jaký je účel Ústavy? Pokud se pokoušíme o výklad ústavního textu, tuto otázku nelze opomenout. Právě u ní totiž začíná cesta každého vykladače, snažícího se nalézt v Ústavě řešení konkrétního právního problému. Ptáme-li se, zda je určité právo v Ústavě obsaženo, či zda Ústava něco dovoluje, nebo naopak zapovídá, vycházíme již ze situace, že víme, jaká je role Ústavy, proč vůbec byla přijata a proč má svůj význam pro společnost i stát.

Ústavu Spojených států můžeme rozdělit na dvě části – část první, to jest preambuli a vlastní články I–VII, a část druhou, kterou jsou její dodatky, schválené a ratifikované v dobách následujících po ratifikaci samotných článků Ústavy. Smyslem části první je vymezení institucionální struktury a ustavení jednotlivých složek státní moci – moci zákonodárné, výkonné a soudní – a vymezení jejich pravomocí a procesů, v rámci nichž budou vykonávat svou činnost, jak jim ji Ústava předepisuje. Smysl části druhé, tedy ústavních dodatků, se liší v závislosti na jejich povaze. Mezi dodatky lze rozlišit v zásadě dva typy – i) dodatky, doplňující či pozměňující ustanovení článků, jako je například dodatek dvaadvacátý, upravující funkční období prezidenta, a ii) dodatky, vztahující se k občanským právům a svobodám, jakými jsou zejména dodatky I–X, známé jako Listina práv (*Bill of Rights*). Účelem a smyslem Ústavy je tedy nejen vymezení státní struktury, ale také ochrana těch práv a svobod, které jsou dle jejich tvůrců natolik významné a esenciální, že nelze dopustit, aby byla, byť demokratickým rozhodnutím většiny, menšinou upírána. Jeden z „otců Ústavy“, slavný James Madison, ve *Federalistovi* č. 10, kde detailně rozebírá hrozbu útlaku menšiny ze strany většiny, plynoucí z tzv. „stranictví“ – společného cíle, zájmu, jaký většina sleduje, jenž je však v rozporu s právy menšin –, píše:

„Odevšad slyšíme stížnosti našich nejmávanějších a nejméněhodnějších občanů, zastánců jak veřejné i osobní víry, tak veřejné i osobní svobody, že naše vlády jsou příliš nestálé, že ve sporech různých stran je přehlíženo veřejné blaho a rozhodnutí jsou často přijímána nikoli na základě zásad spravedlnosti a s ohledem na práva menšiny, nýbrž podle větší síly zaujaté a zpupné většiny.“³

Ve *Federalistovi* č. 51 Madison navazuje na myšlenku ochrany menšiny, když hovoří o potřebě „*vůle, nezávislé na většině, jinými slovy vůle nezávislé na samé společnosti*“⁴, jež bude přítomna ve státu – půjde tedy o existenci kontroly, zábrany, jež zastaví případné snahy většiny o prosazení vůle, která bude svou povahou utlačující vůči menšině. Touto zábranou má být právě Ústava, jež v sobě uchovává přirozená práva a brání jejich odnětí jak ze strany prosté většiny společnosti, tak státu samého.

³ HAMILTON, A. – MADISON, J. – JAY, J. *The Federalist Papers*. Londýn: Penguin Books Ltd., 1987, s. 123.

⁴ Tamtéž, s. 322.

Avšak i pokud je vykladači známa role Ústavy a její funkce, stále před ním stojí úkol zjistit, kde stává její text onu pomyslnou hranici, již nelze překročit a u níž končí pravomoc většiny přijímat rozhodnutí, dopadající na menšinu, neboť text Ústavy nehovoří vždy natolik jednoznačně, aby o způsobu jeho aplikace na projednávanou otázku nemohlo být pochyb. Vystává zde tedy potřeba rozhodnutí, které soudce a svého času také nominant prezidenta Reagana na Nejvyšší soud Robert Bork označuje jako „madisonské dilema“,⁵ spočívající v existenci dvou vzájemně se střetávajících zájmů majority a minority. Zájmem majority je vládnout dle své vůle, zájmem minority je udržet si sféru práv a svobod, v níž majorita nebude moci působit. Jak nalézt hranici mezi nimi je podstatou „madisonského dilematu“ a je také samým jádrem sporu mezi jednotlivými výkladovými teoriemi.

2.1 ORIGINALISMUS

2.1.1 ORIGINAL MEANING

Originalistická metoda výkladu je velmi blízká metodě textualistické, orientované na psaný text. Stejně jako textualismus i originalismus klade důraz na přísné držení se textu, nejpodstatnějším rysem originalistické teorie je však snaha o výklad, který bude v souladu s „původním významem“ (*original meaning*) či také „původním chápáním“ (*original understanding*). Ústava a její dodatky mají dle této koncepce být vykládány tak, jak byly chápány v době jejich přijetí, a také v souladu s významem, jaký jim přisuzovali ti, kdo je ratifikovali.⁶ Originalistické pojetí bývá – byť ne zcela výlučně – spojováno s konzervativněji a tradicionalisticky zaměřenými soudci. Bývalý soudce Nejvyššího soudu Antonin Scalia pregnantně shrnul originalistickou teorii ve svém projevu v Atlantě z roku 2014: „Ústava není živým organismem. Je to právní dokument, který říká to, co říká, a neříká to, co neříká.“⁷ Originalismus je metodou, kladoucí důraz na limitovanou roli soudce při výkladu Ústavy a stojí v tvrdé opozici ke koncepci soudcovského dotváření práva skrze soudní přezkum, kterou vidí jako nepřipustné překročení pravomocí, svěřených soudům Ústavou, vedoucí v důsledku k narušení principu dělby moci a povyšující soudce do role nevolených, nikým nekontrolovaných zákonodárců, schopných nahradit vůli pravých demokraticky zvolených zástupců lidu. Kořeny originalismu nalézáme již u samotných Otců zakladatelů. Alexander Hamilton v textu *Federalisty* č. 78 zdůrazňuje, co má být úkolem soudce: aplikovat *úsudek*, nikoli *vůli*.⁸ Stejně tak James Madison v dopise z 25. června 1824, adresovaném Henrymu Lee IV., vyjadřuje podporu myšlenke výkladu Ústavy, korespondujícího

⁵ BORK, R. H. *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law*. New York: Touchstone, 1991, s. 139.

⁶ Tamtéž, s. 144.

⁷ DUNCAN, R. F. Justice Scalia and the Rule of Law: Originalism vs. the Living Constitution. *Regent University Law Review* [online]. 2016–2017, Vol. 29, No. 1, s. 12 [cit. 2020-09-11]. Dostupné na: <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=lawfacpub>.

⁸ HAMILTON – MADISON – JAY, *c. d.*, s. 440.

s významem, jaký v ní spatřovali ti, kdo Ústavu ratifikovali.⁹ Řešení madisonského dilematu, jak jej prosazují vykladači-originalisté, spočívá v odvození a definování neutrálního principu, vykazujícího odpovídající míru obecnosti. Tento princip je následně aplikován, rovněž za dodržení přísné neutrality. Tam, kde poté Ústava nehovoří a není možné původní princip nalézt, nemají dle originalistického pojetí hovořit ani soudci, neboť by v takovém případě dali průchod vlastní vůli namísto pouhého určení původního významu a jeho aplikace na projednávaný případ. Někteří známí originalisté vidí metodu originalismu jako jedinou cestu, vedoucí k jak správnému výkladu, tak k dodržení principu oddělených složek moci,¹⁰ jiní zdůrazňují přínos originalismu jako metody, zachovávající „dobrou Ústavu“, která prošla procesem schválení supervětšinou (*super-majority*), z čehož lze usuzovat její kvalitu.¹¹ Naproti tomu ze strany ústavních právníků a právních teoretiků, oponujících tezi původního významu, jsou originalistické teorii vytýkány její složitost,¹² projevující se při pokusech o nalezení původního významu, nemožnost zachování neutrality při definování principů¹³ a také neschopnost adaptace na společenskou změnu a upřednostňování minulého nad současným, uvrhující moderní společnost do zajetí tradic dávno zesnulých.

2.1.2 ORIGINAL INTENT

Teorie „původního záměru“ (*original intent*) bývá zmiňována vedle metody původního významu jako druhý ze dvou druhů originalismu. Od originalismu původního významu se však tato v podstatných znacích odlišuje. Zatímco originalisté, přiklánějící se ke koncepci původního významu, odkazují na původní chápání ústavního textu, intencionalisté pátrají po původním *záměru* jeho tvůrců.¹⁴ To, na čem dle intencionalistické metody záleží, tedy není výsledný psaný text, nýbrž záměr, s jakým byl tento text napsán. Rozhodující je tedy subjektivní vůle tvůrců, byť vykládaný text může hovořit zcela jinak. Tato metoda je však originalisty, klonícími se k metodě původního významu, odmítána¹⁵ a obecně nepatří k populárním způsobům výkladu.

2.2 TEXTUALISMUS

Jak bylo zmíněno výše, textualistická metoda soustředí svůj zájem na psaný text a jeho znění. Metodika textualismu spočívá ve snaze zjistit „prostý význam“ vykládaného textu, tedy zjistit, jak by dané ustanovení chápala „normální, anglicky

⁹ *National Archives* [online]. [cit. 2020-09-11]. Dostupné na: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/04-03-02-0333>.

¹⁰ BORK, *c. d.*, s. 143.

¹¹ MCGINNIS, J. O. – RAPPAPORT, M. B. *Originalism and the Good Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, s. 82.

¹² BREST, P. The Misconceived Quest for the Original Understanding. *Boston University Law Review* [online]. 1980, Vol. 60, s. 213 [cit. 2020-09-11]. Dostupné na: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/bulr60&id=1&men_tab=srchresults.

¹³ SELTENREICH – KUKLÍK, *c. d.*, s. 603.

¹⁴ SCALIA, A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997, s. 38.

¹⁵ BORK, *c. d.*, s. 144.

hovořící osoba v době jeho přijetí".¹⁶ V odpovědi na otázku, co přesně textualista hledá v textu, který před ním leží, odpovídá Antonin Scalia – zřejmě největší ikona textualismu posledních dekád – tak, že textualista nepátrá po subjektivním legislativním záměru, pátrá po záměru, jaký by si z textu odvodila „rozumná osoba“ (*reasonable person*), jíž je adresován.¹⁷ Zde nalézáme viditelnou shodu s postupem, uplatňovaným teorií originalistickou. Citujíc již legendárního někdejšího soudce Nejvyššího soudu Olivera Wendella Holmese jr., Scalia poté dodává „*nezajímá mne, jaký byl záměr; zajímá mne pouze to, co užitá slova znamenají*".¹⁸ Sám Scalia rozlišuje mezi interpretací zákonů, u nichž užívanou metodu označuje jako textualistickou,¹⁹ a interpretací ústavního textu, u kterého pro změnu hovoří o metodě originalistické, která ovšem vychází ze základních textualistických principů a slouží tedy jako určitý specifický typ textualismu pro ústavní text.²⁰

2.3 LITERALISMUS

Z textualistického pojetí vychází následně teorie „striktního konstrukcionismu“ (*strict constructionism*), či také literalismu, pod níž jsou někdy jak textualismus, tak originalismus nesprávně zařazovány. Striktní konstrukcionismus je svou povahou extrémní verzí textualismu, ale na rozdíl od něho tento odmítá při výkladu *jakýkoli* faktor vyjma doslovného znění textu. Soudce Nejvyššího soudu Hugo Black v případě *Mishkin v. New York* z roku 1996, týkajícím se vlastnictví materiálů obscénní povahy a jeho (ne)ochrany prvním dodatkem Ústavy, poskytl ve svém disentu přesný vhled do filozofie striktního konstrukcionismu, kde rezolutně odmítl možnost federální vlády jakkoli regulovat jakýkoli projev, neboť první dodatek dle Blacka explicitně říká, že „*Kongres nesmí vydat žádný zákon, omezující svobodu slova*“, a „*žádný*“ znamená skutečně „*vůbec žádný*“.²¹ Blackovo absolutistické pojetí textualismu je nicméně kritizováno i mezi ostatními textualisty, dle nichž aplikování prostého textu za absence zvažování jazykového a společenského kontextu při jeho čtení znamená velké riziko vzniku závěrů, jež budou charakteru až absurdního.²²

2.4 TEORIE „ŽIVÉ ÚSTAVY“

Jak lze odušit již ze samotného termínu „živá Ústava“, metoda interpretace Ústavy coby dokumentu, jehož význam je závislý na běhu času a době, v níž je vykládán, stojí v přímém protikladu k teorii originalistické. Teoretici, hlásící se k této koncepci, staví svou argumentaci na potřebě doplňování a dodatečného „vylepšení“ textu Ústavy, který dle nich vlivem doby, v níž byl přijat, a jejího společenského kontextu, obsahuje mezery, kvůli nimž Ústava poskytuje nedostatečnou ochranu některých práv, objevených až mnoho let po její ratifikaci díky postupujícímu dějinnému

¹⁶ BREST, *c. d.*, s. 206.

¹⁷ SCALIA, *c. d.*, s. 17.

¹⁸ Tamtéž, s. 22–23.

¹⁹ Tamtéž.

²⁰ Tamtéž, s. 45.

²¹ *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966).

²² SCALIA, *c. d.*, s. 23–24.

vývoji a s ním souvisejícími novými společensko-politickými standardy, na které text z konce 18. století ve své původní podobě nedokáže adekvátně reagovat. Proto zastánci konceptu Ústavy coby „žijícího“ dokumentu (*Living Constitution*) podporují širší pole působnosti pro soudce při interpretaci, aby svou činností dané mezery vyplnili prostřednictvím extenzivnějšího výkladu. Soudce Nejvyššího soudu Thurgood Marshall, jeden z předních stoupců teorie živé Ústavy, ve svém projevu k dvoustému výročí vzniku Ústavy Spojených států kriticky hodnotí Ústavu jako dokument, jehož význam není pevně dán, a státní uspořádání v podobě, v jaké bylo navrženo Otcí zakladateli, coby „defektní od samého počátku“.²³ Marshallova razantní kritika pramení z historicky známých nedostatků, přítomných i v americké společnosti 18. a 19. století a reflektovaných i v samotné Ústavě,²⁴ jakými byly otroctví a obecně inferiorní postavení afroamerické populace, stejně jako postavení žen, disponujících plošně volebním právem až od přijetí devatenáctého dodatku na počátku dvacátého století. Tyto nepochybné historické křivdy pro Marshalla, jakož i ostatní teoretiky metody živé Ústavy, znamenají potřebu číst Ústavu jako dokument, jehož význam je proměnlivý a dynamicky se rozvíjející s rozvojem obecného celospolečenského chápání práv a svobod.²⁵ Role soudců jako arbitrů, dotvářejících svými rozhodnutími právo na užití soudního přezkoumávání, jež jim přisuzuje teorie živé Ústavy, je nejčastějším terčem kritiky ze strany textualistů a originalistů, považujících za jediný legitimní postup při změnách ústavního textu proces upravený pátým článkem Ústavy a argumentujících pokřivením systému dělby moci vlivem tzv. „soudcovského aktivismu“²⁶ vedoucího v konečném důsledku k faktickému „soudcokratickému“ zřízení.

Originalismus na straně jedné, vycházející z formalistického pojetí práva, a teorie živé Ústavy, představující větší právní pragmatismus, na straně druhé, jsou dnes dvěma nejvýznamnějšími výkladovými metodami, jejichž dlouhotrvající střet je fenoménem, symptomatickým pro problematiku interpretace Ústavy jako takové. Konfrontaci těchto dvou přístupů můžeme sledovat u těch nejdůležitějších rozhodnutí amerického Nejvyššího soudu, týkajících se rozsahu občanských práv a svobod a přípustné míry státní ingerence, pokrývajících jednotlivé ústavní dodatky. Ani čtrnáctý dodatek není v tomto směru výjimkou.

Je ovšem nutné zmínit, že interpretační přístupy, nastíněné v textu výše, jsou sice metodami dominantními, avšak nejsou metodami jedinými, za zmínku do zajista stojí například také metoda pragmatická, orientovaná na zkušenost a konsekvence,²⁷ nahlízející na jednotlivé kauzy prizmatem následků, jaké by rozhodnutí soudního orgánu přineslo, a zvažující při výkladu žádoucí společenské dopady a specifická pozitiviva a negativiva řešené otázky,²⁸ namísto abstraktnějšího, teoretičtějšího přístupu, jaký volí

²³ The Bicentennial Speech. In: *Thurgood Marshall* [online]. 2019 [cit. 2020-09-11]. Dostupné na: <http://thurgoodmarshall.com/the-bicentennial-speech/>.

²⁴ Ústava Spojených států amerických, čl. 1, odd. 2.

²⁵ The Bicentennial Speech. In: *Thurgood Marshall* [online]. 2019 [cit. 2020-09-11]. Dostupné na: <http://thurgoodmarshall.com/the-bicentennial-speech/>.

²⁶ BORK, c. d., s. 17.

²⁷ FARBER, D. A. Legal Pragmatism and the Constitution. *Minnesota Law Review* [online]. 1988, Vol. 72, s. 1341 [cit. 2020-09-11]. Dostupné na: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2083&context=mlr>.

²⁸ Tamtéž, s. 1342–1343.

kupříkladu metoda originalistická. Každá z výkladových teorií je však subjektivního charakteru, kdy ani jedna z metod není metodou výlučnou a jejich ne/užití závisí na konkrétním složení soudního orgánu. Proto také lze v různých historických obdobích pozorovat i různé změny a obraty v právním přístupu na Nejvyšším soudu, viz kupříkladu kontrast mezi Nejvyšším soudem Warrenovým v padesátých a šedesátých letech minulého století a soudem Rehnquistovým v letech osmdesátých, devadesátých a na počátku století dvacátého prvního.

3. ČTRNÁCTÝ DODATEK ÚSTAVY SPOJENÝCH STÁTŮ

Čtrnáctý dodatek k Ústavě USA patří nepochybně k nejdůležitějším změnám, jaké původní Ústava doznala. Pět oddílů, tvořících tento dodatek, obsahuje klauzule, které v době přijetí představovaly revoluční změny pro americkou společnost, zotavující se z občanské války a stojící jak před výzvou znovusjednocení federace, tak potřebou odstranění přetrvávajících nerovností v občanských a politických právech. Čtyři klauzule, zahrnuté do čtrnáctého dodatku – o občanství, o svobodách nebo výsadách, o řádném soudním procesu a o stejné ochraně zákona – fungují dodnes jako základ pro rozhodování Nejvyššího soudu v kauzách, dotýkajících se rozsahu práv a svobod a ochrany před diskriminačním zacházením. Rozsudky v případech, týkajících se čtrnáctého dodatku, jakými byly *Plessy v. Ferguson*, *Slaughter-House Cases*, *Brown v. Board of Education*, *Griswold v. Connecticut* či *Roe v. Wade*, představují milníky ve vývoji interpretace ústavního textu i amerického ústavního práva jako celku.

3.1 HISTORICKÉ POZADÍ

Po vítězství severních států v občanské válce, trvající v letech 1861–1865, vyzrála potřeba nalézt způsob, jak začlenit poražené jižanské státy Konfederace zpět do Unie. Toto byl nicméně značně komplikovaný úkol – vítězný Sever byl po válce politicky rozdělen na ty, kteří prosazovali umírněnost a shovívavost vůči členům bývalé Konfederace, mezi něž patřil i prezident Lincoln, a radikální republikány, mezi kterými vynikali zejména senátor Charles Sumner a kongresman Thaddeus Stevens, požadující větší nekompromisnost a potrestání odtržených států. Rozpor mezi oběma tábory znamenal faktickou nemožnost shody na jednotném plánu, na jehož základě by proběhla obnova Unie v předválečné podobě. Lincolnova snaha o smírné řešení, vedená v duchu zásady „*bez zášti vůči komukoli a se shovívavostí vůči všem*“,²⁹ projevená v podobě návrhu tzv. desetiprocentního plánu,³⁰ narazila na tvrdou opozici radikálů v Kongresu, usilujících o přijetí vlastní koncepce rekonstrukce, tzv. Wade-Davisova zákona,³¹ pro změnu vetovaného prezidentem. Prezident Andrew Johnson, jenž se ujal

²⁹ Great inaugural addresses: Abraham Lincoln's two speeches. In: *National Constitution Center* [online]. 18. 1. 2017 [cit. 2020-09-11]. Dostupné na: <https://constitutioncenter.org/blog/great-inaugural-speeches-abraham-lincoln>.

³⁰ SELTENREICH – KUKLÍK, *c. d.*, s. 400.

³¹ Tamtéž.

úřadu po Lincolnově zavraždění, navázal na Lincolnovu umírněnou politiku a prosazoval co nejrychlejší návrat jižních států do Unie. Rekonstrukční proces, během něhož docházelo k postupnému znovupřijetí odtržených států, vyústil nakonec v rozdělení Jihu na vojenské distrikty pod správou Severu. Toto uspořádání vydrželo až do roku 1877, kdy po dohodnutém kompromisu³² došlo k odchodu severních vojenských jednotek, znamenajícím definitivní završení éry Rekonstrukce USA.³³

Obnovení Unie však nebylo jediným úkolem, s nímž bylo třeba se po skončení války vypořádat. Stále nedořešenou zůstávala problematika postavení afroamerické části populace, které navzdory zrušení otroctví na celém území Spojených států třináctým dodatkem Ústavy z roku 1865, navazujícím na prezidentské prohlášení o osvobození otroků na území Konfederace z roku 1863, stále mělo daleko do skutečného zrovnoprávnění. Reakcí na tuto skutečnost bylo přijetí Zákona o občanských právech (*Civil Rights Act*) roku 1866, schválenému i přes veto prezidenta Johnsona, a dvou dalších ústavních dodatků – čtrnáctého (1868) a patnáctého, zakazujícího upírání volebního práva na základě rasy, barvy pleti nebo předchozího otroctví, (1870). Společně s třináctým dodatkem tvoří tyto série tzv. Rekonstrukčních dodatků, pokoušejících se zakotvit na federální ústavní úrovni rovné postavení a přístup k právům bez ohledu na barvu pleti, tedy aspekt, jenž doposud v Ústavě nebyl přítomen, čehož jednotlivé jižanské státy v minulosti využívaly k přijetí zákonů, omezujících selektivně část obyvatelstva z čistě rasových důvodů.³⁴

Ani připojení tří nových dodatků k Ústavě však neznamenalo naprostý konec rasové segregace a diskriminace. Státy bývalé Konfederace, navzdory vědomí, že spor o otroctví je definitivně ztracený, nehodlaly akceptovat úplný přechod ke zrovnoprávnění a hledaly tak způsoby, jak novou právní úpravu obejít. Výsledkem bylo přijímání tzv. „Černých zákoníků“ (*Black Codes*),³⁵ na něž později navázaly nechvalně proslulé „zákony Jima Crowa“.³⁶ Cílem těchto lokálních právních úprav bylo faktické zachování segregace, projevující se nejvýrazněji na pokračujícím vyřazování Afroameričanů z účasti na volebním procesu. Tento stav, posvěcený i některými rozsudky Nejvyššího soudu, přetrvával v příštích dekadách až do poloviny dvacátého století.

Roku 1964 byl poté Kongresem schválen další Zákon o občanských právech, který na rozdíl od *de facto* neúčinného stejnojmenného předpisu z roku 1866 již znamenal značný průlom v rasové desegregaci. Význam čtrnáctého dodatku zde však na rozdíl od dodatku patnáctého nekončil. Následující léta s sebou přinesla nová politická témata, jakými byly ochrana soukromí, potraty či postavení sexuálních menšin, která se promítla i do rozhodování Nejvyššího soudu, odkazujícího v nich právě na ustanovení čtrnáctého dodatku, který se zejména díky v něm obsažené klauzuli *substantive due process* stal prostředkem k vynětí dalších práv z rozhodování společenské většiny, kterým setrvává i nadále.

³² KUST, J. *Nejvyšší soud USA*. Praha: Ústav práva a právní vědy, o. p. s., 2013, s. 91.

³³ Tamtéž.

³⁴ Tamtéž, s. 90.

³⁵ SELTENREICH – KUKLÍK, *c. d.*, s. 402.

³⁶ KUST, *c. d.*, s. 90–91.

3.2 INTERPRETACE ČTRNÁCTÉHO DODATKU

Zatímco formulace oddílů 2–4 čtrnáctého dodatku nezavdává velký prostor k pochybám ohledně jejich významu a výkladu, pravý opak platí pro oddíl první,³⁷ díky němuž je význam celého dodatku povýšen z čistě institucionální úpravy, reagující na státoprávní potřeby rekonstrukčního procesu, na naprosto klíčové ústavní ustanovení pro ochranu práv a výsad, pojících se s občanstvím USA i jednotlivých států, a díky kterému je text, jenž by jinak s postupem času nepochybně ztrácel na relevanci a proměnil se spíše jen v téma pro právní historiky, jádrem disputací i více než sto padesát let po jeho přijetí. Výše jmenované čtyři klauzule prvního oddílu se ukázaly jako nadčasové, ovšem zda tomu tak skutečně mělo (a má dále) být, je otázka, jež je předmětem následujících odstavců.

3.2.1 OBČANSTVÍ A PRIVILEGES OR IMMUNITIES

První dvě klauzule prvního oddílu – klauzule o občanství a klauzule o svobodách nebo výsada – jsou vzájemně bezprostředně navazující a dohromady vytvářejí jak rámec pro určení, zda určité osobě náleží občanství a k němu přináležející „svobody nebo výsady“ (*privileges or immunities*), díky čemuž došlo ke zvrácení rozsudku, vyneseného v předválečném případě Dreda Scotta,³⁸ tak také jakých „svobod nebo výsad“ se podmínka o jejich neomezování ze strany jednotlivých států týká. Jak totiž můžeme vyčíst ze samotného textu čtrnáctého dodatku, občanství ve Spojených státech je dvojí – každý, koho lze zahrnout pod uvedenou definici – tedy je narozený nebo naturalizovaný v USA a spadá pod jejich jurisdikci – je nejen občanem USA jako celku, ale také konkrétního státu, jehož je obyvatelem. Rozdělení, vyplývající z federálního uspořádání, je zásadní, neboť obě občanství nejsou svou povahou totožná a každé s sebou nese odlišné skutečnosti, včetně odlišných „svobod nebo výsad“.

Tato disparita v minulosti vedla k tomu, že zatímco na federální úrovni byla zejména díky *Bill of Rights* jistá práva chráněna před vládními zásahy, na úrovni státní tomu tak nebylo, čehož bylo státními legislativami hojně využíváno, jak lze vidět na příkladech zmíněných „Černých zákoníků“. Vystala proto otázka, zda je možné práva, garantovaná *Bill of Rights*, aplikovat i na činnost státních legislativ, a nikoli pouze coby pojistku proti vládě a legislativě federální. Ta byla centrálním problémem, který řešil Nejvyšší soud v kauze tzv. „jatečních případů“ (*Slaughter-House Cases*) z roku 1873. Ve městě New Orleans ve státě Louisiana vlivem znečišťování okolního prostředí odpadem z jatek, které vedlo k propuknutí epidemií, přijala státní legislativa opatření, kterým došlo ke vzniku centralizovaného jatečního monopolu na úkor všech ostatních soukromých jatek, která měla být uzavřena. Místní řezníci proto podali několik žalob k Nejvyššímu soudu s cílem zastavit proces monopolizace jatečního odvětví. Nejvyšší soud však ná-

³⁷ „Všechny osoby narozené nebo naturalizované ve Spojených státech a podřízené jejich jurisdikci jsou občany Spojených států a státu, jehož jsou obyvateli. Žádný stát nemá právo vydat nebo provádět zákon, který by omezoval svobody nebo výsady občanů Spojených států; žádný stát nemá právo zbavit jakoukoli osobu života, osobní svobody nebo majetku bez řádného soudního procesu; nemá také právo zbavit jakoukoli osobu, podléhající jeho pravomoci, stejné ochrany zákona.“

³⁸ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

roky řezníků zamítl s tím, že klauzule o „svobodách nebo výsadách“ chrání pouze proti federálním zásahům, a nikoli také proti zásahům jednotlivých států, protože žádný stát sice nemůže vydat zákon, omezující svobody nebo výsady občanů *Spojených států*, to ale neznamená, že nemůže omezit svobody a výsady, vyplývající z občanství *státního*, které nejsou pod ochranou čtrnáctého dodatku a jeho klauzule o „svobodách nebo výsadách“. Argumentace soudce Samuela Millera ve většinovém stanovisku byla postavena na tvrzení, že kdyby smyslem klauzule o svobodách nebo výsadách bylo chránit občany proti jejich vlastnímu státu, bylo by toto v textu jasně stanoveno, namísto toho však text hovoří pouze o občanech „Spojených států“, přičemž ale v předcházející klauzuli o občanství mezi těmito dvěma jednoznačně rozlišuje.³⁹

Rozhodnutí v kauze jatečních případů tak potvrdilo dosavadní praxi neaplikovatelnosti⁴⁰ *Bill of Rights* na jednotlivé státy USA. Plyne z něho však ještě jeden důležitý závěr: totiž že pojem „svobod nebo výsad“ *nezahrnuje* práva nevyčtená výslovně v ústavním textu, ale „náležející lidu“, o nichž hovoří devátý dodatek k Ústavě. Pojem „svobody nebo výsady“, s nímž pracuje čtrnáctý dodatek, nachází inspiraci u ustanovení o „svobodách a výsadách“, obsaženém ve čtvrtém článku Ústavy, dle něhož mají občané kteréhokoli ze států nárok na stejné „svobody a výsady“ jako občané ostatních států Unie. V roce 1823 bylo okrskovým soudem v Pensylvánii rozhodnuto v kauze Corfield v. Coryell, v jejímž odůvodnění se soudce Bushrod Washington kromě otázky regulace mezistátního obchodu zabývá podstatně rovněž otázkou svobod a výsad čtvrtého článku, když předkládá jejich demonstrativní výčet, do něhož pod obecnými formulacemi řadí mimo jiné právo projíždět či pobývat ve všech státech federace, právo na státní ochranu či nabývání a využívání vlastnických práv.⁴¹ K výčtu „svobod a výsad“ z případu Corfield se v souvislosti se čtrnáctým dodatkem v odlišném stanovisku v kauze Sáenz v. Roe z roku 1999 na Nejvyšším soudu vrací i soudce Clarence Thomas, který v klauzuli o „svobodách a výsadách“ čtvrtého článku spatřuje inspiraci pro klauzuli „svobod nebo výsad“ čtrnáctého dodatku, jejíž znění má dle něho být vykládáno jako prosazení ochrany svobod a výsad, jak jsou uvedeny v kauze Corfield, vůči jednotlivým státům.⁴² Odpovědět zcela s jistotou na to, jaký je smysl „svobod nebo výsad“ v pojetí čtrnáctého dodatku, je ale bohužel prakticky nemožné. Význam klauzule zůstává nejednoznačný a ani Nejvyšší soud nevnese od doby přijetí čtrnáctého dodatku do této nejistoty světlo. Pokud bychom zkoumali klauzuli o svobodách nebo výsadách z pohledu intencionalistické metody, rozhodujícím by pro nás musel být záměr navrhovatele dodatku. Ten známým *je* – kongresman John Bingham, tvůrce klauzule o svobodách nebo výsadách a „otec čtrnáctého dodatku“, ve svých vystoupeních před Kongresem dal několikrát svůj záměr najevo: klauzule o svobodách nebo výsadách měla sloužit jako nástroj pro prosazení *Bill of Rights* vůči státům.⁴³ Úmysl tvůrce převládá nade vše a tvůrce se vyslovil nade vši pochybnost jasně. Avšak s tímto pohledem by se vykladači,

³⁹ Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36 (1873).

⁴⁰ Barron v. Baltimore, 32 U.S. 243 (1833).

⁴¹ Corfield v. Coryell, 6 F. Cas. 546 (1823).

⁴² Sáenz v. Roe, 526 U.S. 489 (1999).

⁴³ LASH, K. T. The Privileges or Immunities Clause and Unenumerated Rights. *Law & Liberty* [online]. 21. 3. 2019 [cit. 2020-09-11]. Dostupné na: <https://www.lawliberty.org/2019/03/21/the-privileges-or-immunities-clause-and-unenumerated-rights/>.

vyznávající odlišný interpretační přístup, jen stěží ztotožnili. Originalistická metoda by dozajista neskončila svůj výzkum u úmyslu kongresmana Bingham. Jeho záměr je jednou věcí, druhou je však to, jak jím navrženou úpravu chápali ti, kdo rozhodovali o její ratifikaci – jejich srozumění zůstává pouze ve sféře dohadů.⁴⁴ A pokud smyslem klauzule o svobodách a výsadách bylo aplikovat *Bill of Rights* vůči jednotlivým státům, tedy i včetně těch práv explicitně nezmiňovaných v Ústavě, znamenalo by to, že Nejvyšší soud by tímto byl autorizován ke zrušení těch státních legislativních aktů, které by s těmito právy byly v rozporu (a stal se slovy soudce Millera „věčným cenzorem nad legislativou států“⁴⁵), ale zároveň by mu byl poskytnut prostor také k tomu, aby tato práva případně sám definoval, což je závěr, jaký originalismus již ze své podstaty odmítá, a od čehož se výslovně zdržel i sám Nejvyšší soud v rozsudku v jatečních případech. Naproti tomu teorie živé Ústavy s takovýmto přístupem v rozporu není, ba naopak – lze ho v podstatě označit za její esenci. Teoretici Ústavy coby žijícího dokumentu akcentují význam principů a hodnot, které nemusejí být přímo v ústavním textu jmenovány, ale soudci je mohou (a mají) chránit. V jatečních případech je takovou hodnotou právo svobodného obchodu a podnikání, dotčené vytvořením centrálního monopolu. Pokud s takovým právem sympatizujeme a považujeme ho za hodnotné, rozhodnutí Nejvyššího soudu v kauze „jotka“ nám nebude „hodnotově“ sympatické. Přesto ho nicméně lze považovat za správné, pokud ovšem dospějeme k závěru, že bylo v souladu s ústavními ustanoveními. Teoretici, kritizující originalistický přístup, upozorňují právě na to, že limitovaná role, jakou soudcům originalisté přisuzují, může vést k interpretaci, jejímž výsledkem bude, že jisté nepsané hodnoty, které má dle nich chránit devátý dodatek Ústavy,⁴⁶ nebudou respektovány (což vzhledem k jejich povaze považují za krajně nežádoucí), jako se tomu stalo v kauze jatečních případů. Odpovědí na tuto námitku může být stanovisko soudce Pottera Stewarta v jeho disentu v případě *Griswold v. Connecticut* (1965), v němž označil zákon, jehož ústavnost byla zkoumána, za „nebývale hloupý“,⁴⁷ ale přesto byl nucen ho prohlásit za ústavně konformní, čímž velmi dobře vystihl charakter originalismu – nemusí souhlasit s každým zkoumaným zákonem a je si vědom, že jeho zachování může být omezením pro svobodu, ale pokud dospějí k závěru, že Ústava takové omezení připouští, nelze jinak, než zákon zachovat a nechat na zákonodárcích, aby ho dle vůle lidu případně zrušili. Stewartovu formulaci o „nebývale hloupém“, nicméně Ústavě neodporujícím, zákonu poté o několik desítek let později zopakoval i Clarence Thomas ve stručném disentu v případě *Lawrence*, v němž byl prohlášen za neslučitelný se čtrnáctým dodatkem a tedy protiústavní texaský zákon o sodomii, kriminalizující homosexuální styk.⁴⁸

Soudní praxe se každopádně v letech po rozhodnutí v jatečních případech držela precedentu v nich ustanoveném a aplikace *Bill of Rights* proti státům tak zůstávala zapovězena. Postupem času však došlo k prolomení této praktiky a dodatky, tvořící *Bill of Rights*, počaly být inkorporovány prostřednictvím čtrnáctého dodatku i vůči jednotlivým

⁴⁴ BORK, *c. d.*, s. 181.

⁴⁵ *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873).

⁴⁶ SELTENREICH – KUKLÍK, *c. d.*, s. 561.

⁴⁷ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

vým státům federace. Tato proměna byla vedena změnou v soudní interpretaci čtrnáctého dodatku, avšak tentokrát nikoli na základě klauzule o svobodách nebo výsadách, jejíž restriktivní pojetí, zformované v jatečních případech, prozatím stále přetrvává, nýbrž na bázi jiné části čtrnáctého dodatku – klauzule o řádném procesu.

3.2.2 DUE PROCESS

Pátý dodatek Ústavy Spojených států garantuje právo na „řádny soudní proces“ (*due process*). Díky této ústavní garanci není možné zbavit kohokoli života, svobody či majetku bez „řádného soudního procesu“. Jde tedy o procesní ochranu práv, která nesmí být odňata, aniž by byly dodrženy všechny náležitosti soudního procesu, zformulované detailněji v průběhu času díky činnosti soudů. Požadavek řádného procesu, vyjádřený v pátém dodatku, byl však až do přijetí čtrnáctého dodatku aplikovatelný pouze na federální úrovni. Přijetím čtrnáctého dodatku tak došlo k důležité změně v aplikaci jedné z nejdůležitějších doktrín zaručujících vládu práva, neboť klauzule o řádném soudním procesu, obsažená v prvním oddílu, v něm byla nejen znovupotvrzena, ale zároveň byla textem nově vztažena i na jednotlivé státy federace. Klauzule řádného soudního procesu v podání čtrnáctého dodatku s sebou vedle působnosti vůči jednotlivým státům však přinesla ještě jednu neméně důležitou novotu – tou byl nový výklad samotné podstaty doktríny řádného soudního procesu. Zatímco dřívější pojetí řádného procesu bylo pojetím čistě procedurálním, nová interpretace, vyvinuvší se v průběhu času po rozhodnutí v jatečních případech, počala chápat „řádny soudní proces“ nikoli jako pouhý procedurální požadavek, nýbrž jako „řádny proces substantivní“ (*substantive due process*).⁴⁹ Ochrana, jakou povinnost řádného soudního procesu poskytovala, tak získala zcela nový rozměr v podobě něčeho, co můžeme označit jako „hmotné jádro“ řádného soudního procesu, tvořené samotnými právy, která mají být chráněna před státními zásahy v důsledku rozhodování společenské většiny. Doktrína *substantive due process* tedy na rozdíl od původní *due process* pátého dodatku, stanovujícího nutné prostředky, jakými je možné zbavit člověka života, svobody či majetku, ztělesňuje samotná práva, která nemohou být předmětem státních zásahů.

Vzestup doktríny substantivního řádného procesu v americkém ústavním právu započal v raných letech dvacátého století, kdy Nejvyšší soud řešil řadu případů, týkajících se ekonomické svobody a přípustnosti státní intervence do ekonomiky, z nichž nejpodstatnějším byl rozsudek v kauze *Lochner v. New York* (1905), v němž Nejvyšší soud zrušil newyorský zákon, regulující délku pracovní doby jakožto odporující smluvní svobodě, a tedy právu na svobodu v rámci čtrnáctého dodatku. Případ *Lochner* se stal preceden-tem *pro futuro*, díky jehož výsledku získala doktrína substantivního řádného procesu své pevné místo v ústavním právu a od druhé poloviny dvacátého století se stala základem pro přelomové rozsudky v oblasti občanských práv.⁵⁰ Poněkud paradoxně proto působí fakt, že k vůbec prvnímu uplatnění doktríny *substantive due process* došlo v již zmíněném nechvalně proslulém rozsudku v kauze *Dred Scott v. Sandford*, v němž Nejvyšší

⁴⁹ SELTENREICH – KUKLÍK, c. d., s. 406.

⁵⁰ PULLIAM, M. Leaving *Lochner* Behind. *Law & Liberty* [online]. 7. 8. 2017 [cit. 2020-09-11]. Dostupné na: <https://lawliberty.org/leaving-lochner-behind/>.

soud pod vedením předsedy Rogera Taneyho označil vlastnictví otroků za ústavní právo právě na základě substantivního pojetí doktríny řádného procesu, a to 11 let předtím, než čtrnáctý dodatek vůbec vznikl.⁵¹ Taneyho zdůvodnění rozsudku je dodnes terčem kritiky zástupců prakticky všech výkladových směrů – Robert Bork odsuzuje Taneyho argumentaci z originalistické perspektivy i s poukazem na negativní efekt, jaký měla do budoucna, kdy soudci dle Borka na základě substantivního řádného procesu vpisovali do Ústavy „svá osobní přesvědčení, která Ústava však neobsahuje“.⁵² Příklady takových rozhodnutí, jež dle Borka i jiných originalistů ztělesňují ukázkou „soudcovského aktivismu“, jsou *Griswold v. Connecticut* (1965) a *Roe v. Wade* (1973). V kauze *Griswold* Nejvyšší soud našel v Ústavě „spojení“ prvního, třetího, devátého a také čtrnáctého dodatku nové ústavní právo na soukromí, jež je dle většinového stanoviska jednou z nepsaných záruk, majících v Ústavě své „polostíny“, pomáhající jim vdechnout „život a podstatu“.⁵³ Na toto rozhodnutí poté navázal v jednom z nejproslulejších sporů americké právní historie, když v případě *Roe v. Wade* zahrnul pod právo na soukromí, vzniklé v rozhodnutí v kauze *Griswold*, právo ženy ukončit těhotenství kdykoli během prvního trimestru.⁵⁴ Podobně jako Bork i profesor John Hart Ely, jedna z nejvlivnějších osobností americké právní teorie dvacátého století a také Borkův kritik, označuje pojem „substantivní řádný proces“ jako „protimluv“,⁵⁵ neboť dle Elye se zkratka „nelze vyhnout faktu, že slovo ‚řádný‘ je následováno slovem ‚proces‘ a neexistuje žádný důkaz, že slovo ‚proces‘ znamenalo [v době ratifikace dodatku] něco jiného, než znamená nyní“.⁵⁶ Poněkud ambivalentní postoj k doktríně substantivního řádného procesu zaujal Oliver Wendell Holmes jr., mimo jiné také autor disentu v případě *Lochner*. Holmes na jedné straně odmítl, aby jakákoli ekonomická filozofie měla vliv na interpretaci Ústavy a soudci aby na jejím základě bránili přirozenému rozhodování většiny, na straně druhé však neodmítl koncepci substantivního řádného procesu jako takovou, když přiznal existenci určitých fundamentálních principů, které nepotřebují výslovně zmínění v Ústavě k jejich aplikovatelnosti, vycházejíc z tradic amerického lidu a práva.⁵⁷ Pojem substantivního řádného procesu s sebou dozajista přináší svá pozitiva – pokud přiznáme, že existují jisté základní principy, v Ústavě explicitně nevyřčené, avšak svou povahou natolik zásadní pro svobodnou demokratickou společnost, že je potřeba soudce nadat pravomocí je chránit i bez opory psaného textu, riziko potenciální tyranie a utlačování menšin je velmi podstatně sníženo. Nese s sebou však také rizika s ním spojená – jak totiž zabránit soudcům, aby při výkladu Ústavy nevymezili ony základní fundamentální principy svévolně a neopírali je pouze o své subjektivní přesvědčení, čímž by mohli paradoxně ke zničení demokracie přispět oni sami? Jak lze již tušit, podobná varování přichází ze strany zastánců textualistického a originalistického výkladu. Můžeme proto souhlasit s názorem profesora Thomase Greye, jenž označuje koncept substantivního řádného

⁵¹ BORK, c. d., s. 31.

⁵² Tamtéž.

⁵³ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁵⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵⁵ ELY, J. H. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, s. 18.

⁵⁶ Tamtéž.

⁵⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

procesu za přímo neslučitelný s tím, co nazývá „model ryze výkladový“,⁵⁸ jehož popis odpovídá zmíněným dvěma metodám výkladu.

Jak pojem „řádného soudního procesu“ ve čtrnáctém dodatku vnímaly osoby, které ho ratifikovaly, je obtížné odhalit. Některé části debat, provázejících schvalování čtrnáctého dodatku, se nedochovaly a zůstávají nám tak zapovězeny. Podle profesora Elye vzhledem k rozsudkům, týkajícím se doktríny *due process*, vyneseným ještě před vznikem čtrnáctého dodatku, jenž byly tvůrcům dodatku i ratifikujícím dozajista známé, není možné stoprocentně vyloučit, že by si nepřáli, aby klauzule o řádném procesu byla příležitostně vykládána substantivně,⁵⁹ zároveň je zde ale také názor profesora Stanfordovy univerzity Samuela Morrisona, jehož Ely rovněž cituje, podle něhož výklad klauzule o řádném soudním procesu v souladu s jeho původním významem znamená, že substantivní pojetí klauzule *nemůže* být ospravedlnitelné.⁶⁰

Pokud uvážíme zcela nepochybnou inspiraci tvůrců čtrnáctého dodatku pátým dodatkem při konstrukci klauzule o řádném procesu, stejně jako jejich snahu o vztažení pátého dodatku na jednotlivé státy prostřednictvím nového dodatku čtrnáctého, a rovněž absenci explicitního zmínění adjektiva „substantivní“ v samotném textu dodatku či dostupných historických materiálech, lze dovozovat – jak konstatuje soudce Nejvyššího soudu Byron White – že substantivní pojetí řádného procesu nemá ústavní oporu.⁶¹ Díky Nejvyššímu soudu a jeho historické činnosti v průběhu celého dvacátého století však dnes toto pojetí stále zůstává platným i uplatňovaným.

3.2.3 EQUAL PROTECTION OF THE LAWS

Na rozdíl od klauzulí o svobodách nebo výsadách a řádném soudním procesu, u klauzule o stejné ochraně zákona (*equal protection of the laws*) nenacházíme obdobnou formulaci v jiných částech Ústavy. V době jejího navržení šlo o naprosto novou právní úpravu, zformulovanou jako prostředek pro prosazení potřebných změn v oblasti rasové rovnosti. Navzdory všeobecně známému cíli, kterému měla klauzule o stejné ochraně zákona sloužit, – povýšit obsah Zákona o občanských právech z roku 1866 na ústavní úroveň⁶² – Nejvyšší soud zasadil této snaze tvrdý zásah rozsudkem v případě *Plessy v. Ferguson* (1896). V něm neshledal protiústavním louisianský zákon, zakotvující segregaci ve vlakové dopravě v podobě oddělených vagonů pro osoby černé a bílé pleti, když argumentoval, že odlišné zacházení neimplikuje zároveň rasovou inferioritu, neboť stejně jako osoby černé pleti nemohly cestovat pohromadě s osobami pleti bílé, stejně pravidlo platilo i *vice versa*.⁶³ Toto rozhodnutí tudíž učinilo původnímu významu klauzule o stejné ochraně ráznou přítrž a namísto odbourání rasové diskriminace uvolnilo cestu nové doktríně *separate but equal* („oddělení, ale rovni“). Nic na tom nezměnilo ani známé osamocené odlišné stanovisko soudce Harlana, hovořícího o „barvoslepé Ústavě“ (*color-blind Constitution*), která nepřipouští arbitrární oddělo-

⁵⁸ SELTENREICH – KUKLÍK, *c. d.*, s. 562.

⁵⁹ ELY, *c. d.*, s. 16.

⁶⁰ Tamtéž, s. 15.

⁶¹ Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).

⁶² MCGINNIS – RAPPAPORT, *c. d.*, s. 110.

⁶³ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

vání občanů podle rasy, které se v podstatě rovná jejich poznamenávání „odznakem otroctví“. Případ Plessy se tak stal pomyslnou licencí jižanským státům pro přijímání diskriminačních opatření, jakými byly oddělené prostory v dopravních prostředcích či restauračních zařízeních. Precedent, stanovený v kauze Plessy, vládl po dlouhá léta až do roku 1954. Až tehdy byla prolomena doktrína *separate but equal*, a to znovu díky Nejvyššímu soudu, vstupujícímu pod vedením předsedy Earla Warrena do nové „liberální“ éry, jejímž symbolem se stal rozsudek v kauze Brown v. Board of Education of Topeka, v níž byla ústavnímu přezkumu podrobena legislativa, umožňující segregaci ve veřejných školách na základě rasy. Warrenův soud jednomyslným rozhodnutím segregaci ve veřejných školách prohlásil za protiústavní. Bohužel, odůvodnění, jaké soud přednesl, stálo spíše na sociologické než právní bázi a rozhodnutí tak neobsahuje detailní právní analýzu příslušných ustanovení čtrnáctého dodatku, s odvoláním na nějž Warrenův soud kauzu rozsoudil.⁶⁴

Pojem stejné ochrany zákona demonstruje zřejmě nejlépe ze všech klauzulí čtrnáctého dodatku rozdíl mezi teoriemi, zaměřenými na přesné znění textu a jeho původní význam, a metodou pragmatického čtení textu, beroucí v potaz společenský vývoj a měnící se okolnosti, za nichž je text aplikován. Originalistická teorie původního významu nahlíží na klauzuli o stejné ochraně zákona jako na nástroj, jímž mělo být dosaženo zrovnoprávnění čerošské populace s většinovou bílou populací, tedy jako na prostředek, jenž má svůj úzce vymezený účel, za nímž byl přijat, a který nelze vztahovat na případy nesouvisející s otázkami rasové rovnosti. Profesor Grey ve svém eseji *Máme nepsanou Ústavu?* vyčítá originalistické a textualistické metodě, že dává prostor federální vládě pro „explicitní rasovou diskriminaci“⁶⁵ (klauzule stejné ochrany zákona je aplikovatelná na státní, nikoli federální úrovni). Zásadní rozpor mezi textualisty/originalisty a teoretiky „živé Ústavy“ nastává v rozsahu, v jakém je možné klauzuli o stejné ochraně zákona aplikovat. V průběhu druhé poloviny dvacátého století začal Warrenův soud, následovaný dalšími, interpretovat pojem stejné ochrany zákona na všechny případy, související s nestejným postavením, nikoli pouze na ty, týkající se nestejného postavení z důvodu barvy pleti. Nejvýznamnějším z případů v posledních letech, na něž byla užita klauzule o stejné ochraně zákona v rozšířeném pojetí, je kauza Obergefell v. Hodges (2015), v níž Nejvyšší soud na základě extenzivní interpretace klauzulí čtrnáctého dodatku o řádném procesu a stejné ochraně zákona shledal, že Ústava garantuje v rámci svobody chráněné klauzulí o řádném procesu právo na stejnopohlavní sňatky, uplatnitelné vůči všem státům.⁶⁶ Podobný závěr je naprosto logickým vyústěním interpretace Ústavy coby žijícího a vyvíjejícího se dokumentu, jistě však nebude konvenovat stoupenům teorie původního významu. Proto je nutné se ptát, jaký princip ochrany klauzule o stejné ochraně zákona skutečně zakotvuje. Jde o princip rovnosti osob černé pleti s osobami pleti bílé? Nebo jde o obecný princip rovnosti všech ras? Či snad jde o princip rovnosti přesahující oblast rasy úplně? Řešením, jak nalézt požadovaný princip, jenž bude natolik obecný, že ho bude možné aplikovat na více případů, může být volba této úrovně abstraktnosti soudcem, aplikujícím vykládaný text na daný případ. Druhou možností je poté řídit

⁶⁴ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁵ SELTENREICH – KUKLÍK, *c. d.*, s. 562.

⁶⁶ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).

se pouze textem, tj. nalézt jeho skutečný význam, aniž bychom volbu míry obecnosti ponechali na vykladači textu. Které řešení zvolíme a považujeme za správné, záleží už jen na našem chápání práva, Ústavy a úlohy jejích vykladačů.

4. ZÁVĚR

Budoucnost interpretace čtrnáctého dodatku je dnes nemožné s absolutní přesností předvídat. Lze se však důvodně domnívat, že bude přímo záviset na složení Nejvyššího soudu a predominantní právní filozofii většiny jeho členů, kteří budou v oblasti vývoje výkladu díky své pravomoci soudního přezkumu hlavními aktéry. Současné složení Nejvyššího soudu má po dvou úspěšných nominacích prezidenta Donalda Trumpa – Neilu Gorsuchovi a Brettu Kavanaughovi – blíže ke konzervativnímu myšlenkovému proudu, který se již dlouhou dobu zasazuje o zvrácení některých problematických rozsudků, zejména v kauze Roe v. Wade, jejíž opětovný přezkum ve světle nových legislativ, přijímaných napříč Spojenými státy, se jeví jako pravděpodobný. Osud této kauzy, stejně jako i dalších pojičících se se čtrnáctým dodatkem, ale zdaleka není jistý, již proto, že navzdory republikánské převaze v Nejvyšším soudu nepřevažuje také vyhraněné originalistické či textualistické smýšlení, zastávané především soudci Clarencem Thomasem a Samuelem Alitem, a jak nově jmenovaný Brett Kavanaugh, tak předseda John G. Roberts se řadí spíše k centristickému proudu, reprezentovanému svého času kupříkladu soudcem Anthonym Kennedym. Nezbyvá tedy než konstatovat, že osud výkladu čtrnáctého dodatku zůstane alespoň prozatím v rukou oněch pomyslných devíti strážců ústavnosti a jejich uvážení, jež odhalí až čas.

Jaroslav Ženíšek
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
zenisek.jaroslav@email.cz

ÚLOHA EVROPSKÉHO PARLAMENTU PŘI PROSAZOVÁNÍ LIDSKÝCH PRÁV VE SPOLEČNÉ OBCHODNÍ POLITICE EU*

ONDŘEJ SVOBODA

Abstract: **The Role of the European Parliament in the Promotion of Human Rights in the EU Common Commercial Policy**

The Common commercial policy of the European Union has been changing its nature after the adoption of the Lisbon Treaty as the protection of human rights is today its important dimension. There are several reasons for this development and the expanding role of the European Parliament is undoubtedly one of them. This article aims to assess and demonstrate the European Parliament's role on the basis of several specific case-studies in the area of negotiations of free trade agreements, the Generalised System of Preferences, and the debate on responsible business conduct of multinational enterprises. It comes to the conclusion that the European Parliament has become an influential actor in the Common commercial policy advocating for the use of trade instruments to promote human rights abroad.

Keywords: common commercial policy; European Union; European Parliament; human rights; generalised system of preferences; free trade agreements

Klíčová slova: společná obchodní politika; Evropská unie; Evropský parlament; lidská práva; všeobecný systém preferencí; dohody o volném obchodu

DOI: 10.14712/23366478.2021.2

1. ÚVOD

V souvislosti se společnou obchodní politikou Evropské unie není pravděpodobně první věcí, která člověka napadne, otázka lidských práv. Jsou to však právě lidská práva a jejich ochrana, které jsou stále častěji v této důležité oblasti unijních aktivit akcentovány i s ohledem na dlouhou tradici prosazování politických hodnot včetně lidských práv unijními obchodněpolitickými nástroji, tradici, která sahá nejméně k Dohodě z Lomé z roku 1989¹ a která byla zobecněna v roce 1995 na všechna obchodní vyjednávání EU.² Důvodů ke stále rostoucímu zájmu je několik. Od změn v evropském právu uvedených Lisabonskou smlouvou v roce 2009 a následným vstupem nových aktérů, především Evropského parlamentu (dále také jen „EP“), kteří obchodní politiku

* Text byl zpracován v rámci programu Právnické fakulty Univerzity Karlovy Výzkumné centrum pro lidská práva, UNCE č. UNCE/HUM/011.

¹ Dohoda z Lomé IV, 15. prosince 1989 [1991] OJ L229/3, čl. 5 odst. 2. Bližší k této úpravě viz REID, E. *Balancing Human Rights, Environmental Protection and International Trade: Lessons from the EU Experience*. London: Hart Publishing, 2015, s. 148–150.

² Rada EU. Council Conclusions of 29 May 1995, reported in EU Bulletin 1995-5, b. 1.2.3.

ovlivňují, až po zvýšený zájem evropské veřejnosti i parlamentů členských států o témata mezinárodního obchodu.

V rovině primárního práva EU je nově obchodní politika od přijetí Lisabonské smlouvy rovněž používána jako nástroj pro prosazování evropských zásad a hodnot jakožto součást širšího vystupování Unie navenek. Právo EU totiž ukládá Unii podporovat a prosazovat základní hodnoty jako jsou lidská práva, demokracie, ochrana životního prostředí apod. ve vnějších vztazích Evropské unie. Zatímco čl. 3 odst. 5 Smlouvy o Evropské unii (SEU) stanovuje ve vnějších vztazích Evropské unie s okolním světem přispívat k ochraně lidských práv, především práv dítěte, a k přísnému dodržování a k rozvoji mezinárodního práva, v čl. 21 odst. 1 SEU se uvádí, že: „[č]innost Unie na mezinárodní scéně spočívá na zásadách, které se uplatnily při jejím založení, jejím rozvoji a jejím rozšiřování a které hodlá podporovat v ostatním světě: demokracie, právní stát, univerzálnost a nedělitelnost lidských práv a základních svobod, úcta k lidské důstojnosti, zásady rovnosti a solidarity a dodržování zásad Charty Organizace spojených národů a mezinárodního práva“.³ Společná obchodní politika tak již nesleduje pouze otevírání zahraničních trhů a související snahy o liberalizaci mezinárodního obchodu, ale od roku 2009 se musí řídit také těmito obecnými zásadami.⁴

Další podstatná charakteristika obchodní politiky tkví v tom, že v ní má EU výlučné pravomoci.⁵ To znamená, že za obvyklých okolností o její tvorbě a uplatňování rozhodují primárně orgány EU, a ne členské státy, které mohou v této oblasti jednat pouze na základně zmocnění, nebo při provádění unijních aktů.⁶ Je to právě činnost Evropského parlamentu, který zdůrazňuje tuto významnou změnu obsaženou v Lisabonské smlouvě, kdy jsou poprvé vnější politiky EU a její cíle úzce propojeny s obchodní politikou.⁷ EP již v roce 2010 konstatoval, že „obchodní politika není samoučelná“ a „moderní obchodní politika musí zohlednit jiné oblasti politik, jako jsou: a) lidská práva, [...], c) pracovní práva a hlavní pracovní normy Mezinárodní organizace práce, d) sociální odpovědnost podniků [...]“.⁸ K tomu využívá svoji vlastní posílenou pozici v rámci institucionálního uspořádání Unie, v němž je nejaktivnější unijní institucí vystupující proti porušování lidských práv.⁹

³ Blíže BARTELS, L. The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects. *European Journal of International Law*. 2015, Vol. 25, No. 4, s. 1 071–1 091.

⁴ Čl. 205 Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU). Konkrétně viz např. CREMONA, M. Structural Principles and their Role in EU External Relations Law. *Current Legal Problems*. 2016, Vol. 69, No. 1, s. 35–66.

⁵ Čl. 3 SEU. Blíže LEAL-ARCAS, R. *EU Trade Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, s. 87–92; nebo k nedávným kompetenčním sporům v obchodní politice SVOBODA, O. Změny společné obchodní politiky po stanovisku Soudního dvora EU k dohodě o volném obchodu EU-Singapur. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2019, Vol. LXV, č. 2, 2019, s. 91–102.

⁶ KRAJEWSKI, M. The Reform of the Common Commercial Policy. In: BIONDI, A. – EECKHOUT, P. – RIPLEY, S. (eds.). *EU Law After Lisbon*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 298–299.

⁷ BENDINI, R. In-depth Analysis: the European Union's trade policy, five years after the Lisbon Treaty. European Parliament's Directorate-General for External Policies, DG EXPO/B/PolDep/Note/2014_76, 2014, s. 9.

⁸ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 27. září 2011 o nové obchodní politice pro Evropu v rámci strategie Evropa 2020 (2010/2152(INI)), odst. 5.

⁹ GEOFFREY, H. The Role of the European Parliament in Human Rights Protection. In: BENEDEK, W. – KARL, W. et al. (eds.). *European Yearbook on Human Rights*. Vienna: Intersentia, 2009, s. 109.

Tento příspěvek má za cíl zodpovědět, jak velkou roli v prosazování roviny lidských práv do obchodní politiky EU hraje Evropský parlament, v jakých konkrétních oblastech a jakými způsoby. Nejdříve bude proto stručně představeno institucionální zakotvení Evropského parlamentu při tvorbě obchodní politiky a jeho pravomoci. Následně budou diskutovány jednotlivé oblasti, ve kterých je EP zvláště aktivní a které jsou určující pro vztah společné obchodní politiky lidských práv. Jedná se zejména o obsah unijních obchodních a investičních dohod, Všeobecný systém preferencí (GSP) a oblast odpovědného obchodního chování podniků, resp. byznysu a lidských práv. Analýza těchto případů potvrdí rostoucí vliv Evropského parlamentu na podobu společné obchodní politiky Unie, která se mj. promítá i do posilování její lidskoprávní roviny.

2. INSTITUCIONÁLNÍ ROLE EVROPSKÉHO PARLAMENTU VE SPOLEČNÉ OBCHODNÍ POLITICE

Jednou z nejzásadnějších změn v polisabonské obchodní politice Unie je institucionální posílení pozice Evropského parlamentu, které má zajistit její větší demokratickou legitimitu.¹⁰ To EP umožňuje prosazovat zvýšenou pozornost jeho prioritám, včetně ochrany lidských práv, v zahraničněpolitických, rozvojových i obchodních nástrojích Unie *vis-à-vis* dalším unijním institucím, především Radě EU a Evropské komisi (dále také jen „EK“). K tomu disponuje Evropský parlament širokou paletou nástrojů.

Evropský parlament je v první řadě nově spolunormotvůrce unijních právních předpisů v oblasti obchodní politiky,¹¹ čímž je přímo zapojen do formulování unijní obchodní politiky. Jedná se např. o unijní legislativu týkající se ochranných doložek a dalších mechanismů, které umožňují dočasné odnětí preferencí v některých obchodních dohodách, nebo Všeobecného systému preferencí.

Evropský parlament také získal klíčovou roli při schvalování mezinárodních smluv uzavíraných Unií, kdy musí s jejich uzavřením vyslovit souhlas.¹² Naplno se nově nabytá pravomoc projevila v případě Obchodní dohody proti padělatelství (ACTA). Tato obchodní dohoda měla vést k vytvoření mezinárodního systému pro vynucování práv duševního vlastnictví. Nicméně v červenci 2012 Evropský parlament v plenárním zasedání dohodu zamítl a fakticky ji tak celou pohřbil.¹³ Podstatná část výhrad europoslanců byla přítom v diskuzi k dohodě založena na obavách o ochranu lidských práv.¹⁴ Toto

¹⁰ WOOLCOCK, S. EU Trade and Investment Policymaking After the Lisbon Treaty. *Intereconomics*. 2010, Vol. 45, No. 1, s. 23.

¹¹ Čl. 207 odst. 3 SFEU.

¹² KRAJEWSKI, c. d., s. 308–310; KADDOUS, C. The Transformation of the EU Common Commercial Policy. In: EECKHOUT, P. – LOPEZ-ESCUADERO, M. (eds.). *The European Union's External Action in Times of Crisis*. Oxford: Hart Publishing, 2016, s. 444–448.

¹³ Legislativní usnesení Evropského parlamentu ze dne 4. července 2012 k návrhu rozhodnutí Rady o uzavření Obchodní dohody proti padělatelství mezi Evropskou unií a jejími členskými státy, Austrálií, Kanadou, Japonskem, Korejskou republikou, Spojenými státy mexickými, Marockým královstvím, Novým Zélandem, Singapurskou republikou, Švýcarskou konfederací a Spojenými státy americkými (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)).

¹⁴ BEKE, L. – D'HOLLANDER, D. – HACHEZ, N. – PÉREZ, B. Report on the integration of human rights in EU development and trade policies. 30. září 2014, s. 27.

právo veta, kterým EP disponuje nad každou dojednanou obchodní nebo investiční dohodou Unie, posílilo pravděpodobně postavení Evropského parlamentu nejvíce.¹⁵

V tomto kontextu je také důležitá méně formalizovaná role EP ve fázi zahájení jednání o obchodních a investičních dohodách. Je logické, že Evropská komise dobrovolně upřednostní projednání východisek a cílů mezinárodních vyjednávání s europoslanci, aby se mohla vyhnout případnému zmiňovanému nesouhlasu s dohodou v pozdější fázi schvalování.¹⁶ V praxi tak může EP požadovat od Evropské komise větší tlak na vyjednávacího partnera, aby zlepšil své domácí lidskoprávní podmínky, jinak nedá dohodě nezbytný souhlas.

Příklady použití této pravomoci v souvislosti s ochranou lidských práv je v průběhu posledních let několik. V roce 2011 např. EP pozastavil uzavření Protokolu o textilních výrobcích k Dohodě o partnerství a spolupráci mezi EU a Uzbekistánem zejména z důvodu pochybností týkajících se dětské práce. Svůj souhlas s uzavřením protokolu udělil až v roce 2016 poté, co došlo v této oblasti ze strany Uzbekistánu k významnému zlepšení, včetně přijetí právních předpisů, které zakazují dětskou práci.¹⁷ Dalším příkladem je obchodní dohoda mezi EU a Kolumbií a Peru, kdy před jejím schválením EP vyjádřil výhrady k ochraně lidských, environmentálních a pracovních práv v Kolumbii.¹⁸ Kolumbie následně předložila plán ke zlepšení situace a EP vyslovil souhlas s uzavřením dohody. Obdobná situace nastala v případě dohody o volném obchodu s Vietnamem. Europoslanci opakovaně v průběhu vyjednávání upozorňovali na propojení dojednané dohody s lidskými právy a vyzvali Vietnam ke zlepšení situace, zvláště v oblasti politických a pracovních práv.¹⁹ Přestože bude snaha po volbách do Evropského parlamentu získat jeho souhlas s dlouho odkládanou dohodou co nejdříve, je možné, že její ratifikace se opět oddálí, pokud noví europoslanci vyhodnotí dodržování lidských práv ve Vietnamu jako neuspokojivé.

Evropský parlament má dále kontrolní roli nad prováděním obchodní politiky.²⁰ Evropská komise je vázána pravidelně podávat zprávu o pokroku těchto jednání s třetími zeměmi nebo mezinárodními organizacemi.²¹ V rámci parlamentních struktur je

¹⁵ RICHARDSON, L. The Post-Lisbon Role of the European Parliament in the EU's Common Commercial Policy: Implications for Bilateral Trade Negotiations. *EU Diplomacy Papers*. 2012, No. 5, s. 5.

¹⁶ ŠTĚRBOVÁ, L. Lisabonská smlouva a společná obchodní politika EU. *Současná Evropa*. 2010, č. 2, s. 36–37.

¹⁷ Nelegislativní usnesení Evropského parlamentu ze dne 14. prosince 2016 o návrhu rozhodnutí Rady o uzavření protokolu k Dohodě o partnerství a spolupráci, kterou se zakládá partnerství mezi Evropskými společenstvími a jejich členskými státy na straně jedné a Republikou Uzbekistán na straně druhé, kterým se mění dohoda s cílem rozšířit její působnost na dvoustranný obchod s textilními výrobky, s přihlédnutím k pozbytí platnosti dvoustranné dohody o textilních výrobcích (16384/1/2010 – C7-0097/2011 – 2010/0323(NLE) – 2016/2226(INI)).

¹⁸ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 13. června 2012 o Obchodní dohodě mezi EU a Kolumbií a Peru (2012/2628(RSP)), odst. 15.

¹⁹ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 15. listopadu 2018 o Vietnamu, zejména o situaci politických vězňů (2018/2925(RSP)).

²⁰ LOEWENTHAL, J.-P. Articles 13–18. In: KELLERBAUER, M. – KLAMERT, M. – TOMKIN, J. (eds.). *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 136–138.

²¹ Čl. 207 odst. 3 SFEU; čl. 218 odst. 6(a)(v) SFEU. Pro bližší rozbor viz např. SIMOES, F. D. The European Parliament's Oversight Powers Over Trade and Investment Negotiations. *European Investment Law and Arbitration Review*. 2017, Vol. 2, s. 346–350.

to Výbor pro mezinárodní obchod (INTA), který má ústřední roli v parlamentní kontrole obchodní politiky Unie.²² Informační povinnost je odražena v interinstitucionální rámcové dohodě mezi Evropskou komisí a Evropským parlamentem, která zavazuje EK informovat Výbor INTA o všech fázích vyjednávání o obchodních a investičních dohodách, včetně jejich přípravné fáze.²³

Často opomíjenou, přesto také důležitou aktivitou, je parlamentní diplomacie, kdy se delegace Evropského parlamentu účastní různých mezinárodních jednání k obchodně-politickým tématům, nebo se jedná o cesty europoslanců do vybraných zemí, se kterými EU vyjednává obchodní a investiční dohody. Konkrétním příkladem je aktivní vystupování na výroční parlamentní konferenci Světové obchodní organizace (WTO), kde zástupci Evropského parlamentu pravidelně upozorňují na problematiku udržitelného rozvoje a lidská práva.²⁴ Z poslední doby je možné uvést příklad, kdy parlamentní delegace zrušila plánovanou cestu do Myanmaru. Tam měla zjistit dopady dohody o ochraně investic, u které se Unie s Myanmarem dohodla již na téměř celém textu a měla být brzy podepsána. Nicméně kvůli zhoršující se lidskoprávní situaci v zemi byla cesta zrušena, čímž se pravděpodobně oddálilo i sjednání samotné investiční dohody, kdy EP vyzval k „opatrnosti“ ohledně jejího uzavření.²⁵

V neposlední řadě může Evropský parlament využít své rozpočtové pravomoci podle článku 14 SEU a čl. 310 odst. 1 SFEU a ovlivnit přidělování finančních prostředků na unijní nástroje používané při prosazování lidských práv ve třetích zemích.²⁶

V právní rovině je pak nepochybně potencionálně významná i legitimace obracet se na SDEU o posudek ohledně souladu zamýšlené mezinárodní dohody se zakládacími smlouvami podle čl. 218 odst. 11 SFEU. S jejím využitím může EP potencionálně dosáhnout judicializace problémů týkajících se dodržování lidských práv s ohledem na uzavírání mezinárodních smluv a získat ve formě závazného posudku SDEU silný nástroj k ovlivnění jejich obsahu.

3. OBSAH UNIJNÍCH OBCHODNÍCH A INVESTIČNÍCH DOHOD

Obchodní a investiční dohody, které sjednává Evropská unie, patří k základním nástrojům společné obchodní politiky. Evropský parlament využívá svého posíleného postavení a má na jejich podobu rostoucí vliv,²⁷ který se snaží promítnout i do posílení lidskoprávní dimenze těchto dohod.

Počáteční snahy EP se soustředily na prosazování tzv. doložky o lidských právech (*human rights clause / human rights conditionality*). Již od poloviny 90. let minulého

²² V otázkách spojenými s lidskými právy pak spolupracuje s Podvýborem pro lidská práva (DROI).

²³ Rámcová dohoda o vztazích mezi Evropským parlamentem a Evropskou komisí. Úřední věstník EU L 304/47, 20. listopadu 2010, odst. 23.

²⁴ Viz např. SCHOLZ, H. What future for the WTO? Making Trade Work for Development After Nairobi: discussion paper for the 2016 Annual Session of the Parliamentary Conference on the WTO, PC-WTO/2016/R.3, 27. května 2016.

²⁵ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 7. července 2016 o Myanmaru, zejména o situaci Rohingyů (2016/2809(RSP)), odst. 19.

²⁶ LOEWENTHAL, c. d., s. 136–138.

²⁷ LEAL-ARCAS, c. d., s. 224.

století tak existuje současný politický rámec, na základě kterého Unie prosazuje tuto doložku jako součást mezinárodních smluv mezi EU a třetími zeměmi nebo regionálními organizacemi, včetně obchodních dohod. Jedná se o ustanovení, které obvykle definuje dodržování lidských práv jako „základní prvek“ těchto dohod a není-li řádně dodržováno, mohou být v souladu s dohodou uplatněna různá opatření, např. omezení nebo pozastavení výhod plynoucích z dohody.²⁸ Takové rozhodnutí nicméně záleží na Evropské komisi, v jejímž rozhodování hrají nakonec velkou roli i úvahy nad politickými dopady aktivace doložky.²⁹

Že je zahrnování doložek o lidských právech dlouhodobou prioritou Evropského parlamentu, potvrzují jeho pravidelná stanoviska na toto téma. Např. v roce 2005 vydal usnesení o doložce o lidských právech a demokracii v dohodách Evropské unie, kde se věnoval mj. i obchodním dohodám.³⁰ Později v roce 2015 ve zprávě o dopadu finanční a hospodářské krize na lidská práva požadoval Evropský parlament záruky řádného sledování a praktické uplatňování doložky o lidských právech v rámci každé obchodní dohody.³¹ Naposledy byla důležitost podmíněnosti lidských práv v obchodních dohodách připomenuta ve výroční zprávě Evropského parlamentu stejně jako nezbytná podpora demokratických systémů a snahy o svobodu národů, které by měly být nadále hlavními zásadami, jimiž se hospodářské zájmy EU řídí.³² Nutno podotknout, že prosazování lidských práv je vnímáno jako širší cíl vnější akce EU ze strany všech hlavních orgánů EU.³³

Kromě lidskoprávní doložky se Evropský parlament snaží prosazovat systematické zařazování sociálních a environmentálních norem, včetně základních úmluv Mezinárodní organizace práce (MOP) a lidskoprávních úmluv jako Úmluvy o zabránění a trestání zločinu genocidy, Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech, Úmluvy o právech dítěte nebo Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace.³⁴

Tyto normy by také měly být podle názoru EP doprovázeny efektivním nezávislým mechanismem řešení sporů, včetně efektivního vymáhání a dodržování závazků v oblasti

²⁸ Blíže viz BARTELS, L. The European Parliament's role in relation to human rights in trade and investment agreements. Policy European Parliament, Department DG External Policies EXPO/B/DROI/2012-09, 2014; VELLUTI, S. The Promotion and Integration of Human Rights in EU External Trade Relations. *Utrecht Journal of International and European Law*. 2016, Vol. 32, No. 83, s. 53–57; ZAMFIR, I. Human Rights in EU Trade Agreements: the Human Rights Clause and its Application. European Parliamentary Research Service, PE 637.975, 2019.

²⁹ REID, c. d., s. 172–173.

³⁰ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 14. února 2006 o doložce o lidských právech a demokracii v dohodách Evropské unie (2005/2057(INI)).

³¹ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 18. dubna 2013 o dopadu finanční a hospodářské krize na lidská práva (2012/2136(INI)). O zprávě také informovalo Výzkumné centrum pro lidská práva v r. 2013, viz ONDŘEJEK, P. Podvýbor pro lidská práva Evropského parlamentu projednal Zpravu o dopadu finanční a hospodářské krize na lidská práva. In: *Výzkumné centrum pro lidská práva* [online]. 31. 1. 2013 [cit. 2020-09-29]. Dostupné na: <https://www.vclp.cz/news/podvybor-pro-lidska-prava-evropskeho-parlamentu-projednal-zpravu-o-dopadu-financni-a-hospodarske-krize-na-lidska-prava/>.

³² Usnesení Evropského parlamentu ze dne 12. prosince 2018 o výroční zprávě o stavu lidských práv a demokracie ve světě v roce 2017 a o politice Evropské unie v této oblasti (2018/2098(INI)), odst. 50.

³³ Viz např. Rada EU. Conclusions of 20 July 2015 on the Action Plan on Human Rights and Democracy 2015–2019, 20. července 2015. Zde se výslovně požaduje vkládání lidskoprávních doložek do mezinárodních dohod EU.

³⁴ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 25. listopadu 2010 o lidských právech, sociálních a environmentálních normách v mezinárodních obchodních dohodách (2009/2219(INI)), odst. 15.

lidských práv, a větším zapojením občanské společnosti.³⁵ Tento soustavný tlak pravděpodobně také přispěl k rozsáhlé konzultaci o zlepšení implementace kapitol dohod o volném obchodu a udržitelném rozvoji, kterou provedla Evropská komise s dalšími evropskými institucemi a zapojenými stranami (*stakeholdery*) v letech 2017 a 2018.³⁶ V případě formulování investiční politiky Unie Evropský parlament již ve svém prvním stanovisku k úvodním představám EK o investiční politice Unie vyslovil požadavek, aby budoucí unijní investiční dohody zavazovaly investory k dodržování lidských práv.³⁷

Tyto požadavky EP opakuje v různých formách u konkrétních vyjednávání,³⁸ čímž vyvíjí soustavný tlak, aby se tímto tématem Rada a Evropská komise zabývaly.³⁹ Evropský parlament připomíná potřebu zohledňování lidských práv i ve vyjednáváních s tak obtížnými partnery jako je Čína. Při zahájení vyjednávání o investiční dohodě mezi EU a Čínou zdůraznil, že „*investiční dohody, které EU uzavře, nesmí být v rozporu se základními hodnotami, o jejichž prosazování EU v rámci své vnější politiky usiluje, a proto nesmí oslabovat možnost veřejných zásahů, zejména při sledování cílů veřejných politik, jako jsou sociální a environmentální kritéria, lidská práva, boj proti padělání a dále bezpečnost, práva zaměstnanců a spotřebitelů [...]*“.⁴⁰ Lidskoprávní doložky jsou ale požadovány i u partnerů, u kterých jsou malé pochybnosti o jejich právních systémech. V minulosti podobné snahy vůči Austrálii a Novému Zélandu dokonce vedly k přerušení rozhovorů mezi oběma stranami. Zůstává tak na vyjednávacích Evropské komise, nakolik se ambiciózní přání europoslanců podaří v praxi prosadit.

4. VŠEOBECNÝ SYSTÉM CELNÍCH PREFERENCÍ

Všeobecný systém celních preferencí je jednostranný obchodní nástroj EU, kterým poskytuje rozvojovým zemím a územím jednostranně zvýhodněný přístup na jednotný trh, aby „*podpořil udržitelný hospodářský a sociální rozvoj a rozvoj v oblasti*

³⁵ Tamtéž, odst. 22. Dále také Usnesení Evropského parlamentu ze dne 5. července 2016 k nové a inovativní budoucí strategii pro obchod a investice (2015/2105(INI)), odst. 18–19.

³⁶ Evropská komise. Trade and Sustainable Development (TSD) chapters in EU Free Trade Agreements (FTAs), 11. července 2017; Evropská komise. Feedback and way forward on improving implementation and enforcement of Trade and Sustainable Development chapters in EU Free Trade Agreements, 26. února 2018. Blíže HRADILOVÁ, K. – SVOBODA, O. Sustainable Development Chapters in the EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness. *Journal of World Trade*. 2018, Vol. 52, No. 6, s. 1 028–1 032.

³⁷ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 6. dubna 2011 o budoucí evropské mezinárodní investiční politice (2010/2203(INI)), odst. 37.

³⁸ Např. Usnesení Evropského parlamentu ze dne 9. října 2013 o jednáních mezi EU a Čínou o dvoustranné investiční dohodě (2013/2674(RSP)), odst. 33; Usnesení Evropského parlamentu ze dne 25. února 2016 o zahájení jednání o dohodě o volném obchodu s Austrálií a Novým Zélandem (2015/2932(RSP)), odst. 8; Doporučení Evropského parlamentu ze dne 14. září 2017 Radě, Komisi a Evropské službě pro vnější činnost k jednáním o modernizaci obchodního pilíře dohody o přidružení EU–Chile (2017/2057(INI)), odst. 1(u).

³⁹ Generální ředitelství pro obchod EK mělo projít i částečnou vnitřní reorganizací v roce 2011, aby dokázalo lépe reagovat na vzrůstající lidskoprávní požadavky ze strany EP. Viz BENOIT-ROHMER, F. et al. Human Rights Mainstreaming in EU's External Relations, European Parliament Directorate-General for External Policies of the Union. EXPO/B/DROI/2008/66, 2009, s. 15.

⁴⁰ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 9. října 2013 o jednáních mezi EU a Čínou o dvoustranné investiční dohodě (2013/2674(RSP)), odst. 23.

životního prostředí v rozvojových zemích, přičemž hlavním cílem je vymýcení chudoby“.⁴¹ Součástí společné obchodní politiky je od roku 1971. Ačkoliv jsou reálné pozitivní dopady na rozvojové země sporné,⁴² patří mezi základní unijní obchodní nástroje s rozvojovým rozměrem. Jeho poslední podoba je upravena nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 978/2012. Tento předpis byl přijat řádným legislativním postupem a Evropský parlament jej tak projednával poprvé v roli spolunormotvůrce.

Součástí stávajícího systému je zvláštní pobídkový režim pro udržitelný rozvoj a řádnou správu věcí veřejných (GSP+), v jehož rámci se rozvojové země zavazují k ratifikaci a účinnému provádění základních mezinárodních úmluv o lidských a pracovních právech, ochraně životního prostředí apod. V případě, že se tak neděje, může Evropská komise rozhodnout o pozastavení, nebo ukončení výhod.

K dočasnému pozastavení preferencí GSP+ došlo např. v únoru 2010 vůči Srí Lance poté, co Evropská komise zjistila nedostatky v implementaci tří lidskoprávních úmluv OSN. Jednalo se však o spíše ojedinělý případ, kdy se Evropská komise rozhodla k takovému kroku. Evropský parlament vyzývá Evropskou komisi k tomuto kroku mnohem častěji, než kdy je EK ochotná k němu přistoupit. V poslední době např. Evropský parlament vyzval Evropskou komisi, aby „využila všech dostupných nástrojů k tomu, aby přesvědčila Filipíny, aby učinily přítrž popravám bez řádného soudu v souvislosti s tažením proti drogám, a pokud se v příštích několika měsících situace nijak zásadně nezlepší, aby také učinila procesní kroky k případnému zrušení výhod v rámci systému GSP+“.⁴³

Pro Evropský parlament zůstává obchodní systém GSP+ „jedním z hlavních nástrojů obchodní politiky EU k prosazování demokracie, lidských práv, udržitelného rozvoje a norem ochrany životního prostředí ve vztahu k třetím zemím“⁴⁴ a „klíčovým nástrojem obchodní politiky EU, který poskytuje lepší přístup na trh a je doplněn striktním monitorovacím mechanismem s cílem prosazovat lidská a pracovní práva, ochranu životního prostředí a řádnou správu věcí veřejných v rozvojových zemích ve zranitelném postavení“.⁴⁵ Dlouhodobě proto věnuje pozornost nejen konkrétním případům, kdy je v jednotlivých zemích neuspokojivá situace v dodržování lidských práv, ale snaží se i o systémové zlepšení jeho účinnosti. Opakovaně tak vyzývá Evropskou komisi, aby systémy GSP+ důsledněji monitorovala a zajistila tak dodržování norem v oblasti lidských práv ze strany přijímajících zemí. V tomto ohledu také EP vyzval k přijetí jasných

⁴¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 978/2012 ze dne 25. října 2012 o uplatňování systému všeobecných celních preferencí a o zrušení nařízení Rady (ES) č. 732/2008, odst. 3.

⁴² Např. CUYVERS, L. – SOENG, R. The impact of the EU Generalized System of Preferences on exports and GSP utilization by Asian and Latin American countries. *Journal of International Trade Law and Policy*. 2013, Vol. 12, No. 1, s. 94–95; LEBZELTER, T. – MARX, A. Is EU GSP+ Fostering Good Governance? Results from a New GSP+ Compliance Index. *Journal of World Trade*. 2020, Vol. 54, No. 1, s. 18–20.

⁴³ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 16. března 2017 o Filipínách – případ senátorky Leily M. De Limaové (2017/2597(RSP)), odst. 9.

⁴⁴ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 12. prosince 2018 o výroční zprávě o stavu lidských práv a demokracie ve světě v roce 2017 a o politice Evropské unie v této oblasti (2018/2098(INI)), odst. 51.

⁴⁵ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 14. března 2019 k provádění nařízení (EU) č. 978/2012 o systému všeobecných celních preferencí (2018/2107(INI)), odst. 4. Viz také PETRUCCI, F. – BOSSUYT, J. – DE FEYTER, K. – FORESTI, M. – DOMINGO, O. – MONTI, S. Thematic Evaluation of the European Commission Support to Respect of Human Rights and Fundamental Freedoms (Including Solidarity with Victims of Repression): Final Report. Vol. 1, 2011, s. 25.

a transparentních postupů pro smysluplnou a posílenou účast nevládních organizací a o to, aby před udělením obchodních preferencí a během jejich uplatňování byla provedena efektivní posouzení dopadu na lidská práva.⁴⁶

Protože současné nařízení vyprší na konci roku 2023, aktuálně probíhá v EU veřejná konzultace, v níž mají příspěvatelé možnost vyjádřit se k fungování systému GSP a jeho budoucí úpravě. Podle prvotních úvah by nové nařízení GSP mělo začít platit od roku 2024 a lze předpokládat, že EP bude v rámci veřejné konzultace i následného legislativního procesu usilovat o silnější slovo při budoucím monitorování a provádění systému.

5. ODPOVĚDNÉ OBCHODNÍ CHOVÁNÍ PODNIKŮ

Poslední oblastí, která stojí za pozornost v souvislosti s lidskoprávní agendou Evropského parlamentu v obchodní politice, je odpovědné obchodní chování podniků (popř. byznys a lidská práva). Jedná se samozřejmě o téma, které bylo v minulosti opakovaně diskutováno na různých mezinárodních fórech, většinou s rozporuplnými výsledky. Proto byla také dosavadní pozornost Evropské unie soustředěna spíše na sektorové snahy o zlepšení situace.

Jednou z oblastí, kterými se Evropský parlament zabývá nejintenzivněji, je těžba cenných minerálů v konfliktních oblastech. Ve svých usneseních ze dne 7. října 2010, 8. března 2011, 5. července 2011 a 26. února 2014⁴⁷ EP opakovaně vyzýval k přijetí právních předpisů po vzoru zákona USA o konfliktních minerálech, známého jako oddíl 1502 Dodd-Frankova zákona o reformě finančních trhů a ochraně spotřebitele. I s pomocí tohoto soustavného tlaku bylo přijato nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2017/821 ze dne 17. května 2017, kterým se stanoví povinnosti náležitě péče v dodavatelském řetězci pro unijní dovozce cenných nerostů.⁴⁸ Jeho cílem je zavázat evropské společnosti k zodpovědnému získávání nerostných surovin z oblastí postižených konflikty, kde dochází k systematickému porušování lidských práv.⁴⁹ Zvýšená kontrola obchodu s těmito surovinami by měla být také jedním ze způsobů, jak odstranit financování ozbrojených skupin, které přispívají k přetrvávající nestabilitě v zemích, odkud jsou suroviny dováženy. Zakotvena je také kontrolní role EP, neboť Evropská

⁴⁶ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 12. prosince 2018 o výroční zprávě o stavu lidských práv a demokracie ve světě v roce 2017 a o politice Evropské unie v této oblasti (2018/2098(INI)), odst. 51.

⁴⁷ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 7. října 2010 o nedostatečné ochraně lidských práv a spravedlnosti v Demokratické republice Kongo, odst. 14; Usnesení Evropského parlamentu ze dne 8. března 2011 o daních a rozvoji – Spolupráce s rozvojovými zeměmi na podpoře řádné správy v daňové oblasti; Usnesení Evropského parlamentu ze dne 5. července 2011 o zvyšování dopadu rozvojové politiky EU; Usnesení Evropského parlamentu ze dne 26. února 2014 o podpoře rozvoje prostřednictvím odpovědných obchodních praktik, včetně úlohy těžebního průmyslu v rozvojových zemích.

⁴⁸ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2017/821 ze dne 17. května 2017, kterým se stanoví povinnosti náležitě péče v dodavatelském řetězci pro unijní dovozce cínu, tantalu a wolframu, jejich rud a zlata pocházejících z oblastí postižených konfliktem a vysoce rizikových oblastí.

⁴⁹ V roce 2010 se konkrétně na Demokratickou republiku Kongo (DRK) a sousední země ve střední Africe zaměřila rezoluce Rady bezpečnosti OSN č. 1952, která vyzvala k dodržování zásad náležitě péče v dodavatelském řetězci.

komise by měla pravidelně podávat Evropskému parlamentu a Radě zprávy o účinnosti systému Unie stanoveného tímto nařízením.⁵⁰

Dalším sektorem, kterému věnuje EP zvýšenou pozornost, je oděvní průmysl. V rámci globálních hodnotových řetězců v oděvnictví Evropský parlament podpořil Evropskou komisi v tom, aby prozkoumala možnost celounijní iniciativy pro oděvní průmysl stejně jako další cesty, jak zlepšit podmínky v tomto odvětví, zvláště co se týče ochrany zdraví, životního minima, svobody sdružování a kolektivního vyjednávání, prevence sexuálního obtěžování a násilí na pracovišti nebo odstranění nucené a dětské práce. Zdůraznil přitom, že hlavní zásadou legislativního návrhu EK by měly být nově připravené pokyny Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD) pro náležitou péči v zodpovědných dodavatelských řetězcích v oděvním a obuvnickém průmyslu.⁵¹

V poslední době se aktivita EP projevuje s ohledem na diskuze k právně závaznému nástroji, který by upravoval činnost nadnárodních společností a dalších podniků z hlediska lidských práv. Od července 2015 zasedá v Ženevě otevřená mezivládní pracovní skupina pro vypracování takového nástroje.⁵² Unijní přístup zůstává od počátku rezervovaný a Rada, Evropská komise ani jednotlivé členské státy prozatím příliš nadšení vůči návrhu závazného nástroje neprojevily. Podle zdrženlivé odpovědi vysoké představitelky Unie pro zahraniční věci a bezpečnostní politiku Federicy Mogheriniové na interpelaci v EP je zásadní, aby jakýkoli budoucí mezinárodní rámec byl založen na Obecných principech OSN pro byznys a lidská práva z roku 2011.⁵³ Evropský parlament se však staví do role silného podporovatele této iniciativy a požaduje, aby se Unie aktivně a konstruktivně do diskuzí zapojila.⁵⁴ I zde tak může dojít pod vlivem EP k postupné změně unijní pozice.

6. ZÁVĚR

Lisabonská smlouva významně posílila postavení Evropského parlamentu ve společné obchodní politice Unie, který tak uplatňuje na její podobu bezprecedentní vliv. To se v praxi projevuje i v prosazování lidskoprávní dimenze obchodní politiky, která se dříve soustřeďovala pouze na „komerční“ otázky. Zůstává však také patrný rozdílný přístup jednotlivých unijních institucí. Zatímco Evropský parlament prosazuje přísnější přístup, např. v rychlejším a častějším pozastavování výhod třetím zemím, Rada a Evropská komise se spoléhají na nástroje „pozitivní motivace“, kdy jsou obchodněpolitické nástroje používány k podpoře lidských práv cestou vidiny při-

⁵⁰ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2017/821, čl. 17 odst. 2.

⁵¹ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 27. dubna 2017 o stěžejní iniciativě EU pro oděvní průmysl (2016/2140(INI)), odst. 4, 6.

⁵² Rezoluce Rady OSN pro lidská práva č. 26/9 ze dne 26. června 2014.

⁵³ Evropský parlament. Answer given by Vice-President Mogherini on behalf of the Commission, P-005597/2017, 27. října 2017.

⁵⁴ Usnesení Evropského parlamentu ze dne 21. ledna 2016 o prioritách EU pro zasedání Rady OSN pro lidská práva v roce 2016 (2015/3035(RSP)), odst. 28; Usnesení Evropského parlamentu ze dne 4. října 2018 o příspěvku EU k závaznému nástroji OSN, který by upravoval činnost nadnárodních společností a dalších podniků z hlediska lidských práv (2018/2763(RSP)).

slíbení výhod spíše než pod hrozbou sankcí.⁵⁵ Svoji roli pak jistě hraje i fakt, že Rada a Evropská komise jsou v přímém politickém kontaktu se třetími zeměmi a mohou lépe zhodnotit reálnou situaci a možnosti jejího zlepšení.

Uplatňování lidskoprávní agendy EP lze pozorovat v několika oblastech. Evropský parlament se snaží ovlivňovat obsah obchodních a investičních dohod sjednávaných Unii, aby zohledňovaly a podporovaly lidská práva, ať už ve formě doložky o lidských právech, nebo komplexnějšími kapitolami o udržitelném rozvoji. Tomu výrazně napomáhá jeho právo veta nad všemi mezinárodními smlouvami, které EU zamýšlí uzavřít. Za problém se ale považuje nadále fakt, že je-li souhlas s dohodou vysloven, EP už nemá žádné přímé nástroje, jak dohlížet na naplňování příslušných klauzulí, a je omezen na usnesení adresovaná Evropské komisi a Radě. Dohoda může být navíc prozatímne prováděna ještě předtím, než s ní EP vysloví souhlas.

Vedle mezinárodních dohod je dalším důležitým nástrojem GSP. V tomto případě EP volá po jeho důslednějším uplatňování ve vztahu k ochraně lidských práv. Nicméně i v tomto případě má ústřední roli v provádění Komise a EP vykonává spíše nepřímý vliv. Ve výčtu nesmí chybět ani odpovědné obchodní chování podniků. EP zaznamenal v této oblasti výrazné úspěchy, kdy se i s jeho aktivní podporou podařilo schválit nařízení, kterým se stanoví povinnosti náležitě péče v dodavatelském řetězci pro unijní dovoze cenných nerostů, a v různé fázi rozpracovanosti jsou další sektorové iniciativy. Postoj EU k právně závaznému nástroji pro nadnárodní společnosti a další podniky z hlediska lidských práv zůstává nevyjasněný, nicméně pozitivní postoj EP bude mít významný vliv na další diskuze uvnitř EU a může vést k rostoucímu zapojení EU a změně původně skeptického postoje.

Lze uzavřít, že Evropský parlament se od přijetí Lisabonské smlouvy stal významným aktérem v tvorbě společné obchodní politiky a tento vývoj zapadá do obecnějšího trendu „parlamentarizace“ zahraniční politiky.⁵⁶ Nově nabytý vliv pak EP v praxi mj. uplatňuje v důslednějším prosazování dodržování lidských práv v zahraničí prostřednictvím obchodněpolitických nástrojů EU. Výhledově lze očekávat, že jeho role bude v této oblasti nadále posilovat.

Mgr. Bc. Ondřej Svoboda, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
svobodao@prf.cuni.cz

⁵⁵ PETRUCCI – BOSSUYT – DE FEYTER – FORESTI – DOMINGO – MONTI, *c. d.*, s. 18.

⁵⁶ RAUNIO, T. – WAGNER, W. Towards parliamentarisation of foreign and security policy?. *West European Politics*. 2017, Vol. 40, No. 1, s. 1–19.

K DOTVÁŘENÍ PRÁVA CESTOU ANALOGIE ANEB JAK ZVÝŠIT LEGITIMITU A PROSYSTÉMOVOST ANALOGICKÉ ARGUMENTACE V PRÁVU*

KATARZYNA ŽÁK KRZYŽANKOVÁ

Abstract: **On the Filling of Statutory Gaps Using Analogy, or How to Increase the Legitimacy and Pro-systemicity of Analogical Argumentation in Law**

The article presents the current state of knowledge regarding the use of analogy in domestic jurisprudence, with the aim of outlining its place and role in the process of finding the law. The performed analysis makes it possible to identify two main functions that the analogy performs, namely the heuristic function and, under certain circumstances, the legitimization function. If the analogy is to constitute a legitimate and retrospectively verifiable instrument of filling statutory gaps, the reasoning behind its use in a case under consideration must be presented in a logical form, which means the premises lying behind the argumentation by analogy must be reconstructed. Therefore, a deciding authority should, in particular, deal with a question of why the given case was a so-called analogous situation in law, justify the choice of the source of analogy (a particular legally regulated case or legal principle), and the way to resolve discrepancies between the case under consideration and the analogous one. The article concludes with an overview of the main problems that deciding authorities should pay attention to in situations where they fill statutory gaps using analogy, in which case their resolutions can be expected to increase the pro-systemic approach to law in the processes of law finding.

Keywords: analogy; analogical reasoning; similarity; pro-systemic approach

Klíčová slova: analogie; analogické usuzování; podobnost; prosystémovost

DOI: 10.14712/23366478.2021.3

* Tento příspěvek vznikl v rámci plnění projektu Grantové agentury ČR reg. č. 19-10723S Co současné právo sjednocuje a co jej fragmentarizuje z pohledu současné právní teorie a soudní praxe?.

1. ÚVODEM ANEB K AKTUÁLNÍMU STAVU POZNÁNÍ O ANALOGII V TUZEMSKÉ PRÁVNÍ VĚDĚ

Problematika analogie patří k tradičním tématům¹ nejenom právní vědy.² V posledních dvou dekádách lze přitom v českém i slovenském právním prostředí pozorovat zvýšený zájem o toto téma, jenž vyústil v částečné přehodnocení role a místa, jakou analogie plní v procesech nalézání práva.

Přesněji řečeno, významnost a přesvědčivost argumentace *per analogiam* a takto získaných závěrů – obdobně jako závěrů získaných při použití dalších tzv. zvláštních argumentů právní logiky – bývá relativizována. Je zejména ukazováno, že v pozadí těchto argumentů nestojí čistě formálně-logické operace,³ nýbrž je to úvaha interpreta, autorita soudů (resp. orgánů veřejné moci) či tradice, které určují, kdy bude aplikován ten který argument.⁴

¹ S termínem *analogia* (αναλογία), odvozeným od řeckých slov *ana* – podle a *logos* – rozum, se prvně setkáváme ve starověkém Řecku u Epikurovců, kdy označoval srovnávání vztahů či proporcí, tj. vyjadřoval situace, kdy „*A se má k B, tak jako C se má k D*“. Pro ilustraci tohoto pojetí analogie lze použít známý Aristotelův příklad ze *Zoologie*, dle kterého „*pera k ptákům se mají jako šupiny k hadům*“. Je však třeba zdůraznit, že pro to, co dnes označujeme jako analogické usuzování, resp. analogické argumentace, používali Řekové zcela jiný termín. Jmenovitě *homoiotēs* neboli argument z podobnosti, jehož podstatu Aristoteles v *Topikách* vysvětluje následovně: „*ptej se oponenta na podobnosti, neboť je to víc hodnověrné a obecný závěr je víc ukrytý. Například, jestli vědění i nevědění o protikladech je stejné, tak samotné zjištění protikladů je stejné; anebo opačně, jestliže pozorování je stejné, tak i vědění (znalosti) je stejné. Tento argument je podobný indukci, ale není totožný; neboť při indukci se celek získává z jednotlivých faktů, kdežto u příkladu z podobnosti, to, co získáváme, není obecný závěr, pod který by spadaly všechny podobné skutečnosti*“ (ARYSTOTELES. *Topiki*. 156b 10–17. In: ARYSTOTELES. *Hermeneutika: topiki: o dowodach sofistycznych*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 2013, s. 159). K etymologii slova *analogia* srov. HAAPARANTA, L. *The Analogy Theory of Thinking*. *Dialectica*. 1992, Vol. 46, No. 2, s. 171. K sémantickému uchopení analogie v antice a zajímavé středověké terminologické „rošádě“ pak srov. HOCHSCHILD, J. P. *The Semantics of Analogy: Rereading Cajetan's 'De Nominum Analogia'*. Notre Dame: Notre Dame University Press, 2010, s. 4 a násl.

² Neznámená to však, že různé vědní obory pojmají analogii identicky. Jednotlivá vymezení sice vždy zmiňují v souvislosti s analogií „podobnost“, „obdobu“, „shodu“ či „částečnou shodu“, tj. vykazují určité společné znaky, které reflektují obvyklé – z přirozeného jazyka pramenící intuice (analytická část pojetí), nicméně odráží i kontextová specifika příslušných vědních oborů, kdy intuitivní význam bývá zúžen či dílem modifikován (syntetická, resp. normativní rovina pojetí). V některých oborech tak analogie slouží k pojmenování existujících mechanismů či fenoménů (biologie, jazykověda), jindy k vytváření nových hypotéz či teorií na základě (tvrzené či domnělé) podobnosti. Jak upozorňuje J. D. Norton, ve společenských vědách je přitom analogie obvykle pojmána jako způsob či forma usuzování, kdežto v přírodních vědách je analogie chápána jako „faktická“ záležitost, jejíž existenci lze zpětně empiricky ověřovat či zkoumat, a může být spojena s různými druhy (formami) úsudků (dedukci nevylučuje). Srov. NORTON, J. D. *Analogy*. In: NORTON, J. D. *The Material Theory of Induction*. *Philosophy of Science* [online]. 2003, Vol. 70, No. 4 [cit. 2020-05-05]. Dostupné na: <https://philpapers.org/rec/NORAMT>. V této stati bude pozornost primárně věnována analogii v právu.

³ V tuzemském právním prostředí jako jeden z prvních proti (formálně)-logickému charakteru těchto operací vystoupil J. Čapek, jenž proto považoval za příhodnější hovořit o „*zvláštních postupech právního myšlení v procesech interpretace*“ [ČAPEK, J. *Interpretace socialistického práva (základní teoretické otázky)*. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 1983, Monographia XL, s. 47]. Expresivněji se proti specifické právní logice, potažmo tedy i tzv. zvláštním argumentům této logiky, o dvě dekády později vyslovil F. Cvrček, který mj. dovozuje „*absurdnost*“ těchto termínů a vyzývá k opuštění „*mýtu(o) o logické podstatě... těchto argumentů*“ (CVRČEK, F. *Kritické poznámky k výuce interpretace právních textů*. In: GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P. (eds.). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: EurolexBohemia, 2003, s. 53). Na něj pak navázali L. Hlouch, F. Melzer, T. Sobek či J. Wintr.

⁴ CVRČEK, c. d., s. 53.

Z téhož důvodu je za problematické stále častěji vnímáno i rozlišování tzv. logické metody výkladu, do jejíhož instrumentaria by analogie měla patřit,⁵ natož její řazení k základním či k tzv. standardním metodám výkladu, které by měl exeget přednostně využívat v rámci interpretačních procesů.⁶ Jde spíše – jak je upozorňováno – o součást teleologické metody výkladu,⁷ popř. způsob dotváření práva.⁸

V kontinentální právní vědě o analogii *sensu stricto*⁹ totiž obvykle hovoříme v situacích, kdy projednáváný právní případ nelze úspěšně podřadit pod **žádnou** zákonnou hypotézu, tj. kdy máme co do činění s mezerou (*lacuna*) – zejména pravou, nevědomou a počáteční – v zákoně.¹⁰ Zaznívají sice názory, že o analogii, a to konkrétně *intra legem*, lze hovořit i v případech, kdy normotvůrce v hypotéze určitého ustanovení výslovně vybízí k užití normy i na „obdobné“ případy,¹¹ nicméně je nasnadě, že v těchto

⁵ Srov. například závěry J. Wintra, ořpené o komparaci zahraničních přístupů, ale i recentní pohledy dalších představitelů české doktríny, které jej vedly k zamítnutí vyčleňování tzv. logické metody výkladu in: WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vyd. Praha: Auditorium, 2019, s. 19 a násl. Na druhou stranu i přes tuto kritiku některé reprezentativní učebnice teorie práva z nedávné doby i nadále zmiňují logickou metodu výkladu, a v rámci ní pojednávají o tzv. zvláštních argumentech právní logiky, byť neopomijejí upozornit na problematičnost tohoto přístupu (srov. PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. 2. vyd. Bratislava: C. H. Beck, 2019, s. 244).

⁶ K těm stále analogii, a přesněji argument *per analogiam legis*, řadí základní učebnicová pomůcka používaná na pražské právnické fakultě, tedy publikace: GERLOCH, A. *Teorie práva*. 7. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2017, s. 146. Analogie *iuris* je však tímto autorem řazena k teleologické metodě výkladu (tamtéž).

⁷ Činí tak například: WINTR, *Metody a zásady interpretace práva*, s. 27 et passim. Ne všechny tzv. zvláštní argumenty však řadí k teleologické metodě výkladu. Argumentům *a contrario* a *per eliminationem* připadlo v jeho metodologii místo v rámci systematického výkladu, byť je upozorňováno, že „pro konečné rozhodnutí, zda argument *a contrario* má být použit, jsou podstatné teleologické úvahy“ (s. 114).

⁸ Srov. kupříkladu MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 243 a násl. et passim. Melzer ale rozlišuje mezi analogií (*legis*) a argumentací *a similibus*, kdy s analogií máme co do činění v rámci dotváření práva při zaplňování otevřených mezer v zákoně, kdežto *argumentum a similibus* je součástí interpretačních procesů a primárně slouží k výběru takové interpretační varianty, která nenarušuje hodnotovou koherenci právního řádu. Rovněž H. Schlosser pojímá analogii jako „metodu a prostředek vyplňování mezer v právu“ (VEČEŘA, M. – GERLOCH, A. – SCHLOSSER, H. – BERAN, K. – RUDENKO, S. *Teória práva*. 5. rozš. a dopl. vyd. Bratislava: EUROKÓDEX, 2013, s. 204), kdy již nelze hovořit o výkladu, ale dotváření práva. Analogii však bez dalšího spojuje s argumentem *a similibus*, *a pari* (tamtéž).

⁹ Recentně je stále častěji upozorňováno, že analogické myšlení a usuzování plní v procesech (nejenom právního) poznávání a komunikace mnohem fundamentálnější roli, než se mu tradičně přisuzuje. Z tuzemských autorů na tento fenomén jako jeden z prvních upozornil T. Sobek in: SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 185; v nedávné době pak – jak sám píše – o „obhajobu analogie“ – usiluje M. Káčer, a to zejména ve své monografii *Na okraji krajnej núdze: o prepisovaní zákonov počas ich aplikácie*. Tomuto pohledu na analogii však nebude v rámci tohoto příspěvku věnována větší pozornost. K analogii *sensu largo* proto srov. WINTER, S. L. *A Clearing in the Forest: Law, Life and Mind*. Chicago – London: The University of Chicago Press, 2001, s. 223–258; či WOJTCZAK, S. *The Metaphorical Engine of Legal Reasoning and Legal Interpretation*. Warszawa: C. H. Beck, 2017, s. 113 a násl.

¹⁰ Z bohaté literatury k mezerám v právu srov. HLOUCH, L. Teorie mezer a současné právní myšlení. *Časopis pro právní vědu a právní praxi*. 2013, č. 2, s. 129–136; VEČEŘA, M. Soudcovské dotváření práva. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2012, s. 227–232 či třeba WINTR, *Metody a zásady interpretace práva*, s. 109 a násl.

¹¹ Typicky u demonstrování výětů, kdy se používají výrazy jako „zejména“, „například“, „a podobně“, a tedy kdy normotvůrce jasně dává najevo, že rozsah právní normy je širší než v textu explicitně vyjádřené vzorové příklady. Obdobně lze ale pojímat i odkazy na „obdobné“ či „přiměřené“ použití jiných ustanovení. V těchto případech „se vlastně obdoby užívá jako legislativní zkratky“ (HARVÁNEK, J. in: HARVÁ-

případech se nejedná o „vyplňování (protiplánové) mezery zákona, ale o rozvinutí možnosti, kterou zákonodárce výslovně předpokládal“.¹²

Schematicky můžeme popis i navrhovaná řešení mezer v zákoně cestou analogie znázornit, a to na základě doporučení, jež se nejčastěji objevují v tuzemských publikacích, následovně:¹³

- (1) pro v právní praxi řešený případ neexistuje v pozitivním právu (či přesněji relevantním právním předpisu) normativní řešení;
- (2) řešený právní případ je však podobný či srovnatelný s případem, pro který existuje v platném právu normativní konsekvent;
- (3) tudíž – majíc na zřeteli zejména zásadu *de similibus idem est iudicandum* (tj. podobné případy posuzovat podobně), jež tvoří jeden z fundamentů formálního pojetí spravedlnosti,¹⁴ a úzce související požadavek hodnotové bezrozpornosti právního řádu¹⁵ – se na řešený případ použije normativní konsekvent, se kterým normotvůrce počítal pro podobný/srovnatelný případ.

Výše popsané schéma odpovídá tzv. analogii *legis*, což je jedna ze dvou základních forem *arg. per analogiam*, které jsou v právní vědě obvykle rozlišovány.¹⁶ Použití analogie – avšak s přívlastkem „právní“ (*iuris*) – přichází v úvahu rovněž v situacích, kdy ve platném právu nenalezneme „žádný pevný bod, od kterého bychom se mohli odrazit“.¹⁷ V těchto případech bychom dle převládajícího názoru měli postupovat následovně:

- (1) pro v právní praxi řešený případ neexistuje v pozitivním právu (či přesněji relevantním právním předpisu) normativní řešení;
- (2) daný právní případ spadá svou povahou do právního odvětví, pro něž jsou typické určité principy a hodnoty;

NEK, J. a kol. *Právní teorie*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2013, s. 299), přičemž slovo „obdobně“ má vést k vyvození stejných právních následků a při „přiměřeném“ použití „mají být vyvozeny jen některé následky“ (s. 297). Antecedent „obdobně“ či „přiměřeně“ aplikovaného ustanovení tak bude ve svém důsledku širší, než vyplývá z jeho jazykového znění.

¹² SOBEK, *Právní myšlení: kritika moralismu*, s. 186. Za analogii *intra legem*, resp. i argumentem *a simili* (pokud je tedy odlišován od *arg. per analogiam*) přitom stojí podobné kognitivní mechanismy, což svědčí o širším využití analogického myšlení v právu (viz poznámka pod čarou č. 9, 82).

¹³ V tuzemských pramenech se lze setkat s nejrůznějšími schémata znázorňujícími analogii či jejími slovními uchopeními. Kupříkladu J. Harvánek – bez jakékoliv legendy či vysvětlení proměnných – uvádí toto schéma: „ $A+B:n = A+C:x$ “ (HARVÁNEK, c. d., s. 297). V téže publikaci L. Hlouch analogii vysvětluje rovněž následovně: „platí-li určitá vlastnost pro X, platí tato vlastnost i pro Y za předpokladu, že platí, že X je podobné Y“ (s. 31). T. Sobek pak třeba rozebírá dílčí logické operace, které ve svém souhrnu tvoří analogický úsudek (SOBEK, *Právní myšlení: kritika moralismu*, s. 187).

¹⁴ PERELMAN, Ch. *The Idea of Justice and the Problem of Argument*. London: Routledge and Kegan Paul Limited, 1963, s. 16, 38, 40.

¹⁵ MELZER, c. d., s. 166; či obdobně WINTR, *Metody a zásady interpretace práva*, s. 164: „použití analogie je... založeno na teleologických úvahách o představě a hodnotové koherenci právního řádu“.

¹⁶ Analogie *legis* si všímá i tuzemský normotvůrce, který pro oblast soukromého práva vybízí k tomuto postupu: „Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího“ (§ 10 odst. 1 obč. zákoníku).

¹⁷ MELZER, c. d., s. 247.

(3) tudíž pro řešený případ nalezneme právní konsekvent tak, že bude reflektovat právní principy a hodnoty, jež jsou příznačné pro danou výšeč práva, není-li jich, pak bude zrcadlit obecné právní zásady, které jsou typické pro celý právní řád.¹⁸

Jako problematické je přitom obvykle vnímáno, kdy vlastně – v případech tzv. mezer v zákoně – přistoupit k analogickému usuzování, a kdy naopak je třeba preferovat argument *a contrario* či *arg. per eliminationem*.¹⁹ Je upozorňováno na riziko nahodilosti či dokonce arbitrárnosti volby jednotlivých argumentačních postupů ze strany orgánů aplikujících právo, což ve svém důsledku může vést k nepředvídatelnosti přijímaných rozhodnutí.²⁰

Jedna z možností, jak minimalizovat toto riziko, spočívá dle mého soudu v kladení zvýšeného důrazu na náležitou argumentaci a zejména její přezkoumatelnost.²¹ Jinak řečeno, pouhé uvedení v odůvodnění rozhodnutí, že bylo argumentováno *per analogiam*, bez dalšího neospravedlňuje takto přijatý závěr, resp. může jej činit nepřezkoumatelným, což je v demokratickém právním státě nežádoucí.

Za legitimní proto považují primárně taková rozhodnutí, která umožňují rekonstruovat a zpětně tak i přezkoumat celý postup, jenž vedl k určitému závěru přijatému cestou analogie. Mělo by být tedy vysvětleno, proč byla zvolena daná normativní konsekvence, resp. proč a v čem spočívá podobnost řešené věci a normativní hypotézy, která tento postup umožnila. V případě existence několika podobných normovaných skutkových podstat (neboť i tyto případy nelze v praxi vyloučit), by mělo být vysvětleno, z jakých důvodů bylo upřednostněno některé z v úvahu přicházejících řešení. V neposlední řadě by mělo být rovněž vysvětleno, co vlastně *ad hoc* rozhodlo o přistoupení k analogickému řešení případu.

V následujícím příspěvku bude těmto otázkám věnována bližší pozornost a bude též představen podrobnější model analogického usuzování, než tomu bylo ve dříve představených schématech. Konkrétně řečeno, bude prezentován model analogického usuzování/argumentace,²² jenž by mohl přispět – bude-li v praxi zohledněn – k lepší strukturaci, potažmo tedy ke zvýšení přesvědčivosti přijímaných rozhodnutí v řízeních,

¹⁸ Rovněž analogie *iuris* se dočkala svého zákonného vyjádření pro oblast občanského práva: „Není-li takové ustanovení, posoudí se právní případ podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon, tak, aby se dospělo se zřetelem k zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k dobrému uspořádání práv a povinností“ (§ 10 odst. 2 obč. zákoníku).

¹⁹ Zmíněné argumenty se totiž tradičně kladou do opozice (SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 138). Jak si všimají R. Procházka a M. Káčer, analogie, resp. i další tzv. logické argumenty, „dokážou s jistotou vyvodit určité závěry z předem daných premis. Vůbec ale [samy o sobě – pozn. aut.] nepomáhají s určením, které premisy máme postavit na začátek úsudku, resp. který z palety logických argumentů máme v konkrétním případě použít“ (PROCHÁZKA – KÁČER, c. d., s. 245). Slovy T. Sobka, „není těžké udělat A a není těžké udělat non-A, těžké je najít přesvědčivé důvody k rozhodnutí, jestli udělat A, anebo udělat non-A. To je ten okamžik, kdy se láme chléb“ (SOBEK, *Argumenty teorie práva*, s. 139).

²⁰ J. Harvánek kupříkladu varuje, že v případě analogie *legis* „se jedná o velmi kluzký nástroj..., který se může poměrně snadno vymknout (vědomě či nevědomě) svému účelu“ (HARVÁNEK, c. d., s. 298).

²¹ Obdobně: KNAPP, V. *Vědecká propedeutika pro právníky*. Praha: EurolexBohemia, 2003, s. 21.

²² Po vzoru P. Barthy analogickým usuzováním zde rozumím specifický druh inference, který se opírá o analogii. Analogickou argumentací pak výslovnou reprezentaci formy analogického usuzování. Blíže: BARTHA, P. Analogy and Analogical Reasoning. In: ZALTA, E. N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [online]. 25. 1. 2019 [cit. 2020-05-05]. Dostupné na: <https://plato.stanford.edu/entries/reasoning-analogy/>.

kdy dochází k dotváření práva cestou analogie (a to zejména analogie *legis*). Lze si od toho rovněž slibovat přijetí *ad hoc* racionálnějšího řešení, jemuž bude předcházet efektivnější nalézání argumentů ve prospěch i neprospěch, a to jak ve fázi nalézání práva, tak i *ex post facto* při kritickém rozboru určitého případu, ať už ve fázi přezkumu ze strany odvolacího orgánu, či v rámci vědecké práce.²³

2. K ANALOGICKÉ SITUACI V PRÁVU

Jak bylo naznačeno, analogie může plnit dvě základní role, jednak heuristickou, jednak – při splnění určitých podmínek – i legitimizační.²⁴

Co se týče první z jmenovaných funkcí, heuristické, tak pomocí analogie získáváme „nové premisy ohledně určité kauzy, kde chybí (zákonná) pravidla“.²⁵ Otevírá tedy nové možnosti, jak uchopovat daný problém.²⁶

K relevanci závěrů získanému/ým cestou analogie můžeme přitom přistupovat dvojitým způsobem, buď „probabilisticky“, tj. subjektivně je/j vnímat jako tím pravděpodobnější, čím větší míru podobnosti shledáváme mezi srovnávanými případy, a přiklonit se – je-li zdrojových případů více – k tomu závěru, který pramení z případu nejpo-

²³ K zastávané tezi, že formální reprezentace „významně přispívá k vyhodnocení cnosti a negativ takto strukturovaných argumentů, včetně jejich silných a slabých míst“ (BREWER, S. From Enthymeme to Argument: Logocratic Method and the Virtues and Vices of Arguments. In: WEINSTEIN, J. B. – ABRAMS, N. – BREWER, S. – MEDWED, D. S. *Evidence: Cases and Materials*. 10th ed. Foundation Press, 2017, s. 121) srov. zejména práce zde citovaného autora věnované tzv. logokratické metodě. V tuzemském právním prostředí obdobný závěr zastává L. Hlouch, dle kterého „rozpoznání charakteru právníckého úsudku, který vede k výkladovému závěru, je ... velmi prospěšné k pochopení důvodů, na nichž právní výklad [sic!], v rámci pojednání o analogii – pozn. aut.] spočívá, a může sloužit k odhalení slabiny či logické chyby v právní interpretaci, které mohou vést k nesprávnosti výkladového závěru“ (HLOUCH, L. in: HARVÁNEK, c. d., s. 341). Připomíná však, že v právní praxi zpravidla právníci nesignalizují, jaké inference stojí za jejich argumentací (tamtéž).

²⁴ Budeme-li po vzoru H. Reichenbacha rozlišovat mezi „kontextem objevu“ a „kontextem ospravedlnění“, tak s analogií můžeme mít co do činění v obou těchto souvislostech. Tato teze však není obecně akceptována. K přehledu rozdílných názorů na tuto otázku srov. BREWER, S. Infeasible analogical argument. In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 36 a násl.

²⁵ PRAKKEN, H. *Logical Tools for Modelling Legal Argument: a Study of Defeasible Reasoning in Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, s. 28. Samotný Prakken ale nepovažuje analogii za formu usuzování, ale jen „heuristickou zásadu“ (s. 29), a tudíž se nemůže dle jeho soudu objevit v rámci „kontextu ospravedlnění“. Většinový názor je však takový, že analogie představuje zvláštní typ induktivního úsudku. Od klasické indukce se však liší hlavně v tom, že od konkrétní premisy (příkladu) docházíme ke konkrétnímu závěru (u indukce je to obecný závěr), a to jak již upozorňoval Aristoteles (viz výše – poznámka pod čarou č. 1). Další významný rozdíl spočívá v podmínkách, kdy jsme nuceni odmítnout závěr. Máme-li co do činění s indukci, stačí, že jedna premisa týkající se vlastnosti určitého objektu se liší od ostatních premis, což vede k odmítnutí celého úsudku. U analogie – dalo by se říct „definičně“ – se ale počítá s tím, že určité vlastnosti porovnávaných objektů jsou odlišné. Naznačené rozdíly jsou dle některých autorů (např. S. Brewer) natolik zásadní, že vyčleňují analogii jako samostatný druh – vedle dedukce, indukce a abdukce – usuzování. K rozdílům mezi indukci a analogií srov. blíže: MALINOWSKI, A. (ed.). *Logika dla prawników*. Warszawa: LexisNexis, 2010, s. 198–199. K důvodům, proč „metoda analogická“ bývá řazena k „metodě induktivní“, pak srov. TVRDÝ, J. *Logika*. Praha: Melantrich, 1937, s. 121, 178 a násl.

²⁶ Po vzoru J. Tvrdeho lze dodat, že „analogie jest také základem, na němž vznikají vyšší a širší hypothesisy“ (TVRDÝ, c. d., s. 167), což v oblasti práva mj. znamená, že přispívá k identifikaci obecných zásad stojících za určitou třídou případů (srov. dále).

dobnějšího námi posuzované věci; anebo „modálně“, tj. jako dostatečný závěr, jenž je způsobilý k tomu, aby byl podroben dalšímu testování, resp. půjde o konkluzi, kterou lze považovat jako adekvátnější než jiná v úvahu přicházející řešení dané věci, což ale je ověřováno.²⁷

Aby analogie plnila legitimizační funkci, tj. obstála i v kontextu justifikace, je nezbytné ukázat strukturu a vlastnosti analogické argumentace. Jinak řečeno, mám za to, že je třeba v rámci odůvodnění představit její „logickou formu“, kterou po vzoru S. Brewera lze chápat jako „*průkazný vztah mezi premisami argumentu a jeho závěrem*“.²⁸ Nestačí tedy cestou analogie získaný závěr bez dalšího a *de facto* nepřezkoumatelně přijímat (a to třeba i s poukazem na blíže nevysvětlenou podobnost dvou případů), nýbrž je třeba k němu zaujmout „modální“ postoj a vysvětlit, proč lze přijaté řešení považovat za nejvhodnější, a tedy i ukázat, proč obstálo v rámci následného ověřování (např. v testu teleologické legitimacy – viz níže).

Pozornost orgánů aplikujících právo by přitom měla být vždy věnována v první řadě tomu, zda vůbec máme co do činění se situací, kdy je na místě přistoupit k analogickému usuzování. Jak jsme uvedli výše, „*analogie má vyplňovat* [pouze – pozn. aut.] *určité mezery v právu*“.²⁹

Narážíme zde na netriviální problém, zda, resp. při jakém pojetí práva, lze vůbec o „mezerách v právu“ hovořit.³⁰ Přijmeme-li dnes rozšířený názor, že právo sestává jednak z pravidel (právních norem), jednak z principů, které i přes vysokou míru abstrakce mají regulativní charakter³¹ a „*uplatní se ..., pokud jimý právní standard v dané situaci neváže více*“,³² je otázkou, zda lze vůbec hovořit o mezerách v právu, resp. zda vůbec existuje prostor pro dotváření práva cestou analogie.³³ Také z tohoto důvodu v právní

²⁷ K danému členění srov. BARTHA, c. d.

²⁸ BREWER, *Indefeasible analogical argument*, s. 34, poznámka pod čarou č. 2. Nutno však dodat, že soubor „logická forma argumentace“ lze interpretovat různě. V nejužším slova smyslu jde o formálně-logické schéma vyjádřené ve formalizovaném jazyku (např. predikátové logiky), jež zachovává pravdivost či platnost úsudků v rámci daného logického systému. Ve volnějším významu jde o schematizaci argumentace (od premis k závěrům), jejíž platnost se odvíjí od způsobu vyjádření argumentu a v rámci nich založených vztahů. Konečně – nejvolněji – můžeme za logickou formu označit i schéma, ve kterém jsou užívány symboly (proměnné, konstanty) místo běžného jazyka. S. Brewer vychází přitom z druhého možného pojetí. K „logické formě“, resp. k různému pojetí „formálních způsobů úsudků“ srov. BROŽEK, B. *Is Analogy a form of legal reasoning?* In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 54.

²⁹ GERLOCH, c. d., s. 145. Jak k tomu výstižně dodává F. Melzer, „*existence této mezery v zákoně* [sic! – pozn. aut.] *je zásadně též mezi analogické aplikace*“ (MELZER, c. d., s. 152).

³⁰ K názorům popírajícím existenci mezer v právu srov. WEINBERGER, O. *Norma a instituce: úvod do teorie práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 172 a násl.; či třeba VEČEŘA, c. d., s. 228 a násl.

³¹ „*Každý princip musí být schopen sdílet, co podle něj má být (dispozice) a na jaké faktické situace se vztahuje (hypotéza)*“ (WINTR, J. *Říše principů: obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006, s. 103).

³² Tamtéž, s. 101. Jak totiž dále připomíná J. Wint, „*každý právní princip má... na rozdíl od právní normy... otevřený antecedent*“ (s. 101).

³³ I kdybychom akceptovali názor, že právní normy tvoří otevřený normativní systémem, tak právní principy doplní právní řád do logicky uzavřeného systému. Otázka otevřenosti či uzavřenosti práva je zde posuzována z hlediska jeho aplikace. Stranou úvahy jde tedy hodnocení práva z pohledu jeho tvorby, a to například prizmatem Luhmannovy koncepcce práva jako autopoietického systému.

teorii zaznívají názory, že „vždy, kdy principy upravují případy, bezprostředně vylučují analogii a neponechávají pro ni prostor...“.³⁴

Pokud bychom akceptovali tento pohled, je nasnadě, že k využití analogie by docházelo jen ve zcela výjimečných a spíše nepravděpodobných případech.³⁵ Nicméně tento postoj lze dle mého soudu úspěšně verifikovat, a to pokud zohledníme, že samotný zákonodárce často sám vybízí k použití analogie, a to jsou-li pro to splněny stanovené podmínky.

V tuzemském právu tak například normotvůrce vybízí k analogickému dotváření práva v oblasti občanského práva v situacích, kdy „nelze() právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení...“, tj. existuje-li mezera v zákoně, a ne v právu.³⁶ V těchto případech má pak dotváření práva cestou analogie přednost před aplikací právních principů.

Zákonná normativní ustanovení jsou totiž vždy výsledkem předchozího vážení principů, které v rámci normotvorby realizoval zákonodárce, a to sice ne ve vztahu k *ad hoc* soudem posuzovanému případu, nýbrž k danému rodu případů.³⁷ Jinak řečeno, v rámci tvorby práva je potenciaální „bezbfřehost“ použitelných právních principů na určitý typ situací zuřovávána jen na některý/ě z nich.

Smyslem analogie je tedy zaručit, aby – slovy důvodové zprávy k občanskému zákoníku – „v zákoně [byl nalezen – pozn. aut.] i jeho latentní obsah“, jinak – budou-li bez dalšího používány obecné zásady právní – „to může vést k nepředvídatelným závěrům a arbitrární libovůli“.³⁸ Dotvoření práva dle analogie *legis* má zajistit, že když se „přihodí něco mimo povšechného, a tehdy je správné, aby tam, kde zákonodárce, poněvadž mluvil všeobecně, něco opominul a pochybil, opomenutí opravit, jak by řekl i sám zákonodárce, kdyby byl přítomen a jak by ustanovil, kdyby o tom věděl“.³⁹

Teprve nenalezneme-li v platném právu vhodné ustanovení k analogickému uplatnění, pak je namíste zohlednění posuzované věci prizmatem právních principů (zejména spravedlnosti) a „zásad, na nichž spočívá tento zákon“ (§ 10 odst. 2 obč. zákoníku). Nicméně i v případě postupu dle analogie *iuris* soudce nemůže zcela svobodně volit ze všech v úvahu přicházejících principů, neboť normotvůrce mu ukládá zohlednit „zvyklosti soukromého života, stav právní nauky, ustálenou rozhodovací praxi“ (§ 10 odst. 2 obč. zákoníku), aby výsledkem bylo dobré uspořádaní práv a povinností.⁴⁰

³⁴ DUARTE, D. Analogy and Balancing: the Partial Reducibility Thesis and Its Problems. In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 99.

³⁵ Dle Duarteho tomu bude za těchto okolností: (i) neexistuje ani pravidlo, ani princip, dle kterého by bylo možné případ posoudit; (ii) pravidlo obsahuje důsledek, který nebyl upřesněn pro kategorii, která rovněž spadá do její působnosti (DUARTE, c. d., s. 98).

³⁶ Již ze samotné textace hlavy I, dílu 1 občanského zákoníku přitom evidentně plyne, že zákonodárce nezuřuje právo pouze na právo pozitivní.

³⁷ BRŮŽEK, B. Analogy and Balancing: a Reply to David Duarte. In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 99.

³⁸ Důvodová zpráva k § 10 (nového) občanského zákoníku [online], s. 41. [cit. 2020-05-05]. Dostupné na: http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova_zprava_leden_2011_.pdf.

³⁹ ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha: Petr Rezek, 1996, s. 146.

⁴⁰ Tyto subsidiární prameny, jeř mají být zohledněny při výběru normativního konsekvutu, brání soudu, aby bez dalšího rozhodl dle libovolného právního principu či svého pocitu spravedlnosti. Lze proto souhlasit

Uvedené legitimizuje závěr, že analogie *legis* je ve vztahu speciality k analogii *iuris*. Dotváření práva cestou analogie *iuris* se pak liší od rozhodování na základě principu spravedlnosti či předem neidentifikovaných právních principů a zásad. Obecněji analogii můžeme chápat jako nástroj, jenž má zajišťovat přiměřenost soudcovského dotváření práva a současně bránit aplikační libovůli. Jde tedy o způsob generování „nových premis“, jejichž podoba je ale *a priori* jistým způsobem předurčena.

Mlčení zákonodárce (a nikoliv tedy práva jako takového) ohledně určité situace však může pramenit z řady důvodů (např. to bylo jeho záměrem, neboť nebylo možné v legislativním procesu dosáhnout konsensu ohledně způsobu řešení určité otázky). Namísto je proto vždy důkladné prozkoumání příčin mlčení zákonodárce, a to například na základě interpretace přípravných materiálů z doby vzniku relevantního normativního textu (např. stenografických zápisů z projednávání ve Sněmovně, důvodových zpráv). Lze proto rovněž přisvědčit názoru I. Pelikánové, že je třeba vždy posoudit, „*zda zákonodárce mlčel, protože situaci upravit nechtěl (chování mělo být dovoleno, povinnost neměla být uložena), nebo protože na ni nepomyslel. Ve druhém případě půjde o mezeru v zákoně, již bude nutno zaplnit.*“⁴¹

Je třeba ale mít na paměti, že možnosti dotváření práva cestou analogie nejsou ve všech subsystémech právního řádu totožné. Přesněji řečeno, normotvůrce pro některá právní odvětví může výslovně či nepřímo vyloučit použití právní analogie (typicky v trestním právu hmotném nelze v neprospěch osob rozšiřovat skutkové podstaty trestných činů či druhy trestů;⁴² či v daňovém právu nelze rozšiřovat okruh případů, kdy lze vybírat daň nebo ukládat sankce⁴³). Je nasnadě, že nebude možné dopad trestněprávních či daňových předpisů rozšiřovat ani cestou aplikace právních principů, a to mj. vzhledem k významnosti zásad *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* a *Nullum tributum sine lege*.⁴⁴ Z téhož důvodu nelze ani uvažovat o teleologické extenzi.⁴⁵

s J. Tryznou, že „*kritérium spravedlnosti má mít zcela subsidiární úlohu a lze jej využít až v případě, kdy není žádný jiný pramen pravidel pro rozhodnutí určitého případu*“ (TRYZNA, J. Garance právní jistoty z hlediska metodologie interpretace práva předvídané novým občanským zákoníkem. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2012, s. 204).

⁴¹ PELIKÁNOVÁ, I. Komentář k § 10 NOZ. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář*. Sv. 1. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, s. 47. Normotvůrce obvykle reguluje standardní, typizované případy, a tak určitá atypická situace může uniknout jeho pozornosti. Další z důvodů vzniku proti-plánových mezer může pramenit z toho, že „*prudký rozvoj postmoderní společnosti ... přinášá nové situace a předkládá před právo nové – jím dosud vůbec nepředvídané – problémy k řešení. Je proto namístě [zejména cestou analogie *iuris* – pozn. aut.] pootevřít prostor k řešení takových případů, na něž aktuální úprava nepamatuje a pamatovat nemůže*“ (Důvodová zpráva k § 10 obč. zákoníku, s. 41).

⁴² Srov. čl. 39 Listiny základních práv a svobod: „*Jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit.*“, jakož i ustanovení § 12 odst. 1 tr. zákoníku: „*Jen trestní zákon vymezuje trestné činy a stanoví trestní sankce, které lze za jejich spáchání uložit.*“

⁴³ Čl. 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod: „*Daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona.*“

⁴⁴ Srov. též: MORAWSKI, L. *Zasady wykładni prawa*. Toruń: Dom Organizatora, 2010, s. 228.

⁴⁵ V úvahu nanejvýš přichází použití extenzivního jazykového výkladu. Pomyslnou nepřekročitelnou mezí tak bude hranice nejširšího možného jazykového významu daného ustanovení. K vzájemnému vztahu analogie na straně jedné a extenzivního výkladu na straně druhé srov. CANALE, D. – TUZET, G. Analogical Reasoning and Extensive Interpretation. In: KAPTEIN, H. – VELDEN, B. VAN DER (eds.). *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018, s. 65–84.

Ukáže-li se však, že vstupní podmínka pro analogickou argumentaci je splněna, a tedy že tento způsob usuzování je aprobovaný v daném právním odvětví (či jeho výšeči)⁴⁶ a že máme co do činění s relevantní (tj. proti-plánovou) mezerou v zákoně, lze přistoupit k vlastnímu analogickému úsudku. Jako nanejvýš žádoucí se přitom jeví, aby normotvůrce zaujal jasný postoj k přípustnosti analogie v daném subsystému práva, čímž může předejít případným aplikačním problémům.⁴⁷ Taktéž zkvalitněním jazykového znění přijímané právní regulace lze snížit výskyt těchto obtíží.

Správné vyhodnocení popsané vstupní fáze analogického úsudku je přitom o to zásadnější, že rozhodnutí o přípustnosti „užití analogie... vylučuje argumentum a contrario a vice versa. Tento argument (a contrario) ... není samostatným argumentem, nýbrž je závislým na přípustnosti analogie. Jeho užití tak vlastně implicitně vypovídá, že analogie v konkrétním případě není přípustná.“⁴⁸

Použití *arg. a contrario* bude tak přicházet v úvahu v situacích, kdy posuzovaný případ nelze úspěšně podřadit pod žádný normativní antecedent (je za hranicí jazykového významu), což ale i odpovídalo záměru autora, a současně to nezakládá bezdůvodnou rozdílnost v právním postavení osob ocitajících se v obdobném postavení. Pokud normotvůrce o určité situaci nemohl vědět, popř. ji bezdůvodně opomínil či upravil hodnotově nekonzistentně,⁴⁹ a současně je třeba – vzhledem k zákazu *denegatio iustitiae* – ve věci rozhodnout, je namíste postup *per analogiam* (a to za předpokladu, že tomu nebrání obecný zákaz analogie v daném subsystému práva či jeho výšeči).

3. K MODELŮM ANALOGIE

V rámci právní teorie i logiky byla navržena celá řada schémat analogického usuzování. Nicméně doposud nebyla navržena taková striktně formálně-logická reprezentace, která by byla s to – skrze objektivní a obecná formální pravidla – strukturovat všechny kroky (včetně prováděných voleb) tohoto úsudku, tj. „*aniž by tedy bylo nutné se v nějaké fázi dovolávat intuice*“.⁵⁰ Ve svém důsledku to vede k tomu, že jsou

⁴⁶ I v rámci občanského práva můžeme najít oblasti, ve kterých analogie není namíste. Důvodová zpráva k obč. zákoníku kupříkladu výslovně zmiňuje „statusové otázky“, byť současně nevylučuje, že i zde dotváření práva cestou analogie *iuris* bude myslitelné, pokud budoucí vývoj společnosti přinese problémy, které nebylo možné v době normotvorby předjímat. Blíže: Důvodová zpráva k § 10 obč. zákoníku, s. 41.

⁴⁷ Nezaujme-li normotvůrce jasné stanovisko k přípustnosti analogie v daném právním odvětví či dílčí oblasti práva, je namíste vycházet z názorů představitelů právní doktríny a vyšších soudů. Doktrína se přitom obvykle kloní k tomu, že dotváření práva cestou analogie je vyloučeno – kromě výše uvedených příkladů – i v oblasti správního trestání, pravomocí a kompetencí státních orgánů (VEČEŘA, *c. d.*, s. 232–233), dále například co se týká rozsahu povinností ukládaných normotvůrcem soukromým subjektům, a to na rozdíl od jejich subjektivních práv a svobod (MORAWSKI, *c. d.*, s. 223–228).

⁴⁸ MELZER, *c. d.*, s. 244.

⁴⁹ I výskyt tzv. hodnotové (teleologické, axiologické) mezery v zákoně může legitimizovat potřebu aktivního zásahu soudce v aplikačním procesu. Půjde o případy, kdy výklad opírající se např. o *arg. a contrario* nevede k uspokojivému výsledku, neboť narušuje hodnotovou koherenci právního řádu. Blíže např. VEČEŘA, *c. d.*, s. 230–231; MELZER, *c. d.*, s. 225 et passim. Ukazuje se přitom, že v aplikačních procesech je namíste se vždy dívat za normativní text, tj. zohlednit i účel úpravy, hodnoty, které odráží, základní právní principy (srov. dále).

⁵⁰ NORTON, *c. d.*, s. 2.

navrhovány buď stále propracovanější modely a pravidla ovládající analogické usuzování a argumentaci, anebo nová pojetí analogie, která by se vyhnula nutnosti formulovat obecná kritéria ovládající výběr jednotlivých premis analogického úsudku, a to nezávisle na jejich konkrétním obsahu.⁵¹

Uvedené lze ilustrovat na vývoji názorů na formální schematizaci tohoto typu úsudku: Až do 20. století se lze setkat s poměrně jednoduchými schémata, která jsou inspirována strukturou sylogismů. Například G. H. Joyce, autor populárního kompendia věnovaného tradiční logice ze začátku 20. století, navrhoval toto schéma:

S1 je P
S2 připomíná S1 v tom, že je M.
(Tudíž) S2 je P.⁵²

Současně k tomu dodal, že relevance této inference se bude odvíjet od toho, zda existuje mezi M a P kauzální vztah. Pokud skutečně existuje, pak jde o platný úsudek, jinak není vůbec namístě (byť S2 je M) dovozovat, že je také P.⁵³

Takové pojetí analogie naráží na řadu problémů: V době činění analogického úsudku mnohdy nejsme s to zjistit, zda existuje tento kauzální vztah, a to do doby, než bude tato spojitost empiricky prokázána.⁵⁴ Navíc správnost závěru, jenž byl přijat na základě „plané“ analogie, není automaticky zpochybněna tím, že se *ex post facto* vyvrátilo kauzální spojení (anebo že toto neexistuje).⁵⁵ V oblasti práva a jeho aplikace je pak třeba zejména upozornit na skutečnost, že v rámci argumentace *per analogiam* není namístě hovořit o kauzální spojitosti mezi sdílenou vlastností či strukturou daného případu a zdrojem analogie (např. zákonnou hypotézou) na straně jedné a normativním konsekventem na straně druhé. (Relevantní) podobnost srovnávaných objektů tedy bez dalšího nepředstavuje objektivní kauzální důvod pro dotvoření práva cestou analogie. Je sice „vysvětlujícím a zároveň ospravedlňujícím důvodem“⁵⁶ pro tento postup (tedy dotvoření práva cestou analogie), ale jeho obecná vhodnost a přesvědčivost se bude odvíjet jednak od toho, zda byla adekvátně vyhodnocena a odůvodněna otázka přípustnosti analogie, jednak od odůvodnění stojícího za volbou a výkladem určitého zdroje analogie (viz níže).

⁵¹ Nemožnost nalezení zcela objektivních kritérií dle některých ospravedlňuje názor, že analogie nemá skutečně formálně-logickou povahu, což vede k umenšování relevance takto získaných výsledků.

⁵² JOYCE, G. H. *Principles of Logic*. 3rd ed. London: Longmans, Green and Co, 1936, s. 260. Obdobně – byť pomocí slov – pojímal analogii J. S. Mill, dle kterého „dvě věci jsou si podobné v jednom nebo více ohledech; jisté tvrzení je pravdivé o jedné z nich, tudíž je i pravdivé pro druhou (věc)“ (MILL, J. S. *A System of Logic: Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation*. 8th ed. New York: Harper and Bros, 1882, s. 684). K analogii v díle Milla srov. TVRDÝ, c. d., s. 120.

⁵³ JOYCE, c. d., s. 260. Tímto dovětkem tak doplňuje svoje původní schéma o stěžejní podmínku – kauzální spojení mezi M a P.

⁵⁴ K „planým“ analogiím v dějinách přírodních věd, jež vedly k nutnosti korigovat původní schéma, srov. NORTON, c. d., s. 5 a násl.

⁵⁵ U analogií, jež se neopírají o kauzální souvislost, a to alespoň co se přírodních věd týká, lze však předpokládat jejich nižší pravděpodobnost než u analogií, kde tento vztah existuje. Blíže: NORTON, c. d., s. 5.

⁵⁶ SOBEK, *Právní myšlení: kritika moralismu*, s. 188.

Objevily se proto požadavky, aby v rámci analogických schémat byly zohledňovány další aspekty, které umožní odlišit životaschopné analogie od těch „zdánlivých“. Nelze přitom ale zapomínat, že dle většinového názoru lze cestou analogie přijmout vždy jen vyvratitelné (*defeasible*) závěry, které nikdy nebudou garantovat jistotu dedukčních úsudků.⁵⁷ Nicméně i v tomto ohledu platí pro právní analogie dílčí odchylka: Je-li určitá analogie (výsledek analogické argumentace) respektována danou právní komunitou, stává se skutečností. Na rozdíl tedy od přírodních věd, konsensus ohledně závěrů přijatých cestou analogie ze strany relevantní právní komunity vede k tomu, že takto přijatý závěr může postupně v právním prostředí sedimentovat.⁵⁸ Jinými slovy, „*analogie tu není pracovní hypotézou, kterou podrobujeme experimentální kontrole, jak je tomu ve vědě, ale její přijetí ústí do [právních – doplněno aut.] ... koncepcí skutečnosti strukturovaných cestou analogie*“.⁵⁹

Klíčová otázka, která se tak vynořuje, zní, jak zvýšit relevantnost analogických úsudků. Nejde přitom o žádnou novou otázku, zohledníme-li fakt, že hlavním cílem, ke kterému se již od dob Aristotela upíná snažení různých myslitelů zkoumajících analogii, je „*nalézt formální kritéria, která by umožňovala odlišit dobré od špatných analogií*“.⁶⁰

Odpovědi jdou dvojím směrem: *zprvé*, velká pozornost musí být věnována výběru opravdu podobných případů, *zadruhé*, se objevují volání, že spolu s hledáním obdobných případů by měly být hledány obecnější zásady (pravidla, zásady či hodnoty) stojící za rozhodovaným případem.

4. K (NE)PODOBNOSTI PŘÍPADŮ

Jeden z nejdiskutovanějších momentů analogických úsudků je určení, kdy vlastně máme co do činění s podobností určitých dvou či více objektů/situací/jevů apod. V oblasti práva se tedy budeme ptát, zda dva (či více) „případy“ jsou si navzájem podobné. Srovnávané objekty (normativní hypotéza a *ad hoc* skutková podstata) však nesmí být totožné (identické),⁶¹ jelikož pak by byla namísto subsumpce daného případu pod danou právní normu, tj. aplikace normativního konsekventu cestou dedukce. Pro analogii by zde nezástával již žádný prostor.⁶²

V závislosti na typu právní kultury se přitom bude částečně lišit to, co vlastně je předmětem srovnávání a jakou variabilitu těchto objektů budeme mít k dispozici.

⁵⁷ Zaznívají však i opačné názory, dle kterých v určitých a spíše nečetných případech může mít analogie (analogický argument) sílu deduktivního úsudku. Srov. blíže: BREWER, *Indefeasible analogical argument*, s. 35–48.

⁵⁸ Jak tedy výstižně upozorňuje T. Sobek, „[p]lauzibilita právního myšlení není testována objektivní realitou, jak je tomu u přírodovědního myšlení, ale právní autoritou“ (SOBEK, *Právní myšlení: kritika moralismu*, s. 188).

⁵⁹ PERELMAN, CH. *Právní logika: nová rétorika*. Bratislava: Kalligram, 2014, s. 180

⁶⁰ NORTON, *c. d.*, s. 1.

⁶¹ „*Uvažované objekty se tedy musí lišit aspoň v jednom znaku, (neboť) ... analogie je úsudek založený na stanovení podobnosti dvou různých objektů*“ (ŠTĚPÁN, J. *Logika a právo*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 60).

⁶² „*Homogenita je nepoužitelná v rámci analogie, jejíž epistemologická funkce lépe poznat, strukturovat nebo hodnotit tému pomocí fory, předpokládá heterogenost prvků*“ (PERELMAN, *Právní logika: nová rétorika*, s. 180).

V kontinentální právní kultuře pro *ad hoc* posuzovaný případ (cíl, *target*) budeme primárně hledat „obdobný“ či „přiměřený“ protějšek či protějšky (zdroj/e, *sources*) v normativním právním textu, resp. v jeho hypotézách. V anglosaském typu právní kultury budeme hledat „obdobná“ či „srovnatelná“ dřívější rozhodnutí soudů, tj. předchozí precedenty s obdobným věcným rozsahem. Je přitom nasnadě, že v zákonných právních textech používané relativní neurčité formulace umožňují pokrýt větší výšeč v realitě potencionálně vznikajících případů (tj. určitou jejich třídu), než je tomu u precedentů. Současně nelze opominout, že rovněž v systému kontinentálního práva je namísto v rámci nalézání práva (ať cestou interpretace, či dotváření) zkoumání předchozí rozhodovací praxe, která sice není pro soudce formálně závazná, nicméně vzhledem k požadavkům formální spravedlnosti (rovnosti) a předvídatelnosti práva, by měla být v rozhodnutí reflektována.⁶³ Jak jsme viděli výše, v souvislosti s úpravou analogie *iuris* v textu občanského zákoníku normotvůrce tuto povinnost výslovně zopakoval. Ukazuje se tak rovněž, že zkoumání otázky podobnosti má v právní praxi podstatně širší využití i význam.⁶⁴

Bez ohledu na to, zda zdrojem analogie bude obdobná zákonná hypotéza či dřívější soudní precedens, logikově s oblibou upozorňují, že dvě věci se teoreticky vždy mohou lišit v nekonečném množství aspektů. Současně ale jsou si podobny ve stejně nekonečném množství ohledů.⁶⁵

O podobnosti dvou objektů lze přitom hovořit již ve chvíli, kdy existuje alespoň jedna věta popisující daný objekt či jeho vlastnosti, vztahy, funkce (souhrnně „doměnu“), která platí jak pro cíl, tak i potencionální zdroj.⁶⁶

Vzniká tak kruciální otázka, „*v jakých vlastnostech (pojmových znacích), případně v jakém počtu těchto vlastností (pojmových znaků) si mají být X a Y podobné*“⁶⁷ (popř. i více potencionálních zdrojů)? Jinak řečeno, „*teré momenty jsou podstatné pro to, aby dva případy byly regulovány stejně a jaké rozdíly si vyžadují rozdílné právní ná-*

⁶³ Tento požadavek se recentně dočkal i svého normativního vyjádření, a to konkrétně v § 13 občanského zákoníku (část do středníku): „*Každý, kdo se domáhá právní ochrany, může důvodně očekávat, že jeho právní případ bude rozhodnut obdobně jako jiný právní případ, který již byl rozhodnut a který se s jeho právním případem shoduje v podstatných znacích; ...*“.

⁶⁴ Vždy, když soudce hledá či vybírá dřívější rozhodnutí, která jsou pro aktuálně projednávaný případ relevantní, měl by se zabývat otázkou podobnosti a rozdílnosti skutkových okolností daného případu s předchozími rozhodnutími. Jak správně upozorňuje T. Smejkalová, „*kontext (a to nejen právní, ale i skutkový) může ovlivňovat význam práva*“, přičemž je-li „*interpretace soudu používána mimo svůj původní skutkový kontext, v jehož rámci má smysl, může... docházet k informačnímu deficitu, který posléze může vést k významovým posunům... Není možné (proto) automaticky akceptovat dekontextualizovanou judikaturu jako legitimní*“ (SMEJKALOVÁ, T. Judikatura, nebo precedens? *Právník*. 2019, č. 9. In: *Codexis: Atlas Consulting* [online]. [cit. 2020-05-05]).

⁶⁵ GOODMAN, N. *Problems and Projects*. New York: Bobbs-Merrill Co, 1972, s. 443, popř. ve vztahu k právu: WHITE, J. *Analogical reasoning*. In: PATTERSON, D. (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Blackwell Publishing Ltd, 1999, s. 585.

⁶⁶ BROŽEK, B. Analogy in Legal Discourse. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*. 2008, Vol. 94. No. 2, s. 198. Citovaný autor vychází z toho, že objekty právního srovnávání jsou stavy věcí, a tudíž je lze popsat. Každý popis skutkového stavu pak lze považovat za soubor vět. Můžeme k tomu dodat, že orgány aplikující práva se v soudních síních nesetkávají se skutky jako takovými, ale vždy s jejich popisy.

⁶⁷ HLOUCH, L. in: HARVÁNEK, c. d., s. 341.

sledky“⁶⁸ Jejím zodpovězení však bývá ze strany právníků obvykle věnována menší pozornost, a to na rozdíl od logiků.

Za průlomovou lze označit zejména práci Mary B. Hesse *Models and Analogies in Science* z roku 1963, která obohatila diskuzi na toto téma o koncepci „pozitivních a negativních analogií“, jejichž rozlišování přebírá z díla J. M. Keynesa. O pozitivní analogii lze hovořit, pokud srovnávané vlastnosti/vztahy/prvky „zdrojové“ domény i „cílové“ domény se shodují, kdežto negativní analogii se rozumí ty vlastnosti/vztahy/prvky, ve kterých se zdrojové a cílové domény liší.⁶⁹ Za účelem zhodnocení síly určitého závěru získaného cestou analogie pak M. Hesse mj. navrhuje, aby byly porovnány pozitivní a negativní analogie, jakož i celkový poměr mezi novými vlastnostmi a vlastnostmi, které jsou již známy a jejichž existence již byla v rámci analogie zohledněna. Toto zhodnocení představuje horizontální rozměr jejího modelu analogie.⁷⁰ Podobnost přitom pojímá materiálně, a to jako „pre-teoretickou analogii mezi pozorovatelnými entitami“.⁷¹

Z uvedeného pro nás plyne, že nestačí tvrdit pouhou podobnost mezi dvěma (či více) posuzovanými doménami, nýbrž je vhodné vždy identifikovat, ohledně kterých vlastností (vztahů, funkcí) existuje podobnost či dokonce shoda, a u kterých máme co do činění s rozdílností.

Co víc, je třeba určit, které z potencionálně nekonečné řady podobností jsou ty rozhodující pro danou analogickou úvahu, resp. které vlastnosti legitimizují provedení analogického úsudku. *Vice versa*, je žádoucí vysvětlit, proč „znaky rozdílné jsou nepodstatné, takže analogické projednání je odůvodněné“.⁷²

Zodpovězení těchto otázek nám umožňuje nalézt ten/ty zdroj/e (normativní hypotézu/y či dřívější soudní rozhodnutí), který/é je/jsou vhodným nosičem normativního konsekventu pro námi posuzovaný – cílový případ.

Jak tedy konkrétně postupovat? Kdybychom se drželi strategie navržené M. Hesse, měli bychom v rámci zvažovaných zdrojových případů zejména kvantitativně poměřovat pozitivní a negativní analogie (tj. zkoumat všechny myslitelné aspekty a faktory, ve kterých se cílová a zdrojová doména shodují/liší).⁷³ Odpovídá to tradičnímu pohledu na posouzení relevance závěrů přijatých cestou analogie.⁷⁴ Nicméně čistě kvantitativní

⁶⁸ WEINBERGER, c. d., s. 175.

⁶⁹ KEYNES, J. M. *Treatise on Probability*. London: Macmillan and Co, 1921, s. 257 et passim.

⁷⁰ Neméně významný – alespoň z pohledu přírodních věd – je vertikální rozměr analogie, v rámci kterého je posuzována zejména kauzální souvislost uvnitř určité domény analogie, která však z důvodu výše rozvedených je v oblasti práva méně významná.

⁷¹ Toto vymezení otevírá celou řadu otázek, neboť není zcela jasné, co se rozumí „pozorovatelnými entitami“ a co je to „pre-teoretická analogie“, resp. zda toto uchopení není příliš zužující. Pokud nejsem s to nějaký objekt pozorovat, znamenalo by to, že nelze ohledně této skutečnosti vyslovit analogii, což je poměrně absurdní závěr. Blíže: NORTON, c. d., s. 10 a násl.

⁷² WEINBERGER, c. d., s. 175.

⁷³ Je třeba upřesnit, že M. Hesse postuluje tyto tři požadavky akceptovatelnosti určitého analogického závěru: (i) podobnost mezi „pozorovatelnými“ vlastnostmi/znaky cíle a zdroje (viz výše – poznámka pod čarou č. 71); (ii) kauzální vztah mezi přenášenou zdrojovou vlastností a známými pozitivními analogiemi a současně (iii) zdrojová a cílová doména se neliší v žádném podstatném znaku. Blíže: BARTHA, c. d.

⁷⁴ Mezi tato tradiční vodítka pro posouzení relevance cestou analogie získaných závěrů patří mj. tyto zásady: (i) čím víc podobností, tím je analogie silnější neboli „spolehlivost úsudků z analogie roste s počtem společných znaků“ (ŠTĚPÁN, c. d., s. 60); (ii) čím více rozdílů (tj. negativních) analogií, tím je analogie slabší; (iii) strukturální analogie jsou silnější, než ty opřené na nepřírozených (uměle vytvářených) podob-

hledisko nelze dle mého soudu přeceňovat, a to mj. vzhledem k jejich potencionálně neomezenému počtu.

Navíc je nasnadě, že v právní praxi bude poměrně často docházet k případům, kdy v závislosti na procesním postavení daného účastníka řízení budou navrhovány rozdílné zdroje jako ty nejhodnější (nejpodobnější) k posuzované věci, popř. v rámci nich vyzvedávány rozdílné úhly pohledů. Lze proto přisvědčit názoru J. Whitea, že chápání podobnosti se mnohdy bude odvíjet od toho, „*kdo a kdy činí rozhodnutí*“.⁷⁵

I kdybychom však zúžili analogie pouze na ty přirozené (tj. nevytvářeli umělá kritéria diferenciací), čistě kvantitativní strategie se nejeví jako optimální. Rozhodující je, zda se srovnávané dílčí (pozitivní či negativní) analogie týkají podstatných (konstitutivních) vlastností/otázek, nebo jsou druhořadé.⁷⁶ Jak totiž připomíná J. Tvrdý, „(z) *nahodilých podobností vzniká celá řada planých analogií... Vědecký a logický význam mají jen analogie zakládající se na podstatných podobnostech.*“⁷⁷ Také z tohoto důvodu závěr, že „*analogie smí být použita jen tehdy, pokud je v řešeném případě více shodného, než rozdílů v podobném případě, na který analogická norma běžně dopadá*“⁷⁸ lze považovat za legitimní jen potud, pokud bude doplněn o to, že shoda se má týkat „**podstatných náležitostí**“.

Vyvstává takto ale další otázka, jak identifikovat z řady myslitelných faktorů srovnávání dvou domén (tj. kritérií pro dílčí analogii) ty podstatné (konstitutivní)? F. Melzer – v rámci úvah o podstatných a nepodstatných okolnostech případu zvažovaných v rámci *arg. a simili* – navrhuje, aby se pozornost zaměřila na ty aspekty (prvky, vlastnosti, vztahy), které mají význam pro právní posouzení věci.⁷⁹

Konvenuje to s názorem, který propaguje ve svých dílech B. Brožek, a to, aby výběr zdrojů (normativních hypotéz, dříve rozhodnutých případů) byl určen právní otázkou, kterou v rámci cílového případu má řešit. Jako podobné mají být proto vybrány všechny *ad hoc* v úvahu přicházející „zdroje“, v rámci kterých byl posuzován obdobný právní problém,⁸⁰ či řešen – doplníme-li již na tomto místě o dále podrobněji analyzované Melzerovy úvahy – stejný konflikt zájmů. Namísto již tedy není zkoumání podobnosti mezi různými myslitelnými doménami, nýbrž v prvé řadě identifikace všech případů,

nostech; (iv) „*čím větší bude podobnost struktur obou systémů především kvantitativně, tím spolehlivější bude závěr*“ (tamtéž). K rozboru těchto i dalších kritérií srov. v podrobnostech BARTHA, P. *By Parallel Reasoning: the Construction and Evaluation of Analogical Arguments*. New York: Oxford University Press, 2010, passim.

⁷⁵ WHITE, c. d., s. 585.

⁷⁶ MALINOWSKI, c. d., s. 198 a násl.

⁷⁷ TVRDÝ, c. d., s. 180.

⁷⁸ HARVÁNEK, J. in: HARVÁNEK, c. d., s. 298.

⁷⁹ MELZER, c. d., s. 168: „*Je třeba se ptát, zda existuje racionální důvod, proč by právě skutečnost, ve které se oba případy liší, měla být důvodem pro odlišné posouzení věci.*“ Nutno předznamenat, že Melzerova distinkce je dále spojená s tím, zda daná okolnost může mít vliv na výsledek poměrování principů.

⁸⁰ BROŽEK, Analogy in Legal Discourse, s. 195 a násl.; BROŽEK, Is Analogy a form of legal reasoning?, s. 59 a násl.; či třeba BROŽEK, B. *Myšlenie: podręcznik użytkownika*. Kraków: Copernicus Center Press, 2019, s. 222 a násl.

v rámci kterých je/byl řešen tentýž problém/konflikt zájmů jako v aktuálně projednávané věci.⁸¹ Odhaluje se v této souvislosti i kontextuální charakter analogie.⁸²

Tento přístup umožňuje efektivně eliminovat „zdanlivé“ či „účelově navrhované“ zdrojové normativní hypotézy či dřívější rozhodnutí soudu, a potažmo tedy najít zdroje jen „životaschopných“ analogií.

Lze přitom dodat, že v právní praxi právníci obvykle intuitivně volí tuto strategii a jsou schopni též bez větších obtíží odlišit podstatné od nepodstatných okolností/náležitostí případu.⁸³ Nicméně z požadavku logické formy analogie, jež je předpokladem její legitimizace (viz výše), pramení potřeba racionalizovat a v odůvodnění rozhodnutí zaznamenat tyto procesy.⁸⁴

Ačkoliv popsany návrh Melzera i Brožka vykazují značnou podobnost, lze si povšimnout, že Brožkovo řešení dává návod, jak identifikovat všechny potencionální zdroje analogie, kdežto Melzer se spíše věnuje otázce posouzení okolností v rámci určitého již relevantně-podobného případu.⁸⁵ Vzhledem k požadavku explicitního vyjádření všech premis stojících za analogickým úsudkem se tak jeví jako vhodnější postup navržený B. Brožkem. Ba, co víc, ukazuje, že jednou z vůbec prvních otázek, kterou by měl orgán aplikující právo vždy řešit, je zjištění právního problému a identifikace okruhu možných zdrojů, ve kterých lze nalézt normativní řešení (zejména tedy vyhledání vhodných ustanovení, popř. určení právního odvětví či jeho výseče, který daný rod problémů řeší⁸⁶). Není-li přitom nalezena aplikovatelná zákonná právní norma, je namístě posouzení tzv. analogické situace u identifikovaných zdrojů analogie (tj. je třeba vyhodnotit povahu mezery v zákoně, zkoumat přípustnost analogie v daném právním

⁸¹ „Je to otázka, kterou chceme zodpovědět, jež vyznačuje podobnosti *prima facie* mezi dvěma případy – budeme zohledňovat ty minulé situace, ve kterých jsme řešili podobný případ jako je ten aktuálně posuzovaný“ (BROŽEK, *Myšlení: podręcznik użytkownika*, s. 223).

⁸² Blíže: WOJTCZAK, *c. d.*, s. 118 a násl. Od řešené otázky se tedy bude odvíjet identifikace klíčových aspektů dané věci. V závislosti na řešení právního problému, tj. zda *ad hoc* budeme posuzovat civilně-právní odpovědnosti vztah či třeba trestněprávní rovinu, budeme do popředí vyzvedávat rozdílné fakty, vlastnosti či vztahy, ačkoliv stále budeme mít co do činění s tímž případem.

⁸³ Jde o rychlá, automatizovaná rozhodnutí, jež od nás nevyžadují větší námahu a jež jsou realizována v rámci tzv. Systému 1 (tj. souboru dovedností, které nám dílem byly dány do vinku, dílem se jedná o automatizované mentální aktivity, které vyvěrají z našich předchozích zkušeností a znalostí). Obvykle teprve, „když se Systém 1 dostane do potíží, zavolá si na pomoc Systém 2, aby přispěl s podrobnějším a konkrétnějším zpracováním“ (KAHNEMAN, D. *Myšlení rychlé a pomalé*. Příbram: Melvil Publishing, 2011, s. 31). Jak upřesňuje B. Brožek, „analogické usuzování je zakořeněno v lidské schopnosti mentálního simulování dějů, ... kdy využíváme minulé případy, ve kterých se podařilo vyřešit určité otázky, a to pro daný případ... Využíváme přitom metodu variace“ (BROŽEK, B. *Umysl prawniczy*. Kraków: Copernicus Center Press, 2019, s. 109).

⁸⁴ V právu je tedy nezbytné, aby analogické rozhodnutí mělo oporu – budeme-li se držet terminologie D. Kahnemana – i v Systému 2 a bylo plodem racionální, v odůvodnění daného rozhodnutí zaznamenané úvahy soudu.

⁸⁵ Nalezení relevantně podobného případu představuje až druhý krok v rámci Brožkova modelu analogie. F. Melzer tak pracuje s jednostupňovým modelem, kdy za vhodný zdroj pro analogii považuje jen ta ustanovení, která řeší stejný konflikt zájmů (MELZER, *c. d.*, s. 168), resp. mají „alespoň v podstatných bodech stejný ... teleologický základ“ (s. 245). Podstatné okolnosti/body případu pak jsou způsobilé ovlivnit řešení tohoto konfliktu.

⁸⁶ V závislosti na řešených otázkách lze identifikovat jako *prima facie* podobné zdroje i ustanovení upravená v různých právních předpisech či odvětvích, a to pokud řeší „stejný konflikt zájmů“, s jakým *ad hoc* máme co do činění. Blíže: MELZER, *c. d.*, s. 168.

odvětví apod.). Teprve poté bude namísto přistoupit k řešení otázky podobnosti podstatných náležitostí zdroje a cíle analogie.

Ani na této úrovni však nestačí kvantitativně a víceméně automatizovaně srovnat pozitivní a negativní analogie ohledně podstatných náležitostí, a budou-li převládat ty pozitivní, použít zákonný konsekvent zdroje na cílový případ. „[P]ravděpodobnost úsudku analogického není pravděpodobností početní (numerickou), ... nýbrž pravděpodobností, kterou rozmanitě nazývají logickou, filozofickou, racionální a která má svůj původ v zákonitosti jevů. Vlastnosti, jejichž společnou existenci na základě analogie vyvozujeme, nevyskytují se společně nahodile, nýbrž tvoří určitou zákonitou souvislost.“⁸⁷ Převedeno do oblasti práva, je tedy třeba zkoumat, co vlastně stojí za daným normativním ustanovením, jaké je jeho *ratio legis*, a zda je vskutku legitimní tento sekundární zdroj vztáhnout i na posuzovaný cílový případ. Budeme tedy – v souladu s modálním postojem – testovat *prima facie* analogií získané závěry.

5. K TELEOLOGICKÉ PODOBNOSTI ANEB K LEGITIMIZACI NORMATIVNÍHO KONSEKVENTU

Tak jako v případě právního ustanovení nelze pro účely jeho aplikace bez dalšího vycházet z čistě jazykového znění, tak i v situaci, kdy nalezneme případ (normativní ustanovení či předchozí rozhodnutí), který řeší *prima facie* stejnou právní otázku, není namísto bez dalšího aplikovat příslušný normativní konsekvent. Je tedy třeba zkoumat, jaký účel, hodnoty a principy stojí v pozadí zvažovaného zdroje normativní úpravy. K tomuto postupu v oblasti občanského práva vybízí i samotný normotvůrce, a to když ukládá, aby bylo dotvořeno právo „podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího“ (§ 10 odst. 1 obč. zákoníku).⁸⁸

Tento postup bude o to významnější, pokud v rámci hledání *prima facie* podobných případů nalezneme více potencionálních zdrojů normativních konsekventů (víceo zákonných ustanovení či právních případů), jež nabízejí rozdílná řešení.⁸⁹

I kdybychom však našli jeden zdrojový případ, je namísto zkoumat, zda bychom aplikací zákonného normativního konsekventu nezískali hodnotově nekonzistentní rozhodnutí, jež by narušovalo hodnotovou koherenci právního řádu (či jeho výseče).

Jak postupovat v rámci řešení těchto otázek a zejména, jak racionalizovat provedené volby? Co se týče prvního z naznačených problémů – provedení volby mezi více po-

⁸⁷ TVRDÝ, c. d., s. 121.

⁸⁸ Lze v tomto kontextu poukázat i na zásadu: *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, tj. kde lze spatřovat stejný motiv, je namísto obdobná úprava práv a povinností.

⁸⁹ V právní doktríně se můžeme přitom setkat s názory, že v případě výskytu proti-plánové mezery v zákoně, kterou lze vyplnit cestou analogie, převládají obvykle situace, kdy máme k dispozici více možných zdrojů analogie. (BROŽEK, Is analogy a form of legal reasoning?, s. 59). Jako stěžejní se pak jeví výběr tohoto nejrelevantnějšího případu, k němuž dochází právě v rámci hledání relevantní (teleologické) podobnosti. Tento pohled se ale zdá, že více reflektuje anglosaskou aplikační praxi. V kontinentálním právu, a to mj. vzhledem k přednosti analogie *legis* před analogií *iuris* (viz výše), je třeba primárně vycházet ze zdrojů obsažených v normativních právních textech, teprve není-li jich, popř. vedou-li k protisystémovým závěrům, zohledňovat i další – sekundární – zdroje.

tencionálními zdroji, pomocný mechanismus může nabídnout zpochybnitelná logika (*defeasible logic*) rozvinutá zejména H. Prakkenem a G. Sartorem,⁹⁰ jež doporučuje na základě dostupných premis formulovat dílčí argumenty, a to i protichůdné (první stupeň), které posléze jsou srovnávány a vyhodnocovány, a to za účelem výběru finálního řešení. V námi rozvažovaném kontextu je tedy namísto formulace všech myslitelných pracovních analogických pravidel (vyvozených z *prima facie* podobných zdrojů), jež jsou posléze srovnávány. Budou-li nalezeny rozdíly mezi dílčími závěry, je třeba vybrat ten ze závěrů, který se opírá o pádnější zpochybnitelnou implikaci.⁹¹ O tom, která ze zpochybnitelných analogických implikací (argumentací) je pádnější, lze pak rozhodnout na základě postupů, jež jsou v dané interpretační komunitě preferovány. Může tedy přicházet v úvahu využití Alexyho vážící formule,⁹² jež nám umožní na základě poměrování principů, jež stojí v pozadí zvažovaných závěrů, vybrat ten významnější, potažmo tedy i relevantnější zdroj.⁹³ Nicméně mohou to být i jiná přijímaná kritéria, např. ta, jež byla rozvinuta představiteli *Law and Economics*. Co je zásadní, orgán veřejné moci by měl v odůvodnění svého rozhodnutí vysvětlit, proč byl zvolen právě tento normativní konsekvent.⁹⁴

Rovněž v případech, kdy máme co do činění s jediným potencionálním možným zdrojem normativního konsekventu, je namísto zkoumání hodnot, stojících v pozadí úpravy, a to aby se zamezilo – případným rozšířením zákonného antecedentu i na cílový případ – nekonzistentní aplikaci práva, narušující jeho vnitřní systém.⁹⁵ I v tomto případě je tedy namísto zdůvodnění postupu dle analogie *legis*, anebo vysvětlení, proč je vhodnější dotvořit právo jiným způsobem.

Závěrem je třeba poznamenat, že v rámci výkladu zdrojového normativního konsekventu je třeba vždy zohlednit i aktuální interpretační diskurz, co se týče zdrojové-

⁹⁰ Blíže: PRAKKEN, H. *Logical Tools for Modelling Legal Argument: a Study of Defeasible Reasoning in Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997; PRAKKEN, H. – SARTOR, G. The Three Faces of Defeasibility in *Law. Ratio Juris*. 2004, No. 17, s. 118–139. V češtině ke zpochybnitelné logice vč. kritických připomínek srov. HOLLÄNDER, P. Nový logicismus v teoretickém právním myšlení. In: *České právní myšlení a logika – minulost a perspektivy: sborník příspěvků z konference*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2003, s. 87–97; popř. recentně ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 134 a násl.

⁹¹ Oproti klasické logice je jazyk zpochybnitelné logiky obohacen o tzv. zpochybnitelnou implikaci, která je využívána k označení inferencí uvnitř zpochybnitelných argumentů, tj. uvnitř argumentů, jejichž platnost se může změnit (např. dodáním nové premisy, anebo silnějším argumentem).

⁹² Srov. ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, č. 11, s. 867–878, popř. též vč. kritických poznámek WINTR, J. Alexyho vážící formule. *Právník*. 2016, č. 5, s. 446 a násl., nebo ONDŘEJEK, P. Poměrování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky. *Právník*. 2016, č. 4, s. 349–368.

⁹³ Tento postup preferuje zde opakovaně připomínaný B. Brožek. Poměrování principů tak v jeho koncepci tvoří nedílnou součást analogie. Sám přitom hovoří o „tezi částečné redukce“ (*Partial Reducibility Thesis*) analogie v poměrování. (Srov. BROŽEK, *Analogy in Legal Discourse*, s. 197). V pozdějších pracích, byť ne zcela důsledně, ale začíná připouštět i využití jiných kritérií. Lze dodat, že samotný R. Alexy považuje analogii za samostatnou a základní operaci – vedle subsumpce a poměrování – využitelnou v rámci aplikačních procesů, a tedy jeho názory nekonzistentní s Brožkovými rozvinutými jeho koncepcí. Blíže: ALEXY, R. Two or Three? In: BOROWSKI, M. (ed.). *On the Nature of Legal Principles*. ARSP-Beiheft 119, Stuttgart: Franz Steiner, s. 9–18.

⁹⁴ Je tedy třeba uvést ospravedlnění této podoby analogie. Odpovídá to Brewerovu požadavku uvést v rámci logické formy tzv. *analogy-warranting rationale* (BREWER, *Indefeasible analogical argument*, s. 44).

⁹⁵ K vnitřní struktuře práva srov. v tuzemské literatuře ONDŘEJEK, P. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2020, s. 172 a násl.

ho ustanovení, a to cestou analýzy judikatury zejména vyšších soudů. Umožní nám to jednak lépe identifikovat principy a hodnoty stojící v pozadí dané úpravy, jednak vhodně – v souladu s ustálenou praxí – aplikovat relevantní právní konsekvence, popř. vysvětlit, proč nebyl ustáleným způsobem aplikován. Legitimní důvod této odchylky přitom může spočívat v potřebě uzpůsobit zákonný normativní konsekvence, resp. jeho ustálený výklad, specifickým potřebám dané situace.⁹⁶

Zvláštní pozornost by pak měla být věnována i rozhodnutím, ve kterých soudy v minulosti dotvořily zákonný normativní konsekvence pro obdobný případ jako je ten aktuálně řešený. Lze si přitom všimnout, že postupně může vznikat – byť na úrovni judikatury – nové pravidlo, které oproti dotvářenému zákonnému ustanovení má již širší antecedent,⁹⁷ popř. i dílem modifikovaný konsekvence, a to například ohledně určité povinnosti či práva.

6. ZÁVĚREM

Představené úvahy můžeme shrnout do následujících bodů, jež můžou přispět k lepší strukturaci úvah i vlastní argumentace při dotváření práva cestou analogie, a potažmo takto i zvýšit přesvědčivost daného rozhodnutí a obecnou pro-systémovost nalézání práva ze strany orgánů veřejné moci.

Konkrétně lze doporučit tento postup:

1. seznámení se s cílovou doménou analogie a formulace právní otázky, která má být řešena;
2. identifikace zdroje či zdrojů analogie, tj. zákonných ustanovení, a není-li jich, zásad stojících za danou výšečí práva, popř. dalších – sekundárních – zdrojů, které řeší daný právní problém či rod problémů, ev. obdobný konflikt zájmů (tj. vyhledání *prima facie* podobných zdrojů analogie);
3. vyhodnocení otázky přípustnosti analogie a zkoumání povahy mezer v zákoně (ve vztahu k *prima facie* podobným zdrojům; ev. zvážení postupu dle *arg. a contrario*);
4. máme-li co do činění s analogickou situací (prošli jsme bodem 3), tak dochází k:
 - a) k porovnání dílčích pozitivních a negativních analogií mezi cílem a *prima facie* zdrojovými případy ohledně podstatných okolností případu (tj. zkoumání míry faktické podobnosti, existuje-li tedy podobné/á ustanovení v zákoně); a současně
 - b) zkoumání míry „teleologické“ podobnosti a konzistence (formulace dílčích zpochybnitelných argumentů, a to na základě zvažovaných zdrojových normativních konsekvencí; eliminace variant narušujících vnitřní koherenci práva; výběr – ze zbývajících – varianty, jež se opírá o nejpádňější zpochybnitelnou implikaci – jako kritérium lze použít poměrování principů apod.);
5. je-li shledána faktická i teleologická podobnost – postup *per analogiam legis*; tj. stanovení obsahu dotvořeného práva (a to po zohlednění judikatury a specifík dané věci);

⁹⁶ MORAWSKI, c. d., s. 231.

⁹⁷ Antecedent bude tvořit množina případů, pro které bylo zákonné pravidlo cestou analogie použito.

6. nelze-li postupovat *per analogiam legis* (není-li shledána faktická podobnost, popř. nenalezeno žádné normativní ustanovení, jež by řešilo danou právní otázku), postup *per analogiam iuris* – lze vyjít z výsledku poměrování sub 4b, a to po zohlednění dalších kritérií (doktrína, judikatura apod.);
7. odůvodnění analogického úsudku, zejména výběru premis a provedených voleb (zejména provedených v bodě 4, např. jelikož cílový případ sdílí s jediným identifikovaným zdrojovým případem tyto faktické pozitivní analogie x, y, z, přičemž pro zdrojový případ je příznačný normativní konsekvent L, který nenarušuje vnitřní koherenci právního řádu, a shledaná negativní analogie je nevýznamná, na cílový postup byl aplikován normativní konsekvent L).

K uvedenému je ale třeba poznamenat, že představené dílčí kroky nejsou navzájem striktně odlišeny. Nelze též odmítat či neupřednostnit jiný postup, bude-li vyjevna jeho logická forma, neboť tč. neexistuje jediné správné a možné schéma analogického úsudku. Je konečně nasnadě, že pokud ve vztahu k určitému právnímu problému již bylo právo cestou analogie dotvořeno a v aktuálně projednávaném případě nebyly nalezeny žádné podstatné rozdíly, není třeba odůvodnění logické formy již věnovat takovou pozornost, jakou by vyžadoval případ doposud v praxi neřešený.

JUDr. Katarzyna Žák Krzyžanková, Ph.D.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
krzyzank@prf.cuni.cz

UNITED WE STAND, DIVIDED WE FALL – THE ROLE OF INTER-AGENCY COOPERATION IN ENFORCEMENT OF BID RIGGING CONSPIRACIES

JAROSLAV MENČÍK

Abstract: **United We Stand, Divided We Fall – the Role of Inter-Agency Cooperation in Enforcement of Bid Rigging Conspiracies**

Public procurement plays an important role in economy of every country. The vast amounts of money awarded in public contracts, however, make public procurement extremely vulnerable to collusion among competitors and corruption of public officials. Although it is recognized that effective enforcement of these offences requires tight cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities, there is still a lot of potential for improvement in many jurisdictions. The objective of this paper is to suggest key features of this cooperation which would facilitate effective catching of both colluding competitors and corrupt public officials involved in bid rigging schemes.

Keywords: public procurement; collusion; bid rigging; corruption; cooperation

Klíčová slova: veřejné zakázky; koluze; bid rigging; korupce; spolupráce

DOI: 10.14712/23366478.2021.4

1. INTRODUCTION

In a speech delivered at the Symposium on the Revised World Trade Organization (hereinafter referred to as “WTO”) Agreement on Government Procurement in September 2015, Director-General of the WTO Roberto Azevêdo said: *“Government procurement is hugely significant, not only in economic terms, but also because of the impact it has on both trade and development.”*¹

Procurement of goods and services by the public sector indeed represents an immensely important part of economy. According to the Organization for Economic Co-operation and Development (hereinafter referred to as “OECD”), public procurement on average accounts for approximately 13% of gross domestic product in its member states and 29% of general government expenditures.²

¹ AZEVÊDO, R. Remarks at Symposium on the Revised WTO Agreement on Government Procurement [online]. 17.9.2015 [cit. 2019-08-18]. Available at: https://www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra79_e.htm.

² OECD. Fighting bid rigging in public procurement: report on implementing the OECD Recommendation [online]. 2016 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>.

Governments around the globe have introduced public procurement laws to ensure that public contracts are awarded in competitive tenders and that, as a result, public sector receives the best value for money. This, however, is often more a dream than a reality. As Lewis explains, “[p]ublic procurement is ... particularly vulnerable to corruption, collusion, fraud of various types and embezzlement because of the large amounts of money characteristically involved and the difficulties of supervising a large number and wide range of projects”.³

One of the most serious problems negatively affecting public procurement is collusion among competitors, who conspire to eliminate competition. This collusion typically takes the form of bid rigging cartel agreements, in which parties determine the future winner of a public contract and accordingly coordinate their steps in the bidding process. Considering the fact that these anticompetitive agreements significantly distort economic competition and inflate prices of public contracts, it is no surprise that bid rigging violates competition laws of most countries and often is punishable also by criminal laws.

Another major problem of public procurement is corruption of public officials, who may be tempted to abuse their power and influence the course or result of a public tender in exchange for a bribe. As the OECD has emphasized, “*The potential for corruption in public procurement exists in all economies and no sector is free from risks of corruption.*”⁴ Although corruption of public officials does not necessarily occur simultaneously with bid rigging, these two phenomena are often intertwined.⁵

With respect to the fact that bid rigging in many countries constitutes an antitrust as well as a criminal offense, and that bid rigging often occurs in tandem with corruption, it is widely recognized that effective enforcement of bid rigging cartels requires tight cooperation between competition agencies on the one hand and public prosecutors and other law enforcement authorities, such as specialized anti-corruption units, on the other hand.⁶ Although a relatively high level of cooperation and coordination has been achieved in some countries, there is still a lot of potential for improvement in many jurisdictions.

The main objective of this paper is to identify best practices in cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities and suggest a model system of this cooperation which would facilitate effective catching of both colluding competitors and corrupt public officials involved in bid rigging schemes. This model system

³ LEWIS, D. Bid Rigging and its interface with corruption. In: GAL, M. S. et al. *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2015, p. 203.

⁴ OECD. Bribery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-measures [online]. 2007 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44956834.pdf>.

⁵ See for example the Petrobras scandal discussed in chapter 3.3 below.

⁶ One of the most visible proponents of inter-agency cooperation is the OECD, according to which “[c]o-operation between the various national enforcement agencies with jurisdiction over collusion and corruption in public procurement is paramount ...” (OECD. Roundtable on Collusion and Corruption in Public Procurement [online]. 2010 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>).

could serve as an inspiration for countries, which struggle with public enforcement of bid rigging cartels due to insufficient inter-agency cooperation.

This paper is organized as follows. Part II discusses the problem of bid rigging from the perspective of competition laws. Part III deals with the issue of corruption in public procurement, including its relation to competition laws. Part IV summarizes the main reasons for cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities in public enforcement of bid rigging cartels and related corruption offences, analyzes best practices from selected jurisdictions and outlines the key features of such cooperation. Last part V summarizes main points of the paper.

2. THE PROBLEM OF BID RIGGING IN PUBLIC PROCUREMENT

2.1 GENERAL OVERVIEW

Governments use competitive tender procedures to purchase desired goods or services from the bidder, which offers to perform the contract under the most advantageous conditions, typically for the lowest price. This goal, however, can be achieved *“only when companies genuinely compete (i.e., set their terms and conditions honestly and independently)”*.⁷

Whenever competitors agree to rig bids, competition for public contracts becomes distorted to the detriment of public sector, which ends up paying higher price or receiving lower quality. The ultimate victim of collusion in public procurement, however, is the taxpayer, because it receives from public sector less value for its contributions to public budgets.

Bid rigging can generally occur in any industry and in connection with any public contract awarded in a tender procedure. However, engineering and construction industries are usually mentioned as the ones most affected by bid rigging. This is the case especially when large contracts are at stake, because *“often the tenderee will have a powerful bargaining position and the contractors feel the need to concert their bargaining power”*.⁸

2.2 COMMON FORMS OF BID RIGGING ARRANGEMENTS

In practice, bid rigging may take many different forms, all of which aim to remove element of competition from public procurement and increase profit of the cronies. A common feature of these cartel agreements is their secrecy and absence of written form. Because of this, bid rigging cartels are usually hard to detect.⁹

⁷ OECD. Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement [online]. 2012 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf>.

⁸ WHISH, R. – BAILEY, D. *Competition Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 571.

⁹ See WEISHAAR, S. E. *Cartels, Competition and Public Procurement: Law and Economics Approaches to Bid Rigging*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p. 83.

The simplest form of bid rigging is level tendering, in which “*the firms invited to tender agree to quote identical prices, the hope being that in the end each will receive its fair share of orders*”.¹⁰ However, level tendering is not very common, because situation where several independent competitors submit identical offers is extremely suspicious and could alert both the contracting authority and competition authorities.¹¹ Colluding tenderers instead employ more sophisticated methods, which usually include one or more of the following:

– *Cover bidding*. This practice, also known as complementary, courtesy or shadow bidding, covers a situation where members of the cartel submit bids which are intentionally designed to fail. Such bids may, for example, contain too high price, contradict criteria of the tender or reserve conditions unacceptable for the purchaser. The aim of cover bids is to create a false impression of competition, while, in fact, the winning bid has been determined in advance. According to the United States Department of Justice (hereinafter referred to as “DOJ”), complementary bidding schemes are the most frequent method of implementation of bid rigging cartels.¹²

– *Bid Suppression*. Under this arrangement, also called bid limiting, one or more members of the cartel who would otherwise be likely to participate in a public tender refrain from submitting a bid or withdraw their already submitted bids to ensure that bid made by another member of the cartel will succeed. In other words, bid suppression is an agreement not to compete for a given public contract. Bid suppression may be also in practice accompanied by unfounded bid protests seeking denial of an award to a non-conspirator.¹³

– *Bid rotation*. For a bid rigging cartel to stay functional, it is necessary that all participants have their share of the cartel’s ill-gotten gains. This can be achieved by agreed bid rotation, where all members of the cartel take turns in winning public contracts. Rules of rotation may vary depending on circumstances of each case, and typically are based on criteria such as size of the contract (e.g., larger contracts are awarded to bigger companies), size of members of the cartel (e.g., bigger companies win more contracts), geographic location of projects, or chronological order.¹⁴

– *Market allocation*. Another form of bid rigging is allocation of market among colluding competitors. Members of the cartel can for example agree that public contracts awarded by certain customers or in certain territory will “belong” to one member, whereas contracts awarded by other customers or in other territories will “belong” to other cartel members. Members of the cartel then refrain from submitting competitive bids on contracts assigned to others, or submit cover bids only.¹⁵

¹⁰ WHISH – BAILEY, *c. d.*, p. 571.

¹¹ *Id.*

¹² DOJ. Price Fixing, Bid Rigging and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For [online]. 2015 [cit. 2019-08-18]. Available at: <https://www.justice.gov/atr/price-fixing-bid-rigging-and-market-allocation-schemes>.

¹³ GOLDBERG, P. – ANDERSON, M. – AUBERTINE, A. Bid Rigging Detection in Government Construction Contracts [online]. 2004 [cit. 2019-08-18]. Available at: http://www.osbar.org/_docs/sections/antitrust/attr_cle_bid_rigging.pdf.

¹⁴ See CARLIN, F. – HAANS, J. Bid-Rigging Demystified. *The In-House Perspective*. 2006, Vol. 2, Iss. 1, p. 12.

¹⁵ See OECD, *supra* note 7.

Due to the fact that collusion requires participation of more competitors, but only one can win a given contract, mechanisms for distribution of the increased profit among all cartel members have to be put in place. If the participants do not simply take turns in winning contracts, they often create complicated systems of mutual compensations.

One of the most common compensation schemes involves subcontracting, where the winning bidder allows other members of the cartel to perform parts of the contract as its subcontractors. Other possibility is that the winning bidder “resells” the contract to the second-best bidder, who can still perform the contract with profit. Last but not least, the winning bidder may simply compensate other members of the cartel by paying agreed sums of money.

2.3 ANTITRUST LAWS AND BID RIGGING

Bid rigging has been long considered as one of the most serious “hard core” antitrust offences along with price fixing, output restrictions or market allocation.¹⁶ The seriousness of bid rigging was aptly described by Lewis: “*If hard-core cartel conduct is understood to be the most egregious antitrust offence, then bid rigging in public procurement is possibly the most egregious form of hard-core cartel conduct.*”¹⁷

In the United States, bid rigging schemes are on federal level caught by the Sherman Act. According to its Section 1, “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.*”¹⁸

An agreement among independent competitors to rig bids is considered *per se* unlawful,¹⁹ which means that such agreements require “*little or no economic analysis to determine their negative impact on consumers and/or competitive process*”.²⁰ Furthermore, a bid rigging arrangement cannot be justified by arguing, for example, that the agreed prices were reasonable or that the agreement was necessary to avoid ruinous competition.²¹ Because the cartel offense can be established both by direct evidence (e.g., testimony of one member of the cartel) or circumstantial evidence (e.g., pattern of concerted conduct), proof of a written agreement or an express agreement is not required.²²

Investigation and criminal prosecution of Sherman Act violations is the exclusive responsibility of the Antitrust Division of the DOJ. Recent investigations of the Antitrust Division of the DOJ show that enforcement of bid rigging cartels is one of its top priorities.²³

¹⁶ See, e.g., OECD. Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [online]. 1998 [cit. 2019-08-18]. Available at: <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>.

¹⁷ LEWIS, *c. d.*, p. 200.

¹⁸ 15 U.S. Code § 1.

¹⁹ GOLDBERG – ANDERSON – AUBERTINE, *c. d.*

²⁰ MURRAY, S. B. Bid-Rigging Remains Focus of DOJ Antitrust Criminal Enforcement: Businesses Need to Ensure Their Compliance. *The Metropolitan Corporate Counsel*. 2013, January, p. 17.

²¹ DOJ, *supra* note 12.

²² *Id.*

²³ See MURRAY, *c. d.*, p. 17.

Pursuant to Section 1 of the Sherman Act, an illegal bid rigging cartel constitutes a felony punishable by a fine of up to \$100 million for corporations, and a fine of up to \$1 million or imprisonment not exceeding 10 years (or combination of both) for individuals.

In the European Union, bid rigging is caught by the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as “TFEU”). Its Article 101(1) prohibits “*all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market ...*”.

Similarly to the US, where bid rigging is per se illegal, the European Commission considers bid rigging as a restriction of competition by object, which does not require proof of actual anti-competitive effects.²⁴ Contrary to the US, where per se violations cannot be justified, parties to an agreement violating Article 101(1) TFEU may still try to justify it under Article 101(3) TFEU.²⁵ Satisfaction of the conditions set out in Article 101(3) TFEU by bid rigging agreements, however, can be almost certainly ruled out. As Whish and Bailey point out, “[i]t is unlikely that collusive tendering would satisfy Article 101(3)”.²⁶ Analogically to the US, there is no need to prove a formal written or express agreement among the colluding competitors; evidence of an informal agreement, decision of trade association or concerted practices will suffice to establish violation of Article 101(1) TFEU.

According to Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, both the European Commission and national competition authorities and national courts have the competence to investigate and prosecute violations of Article 101 TFEU. National competition authorities and national courts are obliged to apply Article 101 TFEU whenever its provisions are applicable.²⁷ However, if the European Commission decides to initiate proceedings, the respective national competition authorities are relieved of their competence to apply Article 101 TFEU.²⁸

If the European Commission discovers a bid rigging cartel violating Article 101 TFEU, it may impose a fine on each participating undertaking and association of un-

²⁴ European Commission. Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Commission Staff Working Document [online]. 2014 [cit. 2019-08-18]. Available at: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf.

²⁵ According to Article 101(3) TFEU, the prohibition under Article 101(1) TFEU may be declared inapplicable if the agreement contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and does not impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives or afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

²⁶ WHISH – BAILEY, *c. d.*, p. 573.

²⁷ *Id.*, p. 78–79.

²⁸ See Article 11(6) of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

dertakings not exceeding 10% of its total turnover in the preceding business year.²⁹ Contrary to the US, fines imposed by the European Commission are not of a criminal law nature³⁰ and the European Commission does not have the authority to seek imprisonment of members of the cartel. However, bid rigging cartels may be criminally punishable under national laws of some European countries.³¹

2.4 EXAMPLE OF BID RIGGING – GAS INSULATED SWITCHGEAR

A major bid rigging cartel has been discovered and prosecuted across the European Union in 2007 in connection with the award of contracts for gas insulated switchgear.³²

Participants of this bid rigging conspiracy agreed among themselves on who would offer what price in tenders for gas insulated switchgear so that each contract was awarded to a pre-determined member of the cartel. The arrangement existed at least from 1988 to 2004 and was implemented almost worldwide. Bid rigging in this case primarily took the form of market sharing combined with highly sophisticated fee system.

The investigation showed that members of the cartel had numerous meetings in various airport centers and hotels and once a year had a main meeting to confirm the continuation of the cartel and to establish a general strategy for the future. Members of the cartel later became less cautious and started to communicate also via e-mails and mobile phones.

This bid rigging cartel case is a great example of cooperation among multiple competition authorities. The case was first examined by the European Commission,³³ whose decision was subsequently confirmed by the European Court of Justice.³⁴ In addition to the European authorities, the cartel was investigated and fined also in individual member states, such as the Czech Republic and Hungary. Notably, the Czech Office for the Protection of Competition imposed the highest fine for violation of competition laws in its history.³⁵

It should also be noted that the cartel probably would not have been detected without the cooperation of one of the members of the cartel within the so-called leniency program who decided to admit its participation in the agreement and provided the European Commission as well as the Czech Office for the Protection of Competition with crucial

²⁹ See Article 23(2) of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

³⁰ See Article 23(5) of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

³¹ Individuals participating in bid rigging arrangements may be held criminally liable and sentenced to prison for example in the United Kingdom.

³² A summary of facts of the case is available for example here: Czech Office for the Protection of Competition. Historická sankce za kartel o rozdělení trhu [online]. 12.2.2007 [cit. 2019-08-18]. Available at: <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/418-historicka-sankce-za-kartel-o-rozdeleni-trhu.html>.

³³ Decision of the European Commission in case COMP/F/38.899 of January 24, 2007.

³⁴ Judgment of the European Court of Justice in connected cases C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P of December 19, 2013.

³⁵ Czech Office for the Protection of Competition, *c. d.*

evidence. This is a perfect example of effectivity of leniency programs and their role in combating bid rigging cartels.

3. THE PROBLEM OF CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT

3.1 INTERPLAY BETWEEN CORRUPTION AND BID RIGGING

Corruption in public procurement is generally viewed as one of the most significant problems of national economies. Indeed, “[f]or many nations, corruption remains the single greatest obstacle to economic independence and the development of a sustainable social infrastructure”.³⁶ It is estimated that corruption may increase the total cost of public contracts by 20% to 25%, and in some cases even by 50%.³⁷ However, it would be naive to think that corruption is limited only to developing countries. As an EU-wide survey conducted in 2013 has shown, for example, approximately 45% of respondents in the EU believe that corruption is widespread among officials awarding public contracts.³⁸

Although corruption and collusion in public procurement can occur separately, experience from various countries (including, for example, the United States) gathered by the OECD suggests that they often work in tandem and have a mutually reinforcing effect.³⁹ As Lewis puts it, this combination of collusion and corruption is “particularly toxic”.⁴⁰

The cooperation of bid rigging cartels with corrupt officials can be highly beneficial to both parties. The ways a corrupt public official can help bid rigging cartel are many. For example, the official may discuss its intent to procure certain goods with the cartel and then tailor conditions of the tender to the capabilities of the cartel’s members so that competitors outside the cartel cannot succeed. Corrupt officials can also help with enforcement of the cartel agreement by threatening to disqualify any potential defectors from its future tenders. Or, in case the cartel does not submit the winning bid, the corrupt official can grant them a “right of first refusal,” i.e. a chance to submit a new bid surpassing the originally winning bid.⁴¹

³⁶ ZUBERI, S. J. The High Cost of Controlling Corruption: the Achilles’ Heel of the OECD-DAC Methodology for Assessment of National Procurement Systems. *Public Contract Law Journal*. 2010, Vol. 40, No. 1, p. 211.

³⁷ European Commission. EU Anti-Corruption Report [online]. 2014 [cit. 2019-08-18]. Available at: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf.

³⁸ European Commission. Special Eurobarometer 397 Corruption Report [online]. 2014 [cit. 2019-08-18]. Available at: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf.

³⁹ See OECD. Roundtable on Collusion and Corruption in Public Procurement [online]. 2010 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>.

⁴⁰ LEWIS, c. d., p. 198.

⁴¹ LENGWILER, Y. – WOLFSTETTER, E. Bid Rigging: an Analysis of Corruption in Auctions. Discussion paper No. 39, May 2005 [online]. 2005 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://www.sfbtr15.de/uploads/media/39.pdf>.

In exchange for helping the cartel, the corrupt public official seeks to extract part of the ill-gotten gains appropriated by the cartel.⁴² Although personal greed is usually considered as the main driving force behind bribery in public procurement, the motivation of officials to accept bribe for helping colluding competitors can reflect also other factors such as frustration from insufficient recognition by supervisors or strong personal relations with members of the cartel.⁴³ Furthermore, the OECD has observed that corruption in public procurement is in many countries (such as Brazil – see below) used as a means of diverting public funds to finance political parties and their campaigns.⁴⁴

3.2 ANTITRUST LAWS AND CORRUPTION OF PUBLIC OFFICIALS

Corrupt behavior of public officials is typically the domain of criminal (or anti-corruption) laws, which are almost always enforced by public prosecutors.⁴⁵ However, a research conducted by the United Nations Conference on Trade and Development (hereinafter referred to as “UNCTAD”) has shown that some countries address the problem of corrupt public officials also in their competition laws.⁴⁶ These countries include for example the following:

- Japan has enacted a special Act against bid rigging, which specifies four types of involvement of central or local government employees in bid rigging. If the Japan Fair Trade Commission finds any involvement described in the Act, it may *inter alia* demand that the heads of respective ministries or agencies (i) implement improvement measures necessary for eliminating the involvement in bid rigging, or (ii) take disciplinary actions against the responsible employees.⁴⁷
- In Greece, involvement of state officials in bid rigging cases may constitute a criminal offence pursued by the criminal prosecutor. However, the competition commission is obliged to notify the public prosecutor of all decisions finding and sanctioning cartel-type infringements.⁴⁸
- In Lithuania, the competition council has a duty to inform other state bodies (including special body investigating corruption cases) if the competition council by

⁴² LAMBERT, A. – SONIN, K. Corruption and Collusion in Procurement Tenders. *Center for Economic and Financial Research* [online]. 2003 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://www.cefir.ru/papers/WP36.pdf>.

⁴³ OECD, *supra* note 4.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ See FOX, E. M. – HEALEY, D. When the State Harms Competition – The Role for Competition Law. *Antitrust Law Journal*. 2014, Vol. 79, No. 3, p. 783.

⁴⁶ See UNCTAD. Competition laws’ prohibitions of anti-competitive State acts and measures: Volume 1: Summary of answers to questionnaire [online]. 2015 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/ResearchPartnership/TheState.aspx>; UNCTAD. Competition laws’ prohibitions of anti-competitive State acts and measures: Volume 2: Appendix of sample statutory excerpts [online]. 2015 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/ResearchPartnership/TheState.aspx>. The project was coordinated by Eleanor M. Fox and Deborah Healey and is elaborated in FOX – HEALEY, *c. d.*

⁴⁷ UNCTAD. Competition laws’ prohibitions of anti-competitive State acts and measures. Volume 1: Summary of answers to questionnaire [online]. 2015 [cit. 2019-08-18]. Available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditclp2015d3_en.pdf.

⁴⁸ *Id.*

carrying out its tasks notices infringements of other laws, such as public procurement fraud or corruption.⁴⁹

The question is whether competition laws should provide an additional legal basis besides criminal law for holding corrupt public officials liable for their involvement in bid rigging schemes. According to Fox & Healey, antitrust coverage of complicit state officers would be both beneficial and natural, especially given their role in facilitating anticompetitive conduct.⁵⁰ Furthermore, the additional threat of competition liability could act as a decisive factor in deterring public officials from participating in anticompetitive conduct.⁵¹

In my view, extending antitrust liability to public officials involved in bid rigging schemes would represent an unprecedented shift in antitrust law and policy. So far, application of antitrust laws has been limited only to the violating competitors, and other participating persons have been left aside. Even though some authors (see above) apparently support extension of antitrust liability to public officials, it is in my opinion not necessary that corrupt public officials are accountable under competition laws. As long as criminal prosecution of corrupt public officials is efficient (and this efficiency can be achieved especially by close cooperation between competition authorities and public prosecutors as discussed in chapter IV below), adding additional threat of antitrust liability might be redundant. Furthermore, the simultaneous threat of criminal and antitrust liability could in my opinion be questionable from the perspective of constitutional law and principles, which generally do not allow the concurrent imposition of multiple penalties for a single violation of law.

Nevertheless, it appears that imposing separate antitrust liability on corrupt public officials could indeed be desirable in cases “*where the offenses are rampant and the public prosecutor cannot be counted on to do the job, whether for reasons of integrity, competency, or overburden*”.⁵² This seems to be the case for example in Peru, where corruption related to public procurement represents up to 30% of the total amount spent in public procurement, but often remains unpunished.⁵³ In its submission to the research conducted by UNCTAD, Peru expressly stated that it would help the detection of these illegal practices if competition law allowed the competition authority to investigate and sanction public officials involved in practices which restrict competition in public procurement.⁵⁴

3.3 EXAMPLE OF CORRUPTION IN INTERNATIONAL CONTEXT – PETROBRAS SCANDAL (BRAZIL)

A huge scandal involving corruption, bribery, money laundering and collusion has been recently discovered in Brazil. During the so-called Car Wash Investigation officially launched by Brazil’s federal police in March 2014, Brazilian authorities

⁴⁹ Id.

⁵⁰ FOX, – HEALEY, *c. d.*, p. 805.

⁵¹ Id.

⁵² Id.

⁵³ UNCTAD, *supra* note 46.

⁵⁴ Id.

have found that managers of the state-run oil company Petrobras and some of the largest construction and engineering companies colluded in order to artificially inflate prices of contracts awarded by Petrobras and kick back a portion of the profit to high-ranking politicians and other officials.⁵⁵

In the antitrust branch of investigations, the Brazilian competition authority CADE investigated whether up to 21 companies and 59 individuals participated in a bid rigging scheme affecting contracts worth ca \$8.9 billion.⁵⁶ According to plea bargains obtained by CADE from some of the defendants, the companies involved in bid rigging cartel “*would determine among themselves the winners of each bid, and how much each would charge Petrobras for the services rendered*”.⁵⁷ One of Petrobras’s directors testified that the companies typically aimed to make profit ranging from 10% to 20% above costs.⁵⁸

This collusion was actively facilitated by managers of Petrobras and apparently supported by major political parties. According to a former Petrobras manager, the “*winning bidders were also required to add an average of 3% as a ‘political adjustment’*”.⁵⁹ This money was then transferred to political parties and used in their political campaigns.⁶⁰

Operation Car Wash is considered as “*the most complex investigation involving corruption and cartel conduct ever uncovered in Brazil*”.⁶¹ Given its staggering scale, it is a perfect example of how interconnected bid rigging and corruption can be and why cooperation between competition authorities and other law enforcement agencies is so important.

4. INTER-AGENCY COOPERATION: A KEY TO EFFECTIVE ENFORCEMENT

4.1 REASONS FOR COOPERATION

My argument is that effective enforcement of bid rigging cartels as well as related corruption offences requires a coordinated action of antitrust agencies and other law enforcement authorities, such as criminal prosecutors and anti-corruption units, because each of these authorities possesses irreplaceable skills that are vital for detection, investigation, and prosecuting of this type of illegal conduct.

⁵⁵ CONNORS, W. Things to Know About Brazil’s Corruption Scandal. *The Wall Street Journal* [online]. 2016 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://blogs.wsj.com/briefly/2016/03/04/5-things-to-know-about-brazils-corruption-scandal/>.

⁵⁶ PENTON, K. Brazil Probes \$8.9B Bid-Rigging Plot for Petrobras Deals. In: *Law360* [online]. 2015 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://www.law360.com/articles/741619/brazil-probes-8-9b-bid-rigging-plot-for-petrobras-deals>.

⁵⁷ DE ALMEIDA, M. A. – ZAGARIS, B. Political Capture in the Petrobras Corruption Scandal: the Sad Tale of an Oil Giant. *Fletcher Forum of World Affairs*. 2015, Vol. 39, p. 93.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Id.

⁶¹ CALLIARI, M. – CRUZ, T. L. Tectonic Shifts in the Blink of an Eye: Antitrust, Anti-Corruption and Cooperation in Brazil Post-Petrobras. *Competition Law International*. 2015, Vol. 11, No. 2, p. 147.

Although this argument may seem obvious – and many jurisdictions (including, for example, the US, Canada or quite recently Brazil) indeed have achieved a high level of cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities – there are still a lot of countries, mainly developing, in which such cooperation is insufficient. With these countries in mind, I summarize below the main reasons why tight cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities can significantly contribute to effective enforcement of bid rigging cartels.

The undeniable successes of the United States in cartel enforcement are usually attributed to a number of reasons, however these reasons stand out: the use of criminal investigative techniques and assistance of FBI agents in cartel investigations.⁶² Effective investigation and the possibility to make use of a “*full arsenal of criminal investigatory powers*”⁶³ indeed seem to play a vital role in detecting and prosecuting antitrust violations.

However, experience from various countries shows that competition authorities oftentimes lack the necessary investigatory tools to uncover and prosecute bid rigging cartels. In Russia, for example, the competence of competition authorities is limited to requests of information from undertakings or individuals and inspections of business premises.⁶⁴ However, no evidence gathered during these inspections can be used in criminal investigations, because proceedings opened by competition authorities and public prosecutors are completely separate.⁶⁵ Consequently, it is not surprising to learn that Russian competition authorities view their insufficient investigative powers as a “*major obstacle for opening and investigating criminal cases*”⁶⁶ and that “*over 80% of petitions of competition authorities for opening criminal cases are ignored or returned with irrelevant justification...*”⁶⁷

Similarly, it seems to be a common practice in some African countries that their competition authorities prefer to hand over possible bid rigging cases to anti-corruption officials rather than initiate their own investigation, because the anti-corruption officials have greater investigatory powers and resources.⁶⁸

Another major reason for close cooperation between competition authorities and public prosecutors is that public prosecutors often lack specific economic and legal knowledge necessary to prosecute antitrust violations. It has been observed that “*general prosecutors ... may feel ill-equipped to take on cartel cases due to their unfamiliarity with competition law issues*”⁶⁹.

This insufficient expertise of public prosecutors may lead to their disinterest in criminal prosecution of antitrust offences and eventually result in undesirable decriminalization of cartels. Such was the case, for example, in Austria, where criminal enforcement

⁶² WHELAN, P. *The Criminalization of European Cartel Enforcement: Theoretical, Legal, and Practical Challenges*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 260.

⁶³ MOSUNOVA, N. An Examination of Criminalization of Russia’s Anti-Bid Rigging Policy. *Russian Law Journal*. 2015, Vol. 3, No. 4, p. 67.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ LEWIS, c. d., p. 212.

⁶⁹ WHELAN, c. d., p. 282.

of cartels failed due to insufficient efforts of public prosecutors, which were attributable to a “*realization that taking such cases involves the accumulation of human capital that, given the low number of criminal cartel cases, would not be of much use in future*”.⁷⁰ For similar reasons, criminalization of cartels failed also in the Netherlands.⁷¹

Frequent intersection of collusion and corruption also warrants enhanced coordination of public authorities. Although cases of corruption and cases of collusion are typically prosecuted by independent agencies, “[c]lose cooperation between the competition authorities and those responsible for policing corruption is essential”.⁷² Based on the fact that proof of collusion may be often uncovered during investigation of corruption and vice versa, sharing of information and evidence between competition authorities and anti-corruption agencies can significantly contribute to successful fight against both corruption and collusion. This coordination is especially important in jurisdictions where one of the authorities – usually the competition agency – has less investigatory powers than the authority tackling corruption.⁷³

Based on the above, it is clear that tight cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities, such as public prosecutors and anti-corruption units, is essential for successful enforcement of bid rigging cartels and related instances of corruption. This cooperation, if properly implemented, would allow competition agencies to take advantage of investigatory powers of other law enforcement agencies as well as use information and evidence gathered by them. On the other hand, competition agencies may contribute with specialized knowledge and expertise and other information and evidence gleaned during their own investigations.

4.2 EXAMPLES OF COOPERATION IN SELECTED JURISDICTIONS

For the purposes of this paper, I analyzed several different jurisdictions with relatively high level of cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities to identify specific features of this cooperation in each individual jurisdiction. A brief overview of my findings follows.

- In the Czech Republic, cooperation between the Office for the Protection of Competition (hereinafter referred to as “Office”) and police forces (especially the Police’s Department for Fighting Corruption and Financial Criminality) has been long established. Employees of the Office share their knowledge and expertise when requested by the police.⁷⁴ The Office also informs the police about commencement of every investigation concerning putative bid rigging cartel. In one bid rigging case concerning property management, the Office’s investigation was prompted by information provided by the police. In that case, the Office successfully defended its

⁷⁰ WHELAN, *c. d.*, p. 281.

⁷¹ See WHELAN, *c. d.*, p. 282.

⁷² LEWIS, *c. d.*, p. 212.

⁷³ See OECD, *supra* note 39.

⁷⁴ OECD. Fighting Corruption and Promoting Competition: Contribution from the Czech Republic [online]. 2014 [cit. 2019-08-18]. Available at: <https://www.oecd.org/competition/globalforum/fighting-corruption-and-promoting-competition.htm>.

right to use evidence obtained by the police (e-mail correspondence among colluding competitors) within criminal proceedings in its own administrative proceedings.⁷⁵

- In the United States, the investigation and prosecution of bid rigging conspiracies has involved joint efforts by the Antitrust Division of the DOJ, the FBI and the U.S. Attorney’s Office for a long time.⁷⁶ Quite recently, the DOJ announced the formation of a new Procurement Collusion Strike Force focusing on deterring, detecting, investigating and prosecuting antitrust crimes, such as bid-rigging conspiracies and related fraudulent schemes, which undermine competition in government procurement, grant and program funding. According to DOJ, the Procurement Collusion Strike Force will be “*an interagency partnership consisting of prosecutors from the Antitrust Division, prosecutors from 13 U.S. Attorneys’ Offices, and investigators from the FBI, the Department of Defense Office of Inspector General, the U.S. Postal Service Office of Inspector General and other partner federal Offices of Inspector General*”.⁷⁷ The Antitrust Division often receives leads from government agents investigating other conduct (like fraud, money laundering, or public corruption) who then discover evidence of bid rigging cartels.⁷⁸ In cases involving corruption, the FBI assists the Antitrust Division through its International Corruption Unit which supervises investigation of both alleged antitrust offences and corruption of public officials and fraud against the U.S. government. The reason for grouping these activities under the International Corruption Unit is that investigation of one of these activities may lead to discovery of evidence concerning the other activity.⁷⁹
- In Brazil, the Administrative Council for Economic Defense (hereinafter referred to as “CADE”) has developed extensive collaboration with other Brazilian law enforcement agencies, including State and Federal Prosecutors, Federal Police, and the Office of the Comptroller General, which has jurisdiction over corruption offences.⁸⁰ Cooperation between CADE, criminal prosecutors and Office of the Comptroller General typically involves exchange of information and evidence collected in their respective legal spheres when dealing with cartels. CADE also coordinates its leniency program with leniency programs of other authorities. CADE may also conduct joint or parallel investigations with prosecution services, which may include dawn raids to collect evidence concerning bid rigging.⁸¹ The Federal Police may assist CADE in dawn raids to fulfill search and seizure warrants.⁸² Furthermore, the Office

⁷⁵ OECD, *supra* note 74.

⁷⁶ MURRAY, *c. d.*, p. 17.

⁷⁷ DOJ. Justice Department Announces Procurement Collusion Strike Force: a Coordinated National Response to Combat Antitrust Crimes and Related Schemes in Government Procurement, Grant and Program Funding [online]. 5.11.2019 [cit. 2019-11-30]. Available at: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-procurement-collusion-strike-force-coordinated-national-response>.

⁷⁸ DOJ. An Antitrust Primer for Federal Law Enforcement Personnel [online]. 2005 [cit. 2019-08-18]. Available at: <https://www.justice.gov/atr/antitrust-primer-federal-law-enforcement-personnel-revised-april-2005>.

⁷⁹ OECD, *supra* note 2.

⁸⁰ International Competition Network. ICN Anti-cartel Enforcement Template (Brazil) [online]. 2017 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://en.cade.gov.br/anti-cartel-enforcement-template.pdf>.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

of the Comptroller General has trained employees of CADE to increase its capacity to open formal investigation of bid rigging.⁸³

- In Sweden, the Swedish Competition Authority (hereinafter referred to as “SCA”) cooperates with National Anti-Corruption Unit comprised of prosecutors investigating bribery cases. This cooperation involves the exchange of anonymized information regarding suspected markets and pre-studies conducted by the respective authorities. Representatives from both authorities meet approximately every six weeks to discuss issues and developments which might be of interest to the other authority. The authorities also organize mutual education activities where employees of the SCA educate police officers how to recognize signs of bid rigging and employees of the Anti-Corruption Unit teach case-handlers at the SCA how to recognize signs of corruption.⁸⁴
- In Canada, the Competition Bureau (hereinafter referred to as “Bureau”) has partnership with several Canadian police forces, including white-collar investigation police units. Evidence of cartel activity obtained by these police units in the course of their investigations can be used by the Bureau in its antitrust investigations.⁸⁵ The Bureau and the police collaborate during various phases of joint and parallel investigations, including during executing searches and seizure of records, conducting wiretaps, performing handwriting analysis, voice recognition analysis etc.⁸⁶ Some officers of the Bureau have been working directly with police forces at their offices on common investigations. By this personal cooperation, police officers and officers of the Bureau can share their best practices and learn new investigative techniques.⁸⁷
- In Latvia, the Competition Council of Latvia (hereinafter referred to as “Council”) has a long history of cooperation with the Corruption Prevention and Combating Bureau (hereinafter referred to as “Bureau”). The cooperation between the Council and the Bureau usually takes the form of meetings, during which employees of both agencies share information that might be useful for the other agency.⁸⁸ In one case, the Council initiated investigation based on information provided by the Bureau. The Council was given access to the criminal case investigated by the Bureau and used some of the evidence obtained by the Bureau (transcripts of the overheard phone conversations) in its own investigation.⁸⁹

⁸³ Id.

⁸⁴ OECD. Fighting Corruption and Promoting Competition: Contribution from Sweden [online]. 2014 [cit. 2019-08-18]. Available at: <https://www.oecd.org/competition/globalforum/fighting-corruption-and-promoting-competition.htm>.

⁸⁵ OECD, *supra* note 2.

⁸⁶ PECMAN, J. Co-operation between anti-corruption and competition authorities. In: *Government of Canada – Media centre* [online]. 2016 [cit. 2019-08-18]. Available at: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04114.html>.

⁸⁷ OECD. Fighting Corruption and Promoting Competition: Contribution from Canada [online]. 2014 [cit. 2019-08-18]. Available at: <https://www.oecd.org/competition/globalforum/fighting-corruption-and-promoting-competition.htm>.

⁸⁸ OECD. Fighting Corruption and Promoting Competition: Contribution from Latvia [online]. 2014 [cit. 2019-08-18]. Available at: <https://www.oecd.org/competition/globalforum/fighting-corruption-and-promoting-competition.htm>.

⁸⁹ OECD, *supra* note 39.

- In Japan, the Japan Fair Trade Commission (hereinafter referred to as “JFTC”) works closely with the Public Prosecutor’s Office. The two authorities exchange opinions and information related to each case that the JFTC considers worthy of criminal prosecution. The JFTC and the Public Prosecutor’s Office have also introduced a special procedure for criminal accusation, which has contributed to the exchange of information and parallel investigations between the JFTC and the Public Prosecutor’s Office. The two agencies also exchange personnel to gain new experience and improve investigative skills.

4.3 MODEL SYSTEM OF COORDINATION

Based on the examples of coordination between competition agencies and other law enforcement authorities analyzed above, it is possible to infer some common features of a successful model of coordination. These features are discussed below. It should be noted, however, that some of these features may not be suitable for all countries, because every jurisdiction is unique (for example, in terms of legal system, existing institutions, and available resources) and thus may have different needs and possibilities.

Perhaps the most frequently highlighted aspect of a successful cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities is the exchange of information among all interested parties. Due to the fact that one agency may come across information important from another agency’s point of view, it is vital that the agencies actively share such information as soon as possible. The ideal system of exchange of information would in my opinion be a combination of an automated exchange and an *ad hoc* exchange, where certain types of information would be shared automatically (e.g., commencement of investigation of a bid rigging case would always be reported to public prosecutor, as is the case in the Czech Republic) and other information would be shared as needed (e.g., accidental discovery by the competition agency of evidence of possible corruption of public officials).

Another important feature of cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities is the possibility to conduct joint or parallel investigations. Close collaboration of different authorities on complex cases involving bid rigging, corruption and possibly other illegal conduct brings undeniable synergies, because employees of those authorities can immediately share their findings, expertise and perspectives and thus increase the chances of successful investigation of all participating authorities. A good example is the United States, where the International Corruption Unit of the FBI may supervise investigations of bid rigging and related corruption of public officials. Similarly, joint investigations of the Petrobras scandal conducted by multiple authorities in Brazil have proved to be very fruitful.

The gas insulated switchgear cartel case in Europe and the Petrobras scandal in Brazil also highlighted the importance of leniency policies and their coordination among authorities participating in complex investigations. If two or more authorities (such as the competition agency and the anti-corruption authority in Brazil) have a leniency program in place, it is critical that these authorities adopt a common position so that

the violators know what to expect if they decide to turn themselves in. Without such coordination, the violators could be discouraged from applying for leniency with one authority because they would fear prosecution by other authorities.

Furthermore, many competition agencies have rather limited investigatory powers. A good system of cooperation should thus enable such competition agencies to make use of investigatory capabilities of other law enforcement authorities. For example, if a competition agency needs direct evidence of a conspiracy between competitors, it would be useful if it could request the police to employ appropriate investigative techniques and obtain such evidence. The example of Canada shows that competition agencies can make use of as specific investigative techniques as wiretaps, handwriting analysis, or voice recognition analysis.

The possibility of sharing evidence between competition agency, public prosecutors, and other law enforcement authorities is another important part of a successful system of enforcement of bid rigging cartels and related corruption offences. Experience from many countries (e.g., Latvia, Canada, and Brazil) shows that competition authorities often rely on evidence obtained by public prosecutors. Exchange of information as well as joint or parallel investigations would not be too beneficial if one authority could not use evidence obtained by another to establish liability of the perpetrators in its own proceedings. It is thus necessary that the legal system allows for such sharing and use of evidence (see the example of the Czech Republic, where the competition agency's right to use evidence obtained by the police was challenged in court).

However, the possibility of sharing evidence between competition agency, public prosecutors, and other law enforcement authorities should not deprive the suspects of their right of defense guaranteed by constitution law. Evidence obtained by the respective authorities in violation of law therefore should be admissible and the suspected violators should in any case have the right to challenge the validity or admissibility of such evidence as well as present their own evidence and be defended by an attorney.

In order to facilitate prosecution of corruption and other criminal offences related to bid rigging, competition agencies should be willing to share their unique knowledge and expertise in the area of antitrust conduct with other law enforcement authorities. Similarly, anti-corruption units and public prosecutors should share their specific knowledge and expertise with competition agencies. This mutual exchange of knowledge and expertise could for example take the form of mutual education activities organized in Sweden, where employees of competition agency educate employees of other authorities how to recognize signs of bid rigging and employees of other authorities show employees of competition agency how to recognize corruption and other criminal activities. Another possibility would be temporary exchange of personnel among the authorities (e.g., Japan) or direct collaboration of employees of different authorities in the same offices (e.g., Canada).

Last but not least, many competition agencies (e.g., in Brazil or Canada) appreciate the assistance of police forces in activities involving direct confrontation with suspect violators, such as dawn raids, searches, and seizures of records. A good system of enforcement of bid rigging cartels should thus give competition agencies the option to request such assistance.

5. CONCLUSION

Effective public procurement is one of the cornerstones of economic development, both on national and international level. However, experience from various jurisdictions shows that public procurement is especially prone to collusion among competitors, who conspire to remove the element of competition from public tenders. These bid rigging cartels are often facilitated by corrupt public officials, who want a share of the cartel's ill-gotten gains.

Successful enforcement of bid rigging cartels and related corruption offences occurring in public procurement requires tight cooperation between competition agencies and other law enforcement authorities. Although some countries have achieved a relatively high level of cooperation, many other jurisdictions are not doing so well.

Drawing on experiences from several different jurisdictions, this paper suggests key features of cooperation among competition agencies and other law enforcement authorities, which support effective prosecution of both bid rigging cartels and corrupt public officials.

These features include the following: exchange of information among participating authorities, possibility to conduct joint or parallel investigations, adoption of leniency policies and their coordination among all investigating authorities, ability of competition agencies to make use of investigatory powers of other law enforcement authorities, possibility to use evidence obtained by another authority provided that right of defense and other constitutional rights are observed, mutual exchange of knowledge, expertise and personnel, and assistance of police forces in activities involving direct confrontation with suspect violators.

Based on experience from developed countries in Europe and beyond discussed in this paper, I believe that implementation of the above suggested key features of cooperation among competition agencies and other law enforcement authorities would significantly help less developed countries struggling with enforcement of competition laws in their fight against bid rigging conspiracies.

Mgr. Ing. Jaroslav Menčík, LL.M.
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
jaroslav.mencik@email.cz

PRÁVNICKÁ OSOBA V TRESTNÍM ŘÍZENÍ A STŘET ZÁJMŮ

PAVEL KOTLÁN

Abstract: **Legal Person in Criminal Proceedings and Conflict of Interest**

The criminal liability of legal person is connected with many problems. The problem of acting on behalf of company in criminal proceedings is very topical especially if the statutory representative is in conflict of interest. The article looks just their conflict of interest if they and their company are in position of accused or a witness. The work tried to offer such an interpretation that takes into account the purpose of criminal proceedings and the right to defense.

Keywords: criminal liability; legal person; statutory representative; defense; witness

Klíčová slova: trestní odpovědnost; právnická osoba; statutární zástupce; obhajoba; svědek

DOI: 10.14712/23366478.2021.5

1. ÚVOD

S účinností od 1. 1. 2012 byla zákonem o trestní odpovědnosti právnických osob (TOPOZ)¹ zavedena trestní odpovědnost právnické osoby. Od samého počátku je text zákona podroben výrazné kritice, což pramení z nejasnosti mnohých ustanovení i celkového smyslu zákona.

K významným problémům aplikační praxe patří situace, kdy fyzická osoba jedná za právnickou osobu v (potenciálním) střetu zájmů. Určit, kdy se konkrétní fyzická osoba ocitá ve střetu zájmů, totiž není jednoduchým problémem a právní úprava § 34 TOPOZ, která střet zájmů mezi fyzickou a právnickou osobou řeší, rozhodně jednoznačnou odpověď nedává. Logicky tak v teoretických úvahách, a tím spíše v praxi, existuje mnoho rozdílných přístupů. Postupně však dochází k významnému posunu, zejména pod vlivem judikatury Ústavního soudu, z níž je zřejmý trend směřující k potlačení formalismu a k co nejširšímu uplatnění práva na obhajobu právnické osoby.

Předkládaný text se tak bude snažit odpovědět na otázku, co je podstatou onoho střetu zájmů a jak nejlépe, s ohledem na dikci zákona a jeho smysl, nastalé situace řešit.

¹ Zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, ve znění pozdějších předpisů.

2. JEDNÁNÍ ZA PRÁVNICKOU OSOBU OBECNĚ

Právnícká osoba je umělým výtvorem práva, nadaným právní subjektivitou,² tedy je oprávněna vstupovat do právních vztahů. Jedním ze zásadních ukazatelů „právního života“ právnícké osoby je vymezení právního jednání fyzických osob v právnícké osobě angažovaných. V důsledku rekodifikace soukromého práva, účinné od počátku roku 2014, se prosadila teorie fikce, kdy jednání každé osoby vystupující za právníckou osobou není jednání jejím jménem, tj. přímým jednáním právnícké osoby, nýbrž má charakter zastoupení.³ Okruh takových osob je přitom velmi široký, když zahrnuje zákonného zástupce (člena statutárního orgánu, zaměstnance, člena jiného orgánu, zástupce podnikající právnícké osoby, vedoucího odštěpného závodu či likvidátora), smluvního zástupce (zmocněnce nebo prokuristu) a opatrovníka (jmenovaného soudem).⁴

Pro námi sledovaný problém je zvláště třeba zdůraznit, že existují specifická pravidla v zákoně o korporacích, která se vztahují k jednání orgánů obchodních společností (viz zejména §§ 44–69 ZOK a speciální ustanovení v rámci určitého typu společnosti). Pokud se totiž podíváme na statistiku odsouzených právníckých osob, výrazně v nich dominují (kapitálové) obchodní společnosti, především společnost s ručením omezeným.⁵

Z hlediska soukromoprávní odpovědnosti právnícké osoby je klíčové ustanovení § 167 OZ, podle kterého zavazuje právníckou osobu „protiprávní čin, kterého se při plnění svých úkolů dopustil člen voleného orgánu, zaměstnanec nebo jiný její zástupce vůči třetí osobě“. Trestní odpovědnost se odvíjí od § 8 TOPOZ, v jehož důsledku je právnícká osoba v podstatě trestána za deficit v kontrolní a řídicí činnosti.⁶

3. JEDNÁNÍ ZA PRÁVNICKOU OSOBU V ŘÍZENÍ TRESTNÍM

Oprávnění jednat za právníckou osobu v trestním řízení se podle § 34 odst. 1 TOPOZ primárně odvíjí od právních předpisů upravujících jednání v civilním řízení soudním, tj. od občanského soudního řádu (OSŘ). Ve smyslu § 21 odst. 1 OSŘ jedná za právníckou osobu člen/předseda statutárního orgánu, statutárním orgánem pověřený zaměstnanec, vedoucí odštěpného závodu nebo samostatně jednajícím prokurista. Právnícká osoba je v trestním řízení oprávněna zvolit si zmocněnce (§ 34 odst. 2 TOPOZ), který *de facto* shora zmíněného zákonného zástupce nahradí.

Potud je vůle právnícké osoby určit si pro trestní řízení svého zástupce neomezena. Nastane-li ovšem střet zájmů (§ 34 odst. 4 TOPOZ), musí si právnícká osoba určit zástupce jiného. V případě, kdy tak neučiní, a také v případech, kdy nemá „osobu způ-

² PLECITÝ, V. – SALAČ, J. – BAJURA, J. *Úvod do studia občanského práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 72.

³ LAVICKÝ, P. *Občanský zákoník I: obecná část (§ 1–654): komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 835.

⁴ Tamtéž.

⁵ K datu 28. 11. 2019 bylo ve veřejné databázi odsouzených právníckých osob evidováno 481 odsouzených právníckých osob, z nichž bylo 399 s. r. o., 22 a. s. Viz *Veřejná evidence odsouzených právníckých osob* [online]. [cit. 2020-07-20]. Dostupné na: www.justice.cz.

⁶ Viz Důvodová zpráva k zákonu č. 418/2011 Sb., komentář k § 8.

sobilou činit úkony v řízení“ nebo „*jejímu zmocněnci nelze prokazatelně doručovat písemnosti“*, je ustanoven opatrovník (§ 34 odst. 5 TOPOZ).

Pro úplnost nutno podotknout, že postavení osoby jednající za právnickou osobu v trestním řízení je poněkud netypické. Je-li právnická osoba obviněna, příslušná osoba zmocněnce/zástupce se – jak přiléhavě uvádí Čep⁷ – inkarnuje do postavení obviněné právnické osoby a stává se v tomto ohledu obviněným, se všemi z toho vyplývajícími právy.⁸

4. PODSTATA STŘETU ZÁJMŮ

Nyní se obraťme ke klíčovému problému: střetu zájmů, který znemožňuje určité fyzické osobě jednat v trestním řízení za osobu právnickou. Idea, aby fyzická osoba, která má konflikt zájmů s právnickou osobou, kterou by měla zastupovat, za ni nejednala, má v zásadě jakýsi preventivní charakter (viz např. § 437 OZ). Vychází tak z náhledu, že možný konflikt zájmů by fyzická osoba mohla řešit ve svůj osobní prospěch, navzdory tomu, že by porušila povinnost jednat vůči právnické osobě s potřebnou loajalitou (viz § 159 odst. 1 OZ). Obecně přitom lze konstatovat, že zájem právnické osoby musí být jejímu zástupci vždy přednější než jeho vlastní.⁹ To potvrdil i Nejvyšší soud, který konstatoval, že zástupce právnické osoby, co by člen statutárního orgánu, musí upřednostnit zájem akciové společnosti před svým zájmem akcionáře.¹⁰ Pokud se jedná o střet zájmů v rámci určitého procesu, přidává se k tomu i ochrana vlastního řízení, tj. aby proběhlo řádně, v souladu s principy, na kterých stojí (viz § 21 odst. 4 OSŘ, § 44 odst. 1 TŘ a samozřejmě § 34 odst. 4 TOPOZ).

V trestním řízení proti právnické osobě je střet zájmů definován jako „úkony v řízení“, které by měla za právnickou osobu vykonat (fyzická) osoba v postavení obviněného, poškozeného nebo svědka. Co ovšem rozumět spojením „úkony v řízení“? Obecně lze říci, že se jedná o podmnožinu procesních úkonů, tj. jednání subjektů řízení, „*kteří procesní právo předvidá a upravuje a s nimiž spojuje účinky na vznik, změnu nebo zánik procesněprávního vztahu*“¹¹ – v daném případě tedy jednání fyzické osoby v postavení obviněného/poškozeného/svědka a zároveň v pozici zástupce právnické osoby, které způsobuje vznik/změnu/zánik (trestně)procesněprávního vztahu. V podstatě jsou těmito úkony vlastní práva a povinnosti uplatňovány v řízení (úkony v řízení v užším slova smyslu) – právo zvolit obviněné právnické osobě zmocněnce a právo zvolit jí obhájce. Oproti převládajícímu názoru (vlastně vůbec o tomto polemika neexistuje) mám pochybnost o tom, zda je určení zmocněnce, který by nebyl ve střetu zájmů, oním úkonem

⁷ GRÍVNA, T. *Právo na obhajobu: teorie a praxe 21. století*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2016, s. 166–167.

⁸ To je ovšem v určitém rozporu se skutečností, že právnická osoba nemůže uskutečnit jednání, které je vyjádřením nebo projevem něčí osobnosti: „*cannot perform an act, defined as the ‘expression or manifestation of one’s personality’*“ (DUBBER, M. D. – HÖRNLE, T. *Criminal law: a comparative approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 339).

⁹ LAVICKÝ, c. d., s. 824.

¹⁰ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 2. 2009, sp. zn. 29 Cdo 3864/2008.

¹¹ Usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 10. 2012, sp. zn. 33 Cdo 3273/2011.

v řízení. Změnou osoby, jež se inkarnuje do právnické osoby, se totiž po mém soudu žádný procesněprávní vztah nemění. Připusťme však nyní, že toto užší pojetí pojmu „úkon v řízení“ není případné.

Pokud shora uvedené o střetu zájmů aplikujeme na trestní odpovědnost právnické osoby, mělo by být smyslem ustanovení o střetu zájmů v TOPOZ předejít „pokušení“ fyzické osoby řešit konflikt zájmů v trestním řízení na úkor právnické osoby a zajistit řádný průběh řízení zamezením zdvojení procesního postavení svědka/obviněného s postavením zmocněnce – inkarnace (obviněné) právnické osoby.

5. OBVINĚNÝ VE STŘETU ZÁJMŮ

Konstrukce trestní odpovědnosti právnické osoby, která co by odpovědnost souběžná a odvozená vychází z konceptu přičitatelnosti,¹² značně snižuje motivaci obviněného jednat na úkor právnické osoby.¹³ Vina právnické osoby je totiž přímo závislá na vině osoby fyzické. Z originárních znaků skutkové podstaty trestného činu ve vztahu k právnické osobě má význam jen subjektivní stránka – zavinění.¹⁴ V tomto směru tak nemá obviněná fyzická osoba žádnou motivaci jednat v neprospěch právnické osoby, neboť tím nic nezíská, naopak se vystavuje postihu za porušení loajality, případně ohrožuje i svůj majetkový podíl v právnické osobě. Pokud se však týká adhezního řízení, může obviněný usilovat o nevyvinění právnické osoby, aby případný výrok o náhradě škody zavazoval solidárně oba.¹⁵ Zůstává rovněž důvod ochrany řízení spočívající v nutnosti zamezit „dvojjednost“ postavení obviněné fyzické osoby a právnické osoby. Opačné názory, a je třeba uvést, že donedávna převažující, vychází z toho, že obviněná fyzická osoba by neměla mít právo určit právnické osobě zmocněnce ani obhájce, protože by takto „*mohla působit na realizaci procesních práv právnické osoby*“.¹⁶ Pod vlivem judikatury Ústavního soudu se však situace začíná měnit. Ve smyslu nejnověj-

¹² Lze souhlasit s tím, že s ohledem na konotace se soukromoprávním pojetím odpovědnosti právnické osoby a na podstatu trestní odpovědnosti, která je „*ve skutečnosti kombinací přímého zastoupení a přičitatelnosti*“, by možná bylo namísto „*přičitatelnost*“ nahradit „*výstižnějším pojmem, vytýkatelnost*“ (FENYK, J. *Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim: komentář*. 2. přepr. a dopl. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 39–40).

¹³ Na rozdíl od uplatňování soukromoprávní odpovědnosti, včetně odpovědnosti delikt ní, kde míra odpovědnosti fyzické osoby/zástupce je nepřímou úměrná odpovědnosti právnické osoby. Platí zde Weyrův výrok: „[právnické osoby] jsou pouhou umělou konstrukcí, již se má znázorniti omezení individuální odpovědnosti fyzických jednotlivců čili: věta, že ručí (je povinována) právnická osoba, vyjadruje i negativní pravidlo, že fyzičtí jednotlivci (její členové) neručí resp. nejsou povinováni“ (WEYR, F. – HORÁK, O. *Teorie práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 114).

¹⁴ Pelc hovoří v této souvislosti o tom, že zavinění právnické osoby „*originární (vlastní)*“ spočívá „*v opomenutí náležitě péče*“ (PELC, V. Kritika nové metodiky nejvyššího státního zastupitelství k trestní odpovědnosti právnických osob a obrácené důkazní břemeno. In: *bulletin-advokacie.cz* [online]. 3. 12. 2018 [cit. 2020-07-20]. Dostupné na: <http://www.bulletin-advokacie.cz/kritika-nove-metodiky-nejvyšssiho-statniho-zastupitelstvi-k-trestni-odpovednosti-pravnickych-osob-a-obracene-dukazni-bremeno?browser=mobi>).

¹⁵ Zde je namísto poznamenat, že vyvinění právnické osoby v situaci, kdy je jí přičítán skutek (člena) statutárního orgánu (tj. situace nejčastější), je málo pravděpodobné, a to s ohledem na to, že je to právě tento statutární orgán, který zavinil onen deficit v řídicí a kontrolní činnosti.

¹⁶ GRÍVNA, c. d., s. 169. Podobně JELÍNEK, J. *Trestní odpovědnost právnických osob v České republice: problémy a perspektivy*. Praha: Leges, 2019, s. 324.

ších rozhodnutí je apriorní vyloučení obviněného z možnosti zvolit právnické osobě zmocněnce možné jen tehdy, pokud „*již takový úkon činí obviněný se záměrem poškodit právnickou osobu v jejím právu na obhajobu či své právo na obhajobu zvýhodnit na její úkor*“.¹⁷

Pokud se týká rozsahu pojmu „úkony v řízení“, je – s ohledem na požadavek vyloučení dvojjednosti – nemožné, aby obviněný činil za právnickou osobu úkony v řízení v užším slova smyslu. Spornou otázkou zůstává, zda není obviněný oprávněn určit právnické osobě zmocněnce a obhájce. Jistě je možné, že by jím určený zmocněnec ve vztahu ke shora nastíněné náhradě škody, a navzdory riziku porušení loajality, vystupoval na úkor právnické osoby. Ve většině případů se ovšem kvůli nemožnosti reálného vyvinění právnické osoby, v kombinaci s tím, že ustanovený opatrovník zpravidla nedisponuje informacemi potřebnými k úspěšné obhajobě, zdá být opatrovnictví pro právnickou osobu horší alternativou než zmocněnec určený obviněným, a tím také jeho realizace nepřiměřeným porušením práva na materiální obhajobu.¹⁸ Navíc, náleží-li obviněnému většinový obchodní podíl, či dokonce 100% obchodní podíl společnosti, snadno, prostřednictvím nejvyššího orgánu společnosti, dosadí do statutárního orgánu „svého člověka“ a ustanovení § 34 odst. 4 TOPOZ tak obejde.¹⁹ Ostatně Ústavní soud takový postup ani nepovažuje za obcházení zákona, když uvádí, že není vyloučeno, aby obviněná osoba ve střetu zájmů „*učinila kroky potřebné k tomu, aby se okruh osob oprávněných za ni jednat podle § 34 odst. 1 ZTOPO rozrostl o další osobu či osoby*...“.²⁰ V důsledku nově vzniklé absence střetu zájmů (mezi novým statutárním orgánem a právnickou osobou) by totiž soud – aby reflektoval zákonnou dikci, že „*opatrovnictví sleduje ochranu zájmů zastoupeného a naplňování jeho práv*“ – měl zrušit opatrovnictví²¹ a právě nový statutární orgán se tak stane osobou oprávněnou jednat v trestním řízení za právnickou osobu.

Domnívám se tedy, že významnější argumenty svědčí pro to, aby obviněný měl v případě střetu zájmů možnost zásadně si zvolit zmocněnce. V souladu s tím je názor J. Fenyka, který uvádí, že nelze „*akceptovat postup, kdy orgány činné v trestním řízení odmítnou určení osoby pro jednání v rámci trestního řízení ze strany obviněného statutárního orgánu a nechají ustanovit opatrovníka. Takový postup je třeba považovat za porušení práva obviněné právnické osoby na obhajobu a předepsané posloupnosti*

¹⁷ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 21. 1. 2020, sp. zn. IV. ÚS 3139/19. Obdobně: Nález Ústavního soudu ČR ze dne 11. 2. 2020, sp. zn. IV. ÚS 3740/19.

¹⁸ V praxi je přitom stěžejí dodržován požadavek na osobu opatrovníka vyjádřený Ústavním soudem, tj. že „*opatrovníka je pak třeba hledat především v okruhu osob blízkých osobě zastoupaného, resp. těch, jež jsou schopny skutečně reprezentovat zájmy účastníka*“ (Nález Ústavního soudu ČR ze dne 25. 9. 2002, sp. zn. I. ÚS 559/2000). A jak správně podotýká výše zmíněné rozhodnutí ÚS ČR, sp. zn. IV. ÚS 3139/19, „*sama právnická osoba musí mít co nejširší příležitost uspořádat své záležitosti tak, aby za ni mohla v trestním řízení vystupovat osoba nejen kvalifikovaná, ale i informovaná o vnitřních poměrech právnické osoby*“.

¹⁹ Slovenská kodifikace trestní odpovědnosti právnických osob v této souvislosti rozumně určuje výjimku vyloučení osoby ve střetu zájmů, pokud se jedná „*o jediného člena orgánu právnické osoby anebo o jedinou fyzickou osobu, která tvoří právnickou osobu*“ (§ 27 odst. 6 zákona o trestnej zodpovednosti právnických osob č. 91/2016 Z. z.).

²⁰ Nález ÚS ČR, sp. zn. IV. ÚS 3740/19.

²¹ K tomu viz KUTHANOVÁ, B. Ukončení funkce opatrovníka právnické osoby. In: *epravo.cz* [online]. 26. 7. 2017 [cit. 2020-07-20]. Dostupné na: <https://www.epravo.cz/top/clanky/ukonceni-funkce-opatrovnika-pravnicke-osoby-106183.html>.

úkonů podle § 34 (čl. 2 odst. 3 Ústavy). ... právo právnické osoby zvolit si zmocněnce má vždy přednost před ustanovením opatrovníka ... pokud se tak právnická osoba rozhodne.“²² Podobně uvádí i Ústavní soud, že volbu zmocněnce obviněnou fyzickou osobou lze „považovat za neúčinnou pouze tehdy, je-li z konkrétních okolností zřejmé, že jde o zjevné zneužití práva“.²³

Pokud se týká práva obviněného na formální obhajobu, tj. prostřednictvím obhájce, tak toto je zákazem oprávněnému zástupci právnické osoby určit si obhájce potlačeno. To vynikne zvláště tehdy, je-li tento zákaz – jak se ostatně v praxi děje – uplatňován automaticky. Přitom Ústavní soud (správně) zdůrazňuje, že vyloučit stejného obhájce pro spoluobviněné či pro obviněného a poškozeného, není, s ohledem na mimořádnost zásahu do práva na obhajobu, namísto tehdy, je-li existence kolize zájmů jen potenciální a nevyplývá „z konkrétních okolností věci“.²⁴ Vztáhneme-li tento názor na určování obhájce právnické osobě při střetu zájmů mezi obviněným a právnickou osobou, nutno dovést, že obviněnému by nemělo být znemožněno určit obhájce právnické osobě (případně i toho, který zastupuje jeho samotného) minimálně tehdy, není-li střet zájmů, tj. především reálná možnost vyvinění právnické osoby, faktický. Nutno připomenout i profesní odpovědnost advokáta za poskytování právních služeb, která jej nutí vykonávat obhajobu právnické osoby co nejlépe.

Osobně se domnívám, že i právo obviněného zvolit právnické osobě obhájce by mělo platit obecně, a to i s přihlédnutím k tomu, že obviněný může určit právnické osobě i zmocněnce.

Jednoznačně není ve vztahu ke střetu zájmů s právnickou osobou chápán ani samotný pojem „obviněný“. V praxi se k tomuto problému objevuje nejednotný přístup: od striktního chápání pojmu „obviněný“, tj. vázání střetu zájmů až na okamžik, kdy je fyzické osobě doručeno obvinění, až po názor, že střet zájmů vzniká již vydáním usnesení o zahájení trestního stíhání právnické osoby (opírajícím se o přičtení skutku budoucí obviněné fyzické osoby), tj. kdy vůči fyzické osobě dosud trestní stíhání zahájeno nebylo. První přístup, podpořený primárním doručením usnesení o zahájení trestního stíhání právnické osobě, přitom umožňuje vyhnout se problematickému určení zmocněnce či obhájce budoucím obviněným, neboť ten dosud v tomto procesním postavení není. Jakousi střední, a v zásadě správnou, cestu představuje názor J. Jelínka, který uvádí, že právnická osoba nemůže činit úkony v řízení po vydání usnesení o zahájení trestního stíhání, je-li v něm zahrnuta fyzická i právnická osoba.²⁵

Pokud bychom vycházeli z užšího pojetí pojmu „úkony v řízení“ či neomezovali obviněného v právu zvolit si zmocněnce a obhájce, tak řešení tohoto sporu v zásadě odpadne. S výjimkou uplatnění těchto práv totiž nelze předpokládat, že by až do doručení

²² FENYK, *Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim: komentář*, s. 190. Tento svůj názor pak Fenyk zopakoval a nadále rozvedl, s oporou o novou judikaturu Ústavního soudu, i v: FENYK, J. Obecně oprávněná osoba, zmocněnec a opatrovník v trestním řízení proti právnické osobě a její právo na obhajobu. In: JELÍNEK, J. – FRYŠTÁK, M. – BRUCKNEROVÁ, E. – KALVODOVÁ, V. – FENYK, J. *Ochrana základních práv a svobod v trestním řízení*. Praha: Leges, 2020, s. 341–344.

²³ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 23. 6. 2020, sp. zn. I. ÚS 2638/19.

²⁴ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 10. 8. 2016, sp. zn. II. ÚS 863/16.

²⁵ JELÍNEK, c. d., s. 322.

usnesení obviněnému (fyzické osobě), tento činil v řízení nějaké úkony v neprospěch právnické osoby.

6. POŠKOZENÝ VE STŘETU ZÁJMŮ

Střet zájmů mezi poškozeným a právnickou osobou je – s ohledem na konstrukci trestní odpovědnosti právnické odpovědnosti – zřídka, téměř paradoxní a v praxi jen obtížně představitelnou situací.²⁶ Poškozený je totiž zpravidla statutárním orgánem právnické osoby, kterému je přičítáno jednání některé z osob jednajících za právnickou osobu, tedy nejčastěji právě statutárního orgánu. Jinými slovy, zástupce právnické osoby (v dané věci obviněná fyzická osoba), který je v hierarchii právnické osoby na stejné nebo nižší úrovni než poškozený, poškodil svého nadřízeného nebo partnera. Lze si to představit na příkladu podvodu, kdy by jeden jednatel s. r. o., který má ve společnosti na starosti obchodní vedení, vylákal na druhém jednatelem půjčku pro společnost, ačkoliv by (na rozdíl od něj) věděl, že společnost je ve finančních potížích a půjčku zřejmě nebude schopna vrátit.

Jedná se vlastně o zrcadlově obrácenou situaci, než kterou řeší trestní řád ve vztahu mezi obviněnou fyzickou osobou a poškozeným. Zatímco trestní řád zamezuje obviněnému, aby vykonával oprávnění poškozeného (§ 44 odst. 1 TŘ), TOPOZ neumožňuje poškozenému jednat za (obviněnou) právnickou osobu. Podobně jako u střetu zájmů právnické osoby a obviněného i zde, při zohlednění hrozby odpovědnosti za porušení svých povinností řádně zastupovat právnickou osobu (které je vystaven zmocněnci i obhájce) na jedné straně a skutečnosti, že zájem poškozeného poškodit právnickou osobu spočívá (obdobně jako u obviněného / fyzické osoby) v zásadě jen ve snaze dosáhnout náhrady škody (i) vůči právnické osobě, na straně druhé,²⁷ se jeví správným právo zvolit zmocněnce nebo obhájce právnické osobě poškozenému ponechat.

Rovněž vymezení pojmu poškozený je v otázce střetu zájmů nejasné, což ovšem vyplývá z toho, že nejednoznačně je jeho postavení vymezováno v trestním řádu.²⁸ Dikce ustanovení § 34 odst. 4 TOPOZ, tj. postavení pojmu obviněný a poškozený na stejnou úroveň (podobně jako v § 65 odst. 1 TŘ upravujícím nahlížení do spisu), je potvrzením (mého) názoru, že střet zájmů poškozeného se zájmy právnické osoby (podobně jako právo poškozeného nahlížet do spisu) by měl být vázán až na fázi, kdy je zahájeno trestní stíhání.²⁹

²⁶ Proto také zůstává zcela stranou zájmu odborných publikací i komentářů.

²⁷ Pokud ovšem poškozený trestným činem má v právnické osobě majetkový podíl, může naopak usilovat o její vyvinění (!), tj. aby k náhradě škody byla povolána jen obviněná fyzická osoba.

²⁸ KOTLÁN, P. Problematické aspekty práv poškozeného v přípravě řízení trestním. In: BENÁK, J. – VIKARSKÁ, Z. – JANOVEC, M. (eds.). *COFOLA 2018, část VI.: permanentní reforma trestního řízení (konceptní a nekoncepční změny na půdě trestního práva procesního)*. Brno: Masarykova univerzita, 2018, s. 79–97.

²⁹ Tamtéž, s. 85–86. Oproti tomu Ústavní soud zastává názor, že je třeba pečlivě zvažovat, zda umožnit poškozenému, resp. osobě činící si nárok na postavení poškozeného, nahlížení do spisu, a to v porovnání „se skutkovým dějem, jak o něm svědčí v dané fázi trestního procesu dostupná zjištění“. Usnesení Ústavního soudu ze dne 9. 6. 2008, sp. zn. I. ÚS 1587/07.

7. SVĚDEK VE STŘETU ZÁJMŮ

Střet zájmů svědka s právnickou osobou spočívá v zamezení zmíněné (nežádoucí) dvojjednosti procesního postavení. Byť tedy nelze z procesního postavení svědka nijak dovozovat motivaci k poškození právnické osoby, je zřejmé, že dvojjednost není možné připustit. Jedná-li se však o právo zvolit zmocněnce a obhájce, stěžejší lze jakýkoliv konflikt identifikovat. Proto není důvod svědka v tomto směru, pokud samozřejmě nefiguruje zároveň v postavení poškozeného,³⁰ v právu na formální obhajobu (tj. určit právnické osobě zmocněnce) i materiální obhajobu (tj. určit obhájce) omezovat. Nehledě k tomu, že zmocněním neadekvátní osoby by tento svědek nedodržel svou povinnost loajality (§ 159 odst. 1 OZ). Porušení povinnosti řádné péče a odpovědnosti za náhradu škody totiž dopadá i na situaci, kdy k určitým úkonům člen voleného orgánu (neadekvátní) osobu zmocní.³¹

Rovněž je vhodné podotknout, že se v praxi objevuje zneužití tohoto institutu, kdy jsou všichni členové statutárního orgánu vyslechnuti jako svědci, byť nemají o podstatě případu žádnou povědomost, „*čímž se vytvoří předpoklady pro ustanovení opatrovníka*“.³² Podobně od Unie obhájců se objevuje kritika předvolání všech oprávněných zástupců za svědky, neboť to údajně vede k tomu, že „*obviněné právnické osobě je opatrovník de facto oktrojován*“.³³

Ve vztahu k právu zvolit si obhájce potvrzuje můj postoj vyjádření Ústavního soudu, když uvádí, že „*sice lze z díkce § 34 odst. 4 ZTOPO dovodit, že za obviněnou právnickou osobu nemůže obhájce zvolit osoba, která je v téže věci svědkem, avšak z hlediska účelu by na tyto případy právní úprava dopadat neměla. Tato úprava totiž řeší problematiku střetu zájmů mezi obviněnou právnickou osobou a těmi, kdo za ni jednají, přičemž k takovému střetu zájmů nedochází při volbě obhájce právnické osobě ze strany svědka. Proto je třeba ustanovení § 34 odst. 4 ZTOPO interpretovat úžeji a na uvedené případy jej neaplikovat.*“³⁴ Pokud přijmeme tento názor, pak postrádá logiku neumožnit svědkovi zvolit právnické osobě i zmocněnce, a to s ohledem na již u obviněného charakterizovanou paradoxní situaci, kdy by byl ustanoven opatrovník soudem, avšak obhájce zástupcem právnické osoby. Unie obhájců v souladu s tím zastává názor, že „*ustanovení § 34 odst. 4 ZTOPO musí být restriktivně vykládáno v tom smyslu, že osoba, která je svědkem v téže věci (v trestním řízení proti právnické osobě), není zbavena práva určit, kdo bude v trestním řízení za obviněnou právnickou osobu činit úkony*“.³⁵ V této souvislosti upozorňuje na přístup praxe, kdy je často „*opatrovníkem ustanovena*

³⁰ Pak by přirozeně bylo třeba aplikovat i to, co bylo řečeno k poškozenému ve střetu zájmů.

³¹ LAVICKÝ, c. d., s. 824–825.

³² FENYK, *Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim: komentář*, s. 191.

³³ Stanovisko Unie obhájců č. 2/2019 k institutu opatrovníka právnické osoby v trestním řízení [online]. 6. 3. 2019 [cit. 2020-07-20]. Dostupné na: <https://www.uocr.cz/stanoviska/stanovisko-unie-obhajcu-c-2-2019-k-institutu-opatrovnika-pravnicke-osoby-v-trestnim-rizeni/>.

³⁴ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 15. 8. 2018, sp. zn. II. ÚS 131/18; podobně i Nález Ústavního soudu ČR ze dne 20. 11. 2018, sp. zn. I. ÚS 2436/18.

³⁵ Stanovisko Unie obhájců ČR č. 1/2017 k otázce práva na obhajobu obviněných právnických osob a jednání za ně [online]. 23. 3. 2017 [cit. 2020-07-20]. Dostupné na: <https://www.uocr.cz/stanoviska/stanovisko-unie-obhajcu-cr-c-1-2017-k-otazce-prava-na-obhajobu-obvinenych-pravnickych-osob-a-jednani-za-ne/>.

*osoba, která nemá s chodem společnosti žádné zkušenosti, na jejím fungování není nijak zainteresována a její zájmy v trestním řízení hájí pouze formálně“.*³⁶

S ohledem na to, že i u svědka se střet zájmů týká úkonů v řízení v užším slova smyslu, je vhodné definici svědka v § 34 odst. 4 TOPOZ vykládat v návaznosti na procesní situaci, kdy má být daná osoba, podle názoru orgánu činného v trestním řízení (tj. v zásadě policejního orgánu v přípravném řízení či soudu v řízení před soudem), vyslechnuta jako svědek či s ní má být prováděn jiný úkon v tomto postavení. Nejčastěji se tak bude jednat o převzetí předvolání k výslechu svědka.

V rámci vyšetřování by však mohla vzniknout paradoxní situace, kdy by za obviněnou právnickou osobu byla vyslýchána fyzická osoba, která by zároveň byla vyzvána k podání vysvětlení (jako potenciální svědek).³⁷ Za účelem ochrany řádného průběhu a smysluplnosti trestního řízení by pak zde bylo namísto vztáhnout pojem „svědek“ i na osobu podávající vysvětlení, co by svědka potenciálního. Otázkou ovšem je, zda by takto nemohlo docházet ke zneužívání, ve shora naznačeném směru, tedy v neprospěch právnické osoby a jejího práva na materiální obhajobu. Nejkorektnější se tak jeví ve vyšetřování institut podání vysvětlení vůči zástupci právnické osoby nevyužívat. Ostatně, pokud výsledky prověřování postačovaly k zahájení trestního stíhání, verifikační funkce přípravného řízení byla splněna a dotyčného může, v případě potřeby, vyslechnout jako svědka soud.

8. ZÁVĚR

Střet zájmů právnické osoby v trestním řízení a osoby za ni jednající, resp. zamezení tomuto střetu, je určováno zejména ideou ochrany práv právnické osoby a ochranou trestního řízení před zdvojením procesního postavení jedné osoby. Z analýzy jednotlivých situací se jeví jako nejsprávnější interpretace, která umožňuje obviněnému, poškozenému i svědkovi ve střetu zájmů určit právnické osobě zmocněnce i obhájce, a tak, bez zásadnějšího ohrožení práv právnické osoby, dodržet požadavek na materiální a formální obhajobu.³⁸ Právě taková interpretace je v souladu se závazným principem *zohlednění účelu právních norem* (tj. účel právní normy v § 34 odst. 4 TOPOZ),³⁹ který je nutno v případě rovnocenných výkladových variant upřednostnit.

Lze s povděkem kvitovat, že judikatura Ústavního soudu je v zásadě v souladu s naznačeným směrem. To by mělo vést k tomu, že praxe orgánů činných v trestním řízení bude daleko více reflektovat právo na obhajobu právnických osob.

³⁶ Tamtéž.

³⁷ Podotýkám, že ve smyslu § 164 odst. 1 TŘ policejní orgán i ve vyšetřování vyslýchá potenciální svědky formou úředního záznamu o podání vysvětlení, nikoliv jako svědky formou protokolu o výslechu svědka.

³⁸ Na problém vymezení střetu zájmů v § 34 odst. 4 TOPOZ lze nahlížet – jak učinil Ústavní soud ve zmíněném nálezu sp. zn. II. ÚS 131/18 ve vztahu k určení obhájce svědkem – jako na problém nadbytečnosti právní úpravy a jeho řešení tzv. teleologickou redukcí. Nutno ovšem podotknout, že pak se nejedná o interpretaci, nýbrž o nalézání práva, které odůvodňuje najít právo mimo rozsah pojmu. K tomu viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 103.

³⁹ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 129.

Přesto by, *de lege ferenda*, bylo vhodné obsah ustanovení § 34 odst. 4 TOPOZ upřesnit, aby byl jeho dosah jednoznačnější, popř. i doplnit ustanovením o právu jiných osob zainteresovaných v právnické osobě zmocněnce a obhájce určit.⁴⁰ Každopádně by bylo vhodné navázat vyloučení poškozeného/obviněného/svědka z úkonů v trestním řízení za právnickou osobu v § 34 odst. 4 TOPOZ výslovně na termín „střet zájmů“.

JUDr. Mgr. Pavel Kotlán, Ph.D.
Vysoká škola PRIGO
pavel.kotlan@prigo.cz
ORCID: 0000-0001-9946-1955

⁴⁰ K tomu viz např. GRIVNA, *c. d.*, s. 172–173.

ÚČAST VEŘEJNOSTI NA ROZHODOVACÍCH PROCESECH V RÁMCI OCHRANY ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ – PROČ JE ŘÁDNÁ IMPLEMENTACE NEZBYTNÁ

LENKA HLAVÁČOVÁ

Abstract: Public Participation in Decision-making Processes in the Field of Environmental Protection – Why Is the Proper Implementation Necessary

Public participation in decision-making processes is an important tool for environmental protection, whether we look at it from the point of view of everyone's right to a favourable environment or as a separate value that needs to be protected for itself. Despite its recognition at the international level, obligations arising for the Czech Republic from the Aarhus Convention and EU law and a number of benefits that come with it, the possibilities of the members of the public in the Czech Republic to participate in environmental decision-making has been significantly reduced in recent years. The reason seems to be, among other things, insufficient awareness or underestimation of the benefits of this institute. The article therefore focuses on summarizing the benefits associated with public participation in decision-making, the risks to be avoided and the typology of forms of public participation and that in order to contribute to a deeper understanding of this institute.

Keywords: public; decision-making process; environment

Klíčová slova: veřejnost; rozhodovací proces; životní prostředí

DOI: 10.14712/23366478.2021.6

1. ÚVOD

Účast veřejnosti na rozhodovacích procesech v rámci ochrany životního prostředí lze bez nadsázky označit za jeden z nejdůležitějších nástrojů ochrany životního prostředí, a to ať již na něj nahlížíme z pohledu práva každého na příznivé životní prostředí, nebo jako na samostatnou hodnotu, kterou je nezbytné chránit pro ni samotnou.

Česká republika se přihlásila k principům účasti veřejnosti již v roce 1998, kdy na ministerské konferenci v Aarhusu podepsala Úmluvu Evropské hospodářské komise OSN (UNECE) o přístupu k informacím, účasti veřejnosti na rozhodování a přístupu k právní ochraně v otázkách životního prostředí – Aarhuská úmluva. Definitivně se pak zavázala upravit svoji právní úpravu způsobem, aby odpovídala požadavkům na efektivní účast veřejnosti, v roce 2004, kdy Aarhuskou úmluvu ratifikovala. Další závazky vztahující se k právní úpravě účasti veřejnosti na environmentálním rozhodování pro Českou republiku vyplývají z jejího členství v Evropské Unii.

Bez ohledu na mezinárodní a unijní závazky, ke kterým se Česká republika zavázala, ovšem poslední vývoj české právní úpravy namísto posilování tohoto institutu směřuje spíše k jeho limitaci. Zřejmě nejzásadnější omezení možnosti veřejnosti účastnit se rozhodovacích procesů významných z hlediska životního prostředí v tomto ohledu přinesla novela zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon, a s tím související novela zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, provedená zákonem č. 225/2017 Sb., která ve svém důsledku vedla k vyloučení veřejnosti z většiny správních řízení významných z hlediska ochrany životního prostředí, vyjma řízení navazujících na proces EIA a řízení vedených podle několika speciálních zákonů (např. zákon č. 76/2002 Sb., o integrované prevenci a omezování znečištění, zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, aj.).¹ Předmětná novela byla napadena u Ústavního soudu ČR návrhem skupiny senátorů, a to již 22. 8. 2017,² který podpořil v rámci vyjádření *amicus curiae brief* podaného k Ústavnímu soudu dne 23. 1. 2018 i profesor Milan Damohorský, proděkan a vedoucí Katedry práva životního prostředí Právnické fakulty Univerzity Karlovy,³ i veřejný ochránce práv.⁴ Ústavní soud ovšem návrhu nevyhověl a dne 2. 2. 2021 náleznem sp. zn. Pl. ÚS 22/17 návrh v části vztahující se k zákonu o ochraně přírody a krajiny zamítl, v části vztahující se k stavebnímu zákonu řízení o návrhu zastavil.

Vrátíme-li se k přístupu českého zákonodárce v posledních letech, je z jeho strany již delší dobu patrný zásadní odpor k posilování účasti veřejnosti na rozhodování. Změny právních předpisů směřující k posílení účasti veřejnosti jsou v zásadě vždy vynucené hrozbou sankcí za porušení mezinárodních a unijních závazků, zejména hrozbou ztráty evropských dotací.⁵ Ke změnám právní úpravy směřujícím k posílení institutu účasti veřejnosti, které by nebyly vynuceny zvenčí, naopak v zásadě nedochází. Je navíc aplikován minimalistický přístup, kdy dochází pouze k nezbytným změnám těch prvků právní úpravy, které se staly terčem kritiky ze strany Evropské unie, bez odpovídající úpravy související legislativy.⁶ To vede k celkové nekoncepci a k zásadním nedostatkům negativně se odrážejícím na efektivitě právní úpravy.⁷

1 STEJSKAL, V. Zrušení účasti veřejnosti v řízeních podle stavebního zákona a další špatné zprávy pro ochranu životního prostředí a lidská práva. *České právo životního prostředí*. 2017, č. 2, s. 7–9.

2 Návrh skupiny senátorů na zrušení jednotlivých ustanovení zákona č. 183/2006 Sb. a zákona ČNR 114/1992 Sb., obou ve znění zákona č. 225/2017 Sb. In: *Ústavní soud* [online]. 2017 [cit. 2020-05-03]. Dostupné na: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/Tiskova_mluvci/Navrhy/Pl_US_22_17_navrh.pdf.

3 DAMOHORSKÝ, M. Čtvrtstoletí českého zákona o ochraně přírody a krajiny. *České právo životního prostředí*. 2017, č. 4, s. 14.

4 Vyjádření vedlejšího účastníka řízení k návrhu na zrušení jednotlivých ustanovení zákona č. 183/2006 Sb. a zákona ČNR č. 114/1992 Sb. (oba ve znění zákona č. 225/2017 Sb.). In: *Veřejný ochránce práv* [online]. 2017 [cit. 2020-06-24]. Dostupné na: https://www.ochrance.cz/fileadmin/user_upload/Zvlastni_opravneni/ustavni_soud/SZD_28-2017-stavebni-zakon.pdf.

5 Viz např. Důvodová zpráva k zákonu č. 39/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí. Důvodová zpráva k zákonu č. 98/2019 Sb., kterým se mění zákon č. 167/2008 Sb., o předcházení ekologické újmě a o její nápravě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

6 HUMLÍČKOVÁ, P. – VOMÁČKA, V. Public Participation and EIA in the Multi-Stage Decision Making Process: the Czech Example. In: JENDROSKA, J. – BAR, M. (eds.). *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice*. Cambridge: Intersentia, 2018, s. 393.

7 V podrobnostech se této otázce věnuji v rámci své disertační práce: HLAVÁČOVÁ, L. *Účast veřejnosti na rozhodovacích procesech v rámci ochrany životního prostředí* [online]. Repozitář závěrečných prací, 2020 [cit. 2020-12-30]. Dostupné na: <https://is.cuni.cz/webapps/zpp/detail/181882/>.

Je tak zřejmé, že implementace institutu účasti veřejnosti na rozhodování založená na pouhé povinnosti dostát mezinárodním a unijním závazkům nemůže být úspěšná. Předpokladem zakotvení efektivní úpravy je totiž skutečné pochopení daného institutu a jeho širšího působení a uznání přínosů, které přináší. Jedině právní úprava, která zavádí institut pro něj samý a s vědomím toho, proč tak činí, nezávisle na vnějším donucení, může vést k zamýšleným výsledkům.

Cílem tohoto článku je proto vysvětlit či připomenout význam institutu účasti na rozhodovacích procesech a poskytnout ucelený soubor těch nejvýznamnějších přínosů, které může do rozhodovacích procesů vnést, a to se záměrem oponovat stávající nesprávné prezentaci institutu účasti veřejnosti na půdě Parlamentu ČR i ve veřejném prostoru a zdůraznit důvody, pro které je vhodné tento institut v právní úpravě posilovat pro něj samý, nikoliv pouze z důvodu povinnosti dostát mezinárodním a unijním závazkům.

Environmentální rozhodovací procesy jsou velice různorodé a stejně tak různorodé jsou i zájmy, které mohou být v jejich rámci dotčeny. Z tohoto důvodu nemůže existovat ani jediná univerzální forma účasti veřejnosti vhodná pro všechny rozhodovací procesy. Dále v tomto článku proto bude představena i vybraná typologie participačních procesů, a to opět s cílem umožnit lepší pochopení institutu účasti veřejnosti a tím i jeho snadnější implementaci.

2. PŘÍNOSY A RIZIKA INSTITUTU

Jak již bylo uvedeno v úvodu tohoto článku, má-li být určitý institut náležitě zaveden do právní úpravy, je nejdříve nezbytné si ujasnit, čeho tím má být dosaženo a v jaké míře, a naopak jaká jsou s ním spojena rizika a čeho je tedy třeba se vyvarovat. To je následně předpokladem i pro posouzení úspěšnosti právní úpravy či její efektivity. Není možné hodnotit, zda zakotvení určitého institutu bylo úspěšné, pokud není stanoveno, čeho jím mělo být dosaženo.⁸

Níže proto budou uvedeny hlavní cíle a přínosy, ke kterým by zapojení veřejnosti do rozhodování mělo při vhodném nastavení participačního procesu vést, a jaké lze naopak očekávat negativní projevy či rizika.

2.1 INFORMOVANÉ ROZHODNUTÍ

V odborné literatuře panuje obecná shoda, že účast veřejnosti je způsobitým prostředkem k dosažení lepších a informovanějších rozhodnutí.⁹ Veřejnost může sloužit jako zásadní zdroj informací, které by jinak byly rozhodujícím orgánům jen velmi těžko přístupné, a to včetně místní zkušenosti jedinečné pro danou situaci. Rozhodující orgány bývají často vzdálené místu účinku jejich rozhodnutí, a nemusí být

⁸ SPIJKERS, O. – ARRON, H. Developing Global Public Participation. *International Community Law Review*. 2015, No. 17, s. 227.

⁹ Např. VERSCHUUREN, J. Public Participation regarding the Elaboration and Approval of Projects in the EU after the Aarhus Convention. In: ETTY, T. F. M. – SOMSEN, H. (eds.). *Yearbook of European Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004. s. 30–31; IRWIN, F. – BRUNCH, C. Information, Public Participation, and Justice. *Environmental Law Reporter: News & Analysis*. 2002, Vol. 32, No. 7.

proto schopny správně odhadnout či předvídat důsledky jimi přijímaného rozhodnutí.¹⁰ Účast veřejnosti může rozhodujícím orgánům rovněž poskytnout alternativní pohled na věc, či přijít s jiným než navrhovaným řešením, které lépe uspokojí všechny konkurující zájmy.¹¹ Jak uvádí O'Reilly: „*Ti, kteří jsou problému a jeho účinkům nejbližší, mohou být schopni lepšího porozumění jeho některých aspektů, než ti, kteří ho mají rozhodnout. Na druhou stranu jiní členové veřejnosti zvažující daný problém či záležitost z širší perspektivy mohou poskytnout opačné či doplňující poznatky k rozšíření rozsahu posouzení.*“¹²

Nezanedbatelnou roli hraje rovněž přezkoumání daného plánu či záměru dalším subjektem, které zvyšuje šanci na odhalení skrytých nedostatků, které si rozhodující orgán nedisponující optikou místní zkušenosti či z jiných důvodů neuvědomil. Upozornění ze strany veřejnosti dává možnost na takové případné vady reagovat a zvolit lepší řešení.

Funkce veřejnosti jako zdroje informací má podle řady autorů vést k chápání účasti veřejnosti jako něčeho potřebného a cenného, co má být podporováno, nikoliv k přístupu, kdy je veřejnosti „umožňováno“ se řízení účastnit.¹³ Zapojení veřejnosti je v tomto smyslu vnímáno jako služba poskytovaná veřejností, nikoliv veřejnosti.¹⁴

2.2 AKCEPTACE A JEDNODUŠŠÍ IMPLEMENTACE ROZHODNUTÍ

Mezi další výhody zmiňované v souvislosti s účastí veřejnosti na rozhodovacích procesech patří zvýšení pravděpodobnosti všeobecného veřejného přijetí rozhodnutí a tím i jeho udržitelnosti.¹⁵

Pravděpodobnost toho, že veřejnost akceptuje určité rozhodnutí, je podstatně vyšší, pokud měla možnost se účastnit jeho přijímání, a to i v případě, že nakonec převáží jiné řešení. Zapojení veřejnosti by totiž v ideálním případě nemělo sestávat z pouhého jednosměrného poskytnutí informací od veřejnosti směrem k rozhodujícímu orgánu. Veřejnost by měla mít možnost seznámit se s dalšími podklady rozhodnutí a připomínkami podanými jinými osobami a lépe tak pochopit výsledné rozhodnutí. Pochopení důvodů rozhodnutí a jeho akceptace veřejností pak vede i k jednodušší implementaci.¹⁶

¹⁰ DELLINGER, M. F. Ten years of the Aarhus Convention: how procedural democracy is paving the way for substantive change in national and international environmental law. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*. 2012, No. 23, s. 315.

¹¹ O'FAIRCHEALLAIGH, C. Public participation and environmental impact assessment: purposes, implications, and lessons for public policy making. *Environmental Impact Assessment Review*. 2010, No. 30, s. 21.

¹² O'REILLY, N. Come One, Come All – Public Participation in Environmental Law in Ireland: a Legal, Theoretical and Sociological Analysis. *Trinity College Law Review*. 2005, No. 8, s. 82.

¹³ STEELE, J. Participation and Deliberation in Environmental Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2001, Vol. 21, No. 3, s. 415–442.

¹⁴ RYALL, Á. The EIA Directive and the Irish planning participation fee. *Journal of Environmental Law*. 2002, No. 12, s. 322.

¹⁵ DELLINGER, *c. d.*, s. 313.

¹⁶ Department of the Environment, Community & Local Government. Working Group Report on Citizen Engagement with Local Government [online]. 2014 [cit. 2020-04-05]. Dostupné na: <https://sligoppndotcom.files.wordpress.com/2014/09/working-group-report-on-citizen-engagement.pdf>.

V souvislosti s přijetím rozhodnutí ze strany veřejnosti bývá zmiňován i efekt tzv. veřejného vlastnictví rozhodnutí, který je vystaven na předpokladu, že veřejnost má větší tendenci rozhodnutí přijmout, pokud ho považuje za vlastní. K výše uvedenému se může přidat i pocit odpovědnosti za rozhodnutí, na jehož přijetí se veřejnost podílela, který může pomoci reálnému provedení daného rozhodnutí.¹⁷

2.3 FORMULACE VEŘEJNÉHO ZÁJMU

Zapojení veřejnosti do rozhodování je dále způsobilé formulovat a identifikovat aktuální potřeby společnosti a veřejný zájem, které je pak rozhodující orgán schopen lépe adresovat a promítnout do rozhodnutí.¹⁸

Zapojení veřejnosti do rozhodovacích procesů poskytuje veřejnosti prostor k diskusi ohledně různých potřeb a zájmů, vzájemnému vzdělávání a pochopení, a následně společné formulaci aktuálního společenského pojetí veřejného zájmu, k jehož naplnění má rozhodnutí směřovat.¹⁹

2.4 TRANSPARENTNOST, KONTROLA ROZHODOVÁNÍ A OBNOVENÍ DŮVĚRY V ROZHODUJÍCÍ ORGÁNY

Dalším přínosem zapojení veřejnosti do rozhodování je zajištění větší transparentnosti a kontroly nad rozhodováním a snížení rizika korupce. Pokud je veřejnosti umožněno se rozhodování účastnit a je jí poskytnut přístup k příslušným materiálům, zvyšuje se pravděpodobnost zaznamenání případného korupčního jednání. Příslušné orgány jsou pak při vědomí kontroly ze strany veřejnosti více motivovány postupovat podle předepsaných postupů a náležitě plnit úkoly, které jim byly svěřeny. Větší transparentnost a možnost kontroly je nadto dalším faktorem zvyšujícím míru přijetí samotného rozhodnutí.²⁰

Podle některých autorů napomáhá zapojení veřejnosti do rozhodovacích procesů rovněž obnovení důvěry v rozhodující orgány.²¹ A to zejména za předpokladu, že orgány jednají se zástupci veřejnosti jako s kolegy, jejichž názor má význam, nikoliv z pozice moci neohlížející se na názory společnosti. Obdobně přínosná je i samotná skutečnost, že skrze zapojení se do rozhodovacích procesů se veřejnost seznámí s vlastními rozhodovacími postupy,²² kompetencemi rozhodujících orgánů a tím, co je reálně v jejich moci a co všechno je potřeba udělat pro to, aby toho mohlo být dosaženo.

¹⁷ SPIJKERS – ARRON, *c. d.*, s. 232.

¹⁸ O'REILLY, *c. d.*, s. 78.

¹⁹ BEIERLE, T. C. Public Participation in Environmental Decisions: an Evaluation Framework Using Social Goals. *Resources for the Future*. 1998, s. 7.

²⁰ VERSCHUUREN, *c. d.*, s. 30–31.

²¹ TOTH, B. Public Participation and Democracy in Practice – Aarhus Convention Principles as Democratic Institution Building in the Developing World. *Journal of Land, Resources and Environmental Law*. 2010, No. 30, s. 298.

²² SPIJKERS – ARRON, *c. d.*, s. 232.

2.5 VZDĚLÁVÁNÍ VEŘEJNOSTI A PODPORA OBČANSKÉ SPOLEČNOSTI

Vedle účinků na rozhodovací proces a jeho výsledek je třeba zmínit i působení institutu opačným směrem, a to směrem k veřejnosti samé. Účast na rozhodovacích procesech vede ke vzdělávání a zvyšování informovanosti samotné veřejnosti.²³ To může mít následně pozitivní dopad v řadě dalších oblastí. Mezi ty nejvýznamnější patří fungování společnosti, kvalita dalšího zapojení veřejnosti do jiných rozhodovacích procesů, jakož i samotná ochrana životního prostředí.

Zapojení veřejnosti do rozhodování vede ke zvyšování environmentálního uvědomění společnosti.²⁴ Veřejnost se skrze účast na rozhodovacích procesech může dozvědět o aktuálních problémech životního prostředí a o tom, co je potřeba v dané věci udělat, a sama se tak začít více zapojovat. Bez odpovědného zapojení veřejnosti ochrana životního prostředí v zásadě není možná.

Zapojení veřejnosti do rozhodování pak vede i k lepšímu pochopení samotných rozhodovacích procesů a jejich významu ze strany veřejnosti. Informovaná veřejnost s dostatečným povědomím o smyslu a průběhu participačních procesů je následně lépe schopna se jich účastnit.²⁵ Postupnou kultivací společnosti a jejího vztahu k účasti na rozhodovacích procesech se proto zvyšuje kvalita samotného zapojování veřejnosti. Rovněž se i zvyšuje pravděpodobnost, že se zapojení veřejnosti neomezí pouze na fenomén NIMBY,²⁶ ale že bude vedeno skutečným zájmem přispět ke kvalitnímu rozhodnutí a hájit v procesu veřejný zájem.

Vedle pochopení samotných rozhodovacích procesů dává účast na rozhodovacích procesech veřejnosti možnost seznámit se s pohledy jiných zapojených aktérů a vzájemně se pochopit.²⁷ Tím může dojít ke snížení konfliktů ve společnosti, jakož i třibení, či přehodnocení názorů jednotlivců.

Někteří autoři nadto upozorňují, že informovaná veřejnost je schopna dříve rozeznat případné hrozby a může tak do jisté míry nahradit potřebu monitoringu stavu životního prostředí či případného porušování povinností zakotvených k ochraně životního prostředí tam, kde se na to nedostávají finanční prostředky.²⁸

2.6 NAPLNĚNÍ PRÁVA NA PŘÍZNIVÉ ŽIVOTNÍ PROSTŘEDÍ

Výše byly zmiňovány spíše praktické přínosy spojené se zapojením veřejnosti do rozhodovacích procesů. Cíle ovšem mohou být i více principiální jako naplnění samotného principu, že může-li mít určité rozhodnutí dopad na veřejnost, měla

²³ IRVIN, R. A. – STANSBURY, J. Citizen Participation in Decision Making: Is It Worth the Effort? *Public Administration Review*. 2004, No. 64, s. 56.

²⁴ JANČÁROVÁ, I. *Účast veřejnosti při ochraně životního prostředí*. Brno: Masarykova univerzita, 2002, s. 22.

²⁵ Department of the Environment, Community & Local Government. Working Group Report on Citizen Engagement with Local Government [online]. 2014 [cit. 2020-04-05]. Dostupné na: <https://sligoppndotcom.files.wordpress.com/2014/09/working-group-report-on-citizen-engagement.pdf>.

²⁶ Not in my back yard – ne na mém dvorku.

²⁷ O'FAIRCHEALLAIGH, c. d., s. 22.

²⁸ TOTH, c. d., s. 297.

by mít veřejnost možnost se tohoto rozhodování účastnit.²⁹ Obdobné platí pro naplnění principu, že má-li veřejnost právo na příznivé životní prostředí, musí jí být poskytnuty prostředky, jak toto právo hájit.

2.7 PRODLUŽOVÁNÍ ŘÍZENÍ A ZVYŠOVÁNÍ NÁKLADŮ

Málokterý institut v sobě zakotvuje pouze klady. Nejinak tomu je i s ohledem na účast veřejnosti na rozhodovacích procesech. Mezi nejzásadnější výtky na vrub tohoto institutu patří prodlužování rozhodovacích procesů a náklady na zapojení veřejnosti.

Kritici chápou účast veřejnosti jako nákladnou, časově náročnou a obstrukční praktiku, která brzdí projekty, které již byly schváleny demokraticky zvolenými či ustavenými orgány.³⁰

Je zřejmé, že zapojení veřejnosti do rozhodovacího procesu musí nutně prodloužit jeho dobu a vést i ke zvýšení nákladů. Dobu řízení i náklady je možné částečně redukovat volbou vhodného participačního postupu, nikoliv ovšem zcela eliminovat.

Na druhou stranu je ovšem potřeba si uvědomit, na co jsou tyto náklady a čas vynakládány. Řízení, byť o něco delší a nákladnější, jehož výsledkem je kvalitní rozhodnutí odpovídající dané situaci a zohledňující všechny přítomné potřeby, se z obecného hlediska jeví jako více žádoucí než rozhodnutí vzešlé z kratšího a levnějšího procesu, které ovšem neodpovídá situaci, může se následně ukázat škodlivým a vést k dalším zbytečným nákladům.

Není vhodné hledět na nákladnost a délku řízení vedoucího k vydání určitého rozhodnutí izolovaně od jeho dalšího působení. Vyšší náklady vynaložené na rozhodovací proces mohou naopak vést k ušetření nákladů při implementaci rozhodnutí, které je díky zapojení veřejnosti lépe přijímáno³¹ a adresuje problémy, které by bez zapojení veřejnosti mohly vyjít najevo až při realizaci. Účast veřejnosti umožňuje řešit potenciaální konflikty zájmů v počátečních fázích procesu, kdy případná změna záměru či plánu je zpravidla jednodušší než změna v pozdější fázi, a šetří tak čas před dosažením samotného krizového bodu, v němž by bylo řešení již příliš náročné a zdoluhavé.³²

2.8 TLAK VEŘEJNOSTI A NEDOSTATEČNÁ REPREZENTATIVNOST ROZHODNUTÍ

Kritici účasti veřejnosti se dále obávají, že účast veřejnosti na rozhodovacích procesech nemusí představovat jen vylepšení tradiční reprezentativní demokracie, ale naopak hrozbu pro reprezentativní demokracii jako takovou. Ne všechny osoby jsou totiž ochotny se do participačních procesů zapojit a prezentovat v nich svůj pohled na věc. Ostatně to není ani možné. Existuje tak riziko, že v rámci rozhodovacích postupů budou slyšeny pouze názory osob aktivně zapojených, které dle některých autorů mohou být vyhraněné v porovnání s postojem celé společnosti a nereprezentovat tedy

²⁹ BEIERLE, *c. d.*, s. 2.

³⁰ VERSCHUUREN, *c. d.*, s. 10.

³¹ IRVIN – STANSBURY, *c. d.*, s. 58.

³² DELLINGER, *c. d.*, s. 314.

názor společnosti jako celku. Rozhodující orgány se navíc mohou ocitnout pod tlakem vyhovět zájmu zúčastněné veřejnosti z obavy, že budou označeny za nedemokratické, pokud nebudou následovat názor této veřejnosti.³³

Vedle výše uvedeného zkušenost ukazuje, že veřejnost je podstatně častěji motivována k účasti na procesech, které na ni mohou mít bezprostřední dopad. Pokud se řízení týká „pouze“ širších otázek bez přímého dopadu na jednotlivce, nemusí být veřejnost ochotna se zapojit a věnovat řízení svůj čas.³⁴

Skutečnost, že připomínky veřejnosti zřejmě jen velmi málo pravděpodobně budou reflektovat všechny názory ve společnosti a představovat skutečný obraz společenského mínění, ovšem nemůže vést k vyloučení osob, které mají zájem se na rozhodování účastnit. To, jak s připomínkami bude naloženo a jak se promítnou do rozhodnutí, je nadto odpovědností již samotného rozhodujícího orgánu. Cestou k eliminaci tohoto rizika proto není omezení zapojení veřejnosti, ale způsob, jak se příslušný orgán s výstupy účasti veřejnosti vypořádá.

Je nutné mít na paměti, že z pohledu účasti veřejnosti jako nástroje k zajištění kvalitního rozhodnutí představují připomínky veřejnosti především vstupy ze strany veřejnosti jako další zdroj informací, které je rozhodující orgán povinen zvážit spolu s informacemi, které má z jiných zdrojů. Bránit se názorům některých ze zástupců veřejnosti, protože nemusí reflektovat celou společnost, by bylo stejné jako bránit se přijímání informací vztahujících se k projednávané věci, protože rozhodující orgán beztak nikdy nemůže získat všechny potřebné informace. To je bohužel realita, kterou je nutné přijmout a v rámci rozhodování se s ní vypořádat. Cílem zapojení veřejnosti nadto není dosáhnout dokonalého rozhodnutí vystavěného na všech důležitých informacích a všech přítomných zájmech, pokud takové vůbec existuje, ale v rámci možností se mu maximálně přiblížit.

Pomineme-li formy účasti veřejnosti, kde je veřejnosti přímo svěřeno i právo rozhodnout (např. referendum), zůstává odpovědnost náležitě zjistit stav a obstarat si před samotným rozhodnutím všechny potřebné informace na rozhodujícím orgánu. Zapojení veřejnosti mu tak, zjednodušeně řečeno, ulehčuje tuto práci a zároveň zvyšuje pravděpodobnost, že rozhodnutí bude založeno na maximu možných informací a že některé zájmy nebudou opomenuty.

Reakcí na riziko, že připomínky veřejnosti nebudou odrážet celou společnost, by proto nemělo být omezování účasti veřejnosti, ale naopak snaha o zapojení i mlčící většiny.

2.9 ODBORNOST A TECHNICKÝ CHARAKTER

Rozhodování věcí vztahujících se k životnímu prostředí klade vysoké nároky na odbornost. Bývá označováno jako příliš komplikované a technické pro zapojení veřejnosti a jako záležitost, kterou mohou náležitě posoudit pouze experti.

Ačkoliv výše uvedené je do jisté míry pravdivé, je zároveň nutné připomenout, že environmentální rozhodování je mnohdy rovněž otázkou hodnotového posouzení, ke

³³ VERSCHUUREN, *c. d.*, s. 32.

³⁴ O'REILLY, *c. d.*, s. 78.

kterému je naopak veřejnost nejlépe povolána.³⁵ To platí o to více, pokud je při rozhodování nutné čelit nejistotě ohledně skutečného budoucího vývoje a rizik a informačním mezerám,³⁶ což je často případ právě rozhodování ve věcech životního prostředí. Pokud je to veřejnost, která ponese rizika vadného rozhodnutí, mělo by to být její vlastní rozhodnutí, které k tomuto povede, resp. mělo by jí být umožněno se na něm podílet. Skutečnost, že je do rozhodování zahrnuta i řada technických a odborných otázek, by proto neměla veřejnost z rozhodování vyloučit. Odborníci by měli veřejnosti k odborným otázkám poskytnout vedení, přičemž není vyloučeno, že s ohledem na některé informace bude veřejnost nucena se na ně spolehnout.³⁷ Není ovšem důvod, aby se veřejnost na podkladě těchto informací nemohla k věci vyjádřit a účastnit se rozhodování.

2.10 ZABLOKOVÁNÍ NEPOPULÁRNÍCH, ALE POTŘEBNÝCH ZÁMĚRŮ

Jakkoliv uvědomělá a informovaná veřejnost může být, přesto nelze spoléhat na její racionální a altruistické chování v rámci všech rozhodovacích procesů. To zejména platí s ohledem na umístování některých nepopulárních záměrů jako zařízení pro nakládání s odpady, vězení či elektráren. Ačkoliv si většina osob uvědomuje potřebu těchto zařízení, málokdo si přeje, aby byla umístěna do oblastí, ve které se sám pohybuje. Nevhodná volba participačního postupu by tak mohla na místo efektivní spolupráce vést k vytvoření odporu proti záměru a zablokování jeho realizace.³⁸

V takovýchto případech je k volbě vhodného participačního postupu nutné přistupovat zvláště obezřetně. I za situace, kdy z jiného rozhodovacího postupu zvažujícího více možných variant umístění vyplyne potřeba nepopulární záměr umístit právě v dané oblasti, je vhodné veřejnost do rozhodovacího procesu o samotné realizaci takového záměru zapojit. Ač veřejnosti již nebude za tohoto stavu umožněno ovlivnit samotné rozhodnutí o umístění záměru, stále budou platit další výše zmiňované přínosy, tedy zejména spolupráce na nejhodnějším provedení, eliminace rizik, která by si rozhodující orgán nemusel uvědomit, a umožnění pochopení potřeby záměru ze strany veřejnosti zjednodušující cestu k jeho akceptaci a implementaci.

3. FORMY ÚČASTI VEŘEJNOSTI

Neexistuje univerzální forma účasti veřejnosti, která by byla vhodná pro všechny rozhodovací postupy. Volba vhodné formy zapojení veřejnosti závisí na tom, čeho se příslušný orgán snaží dosáhnout, ale i na praktických limitech, jakými jsou zejména čas a náklady, které si daný orgán může dovolit pro zapojení veřejnosti vynaložit.

Provedení rozsáhlých a plnohodnotných konzultačních postupů s ohledem na všechny rozhodovací procesy by bylo z časového hlediska nemožné a finančně nedostupné.³⁹

³⁵ TOTH, *c. d.*, s. 296.

³⁶ VERSCHUUREN, *c. d.*, s. 30.

³⁷ O'REILLY, *c. d.*, s. 78.

³⁸ O'FAIRCHEALLAIGH, *c. d.*, s. 22.

³⁹ O'REILLY, *c. d.*, s. 78.

Na druhou stranu je ovšem nezbytné zvolit takový postup, který skutečně povede k vymezeným cílům. Jak uvádí Sherry Arnstein: „*Je podstatný rozdíl mezi absolvováním prázdného rituálu účasti veřejnosti a skutečnou možností ovlivnit výsledek rozhodnutí. (...) Účast bez přerozdělení moci je prázdným a frustrujícím procesem pro bezmocné. Umožňuje držitelům moci tvrdit, že všechny strany byly vzaty v úvahu, ale zároveň umožňuje jen některým stranám benefitovat.*“⁴⁰ Obdobně se vyjádřil i Avi Brisman, který upozorňuje, že příliš restriktivní úprava účasti veřejnosti v rozhodovacích procesech, jakož i přístupu k informacím a soudní ochraně, může mít za následek vytvoření „kultury ticha“, která snižuje šanci, že budoucí generace budou schopny a ochotny čelit pokračujícímu poškozování životního prostředí.⁴¹

Ochota jednotlivců účastnit se rozhodovacích procesů významných z hlediska ochrany životního prostředí a jejich zájem na tom, aby vadnými rozhodnutími nedocházelo k jeho kontinuálnímu poškozování, je do značné míry odvislá od toho, zda mají pocit, že jejich účast může mít nějaký význam a že mohou něco změnit. Pokud se veřejnost bude domnívat, že její veškerá snaha je zbytečná a že účastí v rozhodovacích řízeních nemůže nijak změnit finální rozhodnutí, nebude ochotna obětovat svůj čas a účastnit se rozhodování o věci, kterou beztak nemůže ovlivnit. Jen velmi málo osob je ochotno bojovat v bojích, o nichž mají pocit, že jsou předem rozhodnuté. Tento přístup v závěru může vést k celkové apatii k problémům životního prostředí a rezignaci na snahu o změnu. Výše zmíněné účinky přitom mohou být vyvolány právě nevhodně zvolenou a příliš restriktivní formou účasti veřejnosti, kdy je sice veřejnost „vpuštěna“ do rozhodovacích procesů, ovšem nemá reálný vliv na finální rozhodnutí.

Již jsem uvedla, že neexistuje univerzální forma zapojení veřejnosti vhodná pro všechny rozhodovací procesy. Je nicméně možné vymezit základní formy včetně jejich výhod a nedostatků k poskytnutí základního přehledu o možnostech, ze kterých lze volit.

Jak uvádí O'Reilly, pokud je cílem pouze zajištění odpovědnosti rozhodujícího subjektu a transparentnost řízení, postačí pouhý pasivní přístup k informacím. Pokud je ovšem na veřejnost nahlíženo jako na cenný zdroj informací, a cílem nadto je i širší akceptace rozhodnutí ze strany veřejnosti, musí jí být poskytnuta podstatně větší role v rozhodovacím procesu.⁴²

Uvědomění si různých forem účasti veřejnosti, přínosů a negativ, které přináší, a náležité zvážení toho, čeho má být zapojením veřejnosti dosaženo, co je možné proto obětovat a čeho je naopak nezbytné se vyvarovat, umožňuje nastavit účast veřejnosti způsobem nejlépe odpovídajícím danému rozhodovacímu procesu a zajišťujícím maximální míru možné efektivity.

⁴⁰ ARNSTEIN, S. R. A Ladder of Citizen Participation. *Journal of the American Planning Association*. 1969, Vol. 35, No. 4, s. 216.

⁴¹ BRISMAN, A. The violence of silence: some reflections on access to information, public participation in decision-making, and access to justice in matters concerning the environment. *Crime, Law and Social Change*. 2013, Vol. 59, No. 3, s. 291–303.

⁴² O'REILLY, N., *c. d.*, s. 73.

3.1 ŽEBŘÍK ÚČASTI SHERRY ARNSTEIN

Přestože byl poprvé publikován již v roce 1969, představuje žebřík Sherry Arnstein nadále nejcitovanější příklad členění forem účasti veřejnosti.

Arnstein rozděluje formy účasti veřejnosti do osmi druhů v rámci tří kategorií, a to s ohledem na míru zapojení a zmocnění veřejnosti.

První kategorií je neúčast, do které Arnstein zařadila dva druhy zapojování veřejnosti, a to manipulaci a terapii. Arnstein uvádí, že tato kategorie byla vytvořena k nahrazení účasti veřejnosti na rozhodování. Jejím cílem není umožnění veřejnosti účastnit se rozhodovacích procesů, ale veřejnost „vzdělávat a léčit“. Manipulace zahrnuje praktiky, kdy dochází ke kontaktu s veřejností pouze pro navození dojmu účasti. Pod pojmem terapie pak Arnstein vymezuje činnosti, jejichž skutečným cílem je změnit postoj veřejnosti, resp. otupit její odpor.⁴³

Druhou kategorií je tokenismus, kam Arnstein řadí tři druhy účasti, a to informování, konzultace a smíření. Informování a konzultace umožňují dle Arnstein osobám odlišným od držitelů moci slyšet a být slyšeny, nikoliv již ovšem dosáhnout toho, že se jejich postojem bude rozhodující orgán řídit. Informováním se rozumí jednosměrný tok informací od rozhodujících orgánů k veřejnosti. Konzultace na druhou stranu již v sobě obsahují možnost podávání připomínek ze strany veřejnosti. Smíření Arnstein označuje jako vyšší formu konzultace, kdy je veřejnosti umožněno rozhodujícím orgánům radit v průběhu rozhodovacího procesu, a veřejnost tak získává i určitou míru vlivu na rozhodování.⁴⁴

Poslední kategorií jsou stupně občanské moci, které opět zahrnují tři druhy účasti, a to partnerství, v rámci kterého dochází k rozdělení pravomocí mezi rozhodující orgány a veřejnost, čímž je veřejnosti umožněno s rozhodujícími orgány vyjednávat a vytvářet kompromisy, a dále přenesenou pravomoc a občanskou kontrolu. Poslední dva druhy účasti poskytují veřejnosti nejsilnější formu zmocnění. Model přenesené pravomoci přenáší většinu rozhodovacích pravomocí na veřejnost. V rámci občanské kontroly je toto přenesení již v zásadě úplné.⁴⁵

Žebřík forem účasti představený Sherry Arnstein je do značné míry ovlivněn turbulentní dobou, ve které vznikl.⁴⁶ V mnohém již nedostačuje aktuálním potřebám právní vědy a neodpovídá aktuální společenské situaci. Pohled Arnstein na účast veřejnosti je nadto poměrně zjednodušující. Hlavním cílem, který při nastavení žebříku Arnstein sleduje, je přerozdělení moci. Nezapývá se již dalšími cíli, ke kterým může účast veřejnosti vést, ani tím, zda přenesení moci na veřejnost je vždy tím nevhodnějším řešením.⁴⁷

⁴³ ARNSTEIN, c. d., 218–219.

⁴⁴ Tamtéž, s. 219–221.

⁴⁵ Tamtéž, s. 221–224.

⁴⁶ Požadavky na zapojení veřejnosti se poprvé začaly více ozývat právě koncem 60. let minulého století v USA a byly doprovázeny demonstracemi a protesty veřejnosti. TANG, M. – WANG, Y. Resolutions of Modern Environmental Issues: Public Participation in Environmental Affairs. *Canadian Social Science*. 2013, Vol. 9, No. 6, s. 63–66.

⁴⁷ DEAN, R. Beyond Radicalism and Resignation: the Competing Logics for Public Participation in Policy Decisions. *Policy and politics*. 2016, Vol. 59, No. 3, s. 6.

Přesto je jeho přínos spočívající v odstupňování míry zapojení veřejnosti nadále použitelný a stal se výchozím bodem pro tvorbu typologií účasti veřejnosti na rozhodování řady pozdějších autorů.

Roztřídění forem účasti veřejnosti podle míry zapojení veřejnosti je jedním z nejjednodušších, a přitom neúčinnějších způsobů dělení. Nižší míry zapojení jsou obvykle méně časově náročné a méně nákladné, nejsou ovšem zároveň způsobitelné dosáhnout všech výše vymezených cílů. Naopak vyšší míra zapojení šance na dosažení cílů účasti veřejnosti zvyšuje, ne vždy se ovšem vyplatí, resp. je možná.

Nadto ne všechny cíle a přínosy se dostávají ve stejných fázích a naplňují stejným tempem. Jak jsem již upozornila výše, zatímco k zajištění transparentnosti a kontroly nad činností rozhodujících orgánů by teoreticky stačilo poskytovat informace z rozhodovacích postupů (ač samozřejmě nižší možnost ovlivnění vede k nižšímu zájmu veřejnosti o účast na rozhodování a tím i nižší kontrole), k dosažení vyšší míry akceptace ze strany veřejnosti a kvalitního rozhodnutí je toto zcela nedostatečné. Ty se, na rozdíl od transparentnosti, začínají více projevat až ve vyšších stupních účasti. Obdobně tomu je i s ohledem na naplňování jiných cílů.

Žebřík Sherry Arnstein je v omezené míře použitelný i s ohledem na českou právní úpravu, ač ta se dle mého názoru pohybuje v zásadě pouze v mezích druhé kategorie – tokenismu. Participační postup odpovídající manipulaci a terapii není v ČR primárně nastaven, rovněž ani nedochází k přenosu pravomocí na veřejnost. Participační postupy ČR tak spíše variiují v rozmezí jednotlivých podkategorií druhé kategorie, a to s ohledem na okruh svěřených procesních práv.

3.2 ČLENĚNÍ DLE AUTORŮ OTTA SPIJKERSE A HONIBALLA ARRONA

Další způsob členění forem účasti veřejnosti nabízí autoři Spijkers a Arron, kteří rozlišují mezi následujícími formami:

1. razítková účast – potvrzení již připraveného plánu či záměru;
2. definování problému – sběr podnětů od veřejnosti před zahájením přípravy plánu či záměru;
3. poradenská účast – konzultace veřejnosti v průběhu přípravy plánu či záměru;
4. spoluvytváření – veřejnost sama iniciuje přípravu určitého plánu či záměru a navrhne řešení, na jehož přípravě pak spolupracuje s příslušným orgánem.⁴⁸

První formou zapojení veřejnosti je stav, kdy je veřejnost pouze požádána o schválení, či odmítnutí určitého plánu či záměru. Je od ní takřka požadováno pouze finální „razítko“, aniž by měla reálnou možnost podílet se na samotné přípravě. Takové formy účasti bez propojení s jinými formami účasti označují oba autoři za pouhou kontrolu politické moci, kdy se rozhodující orgán pouze ujišťuje, zda je určitá politika přijímána veřejností, či nikoliv. Významným prvkem pak samozřejmě je, zda je rozhodující orgán výsledkem vázán. Jako příklad takových forem účasti Spijkers a Arron uvádějí referenda, průzkumy a podobné formy zapojení.⁴⁹

⁴⁸ SPIJKERS – ARRON, *c. d.*, s. 239.

⁴⁹ Tamtéž, s. 233.

Opačným přístupem je postup, kdy rozhodující orgány zapojí veřejnost předtím, než začnou práce na určitém plánu či záměru. To jim umožní vzít podněty reálně v úvahu, udělat si představu o problémech, které je třeba adresovat, a jejich navrhovaných řešeních, a plán či záměr podle toho vystavět.

Jako další formu účasti Spijkers a Arron vymezují konzultace veřejnosti v průběhu přípravy plánu či záměru a související průběžné zapracovávání podaných připomínek. Rozhodující orgán nicméně zůstává tím, kdo má ve věci finální slovo. Své rozhodnutí by ovšem měl řádně zdůvodnit.

S ohledem na obě naposled zmiňované formy autoři uvádí, že takto se veřejnost dostává více do pozice partnerů nežli soudců, jak tomu bylo v prvním případě. Autoři k tomu doplňují, že tyto přístupy jsou vhodné zejména s ohledem na přípravu plánů a politik.⁵⁰ Nižší možnost uplatnění naopak nachází v případě rozhodování o povolení soukromého záměru. Příkladem výše uvedených forem účasti veřejnosti mohou být ústní jednání, ankety a podobná zapojení veřejnosti na začátku a v průběhu přípravy plánu či záměru.

Za formu účasti veřejnosti s nejsilnějším zapojením veřejnosti pak autoři Spijkers a Arron uvádí postup, kdy veřejnost sama představí určitý problém či potřebu a návrh jejich řešení. To je pak připravováno za asistence příslušných úřadů dozírajících zejména na naplnění všech zákonných a jiných požadavků. Úřad je následně povinen výstup přijmout a implementovat, pokud splňuje stanovená kritéria.⁵¹

Všechny výše uvedené formy účasti veřejnosti je možné různě kombinovat, přičemž i Spijkers a Arron zdůrazňují, že neexistuje jeden univerzální typ zapojení vhodný pro všechna řízení. Vždy je nutné zvážit, jaké jsou reálné možnosti a čeho má být zapojením veřejnosti dosaženo.⁵² Uplatnění naleznou všechny výše uvedené formy, a to včetně tzv. „razítkové účasti“. Příkladem může být, pokud obec obdrží poptávku na pronájem obecního pozemku za účelem určitého záměru či před ní obecně vyvstane možnost realizace jakéhokoliv záměru a má rozhodnout, zda ho uskuteční, či nikoliv. Pak by účast veřejnosti mohla sestávat jen z této formy účasti.

V českém právním řádu nalezneme zejména procesy odpovídající druhé a třetí kategorii. Formě „definování problému“ by mohlo odpovídat například projednávání zprávy o uplatňování územního plánu dle § 55 stavebního zákona, „poradenské účasti“ pak proces EIA.

3.3 ČLENĚNÍ NA PARTICIPACI A AKCEPTACI DLE CHIARY ARMENI

Podobný přístup jako autoři Spijkers a Arron zvolila i Chiara Armeni, ač rozlišuje pouze mezi dvěma formami zapojení veřejnosti, a to skutečnou účastí – participací – a akceptací.

Armeni uvádí, že ačkoliv je účast veřejnosti na rozhodovacích procesech v rámci ochrany životního prostředí vnímána jako podmínka pro demokratickou legitimitu rozhodnutí, jakož i významná příležitost ke zlepšení kvality a efektivity rozhodnutí,

⁵⁰ Tamtéž, s. 234.

⁵¹ Tamtéž, s. 235.

⁵² Tamtéž, s. 240.

skutečný prostor pro zapojení veřejnosti bývá často v důsledku analýzy nákladů a přínosů či pod záminkou přílišné technické náročnosti omezován, a to až do formy procesu směřujícího k pouhé akceptaci ze strany veřejnosti.⁵³

Základní rozdíl mezi participačními a akceptačními modely Armeni spatřuje v tom, že zatímco v rámci participačních modelů účasti veřejnosti jsou všechny možnosti ještě otevřeny a veřejnost je tak skutečně schopna ovlivnit výsledek rozhodovacího procesu, v akceptačním modelu je sice proklamováno zapojení veřejnosti, možnosti reálného vlivu jsou ovšem omezeny. V participačních modelech je tak základem veřejná debata směřující ke konsenzu a kvalitnímu rozhodnutí. Cílem akceptačních postupů naopak je potvrzení již učiněného rozhodnutí a podpora společenského povědomí a akceptace tohoto rozhodnutí za účelem urychlení a zjednodušení implementace.

Zjednodušeně řečeno, v případě akceptačních modelů je rozhodnutí, obvykle na podkladě předem stanovené politiky či názoru expertů, již předurčeno a na veřejnosti pouze je, aby ho přijala. Proto se akceptační modely zaměřují především na zvyšování společenského povědomí, vzdělávání veřejnosti, a v rámci toho prosazování určitých skutečností podporujících daný záměr. Veřejnost je zapojována zejména k zajištění transparentnosti a z odpovědnostních důvodů, aniž by ovšem byl vytvořen prostor pro jiné úvahy.

Armeni označuje akceptační modely zapojení veřejnosti za pouhý stín konzultačních modelů, což činí jejich výstupy křehčí. Tomu přispívá i přístup, kdy zapojení veřejnosti je prezentováno zavádějícím způsobem jako umožnění účasti veřejnosti na rozhodování a veřejnost je uváděna v omyl ohledně skutečné otevřenosti debaty a toho, do jaké míry může rozhodnutí ovlivnit. Proto je Armeni názoru, že pokud již je nezbytné přistoupit k akceptačnímu modelu, měl by být od počátku zřejmý skutečný rozsah možného zapojení veřejnosti, tedy zejména, že předmětem diskuze je *jak* záměr provést, nikoliv *jestli*.⁵⁴

Česká právní úprava primárně nerozlišuje, zda zapojení veřejnosti může vést pouze k ovlivnění způsobu realizace, či i k rozhodnutí, zda bude záměr realizován. Legitimní a důvodné námitky k nevhodnosti samotného záměru mohou vést i k upuštění od jeho realizace. Na druhou stranu ovšem česká právní úprava předpokládá spíše vyjádření k dopadům, a to navíc pouze dopadům do právní sféry jednotlivých subjektů, nežli k tomu, zda záměr realizovat, či nikoliv, pro něj samotný. To lze demonstrovat například na ustanovení § 89 odst. 4 zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon, který omezuje věcný okruh otázek, ke kterým mohou jednotliví účastníci v rámci územního řízení podat námitky, na zásah do zájmů, které v rámci tohoto řízení hájí. Stavební zákon nepředpokládá vyjádření účastníků řízení k vhodnosti samotného záměru z obecného hlediska. Obdobný přístup lze pozorovat i v rámci jiných řízení, ač nikoliv ve formě takto explicitní limitace. To odpovídá doktríně dotčení na právech, na které je česká právní úprava účasti na správních řízeních vystavěna. Při pohledu na participační postupy v České republice optikou představenou Chiarou Armeni se proto kloním k názoru, že tyto par-

⁵³ ARMENI, C. Participation in Environmental Decision-making: Reflecting on Planning and Community Benefits for Major Wind Farms. *Journal of Environmental Law*. 2016, No. 28, s. 415–416.

⁵⁴ Tamtéž, s. 416–423.

tipičační postupy odpovídají spíše formě akceptace. Do značné míry ovšem záleží i na přístupu rozhodujících orgánů a na tom, jakou váhu přikládají vyjádřením veřejnosti.

3.4 TYPOLOGIE RIKKIHO DEANA

Poslední zkoumanou typologií bude typologie sestavená Rikkim Deanem, který na úvod své práce poskytuje souhrnný přehled základních typologií vytvořených do té doby jinými autory. Jeho práce proto může být dobrým výchozím bodem dalšího zkoumání tohoto tématu.⁵⁵ Dean upozorňuje, že typologie postavené pouze na jednom kritériu tvořícím jedinou stupnici jsou příliš zjednodušující a nemohou obsáhnou komplexnost forem účasti veřejnosti. Dean proto sestavuje dvě stupnice, kterými formy účasti rozděluje do čtyř kvadrantů.

První stupnicí je sociální stupnice, která se zabývá tím, zda jednotlivci v rámci rozhodovacích procesů hájí své zájmy – tento kraj stupnice pak Dean označuje jako agonistický –, či zda jednotlivci v rámci rozhodovacího procesu vystupují jako zástupci společnosti a jejich účast je orientována společným zájmem – solidární konec stupnice. Projevem agonistického přístupu může být podmiňování možnosti zapojit se do rozhodování prokázáním dotčení zájmu dané osoby.

Druhá stupnice je založena na míře vyjednávání. V předepsaných formách účasti je otázka, kdo je zapojen do diskuze a co je předmětem diskuze, přesně stanovena. Ve vyjednávacích formách účasti je to veřejnost, kdo stanovuje, kdo se rozhodovacího procesu účastní, jakým způsobem a kam tento proces směřuje.

Na podkladě těchto dvou stupnic pak Dean vytváří čtyři typy účasti veřejnosti:

1. přesun informací – předepsaná a solidární forma;
2. společné rozhodování – vyjednávací a solidární forma;
3. volba a hlas – vyjednávací a agonistická forma;
4. arbitráž a dohled – předepsaná a agonistická forma.

Forma označená jako *přesun informací* je založena na pohledu na účast veřejnosti jako na zdroj informací. Rozhodující orgány v rámci této formy před vydáním rozhodnutí shromažďují informace o aktuálních potřebách a názorech zastoupených ve společnosti, jakož i informace významné pro samotné rozhodnutí – expertní znalosti, místní zkušenost apod. Na podkladě nich pak přistupují k samotnému rozhodnutí. Tato forma rozhodování je vedena pragmatickým cílem dosažení co nejkvalitnějšího rozhodnutí, nikoliv tím, že by veřejnost měla právo podílet se na rozhodování.⁵⁶

Další formou je *společné rozhodování*. V rámci formy společného rozhodování se do značné míry stírají rozdíly mezi rozhodujícím orgánem a veřejností. Rozhodnutí jsou vytvářena na základě společné diskuze směřující ke konsenzu. Nedochozí k omezování osob, které se mohou rozhodování účastnit, na podkladě jejich vztahu k věci či jiném kritériu. Společné rozhodování se přitom neprojevuje pouze na samotném rozhodovacím procesu, ale i v rámci stanovování agendy. Veřejnosti je dána možnost předložit záležitost, o které má být rozhodnuto. Takovéto formy účasti veřejnosti jsou nicméně

⁵⁵ DEAN, c. d., s. 6–8.

⁵⁶ Tamtéž, s. 10–13.

často terčem kritiky co do jejich praktické realizovatelnosti. Zřejmě i z tohoto důvodu jsou v rámci právních řádů spíše výjimečné.⁵⁷

Forma účasti veřejnosti nazvaná jako *volba a hlas* je svým fungováním velice podobná poslední zmiňované. V rámci diskuze nicméně dochází ke střetu a vyvažování zájmů jednotlivců, nikoliv k hledání společného zájmu. V zásadě se jedná o tržní způsob uspokojování zájmů jednotlivců.⁵⁸

Poslední formou účasti veřejnosti je *arbitráž a dohled*. V rámci tohoto modelu je rolí rozhodujících orgánů uspokojovat a balancovat individuální zájmy jednotlivců. Jednotlivci přenechávají možnost rozhodování příslušným orgánům, které po zvážení všech přítomných zájmů ve věci, pokud možno nestranně, rozhodnou. Jak uvádí Dean, tomuto modelu není v rámci odborné literatury zabývající se rozhodovacími procesy významnými z hlediska ochrany životního prostředí věnována velká pozornost. Zřejmě z důvodu, že ochrana životního prostředí jako samostatné hodnoty se v něm zcela vytrácí. Přesto se jedná o jeden z nejčastějších modelů rozhodování.⁵⁹ Osoby, kterým je umožněno se účastnit, jsou stanoveny s ohledem na zájmy, které v procesu zastupují. Rozhodující orgán pak tyto zájmy musí v rámci rozhodnutí zohlednit.

I typologii představenou Rikkim Deanem je možné aplikovat na participační postupy v České republice. Formě „přesun informací“ dle mého názoru nejlépe odpovídá konzultativní forma účasti, jak jí ještě blíže představím níže, kdy každý může zaslat rozhodujícímu orgánu jakékoliv vyjádření či podklady, nemá již ovšem v zásadě možnost domáhat se toho, aby ze strany rozhodujícího orgánu byly skutečně vzaty v úvahu. Forma „společného rozhodování“ není pro český právní řád typická. Obdobně i forma „volba a hlas“, a to z důvodu, že finální rozhodnutí bývá v zásadě vždy ponecháno na rozhodujícím orgánu. Naopak formu „arbitráž a dohled“ lze v rámci participačních postupů v České republice nalézt. V českém kontextu by se mohlo jednat o územní a stavební řízení bez možnosti účasti spolků zabývajících se ochranou životního prostředí, ve kterých bude rozhodující úřad typicky vážit zájmy stavebníka a vlastníků sousedních pozemků. Výše uvedené příklady samozřejmě neodpovídají pomyslným nejčistším prototypům vymezených forem účasti. Patrné je zejména rozdílné umístění konzultativní formy účasti a účastenství na správních řízeních založené na ochraně subjektivních práv na stupnici označující míru vyjednávání, kdy účastníci správních řízení mají samozřejmě podstatně silnější procesní postavení než osoby účastníci se rozhodování skrze konzultativní formy účasti. V obou případech nicméně finální rozhodnutí náleží rozhodujícímu orgánu.

3.5 KONZULTATIVNÍ A PLNOPRÁVNÁ ÚČAST

Dělením typickým pro české prostředí je rozdělení forem účasti veřejnosti na konzultativní a plnoprávnou účast.⁶⁰ Toto rozdělení trefně popisují autorky Hana

⁵⁷ Tamtéž, s. 13–16.

⁵⁸ Tamtéž, s. 16–18.

⁵⁹ Tamtéž, s. 18–20.

⁶⁰ DAMOHORSKÝ, M. a kol. *Právo životního prostředí*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2010; JANCÁŘOVÁ, I. – DUDOVÁ, J. – HANÁK, J. – PEKÁREK, M. – PRŮCHOVÁ, I. – VOMÁČKA, V. – ŽIDEK, D. *Právo životního prostředí: obecná část*. Brno: Masarykova univerzita, 2016; MÜLLEROVÁ, H. –

Müllerová a Petra Humlíčková, když uvádí: „*V obecné rovině je možno konstatovat, že konzultativní účast znamená ‚menší práva‘ svěřená velké (až neomezené) skupině veřejnosti, zatímco plnoprávná účast znamená ‚větší práva‘ v řízení pro omezenou resp. nějakými podmínkami vymezenou část veřejnosti.*“⁶¹

Konzultativní účast představuje formu, kdy je veřejnost pouze konzultována, tedy má možnost se informovat o rozhodovacím procesu a v rámci něho se vyjádřit, případně se účastnit veřejného ústního projednání věci, nejsou jí ovšem již poskytnuty nástroje, jak se domáhat toho, aby se její vyjádření ve finálním rozhodnutí skutečně promítlo. Z tohoto důvodu bývá chápána jako poměrně slabý nástroj. Jak uvádí výše již zmiňované autorky: „*Dostatečná a vyhovující je tato forma účasti veřejnosti pouze v případě, že orgán vydávající rozhodnutí se vyjádřeními členů veřejnosti skutečně řádně zabývá, a s neakceptováním těch vyjádření (resp. směrů či skupin vyjádření), která v rozhodnutí nezohlední, se řádně, přesvědčivě a pro veřejnost srozumitelně vypořádá v odůvodnění. Právě tak to také míní Aarhuská úmluva. V ČR však pro takový postup správních orgánů bohužel, jak se domníváme, existuje spíše nedostatečně silné legislativní podložení (srov. např. dikce ‚příslušný úřad vždy přihlíží k obdrženým vyjádřením veřejnosti‘ nebo ‚vypořádá obdržená písemná vyjádření‘ apod.), které umožňuje se s vyjádřením veřejnosti ‚vypořádat‘ pouze zcela formálním způsobem, tj. ve skutečnosti se jimi nezabývat.*“⁶²

Jako plnoprávná, případně jako plnohodnotná, kvalifikovaná či pravá účast, pak bývá označována forma účasti, kdy jsou veřejnosti poskytnuty širší práva, včetně možnosti napadnout finální rozhodnutí, pokud do nich bylo zasaženo. Typickým příkladem je přiznání postavení účastníka správního řízení včetně všech práv z tohoto postavení vyplývajících.

4. ZÁVĚR

Účast veřejnosti na rozhodovacích procesech patří nepochybně mezi významné nástroje ochrany životního prostředí. Její pozitivní dopady se ovšem neomezují pouze na oblast ochrany životního prostředí. Významné je i působení tohoto institutu na samotné fungování společnosti a její vzdělávání a kultivaci občanské společnosti skrze možnost účasti na rozhodovacích procesech. Nepominutelnými přínosy jsou rovněž zvyšování kvality a informovanosti rozhodnutí a jeho akceptace ze strany veřejnosti, formulace a integrace veřejného zájmu a zajištění kontroly a transparentnosti rozhodovacího procesu.

Žádný institut samozřejmě nemá pouze pozitivní rysy. Nejčastější výtky se týkají zejména prodlužování řízení a zvyšování nákladů. V environmentálních věcech pak nadále přetrvává i obava z přílišné techničnosti a odbornosti rozhodování ve věcech životního prostředí.

HUMLÍČKOVÁ, P. *Nové přístupy k implementaci Aarhuské úmluvy v ČR*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2014, s. 35.

⁶¹ Tamtéž, s. 34–35.

⁶² Tamtéž, s. 35–36.

Možnost prodloužení rozhodovacích procesů v důsledku zapojení veřejnosti nelze bez dalšího zcela vyloučit, ač případný podíl na délce řízení s největší pravděpodobností nebude tak velký, jak bývá v České republice a zejména na půdě Parlamentu ČR prezentováno.⁶³ Ostatně každé kvalitní rozhodnutí si vyžaduje svůj čas. Tlak na rychlost rozhodování se ovšem v tomto případě jeví poněkud krátkozraký, a to zvláště s přihlédnutím k dlouhodobosti dopadů, které určité rozhodnutí může v území působit. Zájem na rychlosti a hospodárnosti řízení by proto neměl být zajišťován na úkor zapojení veřejnosti a kvality rozhodnutí, ale nastavením vhodných participačních postupů, jakož i celého rozhodovacího procesu, které v maximální míře umožní dosáhnout přínosů spojených s účastí veřejnosti při současném zachování délky řízení a nákladů v rozumitelných mezích.

Neexistuje jeden univerzální participační postup vhodný pro všechny typy procesů. V zahraniční literatuře lze nalézt celou řadu typologií účasti veřejnosti na rozhodování. Vhodné nastavení participačního procesu je vždy otázkou vážení jednotlivých zájmů a toho, čeho má být právní úpravou dosaženo. Pomyslné rovnováhy přitom může být s ohledem na jiné rozhodovací postupy dosaženo při jiném nastavení. Před přípravou participačního postupu je proto na prvním místě nezbytné stanovit si, čeho má být v řízení dosaženo, a co je proto možné obětovat.

Stávající právní úprava není zapojování veřejnosti nakloněna. Domnívám se, že jedním z důvodů posledního nepříznivého vývoje je nepochopení a nedocení tohoto institutu. Je proto namístě si připomenout, proč se mezinárodní společenství a s ním i Česká republika na konci minulého tisíciletí vydalo na cestu zapojování veřejnosti do rozhodování, a začít tento institut do právní úpravy zakotvovat nikoliv proto, že v opačném případě hrozí České republice postih, ale pro něj samý a s plným uvědoměním toho, co je jeho zaváděním skutečně sledováno.

Mgr. Lenka Hlaváčová, Ph.D.
Frank Bold Advokáti
HlavacovaLenka@seznam.cz

⁶³ ZAHUMENSKÁ, V. Kdo blokuje výstavbu? Analýza účasti veřejnosti v územních řízeních se zaměřením na účast občanských spolků. In: *Arnika* [online]. 2018 [cit. 2020-04-05]. Dostupné na: <https://arnika.org/analiza-ucasti-verejnosti-v-uzemnich-rizenich-se-zamerenim-na-ucast-obcanskych-spolku>; BERNARD, M. – JELÍNKOVÁ, B. – ORCÍGR, V. *Dlouhé povolování výstavby v Česku – data, praxe a nová legislativa*. Praha: Arnika, 2018.

REDAKČNÍ RADA

Předseda a šéfredaktor: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Výkonný redaktor: JUDr. Miroslav Sedláček, Ph.D., LL.M.

Tajemnice: Mgr. Martina Holcová

Členové:

doc. PhDr. JUDr. Ilona Bažantová, CSc.

prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

doc. JUDr. PhDr. David Elischer, Ph.D.

prof. JUDr. Marie Karfiková, CSc.

doc. JUDr. Martin Kopecký, CSc.

prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., DSc.

doc. JUDr. PhDr. Pavel Maršálek, Ph.D.

prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc.

JUDr. Bc. Vladimír Pelc, Ph.D.

prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.

doc. JUDr. Vojtěch Stejskal, Ph.D.

prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.

Externí členové:

prof. JUDr. Michael Bohdan (University of Lund)

doc. JUDr. František Cvrček, CSc. (ÚSP AV ČR, Praha)

prof. Dr.hab. Władysław Czapliński (Instytut Nauk prawnych Warszawa)

prof. JUDr. Jaroslav Fenyk, Ph.D., DSc. (Ústavní soud Brno)

prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Ústavní soud Brno)

prof. Dr. Michael Geistlinger (Universität Salzburg)

prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc. (PF UPJŠ Košice)

Dr. Kaspar Krolop (Humboldt Universität Berlin)

prof. JUDr. Jan Musil, CSc. (Ústavní soud Brno)

prof. JUDr. Václav Pavlíček, CSc., dr.h.c. (Západočeská univerzita, Plzeň)

prof. JUDr. Jiří Příbáň, DrSc. (Cardiff University)

prof. JUDr. Ján Svák, DrSc. (Ministerstvo spravodlivosti SR, Bratislava)

JUDr. Milada Tomková (Ústavní soud Brno)

prof. Dr. Miroslav Vítěz (Ekonomicki fakultet u Subotici)

prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc. (Masarykova univerzita Brno)

prof. JUDr. Petr Tröster, CSc. (Praha)

prof. JUDr. Alena Winterová, CSc. (Praha)

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 1/2021
Vol. LXVII

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) a zařazen v databázi DÓAJ (Directory of Open Access Journals).

Vědecký redaktor: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.
Vydala Univerzita Karlova
Nakladatelství Karolinum, Ovocný trh 560/5, 116 36 Praha 1
Praha 2021
www.karolinum.cz
Sazba DTP Nakladatelství Karolinum
Vytiskla tiskárna Nakladatelství Karolinum
Periodicita: 4×/rok
ISSN 0323-0619 (Print)
ISSN 2336-6478 (Online)
MK ČR E 18585