

ACTA  
UNIVERSITATIS  
CAROLINAE

---

IURIDICA 4/2024  
Vol. LXX



IURIDICA

---

4/2024

Vol. LXX

UNIVERZITA KARLOVA  
NAKLADATELSTVÍ KAROLINUM

*Vědecký redaktor:* prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

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

Všechny články tohoto čísla byly recenzovány.

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

© Univerzita Karlova, 2024

ISSN 0323-0619 (Print)

ISSN 2336-6478 (Online)

# OBSAH

## THE CZECH-CROATIAN COLLOQUIUM IN LEGAL THEORY

<i>Mario Krešić</i> : In Search of the Functions of the Legal System: Axiomatic and Methodological Stages . . . . .	11
<i>Marin Keršić</i> : Alternatives to Judicial Balancing: Interpretative-subsumptive Method according to Juan Antonio García Amado . . . . .	31
<i>Zsófia Folková</i> : Beyond Dualism(s): A New Approach to Legal Personhood in Contemporary Legal Theory . . . . .	43
<i>Karel Beran</i> : Protiprávní stav jako důvod vzniku objektivní odpovědnosti v českém soukromém právu . . . . .	55

## VARIA

<i>Pavel Šámal</i> : K některým problémům spojeným s pokračováním v trestném činu, trvajících a hromadnými trestnými činy . . . . .	71
<i>Tereza Kočárníková, Jan Beránek</i> : Judikatura prvorepublikového Nejvyššího soudu týkající se popuzování k zášti, násilnostem a jiným nepřátelským činům . . . . .	95
<i>Markéta Polendová</i> : Lze při zohlednění subjektivního a objektivního kritéria menšinové definice příslušníky LGBTI komunity považovat za menšinu? . . . . .	113
<i>Kristýna Bónová</i> : Peníze, nebo (soukromý) život! Ochrana osobních údajů v obchodním modelu <i>pay or okay</i> . . . . .	131
<i>Tomáš Dvořák</i> : Společenství vlastníků jednotek jako právnická osoba v právním řádu České republiky – některé otázky . . . . .	149
<i>Yahman</i> : The Law Liability of Non-Judicial Mediators in Land Right Disputes . . . . .	163
<i>Veronika D'Evereux</i> : Some Insights on Application of the International Law to the Damaged Environment during the War in Gaza . . . . .	177

## DISKUSE

<i>Petr Kolman</i> : Czech Administrative Procedural Law – Appeal Committees and Their Powers . . . . .	197
--	-----

## ZPRÁVY

<i>Václav Lipš: Report from the Czech-Croatian Colloquium in Legal Theory</i> . . . . .	209
<i>Kateřina Štěpánková: Zpráva z mezinárodní vědecké konference</i> <i>Zákoník práce a sociální zabezpečení 2024</i> . . . . .	213
<i>Ondřej Málek: Income Taxation Conference</i> . . . . .	215
<i>Radovan Štencel: Třetí ročník výjezdního semináře katedry trestního práva</i> <i>Právnické fakulty Univerzity Karlovy</i> . . . . .	217

# CONTENT

## THE CZECH-CROATIAN COLLOQUIUM IN LEGAL THEORY

<i>Mario Krešić</i> : In Search of the Functions of the Legal System: Axiomatic and Methodological Stages . . . . .	11
<i>Marin Keršić</i> : Alternatives to Judicial Balancing: Interpretative-subsumptive Method according to Juan Antonio García Amado . . . . .	31
<i>Zsófia Folková</i> : Beyond Dualism(s): A New Approach to Legal Personhood in Contemporary Legal Theory . . . . .	43
<i>Karel Beran</i> : Unlawful State of Affairs as a Ground for Strict Liability in Czech Private Law . . . . .	55

## VARIA

<i>Pavel Šámal</i> : On Some Issues Related to the Continuation of the Offence, on Going, and Cumulative Offences . . . . .	71
<i>Tereza Kočárníková, Jan Beránek</i> : The Jurisprudence of the Supreme Court of the First Republic Concerning Incitement to Hatred, Violence, and Other Hostile Acts . . . . .	95
<i>Markéta Polendová</i> : Can Members of the LGBTI Community Be Considered a Minority Taking into Account the Subjective and Objective Criteria of the Minority Definition? . . . . .	113
<i>Kristýna Bónová</i> : Your Money or Your (Private) Life! Personal Data Protection in the Pay or Okay Business Model . . . . .	131
<i>Tomáš Dvořák</i> : The Association of Unit Owners as a Legal Entity in the Legal System of the Czech Republic – Some Issues . . . . .	149
<i>Yahman</i> : The Law Liability of Non-Judicial Mediators in Land Right Disputes . . . . .	163
<i>Veronika D'Evereux</i> : Some Insights on Application of the International Law to the Damaged Environment during the War in Gaza . . . . .	177

## DISCUSSION

<i>Petr Kolman</i> : Czech Administrative Procedural Law – Appeal Committees and Their Powers . . . . .	197
--	-----

## REPORTS

<i>Václav Lipš</i> : Report from <i>the Czech-Croatian Colloquium in Legal Theory</i> . . . . .	209
<i>Kateřina Štěpánková</i> : Report from the International Scientific Conference <i>Labour Code and Social Security 2024</i> . . . . .	213
<i>Ondřej Málek</i> : Income Taxation Conference . . . . .	215
<i>Radovan Štencel</i> : Third Annual Seminar of the Department of Criminal Law, Faculty of Law, Charles University. . . . .	217



# THE CZECH-CROATIAN COLLOQUIUM IN LEGAL THEORY



## IN SEARCH OF THE FUNCTIONS OF THE LEGAL SYSTEM: AXIOMATIC AND METHODOLOGICAL STAGES

MARIO KREŠIĆ\*

**Abstract:** The theory of artifacts can be understood as primarily focusing on function when counting something as an artifact. With that starting point, projects aimed at the identification of the function of law contribute to arguments about categorizing law as an artifact. The purpose of this study is to highlight the challenges of this endeavor. Before beginning with search for law-functions, questions about the postulates on the relations between an artifact, law, and function (axiomatic stage) have to be addressed and the proper methodological approach must be found which is capable of addressing the contingency problem (methodological stage).

**Keywords:** artifact; legal system; function; essentialism; conventionalism; minimum content of law

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.157

### 1. INTRODUCTION: THE ROUTE PLANNER FOR THE EXPLORER

In 1979, Joseph Raz reported that “*the concept of the functions of law is, quite obviously, of major importance to any theory of law which attempts a general explanation of the nature of law*”.<sup>1</sup> The degree of importance of this concept to the artifact theory of law (ATL), at least according to some versions of this theory, has been promoted from *major importance* to the level of essential importance. This statement becomes *quite obvious* in light of the presumption of some versions of ATL that law necessarily has a function. This emphasis of the concept of functions has led legal theorists interested in ATL to search for the functions of law.<sup>2</sup>

The search for the functions of law can be structured in sequences and this article is a part of the larger project of mapping that structure. In other words, there is a proper

\* I am indebted to Kenneth E. Himma and two anonymous reviewers for comments on an earlier draft.

<sup>1</sup> RAZ, J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press, 1979, p. 16.

<sup>2</sup> See: EHRENBERG, K. M. Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2009, Vol. 29, No. 1, pp. 91–113; EHRENBERG, K. M. *The Functions of Law*. New York: Oxford University Press, 2016; HIMMA, K. E. The Conceptual Function of Law: Law, Coercion, and Keeping the Peace. In: BURAZIN, L. – HIMMA, K. E. – ROVERSI, C. (eds.). *Law as an Artifact*. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 136–159; JOVANOVIĆ A. M. *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

route an ATL scholar must take when searching for the functions of law following that map. We propose that the route includes the following sequences: 1) axiomatic; 2) methodological; 3) classificatory; and 4) analytical (analysis of proposals for the function of law). The criteria for evaluating this map are the following: (1) the sequences of the route must be visible; (2) different views regarding directions must be clarified; and (3) challenges on the road must be detected.

The goal of this article is to contribute to the development of such a meta-theory. In this contribution the first two sequences of the route will be articulated.<sup>3</sup> The results are intended to clarify the following elements of a theory on the functions of law: the postulates it starts from; the conceptions of law underlying a theory; the purposes of a theory; and the concepts, methods, and classifications that theory uses for identifying the functions of law. The article will also present the main problems that can affect the search for the functions of law at the first two stages.

Before determining the functions of law, in the axiomatic sequence questions regarding the relations between the concepts of an artifact, law, and function have to be addressed (sec. 2). We will refer to issues on functions from the perspective of the philosophy of artifacts. The analysis will present challenges for the thesis that law has a function and clarify the meaning of the term function. Analytical differentiations useful for understanding the concept of function of law will be presented. In the introduction we will mention the differentiation between output (result) function and operative (operation) function. Namely, the prevailing narrower definition of function refers to the delivery of results (outputs) to users. The meaning of function will be broadened in a way to include not only the delivery of results (outputs) to users but also its operative (operation) function. The latter is a term for a structural process contained by some artifacts, e.g., a computer, which enables the production of an artefact's results (outputs).

In the methodological sequence (sec. 3) the conflict between essentialism and conventionalism will be addressed. The set-up for analyzing the analytical and folk concepts of law will be structured in order to clarify their conceptual and methodological insights about law. Next, how the main insights of both concepts can be united through the mental experiment of the museum of law will be presented. The contingency problem is the main concern of the methodological sequence. There are two meanings of the concept of contingency. The first refers to the status of empirical propositions which, in contrast to non-empirical (logical) propositions, are not necessarily true but depend on empirical data which can change.<sup>4</sup> The second meaning of contingency is the impossibility *"to step outside the various vocabularies we have employed and find a metavocabulary which somehow takes account of all possible vocabularies, all possible ways of judging and feeling"*.<sup>5</sup> We are primarily focused on the concept of contingency understood in the first sense but also take into account situations covered by the second meaning. It is easy to recognize the problem of mutual understanding among speakers

---

<sup>3</sup> For the analysis of the second two sequences see: KREŠIĆ, M. In search of the Functions of the Legal System: Classificatory and Analytical stages. In: BURAZIN, L. – HIMMA, K. E. – ROVERSI, C. – BANAIŠ, P. (eds.). *The Artifactual Nature of Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2022, pp. 47–65.

<sup>4</sup> POPPER, K. *The Logic of Scientific Discovery*. 2nd ed. London and New York: Routledge, 2002, p. 274.

<sup>5</sup> RORTY, R. *Contingency, Irony, and Solidarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. xvi.

of different legal languages. The same problem can be noticed in interactions involving persons belonging to communities of diverse sub-languages which developed through specific practices of the community sharing *one* legal language. The problem also exists among proponents of contrasting theories about legal languages. Hence, given the definitions of the contingency above, any statement on the universal function of law is faced with counterarguments about the contingency of functions especially when people speak different languages.

## 2. THE ARTIFACTS, LAW AND FUNCTIONS

It is generally believed that artifacts have functions.<sup>6</sup> In the philosophy of artifacts, this belief is formulated in a way which sometimes expresses the necessary connection between two concepts. This is apparent in the postulate that “*the nature of an artifact lies in its proper function*”<sup>7</sup> and according to which “*one of the defining characteristics of artifacts is that they have functions; they are for something*”.<sup>8</sup> Legal theorists have recently echoed that law is an artifact.<sup>9</sup> Consequently, the claim that law is an artifact implies that law has a function.<sup>10</sup>

The logical justification for law-function link can be presented as:

- (1) proposition 1: every artifact has a function;
- (2) proposition 2: law is an artifact; and
- (3) conclusion: law has a function.

If the function of law cannot be identified, then law is left outside the category of artifacts (at least outside the list of proper artifacts). Scientific curiosity to ascertain whether there exists what a theory claims to exist, and the inclination to either bolster or refute a theory such as the ATL, are good reasons why legal scholars would search for the functions of law. But, before the search for the functions of law can commence, the explorer has to cope with theoretical controversies regarding propositions one and two on which the conclusion that *law has a function* is grounded. The following sections 2.1 and 2.2 are dedicated to these issues.

---

<sup>6</sup> JUVSHIK, T. Function essentialism about artifacts. *Philosophical Studies*. 2021, Vol. 178, No. 2, pp. 1–22; OLIVERO, I. Function is not enough. *Grazer Philosophische Studien*. 2019, Vol. 96, No. 1, pp. 105–129; *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*: “A standard philosophical definition of ‘artifact’— often assumed even when not explicitly stated – is that artifacts are objects made intentionally, in order to accomplish some purpose” (Hilpinen 1992; 2011). (Artifact. In: *Stanford Encyclopaedia of Philosophy* [online]. 2022 [cit. 2024-08-13]. Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/artifact/>).

<sup>7</sup> BAKER, R. L. The Ontology of Artifacts. *Philosophical Explorations*. 2004, Vol. 7, No. 2, p. 102.

<sup>8</sup> HUGHES, J. An artifact is to use: An introduction to instrumental functions. *Synthese*. 2009, Vol. 168, No. 1, p. 179.

<sup>9</sup> See: EHRENBERG, *The Functions of Law*; BURAZIN, L. – HIMMA, E. K. – ROVERSI, C. (eds.). *Law as an Artifact*. New York: Oxford University Press, 2018.

<sup>10</sup> BURAZIN, L. Law as an Artifact. In: SELLERS, M. – KIRSTE, S. (eds.). *Encyclopedia of Philosophy of Law and Social Philosophy*. Dordrecht: Springer, 2019, p. 2.

## 2.1 ARTIFACTS AND FUNCTIONS

In this section, we will briefly identify the framework for discussing the first proposition that every artifact has a function. The set-up is shaped by two counterclaims related to the proposition and two main types of vagueness concerning the concept of function.

The philosophical debate on the functions of artifacts has not ended<sup>11</sup> and for legal theorists this means they should be careful when taking final positions. For instance, is it really correct to claim that every artifact has a function? What might seem to most people in principle to be a true statement, in reality might be contradicted by exceptions. In conformance with Karl Popper's response to black-swan problem<sup>12</sup> we should insist on testing this universal claim of ATL. Is it possible that some products of humans have no function at all or that people have an illusion of function which in reality does not exist?

The philosophy of artifacts accepts that some artifacts exist without any real function for society.<sup>13</sup> For instance, we can wonder whether a banana displayed on the wall in a museum has any function? The reply is that this thing is an artistic piece which has the function of inducing an aesthetic experience. However, the banana still might not be seen as an object of art by an audience and consequently for this audience the banana has no function in the context of museum. This point about artifacts of art can be bypassed for the purpose of researching the function of law by assuming that public artifacts that are not primarily artistic have a function.<sup>14</sup> However, we can challenge this thesis as well. It is worth mentioning an ongoing philosophical debate regarding the *phantom function* of some artifacts such as the function of fengshui mirrors to deflect bad qi or the function of rabbits' feet to bring good luck.<sup>15</sup> These examples leave open the possibility that at least some artifacts might not have any real effect although they are believed by their users to have those effects. The problem can be resolved by distinguishing what the thing is really constructed for e.g., the function of a toy for amusement, from what they represent in the use e.g., magic wands. Still, the problem remains in cases where this distinction does not exist.

<sup>11</sup> See: HOUKES, W. – VERMAAS, P. E. Actions Versus Functions: A Plea for an Alternative Metaphysics of Artifacts. *The Monist*. 2004, Vol. 87, No. 1, pp. 52–71; HOUKES, W. – VERMAAS, P. E. *Technical functions: On the Use and design of Artefacts*. Dordrecht: Springer, 2010; MILLIKAN, R. G. *Language, Thought, and Other Biological Categories: New Foundations for Realism*. Cambridge: MIT Press, 1984; MILLIKAN, R. G. Wings, Spoons, Pills, and Quills: A Pluralist Theory of Function. *The Journal of Philosophy*. 1999, Vol. 96, No. 4, pp. 91–206; THOMASSON, A. L. Artefacts in Metaphysics. In: MEIJERS, A. (ed.). *Philosophy of Ontology and Engineering Sciences*. Amsterdam: Elsevier, 2009, pp. 191–212; THOMASSON, A. L. Public Artefacts, Intentions and Norms. In: FRANSSEN, M. – KROES, P. – REYDON, T. A. C. – VERMAAS, P. E. (eds.). *Artifact Kinds: Ontology and the Human-Made World*. Dordrecht: Springer, 2014, pp. 57–74; PRESTON, B. Why is a Wing like a Spoon? A Pluralist Theory of Function. *The Journal of Philosophy*. 1998, Vol. 95, No. 5, pp. 215–254; PRESTON, B. Philosophical Theories of Artifact Function. In: MEIJERS, A. (ed.). *Philosophy of Ontology and Engineering Sciences*. Amsterdam: Elsevier, 2009; PRESTON, B. *A Philosophy of Material Culture: Action, Function, and Mind*. New York: Routledge, 2013.

<sup>12</sup> Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, pp. 3–26.

<sup>13</sup> See: THOMASSON, *Public Artefacts, Intentions and Norms*, p. 59.

<sup>14</sup> EHRENBERG, *The Functions of Law*, p. 137.

<sup>15</sup> See: PRESTON, *A Philosophy of Material Culture*; HOLM, S. The Problem of Phantom Functions. *Erkenntnis*. 2017, Vol. 82, No. 1, pp. 233–241.

For instance, if norm-creators who are also norm-users believe that compliance with a norm on the elimination of bad-luck sailors will bring good luck to a ship then a sailor can willingly accept his death as the inevitable consequence of this norm. The function of the elimination of bad-luck sailors could be explained, according to some rational criteria, as a phantom function in malfunctioning law. But in the context of the society where the norm on the elimination of bad-luck sailors is autonomously applied, the function of sacrificing is perceived by norm-users as the correct function to survive as the society. A legal system based exclusively on such phantom functions is something that could appear in the future.

The phantom functions' problem is an important issue for the ATL but we cannot tackle it here. However, this problem can be temporarily resolved in two steps for the purpose of the project of searching for the function of law. One, the possible irrationality of legal institutions still does not mean that the legal system as a whole does not have a rational function. Two, even if at the end of the search the function of law is judged to be a phantom function, this result does not make the project of searching for the function of law pointless. We first have to identify the function of law to be able to classify it as a phantom function.

In addition to questions about the postulates regarding the existence of the function of a thing, important questions which theory on functions of law must address refer to the concept of function itself.

We have made a distinction between real and phantom functions. Two further distinctions in functions have to be highlighted. We need to determine whether the term *function* refers to the actual effects it produces in a society, or the purpose (the point) of the artifact.<sup>16</sup> According to how most people use the term *function*, it refers to the purpose of an artifact although it is also used to refer to the production of certain effects.<sup>17</sup>

Another ambiguity regarding the term *function* is the following. On the one hand, it can refer to the ultimate purposes and/or effects they have on a society. Here again an additional question arises: whether *function* means one key output-function (necessary for appearance of all other possible functions) or whether it denotes different output-functions of equal importance. On the other hand, the word *function* is used to refer to the functions a thing performs for the production of an abstractly defined output which can then serve different purposes or produce different effects.

For instance, the computer in the Ministry of Justice has the function to detect current local criminals and the function of the computer in the Holocaust Museum is to remind visitors of the past war criminals. Then again, two computers together can be perceived as having the function of suppressing undesirable behavior. At the same time, both objects have a function to process information. What is the function of this artifact?

---

<sup>16</sup> On different meanings of "function" see: TWINING, W. A. PostWestphalian Conception of Law. *Law & Society Review*. 2003, Vol. 37, p. 214.

<sup>17</sup> "It is, I think, admitted on all hands that human purposes and intentions have something to do with the functions of artifacts." (PRESTON, *Philosophical Theories of Artifact Function*, p. 218). See: definition in the *Stanford Encyclopedia of Philosophy* in note 6. When authors address phantom functions, they deal with the effects of the artifacts. See e.g., note 15.

Although the function of something is usually held by theorists to mean the final result or outcome (output) of the process,<sup>18</sup> it seems useful at least in some cases like the computer to accept the meaning of function as including the operative function. In such cases, the end-result (output) of the artifact can remain undetermined (abstract results perceived to serve in multiple ways). This is especially relevant to law.

## 2.2 ARTIFACTS AND LAW

The recent account of law as belonging to the genre of artefacts<sup>19</sup> has indicated profound, although sometimes discordant, insights in favor of the thesis that law is an artifact. This claim will not be repeated or questioned in this inquiry focused on functions. However, we will address the important implication of this thesis for the identification of function in the legal context.

That a function is a *function of law* means that the function belongs to law, and since the law is consisted of norms, a function of law also has to be constituted by legal norms. If we claim that all legal systems have the same function, this means that some minimum content of a legal system has to be the same in all legal systems.

The claim that all legal systems have the same norms named as the minimum content of law, does not mean that all other norms that refer to that minimum content have to be the same. Only norms that are necessary for a function to exist have to be the same. For instance, if the function of law is considered to be the control the killing of people, then some norms necessary for controlling such behavior have to exist in the system. At the same time, some legal systems might permit killing of disfavored minorities.

In contrast, some theorists claim that the thesis on law as an artifact implies that the content of law is contingent. Schauer believes that “*the most important feature of artifacts is their contingency*”, and that different cultures may have different concepts of law.<sup>20</sup>

The conflict between these two theses – that law as an artifact has a function and the thesis that law as an artifact has a contingent content – reflects the tension between two methodological approaches to law: essentialism and conventionalism.<sup>21</sup> However, as Twining correctly noticed this tension can be perceived as the result of mixing analytical and folk concepts of law.<sup>22</sup> As it is important for the ATL in general to make the difference between analytical (theoretical) and folk concepts of law,<sup>23</sup> it is even more important for the position of the ATL on functions of law. As we will see below, conventionalism can accept that law is an artifact and deny the thesis on function as a feature of law.

---

<sup>18</sup> See authors mentioned in notes 2 and 11.

<sup>19</sup> See e.g., BURAZIN – HIMMA – ROVERSI, *c. d.*

<sup>20</sup> SCHAUER, F. Law as a Malleable Artifact. In: BURAZIN, L. – HIMMA, E. K. – ROVERSI, C. (eds.). *Law as an Artifact*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 36, p. 43.

<sup>21</sup> On this tension see: TAMANAHA, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*. New York: Oxford University Press, 2001.

<sup>22</sup> TWINING, *PostWestphalian Conception of Law*, p. 230.

<sup>23</sup> See: BURAZIN, L. Practical concepts of Law as an artifact. *Pravni vjesnik*. 2015, Vol. 31, No. 3–4, pp. 65–76.



According to some authors,<sup>24</sup> the concept of law is determined by our linguistic conventions for using the term *law* together with certain philosophical assumptions about its nature which are implicit in those conventions. An analysis of the concept of law is based on those conventions and purports to express necessary truths about the nature of law as our conventions define them. Statements about the nature of law are conditionally necessary in the sense that they flesh out the assumptions that underlie conventions that can change. This clarification of the conceptual analysis could be used to claim that no tension between essentialism and conventionalism exists and that those who claim the opposite have not really understood what it is that conceptual analysts do.

The detailed exposition of the analytical and folk concepts of the nature of law that follows in the next section is also aimed at resolving this tension. Even if we are not successful in achieving that goal, this exposition might be useful for highlighting characteristics of essentialism and conventionalism which can mitigate the tension.

### 3. FUNCTIONS IN THE METHODOLOGICAL GAP

The search for the functions of law will fall into a methodological gap only if essentialism is understood exclusively as a position that law has a necessary minimum content independent of what those subject to the law consider to be law and conventionalism is understood as the position that law is any social practice recognized as law by those subject to the law. Under the assumption that essentialism gives priority to an analytical concept of law and conventionalism prioritizes a folk concept of law, the analysis of both concepts might identify elements for bridging the methodological gap.

#### 3.1 THE ANALYTICAL CONCEPT

In the context of the identification of the minimum content of law pertaining to its functions, the analytical concept of law refers to the results of the conceptual practices of those who research the nature of law. First in line are legal theorists, but also others e.g., judges and legal scientists when thinking about the features of law as theoretical propositions which, at least in some cases, can influence their own practices of resolving practical problems. We will stress the following distinctions that are important for the construction of an analytical concept: weak versus strong essentialism, local versus trans-local subject of research, deductive versus inductive method, and theoretical versus practical purposes.

The difference between strong and weak essentialism refers to our cognition. Strong essentialism corresponds to what Popper means by methodological essentialism.<sup>25</sup> The claim of the minimum content of the legal system expressed in this context means that the content exists independently of any social practice. This position would be considered by opponents to it as the metaphysical trademark of classical theories of natural

---

<sup>24</sup> See: HIMMA, K. E. *Morality and the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 9.

<sup>25</sup> POPPER, K. *The Open Society and Its Enemies*. London and New York: Routledge, 2011, p. 29.

law. Although this kind of legal theorizing suffers from real problems to attract attention nowadays, metaphysical elements can still be found in many other theories. For instance, following some explanations of conceptual analysis,<sup>26</sup> someone could claim there are metaphysical traces in analytical jurisprudence. This explanation could be understood in the following way. What our linguistic conventions do is tie a word we use to a particular concept; the word *law* refers to one antecedently existing concept given our conventions for using the word, but it would refer to another existing concept if the definition changes. However, every possible concept, which includes ones we don't have, could be said to exist in logical space the way numbers do and consequently those concepts, like numbers, exist independently of anything we do.

The proponents of strong essentialism believe that the minimum content of law exists as an absolute category which just have to be discovered. In opposition to this claim, conventionalists argue that it is not possible to understand the nature of law independently of the conventions we use to define it.

A weak essentialism can be understood as the method of stipulating the content of concepts. The minimum content of the legal system, created by humans for specific purposes of better understanding and utilizing the natural and social phenomena that surround them, is an example. This does not mean that the development of a conceptual framework is arbitrary. Among different conceptual frameworks some can serve the purposes of the theoretical practice better than others.

An analytical framework can be developed for investigating local or trans-local phenomena. Local phenomena refer to the features (including functions) which appears in a single normative framework, while trans-local phenomena pertain to features of several different normative frameworks which could share some common features. If the goal of the theoretical practice is to research trans-local phenomena, then the analytical tool has to be adequate for identifying what is common in different local phenomena. It is about developing analytical frameworks that transcend local cultures.<sup>27</sup> This is the point of comparative legal sciences such as comparative constitutional law and comparative criminal law.

The *essential* features (including functions) of the different phenomena can be stipulated, or discovered as strong essentialism claims, by using different approaches. We will mention two main groups of approaches: inductive and deductive.

Some authors<sup>28</sup> have supported the inductive method for identifying the general function of law by aggregating of data related to legal enactments and have advocated for a combination of conceptual analysis and collection of data from social and legal sciences related to enactments. This methodological approach is difficult to implement<sup>29</sup> but it is possible to combine inductive and deductive approaches.

---

<sup>26</sup> HIMMA, *Morality and the Nature of Law*, pp. 5–27.

<sup>27</sup> TWINING, *PostWestphalian Conception of Law*, p. 230.

<sup>28</sup> EHRENBURG, *The Functions of Law*, p. 138, p. 144.

<sup>29</sup> Luka Burazin has noticed that Ehrenberg's methodological approach remains only idea in his book and that he has not engaged in the methodological approach he advocates. BURAZIN, L. Legal systems, intentionality, and a functional explanation of law. *Jurisprudence*. 2019, Vol. 10, No. 2, p. 234.

We have to start with stressing the difference between the phase of developing an analytical concept, which can, but does not have to, include an inductive method of collecting data from the phase of testing what was stipulated in the analytical concept by, for instance, exploring the folk concept.

The comparative constitutional law scholar can inductively develop a theory by examining many particular legal orders and based on the data collected categorize 193 state-legal-orders in the world. For instance, they could claim that all of them can be grouped in the following way: 191 orders containing norms on protecting a specific list of rights, 190 orders containing norms for changing the constitution through a procedure that is more complicated than for changing ordinary statutes, and 177 orders containing norms on judicial review.

The legal theorist can in some way deductively develop types of law or some parts of it e.g., constitutionalized and non-constitutionalized legal orders. This process can include an informed view on the discourse of the comparative constitutional law concerning different models of order, and also contemplation of more abstract concepts such as a *property of norm*. The same deductive approach can be used for developing an analytical concept of law.

Whatever approach is used for developing analytical concepts, they can be formulated in a way suitable for testing according to some criteria. For instance, by inductive methods using updated collected data.

Analytical frameworks can be developed for theoretical purposes exclusively, but they can also have practical consequences when used by legal practitioners. Some authors<sup>30</sup> are opposed to the idea that the conceptual analysis of law has practical consequences. What we claim here is not that the development of legal theories necessarily deals with practical problems as for instance, the science of polish criminal law does. It is only claimed that analytically developed concepts if adopted by those in practice, can influence practical issues.

The practical implications of the theoretical frameworks can be seen with regard to the descriptions of the legal system or its institutions. The explanation of how a theoretical framework of the legal system can influence practice requires separate research. The explanation of how a theoretical framework of legal institutions can influence practice will be clarified here.

We are aware of different arrangements of marriage in different cultures which can still be considered as belonging to the same institution of marriage as described by a theorist. From the theoretical point of view, the question of what makes an arrangement of marriage belonging to an abstract institution of marriage depends on the essential elements of the concept of marriage advanced by the theory and among these elements the functions of marriage could play a role. Now, in some particular legal order, marriage can be defined by legal actors only as the relation between a man and a woman. When saying that legal actors define the term *marriage* we think of legal definitions of marriage which can be found in i.e., Croatian or Polish constitutions or other relevant legal practices.

---

<sup>30</sup> HIMMA, *Morality and the Nature of Law*, pp. 18–27.

For instance, Article 18 of the Polish Constitution actually defines what is to be considered marriage and only relationships which fulfil the features of *marriage* can produce legally relevant effects of special care by state: “*Marriage, being a union of man and woman [...] shall be placed under the protection and care of the Republic of Poland.*” Definitions like this can be found in the Croatian Constitution and its enactment is also proposed by some actors in the USA and Russia.

For the purpose of simplification, we can imagine that the definition provided by the legislature becomes, or corresponds to, public opinion. Whether a theorist likes it or not, it is only one man and one woman who can enter the arrangement of marriage in the local community, accepting the definition of marriage as the *union of man and woman*. This definition enables legislatures to provide certain benefits to married people and deprive persons in other types of partnership of such benefits. Of course, it is a matter of interpretation, possibly reflecting different understandings of this legal concept by parliament and the supreme court, about what is to be a reasonable benefit of marriage.

But if a theorist is involved in researching trans-local phenomena of different relations between humans that exist in different cultures, this local definition can be perceived as only one example of the abstract institution of marriage. The purposes of marriage can be different in different linguistic practices. For instance, from the point of view of a religion the function of marriage might be to legitimize sexual relations in the eyes of God, and the point of legal marriage might be to assign specific duties and rights to the parties that encourage the development of stable relationships for the purpose of creating a family. Different cultures see marriage differently, but it can be said that they count as a legal marriage if they serve the purposes defined by the universal legal language. Of course, this statement is necessarily true only from the theoretical point of view.

When a scholar employs the inductive method of comparing different types of marriage, they will find out that the existing concept of marriage *being a union of man and woman* is not accurate and they need a broader concept. But even if the inductive method concludes that marriage in all cultures at the moment exists only as the relation between a man and a woman, they could develop for the purpose of classification a concept of marriage which is more abstract without relying completely on the existing practice of legal cultures but still relying on the existing practice enough not to develop a utopian concept.

On a higher level of abstraction, from the point of view of legal theory we can say that the institution of marriage is the relation between subjects empowered by particular legal systems to establish such a relation by a specific process (how question) that performs the function (why question) of providing facilities for private arrangements between individuals and possibly the redistribution of goods.<sup>31</sup> These functions can result in realization of further social and individual interests or disinterested purposes.

It depends on a legislature’s will whether the relations of marriage are to be enacted following the most abstract and broadest concept or the narrower meaning of

---

<sup>31</sup> On how-why questions see: TUZET, G. A Strange Kind of Artifact. In: BURAZIN, L. – HIMMA, E. K. – ROVERSI, C. (eds.). *Law as an Artifact*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 238.

the concept discriminating against some types of partnerships based on idea that such differences ground specific interests and purposes. What theory can offer to practice is, firstly, to develop types of marriage corresponding to all instances of marriage found in different cultures in accord with some criteria (including the functions of marriage) and, secondly, to develop, based on such categorization, models of marriages which might be at the disposition to policy-makers. If the actors accept a theoretical model in their legal practices, we can say that theory has influenced the practice.

### 3.2 FOLK CONCEPT

The term *folk concept* in legal theory denotes ordinary peoples' beliefs about the nature and content of law. The term is used to refer to the ordinary intuitions people have about the nature and content of law that ground the linguistic conventions for using the term *law*. Conceptual analysis is supposed to flesh out those folk intuitions to the extent that they are coherent.<sup>32</sup> Following this understanding of the term *folk concept of law*, we will use it to stress the difference between concepts developed by legal theorists and those actually used by norm-users (in a broader sense). The approaches to law which prioritize the folk concept as what truly matters in researching the law, shift the focus from the meta-language of theoretical constructions to the language of actual practice which is the subject of theoretical meta-language. We will identify three insights which the gestalt-switch from theory to practice discovers as important for law-functions explorers.

Firstly, insisting on using folk concept correctly reminds us that legal concepts depend on the human mind, on the consciousness of humans if we use the terminology of Alf Ross. The primary and irreducible forms of consciousness are beliefs (conceptive or cognitive) and attitudes (interests). Assuming a given attitude, cognition (beliefs) can direct the action whereas beliefs are shaped by concepts.<sup>33</sup> However, it is important to notice that for an artifact to exist it is enough that it exists in someone's mind. It is not necessary that it exists in the consciousness of all subjects relevant to some practice.

For instance, the banana in the museum can exist as an artifact for the artist although the public in general refuses to recognize the banana as the same artifact as the artist thinks it is. In the same vein, the concept of law can exist in the minds of those interested in the legal theory. Even if it is not present in the minds of those people whose practice the theory describes, it is an artifact accepted by the group (or theoretical school) of legal theorists. On the other hand, it is presupposed that the point of the community that explores the reality is to develop their artifacts with some theoretical or practical purpose regarding reality, and the reality of the legal theory as well as of legal science is the specific social practice of people.

Secondly, the proponents of folk concepts, in opposition to what was noted above, stress the importance of the mind not of legal theorists, but the minds of those who

---

<sup>32</sup> See: JACKSON, F. *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

<sup>33</sup> ROSS, A. *On Law and Justice*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004, p. 299.

participate in the particular social practice. Further, it is important to make distinctions between different groups of norm-users.

Norms are used by professionals (legislators, judges, administrators) performing the functions of law, professionals (prosecutors, attorneys in law) who can activate the functions of law and ordinary citizens who are affected by the law. When talking about folk concepts, scholars are usually focused on ordinary citizens (folk in the narrow sense) although legal professionals have their own concepts in mind that are different from the concepts of ordinary people. For instance, if you ask an ordinary citizen and a judge what are the sources of law or what is discrimination, or a victim, the answers will be different. It could be that both discourses, at least in some areas of experience, belong to the same language but it does not have to be the case for all the experiences of law. The methodological question is which discourse of legal practice is relevant for legal theorists? When talking about a folk concept in this paper, if not explicitly stated to the contrary, we will presume that it covers both professionals and folk in the narrow sense.

Finally, the folk concept stresses the contingent character of law. The contingency thesis can be divided in two parts.

The first part refers to the contingency of the appearance of law which implies that the law, as well as any other artifact, does not have to exist and might cease to exist at some point.<sup>34</sup> If there was no concept of law in the minds of some people, the artifact law would not exist. As stressed above, not everyone must have a concept of law in a community for law to exist as an artifact. Babies don't have a concept of law. But at least some folk or legal theorists have to have that concept.

The second part refers to the contingency of the content of law, that is that different conceptions of law exist in different communities. By distinguishing between these two parts of contingency thesis and focusing only on the second part, we can construct the weak and strong contingency thesis.

The weak contingency thesis can be defined as claiming that most of the content of legal systems in different cultures may be, and usually, is different, but denies the possibility that the overall content of the legal system in one community can be completely different from the contents of the legal systems in other communities. For instance, a theorist could claim that every legal system has to prohibit some acts that breach the peace, and if there is no prohibition on killing innocent people or theft it's not a legal system. All other content can be different in different cultures. The proponents of this thesis can be called weak conventionalists and they could agree with both groups of essentialists.

The strong contingency thesis can be stipulated as accepting the possibility of the existence of *law* in a community with no minimum content of law the same in other communities regulated by law. If no additional constraints were made, this thesis could be formulated as “[l]aw is whatever people identify and treat through their social practice as law”.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> SCHAUER, *Law as a Malleable Artifact*, p. 36.

<sup>35</sup> TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, p. 194.

The proponents of this thesis can be called strong conventionalists. If an essentialist accepts that folk terms are defined by folk linguistic conventions, they could agree that in a trivial sense the strong contingency thesis is correct. But as formulated here, the thesis refers not to different terms for the same thing, but to the completely different content of concepts that, for some reason, are called law according to a strong conventionalist's view. For instance, if citizens of an island have in their consciousness only traditional rules prescribing only transcendental inconveniences for not obeying the rules, while the state's normative system which forbids the use of force does not touch citizen's consciousness, the concept of law of that island culture will not include the concept of sanctions enforced by humans. However, it still should be considered law and not something else.

### 3.3 THE MUSEUM OF THE LAW

The above insights about analytical and folk concepts of law can be assembled into one method of researching law and exploring the functions of law in particular. Imagine the project of opening a museum of law.<sup>36</sup> This mental experiment seems to be a suitable tool for explaining a method since we start from the presupposition that law is an artifact and that the museum is the usual place where artifacts are displayed for those interested in experiencing them.

The purpose of our museum is to put the legal system before the public as an intellectual artifact whereby physical artifacts serve to present it. To be more precise, the point of this museum is to manifest diverse models of legal orders and to portray what distinguishes this kind of social practice from other practices. We will expand this idea of the purpose of the museum with additional requirements later on through the explanation of the story.

In addition to the purpose of the museum stated above, we need in this museum of law, like in any other, a specific classification for systematically distinguishing artifacts and to store them in different units: similar artifacts on the same shelf, and different ones on the different shelves.

Let us focus for a moment on the practice of classifying artifacts in museums in general.

Firstly, let's begin by illustrating what was previously said about weak essentialism.<sup>37</sup> The classification practice for the purpose of a museum fits with the idea of a stipulated *essence* of a thing without touching the tenets of strong essentialism. When using the term *stipulated essence*, this is not to say that a thing such as law really lacks any true essence, but only that humans could have different and possible incommensurable concepts about what is the essence. It could also be the case that we do not share, at least

<sup>36</sup> The primary objective of "imagining the project of opening a museum of law" is to contribute to the "understanding of a scientist's conceptual apparatus" (see KUHN, T. S. A Function for Thought Experiments. In: KUHN, T. S. *The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change*. Chicago: University of Chicago Press, 1977, p. 242). For more on thought experiments, see: Thought Experiments. In: *Stanford Encyclopaedia of Philosophy* [online]. 2023 [cit. 2024-08-13]. Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/thought-experiment/>.

<sup>37</sup> See page 7 above.

momentarily, common criteria which enables us to make the same decision on what is the *true* concept of a thing. What makes the discussion on the concept of law more complicated is the diversity of methods such as the method of identifying necessary and sufficient properties something needs to contain to be considered as that kind of a thing; or the method of identifying the typical features of a thing, which are not necessarily to be satisfied individually, for something to be considered as a kind of a thing.

We are aware that the artifacts in a museum can be organized in different ways, but the classification cannot be arbitrary.<sup>38</sup> For pragmatic reasons there should be a classification that will enable us to encompass all artifacts which are to be considered belonging to the same concept and separated from those belonging to others. And this classification can be better or worse, depending on the purpose to be realized. There is a requirement that the classification should be comprehensive so as not to lose sight of some of the past or existing artifacts of the kind we are interested in displaying. In addition, the classification should enable the preservation of enough space on the shelf for artifacts of the same kind that up to the moment are still not known but nevertheless can be reasonably expected to appear in the future. However, the classification has to be sufficiently selective to distinguish different kinds of artifacts, otherwise the museum would not be sufficiently informative about the differences among things in the world.

Secondly the practice of classification discovers the role of theorists.<sup>39</sup> This practice is not necessarily based on the account of the popular mind in some particular community because the purpose of the museum does not have to be to present artifacts as the ordinary people in the specific community perceive them. The classification can be based on the understanding of an expert who is knowledgeable in many, if not all, of the artifacts we want to display. In that context the theory involved in higher levels of abstraction can be useful for dealing with all existing and possible future instantiations of the type of artifact. Additionally, it is worth mentioning that the models of theorists on artifacts could be presented in the museum as artifacts.

In general, everything noted about the classification of artifacts in museums is applicable for our museum of law. Let us focus on other insights mentioned in previous subsections.

For the purpose of classifying artifacts of law, an analytical concept of law can be stipulated with the suggestion that the function of law is the *essential* feature of law (weak essentialism).<sup>40</sup> The concept can be developed deductively, but the process can also include the inductive method as much as possible to make conclusions important for defining the concept.<sup>41</sup> The purpose of the museum stipulated at the beginning of this section requires that the concept of law used for classification is not a concept of any particular municipal law or even of all municipal laws. It is a concept of law as trans-local phenomena in the broadest sense.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> This idea is based on Kantorovich's conceptual pragmatism. See: KANTOROWICZ, H. U. *The Definition of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958, p. 5.

<sup>39</sup> See pages 8 and 9 above.

<sup>40</sup> See pages 7 and 8 above.

<sup>41</sup> See page 8 above.

<sup>42</sup> See page 9 above.



In addition to what was already said about the museum, its purpose can be further specified as a theoretical-practical purpose: to achieve a better understanding of law and/or to use an understanding of law in legal practice. Or the purpose can be specified as providing information to legal professionals and/or ordinary citizens. The insights about the folk concept of law<sup>43</sup> are also important for these purposes and especially when resolving the contingency problem.

The contingency problem could be used to argue against the establishment of such a museum.<sup>44</sup> But, the weak contingency thesis does not have to necessarily contradict the project. By fully considering the diversity of the content of most legal systems which depend on particular cultural conditions, the museum is focused on identifying the minimum content of law that is the same in any community ruled by law.<sup>45</sup> If someone would like to reject the idea of the museum of law, the employment of the strong contingency thesis is better strategy since it claims the impossibility of the identification of the minimum content of law.

There are two possible answers to the strong contingency thesis: a) the scientific nature of the posited theory and b) the historical (genealogical) approach to concepts. One reply does not exclude the other, and both rely on the idea of the purpose of the project. In our project of the law museum, we imagine that these two additional purposes – the scientific theory and the historical approach – are both accepted by the directors of the museum.

Accordingly, the first reply to critics is to accept the contingency thesis as the requirement for testing the analytical framework which is a regular constraint for any theory purported to be scientific in a proper sense. The scientific construction of the theory of law includes embedding the property of falsifiability in the set of analytic claims about law.<sup>46</sup> Once the minimum content of the legal system is determined for the purpose of our museum, then we can test whether some normative systems contain the minimum content that is determined to be as *essential* to the law. If the stipulated minimum content of law does not exist in the phenomenon considered by some to be an instantiation of law, then we can correct our classification or remove the phenomenon from the shelf as not relevant for the museum.

The data for testing the analytical framework which presupposes a common denominator for different phenomena called law could be found in folk opinion i.e., whether people in different communities recognize the common denominator that is theoretically presupposed in the social practice which they call *law*. As already noted, the relevant folk group can be ordinary citizens and/or legal professionals.<sup>47</sup>

Until such an empirical investigation of the folk understanding of law occurs, the theorist developing an analytic concept is required only to accept the falsifiability thesis on common features of law.<sup>48</sup> In other words, they have to present the thesis of their

---

<sup>43</sup> See pages 10–12 above.

<sup>44</sup> See pages 10 and 11 above.

<sup>45</sup> See page 8 above.

<sup>46</sup> See *ibid.*

<sup>47</sup> See pages 8 and 11 above.

<sup>48</sup> See page 8 above.

theoretical practice as suitable to be abandoned if the data shows that people in some communities consider something to be law and characteristics presupposed by the researcher to be common are not recognized by that particular culture.

In the context of the purpose of the museum to be based on scientific theories, more or less strict methods could be used for stipulating concepts. The stricter method is to define concepts as a category of necessary and sufficient elements. The more flexible way would be to collect typical features, a method recognized in Wittgenstein's *family resemblance*<sup>49</sup> concept of law which allows important (in combination sufficient) but not individually necessary features of law. In any case, the scientific nature of theories can absorb the strong contingency thesis.

The second response to the strong contingency thesis relies on supporting the constructed concepts by historical data which reveal human nature. Since the purpose of the museum is trans-local in the broadest sense, the researcher will be forced to use existing knowledge on the human development from the very beginning of mankind and this knowledge can be found in the sciences of history.<sup>50</sup> If an analytical framework can be supported with such data, then it might be claimed that features of a particular legal order chosen by any historical community are not completely independent of a *universal* concept of law as developed through human history. For instance, the UN system of law has not appeared out of nowhere. The founding fathers designed this system in light of previous international law models and, more importantly, the concept of municipal law that has existed for centuries.

Historical research can confirm that the concept of law is not contingent although it can manifest in different forms. As a matter of fact, members of a community can use the term *law* for anything, as claimed by strong conventionalists, but something labelled by the word *law* would still not be the law from the perspective of others accepting the concept of law as containing universal content visible through the history of communities governed by law. In the eyes of those that share such a concept, when the *essential* content is removed from the normative system, it stops to be legal anymore. Even when strong conventionalists refer to primitive societies as societies under law to support their thesis, they are still mentioning some features of law e.g., punishment (centralized or decentralized) which can be considered as common to all legal orders in history. What they are criticizing, in fact, refers to analytical jurists who, according to them, claim the necessity of a higher level of development of these features through the establishment of centralized institutions for something to be called law.<sup>51</sup>

Finally, it is important to repeat that the purposes of the inquiries relevant for the museum are stipulated by the directors of the museum before the inquiries about law starts. These purposes are not claimed to be universal requirements for all and every project on opening museums. Consequently, there is no need to investigate whether some requirements for inquiry are universally better than others. The issue of criteria for distinguishing between different inquiries, for instance between scientific and

---

<sup>49</sup> WITTGENSTEIN, L. *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell, 1958, p. 32.

<sup>50</sup> This idea is closest to Alf Ross's concept of the 'dynamic sociology of law'. See: ROSS, *On Law and Justice*, p. 23.

<sup>51</sup> TAMANAHA, B. *A Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 86, 92.

non-scientific research, might be considered relevant or irrelevant to legal theory.<sup>52</sup> It depends on the purposes of the inquiry. For instance, in contrast to the scientific concept of theory, theory can also be understood as the result of a conceptual practice which is valuable *per se*.

Consider two notes on this understanding of legal theorists' practice as non-scientific conceptual practice. First, since it is concerned only with explaining *our* conceptual practices in a way that such explanations could be evaluated but are not intended to be tested in practice, this strategy seems to avoid the contingency problem. It is true that what a group calls *law* depends on the conceptual practice. However, there are no reasons why this practice should necessarily be uniform and thought to be *our* practice. It could be the case that different groups with different conceptual practices exist and produce concepts, of which at least some are not grasped by national dictionaries. Among these groups, legal theorists could be only one of them. Second, even if legal theorists are actually identifying *our* existing conceptual practice i.e., the conceptual practice of both ordinary citizens and legal professionals without testing their theories, conceptual analysis does not have to be the sole domain for their work. Besides this engagement, there exist other important theoretical practices that are valuable *per se*. The development of theoretical models on possible legal orders is valuable even when not utilized by current legal professionals or ordinary citizens. However, if the model is to be relevant for a discussion on legal problems it has to address the probability and conditions for its implementation.

Both notes show that a non-scientific approach to law, although ignoring the strong contingency thesis, still faces the contingency problem.

#### 4. CONCLUSION

In the previous sections, two sequences of reasoning on identifying the functions of law were revealed, different views enlightening important aspects of each stage were clarified and challenges requiring decisions for moving forward through them were detected. The diversity of propositions on functions were clarified by distinguishing the roles and types of functions found in artifact theories (sec. 2.1) and analytical and folk concepts of functions explained (sec. 2.2 and 3). The main challenges for the project searching for the functions of law recognized in the axiomatic and methodological sequences of inquiry are identified as the function-artifact relation (sec. 2.1) and the contingency problem (sec. 2.2 and 3). We will summarize the main insights and conclusions presented in the previous sections.

At the axiomatic stage, the reasoning starts by accepting two theses.

Accepting the proposition that an artifact has a *function* leads the researcher of law-functions to address counterclaims and clarify what it means to say that an artifact has a function. The two counterclaims are that not all artifacts have functions (the

---

<sup>52</sup> For critical stand towards such demarcations see: LEITER, B. Legal Positivism about Artifact Law: A Retrospective Assessment. In: BURAZIN, L. – HIMMA, K. E. – ROVERSI, C. (eds.). *Law as an Artifact*. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 11–12.

black swan problem) and that not all artifacts have real functions (the phantom function problem). The philosophy of artifacts accepts that the black swan problem can appear in some examples of artifacts, e.g., the artifacts of art. The problem could be caused by the disagreement between the creator of the artifact and the audience. But this disagreement seems not to exist for public artifacts such as law. The phantom function problem could be resolved by distinguishing what the thing is really created for from what it represents by its use. But, as has been shown, the problem remains in cases where this distinction does not exist. However, even if it is proven that some institutions of law have phantom functions, it does not mean that law itself has only phantom functions. To come to such a conclusion, the functions of law have first to be identified. And that means that this possible conclusion does not make the project on searching for the law-function pointless itself. There are several meanings of the term function which can be explained by making two key distinctions: function as purpose *v.* function as effect, and output function *v.* operative function. In the framework of these two distinctions, we can again distinguish real *v.* phantom functions and one key function *v.* several equal-value functions.

The acceptance of the proposition that law is an artifact can lead (depending on other stipulations) to a minimum content of law (MCL) thesis which in the context of functions means that norms that are necessary to exist for a function to exist must be the same in all legal systems. So, the task of the researcher of law-functions is to identify such norms. But before that, they must address the contingent content of law (CCL) thesis which opposes the idea that such norms exist. The conflict between these two theses is the result of the tension between broader conceptions of law and the solution should be sought by the proper analysis of the tension between essentialism and conventionalism.

At the methodological level, positions towards essentialism and conventionalism must be adopted. The proper analysis of the tension between them is based on the set-up for explaining the analytical and folk concepts of law. Within the proposed set-up, the analytical concept refers to the conceptual practices of those who research the nature of law, and the folk concept refers to the conceptual practices of norm-users. Norm-users are ordinary citizens (original version) and legal professionals applying legal norms.

The proposed analytical set-up uses analytical tools for better understanding the relevant conceptual practices. In the domain of analyzing the analytical concept, these tools are differentiations between the following elements: strong essentialism (MCL exists independently of social practice) *v.* weak essentialism (stipulates MCL for specific purposes); local subjects of research (the single normative framework) *v.* trans-local subjects of research (several different normative frameworks); inductive methodology (aggregate data on legal enactments; a combination of conceptual analysis and other sciences providing empirical data) *v.* deductive methodology (developing concepts with an informative view on the discourse of relevant sciences and contemplation on more abstract concepts); and theoretical purposes of the research (no practical implications) *v.* practical purposes of the research (practical implications if theoretical frameworks are used by practitioners). The practical implications of the theoretical frameworks can be at the level of institutions of law (presented in the paper) and at the level of the legal system. If the goal of the theoretical practice is to research trans-local phenomena, then

the analytical concept transcends local cultures. The MCL can be stipulated/discovered based solely on an indicative or deductive method or in combination of these two in a way separating two phases: the phase of developing the analytical concept (which can, but does not have to, include inductive method of collecting data) and the phase of testing what was stipulated by the analytical concept.

The focus on folk concepts is a kind of gestalt-switch from theory to practice. Three important insights can be noted from this shift: legal concepts depend on legal consciousness (human mind); the legal consciousness of those who participate in the social practice researched by legal theorists is crucial; and law has a contingent character. Three notes on these insights can be made. The first note refers to the thesis on the dependence of legal concepts on legal consciousness. The specific concept of the theorists of law, even when not present in the minds of those whose practice the theory aims to describe, can be seen as an artifact of that group of legal theorists. However, it is presupposed that the purpose of that group is to develop their artifacts with some theoretical or practical purpose regarding reality (the specific social practice of people). The second note, in reference to the insight on the importance of norm-users, emphasizes the importance of the distinction between different groups of norm-users. The third note refers to the claim about the contingent character of law. This claim can refer to the contingency of the appearance of law or to the contingency of the content of law (CCL). In reference to the CCL thesis we can differentiate weak conventionalists (most of the content can be different in different cultures but there is MCL) and strong conventionalists (no MCL has to exist; *law is whatever people identify and treat it through their social practice as law*).

The method of researching the functions of law can be based on insights given through the set-up of analytical and folk concepts. These insights can be united through the thought experiment of the project of opening the museum of law (a museum is the usual place where artifacts are exposed). The museum has a purpose and provides a classification of the artifacts (1 and 2 below). It develops analytical concepts important for classification and choosing the proper methodological approach for justification of analytical concepts (3 and 4 below).

(1) Purposes: The general purposes are: (a) to put the legal system before the public as an intellectual artifact whereby physical artifacts serve to present it; and (b) more specifically to manifest diverse models of legal orders and to portray what distinguishes law as a kind of social practice from other practices. Additional purposes (depending on the development of the project) are: (i) the necessary purpose if the nature of law is to be explained to develop the concept of law as trans-local phenomena; (ii) the specific purpose related to targeted audience: a) theoretical or theoretical-practical purpose (better understanding of law; and possibly the use of theory in legal practice); b) the purpose of informing the legal professionals and/or ordinary citizens; and (iii) the possible additional purpose if the justification for analytical concepts is to be provided: to develop a museum based on scientific theories and/or historical approach to concepts.

(2) Classification: Classification is based on stipulated analytical concepts. It should be comprehensive and selective, and it should be based on the appropriate method (e.g., the necessary and sufficient properties method (NSPM); the typical features method

(TFM)). The role of theorists in classification is crucial (expert-based activity; knowledge of many/all relevant artifacts; use of theory for classification; theoretical models that can also be presented as artifacts in museums).

(3) Analytical Concept: The analytical concept of law is stipulated and contains the concept of function of law as the *essential* feature of law (weak essentialism). The concept of law can be developed deductively, but the process can also include the inductive method as much as possible to make conclusions important for defining the concept.

(4) Justification (the contingency problem): Regarding the weak CCL thesis, the museum can recognize the diversity of legal systems but be focused on MCL. Regarding the strong CCL thesis two responses are offered: a) the importance of the scientific nature of the posited theory and testing the analytical framework (testing based on folk opinion: ordinary citizens and/or legal professionals; accepting that methods on the stipulation of concepts in the context of the requirement for the museum to provide scientific theory can be differentiated as stricter methods (NSPM) and flexible methods (TFM)); b) acknowledging the historical approach to concepts (stipulated concepts supported by historical data which reveals human nature; data on human development from the very beginning of mankind (for trans-local subjects of research); and assistance from sciences of history). Two notes on these two approaches addressing the contingency problem were made: the theorist developing an analytical concept of law is required only to satisfy the falsifiability of thesis on common features of law; the analytical framework supported with historical approach can be seen as a *universal* concept of law as developed through human history. Finally, since the purposes of the inquiries relevant for the museum are stipulated there is no need to investigate whether some requirements for inquiry are universally better than others. However, a non-scientific approach to law, although ignoring the CCL thesis, still faces the contingency problem (different conceptual practices; and existence of other theoretical practices, in addition to conceptual practices, that must explain probability and conditions for the implementation of models).

Assoc. Prof. Mario Krešić, PhD.  
University of Zagreb, Faculty of Law  
mario.kresic@pravo.unizg.hr  
ORCID: 0000-0002-0014-4157

# ALTERNATIVES TO JUDICIAL BALANCING: INTERPRETATIVE-SUBSUMPTIVE METHOD ACCORDING TO JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO\*

MARIN KERŠIĆ\*\*

**Abstract:** The paper deals with the problem of conflicts between fundamental rights by presenting and analysing one of the possible methods for the resolution of such conflicts. The method in question is the so-called interpretative-subsumptive method, developed by Spanish legal philosopher Juan Antonio García Amado. The interpretative-subsumptive method represents an alternative to the *mainstream* method used for the resolution of conflicts between fundamental rights – judicial balancing, and particularly the version developed by Robert Alexy. After the introduction, interpretative-subsumptive method is contextualised by presenting García Amado’s ideas which are of relevance for the inquiry – his inclusive legal positivist views, the theory of legal interpretation he ascribes to and his understanding and typology of fundamental rights and their conflicts. After that, in the central section of the paper, the theoretical framework of the interpretative-subsumptive method is presented, along with its application to a Spanish Supreme Court case, followed by the criticism that has been raised and ending with conclusions.

**Keywords:** fundamental rights; balancing; interpretation; normative conflicts; antinomies

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.158

## 1. INTRODUCTION

The problem of conflict of fundamental rights is one of the most important problems modern societies are faced with. Contemporary constitutions usually contain provisions protecting certain fundamental rights, such as the right to life, the right to privacy, the right to freedom of expression, personality rights etc. These rights can (and often do) come into conflict.<sup>1</sup> For example, a particular statement can be understood as

---

\* This paper is an expanded version of the presentation given at the Czech-Croatian Colloquium in Legal Theory, held on 24 May 2024, at the Faculty of Law, Charles University and is based on the research conducted during the doctoral studies at the Tarello Institute for Legal Philosophy in Genoa.

\*\* Marin Keršić, PhD, assistant professor. Faculty of Law, University of Split, Domovinskog rata 8, 21 000 Split, Croatia. E-mail: marin.kersic@pravst.hr; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0964-4625>.

<sup>1</sup> For an overview of the discussion about conflicts between fundamental rights, see MALDONADO MUÑOZ, M. *Derechos y conflictos: Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a las derechos fundamentales* [Rights and conflicts: Conflictivism and anticonflictivism around fundamental rights]. Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 22–24. See also SMET, S. *Resolving Conflicts Between Human Rights: The Judge’s Dilemma*. Abingdon: Routledge, 2017, pp. 499–521.

protected by freedom of expression (and therefore it would be permitted), but it could also be understood as infringing personality rights of others person (and therefore it would be prohibited). Judges are then faced with the problem of should the expression of such statement be *permitted* or *prohibited*? In such cases, the classical methods used for resolving normative conflicts (*lex superior*, *lex posterior*, and *lex specialis*) are usually not applicable, since the provisions regulating fundamental rights are usually on the same hierarchical level, were enacted at the same time, and no general-special relation can be established between them.<sup>2</sup> To decide such cases, various legal methods have been proposed and used. The most influential and widely used method among them is judicial balancing, and in particular the method developed by Robert Alexy and further refined by his disciples.<sup>3</sup> However, beyond different possible understandings of judicial balancing (the Alexyan and the other, non-Alexyan ones, such as the one from Aharon Barak,<sup>4</sup> Manuel Atienza,<sup>5</sup> or Riccardo Guastini<sup>6</sup>), other alternative, non-balancing methods for the resolution of conflicts between fundamental rights have been developed.

This paper presents a reconstruction of one of these alternative non-balancing approaches to the problem of conflict between fundamental rights, namely the one from Spanish professor Juan Antonio García Amado. Two reasons for analysing his method can be given: first, he is one of the most vocal critics of theories of judicial balancing, criticising various aspects of it and rejecting it altogether. Second, García Amado developed a procedural and formalized method, which he calls *interpretative-subsumptive* method, and which consists of five steps that are logically formalized and as such easily applicable to concrete cases.

The paper is divided into five sections: after the first introductory section, García Amado's ideas and his interpretative-subsumptive method will be contextualised by presenting his legal positivist approach (2.1), his understanding of legal interpretation (2.2), and his typology of fundamental rights (2.3). After this, the interpretative-subsumptive method is first presented (3.1) and its application presented on a Supreme Court of Spain case (3.2). This is followed by presenting some of the criticisms of the interpretative-subsumptive method (4.) and ending with conclusions (5.).

---

<sup>2</sup> See, for example, GUASTINI, R. *L'interpretazione dei documenti normativi* [The interpretation of normative documents]. Milan: Giuffrè, 2004, p. 218; and MARTÍNEZ ZORRILLA, D. The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights. *Law and Philosophy*. 2011, Vol. 30, No. 6, pp. 730–731.

<sup>3</sup> ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

<sup>4</sup> BARAK, A. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

<sup>5</sup> ATIENZA, M. *El derecho como argumentación* [Law as argumentation]. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.

<sup>6</sup> GUASTINI, R. Ponderazione: Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali [Weighting: An analysis of conflicts between constitutional principles]. *Ragion pratica* [Practical Reason]. 2006, Vol. 26, No. 1, pp. 151–159.



## 2. CONTEXTUALISING INTERPRETATIVE-SUBSUMPTIVE METHOD

### 2.1 GARCÍA AMADO'S LEGAL POSITIVISM

Contextualising Juan Antonio García Amado as an author is not challenging, since he explicitly addressed and analysed competing conceptions of law in his works and adopts a legal positivist view, criticising natural law approaches. García Amado's views are close to those of H. L. A. Hart: he defends the separability thesis, the thesis of the social sources of law and the idea of the existence of judicial discretion.<sup>7</sup> García Amado is an *inclusive legal positivist*, highly critical of what he calls the *(neo)constitutionalist* approach to conflicts between fundamental rights. In García Amado's view, Alexy's theory of judicial balancing represents a version of such (neo) constitutionalist approach, and he develops his approach in response to it, as he finds it problematic.<sup>8</sup> As a vocal critic of (neo)constitutionalism, García Amado understands it as a version of legal moralism (*iusmoralismo*), which stands in contrast with the positivist position he advocates.<sup>9</sup>

The (neo)constitutionalist approach to conflicts between fundamental rights is characterised by four theses with which García Amado disagrees.<sup>10</sup> First, what can be labelled the *rights as principles thesis*: constitutional norms that express fundamental rights are principles, and principles are qualitatively different from other types of legal norms. Second, the *necessity of balancing thesis*: the method used for the application of principles is balancing, and their application does not follow the interpretative-subsumptive method. Third, the *suitability of balancing thesis*: balancing is particularly for resolving fundamental rights cases,<sup>11</sup> since such cases are always (or almost always)

---

<sup>7</sup> ORTEGA GARCÍA, R. Nota introductoria [Introductory Note]. In: GARCÍA AMADO, J. A. (ed.). *Decidir y argumentar sobre derechos* [Deciding and arguing about rights]. Mexico City: Tirant lo blanch, 2017, p. 17. On García Amado's legal positivism, see GARCÍA AMADO, J. A. *El derecho y sus circunstancias: Nuevos ensayos de filosofía jurídica* [Law and its circumstances: New essays on legal philosophy]. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 27.

<sup>8</sup> See GARCÍA AMADO, J. A. El juicio de ponderación y sus partes: Una crítica [The judgment of weighting and its parts: A critique]. In: ALEXY, R. (ed.). *Derechos sociales y ponderación* [Social rights and weighting]. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 249–331; GARCÍA AMADO, J. A. *El derecho y sus circunstancias...* [Law and its circumstances...], pp. 129–168; and GARCÍA AMADO, J. A. ¿Que es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación [What is weighting? On the implications and risks of weighting]. *Revista Iberoamericana de Argumentación* [Iberoamerican Journal of Argumentation], 2016, Vol. 13, pp. 1–22.

<sup>9</sup> García Amado differentiates between two variants of *iusmoralismo*: the “iusnaturalist” (*iusnaturalista*) and “non-iusnaturalist” (*no iusnaturalista*) one. The most important contemporary legal philosopher who is a supporter of iusnaturalist variant of iusmoralism is John Finnis, and among the authors who embrace non-iusnaturalist variant of iusmoralism are Robert Alexy and Manuel Atienza. GARCÍA AMADO, *Decidir y argumentar sobre derechos* [Deciding and arguing about rights], p. 128, fn. 5.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>11</sup> The notion of “fundamental rights case” (*caso iusfundamental*), used by GARCÍA AMADO, *Decidir y argumentar sobre derechos* [Deciding and arguing about rights], pp. 90–94, is wider than the notion of “conflict between fundamental rights” (*conflicto de derechos fundamentales*). What makes a case a fundamental rights case is not the presence of a conflict of fundamental rights or constitutional principles; a case is a fundamental rights case when it has to be resolved by determining if, in the concrete case, the essential content (*contenido esencial*) of the fundamental right in question is limited. A fundamental rights case is the

cases of conflicts between fundamental rights (or between fundamental rights and other constitutional principles), and as such, they are cases of conflicts between principles. Fourth, what can be called the *exemplariness of balancing thesis*: in their best decisions, constitutional courts resolve fundamental rights cases by balancing.

García Amado, on the other hand, defends the following four theses.<sup>12</sup> First, what can be called the *preliminary distinction thesis*: it is not true that the majority of fundamental rights cases (*caso iusfundamental*) are cases of conflicts between fundamental rights (or conflicts between fundamental rights and other constitutional principles, *conflictos de derechos fundamentales*). Second, the *application of balancing thesis*: constitutional courts, such as the Spanish or the German ones, do not, as a matter of fact, resolve most cases of fundamental rights cases by balancing. Third, the *elusiveness of balancing thesis*: even when it appears that courts use the method or language of balancing, the reasoning of the court is interpretative-subsumptive; but sometimes, in order to avoid the more complex argumentation of their interpretative choices, the courts act as if they have used balancing. Fourth, the *conversion thesis*: virtually any case can be converted into a fundamental rights case, and any fundamental rights case can be converted to the case of conflicts between fundamental rights that can be resolved by balancing, but this has dangerous consequences for the protection of fundamental rights.

From these four main theses that García Amado puts forward, it can be seen that he is critical of judicial balancing as method for resolving conflicts between fundamental rights in four aspects: by advocating the first thesis, he criticises the *scope of the application of the method* of judicial balancing and its alleged inflation, arguing that in many cases which are resolved by judicial balancing we do not have conflicts between fundamental rights at all. By putting forward the second thesis, he criticises what he considers to be the *misrepresentation of the method* used to decide fundamental rights cases. By defending the third thesis, he criticises the *convenience of the method*, arguing that it is easier for the judge to appeal to balancing instead of engaging into more complex legal argumentation. Finally, by defending the fourth thesis, García Amado criticises the perceived *danger of the method* for the protection of fundamental rights.

---

one in “in whose resolution the primary and essential normative argument is found in the constitutional norm which regulates that fundamental right” [translation by the author] (ibid., p. 92). A hypothetical example given by García Amado to illustrate one fundamental right case is one of a country which has a fundamental right to religious freedom and no norms which prohibit the sacrifice of gorillas. The question he poses then is if a religious rite which includes the mass sacrifice of gorillas could be prevented or sanctioned? If the principle of legality is valid in that country, such practice could not be prevented or sanctioned since it is not prohibited, and since it would also arguably violate the fundamental right to religious expression. The justification of a prohibition of such sacrifice would have to be done by referring to some other fundamental right or some other constitutional right regulating basic functions of the state. See ibid. Not all fundamental rights cases are cases of conflicts between fundamental rights; there can be fundamental rights cases which do not presuppose conflicts between two fundamental rights. Based on the distinction between the notions of *fundamental right case* and *conflicts between fundamental rights*, García Amado criticises the idea that fundamental rights cases should be resolved by balancing: if there is no conflict between two fundamental rights in a fundamental rights case, what should be put on the imaginary opposite side of the scales? (ibid., p. 94).

<sup>12</sup> GARCÍA AMADO, *Decidir y argumentar sobre derechos* [Deciding and arguing for rights], pp. 81–82. See also GARCÍA AMADO, *El juicio de ponderación y sus partes...* [The judgment of weighting and its parts...], pp. 250–252.

## 2.2 LEGAL INTERPRETATION

García Amado understands interpretation as “establishment of meaning of legal statements”,<sup>13</sup> and distinguishes three basic conceptions (or theories) of interpretation: first, a *positivist* or *linguistic* one, second, an *intentionalist* or *voluntarist* one, and third, the *axiological* or *material* one.<sup>14</sup> The theory of interpretation he adopts is the first one. This *positivistic* or *linguistic* theory (proponent of which is also H. L. A. Hart) is characterized by the following main ideas:<sup>15</sup> (1) all law is contained and exhausted in normative sentences; (2) such sentences, expressed in ordinary language (specialised or not) are characterised by the problem of indeterminacy: either by ambiguity or, more often, by vagueness;<sup>16</sup> (3) the consequence of this *inherent indeterminacy* makes interpretation a *mediating activity* between the expression of a norm-formulation<sup>17</sup> and the solution of the case to which it applies; (4) the interpreter must choose between the possible (but only between the possible) interpretations;<sup>18</sup> (5) this choice is discretionary, but must not be arbitrary, which means that the judge must justify their choice with arguments: (6) when the judge applies a norm by giving it a meaning that goes beyond the possible interpretations, they no longer *interpret* but creates a new norm that replaces (and neither specifies nor complements, as García Amado indicates) the applicable norm; (7) the situation just described *raises a serious problem of legitimacy*, especially in a democratic society and since the judiciary lacks the legitimacy to create norms, unlike the legislature, which is the representative of popular sovereignty; (8) finally, there are situations in which the judge is entitled to apply norms that they have created, for example, in cases of legal gaps or in cases of antinomies that cannot be resolved by applying meta-rules like *lex superior*, *lex posterior* or *lex specialis*.

## 2.3 TYPOLOGY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Having present García Amado’s understanding of interpretation, we turn to his understanding of fundamental rights. García Amado distinguishes between four types of fundamental rights:<sup>19</sup>

<sup>13</sup> GARCÍA AMADO, *El derecho y sus circunstancias...* [The law and its circumstances...], p. 23.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 23–27. The other two conceptions (or theories) of interpretation are not of relevance for the purposes of this paper, so they will not be presented here.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 23–24.

<sup>16</sup> GARCÍA AMADO, J. A. La interpretación constitucional [Constitutional interpretation]. *Revista Jurídica de Castilla y León* [Castile and Leon Law Review]. 2004, Vol. 2, p. 57, uses the notion of I and *vagueness* in the following meanings: a word is ambiguous if it may have various meanings, and it is vague if it has borderline cases. As Ralf Poscher phrased it: “*Ambiguity, then, is about multiple meanings; vagueness is about meanings in borderline cases.*” See POSCHER, R. Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation. In: TEIRSMA, P. M. – SOLAN, L. M. (eds.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 129.

<sup>17</sup> On the distinction between *norm* and *norm formulation*, see, for example, GUASTINI, R. *Interpretare e argomentare* [Interpreting and arguing]. Milan: Giuffrè, 2011, pp. 63–74.

<sup>18</sup> Possible interpretations are those that are not incompatible with the semantic, syntactic and pragmatic rules of the language, either ordinary language or any specialised language that is not purely formalised, as GARCÍA AMADO, *El derecho y sus circunstancias...* [The law and its circumstances...], p. 21 explains.

<sup>19</sup> GARCÍA AMADO, *Decidir y argumentar sobre derechos* [Deciding and arguing about rights], pp. 104–111.

(1) *Inclusive or rule rights* (derechos-R). The object of this type of fundamental rights is the *natural activity* or *pre-normative* reality. For this reason, the law does not define these rights normatively, but the limits their exercise. Examples of such rights are freedom of expression or freedom of movement.

(2) *Exclusive or exception rights* (derechos-E). These types of fundamental rights have a normatively defined object of protection of the right. This *area of protection* is protected against any interference, and interference with the scope of the protection of the right is infringement of the right. Examples of such rights are the right to privacy, the right to honour, and inviolability of the home.

(3) *Rights to positive action by the state* (derechos-A). These types of fundamental rights require a specific action or performance from the state or its institutions, since the norms entitles the addressee of the norm to a specific object that is the result of that activity or provision. An example of such a right would be the right to information in criminal proceedings.

(4) *Rights to an omission or abstention from the state* (derechos-O). These types of rights, as the name implies, requires the state to make omissions or refrain from certain actions. An example of such a right would be the right not to be tortured (freedom from torture and inhuman and degrading treatment).

The distinction between different types of fundamental rights is relevant for the resolution of conflicts that arise between them. In the framework of García Amado's typology, three possible scenarios of conflict can be distinguished. First, when there is a conflict between an inclusive or rule right and an exclusive or exception right (for example, a conflict between freedom of expression and the right to honour), such conflict is resolved by examining the facts of the case and deciding whether they can be subsumed within the scope of protection of an exclusive or exception right. If the answer to this question is affirmative, there has been an impermissible exercise of the inclusive or rule right. García Amado's view (which is also supported by the constitutional jurisprudence on conflicts between fundamental rights, as he argues) is that exclusive or exception rights are absolute rights in the sense that they do not admit infringements within their scope of protection once the norm that regulates them has been interpreted to delimit them.<sup>20</sup> For example, if person A makes a statement that is arguably violating the right to honour of person B, the court will interpret the norm regulating the exclusive or exception right and decide whether the facts of the case can be subsumed under the protection of the norm regulating the exclusive or exception right. Second, the rights to positive action by the state, which require a certain activity or provision by the state or its institutions (without which they are not effective) do not normally come into conflict with other rights. Rights to positive action by the state can result in fundamental rights cases (*caso iusfundamental*), but not conflicts between fundamental rights or fundamental rights and other constitutional principles (*conflictos de derechos fundamentales*). The courts do not resolve conflicts in these situations, but only decide whether the right in question has been violated.<sup>21</sup> Third, as for the rights to an omission or abstention from

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 106–107.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 107–108. An example given here by García Amado is related to the right to be informed about the reasons of detention (protected by the Art. 24(2) of the Spanish Constitution). The right to be informed

the state, the general idea behind these rights is the idea of a general right that is reinforced by the concrete rights of this type (such as the right not to be tortured) against a specific danger posed by the state.<sup>22</sup> These type of rights are understood by García Amado as absolute rights that are not subject to balancing.

In García Amado's view, there is no qualitative difference between decisions on conflicts between fundamental rights and any other cases of normative conflicts (or there is no reason to be).<sup>23</sup> To summarize García Amado's views on conflicts between fundamental rights, it can be stated that, as a rule, conflicts occur between inclusive or rule rights and exclusive or exception rights, while rights to positive action by the state and rights to an omission or abstention from the state are not subject to balancing.

### 3. INTERPRETATIVE-SUBSUMPTIVE METHOD

#### 3.1 THEORETICAL FRAMEWORK

As mentioned earlier, García Amado's approach is an example of a non-balancing, interpretative-subsumptive approach. He argues, based on the analysis of a decision from the Constitutional Court of Spain, that judicial reasoning in cases of conflicts between fundamental rights is interpretative-subsumptive, and not a balancing one.<sup>24</sup> García Amado advances two theses regarding judicial reasoning in cases of conflicts between fundamental rights.<sup>25</sup> The first is of a general nature: he suggests that the difference between balancing and interpretative-subsumptive method (as two methods for resolving conflicts between fundamental rights) is only superficial and that the majority of judicial cases (or at least all *hard* cases) can be reconstructed and resolved by both methods.<sup>26</sup> This raises the question why the interpretative-subsumptive method should be preferred over the balancing method. García Amado argues that and tries to show by reconstructing the cases such as *El Toro de Osborne* that the interpretative-subsumptive method seems to be more rational because the parameters used are "*more tangible and more openly analysable and arguable*".<sup>27</sup>

---

about the reasons for detention depends on how the provision and the information in question is specified and interpreted, with no other rights interfering with it.

<sup>22</sup> Ibid., p. 110. García Amado gives few examples for illustration: the right not to be illegally detained is a concrete expression of the generic right to freedom, the right not to suffer death penalty is an expression of the right to life and the right not to be tortured is an expression of the right to physical integrity.

<sup>23</sup> GARCÍA AMADO, *El juicio de ponderación y sus partes...* [The weighting judgement and its parts...], p. 304. This understanding is connected with his view that there is no qualitative difference between the two types of norms Alexy calls "rules" and "principles".

<sup>24</sup> GARCÍA AMADO, J. A. ¿Conflictos entre derechos fundamentales? Sobre ponderaciones y otros trucos y a propósito de dos sentencias españolas [Conflicts between fundamental rights? On weightings and other tricks and about two Spanish judgments]. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* [New Paradigms in Latin American Social Sciences]. 2014, Vol. 5, No. 10, p. 8.

<sup>25</sup> GARCÍA AMADO, *El juicio de ponderación y sus partes...* [The weighting judgement and its parts...], p. 292–293.

<sup>26</sup> GARCÍA AMADO, *El derecho y sus circunstancias...* [The law and its circumstances...], p. 261.

<sup>27</sup> GARCÍA AMADO, *El juicio de ponderación y sus partes...* [The weighting judgement and its parts...], p. 293 [translation by the author].

Before proceeding with the theoretical framework of the interpretative-subsumptive method, García Amado's critique of judicial balancing will be presented. This critique is relevant because he claims that the interpretative-subsumptive method overcomes many of the weaknesses of balancing method. His critique can be summarized as follows:<sup>28</sup>

(1) First, the use of the balancing method instead of the interpretative-subsumptive method weakens and relativizes the rights in question.<sup>29</sup> An example García Amado gives is the prohibition of torture (the right not to be tortured) from Art. 15 of the Spanish Constitution and the classic example of kidnappers being interrogated by the police about the whereabouts of those kidnapped and in danger of dying. The problem that might then arise is the question of is the right absolute and can it be subject to balancing? For García Amado, balancing is problematic because it opens the possibility of introducing exceptions to the right in question which, in his opinion, would be subjective. García Amado proposes the other, non-balancing approach: he introduces the notion of the *nucleus of meaning* (*núcleo de significado*) or *essential content* (*contenido esencial*) of the right. In this way, the nucleus of meaning in clear cases could be established, leaving unclear cases with penumbra zones open for argumentation.<sup>30</sup> The advantage García Amado sees in this approach is that it is not the facts of the case or the consequences of the right not to be tortured to other rights that are discussed, but *reasons* to interpret the norm in one way or another. In this way, the argumentation is not casuistic, but general.<sup>31</sup>

(2) This weakening and relativization of rights occur, as García Amado argues, through the introduction of exception clauses. The problem with balancing for García Amado lies in the possibility that norms expressing fundamental rights become fluid and subject to the exception clause, such as “except that in the circumstances of the case there is sufficient reason to weigh more a justifying principle of the opposite solution”.<sup>32</sup> When the legislature formulates general and abstract norms, the number of possible

---

<sup>28</sup> For García Amado's criticism of balancing, see GARCÍA AMADO, *El juicio de ponderación y sus partes...* [The weighting judgement and its parts...], pp. 249–297; GARCÍA AMADO, J. A. Sobre ponderaciones: Debatendo con Manuel Atienza [On weightings: Debating with Manuel Atienza]. In: ATIENZA, M. – GARCÍA AMADO, J. A. (eds.). *Un debate sobre ponderación* [A debate on weighting]. Lima/Bogotá: Palestra Editores/Editorial Temis, 2012, pp. 44–46; GARCÍA AMADO, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?* [Conflicts between fundamental rights?], pp. 44–46; and GARCÍA AMADO, *Decidir y argumentar sobre derechos* [Deciding and arguing for rights], pp. 111–115.

<sup>29</sup> GARCÍA AMADO, *Sobre ponderaciones...* [About weightings...], pp. 45–49. For a similar criticism see, for example, MILLER, B. W. Proportionality's Blind Spot: “Neutrality” and Political Philosophy. In: HUSCROFT, G. – MILLER, B. W. – WEBBER, G. (eds.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification and Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 394–396; WEBBER, G. On the Loss of Rights. In: HUSCROFT, G. – MILLER, B. W. – WEBBER, G. (eds.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification and Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 132–137; and YOUNG, A. L. Proportionality Is Dead: Long Live Proportionality! In: HUSCROFT, G. – MILLER, B. W. – WEBBER, G. (eds.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification and Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 43–46.

<sup>30</sup> An example of *nucleus of meaning* given regarding the interpretation of the norm that prohibits torture would be prohibition of burning parts of body in order to force confession of the location of the kidnapped person. See GARCÍA AMADO, J. A. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? [Is there discretionality in the judicial decision?]. *Isegoria*. 2006, Vol. 35, p. 172.

<sup>31</sup> GARCÍA AMADO, *Sobre ponderaciones...* [On weightings...], pp. 56–57.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 65 [translation by the author].

exceptions is finite, and these exceptions are expressed in other norms. When a judge decides a case by balancing and introduces the exceptions to the norm, two problematic consequences allegedly arise: first, the number of possible exceptions becomes infinite, and second, the possible exceptions are not known in advance.<sup>33</sup>

(3) Apart from these two problems, balancing is, in García Amado's view, a discretionary and subjective value judgement.<sup>34</sup> For this reason, García Amado advocates an interpretative-subsumptive method for resolving conflicts between fundamental rights. The interpretative-subsumptive method is not devoid of subjective elements, but its advantage is supposedly that it acknowledges the limits of objectivity and rationality.<sup>35</sup>

### 3.2 METHOD APPLIED: THE EL TORO DE OSBORNE CASE

Let us now turn to the application of the interpretative-subsumptive method using a case that was decided by the Supreme Court of Spain in 1997, *El Toro de Osborne*.<sup>36</sup> The law regulating the highways (*La ley de Carreteras*) prohibited the placement of *advertisement* in places visible from the highways outside urban sections. After the law came into force, the *Osborne* company, which advertised itself with a bull statue with inscriptions, removed the inscriptions but kept the bull statue, which was visible from the roads. The company was sanctioned for *advertising* and appealed to the Spanish Supreme Court, arguing that the bull statue is not *advertising*. This conflict can be understood as a conflict between the fundamental rights to freedom of enterprise and the fundamental right to health.

(1) The *normative situation* is created by the prohibition of advertising by the law regulating highways. This can be referred to as  $Px$ , with  $P$  signifying prohibited and  $x$  signifying advertising. Advertising has been understood by the Spanish Supreme Court as "*any object associated with a trademark which can distract the driver*", which can be formally represented by  $a$  in the interpretative-subsumptive scheme.

(2) The *general interpretative statement* is formally represented as  $a \leftrightarrow x$ . The Court had to decide whether the statue of the bull (the Osborne bull) falls within the category of "*object associated with a trademark which can distract the driver*", represented by  $a$ . The Court concluded that the bull, formally represented by  $b$ , did not fall within this category.

(3) *Particular interpretative statement* is therefore formulated as  $b \rightarrow \neg a$ , which means that the bull ( $b$ ) does not fall under the category of "*object associated with a trademark which can distract the driver*" ( $a$ ).

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 72. These two consequences are the exact opposite of what happens when the legislature formulates norms and their exceptions.

<sup>34</sup> Ibid., p. 83.

<sup>35</sup> GARCÍA AMADO, *El juicio de ponderación y sus partes...* [The weighting judgement and its parts...], p. 291. On this point, see also, for example, WEBBER, G. Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. 2010, Vol. 23, No. 1, p. 192.

<sup>36</sup> *Sentencia 652/1994*, from 30 December of 1997. The facts of the case are presented in GARCÍA AMADO, *El juicio de ponderación y sus partes...* [The judgment of weighting and its parts...], pp. 317–318.

(4) The fourth element, the *subsumptive statement* derived from (1), (2), and (3) is formally represented as  $b \rightarrow \neg x$ , which means that the bull statue placed alongside the road does not represent advertising.

(5) Finally, the *normative conclusion* is formally represented as  $\neg Pb$ , which means that it is not prohibited ( $\neg P$ ) to place the statue of the bull (*b*) alongside the road. The determining reason for such normative conclusions are those that support the *general interpretative statement* (2) and the *particular interpretative statement* (3).

The *El Toro de Osborne* case can be understood as a case of conflict between the fundamental right to freedom of enterprise and the fundamental right to health. In such cases, the court is confronted with a particular action (in the general sense) of the entrepreneur (in this case, the placement of the bull statue for promotional purposes) and must resolve the conflict. García Amado suggests that the case should be resolved by *interpretation* and *subsumption*, rather than by balancing of the conflicting rights. In this case, the Court concluded that the Osborne bull (*b*) does not fall within the definition of advertising (*a*), which was defined as “*any object associated with a trademark which can distract the driver*”. Thus, the Court’s normative conclusion was that the statue of the bull placed alongside the road is not prohibited because it is not considered advertising.

#### 4. SOME CRITICISMS OF THE INTERPRETATIVE-SUBSUMPTIVE METHOD

What seems to be the strongest criticism that can be raised against the interpretative-subsumptive method is the one related to García Amado’s understanding of interpretation of fundamental rights. We have seen that García Amado is an advocate of the mixed theory of interpretation, according to which, due to the irreducible open texture of nearly all legal provisions, we can distinguish between the *core* of settled meaning and the *penumbra* of uncertainty. In the context of fundamental rights, García Amado’s speaks of the “nucleus of meaning” (*núcleo de significado*) or *essential content* (*contenido esencial*) of the fundamental right. According to this idea, the nucleus of meaning could be established in clear cases, leaving unclear cases with penumbra zones that would then remain open for argumentation. García Amado builds his interpretative-subsumptive method on this distinction, as mentioned in the previous section. Such an understanding has been criticised from the perspective of sceptical theories of interpretation. As Riccardo Guastini points out, almost no legal text can be considered to have just *one* unequivocal and unobjectionable meaning.<sup>37</sup> This is certainly true for modern democratic constitutions, which express a variety of values, resulting in different possible competing meanings of the provisions protect-

---

<sup>37</sup> GUASTINI, R. Interpretive Statements. In: GARZÓN VALDÉS, E. – KRAVIETZ, W. – VON WRIGHT, G. – ZIMMERLING, R. (eds.). *Normative Systems in Legal and Moral Theory: Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 289. As Guastini points out, the text (T) which is the object of interpretation can convey different competing meanings ( $M_1$  or  $M_2$  or  $M_3$  or  $M_n$ ).



ing fundamental rights.<sup>38</sup> Judicial interpretation cannot be reduced to a sentence that describes meaning but is, as Guastini says, an ascription of definite meaning to legal provisions that are being interpreted.<sup>39</sup> In Guastini's view, such a position is untenable. When a judge interprets a provision, they ascribe a meaning to it, regardless of the fact that the meaning ascribed is uncontroversial.<sup>40</sup> From a sceptical standpoint, the problem with the positivist or linguistic (also called mixed) theory of interpretation lies in its understanding of text-oriented interpretation of interpretation *in abstracto*.<sup>41</sup> Judges actually exercise discretion when interpreting *in abstracto*, and interpretation is a matter of decision (not knowledge).<sup>42</sup> On this basis, mixed theory of interpretation can be understood as a version of cognitivist (or quasi-cognitivist) theory of interpretation.<sup>43</sup> Returning to García Amado and his ideas on the conflicts between fundamental rights, this calls into question the possibility of determining the *nucleus of meaning* (*núcleo de significado*) or the *essential content* (*contenido esencial*) of the fundamental rights through cognition, since it is a matter of decision and not cognition. Thus, there can be no *core* of the fundamental right that is the result of cognition; just as the *penumbra* of the fundamental right, it is a matter of decision. In other words, the interpretation of a provision protecting a fundamental right seems to be completely a matter of ascription and not (even partially) a matter of description.

---

<sup>38</sup> On this point, see, for example, GUASTINI, *Ponderazione... [Weighting...]*, p. 156; PINO, G. *Conflitti tra diritti fondamentali: Una critica a Luigi Ferrajoli [Conflicts between fundamental rights: A critique of Luigi Ferrajoli]*, *Filosofia politica [Political philosophy]*, 2010, Vol. 24, No. 2, pp. 288–292; PINO, G. *Diritti e interpretazione: Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale [Rights and interpretation: Legal reasoning in the constitutional state]*, Bologna: Il Mulino, 2010, pp. 22–25; and CELANO, B. *Los derechos en el estado constitucional [Rights in the constitutional state]*, Lima: Palestra Editores, 2019, pp. 163–164.

<sup>39</sup> GUASTINI, *Interpretive Statements*, p. 289: “*Unlike interpretation performed by academic lawyers, judicial interpretation can never be reduced to a sentence that describes meaning. For purely logical reasons, any judicial interpretation whatsoever necessarily amounts to the ascription of a definite meaning to the sentences uttered by the lawgivers.*”

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 290. Guastini argues that mixed theories of interpretation confuse two different distinctions which, in his view, do not overlap. The first one is the distinction between two kinds of speech acts (describing vs. ascribing meaning) performed by different interpretive agents (the *detached* jurist vs. the judge) and/or by one and the same agent in different contexts. The second one is the distinction between two kinds of texts (clear vs. unclear texts) and/or cases (plain vs. hard cases). As he concludes: “*The nature of the speech act performed by the interpreter does not depend on the kind of meaning (plain or controversial) actually ascribed to text at hand – rather, it only depends on the ‘linguistic game’ the interpreter is playing.*”

<sup>41</sup> Text-oriented interpretation (interpretation *in abstracto*) consists of deciding what norm the legal text expresses, without referring to a particular case. On the distinction between text-oriented (*in abstracto*) and fact-oriented (*in concreto*) interpretation, see GUASTINI, R. *Lo scetticismo interpretativo rivisitato [Interpretive skepticism revisited]*, *Materiali per una storia della cultura giuridica [Materials for a history of legal culture]*, 2006, Vol. 36, No. 1, p. 228.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>43</sup> *Ibid.* As Guastini points out here, interpretative discretion is exercised by the judges primarily in the text-oriented interpretation, and not in the fact-oriented interpretation. For the criticism according to which mixed theories of interpretation are quasi-cognitive, see CHIASSONI, P. *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry*. Cham: Springer, 2019, pp. 79–82.

## 5. CONCLUDING REMARKS

A vocal critic of judicial balancing, professor García Amado has developed what he calls an interpretative-subsumptive method for dealing with the problem of conflicts between fundamental rights. He criticises both Alexyan and non-Alexyan (Manuel Atienza's, for example) theories of judicial balancing. His interpretative-subsumptive proposal is clearly structured and avoids the criticisms raised against the methods that rely on the qualitative distinction between rules and principles and, which understand balancing as a specific method for the application of legal principles (such as Robert Alexy's theory of judicial balancing). Compared with Alexy's proposal, the interpretative-subsumptive method also does not rely on the assignment of abstract weights or intensities of interference to decide which of the conflicting fundamental rights will be given precedence. What is contested in the interpretative-subsumptive method, however, is the possibility of determining the nucleus of meaning or essential content of the fundamental right. This problem has been raised by the proponents of the sceptical theories of interpretation, who argue that its determination is a matter of choice or decision, and not of knowledge or cognition. However, since the five steps in its application are precisely described and logically formalised, it represents an interesting alternative to judicial balancing in the sense that it shows some of its shortcomings. By developing his interpretative-subsumptive method, García Amado has made a substantial contribution to the topic of conflicts between fundamental rights.

Marin Keršić, PhD.  
University of Split, Faculty of Law  
marin.kersic@pravst.hr  
ORCID: 0000-0002-0964-4625

## BEYOND DUALISM(S): A NEW APPROACH TO LEGAL PERSONHOOD IN CONTEMPORARY LEGAL THEORY\*

ZSÓFIA FOLKOVÁ\*\*

**Abstract:** This article presents a critique of the Orthodox View of legal personhood, which traditionally aligns personhood with the capacity to hold rights and duties. It explores the Bundle Theory proposed by Visa Kurki, which redefines legal personhood as a cluster concept composed of passive and active elements, and which challenges the binary nature of personhood, proposing a spectrum ranging from full to partial personhood. It also considers which entities can be legal persons and offers a brief overview of new, alternative ontologies.

**Keywords:** legal personhood; Orthodox View; Visa Kurki; Bundle Theory; new materialism

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.159

### INTRODUCTION

For a long time, legal personhood did not receive much attention in legal doctrine – the theories that emerged in the nineteenth and twentieth centuries remain largely dominant to this day. However, recent decades have brought about significant changes that have fundamentally challenged this concept. Technological advancement has led to the emergence of new entities that require our attention, while climate change has provided a new impetus for reinterpreting the relationship between humans and nature. The anthropocentric view of the world is increasingly being questioned and offers an opportunity to find an alternative way forward.

These changes are necessarily reflected in law and legal theory. New entities become subjects of law, new fields of legal theory emerge, such as Earth Jurisprudence, activists claim rights for more and more entities (see e.g., Nonhuman Rights Project, Rights of Nature Movement), sometimes successfully.

A fundamental concept that requires further examination is that of legal personhood.<sup>1</sup> This concept represents a foundational element of Western legal thought. However, in

---

\* This article was written in the framework of the specific university research (SVV) of Charles University No. 260 622 “Technological progress and societal changes as challenges for researching fundamental questions of law”.

\*\* PhD. Candidate, Faculty of Law, Charles University, Department of Legal Theory and Legal Doctrines.

<sup>1</sup> The term *legal person* is used in this article to refer generally to entities to which the law confers the status of a person. Corporations and foundations are referred to as *juristic persons*, while human beings are also referred to as *natural persons*.

its traditional form, it is unable to fulfil the systematizing, explanatory, and unifying roles that are expected of a basic concept.

This article examines the potential for redefining legal personhood in order to address the challenges posed by contemporary social contexts. In this article, I build on the Bundle Theory of Visa Kurki,<sup>2</sup> who has critiqued the classical conception of legal personhood and developed a new, comprehensive theory of legal personhood. Following an introduction to the theory, a brief discussion of Kurki's approach to new entities and potential legal persons is provided, with the Whanganui River<sup>3</sup> serving as an illustrative example. The fourth and concluding part will address the questions, possibilities, and criticisms that arise from Kurki's theory.

## 1. THE ORTHODOX VIEW AND ITS CRITIQUE

Theories of legal personhood have gradually evolved throughout history, taking on a well-defined form and meaning in the 19th and 20th centuries. This understanding of legal personhood, which Visa Kurki terms the *Orthodox View*,<sup>4</sup> defines legal persons, roughly put, as entities that have (the capacity to hold) rights and duties. Within the Orthodox View, Kurki identifies five sub-theories:<sup>5</sup>

- a) the Rights-and-Duties approach, according to which a legal person is an entity that holds at least one right and bears at least one duty;
- b) the Rights-or-Duties approach, according to which a legal person is an entity that holds at least one right or one duty;
- c) the Capacity-for-Rights approach, which does not require that an entity actually has rights and/or obligations, but which links legal personhood with the capacity to do so;
- d) the Capacity-for-Legal-Relations approach, which links legal personhood not to atomistic legal positions, but to the capacity of participation in a system of relations between legal persons; and
- e) the Kelsenian approach, according to which the legal person is nothing other than a personified set of legal norms.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> KURKI, V. *A Theory of Legal Personhood*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

<sup>3</sup> The Whanganui River is a New Zealand river that was given legal personhood in 2017 as a result of an agreement between the Indigenous Whanganui Iwi and the Crown. The Te Awa Tupua Act governs the status of the river, the rights and obligations of the various entities in relation to it, and the question of its representation. See Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, 20 March 2017.

<sup>4</sup> Kurki calls *Orthodox View* the theory of the legal person, which gradually evolved from the early modern period and was finalised during the 19th and 20th centuries. He contrasts this with his own theory, which he terms the *Bundle Theory*. It should be noted that Kurki acknowledges that the Orthodox View is not a single, unified concept, but rather comprises a number of common elements and underlying ideas that facilitate a unified analysis of the various theories. KURKI, *c. d.*, pp. viii, 55.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 55–56.

The Orthodox View, with its definition of the legal person as a (potential) bearer of rights and duties is still dominant in both legal theory and in practice,<sup>7</sup> and the Orthodox View, with all of its sub-theories and modifications, provides a good starting point in the search for the meaning of the concept of a legal person. But at least two problems immediately arise in connection with the Orthodox View: what do the rights and duties to which these definitions refer mean, and what criteria can be used to determine which entities can have legal personhood, i.e., who or what has (or can have) rights and duties?

Kurki points out that the Orthodox View cannot answer these questions without contradicting itself, since its definitional elements cannot reflect several issues related to legal personhood, and are not compatible with certain views held by both professionals and lay society,<sup>8</sup> e.g., that animals or foetuses have certain rights<sup>9</sup> but are not legal persons, that children have no (or limited) duties but are still considered legal persons, etc.<sup>10</sup>

Kurki's approach allows for a very precise analysis of both issues. The following section will demonstrate how he begins by presenting the main theories of rights, thus answering the first question, and builds on this analysis to critique the Orthodox View.

When presenting and evaluating the dominant rights theories, Kurki builds on the Hohfeldian approach<sup>11</sup> by breaking down the complex and somewhat opaque notions of "rights and duties" into its elements. On this basis, he distinguishes two main groups of legal theories that play a role in the definition of a legal person: the interest theories, which link the concept of right to the interest of an entity: "*a duty borne by X constitutes a right for Y if Y's interests are typically served by the performance of the duty*".<sup>12</sup> Will theories, on the other hand, "*define Y's holding of a right as Y's control over X's duty*".<sup>13</sup> Both approaches are central to Kurki's critique: he points out that the Orthodox View conflicts with these definitions of rights. According to the interest theories, animals or foetuses (or even other entities on some interpretations, though Kurki disputes this)<sup>14</sup>

---

<sup>7</sup> Although this article does not aim to analyse the Czech legal environment, it is worth briefly looking at the Czech private law concept of legal personhood. The Civil Code leans towards the fourth (d) theory when it defines a legal person as follows: "*Legal personhood is the capacity to have rights and obligations within the limits of the legal system*" (Art. 15). The concept of legal personhood in Czech (private) law can also be read as a good example of the Orthodox View. The Czech private law contains three important definitions of legal personhood: on the one hand, it defines what legal personhood is (Art. 15) and specifies that only entities defined as legal persons can have rights and obligations (Art. 17), and on the other hand, it defines who counts as a legal person (natural persons and juristic persons, Art. 18). It thus leaves no room for extending rights and obligations to nonpersons, nor does it allow the extension of the category of entities that fall within the definition of legal person. Legal competence (*svěprávnost*; in Kurki's theory it corresponds roughly to active personhood, see below) is a separate legal concept, although it makes sense to speak of legal competence only in the case of legal persons. Act No. 89/2012 Sb., Civil Code, 22 March 2012. On the Czech concept of legal personhood, its anthropocentric roots and possible alternatives, see BERAN, K. Proč nepotřebujeme člověka při legislativním vymezení pojmu fyzické osoby? [Why do we not need a human being in the legislative definition of a natural person?]. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2017, Vol. LXIII, No. 4, pp. 123–135.

<sup>8</sup> KURKI, *c. d.*, p. 55.

<sup>9</sup> For a brief analysis of the relevant rights theories, see below.

<sup>10</sup> KURKI, *c. d.*, p. 55; Kurki calls these beliefs extensional beliefs.

<sup>11</sup> HOHFELD, W. N. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*. 1913, Vol. 23, No. 1, pp. 16–59; KURKI, *c. d.*, pp. 55–90.

<sup>12</sup> KURKI, *c. d.*, p. 61.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> See part 3.

can have rights, even though they are not considered legal persons under extensional beliefs. And will theory denies rights to certain entities that are considered to be legal persons, such as children.

Rights theories thus provide a useful tool for conceptualising legal personhood, but the Orthodox View cannot be reconciled with the answers that these theories provide to the question of who or what can be a legal person.

To sum up, the Orthodox View is essentially a binary concept, which draws the demarcation line between person/non-person by means of the attributability of rights and duties, and does not recognise (or only to a very limited extent) the concept of a partial legal person: based on either of the five definitions described above, one can determine whether an entity is a person or not, *tertium non datur*. However, with the emergence of new entities (e.g., AI) and the reinterpretation of certain existing ones (e.g., non-human animals, nature), this view is no longer suitable to be a pillar, a structural element of Western legal thought.

The following part will build upon Kurki's work by examining the ways in which legal personhood can be reconceptualised. Kurki is perhaps the first to create a new general analytical theory of legal personhood that is relevant to the challenges of the 21st century,<sup>15</sup> and it is an excellent starting point for examining future issues. The following section provides an overview of the fundamental elements and structure of the so-called Bundle Theory, of the question of who or what can be a legal person under this theory and shows how the concept relates to and what possibilities it offers for those entities whose legal personhood has been increasingly discussed in recent years, both in legal theory debates and in legal practice. Kurki's work also focuses on the potential legal personhood of AI, animals, human collectivities etc.; in my article, I focus on those entities that Kurki's theory does not grant personhood to and conceptualises differently – namely, I address the question of nature's rights and present Kurki's view on it: why cannot a river (namely the Whanganui River) be a legal person and what alternative does Kurki offer to resolve its status.

## 2. THE BUNDLE THEORY

In response to the shortcomings of the Orthodox View, Kurki developed his own theory, known as the Bundle Theory, the basic tenets of which can be summarised as follows:

- a) Legal personhood is a cluster concept, i.e., a complex concept consisting of several interrelated elements. Kurki calls them incidents.<sup>16</sup>
- b) Legal personhood consists of two, separable, but interconnected parts: passive personhood and active personhood, which are built up from the individual incidents. While the dominant legal position of passive personhood is claim-rights, active personhood is linked to agency, competence, and responsibility.

---

<sup>15</sup> KURKI, *c. d.*, p. 91.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 6.

- c) Legal personhood is not a binary concept (according to which someone/something is either a legal person or not), but rather a matter of degree. It ranges from full legal personhood to purely passive personhood (see below).<sup>17</sup>
- d) The individual incidents of legal personhood can be analysed separately, but they are interconnected and interact with each other. Legal personhood derives its ultimate meaning from its role in society.
- e) On the question of who or what can be a legal person on the basis of the Bundle Theory, Kurki builds both on the Legalist tradition, i.e., he holds that the concept of legal personhood is primarily constituted by law, and that personhood as a status is guaranteed or denied by law.<sup>18</sup> However, his Legalist stance is limited: he does not believe that any entity can be endowed with legal personhood, and concludes that only sentient beings of ultimate value can be legal persons. The interests of other entities must be represented and enforced by other means.

The following sections will provide a more detailed analysis of these theses, as well as Kurki's proposed solution to the problem of asserting the interests of entities that are not legal persons (specifically the Whanganui River in New Zealand).

## 2.1 WHAT IS LEGAL PERSONHOOD?

As mentioned earlier, the Bundle Theory views legal personhood as a cluster concept, which is not binary but graded, allowing for partial, even purely passive personhood.

Passive legal personhood is primarily related to the legal position of claim-rights:<sup>19</sup> passive personhood is held by an entity that has claim-rights against another entity, i.e., another entity has a duty towards them. Passive personhood consists of six incidents. Three are substantive incidents, i.e., non-procedural claim-rights:<sup>20</sup>

- a) The so-called fundamental protections: protection of life, liberty, and bodily integrity. These are absolute rights that cannot be weighed against other interests or limited on the basis of utilitarian considerations;<sup>21</sup>
- b) The capacity to be a party to special rights: Kurki refers to special rights in a Hartian sense. Although Hart's theory of special rights is based on will theory and its earlier version holds that e.g., children do not have this capacity, Kurki argues that even en-

---

<sup>17</sup> Kurki's definition of the incidents and degrees of legal personhood is strongly influenced by the theory of MacCormick, who breaks down legal personhood into four basic capacities: pure passive capacity, passive transactional capacity, capacity responsibility, transactional capacity. KURKI, *c. d.*, 94. See also MACCORMICK, N. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 77–99.

<sup>18</sup> KURKI, *c. d.*, p. 93.

<sup>19</sup> Keep in mind that Kurki builds on Hohfeld's analysis of rights in his work, claim-rights in this context are Hohfeldian rights.

<sup>20</sup> KURKI, *c. d.*, p. 95.

<sup>21</sup> *Ibid.*

tities with purely passive personhood can exercise this right through a representative or a guardian;<sup>22</sup> and

- c) The capacity to own property (and insusceptibility to being owned):<sup>23</sup> since property is also a cluster concept, in which active and passive components can be distinguished, it is possible, according to Kurki, for passive persons to own property and have property rights.

Three remedy incidents are related to enforcement and include:

- a) standing, i.e., the capacity of a legal person to enforce its rights: there are two aspects of standing in Kurki's reading, one is invested standing, which means that "*an entitlement of X is recognized by the legal system as enforceable in court*".<sup>24</sup> The other is the competence-related aspect, which gives the entity X the choice of whether or not to enforce its right in court.<sup>25</sup>
- b) The capacity to be legally harmed, which addresses the question of whether an entity is entitled to remedies under tort law;<sup>26</sup> and
- c) The capacity to count as a victim of crime.<sup>27</sup>

Active incidents relate to agency, competence, and responsibility, and include:

- a) legal competence, i.e., the competence to perform acts-in-the law which "*are acts which effect changes in legal relations in virtue of the fact that they have been performed with the intention to effect the change in question*";<sup>28</sup>
- b) onerous legal personhood, which is linked to legal responsibility and means that an entity can be held responsible for its conduct and sanctions can be imposed on them.<sup>29</sup>

In sum, Kurki's theory of legal personhood is a structured system of several elements that can be divided into two larger units: passive personhood, which is essentially based on interest theories and has claim-rights as its central legal position, and active personhood, which can be associated with will theories and which allows an entity to perform actions with legal consequences and to be held accountable for its behaviour.

However, the above analysis raises the question: which incidents are essential to declare someone a legal person, and how many incidents must an entity have in order to be considered a legal person?

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 103; see also HART, L. A. Are There Any Natural Rights? *The Philosophical Review*. 1955, Vol. 64, No. 2, pp. 175–191.

<sup>23</sup> Ibid., pp. 103–106; A legal person may, under certain circumstances, be the object of ownership, but, as Kurki acknowledges, this question is rather complicated, and its analysis would go beyond the scope of this paper. For the purposes of this analysis, it is sufficient to note that even entities that may be owned may be legal persons.

<sup>24</sup> Ibid., p. 108.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid., pp. 110–111.

<sup>27</sup> Ibid., pp. 111–112.

<sup>28</sup> Ibid., p. 116. This competence is linked to, but not synonymous with, Hohfeldian powers which is a much broader category. KURKI, *c. d.*, p. 115.

<sup>29</sup> Ibid., p. 116.



Kurki's answer is that, although the Bundle Theory is a cluster concept, it is a functional whole, and its elements are able to fulfil their function together in Western societies: the grouping of these elements into a single concept is justified by the fact that they can only fulfil the needs of society when they are interconnected. Kurki therefore does not give a clear answer as to what the minimum requirements for *legal personhood* are, but he states that it is impossible to ignore the interconnectedness of the different elements of the concept and its role and function in the legal order and in society.<sup>30</sup>

## 2.2 WHO CAN BE A LEGAL PERSON AND WHY

A related (though distinct) question to the above theory is: who/what, according to the analysis, is entitled to (at least partial) legal personhood?

For some entities, it is not difficult to determine whether they are legal persons under the Bundle Theory. The *paradigmatic legal person* is the adult of sound mind who has all the incidents of both passive and active personhood.<sup>31</sup> But the status of many other entities is not so clear: how does the Bundle Theory assess the status of foetuses, animals, rivers, idols, AI? Which incidents are relevant in their case, and why?

To answer these questions, Kurki introduces a further distinction between the legal person and the legal platform.<sup>32</sup> A legal platform "*is a specific kind of bundle of legal entitlements and burdens*" that "*exist only in the law, and can attach to certain kind of entities*".<sup>33</sup> It is also "*named, integrated, and separate from other similar bundles*".<sup>34</sup> A legal person, on the other hand, "*is an attribute of a non-legal entity, conferred by an efficacious legal system*".<sup>35</sup> Every legal person has at least one legal platform.

Kurki thus ultimately finds the answer to the question of what/who is a legal person in *reality*, in entities that exist outside of law, not accepting the theory that law and legal concepts do not need real entities because legal personhood can be explained as a set of legal positions – as we shall see, in his reading this definition corresponds to the legal platform, which is attached to *a real* entity, the legal person.

Keeping this distinction in mind, Kurki's short answer to the question of who/what (can be) a legal person is that a legal person can only be an entity who can hold claim-rights or can perform acts.<sup>36</sup> The main question, therefore, is to which of the entities do others owe a duty<sup>37</sup> (passive legal personhood).

---

<sup>30</sup> I will return to this question in part 4, where I will examine alternative ways of conceiving legal personhood.

<sup>31</sup> KURKI, *c. d.*, pp. 7–10.

<sup>32</sup> Kurki argues that traditional theories use legal personhood in both senses interchangeably, which gives rise to misunderstandings.

<sup>33</sup> KURKI, *c. d.*, p. 133; This definition actually reflects Kelsen's conception of the legal person. See KELSEN, H. *General Theory of Law ad State*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 93.

<sup>34</sup> According to Kurki, a typical example of a legal platform is the one-person company, which can be separated from the natural person's *natural platform* (KURKI, *c. d.*, p. 133).

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>37</sup> Duty is the jural correlative of claim-rights in the Hohfeldian analysis (HOHFELD, *c. d.*, p. 30).

At this point, Kurki departs from his strictly analytical approach and supports his theory with a moral argument. He draws on the interest theories of Joseph Raz<sup>38</sup> and, in particular, Matthew H. Kramer,<sup>39</sup> and points out that both Raz and Kramer ascribe interests to different entities (also e.g., plants, nature, rocks etc.), but argue that interests are not the same as Hohfeldian rights (they are a minimal but not sufficient condition for right-holding). Only entities that can hold at least claim-rights in the Hohfeldian sense can be granted legal personhood. Kurki combines these two theories (Raz's theory that only beings of ultimate value can have rights, and Kramer's theory that sentient beings have claim rights) and concludes that only beings of ultimate value can have passive legal personhood: if an entity is protected for the benefit of another entity, e.g., the public, then it is the public, not the protected entity, that has ultimate value and can therefore be a legal person. In determining who has ultimate value, he turns to Kramer: "*only sentient beings are of ultimate value and that they can consequently hold claim-rights. [...] Sentient beings include at least born, non-anencephalic humans, human fetuses during the final trimester; and most vertebrates.*"<sup>40</sup>

His work can therefore be divided into two parts: while the Bundle Theory itself, the analysis of the components of legal personhood, is strictly analytical, and his conclusion that at least passive personhood can be held by those who have ultimate value is logical, the question of who or what has ultimate value is based on a fundamental moral evaluation.

His moral argument, as well as his analysis, does not go beyond the limits of Western legal ontology: it is based on an individualistic and anthropocentric view (which is logical, given that Kurki starts from an analysis of the Western concept of legal personhood and does not even aim to create a universal concept applicable in all legal systems).

However, as will be discussed in the following parts, this view is incompatible with some of the changes taking place in legal practice, which recognise the legal personhood of other entities, even in systems belonging to the Western legal cultures. The question arises as to whether the global changes in society, the intermingling of different legal (and philosophical) systems, and the new, as yet unresolved challenges facing (Western) society, do not also require a general change in conception and the search for a new legal ontology. The following sections elaborate these theoretical considerations using the case of the Whanganui River as an emblematic example of emerging new entities that require our attention.

Based on the criteria he set out in his analysis, Kurki concludes that the river is not an entity that can be granted legal personhood. However, in legal practice, it is recognized as such. The question therefore remains whether the Western legal concept of legal personhood and its moral justification, as characterised by Kurki, can respond to the challenges of contemporary practice, and whether, by lowering the criteria and expanding the range of legal persons, the whole concept is being hollowed out, and whether it is not appropriate to consider a new, alternative legal ontology in this area.

---

<sup>38</sup> KURKI, *c. d.*, pp. 62–65.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 64.

### 3. THE STATUS OF NON-HUMAN BEINGS – KURKI'S READING OF THE WHANGANUI RIVER CASE

From the above definition, it is clear that Kurki considers sentient beings to be possible legal persons,<sup>41</sup> but the same cannot be said of, for example, rivers, plants, or idols. In this part, I will examine how Kurki views the Whanganui River and the question of what kind of entity the river can be considered to be. These “liminal cases” are best suited to shed light on the controversies of the concept of legal personhood and the different approaches to address these issues.

Kurki's reading of the Whanganui River's legal status is that it is not a legal person, but rather a legal platform, or a *bundle of legal positions*.<sup>42</sup> Although he acknowledges that there is a connection between the Whanganui River as a legal platform and the Whanganui River as a physical entity, he calls this a “weak attachment” and argues that this connection is not sufficient to attach the legal platform *Whanganui River* to the physical entity called *Whanganui River*, as this entity is not a being of ultimate value and is not capable of having legal personhood.<sup>43</sup>

In contrast, Kurki proposes that the legal platform designated as the *Whanganui River* is attached to a “*collective beneficiary constituted by the sentient beings who depend on the river in one way or another*”.<sup>44</sup> Accordingly, on this interpretation, the legal person *Whanganui River* is constituted solely by the collective of sentient beings, thereby excluding from the definition plants, non-living material, and other components of the ecosystem. These elements are not essential to the legal person; they are merely things necessary to secure the interests of the collective beneficiary, the group of sentient beings.<sup>45</sup>

### 4. THE STATUS OF NONHUMAN ENTITIES – IN SEARCH OF A NEW ONTOLOGY?

Kurki's analysis of the Whanganui River's status is logical and consistent with his general theory of legal personhood. However, another interpretation is possible, based on an alternative ontology and moral reasoning that draws on other philosophical traditions; and this interpretation may be better suited to reconciling theory and practice. While Kurki defines the river primarily as a *body of water*, the Te Awa Tupua Act considers it “*an indivisible and living whole comprising the Whanganui River from the mountains to the sea, incorporating all its physical and metaphysical elements*”.<sup>46</sup> It is clear that Kurki's analysis and the indigenous thinking about the Whanganui River

---

<sup>41</sup> Under certain circumstances, AI can also have partial legal personhood, but the analysis of this question exceeds the scope of this article. Kurki further examines the legal personhood of group agents and human collectivities; I will explore this issue more in detail in relation to the Whanganui River.

<sup>42</sup> KURKI, *c. d.*, p. 133.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>45</sup> KURKI, *c. d.*, pp. 172–173.

<sup>46</sup> Te Awa Tupua Act, section 12.

rest on different ontological and moral foundations – in the indigenous worldview, it is not possible to separate the sentient *parts* of the river from the non-sentient ones, the dichotomy characteristic of Western thinking does not appear here.

However, the act itself is characterised by a specific duality. On the one hand, it recognises the physical-metaphysical unity of the river and sees it as an indivisible ecosystem; on the other hand, when it translates this essentially indigenous idea into *Western legal language* and attributes legal personhood to the river, it associates it with concepts that necessarily lead back to anthropocentric Western thinking.<sup>47</sup> In Jade-Ann Reeves' and Timothy D. Peters' reading,<sup>48</sup> the act divides the river into a *bodily, animal* part and a *part with a human face*. While section 12 defines the essence of the river and identifies this essence with its natural, passive character, section 14, which recognizes the legal personhood of the river, gives it a *human face* and endows it with an active, competent personhood and a capacity to hold claim-rights. The river is thus separated from its environment on two fronts: on the one hand, it is separated from nature by being delimited and named as an entity endowed with rights and duties, and on the other, it can never achieve full legal personhood because of the definitional elements and limitations of the Western concept of legal personhood.<sup>49</sup>

Both the Te Awa Tupua Act and this interpretation demonstrate the complexities and unresolved issues surrounding the concepts of personhood, individualism, anthropocentrism, and the divergence of worldviews. Do we need to go beyond the Western subject-object duality and look for new ontologies if we are to respond to changes in our relationship with nature? Or can the Western worldview be brought into line with these changes without radical reinterpretation?

Kurki endeavours to respond to these questions within the context of Western philosophical discourse. Reeves and Peters adopt an alternative approach, proposing that a new ontology is required in both philosophy and law.

Such an ontological shift has gradually emerged in social as well as natural sciences over the past decades,<sup>50</sup> when the attention of certain researchers has shifted from human, language and subjectivity to objects and matter, to the interconnectedness of different entities and the embeddedness of human beings in the material world. Among the numerous theoretical approaches, one of the most pertinent *new ontologies* is that of new materialism. As posited by Jessie Hohmann,<sup>51</sup> this perspective exhibits three distinctive features when compared to other object-oriented approaches. Firstly, it considers matter “in its very physicality”. Secondly, it emphasises the entanglement of all matter. Thirdly, it does not consider matter as passive and inert, but rather as vital,

---

<sup>47</sup> See Te Awa Tupua Act, section 14: “*Te Awa Tupua is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person.*”

<sup>48</sup> REEVES, J.-D. – PETERS, T. D. Responding to anthropocentrism with anthropocentrism: the biopolitics of environmental personhood. *Griffith Law Review*. 2021, Vol. 30, No. 3, pp. 474–504.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 486–489.

<sup>50</sup> HOHMANN, J. Diffuse subject and dispersed power: New materialist insights and cautionary lessons for international law. *Leiden Journal of International Law*. 2021, No. 34, pp. 585–606.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 592.

*vibrant*<sup>52</sup> and agentic. It challenges the traditional binary oppositions characteristic of Western philosophy, such as subject/object, mind/matter, and so forth. Instead, it emphasises relationality and the procedural aspects of subject formation: it considers agency “*as the result of intra-actions and entanglements and [agency] is an unstable and potentially shifting process*”.<sup>53</sup> This emphasis on relationality and a novel approach to agency renders new materialism a compelling lens through which to examine the question of legal personhood.

New materialism offers a means of reconciling the specific duality that characterises The Te Awa Tupua Act, as well as our general way of thinking about nature. It can provide a new philosophical-ontological basis for legal theory to rethink the subject-object duality and to conceptualise new, more interconnected ways of thinking about human and nature, the material and the immaterial, human and posthuman agency.

However, it remains to be seen what wider implications the new materialism would have for legal theory if adopted as a general theoretical framework in the field. These questions remain to be explored.

The question of who or what counts as an entity endowed with rights or duties in law always ultimately leads to a moral-philosophical (and also political) debate. As paradigms change in our time, so must our views on legal personhood and the entities that are relevant to the law. This involves not only the question of who is a legal person, but also the role of *real* entities in law in general: how we delimit and define them, and what modes of communication we use to relate to them. Whether we start from the analytic tradition or depart from it, these questions cannot be avoided. Kurki’s theory is one example of it, which ultimately gave moral legitimacy to its answer to the question of who and why is a legal person, and it is also evident in the work of scholars who depart from the analytic tradition and turn to new philosophical approaches.

## CONCLUSION

The aim of my article has been to try to identify the place of the concept of legal personhood, its current dominant understanding and its new possibilities in law. Using Kurki’s rigorous and precise analysis, I have shown how the concept of legal personhood can be understood and given meaning in contemporary Western legal theory, then shown who can count as a legal person on the basis of this concept, and tried to outline an alternative way forward that not only breaks down the structure of legal personhood into its elements, but also experiments with an entirely new ontology. The question remains as to which path will best respond to the changes of our times, to the emergence of new entities and claims, and to conceptualise legal personhood in such

---

<sup>52</sup> See BENNETT, J. *Vibrant Matter: A Political Ecology of Things*. Duke University Press, 2010. Bennett is one of the pioneers of new materialism. For a posthumanistic view, see BRAIDOTTI, R. *The Posthuman*. Cambridge: Polity Press, 2013. For implications of new materialism in law, see DAVIES, M. *Law Unlimited: Materialism, Pluralism and Legal Theory*. New York: Routledge, 2017.

<sup>53</sup> HOHMANN, c. d., p. 594.

a way that it can truly fulfil its explanatory and abstractive function. A great advantage of Kurki's theory is its analytical rigour and the fact that it can provide convincing answers to the questions that arise even within the current framework of Western thought. And the new materialist approaches encourage us to look at human beings, nature, technology, and their legal status from a new perspective.

Mgr. Zsófia Folková  
Charles University, Faculty of Law  
zsafia.folkova@prf.cuni.cz

# PROTIPRÁVNÍ STAV JAKO DŮVOD VZNIKU OBJEKTIVNÍ ODPOVĚDNOSTI V ČESKÉM SOUKROMÉM PRÁVU\*

KAREL BERAN\*\*

## Abstract: Unlawful State of Affairs as a Ground for Strict Liability in Czech Private Law

The aim of this paper is to answer the question of why we need an unlawful state of affairs as a ground for legal liability. At its core is a polemic with Filip Melzer's view that "a certain state of affairs cannot, strictly speaking, be described as unlawful in itself, but only the conduct of the legal subject that led to that consequence or state of affairs". Its starting point is not "strict liability", as we understood it until the adoption of the Civil Code in 2012, but the German concept of liability for endangerment (*Gefährdungshaftung*), which is based not on an unlawful condition but on liability for an increase in risk. For these reasons, I will first address the question of how liability for damages, as we have known and understood it under the 1964 Civil Code, differs from the obligation to compensate for damages, which is enshrined in the current and effective Civil Code. I then consider why we need "unlawfulness" (wrongfulness) to distinguish an unfortunate coincidence from an unlawful state of affairs, and why we do not merely distinguish legal events from unlawful states of affairs. Finally, I consider the concept of liability for endangerment (*Gefährdungshaftung*) itself and its weaknesses.

**Keywords:** unlawful state of affairs; legal liability; strict liability; endangerment liability; *Gefährdungshaftung*; liability for increased risk; duty to compensate for damage; illegality; unfortunate coincidence; legal event; legal facts

**Klíčová slova:** protiprávní stav; právní odpovědnost; objektivní odpovědnost; odpovědnosti za ohrožení; *Gefährdungshaftung*; odpovědnosti za zvýšení rizika; povinnost k náhradě újmy; protiprávnost; nešťastná náhoda; právní událost; právní skutečnosti

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.160

## 1. ÚVODEM

Protiprávní stav je druhem právní skutečnosti, který znamená „protiprávní výsledek sil působících nezávisle na lidské vůli“. Právě proto, že je to stav „protiprávní“, způsobuje vznik změnu nebo zánik subjektivních práv a povinností – typicky je

\* Tato stať byla zpracována v rámci programu Univerzity Karlovy Cooperatio/Law a jako ústní příspěvek byla přednesena pod názvem *Liability based on fault and no-fault liability in the Czech private law (Why do we need "unlawful state of affairs")* na Česko-chorvatském kolokviu o právní teorii, které se konalo dne 24. 5. 2024 na půdě Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze.

\*\* Autor působí jako profesor na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty UK v Praze.

důvodem vzniku objektivní odpovědnosti. Konstrukci objektivní odpovědnosti, která vzniká na základě protiprávních stavů, však v souvislosti s přijetím občanského zákoníku v roce 2012 (dále jen ObčZ)<sup>1</sup> začal zpochybňovat Filip Melzer. Podle něj totiž: „Protiprávní může být toliko lidské jednání, neboť úkolem normy je regulace chování jejich adresátů a adresáti norem jsou výlučně právní subjekty osoby.“ Z toho podle Filipa Melzera plyne, že „následek nějakého jednání či určitý stav nemůže být striktně vzato sám o sobě označen jako protiprávní, nýbrž pouze jednání právního subjektu, které k tomuto následku či stavu vedlo. To ovšem neznamená, že neexistuje určitý následek či stav, kterému chtěl zákonodárce zabránit. Je však nutné říci, že chtěl zabránit jednání vedoucímu k tomuto následku, stavu (tj. ho zakázal). Jestliže tedy zákonodárce zakázal určité jednání, pak zpravidla proto (za tím účelem), aby eliminoval určité následky tohoto jednání – toto však nečiní tyto následky samy o sobě protiprávní.“ Proto podle něj „nedává dobrý smysl konstrukce tzv. protiprávních stavů“.<sup>2</sup> Taková argumentace se na první pohled zdá být přesvědčivá. Účelem práva je totiž regulovat právní vztahy, tj. jinými slovy stanovovat právní povinnosti. Právní povinnosti však nelze ukládat nikomu jinému než lidem a z toho také plyne, že protiprávní nemůže být nikdy nic jiného než lidské jednání. Jestliže tak protiprávní stavy připínají právní následky – navíc nepříznivé právní následky v podobě odpovědnosti –, popírají základní axiom práva, a sice, že odpovídat lze pouze za to, co někdo způsobí nebo nezpůsobí svým jednáním, ale nikoli za to, co způsobí svým „jednáním“ příroda, a následek se pak jako protiprávní stav někomu přičte.

S pojetím Filipa Melzera nesouhlasím, domnívám se, že protiprávní nemusí být nutně jen jednání, nýbrž i stav, který žádným jednáním vyvolán není. Podle mého názoru protiprávní stavy dávají dobrý smysl. S tím souvisí i to, že podle mého názoru není vhodné nahrazovat „objektivní odpovědnost“, německým konceptem „odpovědnosti za ohrožení“ (*Gefährdungshaftung*), která nesměruje k protiprávnímu výsledku, ale k jednání, jež zvyšuje riziko.<sup>3</sup>

Abych vysvětlil, v čem mohou spočívat slabiny argumentace Filipa Melzera, začnu případem McIntyre v. Sholty, kterým se v roce 1887 zabýval Nejvyšší soud státu Illinois.<sup>4</sup>

*„Skutečnosti, na nichž byl případ založen, byly následující: Duševně nemocný Benjamin D. Sholty se ukrýval ve stodole svého bratra Leviho Sholtyho. Po nějaké době ho objevil jeden z dělníků na Leviho farmě. Protože se neúspěšně snažili přimět strážce zákona z nejbližšího města, aby vyjeli na farmu a Benjaminu zatkli, rozhodl se Levi s pomocí sousedů svého bratra ze stodoly vystrnadit. Benjamin se schovával v sýpce, která se nacházela uvnitř stodoly. Když Levi a ostatní Benjaminu uvnitř našli, snažili se mu zabránit v útěku a on na ně vystřelil. V tu chvíli stodola vzplála. V té době šla Leviho žena s dcerou z domu směrem ke stodole a Benjamin si jich všiml. Se zbraní v ruce je*

<sup>1</sup> V případě, že není u uváděných čísel paragrafů uveden jiný právní předpis, jedná se vždy o ustanovení ObčZ.

<sup>2</sup> MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář*. Svazek IX. Praha: Leges, 2018, s. 233 (poznámka pod čarou číslo 1183).

<sup>3</sup> K tomu srovnej např. WANDT, M. *Gesetzliche Schuldverhältnisse*. München: Verlag Franz Vahlen, 2019, s. 270.

<sup>4</sup> Judgment *McIntyre v. Sholty* of the Supreme Court of Illinois of 27 September 1887.



přinutil zastavit a pak na ně vystřelil. Dcera byla pouze zraněna, ale matka byla zabita. Levi Sholty proto podal na správce Benjaminova majetku žalobu o náhradu škody za smrt své manželky, přičemž Benjamin sám zahynul v plamenech hořící stodoly.

Nejvyšší soud státu Illinois projednal věc jako soud odvolací a potvrdil rozsudek soudu prvního stupně, neboť z něj vyvodil, že žalobce má právo na náhradu škody z majetku žalovaného.

Soud uvedl: „Soud rozhodl, že se dědictvím rozumí majetek, který byl předmětem sporu: Je dobře stanoveno, že ačkoli šílenec není trestně postižitelný, **je odpovědný v občanskoprávním řízení za delikt, který může spáchat.** [...] Jeho jednání postrádá prvek úmyslu neboli záměru. Z toho se zdá vyplývat, že jedinou správnou mírou náhrady škody v žalobě proti němu za protiprávní jednání je pouhá náhrada škody poškozené straně. Trest není předmětem práva, pokud jsou pachatelé protiprávního jednání osoby nepřičetné.“<sup>5</sup>

Na základě této kauzy lze uzavřít, že „jednání“ nepřičetné osoby může způsobit civilní odpovědnost za delikt. První otázka, kterou si na základě této kauzy můžeme položit, zní: vznikla by podle platného českého práva Benjaminovi právní odpovědnost, respektive vznikla by mu povinnost k náhradě škody?

## 2. ČÍM SE LIŠÍ ODPOVĚDNOST ZA ŠKODU A POVINNOST K NÁHRADĚ ÚJMY?

Odpověď na otázku, zdali by Benjamin podle platného a účinného občanského zákoníku odpovídal, je třeba začít u § 24, který stanoví, že „každý člověk odpovídá za své jednání, je-li s to posoudit je a ovládnout“.<sup>6</sup> Benjamin ale právě nemohl být ve stavu, aby byl s to své jednání posoudit a ovládnout, z čehož plyne, že za své jednání odpovídat nemůže. To ale zároveň vůbec neznamená, že by nebyl povinen k náhradě újmy, kterou způsobil. Podle § 2920 odst. 2, který stanoví, že „[n]ebyl-li nezletilý, který dovršil třinácti let a nenabyl plné svéprávnosti, nebo ten, kdo je stížen duševní poruchou, způsobilý ovládnout své jednání a posoudit jeho následky, má poškozený právo na náhradu, je-li to spravedlivé se zřetelem k majetkovým poměrům škůdce a poškozeného“, by Benjamin na základě konkrétního posouzení soudem mohl být povinen k náhradě újmy, kterou způsobil.

Dospíváme tak k poněkud paradoxnímu závěru, že ten, kdo podle § 24 občanského zákoníku právně neodpovídá, je zároveň povinen k náhradě škody. Jak je to možné? Odpověď spočívá v terminologii, kterou používá občanský zákoník. Na rozdíl od jeho

<sup>5</sup> Pro vyloučení pochybností o správnosti překladu do českého jazyka uvádím zároveň i původní anglickou verzi právního hodnocení soudu: „The court stated: ‘It is well settled that, though a lunatic is not punishable criminally, he is liable in civil action for tort he may commit. [...] His acts lack the element of intent, or intention. Hence it would seem to follow that the only proper measure of damages in an action against him for wrong, is the mere compensation of the party injured. The punishment is not the object of the law when persons unsound in mind are the wrong-doers.’”

<sup>6</sup> § 24 ObčZ: „Každý člověk odpovídá za své jednání, je-li s to posoudit je a ovládnout. Kdo se vlastní vinou přivede do stavu, v němž by jinak za své jednání odpovědný nebyl, odpovídá za jednání v tomto stavu učiněná.“

předchůdce – občanského zákoníku z roku 1964 – v současném občanském zákoníku obecný pojem „odpovědnosti za škodu“<sup>7</sup> nenacházíme. Namísto toho je v ObčZ použit termín „povinnost k náhradě majetkové a nemajetkové újmy“.<sup>8</sup> Z toho lze vyvodit, že zákonný pojem odpovědnosti je třeba vyhradit **pouze pro případy, kdy vzniká odpovědnost jako důsledek zaviněného jednání člověka**. Ve všech ostatních případech „se neodpovídá“, nýbrž – za splnění dalších předpokladů – vzniká povinnost k náhradě újmy. Zřejmě právě proto byl dosavadní termín „odpovědnost za škodu“ nahrazen termínem „povinnost k náhradě újmy“. Povinnost k náhradě újmy totiž vzniká i tomu, kdo za ni ve smyslu § 24 „neodpovídá“. Legální pojem odpovědnosti je tak třeba chápat v užším smyslu, než tomu bylo za účinnosti občanského zákoníku z roku 1964 (dále také jen jako ObčZ 1964).<sup>9</sup>

Tuto změnu terminologie považovala Irena Pelikánová<sup>10</sup> za „politováníhodnou“.<sup>11</sup> Na to reagoval Filip Melzer, podle kterého byla „kritizována terminologie, nikoli obsah právní úpravy“.<sup>12</sup> Zároveň uvedl, že je „kritizováno terminologické užití tohoto pojmu, které dnes není v žádném případě jednotné. Někdy je používán jen ve vztahu k povinnosti nést následky svého protiprávního jednání a vylučován v případě, kdy povinnost k náhradě škody vzniká bez ohledu na protiprávnost, jindy je používán mnohem širěji, dříve dokonce i ve vztahu k bezdůvodnému obohacení, resp. neoprávněnému majetkovému prospěchu. Za této situace může zákonodárce učinit jen jedno, vybrat si některou terminologickou variantu, kterou považuje za nejvhodnější, a tu důsledně uplatňovat. Přesně tento postup byl zvolen i v případě návrhu občanského zákoníku.“<sup>13</sup>

Zajímavé je, že přestože si Filip Melzer musí být vědom toho, že občanský zákoník přichází se změnou terminologie, tuto změnu ve svém komentáři prakticky nereflextuje. Pro vystižení situace, kterou upravuje § 2895, kdy je škůdce povinen nahradit

<sup>7</sup> S pojmem „odpovědnosti za škodu“ běžně pracoval Občanský zákoník z roku 1964. Hlava druhá šesté části ObčZ 1964 nesla název „Odpovědnost za škodu“ a celá část šestá byla označena jako „Odpovědnost za škodu a bezdůvodné obohacení“.

<sup>8</sup> Hlava III. čtvrté části občanského zákoníku z roku 2012 je nazývána „Závazky z deliktů“, díl první této hlavy pak „Náhrada majetkové a nemajetkové újmy“, přičemž v ustanovení § 2894 je stanoveno, že náhrada újmy zahrnuje vždy náhradu škody a eventuálně též náhradu nemajetkové újmy.

<sup>9</sup> V důvodové zprávě k § 24 ObčZ se dočítáme, že: „Osnova opouští pojetí odpovědnosti jako hrozby sankcí. Tato konstrukce opanovala od 70. let minulého století českou právní doktrínu po dlouhých diskusích v 50. a 60. letech a spojuje nástup odpovědnosti s porušením právní povinnosti. Osnova se naopak přiklání k pojetí odpovědnosti v duchu tradic antické a křesťanské civilizace, podle nichž člověk odpovídá za své jednání v plném rozsahu, a odpovídá tedy především za to, že se chová řádně, po právu a za splnění povinnosti. Vzhledem k tomu se v návrhu slovo „odpovědnost“ používá jen velmi zřídka, protože zákonný text vystačí ve většině případů s termínem povinnost. Odstraňuje se tak nedůslednost současných formulací platného občanského zákoníku, který termín „odpovědnost“ používá v různých významech a často i zbytečně (ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 79).

<sup>10</sup> PELIKÁNOVÁ, I. Odpovědnost za škodu: trendy a otázky, malý náhled do osnovy nového občanského zákoníku. *Bulletin advokacie*. 2011, roč. 41, č. 3, s. 15.

<sup>11</sup> Podle Pelikánové je totiž „soukromoprávní odpovědnost a v jejím rámci odpovědnost za škodu je jenom částí širší problematiky odpovědnosti, což by i občanský zákoník měl terminologicky vyjadřovat. Je politováníhodné, jestliže návrh občanského zákoníku odmítá samotný pojem odpovědnosti v souvislosti s úpravou odpovědnostních závazků.“ (Tamtéž, s. 15).

<sup>12</sup> MELZER, F. Corpus delicti aneb obrana úpravy deliktního práva v návrhu občanského zákoníku. *Bulletin advokacie*. 2011, roč. 41, č. 3, s. 24–25.

<sup>13</sup> Tamtéž.

škodou bez ohledu na své zavinění, používá Filip Melzer úplně klidně pojem objektivní odpovědnosti, aniž by se jakkoli zabýval tím, že by se o odpovědnost vlastně jednat nemělo. Jinými slovy nám tím říká, že pojem odpovědnosti za škodu je totožný s pojmem povinnost k náhradě škody a snaha terminologicky omezit pojem odpovědnosti na odpovědnost za vlastní zavinění byla jen marným pokusem změnit zavedené chápání a terminologii. Pokud by tomu tak bylo, mohl by můj článek na tomto místě skončit. Ve skutečnosti tomu ale tak není. Obligatorním předpokladem odpovědnosti za škodu totiž byla vždy protiprávnost, která byla ostatně obsažena i v označení právních skutečností, jež stály u vzniku právní odpovědnosti, tj. v „protiprávním jednání“, nebo v „protiprávním stavu“.<sup>14</sup> Z tohoto myšlenkového schématu vycházela pravděpodobně také I. Pelikánová, když uváděla, že: „*Objektivní odpovědnost je odpovědností bez zavinění, protiprávnost by však měla být jejím předpokladem.*“<sup>15</sup> Podle F. Melzera však „v žádném případě nelze souhlasit s Pelikánovou, když tvrdí, že by protiprávnost měla být předpokladem objektivní odpovědnosti. Případy objektivní odpovědnosti představují velmi různorodou skupinu případů, které mají společné jen dvojí: *mezi předpoklady je škoda, a naopak není zavinění. Naproti tomu jiné prvky obecné odpovědnosti za škodu se vyskytovat mohou, avšak nemusí.*“<sup>16</sup> S tím pak úzce souvisí i to, že Filip Melzer nechápe jako důvod vzniku objektivní odpovědnosti „protiprávní stav“, nýbrž „*legitimní důvody, pro které zákonodárce stanoví objektivní odpovědnost*“. Nejtypičtějším důvodem pro stanovení odpovědnosti nezávislé na zavinění je tak podle něj „*zvýšení rizika pro ostatní subjekty (odpovědnost za ohrožení, resp. za zvýšení rizika, Gefährdungshaftung)*“.<sup>17</sup>

K jakým důsledkům vede konstrukce Filipa Melzera, podle které i objektivní odpovědnost musí být tak či onak spojena s jednáním (i když nemusí být zaviněné) a zároveň předpokladem objektivní odpovědnosti nemusí být protiprávnost, si můžeme nejlépe ukázat opět na našem příkladu. To, co je nepochybné je, že by Benjamin podle platného českého práva nemohl odpovídat za vlastní zavinění, zároveň by však mohl mít povinnost k náhradě škody. Jediná možnost, jak toho dosáhnout, tedy je, že tato povinnost Benjaminovi vznikne na základě „objektivní odpovědnosti“.

<sup>14</sup> K tomu srovnej: TICHÝ, L. – HRÁDEK, J. *Delikt ní právo*. Praha: C. H. Beck, 2017; TICHÝ, L. – HRÁDEK, J. *Delikt ní právo v návrhu nového občanského zákoníku. Právní fórum*. 2012, roč. 9, č. 1, s. 6–21; BEZOUŠKA P. *Komentář k § 2910*. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI: závazkové právo: zvláštní část (§ 2055–3014): komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1542; HRÁDEK, J. *Komentář k § 2911 a § 2912*. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník: komentář*. Svazek VI. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 928; KNAPPOVÁ, M. – ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. a kol. *Občanské právo hmotné 2. 4. aktual. a dopl. vyd. Praha: ASPI, 2005; LUBY, Š. Prevencia a zodpovednosť v občianskom právu*. Bratislava: Obzor, 1958; ŠVESTKA, J. *Odpovědnost za škodu podle občanského zákoníku*. Praha: Academia, 1966; KNAPPOVÁ, M. *Povinnost a odpovědnost v občanském právu*. Praha: Academia, 1968; LAZAR, J. a kol. *Občanské právo hmotné*. 3. vyd. Bratislava: Iuridica, 2006; FIALA, J. a kol. *Občanské právo hmotné*. 3. vyd. Brno: Doplněk, 2001; BREJCHA, A. *Odpovědnost v soukromém a veřejném právu*. Praha: Codex Bohemia, 2000; PRAŽÁK, P. *Koncepce právní odpovědnosti v novém občanském zákoníku*. In: GERLOCH, A. – BERAN, K. *Funkce a místo právní odpovědnosti v recentním právním řádu*. Praha: Leges, 2014, s. 25–36.

<sup>15</sup> PELIKÁNOVÁ, c. d., s. 19.

<sup>16</sup> MELZER, c. d., s. 26.

<sup>17</sup> MELZER – TĚGL a kol., c. d., s. 48. (Vedle toho však uvádí i další důvody, jako jsou sociální důvody a hospodářská únosnost, korelace výhody a rizika.)

Položme si proto otázku, zdali je důvodem vzniku odpovědnosti jednání osoby nepřičetné, anebo výsledek jednání nepřičetné osoby.

Druhá otázka pak zní, zdali toto jednání nebo tento výsledek může být důvodem vzniku odpovědnosti, aniž by bylo třeba, aby se jednalo o protiprávní jednání nebo o protiprávní výsledek tohoto jednání.

### 3. ČÍM SE LIŠÍ NEŠŤASTNÁ NÁHODA OD PROTIPRÁVNÍHO STAVU?

Při odpovědi na otázku, zda je důvodem vzniku odpovědnosti jednání osoby nepřičetné, anebo výsledek jednání nepřičetné osoby, jde o to, zdali faktické chování nepřičetné osoby můžeme považovat za „jednání“. K tomu lze přistoupit dvojným způsobem:

Je možné říci, že šílený nepřičetný Benjamin „jednal“, neboť se navenek projevoval tím, že střílel. Jestliže však soud konstatoval, že byl osobu nepřičetnou, musí to zároveň znamenat, že nevěděl, co činí (jinak by na svoji švagrovou určitě nestřílel), jednal v afektu, obdobně instinktivně jako zvíře zahnané do kouta, které útočí všemi možnými prostředky. Pokud přijmeme tezi, že jednal, potom musíme vycházet z toho, že jednal na základě instinktivní vůle, obdobně jako „jednají“ zvířata“.

Druhá možnost je kvalifikovat takové „jednání“ jako pouhý faktický projev chování, který však jednáním není. Jestliže totiž opět vyjdeme z dikce § 24, podle něhož je předpokladem odpovědnosti nikoliv pouhé faktické „chování“, nýbrž jednání, které je člověk „s to posoudit a ovládnout“, lze z toho *a contrario* vyvodit, že tam, kde člověk není „s to posoudit a ovládnout“ své jednání, tam ani nejedná. V souladu s Jiřím Boguszakem se domnívám, že mnohem spíše jde o jakési faktické chování, jehož výsledek může být *in eventum* protiprávní.<sup>18</sup>

Chování nepřičetného škůdce proto po mém soudu nelze považovat za „jednání“. Pokud bychom tak činili, znamenalo by to, že bychom kladli rovnítko mezi jednání, jehož atributem je rozpoznávací a ovládací složka, která je také nezbytná k tomu, aby byly naplněny předpoklady pro jednání stanovené právem. Pokud bychom takové instinktivní chování považovali za jednání, ve skutečnosti by se jednalo o fikci, která však nemá oporu v zákoně. Dalším důsledkem by pak bylo, že za jednání bychom mohli považovat i faktické chování zvířat a za takové „jednání“ je perspektivně i trestat. Tím bychom se přiblížili ke středověkému právu, kde zvířecí procesy byly zcela běžné. Z těchto důvodů považuji za přílehavější chápat faktické chování nepřičetné osoby nikoli za „jednání“, nýbrž za výsledek sil nezávislých na lidské vůli.

<sup>18</sup> K tomu viz Boguszak: „Protiprávní stav však může být podle okolností způsoben i chováním toho, kdo není schopen své jednání ovládnout nebo posoudit jeho důsledky: (Oproti tomu protiprávní jednání, včetně nezaviněného, je chování vědomé a volní.)“ (BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. Praha: ASPI, 2004, s. 134).

Tím jsme dospěli k druhé otázce, a sice zdali tento výsledek může být důvodem vzniku odpovědnosti, aniž by bylo třeba, aby se jednalo o výsledek „protiprávní“? Odpověď na otázku, v čem spočívá nebo nespočívá protiprávnost výsledku, lze hezky ukázat na srovnání toho, k jakému závěru bychom dospěli podle občanského zákoníku z roku 1964 a podle současného občanského zákoníku:

Podle § 422 odst. 1) ObčZ 1964 platilo: „(1) *Nezletilý nebo ten, kdo je stížen duševní poruchou, odpovídá za škodu jím způsobenou, je-li schopen ovládnout své jednání a posoudit jeho následky; společně a nerozdílně s ním odpovídá, kdo je povinen vykonávat nad ním dohled. Není-li ten, kdo způsobí škodu, pro nezletilost nebo pro duševní poruchu schopen ovládnout své jednání nebo posoudit jeho následky, odpovídá za škodu ten, kdo je povinen vykonávat nad ním dohled.*“

Z toho ustanovení plynulo, že ten, kdo je stížen duševní poruchou, odpovídá za škodu jím způsobenou pouze tehdy, je-li schopen ovládnout své jednání a posoudit jeho následky. Pokud byl Benjamin nepřičetný, znamená to, že by v ČR až do roku 2014 za své „chování“ nemohl odpovídat, a nebylo by tak ani možné nárokovat náhradu škody z jeho dědictví, neboť by k tomu chyběl právní základ. Jednalo by se prostě o nešťastnou náhodu, za kterou se neodpovídá.

Naopak ale – jak jsem již uvedl – podle platného a účinného občanského zákoníku by tuto situaci bylo třeba posoudit podle § 2920 odst. 2. Konkrétně bychom tak mohli dospět k závěru, že Benjamin by mohl odpovídat, ale nemusel, záleželo by to na konkrétním posouzení soudu s ohledem na majetkové poměry jeho a jeho bratra.

Tím jsme se již přiblížili k odpovědi na otázku, jakým způsobem se z „výsledku působení sil nezávislých na lidské vůli“ může stát protiprávní stav, za který se již odpovídá. Jak jsme viděli, Nejvyšší soud státu Illinois si příliš nelámal hlavu s tím, zdali nebohý nepřičetný Benjamin jednal nebo nejednal. Tak jako tak bylo jeho „jednání“ kvalifikováno jako delikt a za takové jednání také byla jeho bratrovi přiznána náhrada škody. Pokud bychom tak měli popsat v termínech českého práva to, k jakému závěru dospěl Nejvyšší soud státu Illinois, mohli bychom říci, že soud konstatoval, že se nejednalo o nešťastnou náhodu, za kterou nikdo neodpovídá, ale o protiprávní stav, tj. újmu, kterou bude Benjamin povinen nahradit.

Dospíváme tak k dílčímu závěru, že „**protiprávnost**“ je nutná k tomu, abychom mohli rozlišit nešťastnou náhodu, za kterou se neodpovídá, od protiprávního stavu, za který se již odpovídá.<sup>19</sup> Filip Melzer by však mohl namítnout, že se o žádnou protiprávnost jednat nemusí. Mohl by argumentovat tím, že jenom proto, že právo s určitými skutečnostmi nezávislými na lidské vůli spojuje právní následky, nezpůsobuje, že tyto následky máme považovat za protiprávní. Proč tedy považujeme výsledky sil nezávislých na lidské vůli za protiprávní stavy, a nikoli pouze za právní události, které jsou v souladu s právem? Jinými slovy jde o to, proč je potřeba rozlišovat právní události od protiprávních stavů.

---

<sup>19</sup> K tomu srovnej: ELISCHER, D. Protiprávnost – co je jejím zdrojem v soukromém právu? *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2016, roč. 24, č. 4, s. 501–527; TICHÝ – HRÁDEK, c. d.

#### 4. PROČ JE POTŘEBA ROZLIŠOVAT PRÁVNÍ UDÁLOSTI OD PROTIPRÁVNÍCH STAVŮ?

Odpověď na otázku, proč je potřeba rozlišovat právní události od protiprávních stavů, je stejná jako odpověď na otázku, proč rozlišujeme právní jednání od protiprávního jednání. Z jistého úhlu pohledu bychom totiž mohli říct, že právní a protiprávní jednání se vlastně neliší, neboť v obou případech jde o situaci, kdy jsou s „jednáním“ spojeny určité právní následky. Jestliže například někdo sepiše závěť, potom po něm někdo bude dědit. Jestliže někdo někoho úmyslně usmrtí, potom mu bude uložen trest. Z tohoto úhlu pohledu nemusíme rozlišovat mezi porušením zákazu úmyslně usmrcovat a možností přikázat, kdo po mně má dědit. Oboje má právní následky. Je pravdou, že takové rozlišování ani není nutné, stejně jako není nutné rozlišovat mezi právem trestním a mezi právem občanským. O vyspělosti právní kultury však nesvědčí schopnost nerozlišovat, ale naopak schopnost rozlišovat. Proto rozlišujeme např. mezi smlouvou a deliktem, resp. mezi právním jednáním a protiprávním jednáním.

Ostatně na takovém rozlišování je založen i český občanský zákoník, který vychází z toho, že povinnost k náhradě újmy je závazkovou povinností, tj. je součástí závazku vznikajícího *ex delicto*. Právním důvodem (titulem) vzniku závazku přitom může být podle § 1723 „*smlouva, protiprávní čin nebo jiná právní skutečnost, která je k tomu podle právního řádu způsobilá*“. Z gramatického výkladu tohoto ustanovení plyne, že smlouva i protiprávní čin jsou jen některými z druhů právních skutečností, jež mohou vést ke vzniku závazků. Lze tak tvrdit, že v ObčZ<sup>20</sup> jsou výslovně uvedeny tyto právní skutečnosti:

- i. právní jednání,
- ii. právní události,
- iii. protiprávní jednání.

Jestliže tak rozlišujeme mezi jednáním v souladu s právem a jednáním v rozporu s právem, potom dává svou hlubokou logiku rozlišovat i mezi skutečnostmi nezávislými na lidské vůli, které jsou v souladu s právem a označujeme je jako právní události, od výsledků působících nezávisle na lidské vůli, které označujeme jako protiprávní stavy. To je také důvodem, proč právní teorie rozlišuje druhy právních skutečností na základě dvou kritérií, kterými jsou:

- 1) **jednání** (jako vědomý projev lidské vůle), **anebo absence jednání**,
- 2) **soulad či rozpor s právem**; tj. skutečnost, která je „po právu“ či „proti právu“.

Vzájemnou kombinaci dvou kritérií lze matematicky vyjádřit jako  $2 \times 2$ , což se rovná 4. Čtvrtou právní skutečností, kterou občanský zákoník výslovně nezmiňuje, je tzv. protiprávní stav. Jestliže podle Filipa Melzera „*nedává dobrý smysl konstrukce tzv. protiprávních stavů*“, <sup>21</sup> potom to musí znamenat, že by kombinace dvou kritérií

<sup>20</sup> ObčZ označuje celou svou Hlavu V. jako „Právní skutečnosti“. Pod právní skutečností je pak výslovně podřazeno „právní jednání“ a „právní události“. Z § 1723 plyne, že jedním z druhů právních skutečností jsou i „protiprávní činy“, které česká právní teorie tradičně označuje jako „protiprávní jednání“.

<sup>21</sup> MELZER – TÉGL a kol., c. d., s. 233 (poznámka pod čarou číslo 1183).

měla být matematicky vyjádřena jako  $2 \times 2 = 3$ . To zase nedává dobrý smysl mně, neboť se domnívám, že kategorie protiprávních stavů má své opodstatnění a svoji logiku, která spočívá právě v kombinaci oněch dvou kritérií, na základě nichž česká právní teorie nerozlišuje pouze tři právní skutečnosti, nýbrž čtyři.

právní jednání	právní události
<b>protiprávní jednání</b>	<b>protiprávní stavy</b>

Považuji za vědecký přínos Jiřího Boguszaka,<sup>22</sup> že kategorii protiprávních stavů zavedl a vysvětlil. Domníváme se, že se nejedná o „problematickou konstrukci“, neboť umožňuje právní teorii vysvětlit, co je důvodem vzniku objektivní odpovědnosti. Pokud Filip Melzer zastává odlišný názor, měl by vysvětlit, proč podle něj činí problém, že  $2 \times 2 = 4$ , zatímco jeho „bezproblémové“ řešení je založeno na tom, že  $2 \times 2 = 3$ .

Rozlišování právních událostí a protiprávních stavů však má svůj význam nejen z teoretického, ale i z praktického hlediska. Může být užitečné právě například při rozlišování „nešťastných náhod“ od „protiprávních stavů“. Za nešťastnou náhodu lze například považovat, pokud by se manželka pana Leviho procházela v bouřce na kopci, uhodil by do ní blesk, a v důsledku toho by zemřela. I to by nepochybně byl výsledek sil působících nezávisle na lidské vůli. Jaký je rozdíl mezi tím, když do paní Sholtyové střelí nepřítelny člověk, od toho, když ji zabije blesk? Odpověď je relativně jednoduchá, v případě blesku se jedná o nešťastnou náhodu, jejíž důsledky každý nese sám a nikdo mu je nenahrazuje. Za nešťastnou náhodu se neodpovídá.<sup>23</sup> Rozdíl mezi touto nešťastnou náhodou a tím, že ji zabije nepřítelny škůdce, je právě v tom, že právo může stejnou skutečnost, tj. např. smrt v určitých situacích kvalifikovat i jako událost, jejímž následkem je například dědění, ale stejně tak jako protiprávní stav, jehož následkem je objektivní odpovědnost.

## 5. ČÍM SE LIŠÍ OBJEKTIVNÍ ODPOVĚDNOST OD ODPOVĚDNOSTI ZA OHROŽENÍ?

Je však třeba korektně přiznat, že řešení, které předkládám, je řešení na základě českého práva a české právní teorie. Východiskem Filipa Melzera je ale mnohem spíše německé právo a německá doktrína. Proto také ztotožňuje pojem objektivní odpovědnosti s německým konceptem *odpovědnost za ohrožení*, což se projevuje zejména v tom, že namísto pojmu objektivní odpovědnost většinou používá právě pojmu „*odpovědnost za ohrožení*“. Důvod, proč odmítá „protiprávní stavy“, spočívá v tom,

<sup>22</sup> K tomu viz Boguszak: „*Protiprávní stav je protiprávní výsledek působení skutečnosti nezávislé na lidské vůli.*“ (BOGUSZAK – ČAPEK – GERLOCH, c. d., s. 134). Obdobně též GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 150.

<sup>23</sup> Skutečnost, že za škody způsobené živelnými pohromami lze obdržet plnění od pojišťovny, nelze chápat jako „náhradu škody“. Pojišťovna totiž nepochybně není škůdce, který by škodu způsobil. Pojišťovna plní svůj smluvní závazek, a to proto, že dotyčná osoba byla pojištěna, zaplatila pojistné a na základě smlouvy jí v případě, že nastane taková „škodní událost“, vznikl nárok na pojistné plnění.

že se „protiprávnost“ nemůže vztahovat k protiprávnímu výsledku, ale vždy a jenom k tomu, co tomuto výsledku předcházelo, tj. k nějaké formě jednání, ať už se bude jednat o jednání aktivní – komisivní –, anebo omisivní, které spočívá v tom, že někdo zanedbal svoji povinnost péče, tím zvýšil riziko, a v důsledku zvýšení tohoto rizika pak vznikla škoda. V této souvislosti je třeba především uvést, že sám Filip Melzer není konzistentní a konstrukce, kterou předkládá, je vnitřně rozporná. Na jedné straně tvrdí, že „*následek nějakého jednání či určitý stav nemůže být striktně vzato sám o sobě označen jako protiprávní, nýbrž pouze jednání právního subjektu, které k tomuto následku či stavu vedlo*“. Z toho by pak mělo plynout, že v případech objektivní odpovědnosti může být protiprávní pouze to, že škůdce svým jednáním zvyšuje riziko vzniku škody, a právě kvůli tomuto zvýšení rizika odpovídá. Problém ale je, že Filip Melzer zároveň tvrdí, že se objektivní odpovědnost za ohrožení (*Gefährdungshaftung*) typicky nezakládá na vadném jednání, nýbrž na dovoleném ohrožení. Jinými slovy to skutečně znamená, že objektivní odpovědnost plyne z rizikové činnosti, která je dovolená, takže výsledek, který na základě této činnosti vzniká, vlastně také nemůže být protiprávní, ale přesto je považován za „újmu“, za kterou někdo odpovídá. Jinými slovy to znamená, že nešťastná náhoda, která vzniká z dovolené rizikové činnosti, a újma stojí na stejné úrovni a nelze je nijak rozlišit. Konstrukce Filipa Melzera není originální a je převzata od Helmuta Koziola.<sup>24</sup> Sám Helmut Koziol však připouští, že na tuto otázku existují i odchylné názory a výslovně odkazuje na Nielse Jansena. Ten ve svém článku podrobil koncepci protiprávnosti jednání zásadní kritice, a naopak se přiklonil k protiprávnosti výsledku, když mimo jiné uvedl:

*„Předpoklad, že lidé by měli odpovídat pouze za následky svého protiprávního jednání, vychází z extrémně liberálního pojetí založeného na laissez faire. Tento hodnotící soud ztrácí na věrohodnosti v té míře, v jaké je na jedné straně ohrožení života, zdraví a majetku veřejným právem dovoleno a na druhé straně mohou být škody snadno pojištěny těmi, kdo je způsobí, takže vysoké nároky k náhradě škody již nemusí vést ke zruinování škůdce. Tyto posuny v pojetí rozsahu osobní odpovědnosti odrážejí i průlom v pojetí protiprávnosti v občanském právu.“<sup>25</sup>*

Jakkoli nepopírám, že je možné objektivní odpovědnost konstruovat jako odpovědnost za nešťastnou náhodu, která je stanovena zákonem, domnívám se, že taková konstrukce není ve skutečnosti krokem vpřed, ale krokem vzad. Odvolávat se přitom na německou doktrínu v situaci, kdy samotní němečtí autoři poukazují na slabiny této konstrukce, je sice možné, ale opět to nevidím jako pokrok.

<sup>24</sup> KOZIOL, H. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, s. 174, marg rubr. 6/4.

<sup>25</sup> JANSEN, N. Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2002, Jhrg. 202, Nr. 4/5, s. 541: „*Die Annahme, daß Menschen nur für die Folgen ihres rechtswidrigen Verhaltens verant- wortlich seien, beruht auf einem sehr liberalen Selbstverständnis, dem eine gesellschaftspolitische Grundeinstellung des laissez faire entsprach. Diese Wertung verliert in dem Maße an Plausibilität, in dem einerseits Gefährdungen von Leib, Leben und Eigentum öffentlich-rechtlich erlaubt werden und andererseits Schäden von ihren Verursachern leicht versichert werden können, so daß hohe Schadensersatzverpflichtungen nicht länger zum Ruin des Schädigers führen müssen. Die Brüche im zivilrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff spiegeln diese Verschiebungen der Vorstellungen über die Reichweite der persönlichen Verantwortung.*“



Nahrazovat termín objektivní odpovědnost termínem odpovědnosti za ohrožení (*Gefährdungshaftung*) však z hlediska českého právního řádu a české právní doktríny není vhodné i z dalších důvodů. Jestliže bychom totiž chtěli ztotožňovat objektivní odpovědnost s odpovědností za ohrožení, musíme si nutně položit otázku, zdali je ohrožení samo o sobě dostatečné k tomu, aby byl někdo povinen k náhradě újmy?

Odpověď na tuto otázku lze opět nejlépe ukázat na praktickém příkladu. Představme si situaci, kdy se nějaký pachatel rozhodne, že spáchá sebevražedný atentát. Přijde do školy s batohem, ve kterém je výbušnina, avšak ještě předtím, než se mu podaří výbušninu odpálit, je zatčen a zneškodněn policií. Stane se tak o přestávce a způsobem, že si nikdo ze školního personálu ani studentů nevšimne, že ke zneškodnění pachatele došlo a že byl vůbec někdo v ohrožení. Z hlediska práva trestního se nepochybně bude jednat o „protiprávní jednání“ – trestný čin obecného ohrožení nebo teroristického útoku.<sup>26</sup> Z hlediska práva civilního však žádná povinnost k náhradě újmy nevznikne ani vzniknout nemůže. Důvodem je skutečnost, že z hlediska soukromého práva nestačí, že někdo jedná protiprávně. Jestliže totiž protiprávní jednání nevede ke vzniku újmy, potom nikdo nemůže (soukromoprávně) odpovídat za újmu, která nevznikla. Aby taková újma vznikla, muselo by být fakticky zasaženo do subjektivních práv osob a nestačilo by, že by tato práva byla „pouze“ ohrožena. Vzniknuvší újma může být majetková nebo nemajetková, musí se však jednat o újmu, jež může být reparována. Z hlediska existence újmy přitom není rozhodné, zda k reparaci dojde cestou náhrady škody, anebo přiměřeným zadostiučiněním v případě újmy nemajetkové. K tomu, aby vznikla újma majetková (škoda), by v našem příkladu muselo skutečně dojít k účinku, který trestní právo označuje jako změnu na hmotném předmětu útoku. Prakticky by tak muselo dojít k výbuchu bomby, k usmrcení lidí, poškození zdraví a poškození majetku apod. **K nemajetkové újmě** by mohlo dojít také tak, že by byl terorista zneškodněn veřejně, přičemž osobám, které byly ohroženy, by mohl vzniknout psychický šok, resp. duševní útrapy, tj. nemajetková újma. V každém případě by však musel vzniknout následek, tj. materiální či imateriální újma. V případě, že by takový následek nevznikl, nemůže vzniknout ani újma, a proto ani povinnost k její náhradě či odčinění.

Tím chci říct, že jednání, které je nepochybně protiprávní z hlediska práva trestního, avšak z hlediska práva soukromého nezpůsobuje újmu, nemůže být důvodem vzniku civilní odpovědnosti. Jestliže „protiprávnost jednání“ není a nemůže být sama o sobě v soukromém právu důvodem vzniku odpovědnosti, tím spíše nemůže být „samo o sobě“ důvodem vzniku civilní odpovědnosti provozování činnosti, která je dovolená. Skutečnost, že je ale určitá provozní činnost dovolená, na druhou stranu vůbec nevylučuje, že může být na újmu třetím osobám, přičemž tuto újmu – avšak pouze za předpokladu, že vznikne – může právo označit za protiprávní. Tím je také odlišena nešťastná náhoda od protiprávního stavu.

Kromě toho se domnívám, že nahrazovat zavedený pojem objektivní odpovědnosti pojmem odpovědnosti za ohrožení je nevhodné také terminologicky. V českém právu striktně rozlišujeme mezi objektivní odpovědností, která má své místo v soukromém právu, a ohrožovacími delikty, které nacházíme v právu veřejném, zejména trestním.

---

<sup>26</sup> Konkrétní kvalifikace by záležela na pohnutce pachatele.

Jak jsem ukázal výše, domnívám se, že ohrožení samo o sobě v soukromém právu nikdy nemůže vést ke vzniku odpovědnosti, notabene v situaci, kdy je provozování rizikové činnosti, která k ohrožení vede, dovoleno. Nahrazovat zavedený pojem objektivní odpovědnosti odpovědností za ohrožení tak může být matoucí a zavádějící.

## 6. ZÁVĚR

Cílem této stati je odpověď na otázku, proč potřebujeme protiprávní stav jako důvod vzniku právní odpovědnosti. Jejím jádrem je polemika s názorem Filipa Melzera, podle kterého „*určitý stav nemůže být striktně vzato sám o sobě označen jako protiprávní, nýbrž pouze jednání právního subjektu, které k tomuto následku či stavu vedlo*“. Jeho východiskem totiž není „objektivní odpovědnost“, tak jak jsme ji chápali až do přijetí občanského zákoníku v roce 2012, nýbrž německý koncept odpovědnosti za ohrožení, který nevychází z protiprávního stavu, nýbrž z odpovědnosti za zvýšení rizika. S tímto názorem nesouhlasím a domnívám se, že protiprávní nemusí být nutně jen jednání, nýbrž i stav zcela bez ohledu na jednání, které mu předcházelo, a stejně tak nepovažuji za vhodné nahrazovat „české“ pojetí objektivní odpovědnosti německým konceptem odpovědnosti za ohrožení.

V návaznosti na změnu terminologie občanského zákoníku bylo třeba nejprve vyjasnit, čím se liší odpovědnost za škodu od povinnosti k náhradě újmy. S ohledem na § 24 by se totiž pojmu „odpovědnosti“ správně mělo užívat pouze v případech, kdy odpovědnost vzniká jako důsledek zaviněného jednání člověka, ve všech ostatních případech by se mělo užívat termínu „povinnost k náhradě újmy“. K tomu však nedošlo a s pojmem objektivní odpovědnosti se i nadále běžně pracuje. Problém je však v tom, jaký je jeho obsah. Objektivní odpovědnost v pojetí Filipa Melzera je zcela v rozporu s jeho dosavadním chápáním, které vycházelo z toho, že předpokladem objektivní odpovědnosti musí být vždy protiprávnost, která se vztahuje k určitému stavu, a nikoli k jednání, které tomuto stavu předcházelo. Filip Melzer naopak vychází z toho, že i objektivní odpovědnost musí být tak či onak spojena s jednáním, které však nemusí a pravidelně ani nebude protiprávní, neboť jde typicky o dovolenou provozní činnost, která právě zvyšuje riziko.

Na příkladu „jednání“ nepřičetné osoby jsem proto nejprve ukázal, že pokud nechceme považovat za jednání nejenom faktické chování lidí, ale i instinktivní „jednání“ zvířat, potom je třeba jednání rozumět v souladu s požadavky § 24 jako jednání, které je člověk „*s to posoudit a ovládnout*“. Pokud tomu tak není, právně relevantní skutečností potom nemá být jednání, nýbrž pouze jeho výsledek. V okamžiku, kdy lze oddělit výsledek od chování nepřičetné osoby – který má k jednání relativně blízko – tím spíše lze takový výsledek odlišit od provozní činnosti, která je s jednáním spojena spíše zprostředkovaně.

Výsledek sil působících nezávisle na lidské vůli však sám o sobě ještě nelze chápat jako újmu, za kterou je někdo povinen poskytnout náhradu. Za „újmu“ lze takový výsledek považovat pouze v případě, že jde o výsledek „protiprávní“. Proč ale máme mluvit o protiprávnosti? Vždyť přece samo to, že právo s určitými skutečnostmi nezávislými na lidské vůli spojuje právní následky, nečiní tyto následky protiprávními. Jinými slovy

jde o to, proč považujeme výsledky sil nezávislých na lidské vůli za protiprávní stavy, a nikoli pouze za právní události, které jsou v souladu s právem? Argument, proč máme odlišovat mezi „právností“ a „protiprávností“, spočívá v tom, že tak můžeme srozumitelně, jasně a konzistentně pojmově odlišit mezi důvody vzniku subjektivních práv a povinností. Jestliže právní teorie rozlišuje druhy právních skutečností na základě dvou kritérií, kterými jsou: 1) jednání (jako vědomý projev lidské vůle), anebo absence jednání a 2) soulad či rozpor s právem; tj. skutečnost, která je „po právu“ či „proti právu“, potom vzájemnou kombinací těchto dvou kritérií lze dospět ke čtyřem druhům právních skutečností. To je také důvodem, proč kromě tří výslovně uvedených právních skutečností v občanském zákoníku můžeme rozlišit i čtvrtou právní skutečnost, kterou je protiprávní stav. Praktické hledisko rozlišování protiprávních stavů pak může spočívat v tom, že umožňuje odlišit nešťastnou náhodu, za kterou se neodpovídá, od protiprávního stavu, za který se již odpovídá.

Poslední otázkou pak bylo, jaké výhody by nám snad mohlo přinést, pokud bychom chápali objektivní odpovědnost tak, jak navrhuje Filip Melzer. Domnívám se, že žádné, ba naopak. Podle mého názoru je konstrukce Filipa Melzera vnitřně rozporná, neboť tvrdí, že protiprávní může být pouze jednání, které vzniku újmy předchází. Zároveň však v případě objektivní odpovědnosti za ohrožení na protiprávnost rezignuje zcela, tj. protiprávní není ani riziková činnost, která vzniku újmy předcházela, ale ani výsledek této činnosti, avšak přesto se jedná o újmu. Z toho plyne, že nešťastná náhoda, která vzniká z dovolené rizikové činnosti, a újma stojí na stejné úrovni a nelze je nijak rozlišit. Na problematičnost této konstrukce bylo poukázáno i v samotné německé doktríně, a nevidím proto důvod, proč bychom ji tak měli přebírat. Je totiž třeba vzít na vědomí a zdůraznit, že samo „ohrožení“ ke vzniku újmy nestačí. Aby se jednalo o újmu, musí především dojít k „výsledku“, který může právo jako újmu kvalifikovat. Pokud tak učiní, je po mém soudu možné a správné chápat to jako vyjádření protiprávnosti, čímž je zároveň odlišena nešťastná náhoda od protiprávního stavu. Pojem odpovědnosti za ohrožení je navíc matoucí, neboť jej lze snadno zaměnit s ohrožovacími delikty, které se vyskytují v právu veřejném, zejména v právu trestním, a pojmově znamenají něco úplně jiného než odpovědnost za ohrožení.

*Summa summarum* se proto domnívám, že není žádný důvod pro to, abychom měnili dosavadní pojetí objektivní odpovědnosti, a stejně tak není důvod, abychom rezignovali na existenci protiprávních stavů. Pokud bychom tak učinili, nejednalo by se o krok vpřed, ale o krok vzad.

prof. JUDr. Karel Beran, Ph.D.  
Právnická fakulta Univerzity Karlovy  
beran@prf.cuni.cz  
ORCID: 0000-0002-3650-5479



VARIA



## K NĚKTERÝM PROBLÉMŮM SPOJENÝM S POKRAČOVÁNÍM V TRESTNÉM ČINU, TRVAJÍCÍMI A HROMADNÝMI TRESTNÝMI ČINY

PAVEL ŠÁMAL

**Abstract: On Some Issues Related to the Continuation of the Offence, on Going, and Cumulative Offences**

The journal article discusses the problems associated with crimes committed over a longer period of time, in particular in the context of the Supreme Court's decision of 23 September 2020, file number 8 Tdo 866/2020, which dealt with whether the offence of stalking under section 354 of the Criminal Code was a continuation of an offence or an ongoing one. When discussing this decision in the Criminal Division of the Supreme Court, a debate was held as to whether it was correctly an ongoing or cumulative offence. The article deals with the arguments that have been made in this regard and concludes that it is an ongoing offence. In that context, it also addresses the issue of the so-called coherent actions, and on the basis of analysis of Supreme Court jurisprudence, that these are not another category of crimes characterised by a longer period of committing, but are merely an adjunct in theory and practice of differentiated categories continuation of offence, ongoing offence, and cumulative offence which serves only to refine and distinguish them correctly in specific cases under assessment.

**Keywords:** continuation of offence; ongoing offence; cumulative offence; so-called coherent action

**Klíčová slova:** pokračování v trestném činu; trvajících trestný čin; hromadný trestný čin; tzv. souvislé jednání

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.161

### I. ÚVOD

Problematika pokračování v trestném činu, trestných činů hromadných a trvajících je jednou z nejdůležitějších v trestním právu a poměrně často se jimi zabývá literatura i judikatura, která však není vždy jednotná, a proto v tomto příspěvku na základě rozboru jednotlivých kategorií trestných činů trvajících, hromadných a pokračování v trestném činu a na příkladech konkrétních skutkových podstat hodlám demonstrovat význam určování jednotlivých skutkových podstat a důležitost správného určení povahy konkrétního trestného činu z hlediska mnohosti trestné činnosti. Po rozboru jednoho z nedávných rozhodnutí Nejvyššího soudu se budu zabývat problematikou tzv. souvislého jednání a soustavnosti jednání, a to na základě rozboru relevantní judikatury. Cílem

v této souvislosti je na základě české judikatury<sup>1</sup> posoudit, zda tzv. *souvislé jednání* je „další kategorií“ trestných činů (jako tzv. stavové delikty) vedle pokračování v trestném činu, trvajícího trestného činu a hromadného trestného činu, anebo jde jen o doplněk těchto kategorií z hlediska konkrétní charakteristiky posuzovaného trestného činu.

*Doba páchání trestného činu* může být v některém případě dílem okamžiku, ale jindy může páchání trestného činu trvat delší dobu, což pak má význam pro řešení některých hmotněprávních otázek, např. časové působnosti trestních zákonů, vzniku trestní odpovědnosti pachatele z hlediska jeho věku, jednoty skutku, promlčení apod., ale i procesních otázek, a to zejména totožnosti a dělitelnosti skutku v procesním slova smyslu, neboť novelou trestního řádu provedenou zákonem č. 265/2001 Sb., bylo přijato nové výkladové pravidlo, podle kterého se *skutkem podle trestního řádu* rozumí *těž dilčí útok pokračujícího trestného činu, není-li výslovně stanoveno jinak* (§ 12 odst. 12 tr. řádu; jinak je stanoveno např. v § 12 odst. 11 tr. řádu<sup>2</sup>), přičemž vymezení okruhu zákonných překážek trestního stíhání bylo doplněno tak, že *za překážku věci rozsuzené (rei iudicatae) se nepovažuje odsouzení za jiný dilčí útok pokračujícího trestného činu* (§ 11 odst. 3 tr. řádu).<sup>3</sup>

V české teorii se podle časového momentu rozlišují

- pokračování v trestném činu,
- trestné činy trvající a
- trestné činy hromadné.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> V tomto příspěvku se záměrně nezabývám zahraničními právními úpravami a na ně navazující judikaturou, neboť to by přesahovalo jeho zaměření i rozsah. Komparativní přístup k této problematice by vyžadoval zevrubnou analýzu nejen právní úpravy, ale i související teorie a judikatury, a to nikoli jen v jednom státu, ale přinejmenším v několika z nich. Předpokládám, že takové komparativní analýze bych se věnoval v některé z následujících prací.

<sup>2</sup> Blíže srov. ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní řád I: § 1–156: komentář*. 7. dopl. a přepr. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 2620.

<sup>3</sup> Srov. HERCZEG, J. – HOŘÁK, J. in: ŠÁMAL, P. – GRÍVNA, T. – BOHUSLAV, L. – NOVOTNÝ, O. – HERCZEG, J. – VANDUCHOVÁ, M. a kol. *Trestní právo hmotné*. 9. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2022, s. 311. Důsledkem je umožnění odděleného projednávání dilčích útoků pokračujícího trestného činu, kdy soud může rozhodnout o části pokračující trestné činnosti, k níž provedl potřebné důkazy, a zbytek projednat v dalším řízení, ve kterém bude uložen *společný trest za pokračování v trestném činu* (§ 45 tr. zákoníku). Tím došlo u pokračování v trestném činu k jinému vymezení skutku v trestním řádu, než jak byl v teorii dosud chápán (zejména pokud jde o totožnost skutku). Zatímco tedy podle trestního práva hmotného se důsledky pokračování v trestném činu nijak nezměnily, podle trestního práva procesního dochází z hlediska potřeb praxe k účelovému rozštěpení pokračujícího trestného činu na dilčí útoky. *U pokračujícího trestného činu* je tak třeba rozlišovat *skutek v hmotněprávním smyslu* (zde je pokračování v trestném činu stále jedním skutkem) a *skutek v procesněprávním smyslu* (kdy je samostatným skutkem každý dilčí útok pokračujícího trestného činu).

<sup>4</sup> Na tomto rozdělení a následujícím vymezení pokračování v trestném činu, trestných činů trvajících a hromadných se v zásadě shodují všechny současně české učebnice trestního práva hmotného (srov. KRATOCHVÍL, V. a kol. *Trestní právo hmotné: obecná část*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 183–188; JELÍNEK, J. a kol. *Trestní právo hmotné*. 5. vyd. Praha: Leges, 2016, s. 153–161; ŠÁMAL – GRÍVNA – BOHUSLAV – NOVOTNÝ – HERCZEG – VANDUCHOVÁ a kol., *c. d.*, s. 116–122) i komentáře k trestnímu zákoníku [DRAŠTÍK, T. – FREMR, R. – DURDÍK, T. – RŮŽIČKA, M. – SOTOLÁŘ, A. a kol. *Trestní zákoník: komentář: I. díl (§ 1 až 232)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2015, s. 757–768; ŠČERBA, F. a kol. *Trestní zákoník: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 193–195 a 1128–1135; ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník I: obecná část (§ 1–139): komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2023, s. 272–275 a 1664–16820].



Ve všech těchto případech tvoří trestná činnost skládající se z řady dílčích aktů či spočívající v udržování protiprávního stavu z hmotněprávního hlediska *jeden skutek* a *jeden trestný čin* a probíhá po delší dobu. U těchto trestných činů je situace dále charakterizována tím, že stádium následující po pokusu trestného činu není jednorázovým aktem, ale je rozloženo na delší časový úsek, jehož začátkem je moment dokonání trestného činu (okamžik, kdy jsou naplněny všechny znaky skutkové podstaty trestného činu) a koncem moment ukončení či dokončení trestného činu. Podstatný rozdíl mezi nimi je však v tom, že *pokračování* v trestném činu je *formou provedení takového trestného činu* (např. obchodování s lidmi podle § 168 tr. zákoníku, vydírání podle § 175 tr. zákoníku, krádeže podle § 205 tr. zákoníku, podvodu podle § 209 tr. zákoníku, zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby podle § 240 tr. zákoníku atd.), která v některém konkrétním případě takového trestného činu může být dána a v jiném nemusí, zatímco u *hromadného trestného činu* [např. nedovoleného ozbrojování podle § 279 odst. 3 písm. b) tr. zákoníku nebo pohrdání soudem podle § 336 tr. zákoníku] je požadovaná *mnohost útoků znakem jeho skutkové podstaty*; podobně je tomu také u *trvajících trestného činu* [např. zbavení osobní svobody podle § 170 tr. zákoníku nebo omezování osobní svobody podle § 171 tr. zákoníku], kde zákonem požadované *udržování protiprávního stavu vyplývá z dikce skutkové podstaty* (č. 57/2007 a č. 43/2011-I. Sb. rozh. tr.). Z těchto důvodů trestní zákoník obsahuje v § 116 tr. zákoníku legální definici pokračování, zatímco obdobnou definici trestného činu trvajících nebo hromadného neobsahuje.<sup>5</sup>

*Pokračování v trestném činu* je vymezeno v § 116 tr. zákoníku, podle něhož se jím rozumí takové jednání, jehož jednotlivé dílčí útoky vedené jednotným záměrem naplňují, byť i v souhrnu, skutkovou podstatu stejného trestného činu, jsou spojeny stejným nebo podobným způsobem provedení a blízkou souvislostí časovou a souvislostí v předmětu útoku. V pokračování jsou nejčastěji páčány majetkové trestné činy (např. trestný čin krádeže podle § 205 tr. zákoníku, zpronevěry podle § 206 tr. zákoníku nebo podvodu podle § 209 tr. zákoníku), hospodářské trestné činy (např. padělání a pozměnění peněz podle § 233 tr. zákoníku, zkrácení daně poplatku a podobné povinné platby podle § 240 tr. zákoníku či vystavení nepravdivého potvrzení a zprávy podle § 259 tr. zákoníku), ale i další trestné činy. Např. v naší učebnici uvádíme případ, kdy měl dospělý pachatel s třináctiletou partnerkou jeden sexuální kontakt v lednu, jeden v březnu a poslední v dubnu téhož roku. Každý z těchto dílčích aktů by posuzován sám o sobě (izolovaně od ostatních) naplňoval skutkovou podstatu trestného činu pohlavního zneužití (§ 187 tr. zákoníku). Vzhledem ke spojitostem těchto dílčích útoků nebudeme však jednání pachatele posuzovat jako tři trestné činy pohlavního zneužití, ale jako jeden trestný čin pohlavního zneužití, ve kterém bylo pokračováno. Půjde tak nikoli o tři jednání, ale o jedno jednání (jeden skutek) spáchané *více dílčími útoky*. To ovšem za předpokladu, že budou splněny požadavky obsažené v citovaném ustanovení § 116 tr. zákoníku.<sup>6</sup>

*Trvajícím trestným činem* je takový čin, kterým pachatel vyvolá protiprávní stav, a ten pak udržuje (např. trestný čin zbavení osobní svobody podle § 170 tr. zákoníku,

<sup>5</sup> Tamtéž, s. 1665.

<sup>6</sup> NOVOTNÝ, O. – ŠÁMAL, P. in: ŠÁMAL – GRIVNA – BOHUSLAV – NOVOTNÝ – HERCZEG – VANDUCHOVÁ a kol., c. d., s. 311.

trestný čin omezování osobní svobody podle § 171 tr. zákoníku, trestný čin účasti na teroristické skupině podle § 312a tr. zákoníku), anebo udržuje protiprávní stav, aniž zákon vyžaduje, aby jej také vyvolal (např. trestný čin ohrožování závadnými potravinami a jinými předměty podle § 156 odst. 1 tr. zákoníku ve formě „má na prodej“). Podstatným rysem trvajících trestných činů je, že se zde postihuje právě ono *udržování protiprávního stavu*. Podle judikatury je trvajícím trestným činem týrání osoby žijící ve společném obydlí podle § 199 tr. zákoníku (srov. č. 17/2015 Sb. rozh. tr.), trestný čin zběhnutí podle § 386 odst. 1 tr. zákoníku (č. 31/1996 Sb. rozh. tr.) nebo trestný čin maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání podle § 337 odst. 1 písm. e) tr. zákoníku (č. 63/2012 Sb. rozh. tr.). Dalšími trvajícími delikty jsou již uvedené trestné činy zbavení osobní svobody podle § 170 tr. zákoníku a omezování osobní svobody podle § 171 tr. zákoníku, dále zanedbání povinné výživy podle § 196 tr. zákoníku, nedovolené ozbrojování podle § 279 odst. 1, odst. 3 písm. a) tr. zákoníku [výjimkou je pak nedovolené ozbrojování podle odst. 3 písm. b) tr. zákoníku, neboť jde podle tohoto ustanovení o hromadný trestný čin], zběhnutí podle § 386 tr. zákoníku, svémocné odloučení podle § 387 tr. zákoníku atd. Naproti tomu do trestných činů trvajících se nezařazují trestné činy dvojího manželství podle § 194 tr. zákoníku, maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání podle § 337 odst. 3 písm. b) tr. zákoníku (trvajícím trestným činem se nemůže stát, i kdyby pachatel přechal po velmi dlouhou dobu – srov. dikci „uprchně stráží...“), ohrožení pohlavní nemocí podle § 155 tr. zákoníku (č. 17/2013 Sb. rozh. tr.) apod.

*Hromadné trestné činy* jsou ty trestné činy, u nichž k trestní odpovědnosti nestačí jeden útok (akt), ale je jich třeba několik, popř. kde mnohost je podmínkou použití vyšší trestní sazby. Jsou tedy charakterizovány tím, že *jejich pojmovým znakem je více útoků spojených společným záměrem*. Například u trestného činu nedovoleného ozbrojování podle § 279 odst. 3 písm. b) tr. zákoníku je trestný ten, kdo hromadí zbraně nebo ve značném množství střelivo, a proto nestačí ojedinělý případ opatření zbraně nebo málého množství střeliva.<sup>7</sup> Podle judikatury se hromaděním ve smyslu skutkové podstaty

<sup>7</sup> Uvedené vymezení pokračování v trestném činu, trestných činů trvajících a hromadných navazuje na v podstatě kontinuální vývoj české teorie ohledně těchto kategorií, které byly zpočátku uváděny mezi případy jediného činu trestného v souvislosti s konkurencí trestných činů a vyloučením jednočinného souběhu [v té souvislosti je zajímavé, že i Solnař ve svých *Základech trestní odpovědnosti* vlastní pojednání o nich, kromě drobné zmínky v partii o trestném činu (§ 4), je do této části zařazuje – viz Hlava X. Konkurence trestných činů a trestních zákonů]. Tak např. Prušák spatřoval *pokračování v trestném činu* v postupném opětném uskutečňování téže zločinné podstaty skutkové stejnorodou činností vzhledem k témuž předmětu ochrany; *delikt trvalý* při přivedení, ale i udržování jistého stavu, které tvoří skutkovou podstatu určitého trestného činu, a *delikt kolektivní* v případech, kdy řadu jednotlivých činností zločinných zákonodárce v jediný pojmový celek spojuje (srov. PRUŠÁK, J. *Rakouské právo trestní: díl všeobecný*. Praha: Věšhrad, 1912, s. 143–144); podobně Milota vymezoval *pokračování v činu* trestným jako úhm několika trestných činností téhož druhu, ohrožujících nebo porušujících stejným způsobem týž právní statek a projevujících stejný úmysl (např. při cizoložství a krvesmilství několik souloží mezi týmiž osobami); *delikt trvající* tu je, když pachatel způsobil svým činem bezprávný stav, který udržuje tak dlouho, dokud nepodnikne činnost opačnou (např. při porušení osobní svobody), ale od trvajících deliktů je třeba odlišovat *delikt dále účinkující*, když pachatel jen způsobil bezprávný stav, který se již automaticky sám udržuje (např. bigamie); *delikt kolektivní* se podle něj sestává z řady trestných činů stejného druhu, páchaných buď ze zvyku, z řemesla nebo po živnostenskou (viz MILOTA, A. *Učebnice obojího práva trestního platného v Československé republice: právo hmotné*. Kroměříž: J. Gusek, 1926, s. 40; téměř totožné vymezení těchto deliktů najdeme opět v souvislosti s konkurencí trestných činů v KALLAB, J. *Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské*. Praha: Melantrich, 1935, s. 77). Určitý posun zejména u pokračování v trestném činu

trestného činu nedovoleného ozbrojování podle § 279 odst. 3 písm. b) tr. zákoníku rozumí postupné neoprávněné opatřování (např. výroba, nakupování a jiné získávání) zbraní ve větším množství nebo střeliva ve značném množství, jakož i jejich další přechovávání. Proto nelze za hromadění považovat situaci, ve které obviněný poté, co mu byl odňat zbrojní průkaz, sice odevzdal všechny své zbraně, avšak ponechal si dvě hlavní součásti zbraní, a nikoli značné množství střeliva. Trestný čin nedovoleného ozbrojování podle § 279 odst. 3 písm. b) tr. zákoníku je v případě hromadění střeliva spáchán v rozsahu, který odpovídá této skutkové podstatě, jestliže jde o takové množství střeliva, jehož účinnost znamená pro bezpečnost společnosti a lidí srovnatelný stupeň ohrožení jako jedna zbraň hromadně účinná (srov. č. 44/1977 Sb. rozh. tr.). Stejně jako u pokračování musí tu být *objektivní a subjektivní souvislost*. Jednotlivé akty nemohou být zcela samostatné, ale jsou spojeny jednotným záměrem, souvislostí časovou i v předmětu útoku. Na rozdíl od pokračování je tu však *mnohost útoků vyjádřena přímo jako znak skutkové podstaty* trestného činu, a je proto podmínkou trestní odpovědnosti (obdobně jako u trvajících trestných činů). Mnohost je tu v počtu jednání, nikoli v počtu předmětů útoku. Proto hromadným trestným činem není obecné ohrožení podle § 272 tr. zákoníku, ač se tu předpokládá větší počet ohrožených lidí. Podobně u trestného činu krádeže podle

---

a deliktů trvajících (delikty hromadné či kolektivní vymezoval také jako páchané ze zvyku nebo po živnostensku) vidíme u Miříčky, který pokračování vymezoval jako „několik aktů téhož druhu, namířených proti témuž právnímu statku a porušujících též trestní zákon (např. několik nadávek, [...] zhotovení několika falešných mincí, několik souloží při zprznění krve) a když zároveň tyto akty se jeví, hledíc na okolnosti, jako celek. Rozhodovati tu mohou zejména okolnosti časové a místní; že všechny jednotlivé akty vyšly z téhož zločinného rozhodnutí, není nutnou podmínkou.“ Delikty trvajíc jsou „takové, jejichž pojem vyhledává, aby nějaký bezprávný stav byl nejen způsoben, nýbrž i udržován, např. věznění člověka u zločinu omezování osobní svobody...“; nepatří sem však trestné činy, k jichž pojmu náleží jen způsobení, ne však také udržování nějakého bezprávného stavu, např. bigamie podle § 206 (srov. MÍŘIČKA, A. *Trestní právo hmotné: část obecná i zvláštní*. Praha: Všehrd, 1934, s. 107–108). Další posun vidíme v první poválečné učebnici Solnaře, který navazuje na Miříčku a dále jeho definici pokračování s poukazem na rozhodnutí E. 653, n. s. 6291 posouvá, když vyžaduje „několik činností téhož druhu předsevzatých na základě jediného zločinného rozhodnutí, směřujících proti témuž pojmovému předmětu trestného činu a porušujících též trestní zákon, pokud se zároveň jeví místně i časově jako celek. [...] Od pokračování třeba lišiti delikty trvajíc, které se vyznačují udržováním nebo neodstraněním stavu způsobeného trestným jednáním (§ 93, 185, 181, 183), jakož i delikty trvale působící (§ 206); za hromadné čili kolektivní se označují delikty ze zvyku nebo delikty po živnostensku páchané.“ [viz SOLNAŘ, V. *Trestní právo hmotné: část obecná*. Praha: Nákladem Knihovny sborníku věd právních a státních, 1947, s. 116–117]. V tomto duchu v podstatě pokračovaly všechny další poválečné učebnice, na kterých se podílel nebo je redigoval Vladimír Solnař, který pak shrnul své pojetí v díle *Systém Československého trestního práva: základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972, s. 36–38 a 332–341, přičemž pokračováním je podle něj „uskutečňování společného zločinného záměru jednáním, které stále nově naplňuje skutkovou podstatu téhož trestného činu a kde jednotlivé útoky jsou charakterizovány stejnorodým způsobem provedení a časovou souvislostí“. Trestné činy trvajíc se „vyznačují tím, že tu pachatel podle zákonného ustanovení buď určitý protiprávní stav vyvolá a udržuje, nebo jej udržuje, i když zákon přímo nevyžaduje, aby jej vyvolal“. Nově vymezil hromadné trestné činy, které jsou „charakterizovány tím, že jejich pojmovým znakem je více útoků (dodává: spojených společným záměrem), takže jediný útok nemá charakter trestného činu. Tak např. vyrábění zbraní bez povolení podle § 185 odst. 1 písm. b) trestního zákona (č. 140/1961 Sb.). Znaky a účinky jsou proto podobné jako u pokračování, třebaže tu nejde o opětné naplňování téže skutkové podstaty, která je více útoky teprve naplněna; určitá časová spojitost a stejnorodost vyplývá z povahy věci. Dokonce možno pokračování pokládat za zvláštní případ hromadného deliktu. Kdežto však u jiných hromadných trestných činů je mnohost útoků znakem skutkové podstaty, je zde mnohost jen jedním ze znaků kvalifikujících čin jako pokračování.“ Nutno konstatovat, že z tohoto jeho pojetí pak vychází celá současná česká teorie i praxe, včetně všech prací citovaných v předchozích poznámkách pod čarou.

§ 205 odst. 1 tr. zákoníku nepůjde o hromadný trestný čin, i když se pachatel zmocní více věcí, neboť postačí i zmocnění se jen jedné věci.<sup>8</sup>

Dalšími příklady hromadných trestných činů jsou trestný čin podání alkoholu dítěti podle § 204 tr. zákoníku (ve formě „opakovaně“), trestný čin pohrdání soudem podle § 336 tr. zákoníku (srov. znak „opakovaně“), trestný čin neoprávněného zaměstnávání cizinců podle § 342 tr. zákoníku (ve formě „opakovaně“), trestný čin svémocného odloučení podle § 387 odst. 2 alinea druhá tr. zákoníku (opět zde je vymezena forma „opakovaně“) atd. Je také možné, že dílčí útok hromadného trestného činu bude spočívat ve spáchání samostatného trestného činu [např. u trestného činu pohrdání soudem podle § 336 tr. zákoníku bude pachatel jednání soudu nejprve rušit svým jednáním tak intenzivním závažným způsobem, že toto jeho jednání bude zároveň naplňovat znaky trestného činu výtržnictví, a podruhé ho již bude rušit jen prostým závažným způsobem, jenž znaky výtržnictví nenaplní, čímž se dopustí trestného činu pohrdání soudem podle § 336 písm. a) tr. zákoníku, neboť „opakovaně“ závažným způsobem rušil jednání soudu, v jednočinném souběhu s trestným činem výtržnictví].<sup>9</sup>

## II. NĚKTERÉ PROBLÉMY SPOJENÉ S TRESTNÝMI ČINY PÁCHANÝMI V DELŠÍM ČASOVÉM ÚSEKU

Problematika trestných činů spojených s delší dobou trvání byla nedávno „dosti bouřlivě“ diskutována v souvislosti s návrhem, aby usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 9. 2020, sp. zn. 8 Tdo 866/2020, bylo uveřejněno ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek. V této trestní věci byl obviněný uznán vinným přečinem nebezpečného pronásledování podle § 354 odst. 1 písm. b), d) tr. zákoníku, kterého se (zkráceně uvedeno) dopustil tím, že nejméně od července roku 2019, intenzivně od září 2019 do října roku 2019, v XY opakovaně vyhledával přítomnost poškozené, a to tím způsobem, že ji dlouhodobě pozoroval z okna samoobslužné restaurace s výhledem na budovu, ve které poškozená pracuje, a v době, kdy odcházela z práce kolem 15.00 hod., vyšel před budovu přesně v době, kdy předpokládal, že se bude v těchto místech pohybovat při odchodu ze zaměstnání, a poté ji sledoval na svém jízdním kole po trase linky autobusu č. 10, který využívala k cestě do svého bydliště, přitom ji nijak fyzicky nekontaktoval, neoslovil, čímž ji obtěžoval a vzbuzoval v ní strach o své zdraví, a měla strach i o zdraví svého syna, aby nevyhledával i jeho, cítila se být omezena ve svém běžném způsobu života, pohybu, ve výkonu zaměstnání, pociťovala strach, úzkost, byla nervózní a tohoto jednání se obviněný M. P. dopouštěl i přesto, že byl za přečin nebezpečného pronásledování podle § 354 odst. 1 písm. b), d) tr. zákoníku odsouzen trestním příkazem Okresního soudu v Pardubicích ze dne 2. 4. 2019, sp. zn. 3 T 39/2019, který nabyl právní moci dne 24. 4. 2019, k trestu odnětí svobody v trvání šesti měsíců, s podmíněným odkladem na dobu tří roků s uloženou povinností zdržet se jakéhokoliv kontaktu s poškozenou.

<sup>8</sup> Srov. ŠÁMAL, P. in: ŠÁMAL a kol., *Trestní zákoník I...*, s. 272–274.

<sup>9</sup> Srov. PROVAZNÍK, J. in: ŠČERBA, c. d., s. 195.

V té souvislosti se zejména řešilo, zda *restný čin nebezpečného pronásledování* podle § 354 tr. zákoníku je restným činem *trvajícím*, jak dovodilo toto rozhodnutí, anebo restným činem *hromadným* podle vyjádření Právnické fakulty UK v Praze (katedry restního práva), které bylo uplatněno v souvislosti s připomínkovým řízením na zasedání restního kolegia Nejvyššího soudu dne 24. 2. 2021, s tvrzením, že přečin podle § 354 tr. zákoníku je v prvé řadě restným činem hromadným, byť s jistými rysy trvajících deliktů, s tím, že jde o typické *delictum iteratum*,<sup>10</sup> kdy restnost je zakládána teprve *mnohostí útoků*. Skutková podstata podle § 354 tr. zákoníku reaguje na zjištění, že jednotlivé útoky či ústrky v rámci stalkingu nemusejí samy o sobě zakládat restný čin, avšak svým opakováním a soustavností se kumulují, čímž vyvolávají následky v zákoně popsané. Nejvyšší soud podle tohoto vyjádření ve své argumentaci *směšuje restněprávní a kriminálně psychologický (viktimologický) úhel pohledu*, když se upíná na nežádoucí psychický stav, který stalker u své oběti vyvolává. Přečin podle § 354 tr. zákoníku nepožaduje takový účinek. Jednání má být objektivně způsobilé vyvolat obavy o život a zdraví; není rozhodné, zda se napadený skutečně strachoval. V připomínkách se dále uvádí, že v odůvodnění rozhodnutí je také zavádějícím způsobem kladen důraz na posedlost a „fixaci“ stalkera svou obětí. Takovou motivaci však zákon nepožaduje. V praxi je tato motivace navíc zastoupena jen v menšině případů – u valné části pachatelů *kriminálního stalkingu* se nejedná o typ pachatele hledajícího intimitu (odmítnutého nápadníka atp.). Spíše převládají *pohnutky mstivé či sadistické*.

S ohledem na to, že jde o problematiku důležitou a uvedené argumenty ve vyjádření fakulty se mi nezdají příliš přesvědčivé, podrobím je určité analýze, a to posléze i ve vztahu k dalším argumentům, které zazněly při projednávání tohoto rozhodnutí na restním kolegiu, a také k povaze tzv. restných činů se souvislým jednáním, kterými se budu posléze dále zabývat v tomto příspěvku.

*Zmíněné rozhodnutí* se povahou restného činu nebezpečného pronásledování podle § 354 tr. zákoníku zabývalo poměrně podrobně v bodech 12 až 26, z nichž za nejdůležitější lze uvést tu část odůvodnění, která po citaci literatury a některých rozhodnutí z judikatury v bodech 17 až 19 předneslo argumentaci, v níž se Nejvyšší soud k námitkám obviněného, že nebylo určeno konkrétní jednání v jednotlivých dnech, zabýval zákonem vymezením restného činu nebezpečného pronásledování podle § 354 tr. zákoníku, který je svou povahou restným činem *trvajícím*, pro který je typické jeho souvislé páchaní nerozpadající se do dílčích útoků, kterým pachatel vyvolá protiprávní stav, jež následně udržuje, a proto není nutná konkretizace jednání v jednotlivých dnech. Trvání se vyznačuje plynulostí navozeného protiprávního stavu, který existuje nepřetržitě až do jeho ukončení. Restné činy *trvající* se posuzují jako jediné jednání, ať protiprávní stav trvá sebedéle. Zákonodárce při vymezení trvajících restného činu

<sup>10</sup> Pro vysvětlení, které však vyjádření PF UK neobsahovalo, *delictum iteratum* znamená „opakovaný restný čin“; převzato z latinské formule „*Delictum iteratum gravius est.*“ – „*Opakovaný restný čin je těžší.*“, neboli recidivisté se trestají přísněji (srov. KINCL, J. *Dicta et regulae IURIS aneb právnické mudroslovní latinské*. Praha: Univerzita Karlova, 1990, s. 71). S ohledem na to vzniká otázka, zda tento termín byl použit připomínkovým místem vhodné, když ani restný hromadný ani trvajících není opakovaným restným činem, ale je restným činem jediným, přičemž pojem „*iteratio*“ znamená opakování, které by samozřejmě u uvedených restných činů mohlo být vztaženo k „jednotlivému útoku“ (za předpokladu, když by šlo o hromadný restný čin), ale nikoli k „restnému činu“ jako takovému.

spatřuje škodlivost činu právě v tom, že pachatel udržuje protiprávní stav, a postihováno je toto udržování protiprávního stavu. Míra škodlivosti takového trestného činu pro společnost (srov. § 12 odst. 2 tr. zákoníku) se postupem doby buď nemění, anebo se zvětšuje tím více, čím déle čin trvá. Trestný čin trvající se posuzuje jako čin jediný (viz rozhodnutí pod č. 7/1952 a č. 63/1954 Sb. rozh. tr.). Trvající podoba trestného činu není formou provedení trestného činu, která by tu někdy byla a jindy nebyla, nýbrž plyne ze zákona.<sup>11</sup> Závěr o povaze trestného činu podle § 354 tr. zákoníku jako „trestného činu trvajícího“ je třeba dovozovat zejména z toho, že pachatel se dopouští jednání, které „je způsobilé vzbudit důvodnou obavu“, čímž navodí u oběti stav, který v *průběhu dlouhodobého pronásledování udržuje*. Na trvající delikt lze usuzovat i gramatickým výkladem zákonného znaku jeho objektivní stránky („dlouhodobě pronásleduje“), tj. z užití nedokonavého vidu slovesa vymezujícího pachatelovo jednání. Lze ho vyvodit i z toho, že trestní zákoník při vymezení znaku pronásleduje, předpokládá, že takové konání je „dlouhodobé“, tedy *probíhající v určitém časovém rozmezí*, při němž pachatel se vůči oběti chová způsobem vzbuzujícím u ní obavu o život nebo zdraví její i blízkých osob. Rovněž i jednotlivé způsoby, jimiž se pronásledování projevuje, popsané v bodech a) až e) odstavce 1 § 354 tr. zákoníku charakterizují takové chování jako průběžně prováděné („vyhrožuje“, „vyhledává“, „vytrvale ...kontaktuje“ apod.). Pro takový závěr svědčí podstata trestného činu, („*stalking*“ – stopování, přiblížení se, pronásledování), u něhož jde o obsesivní fixaci známého nebo neznámého pachatele na určitou osobu, kterou pak obtěžuje systematicky a úporně nevyžádanou a nechťenou pozorností, jde o „*umanuté obtěžování druhé osoby nevyžádanou a odmítanou pozorností*“.<sup>12</sup> Z uvedeného je možné shrnout, že u nebezpečného pronásledování jde o *udržování protiprávního stavu, který pachatel naplňuje jednáním trvajícím v určitém dlouhém časovém úseku*, jímž vyvolá, a posléze udržuje vyvolaný protiprávní stav, důvodnou obavu u oběti. Jde o (souvislé) chování uvedené v písmenech a) až e). Tato jednání se v průběhu času mohou měnit, prolínat či kombinovat. Vzhledem k povaze trvajícího trestného činu není nutné (nepožaduje se), aby byl popsán a konkrétně zadokumentován časově či místně každý jednotlivý případ (atak či projev), jímž se pronásledování realizuje. Postačí obecné vymezení podstaty chování pachatele vůči oběti. U trvajícího deliktu (na rozdíl od pokračování) jde o celistvý, na dílčí skutky nedělitelný souhrn jednání, které spočívá v dlouhodobém pronásledování způsobilém vyvolat důvodnou obavu o život a zdraví oběti. Z povahy tohoto trestného činu nelze dovozovat, že by po stránce objektivní mohl být naplněn izolovaně posuzovanými dílčími akty, jako je tomu např. u dílčích útoků pokračujícího trestného činu ve smyslu § 116 tr. zákoníku, které by v jednotlivosti, tj. každý sám izolovaně posuzovaný, mohly odůvodnit vyvození trestní odpovědnosti obviněného za trestný čin podle § 354 tr. zákoníku.

*Prvním argumentem připomínek* je, že *trestnost činu* je zakládána teprve *mnohostí útoků*, tedy, že vyžaduje jejich opakování, což je vyjádřeno latinským souslovím *delictum iteratum*, přičemž se argumentuje tím, že jednotlivé útoky či ústrky v rámci *stalkingu* nemusejí samy o sobě zakládat trestný čin, avšak svým opakováním a soustavnos-

<sup>11</sup> Srov. ŠÁMAL, P. in: ŠÁMAL a kol., *Trestní zákoník I...*, s. 168.

<sup>12</sup> Srov. ČÍRTKOVÁ, L. Psychologické poznatky k nebezpečnosti pronásledování (*stalking*). *Kriminalistika*. 2004, roč. 37, č. 4, s. 273–281.

tí se kumulují, čímž vyvolají následky v zákoně popsané. Autor<sup>13</sup> připomínek se v nich přitom dovolává gramatického výkladu, který má podle jeho názoru v kontinentálním trestním právu přednost před výkladem teleologickým nebo historickým, a to opět s odkazem na latinskou formuli: *Lex dura sed lex*.<sup>14</sup> Podle mého názoru čistě gramatický výklad tomuto tvrzení o nutnosti opakovaných nebo soustavných útoků, které svou mnohostí vedou k posouzení jednání pachatele jako trestného činu nebezpečného pronásledování podle § 354 tr. zákoníku, nesvědčí, trestní zákoník používá v úvodní části (tzv. návěť) pojem *dlouhodobě pronásleduje*, a nikoli pojem „opakovaně“, jak to např. činí u trestných činů podání alkoholu dítěti podle § 204 tr. zákoníku (ve formě „opakovaně“), pohrdání soudem podle § 336 tr. zákoníku (srov. znak „opakovaně“), neoprávněného zaměstnávání cizinců podle § 342 tr. zákoníku (ve formě „opakovaně“), svémocného odloučení podle § 387 odst. 2 alinea druhá tr. zákoníku (opět zde je vymezena forma „opakovaně“), a dokonce ani „soustavně“, což vymezuje zcela jinou kvalitu než dlouhodobě atd. Přitom tento pojem nevyjadřuje mnohost útoků, neboť si lze představit i jednání pachatele, které bude *dlouhodobé ve smyslu trvání*, ale přitom je nebude možné rozdělit na jednotlivé útoky, což je právě typické pro trvající trestný čin, který na rozdíl od hromadného deliktu (ale i pokračování) takové rozdělení jednání na jednotlivé útoky nevyžaduje. Naopak i pojem „opakovanosti“, ve smyslu, jak ho používá trestní zákoník v jiných ustanoveních, takové rozdělení vyžaduje, neboť nebylo-li by možné oddělení útoků, nebylo by možno dovodit opakování, poněvadž opakovat lze jen něco, co již bylo ukončeno.<sup>15</sup> Proto také např. trestný čin podání alkoholu dítěti podle § 204 tr. zákoníku mimo opakovaného prodání, podání nebo poskytnutí (hromadný delikt) uvádí i znak „ve větší míře“, kdy spáchání této varianty nenaplnuje znaky hromadného deliktu. Navíc se autor připomínek vůbec nevypořádal s ustálenou judikaturou ohledně trestného činu zanedbání povinné výživy podle § 196 tr. zákoníku, která ho považuje za trestný čin trvající, jenž trvá nepřetržitě po dobu, po kterou je udržován protiprávní stav (srov. č. 27/1969 a č. 32/2007 Sb. rozh. tr.; dále viz *Bulletin NS*, 1980, č. 1, s. 7, 14), přičemž minimálně to musí být v obou případech *po dobu delší než čtyři měsíce*, když jednotlivé nezaplacené platby výživného při neplnění vyživovací povinnosti nemusejí samy o sobě zakládat trestný čin, avšak svým opakováním a soustavností se kumulují (až dosáhne doba neplnění čtyř měsíců), čímž vyvolají následky v zákoně popsané. Tato ustálená judikatura<sup>16</sup> nesvědčí správnosti argumentů autora připomínek (blíže k zane-

<sup>13</sup> Autora připomínek neuvádím, byť je mi znám, neboť jde o připomínky projednané a schválené na Katedře trestního práva PF UK v Praze a mělo by tedy jít přinejmenším o většinový názor katedry.

<sup>14</sup> „*Lex dura sed lex*.“ znamená „*Tvrdý zákon, ale zákon*.“, přesněji „*Zákon nutno vždy dodržovat, i kdyby byl tvrdý, nebo dokonce špatný*.“ (srov. KINCL, c. d., s. 146).

<sup>15</sup> Tím nemá být řečeno, že jednání pachatele nemůže v rámci dlouhodobého pronásledování spočívat v opakujícím se jednání některými formami uvedenými v písmenech a) až e) § 254 odst. 1 tr. zákoníku (tato jednání se v průběhu času mohou měnit, prolínat či kombinovat), ale nikoli ve smyslu opakujících se oddělitelných útoků. Přitom je však rozhodující souvislé jednání tvořící dlouhodobé pronásledování, tedy slovy uvedeného usnesení „*jde o celistvý, na dílčí skutky nedělitelný souhrn jednání, které spočívá v dlouhodobém pronásledování způsobilém vyvolat důvodnou obavou o život a zdraví oběti*“.

<sup>16</sup> Pro úplnost je třeba uvést, že se ve starší judikatuře (srov. č. 32/1979 Sb. rozh. tr.) i v literatuře vyskytuje také názor, že jde o *pokračování* v trestném činu s prvky trestného činu hromadného – viz DOLENSKÝ, A. in: NOVOTNÝ, O. – DOLENSKÝ, A. – VALO, M. – VOKOUN, R. *Trestní právo hmotné II: zvláštní část*. Praha: CODEX Nakladatelství Hugo Grotius, 1992, s. 109; 2. vyd. Praha: Codex, 1995, s. 125; 3. vyd.

dbání povinné výživy – viz níže). Obdobně pak velký senát trestního kolegia Nejvyššího soudu v rozhodnutí ze dne 17. 12. 2014, sp. zn. 15 Tdo 887/2014, (publikovaném pod č. 17/2015 Sb. rozh. tr.) zaujal v podstatě se stejnou argumentací právní názor, že trestný čin týrání osoby žijící ve společném obydlí podle § 199 tr. zákoníku je trestným činem trvajícím.<sup>17</sup>

Navíc nelze ani souhlasit s tím, že v současné teorii a praxi je *povyšován gramatický výklad nad výklad historický, či dokonce teleologický*. Jazykovým výkladem se podle mého názoru dospívá jen k základním poznatkům o smyslu slovního textu normativního aktu, v němž je vyjádřena právní norma, na základě zjištění smyslu slov (a jejich vazeb) a vět podle gramatických, morfologických a syntaktických pravidel.<sup>18</sup> Text normy je vyjadřován tzv. právním jazykem a při výkladu je třeba vycházet především z definice v zákoně, který obsahuje vykládanou právní normu, není-li takové definice, pak z ustáleného právního významu slova nebo výrazu (tzv. sémantický výklad), dále ze zákonné definice v jiném zákoně [takovou definici nelze však vždy přenést do trestního práva, které jako specifická právní disciplína má své vlastní (v některých směrech) na ostatních právních oborech nezávislé pojmosloví], popř. z odborně ustáleného významu slov nebo výrazů technické nebo jiné speciální povahy (srov. např. slovníky, učebnice a jiné vědecké práce).<sup>19</sup> Při *jazykovém výkladu* využíváme jednotlivých principů, a to doslovného

---

Praha: Codex, 1997, s. 137; 4. vyd. Praha: ASPI Publishing, 2004, s. 208; shodně i ŠČERBOVÁ, V. in: ŠČERBA, c. d., s. 1599–1600.

<sup>17</sup> V odůvodnění tohoto rozhodnutí velký senát k tomu po zhodnocení předchozí judikatury zejména uvedl: „Trestného činu týrání osoby ve společném obydlí podle § 199 odst. 1 tr. zákoníku se dopustí pachatel, který týrá osobu blízkou nebo jinou osobu žijící s ním ve společném obydlí. Znak týrání je interpretován tak, že jde o zlé nakládání s osobou blízkou nebo jinou osobou žijící s pachatelem ve společném obydlí vyznačující se vyšším stupněm hrubosti a bezcitnosti a určitou trvalostí, kterou tato osoba pociťuje jako těžké příkoří (srov. např. rozhodnutí č. 20/2006 Sb. rozh. tr.).“ Jakkoli mechanicky vzato by mohlo být uvažováno o tom, že týráním může být sled jednotlivých útoků, je třeba mít na zřeteli podstatu předmětného deliktu, pro který je typické jeho souvislé páchání nerozpadající se do dílčích útoků, neboť právě tak je založen znak týrání ve výše vymezeném smyslu. Právě v celistvém, na dílčí skutky nedělitelném, souhrnu zdánlivě samostatných jednání pachatele trvajícím nikoli po nepatrně krátkou dobu tkví jádro věci. K tomu je třeba doplnit, že týrání vlastně „představuje vyvolání a udržování stavu vnímaného poškozeným jako v zásadě setrvalý stav negativních pocitů, vnitřní nepohody a obav, byť tento stav může být vyvolán dílčími konkrétními jednáními obviněného (pachatele) udržujícími či prodlužujícími tento setrvalý stav, a to až do okamžiku jeho ukončení“. Závěr o povaze trestného činu podle § 199 tr. zákoníku jako „trestného činu trvajících“ je třeba dovozovat i gramatickým výkladem zákonného znaku jeho objektivní stránky („týrá“), tj. z užití nedokonavého vidu slovesa jednání pachatele vymezujícího. Povahu označeného trestného činu jako činu trvajících lze vyvodit i z toho, že trestní zákoník při vymezení kvalifikačního znaku upraveného v ustanovení § 199 odst. 2 písm. d) tr. zákoníku nově užívá dikce „páchá-li takový čin po delší dobu“, která podstatně lépe vystihuje povahu sankcionovaného jednání pachatele než úprava obsažená v trestním zákoně [§ 215a odst. 2 písm. b) tr. zákona – vymezením znaku „pokračuje-li v páchání takového činu po delší dobu“, který mohl navozovat „pokrácování v trestném činu“ ve smyslu § 89 odst. 3 tr. zákona...].

<sup>18</sup> Např. v § 279 odst. 3 písm. b) tr. zákoníku ze smyslu slov a množného čísla „vyvrábí ... zbraně“ dovozujeme, že se musí jednat o mnohost útoků, jediný případ vyrobení zbraně nestačí k trestnosti podle tohoto ustanovení, v § 272 tr. zákoníku z množného čísla „lidi“ dovozujeme, že nestačí ohrožení jedné osoby. Je však třeba přitom mít na paměti, že *gramatické kategorie* jsou mluvnické významy uplatňující se ve větě (např. rod, pád, číslo, čas, osoba, způsob). *Syntaktický* je vztah větný; syntax je nauka o mluvnické stavbě vět a souvětí, skladba, základní součást gramatiky, jako nauky o stavbě jazyka, o jazykových prostředcích spojujících věty a o výstavbě textu, zahrnující syntax a v některých jazycích i morfologii. *Morfologie* je pak nauka o tvarech, významech a funkcích slovních druhů, součást gramatiky, tvarosloví.

<sup>19</sup> Srovnej k tomu blíže např. VEVEŘKA, V. – BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. *Základy teorie práva a právní filozofie*. Praha: Codex, 1996, s. 132 a násl.



výkladu, terminologické jednoty neboli zákazu synonymického výkladu, kdy různým termínům je třeba připisovat různé významy, dále s opatrností principu jednoznačnosti slov zákona neboli zákazu homonymického (či polysémického) výkladu (zákonodárce by se měl vyhnout slovům, která stejně znějí, ale mají v právu jiný význam), kterých lze používat minimálně v rámci jednoho odvětví.<sup>20</sup> *Teleologický výklad*<sup>21</sup> právní normy, který často mimo jazykového výkladu navazuje i na systematický,<sup>22</sup> logický<sup>23</sup> a historický výklad,<sup>24</sup> je prováděn na základě funkcionálních a teleologických metod a jeho úlohou je vystihnout smysl a funkci právní normy s přihlédnutím k právním principům a v souvislosti se sociálními podmínkami a potřebami, v nichž se má norma realizovat, když se přihlíží i k tomu, že s vývojem společenských podmínek se někdy mění i funkce právní normy.<sup>25</sup> *Možnosti a hranice teleologického výkladu* zásadně stanoví zákonodárce a ústavodárce (jde přitom o zásady výkladu *e ratione legis*, zohlednění účelu právní normy, zohlednění účelu právního institutu, teleologicko-systematického výkladu, zohlednění principů právního odvětví, výkladu v souladu s ústavními principy a hodnotami, *de similibus idem est iudicandum*, zohlednění důsledku právní regulace, *in dubio pro libertate*, komparativního výkladu, zohlednění standardů morálky a slušnosti, poměrování kolidujících účelů, principů a hodnot, vyloučení absurdních závěrů, vyplnění mezery v zákoně analogií – v trestním právu hmotném jen ve prospěch pachatele, *cessante ratione legis cessat lex ipsa* – odpadne-li účel zákona, odpadá zákon sám, resp. *cessante ratione legis non cessat lex ipsa* – právní norma nezaniká odpadnutím svého účelu, nýbrž jen derogací). Teleologickým výkladem zákona, nebo ustanovení se tak rozumí výklad orientující se na účel právní normy v zákoně vyjádřené, popřípadě na účel právní úpravy, jejíž součástí je interpretovaná norma. Za teleologický výklad můžeme považovat i výklad právní normy v duchu účelů a hodnot celého právního

<sup>20</sup> Příkladem tu může v trestním právu být např. slovo „zbraň“ v § 279 odst. 1 tr. zákoníku má význam zjevně užší (stříelná zbraň) než výraz „zbraň“ v § 118 tr. zákoníku, kterou se tu rozumí cokoli, čím je možno učinit útok proti tělu důraznějším, což se použije v návaznosti na to např. v § 275 odst. 2 písm. c) tr. zákoníku (se zbraní); v § 118 tr. zákoníku se proto také uvádí: „pokud z jednotlivého ustanovení trestního zákona nevyplývá něco jiného“, což je právě např. § 279 tr. zákoníku (stříelná zbraň). Blíže a podrobně viz WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 49 a násl.

<sup>21</sup> Podrobně viz tamtéž, s. 123 a násl.

<sup>22</sup> *Systematický výklad* zjišťuje smysl normy srovnáním s jinými právními normami, v souvislosti s širším celkem, s celým zákonem nebo s celým právním řádem (principy hierarchie právního řádu, bezrozpornosti právního řádu, vyloučení redundance, úplnosti právního řádu, systematicky zákonodárství a doktrinárního členění právního řádu). V oblastí trestního práva hmotného lze na smysl ustanovení usuzovat z jeho zařazení do určité hlavy či oddílu zvláštní části trestního zákona. Obecné směrnice pro výklad trestního zákona dávají § 1, 12, 110 a 111.

<sup>23</sup> *Logický výklad* spočívá v tom, že smysl normy zjišťuje pomocí pravidel formální logiky. Běžné typy logického výkladu jsou označovány jako *argumentum a contrario* (důkaz z opaku – vylučuje, aby byla platná negace právní normy), *a simili* (podle podobného, jsou-li splněny některé shodné znaky dvou jevů), *a maiore ad minus* (od většího k menšímu), *a minore ad maius* (od menšího k většímu), *a fortiori* (od silnějšího k slabšímu), *per eliminationem* (výklad vylučovací při taxativní formulaci hypotéz, dispozic a sankcí), *reductione ad absurdum* (odmítnutí nesmyslného závěru) atd.

<sup>24</sup> *Historický výklad* vysvětluje ustanovení z okolností, za nichž vzniklo, a v souvislosti s cílem, který jím byl sledován (princip vůle zákonodárce). Přihlíží proto k osnovám zákona, k důvodovým zprávám, k zákonům jiných států, které byly případně vzorem pro jeho formulaci, k diskusím o zákonu, k projevům poslanců v parlamentu apod. Z toho vyplývá, že se primárně neorientuje na text zákona, ale na vůli zákonodárce, takže cílem interpretace tu je úmysl (vůle, záměr) zákonodárce.

<sup>25</sup> Blíže srov. VEVERKA – BOGUSZAK – ČAPEK, c. d., s. 136.

řádu.<sup>26</sup> Tento výklad se však nikdy nesmí stát tzv. účelovým výkladem zákona, neboť cílem výkladu právní normy musí být zjištění jeho pravého smyslu (*ratio legis*). Není to tedy tak jednoduché, jak uvádí autor připomínek, neboť jisto je, že v posledních letech nabývá teleologický výklad stále více na významu.<sup>27</sup> Zejména Ústavní soud setrvale upřednostňuje teleologický způsob výkladu právních norem před výkladem čistě gramatickým, tzn. vykládá je v souladu s jejich smyslem (účelem). Např. podle nálezu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97 (N 163/9 SbNU 399): „*Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu.*“ Tento přístup dle mého názoru podstatně více odpovídá současné praxi, než „slepý“ jazykový (gramatický) výklad, přitom je třeba autorovi připomínek, který tak rád užívá latinské právnické mudrosloví, připomenout i sentenci: „*Znáť zákony neznamená mít na paměti jejich slova, ale jejich smysl a účel.*“ (Dig. 1, 3, 17), z čehož vyplývá, že *smyslem výkladu zákona je zjistit jeho pravý smysl a účel.*<sup>28</sup>

Druhým argumentem připomínek je, že: „*Nejvyšší soud ve své argumentaci směřuje trestněprávní a kriminálně psychologický (viktimologický) úhel pohledu, když se upíná na nežádoucí psychický stav, který stalker u své oběti vyvolává. Přečin podle § 354 tr. zákoníku nepožaduje takový účinek. Jednání má být objektivně způsobilé vyvolat obavy o život a zdraví; není rozhodné, zda se napadený skutečně strachoval.*“ Tato námitka neodpovídá odůvodnění připomínkovaného rozhodnutí, kde se výslovně uvádí, že „[o]bjektivní stránku přečinu představuje jednání spočívající v dlouhodobém pronásledování prováděném taxativně vymezenými formami, které jsou způsobilé v jiném vzbudit důvodnou obavu o jeho život nebo zdraví nebo o život a zdraví osob jemu blízkých. Společným jmenovatelem těchto forem je v souhrnu záměr jiného obtěžovat tak intenzivně, že to již ohrožuje jeho psychickou a v některých případech i fyzickou integritu. Jde o obsesivní fixaci pachatele na určitou osobu, kterou pak obtěžuje systematicky a úporně nevyžádanou a nechtěnou pozorností.“<sup>29</sup> Dále v bodě 25 odůvodnění Nejvyšší soud uvádí: „*Všem v zákoně předvídaným a taxativně vyjmenovaným formám*

<sup>26</sup> Viz WINTR, c. d., s. 123 a násl.

<sup>27</sup> K tomu srov. BOBEK, M. – KÜHN, Z. a kol. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vyd. Praha: Auditorium, 2013; WINTR, c. d.; TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2010; MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2009; HANUŠ, L. *Právní argumentace nebo svěvole: úvahy o právu spravedlnosti a etice*. Praha: C. H. Beck, 2008; KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech: právní principy v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002.

<sup>28</sup> Srov. k tomu i HASSEMER, W. *Gesetzesbindung und Methodenlehre. Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2007, Nr. 7, s. 215, a též v článku *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik. Rechtstheorie*. 2008, Jhrg. 39, Nr. 1, s. 9.

<sup>29</sup> Rozhodnutí zde odkazuje na uznávanou komentářovou literaturu: DRAŠTÍK, A. – FREMR, R. – DURDÍK, T. – RŮŽIČKA, M. – SOTOLÁŘ, A. a kol. *Trestní zákoník: komentář: II. díl (§ 233 až 421)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2015, s. 2769. Obdobně to uvádí i VÁLKOVÁ, H. in: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník III: zvláštní část (§ 272–421): komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2023, s. 4453: „*Objektivní stránka trestného činu nebezpečného pronásledování zahrnuje dlouhodobé pronásledování jiného prováděné v konkrétních, zákonem taxativně stanovených formách jednání, které jsou způsobilé v jiném vzbudit důvodnou obavu o jeho život nebo zdraví nebo o život a zdraví osob jemu blízkých. Společným jmenovatelem těchto forem je v souhrnu záměr jiného obtěžovat tak intenzivně, že to již ohrožuje jeho psychickou a v některých případech i fyzickou integritu. Jde o obsesivní fixaci pachatele na určitou osobu, kterou pak obtěžuje systematicky a úporně nevyžádanou a nechtěnou pozorností.*“

dlouhodobého pronásledování je společný požadavek, aby toto jednání bylo způsobitelné vzbudit v poškozeném důvodnou obavu o jeho život nebo zdraví nebo o život a zdraví osob jemu blízkých. Důvodnou obavou se zde rozumí obava objektivně způsobitelná vyvolat vyšší stupeň obav, úzkosti nebo jiného tísnivého pocitu ze zla, kterým je na poškozenou působeno, přičemž však není nutné, aby takový pocit v poškozené osobě skutečně vyvolal. Důvodná obava nemusí vzniknout, její vznik však musí být reálný, proto je třeba pečlivě hodnotit povahu a závažnost vyhledávání osobní blízkosti, sledování, kontaktování či omezování v obvyklém způsobu života poškozené osoby, jelikož je třeba odlišit nebezpečné pronásledování od projevů, při kterých bylo sice použito např. silných slov, ale ve skutečnosti o nic závažného nešlo (k tomu přiměřeně např. rozhodnutí č. 38/1971-II., č. 21/2011 Sb. rozh. tr.). “ Z toho vyplývá, že Nejvyšší soud jednoznačně vychází z objektivní způsobitelnosti vyvolat v poškozené osobě obavy o život a zdraví, což má význam především z toho hlediska, že v konkrétním případě důvodná obava nemusí vzniknout (srov. např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 11. 10. 2017, sp. zn. 6 Tdo 492/2017).<sup>30</sup> O subjektivně pociťované újmě poškozeného, byť určitým způsobem objektivizované, se rozhodnutí zmiňuje jen při výkladu znaku „omezování obvyklého způsobu života poškozeného“ [písm. d) § 354 odst. 1 tr. zákoníku], kde to ovšem odpovídá odborné literatuře, na kterou též toto rozhodnutí odkazuje, jakož i publikované judikatuře (usnesení Nejvyššího soudu ze dne 8. 9. 2011, sp. zn. 8 Tdo 1082/2011. *Soubor trestních rozhodnutí Nejvyššího soudu*. C. H. Beck, sešit 79, T 1424, s. 21 a násled.).

Na tom, že komentované rozhodnutí vychází z objektivní způsobitelnosti vyvolat v poškozené osobě obavy o život a zdraví, nemůže nic změnit ani skutečnost, že se zmíněné usnesení dále v bodě 26 zabývá i tím, že tyto obavy u poškozené také skutečně vznikly, a odůvodňuje, proč tomu tak bylo, neboť objektivní povaha uvedeného znaku skutkové podstaty trestného činu § 354 odst. 1 tr. zákoníku neznamena, že takový stav nemůže u poškozené v konkrétním případě vzniknout (naopak v praxi tomu tak zpravidla bude) a že to není třeba hodnotit v rámci odůvodnění rozsudku, poněvadž to má význam z hlediska společenské škodlivosti činu a případného použití zásady subsidiarity trestní represe (§ 12 odst. 2 tr. zákoníku).<sup>31</sup>

Třetí připomínkou je tvrzení, že „v odůvodnění rozhodnutí je také zavádějícím způsobem kladen důraz na posedlost a fixaci stalkera svou obětí. Takovou motivaci však zákon nepožaduje. V praxi je tato motivace navíc zastoupena jen v menšině případů –

<sup>30</sup> V odůvodnění tohoto rozhodnutí je uvedeno: „[...] v tomto případě však není relevantní, zda je u poškozeného důvodná obava skutečně vyvolána či zda zůstane u pouhé odůvodněné možnosti ji vyvolat. Všem v zákoně předvidaným a taxativně vyjmenovaným formám dlouhodobého pronásledování je společný požadavek, aby toto jednání bylo způsobitelné vzbudit v poškozeném důvodnou obavu o jeho život nebo zdraví nebo o život a zdraví osob jemu blízkých. Důvodnou obavou se zde rozumí obava objektivně způsobitelná vyvolat vyšší stupeň obav, úzkosti nebo jiného tísnivého pocitu ze zla, kterým je na poškozeného působeno, přičemž však není nutné, aby takový pocit v poškozeném skutečně vyvolal. Důvodná obava nemusí vzniknout, její vznik však musí být reálný, proto je třeba pečlivě hodnotit povahu a závažnost takového vyhrožování, vyhledávání osobní blízkosti, sledování, kontaktování či omezování v obvyklém způsobu života, jelikož je třeba odlišit nebezpečné pronásledování od projevů, při kterých bylo sice použito např. silných slov, ale ve skutečnosti o nic závažného nešlo [(k tomu přiměřeně např. č. 38/1971-II., č. 21/2011 Sb. rozh. tr.), viz též Šámal, P. a kol. *Trestní zákoník I. § 1 až 139. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, 3006-3012].“

<sup>31</sup> Srov. k tomu přiměřeně i náleze Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2022, sp. zn. III. ÚS 3006/21.

u valné části pachatelů kriminálního stalkingu se nejedná o typ pachatele hledajícího intimitu (odmítnutého nápadníka atp.). Spíše převládají pohnutky mstivé či sadistické.“ S tvrzením, že motivace není znakem trestného činu podle § 354 odst. 1 tr. zákoníku, je třeba souhlasit, ale to nic nemění na tom, že *případnou motivací činu je třeba se zabývat*, jak je to nakonec obvyklé, u každé trestné činnosti, a to z hlediska již zmíněného použití zásady subsidiarity trestní represe (§ 12 odst. 2 tr. zákoníku), příp. i z hlediska ukládaného trestu. Navíc jak již bylo uvedeno, pokud rozhodnutí uvádí „*obsesivní fixaci pachatele na určitou osobu, kterou pak obtěžuje systematicky a úporně nevyžádanou a nechtěnou pozorností*“, jde o citaci uznávané odborné literatury ohledně charakterizace stalkingu, nikoli vlastní motivaci pachatele, která může být samozřejmě různá.<sup>32</sup> Toto pojetí vychází nejen z české, ale i zahraniční literatury.<sup>33</sup>

Z těchto důvodů se mi nejeví shora rozebrané připomínky Katedry trestního práva jako náležitě odůvodněné a dostatečně přesvědčivé. Uvedené rozhodnutí nebylo po proběhlé diskuzi zejména na základě uvedených připomínek schváleno k uveřejnění ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek,<sup>34</sup> a to přesto, že některá jiná připomínková místa ho výslovně podpořila, a jeho odůvodnění se podle mého názoru dostatečně vypořádalo se všemi podstatnými skutečnostmi i právními otázkami, které s ohledem na důvody uplatněné v dovolání bylo třeba řešit, byť se samozřejmě mohlo více ze shora uvedených hledisek zabývat zejména znakem „jiného dlouhodobě pronásleduje“.<sup>35</sup> Rozhodnutí trestního kolegia o neschválení uvedeného rozhodnutí do Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek vyvolává přinejmenším pochybnosti, zejména když v minulosti byl zaujat jiným senátem Nejvyššího soudu rozhodnutí stejný právní názor, že *trestný*

<sup>32</sup> Srov. např. definici stalkingu in VITOUŠOVÁ, P. – ČÍRTKOVÁ, L. – KLOUBEK, M. – DURDÍK, T. *Pronásledování – hodnocení a řízení rizika (metoda SAM) v poradenské praxi Bílého kruhu bezpečí*. Praha: Bílý kruh bezpečí, 2007, s. 3 až 5: „*Pojem stalking zahrnuje různé varianty pronásledování v podobě více či méně zřetelného zastrašování či vyhrožování oběti, zahrnující jak psychické, tak až její fyzické terorizování, často (ale nikoli výhradně) vedené nenávisť, pomstou nebo i patologickou náklonností, které výrazně snižuje kvalitu jejího života a ohrožuje její bezpečí.*“

<sup>33</sup> Srov. MELOY, J. R. Stalking (obsessional following): A review of some preliminary studies. *Aggression and Violent Behaviour*. 1996, Vol. 1, No. 2, s. 147–162; dále viz MELOY, J. R. The Psychology of stalking. In: MELOY, J. R. (ed.). *The psychology of stalking*. San Diego: Academic Press, 1998, s. 2–21; MELOY, J. R. Stalking: An old behaviour, a new crime. *Psychiatric Clinics of North America*. 1999, Vol. 22, No. 1, s. 85–99; CURD, J. L. Stalking as a variant of domestic violence. *Bulletin of the American Association of Psychiatry and Law*. 1995, Vol. 23, No. 2, s. 219–230; DRESSING, H. – HENN, F. A. – GASS, P. Stalking behaviour: An overview of the problem and a case report of male to male stalking during delusional disorder. *Psychopathology*. 2002, Vol. 35, No. 5, s. 313–318; DRESSING, H. – GASS, P. Stalking – vom Psychoterror zum Mord. *Der Nervenarzt*. 2002, Vol. 73, s. 1112–1115; DRESSING, H. – KUEHNER, C. – GASS, P. Praevalenz von Stalking in Deutschland. *Psychiatrische Praxis*. 2005, Vol. 32, No. 2, s. 73–78.

<sup>34</sup> V diskusi na trestním kolegiu zazněla i argumentace proti argumentaci „nedokonavým videm“ slovního vyjádření rozhodných znaků („vyhrožuje“, „vyhledává“, „vytrvale ...kontaktuje“ apod.) s tím, že z toho je dovozována trvalost, což není podle diskusního oponentního příspěvku „pravda“, přičemž podle tohoto názoru tato slova neevokují trvalost, ale naopak v některých případech to může evokovat opakované naplňování (viz zápis z trestního kolegia ze dne 24. 2. 2021). Tato protiargumentace se však nevypořádává s tím, že u trvajících deliktů se běžně argumentuje právě nedokonavým videm slovesa předmětného znaku (srov. např. odůvodnění usnesení velkého senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu č. 15/2017 Sb. rozh. tr.), byť se samozřejmě takové slovní vyjádření může vyskytnout i u hromadných trestných činů, přičemž rozhodující je charakter trestného činu vymezený slovním vyjádřením v zákoně s jeho nejen jazykovým (gramatickým), ale i teleologickým výkladem (viz shora).

<sup>35</sup> Srov. VÁLKOVÁ, H. in: ŠÁMAL, P. in: ŠÁMAL a kol., *Trestní zákoník III...*, s. 4454–4456.

*čin nebezpečného pronásledování podle § 354 tr. zákoníku je trvajícím trestným činem* (srov. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 18. 10. 2016, sp. zn. 6 Tdo 1375/2016, a ze dne 17. 5. 2017, sp. zn. 6 Tdo 492/2017). Na druhé straně ovšem nelze přehlížet, že podle literatury je i nadále sporné, zda jde o trestný čin *hromadný*<sup>36</sup> nebo *trvající*, čemuž podle shora uvedeného nasvědčuje dikce § 354 odst. 1 tr. zákoníku (arg. „dlouhodobě pronásleduje“), byť často jde zpravidla také o řadu dílčích aktů, ale to zákon podle vymezení tohoto trestného činu nepostihuje [zákon zde nestanoví ani nepřimo více aktů, které jsou potřeba k naplnění skutkové podstaty z hlediska hromadnosti a které by měly být jednoznačně alespoň na základě judikatury určitelné (srov. *a contrario* např. § 336 tr. zákoníku a v něm použitý pojem „opakovaně“), ale naopak dlouhodobé trvání]. Přitom trvající nebo hromadná podoba trestného činu není formou provedení trestného činu, která by tu někdy byla a jindy nebyla, nýbrž plyne a musí plynout ze zákona.<sup>37</sup> S ohledem na to je s podivem, že trestní kolegium Nejvyššího soudu tuto situaci s přihlédnutím k postupu na zasedání dne 24. 2. 2021 ani s odstupem několika let neřeší.

### III. K TZV. SOUVISLÉMU JEDNÁNÍ V JUDIKATUŘE NEJVYŠŠÍHO SOUDU

Vzhledem k tomu, že zmíněné usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 866/2020 v odůvodnění uvedlo, že s ohledem na zákonné vymezení trestného činu nebezpečného pronásledování podle § 354 tr. zákoníku, který je svou povahou trestným činem trvajícím, pro který je „*typické jeho souvislé páčání nerozpadající se do dílčích útoků* [zvýraznil P. Š.],  *kterým pachatel vyvolá protiprávní stav, jež následně udržuje*“, považuji za nutné se dále zabývat tzv. souvislým jednáním.<sup>38</sup> V diskusi o tomto rozhodnutí na zasedání kolegia také zazněla argumentace, že jde-li o kategorizace trestných činů pokračujících, trvajících a hromadných, „*učebnice trestního práva jsou schematické a pojmají základní kategorie, ale praxe se již do značné míry odlišuje a vytváří ještě další kategorie, tzv. souvislého jednání* [zvýraznil P. Š.]. *Tato kategorie se v judikatuře objevuje opakovaně, [...] příkladmo lze uvést rozhodnutí publikované pod č. 57/2007 Sb. rozh. tr., které se týká trestného činu zvýhodňování věřitele. Podle tohoto rozhodnutí platí, že pokud je trestný čin páčán po delší dobu a ve vztahu k většímu počtu poškozených a zvýhodněných věřitelů, kdy nelze rozdělit jednání na jednotlivé dílčí útoky, tak jde o jednání souvislé, nikoliv o pokračování v trestném činu. O souvislém jednání se hovoří např. i v rozhodnutí pod č. 46/2014 Sb. rozh. tr., které se týká trestného činu obecného ohrožení či pod č. 43/2011 Sb. rozh. tr., které se týká trestného činu zpronevěry.*“

<sup>36</sup> Srov. PROVAZNÍK, J. in: ŠČERBA a kol., *c. d.*, s. 2917–2918.

<sup>37</sup> Srov. VÁLKOVÁ, H. in: ŠÁMAL, P. in: ŠÁMAL a kol., *Trestní zákoník III...*, s. 4453.

<sup>38</sup> Obdobně se velký senát trestního kolegia Nejvyššího soudu vyslovil také v usnesení ze dne 17. 12. 2014, sp. zn. 15 Tdo 887/2014, ve kterém vyslovil právní názor, že trestný čin týráni osoby žijící ve společném obydlí podle § 199 tr. zákoníku je trestným činem trvajícím, a to s odůvodněním, že jde o trestný čin, pro který je typické jeho souvislé páčání nerozpadající se do dílčích útoků.

S ohledem na to je třeba se zabývat tím, zda *tzv. souvislé jednání* je „další kategorií“ trestných činů vedle pokračování v trestném činu, trvajícího trestného činu a hromadného trestného činu, jak se naznačuje ve zmíněném vyjádření, někdy se v té souvislosti i hovoří o *tzv. stavových deliktech*, anebo jde jen o doplněk těchto kategorií z hlediska konkrétní charakteristiky posuzovaného trestného činu, např. zvýhodnění věřitele podle 223 tr. zákoníku, zpronevěry podle § 206 tr. zákoníku či obecného ohrožení podle § 272 tr. zákoníku.

V usnesení Nejvyššího soudu ze dne 4. 10. 2006, sp. zn. 5 Tdo 1154/2006 (č. 57/2007 Sb. rozh. tr.) bylo uvedeno, že u pokračování v trestném činu na rozdíl od trestných činů hromadných nebo trvajících není mnohost útoků nebo delší trvání znakem skutkové podstaty, ale je formou provedení posuzovaného trestného činu, a proto konkrétní trestný čin může v určitém případě naplňovat znaky pokračování, a v jiném nikoli. Byl-li trestný čin *zvýhodňování věřitele* podle § 256a tr. zákona (č. 140/1961 Sb.; nyní zvýhodnění věřitele podle § 223 tr. zákoníku) páchan po delší dobu a ve vztahu k většímu počtu poškozených a zvýhodněných věřitelů za stavu, v němž dlužník nebyl schopen plnit své splatné závazky, a to *souvislým jednáním*, které nelze rozdělit na jednotlivé dílčí útoky, nejde o pokračování v trestném činu podle § 89 odst. 3 tr. zákona (nyní § 116 tr. zákoníku), byť vykazuje některé jiné znaky pokračování a případně i prvky trestného činu hromadného. V takovém případě nelze za dílčí útoky pokračujícího trestného činu ve smyslu § 89 odst. 3 tr. zákona (nyní § 116 tr. zákoníku) a § 12 odst. 12 tr. řádu považovat neuhrazení konkrétní pohledávky poškozeného věřitele ani uhrazení určité pohledávky zvýhodněného věřitele, protože rozhodující je až celkový výsledek spočívající ve zvýhodnění některých věřitelů na úkor jiných, a to v souhrnu všech jejich pohledávek. V odůvodnění usnesení k tomu Nejvyšší soud dále uvedl, že trestný čin zvýhodňování věřitele podle § 256a tr. zákona (nyní zvýhodnění věřitele podle § 223 tr. zákoníku) spáchá ten, kdo jako dlužník, který není schopen plnit své splatné závazky, zmaří, byť i jen částečně, uspokojení svého věřitele tím, že zvýhodní jiného věřitele. V jednání obviněného tak nejsou rozhodné jednotlivé pohledávky, ať už zvýhodněných či poškozených věřitelů, jak tvrdí dovolatel, který navíc ve vztahu ke každé pohledávce (faktuře) vyžaduje splnit podmínku zahájení trestního stíhání, nýbrž vzhledem k charakteru jednání obviněného je zde rozhodující zvýhodňování určitých věřitelů na úkor jiných, a to v souhrnu všech jejich pohledávek, protože až v tomto celkovém kontextu je možno posoudit, zda vůbec a kdo případně byl tímto jednáním obviněného v konečném důsledku poškozen. V návaznosti na to pak samozřejmě nelze říci, jak např. jedna či druhá pohledávka uhrazená určitému zvýhodněnému věřiteli sama o sobě může poškodit jiného či jiné konkrétní věřitele, kterým obviněný jejich pohledávky neuhradil buď vůbec, či pouze zčásti. Svou povahou proto trestný čin zvýhodňování věřitele podle § 256a tr. zákona (nyní zvýhodnění věřitele podle § 223 tr. zákoníku) spáchaný obviněným způsobem vymezeným v shora citovaném rozsudku soudu prvního stupně vykazuje sice některé znaky pokračování v trestném činu a současně i prvky trestného činu hromadného, avšak nejedná se o trestný čin, který by byl spáchán za podmínek pokračování v trestném činu podle § 89 odst. 3 tr. zákona (nyní § 116 tr. zákoníku). Na jeho počátku je první v nalézacím řízení zjištěná neuhrazená pohledávka (ze dne 19. 2. 1997) a k jeho dokonání dojde až v okamžiku uhrazení poslední pohledávky zvýhodněnému

věřiteli (ze dne 27. 10. 2000). V této souvislosti je třeba zvažovat i námitku obviněného, že k úhradě některých pohledávek došlo již v letech 1997 a 1998, přičemž jejich „přednostní“ úhradou měl poškodit věřitele, jejichž pohledávky vznikly až v letech 1999 a 2000. Tato námitka neodpovídá obsahu spisu a skutkovému popisu jednání obviněného ve výroku o vině v rozsudku soudu prvního stupně, z kterého vyplývá, že i některé neuhrazené pohledávky byly z let 1997 až 1998, přičemž jejich celkový rozsah nemusí v konkrétních časových souvislostech zcela přesně navzájem korespondovat (jednotlivé pohledávky uhrazené na úkor neuhrazených nelze ani vzájemně porovnávat, a to vzhledem k různé době jejich vzniku, splatnosti a době uhrazení některých z nich), ale rozhodující je celkový výsledek, který je zejména v citovaném rozsudku soudu prvního stupně velmi přesně popsán, a to i pokud jde o míru zvýhodnění jednotlivých věřitelů, kterým obviněný nechal z prostředků společnosti S., s. r. o., na úkor poškozených věřitelů jejich faktury proplatit. Lze tedy shrnout, že pokud byl trestný čin zvýhodňování věřitele podle § 256a tr. zákona (nyní zvýhodnění věřitele podle § 223 tr. zákoníku) páčán po delší dobu a ve vztahu k většímu počtu poškozených a zvýhodněných věřitelů za stavu, ve kterém dlužník nebyl schopen plnit své splatné závazky (byl v úpadku), což vedlo později k prohlášení konkursu, a to souvislým jednáním, které nelze rozdělit na jednotlivé dílčí útoky, nejde o pokračování v trestném činu podle § 89 odst. 3 tr. zákona (nyní § 116 tr. zákoníku), byť vykazuje některé další znaky pokračování a případně i prvky trestného činu hromadného. V takovém případě nelze za dílčí útoky pokračujícího trestného činu ve smyslu § 89 odst. 3 tr. zákona (nyní § 116 tr. zákoníku) a § 12 odst. 12 tr. řádu považovat neuhrazení konkrétní pohledávky poškozeného věřitele ani uhrazení určité pohledávky zvýhodněného věřitele, protože rozhodující je až celkový výsledek spočívající ve zvýhodnění některých věřitelů na úkor jiných, a to v souhrnu všech jejich pohledávek.

Obdobně bylo odůvodňováno, že *nejde* v konkrétním posuzovaném případě o pokračování v případě trestného činu zpronevěry podle § 206 tr. zákoníku, a to dokonce s přímým odkazem na předchozí rozhodnutí publikované pod č. 57/2007 Sb. rozh. tr., např. v usnesení ze dne 30. 8. 2010, sp. zn. 11 Tdo 561/2010, v němž Nejvyšší soud uvedl, že u pokračování v trestném činu není mnohost útoků znakem skutkové podstaty, ale je formou provedení konkrétního trestného činu. Jestliže se pachatel dopouštěl trestného činu zpronevěry podle § 248 tr. zákona (nyní § 206 tr. zákoníku) tím, že po delší dobu (např. několika let) na svém pracovišti průběžně prodával svěřené telefonní karty za účelem vlastního obohacení, přičemž toto jeho souvislé jednání není možno rozdělit na jednotlivé dílčí útoky, pak nebude možno učinit závěr o pokračování v tomto trestném činu, byť jeho jednání vykazuje některé znaky pokračování v trestném činu ve smyslu § 89 odst. 3 tr. zákona (např. jednotný záměr, stejný způsob provedení, časovou souvislost nyní podle § 116 tr. zákoníku), nýbrž půjde o jediný skutek jak z hlediska trestního práva hmotného, tak z hlediska trestního práva procesního. Pokud se uvedený čin neskládá z jednotlivých dílčích útoků pokračujícího trestného činu ve smyslu § 12 odst. 12 tr. řádu, nelze rozhodnout zprošťujícím výrokem podle § 226 tr. řádu ohledně těch konkrétních případů, u nichž bylo na rozdíl od obžaloby zjištěno, že pachatel nemohl jednat výše uvedeným způsobem, a to např. proto, že v určitých dnech nebyl v zaměstnání. Taková část žalovaného jednání se pak neuvede v popisu

skutku ve výroku odsuzujícího rozsudku (jen se z něj tzv. vypustí). Obdobně již před tím postupoval u zpronevěry Nejvyšší soud v usnesení ze dne 20. 2. 2008, sp. zn. 8 Tdo 13/2008 (č. 5/2009 Sb. rozh. tr.), v němž posuzoval případ, ve kterém došlo k přisvojení si více cizích svěřených věcí, a všechny tyto věci si obviněný přisvojil v rámci jednoho souvislého jednání spáchaného jediným útokem. Jeho jednání spočívalo v tom, že si přisvojil věci, jež mu byly v rámci pracovního poměru svěřeny za účelem pracovních povinností a které obviněný v okamžiku, kdy došlo k rozvázání pracovního poměru, popřípadě v dodatečně určené lhůtě, nevrátil. V důsledku toho šlo o jeden čin (skutek) s několikanásobným předmětem útoku, při němž je následkem součet hodnot všech věcí, které si obviněný takto přisvojil.

Dalším trestným činem, který může být *spáchán tzv. souvislým jednáním*, je podle judikatury *trestný čin obecného ohrožení* podle § 272 tr. zákoníku. V usnesení ze dne 13. 11. 2013, sp. zn. 4 Tdo 1094/2013, Nejvyšší soud znak obecného ohrožení spočívající v tom, že pachatel „*vydá lidi v nebezpečí smrti nebo těžké újmy na zdraví*“, vyložil tak, že ho lze naplnit nejen tím, že větší počet osob (nejméně sedm – viz č. 39/1982 Sb. rozh. tr.) je konkrétně a bezprostředně ohrožen ve stejném okamžiku, nýbrž i tehdy jsou-li takto ohroženy v krátkém časovém intervalu postupně, jediným souvislým nedělitelným jednáním pachatele. Taková situace může spočívat např. v tom, že pachatel jako řidič osobního motorového vozidla během pronásledování policejními vozidly jede v centru města i mimo obec extrémně nepřiměřenou vysokou rychlostí, touto rychlostí na červené světelné znamení projede několik frekventovaných křižovatek, předjíždí vozidla z různých stran, a to i v odstavném pruhu, dále pak znenadání opakovaně zabrzdí se snahou vyvolat hromadnou kolizi ostatních vozidel apod., přičemž v souhrnu těchto okolností vytvoří stav živelnosti a záměrně jej udržuje.

Další oblastí, v souvislosti s níž se Nejvyšší soud relativně častěji vyjadřoval k souvislému jednání, jsou *tzv. drogové trestné činy*, zejména jde o *judikaturu k trestnému činu nedovolené výroby a jiného nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy* podle § 283 tr. zákoníku související s vymezením pojmu skutek, jeho totožnosti a jeho popisem (srov. k tomu i č. 6/2008 a č. 75/2013 Sb. rozh. tr.<sup>39</sup>).

<sup>39</sup> Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 10. 1. 2007, sp. zn. 7 Tdo 1480/2006 (publikované pod č. 6/2008 Sb. rozh. tr.), vyslovilo právní názor, že jestliže ke spáchání trestného činu nedovolené výroby a držení omamných a psychotropních látek a jedů podle § 187 odst. 1 tr. zákona (nyní § 283 odst. 1 tr. zákoníku) došlo jediným jednáním pachatele, jímž v určité době a na určitém místě prodával omamné či psychotropní látky více osobám, pak jejich prodej ve vztahu k jednotlivým osobám nepředstavuje dílčí útoky pokračujícího trestného činu ve smyslu ustanovení § 89 odst. 3 tr. zákona a § 12 odst. 12 tr. řádu. Pokud se za této situace v průběhu trestního stíhání v popisu skutku pouze změní (upřesní) okruh osob, kterým pachatel prodával omamné nebo psychotropní látky, oproti vymezení těchto osob v usnesení o zahájení trestního stíhání (§ 160 odst. 1 tr. řádu) či v obžalobě [§ 177 písm. c) tr. řádu], pak taková změna není důvodem k postupu podle § 160 odst. 5 tr. řádu, tj. k zahájení trestního stíhání pro další skutek. Obdobný právní názor byl vysloven i v nepublikovaných usneseních Nejvyššího soudu ze dne 25. 8. 2016, sp. zn. 11 Tdo 1510/2015, či ze dne 21. 6. 2017, sp. zn. 11 Tdo 449/2017. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 19. 9. 2012, sp. zn. 6 Tdo 894/2012, pak bylo opatřeno právní větou: „*Jako trestný čin nedovolené výroby a jiného nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy podle § 283 odst. 1, odst. 2 písm. b) tr. zákoníku je nutno posoudit čin pachatele i tehdy, byl-li až v průběhu jednání páchaného po určitou dobu a vykazujícího znaky trestného činu nedovolené výroby a jiného nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy podle § 283 odst. 1 tr. zákoníku pravomocně odsouzen za trestný čin podle § 283 tr. zákoníku, jehož se dopustil jiným skutkem. Pro naplnění tohoto kvalifikačního znaku je rozhodný stav v době, kdy bylo dokončeno jednání, jímž byl čin spáchán, nikoliv, kdy bylo takové jednání započato.*“



Za reprezentativní rozhodnutí lze považovat např. usnesení ze dne 15. 8. 2012, sp. zn. 5 Tdo 801/2012, v jehož odůvodnění Nejvyšší soud uvedl, že „[...] obvinění v určitém časovém úseku průběžně jednak vyráběli drogu pro vlastní potřebu ale i za účelem její distribuce, a skutečně ji prodávali nebo darovali třetím osobám“. Při takovém skutkovém zjištění nelze dělit jednání obviněného na samostatné skutky ani jednotlivé dílčí útoky ve smyslu § 12 odst. 12 tr. řádu, neboť nelze přesně vymezit čas ani způsob provedení trestného činu; v podstatě v průběhu výroby neměli obvinění konkrétní představu o tom, jaké množství drogy si ponechají, jaké budou distribuovat, kdy a komu. Samozřejmě z hlediska doby spáchání činu je nutné objasnit časový úsek, po který pachatel výroby a distribuce (slovy zákona „nabídne, prodá nebo jinak opatří pro jiného“) naplňoval tyto alternativní znaky trestného činu podle § 283 tr. zákoníku, ale je v podstatě vyloučené oddělit nejen časem, ale i např. způsobem provedení, konkrétní jednání naplňující tyto alternativy tak, aby je bylo možné považovat za dílčí útok pokračujícího trestného činu. Přestože každý z dílčích útoků musí naplňovat stejnou skutkovou podstatu, a to i v různých alternativách, není zároveň třeba, aby každý dílčí útok vedený stejným záměrem naplnil skutkovou podstatu ve všech jejích znacích. Při splnění dalších podmínek pokračování, jak jsou stanoveny v § 116 tr. zákoníku, postačí, pokud je naplní až souhrn těchto dílčích útoků. Svou povahou nese předmětné jednání prvky hromadného trestného činu, jež se obecně v některých směrech podobá pokračování v trestném činu, neboť musí rovněž záležet ve více dílčích útocích. U hromadného trestného činu je znakem skutkové podstaty mnohost útoků, neboť na rozdíl od pokračování nestačí k jeho naplnění spáchání jednotlivého útoku. Podobnou situaci řešil Nejvyšší soud již v rámci posuzování otázky možnosti pokračování v trestném činu zvýhodnění věřitele podle § 223 tr. zákoníku, resp. ještě za dříve platné právní úpravy se jednalo o trestný čin zvýhodňování věřitele podle § 256a tr. zákona, v rozhodnutí publikovaném pod č. 57/2007 Sb. rozh. tr. (viz blíže shora). Byť tedy Nejvyšší soud hovoří v souvislosti s podmínkami pokračování podle § 116 odst. 1 tr. zákoníku poněkud nešťastně o „souhrnu dílčích útoků“, nakonec nepochybně činí závěr, že při takovém skutkovém zjištění nelze dělit jednání obviněného na jednotlivé dílčí útoky ani samostatné skutky ve smyslu § 12 odst. 12 tr. řádu, neboť nelze přesně vymezit čas ani způsob provedení trestného činu, když v podstatě v průběhu výroby neměli obvinění konkrétní představu o tom, jaké množství drogy si ponechají, jaké budou distribuovat, kdy a komu. To vyplývá i z odkazu na rozhodnutí publikované pod č. 57/2007 Sb. rozh. tr., které je založeno na souvislém jednání, jež nelze rozdělit na jednotlivé dílčí útoky (viz shora). Obdobně postupoval Nejvyšší soud již v usnesení ze dne 27. 3. 2009, sp. zn. 11 Tdo 1440/2008, nebo naopak později např. v usnesení ze dne 24. 3. 2015, sp. zn. 11 Tdo 19/2015, ze dne 22. 3. 2017, sp. zn. 11 Tdo 125/2017, či ze dne 13. 12. 2017, sp. zn. 11 Tz 38/2017. Ve svém usnesení ze dne 3. 2. 2016, sp. zn. 11 Tdo 1132/2015, Nejvyšší soud uvedl, že trestný čin nedovolené výroby a jiného nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy podle § 283 tr. zákoníku „lze spáchat více různými způsoby, a to jak výrobou, dovozem, vývozem, průvozem, nabídnutím, zprostředkováním, prodejem, jiným opatřením jiné osobě či přechováním pro jinou osobu“. V konkrétním případě se tak může jednat o situaci, kdy pachatel vyrobí např. určité množství pervitinu, které v průběhu výroby i následně rozprodává více lidem a v mezidobí jej pro tyto osoby přechovává. Právě z tohoto dů-

vodu bylo judikaturou vysvětleno, že „výroba tohoto určitého množství je jednotčím prvkem, díky kterému nelze např. v prodeji různým osobám či v tom, že k prodeji docházelo s časovým odstupem, spatřovat důvod pro rozdělení jednání do jednotlivých skutků. Z logiky věci se však podává, že stejným jednotčím prvkem může být také přechovávání určitého množství pro jinou osobu či např. opatření určitého množství drogy najednou, které pachatel následně rozprodává po částech.“ V návaznosti na to v rozhodnutí ze dne 24. 5. 2016, sp. zn. 11 Tdo 240/2016, Nejvyšší soud uvedl, že trestný čin nedovolené výroby a jiného nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy podle § 283 tr. zákoníku lze spáchat více různými způsoby, a to jak výrobou, dovozem, vývozem, průvozem, nabídnutím, zprostředkováním, prodejem, jiným opatřením jiné osobě či přechováním pro jinou osobu. V konkrétním případě se může jednat o situaci, kdy pachatel vyrobí např. určité množství pervitinu, které následně rozprodává více lidem a v mezidobí jej pro tyto osoby přechovává. Výroba tohoto určitého množství je jednotčím prvkem, díky kterému nelze např. v prodeji různým osobám či v tom, že k prodeji docházelo s časovým odstupem, spatřovat důvod pro rozdělení jednání do jednotlivých skutků. Byť se v některých těchto rozhodnutích *Nejvyšší soud konkrétně nevyjadřuje, že jde o tzv. souvislé jednání*, je zřejmé, že i v nich z tohoto vymezení vychází.

Pojem *souvislého jednání* pak Nejvyšší soud používá, jak již bylo shora uvedeno, také u trvajících deliktů z hlediska charakteristiky jejich trvání. V tomto směru je třeba odkázat na již zmíněné usnesení velkého senátu trestního kolegia Nejvyššího soudu ze dne 17. 12. 2014, sp. zn. 15 Tdo 887/2014 (č. 17/2015 Sb. rozh. tr.), ve kterém vyslovil právní názor, že trestný čin týrání osoby žijící ve společném obydlí podle § 199 tr. zákoníku je trestným činem trvajícím, a to s odůvodněním, že jde o trestný čin, pro který je typické jeho souvislé páchání nerozpadající se do dílčích útoků. Z tohoto důvodu posouzení charakteru trestného činu týrání osoby žijící ve společném obydlí podle § 199 tr. zákoníku (dříve trestného činu týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě podle § 215a tr. zákona) jako pokračujícího trestného činu není správné; v tomto směru v odůvodnění odkázal i na rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 16. 1. 2009, sp. zn. 11 Tdo 1607/2008 („*Trestný čin týrání osoby žijící ve společně obývaném bytě nebo domě podle § 215a tr. zákona je svou povahou [...] trestným činem trvajícím. Jeho podstata spočívá v udržování protiprávního stavu, který pachatel tohoto trestného činu vyvolal nebo vznikl bez jeho přičinění.*“).

V poněkud jiném významu je pojem „souvislého jednání“ používán v některých rozhodnutích u jednání pachatele kvalifikovaného jako trestný čin opilství podle § 360 tr. zákoníku. Již v rozhodnutí publikovaném pod č. 5/1956 Sb. rozh. tr. bylo uvedeno, že jednotlivé skutky, jichž se pachatel dopustil v témže stavu opilosti, nutno považovat za jedině jeho souvislé jednání. V podstatě totéž zopakoval Okresní soud Praha-západ v rozsudku ze dne 13. 5. 1993, sp. zn. 1 T 62/93,<sup>40</sup> v němž uvedl, že dopustil-li se pachatel v témže stavu nepřičetnosti více útoků, které jinak mají znaky trestných činů, a to i různých skutkových podstat, je nutno takové útoky posuzovat z hlediska znaků trestného činu opilství podle § 201a tr. zákona (nyní § 360 tr. zákoníku) jako jedno souvislé jednání – jeden skutek. Tento právní názor v zásadě zopakovala i pozdější

<sup>40</sup> Rozhodnutí bylo publikováno pod č. 26 v časopise *Soudní rozhledy*. 1995, roč. 1, č. 1, s. 23–24.

judikatura, když v rozhodnutí ze dne 15. 11. 2006, sp. zn. 7 Tdo 1379/2006, Nejvyšší soud uvedl, že skutková podstata trestného činu opilství podle § 360 odst. 1 tr. zákoníku je naplněna tím, že se pachatel požitím nebo aplikací návykové látky nebo jinak přivede, byť i z nedbalosti, do stavu nepřičetnosti, v němž se dopustí činu jinak trestného. I když se pachatel dopustí více útoků, které by zakládaly více činů jinak trestných, všechny tyto jednotlivé útoky tvoří jeden trestný čin opilství podle § 360 odst. 1 tr. zákoníku (srov. č. 16/1960 Sb. rozh. tr.). Takovému právnímu posouzení skutku musí odpovídat i tzv. právní věta rozsudku. Zajímavé je, že Nejvyšší soud zde nehovoří o „souvislém jednání“, ale naopak o více jednotlivých útocích, které tvoří jeden trestný čin opilství. Obdobně to uvádí i naše učebnice s poukazem na rozhodnutí publikované pod č. 16/1960, podle níž, jestliže se pachatel v nepřičetnosti, kterou si zaviněně přivodil požitím nebo aplikací návykové látky, dopustí více útoků, které by jinak zakládaly více trestných činů, všechny tyto jednotlivé útoky tvoří *jeden skutek*, a tedy jeden trestný čin opilství.<sup>41</sup>

#### IV. ZÁVĚR

Z toho, co bylo uvedeno, vyplývá, že uvedená judikatura vztahující se k tzv. souvislým jednáním se vyvinula v návaznosti a k rozlišení od pokračování (výjimkou je jen specifická judikatura k trestnému činu opilství nyní podle § 360 tr. zákoníku). I když v některých rozhodnutích zejména v oblasti drogových trestných činů se hovoří i o prvcích hromadných trestných činů, nebyly úvahy o souvislém jednání konkrétního trestného činu použity pro odlišení takového jednání od tohoto typu trestných činů, byť i u něho jsou rozlišovány jednotlivé útoky, ovšem nikoli ve smyslu pokračování v trestném činu, neboť povaha tohoto trestného činu plyne ze zákona, přičemž jak již bylo uvedeno, nestačí jeden útok (akt), ale je jich třeba několik, a to i v případě, ve kterém je mnohost podmínkou použití vyšší trestní sazby [např. již zmíněný § 279 odst. 3 písm. b) tr. zákoníku]. Lze si samozřejmě představit i u hromadného trestného činu, např. u hromadění, výroby či opatřování zbraní nebo ve značném množství střeliva ve smyslu posledně uvedeného ustanovení, také nezřetelné jednání rozpadající se na jednotlivé dílčí útoky (např. při hromadění střeliva jeho kontinuální výrobou na strojním zařízení) v shora uvedeném smyslu (obdobně jako např. u výroby či přechovávání omamných a psychotropních látek), ale toto z hlediska naplnění hromadného trestného činu nemá podstatný význam, neboť jde o dosažení určité „hranice“, kdy už je znak takového trestného činu naplněn. Navíc ustanovení § 12 odst. 12 tr. řádu se u hromadného trestného činu stejně jako u trvajících trestných činů nepoužije. Proto takové rozlišování souvislých jednání u hromadných trestných činů nemá v soudní praxi význam. Naproti tomu u trvajících trestných činů je souvislé jednání pravidlem, neboť jde o vyvolání a udržování protiprávního stavu nebo jeho udržování, aniž zákon vyžaduje, aby jej také vyvolal.

<sup>41</sup> GRĚVNA, T. in: ŠÁMAL – GRĚVNA – BOHUSLAV – NOVOTNÝ – HERCZEG – VANDUCHOVÁ a kol., *c. d.*, s. 1032; obdobně PROVAZNÍK, J. in: ŠČERBA a kol., *c. d.*, s. 2996, byť hovoří o různých kvazi jednáních, kterými jsou spáchány různé činy jinak trestné, a o jednom „souvislém časovém úseku“. Naproti tomu o „souvislém jednání a jednom skutku“ pachatele v témže stavu nepřičetnosti hovoří komentáře: ŠÁMAL, P. – GRĚVNA, T. – ŠÁMALOVÁ, M. in: ŠÁMAL a kol., *Trestní zákoník III...*, s. 4528; ZEZULOVÁ, J. in: DRAŠTÍK – FREMR – DURDÍK – RŮŽIČKA – SOTOLÁŘ a kol. *Trestní zákoník...*, 2015, s. 2808.

Mám-li tedy odpovědět na shora uvedenou otázku, je podle mého názoru tzv. souvislé jednání jen *doplňkem* v teorii i praxi rozlišovaných *kategorií pokračování* v trestném činu, trestných činů *trvajících* a trestných činů *hromadných* z hlediska konkrétní charakteristiky posuzovaného spáchaného trestného činu a *nejde o samostatnou kategorii obdobnou vymezeným typům trestných činů*. Vymezení takového souvislého jednání v judikatuře *má význam u trestných činů, které mohou být spáchány v pokračování* (na rozdíl od hromadných nebo trvajících trestných činů), a to zejména z procesního pohledu při použití § 12 odst. 12 tr. řádu, podle kterého se skutkem ve smyslu trestního řádu, tedy v procesním smyslu, rozumí i dílčí útok pokračujícího trestného činu, není-li výslovně v trestním řádu stanoveno jinak, což pak má zásadní význam při meritorním rozhodování z hlediska totožnosti skutku, kdy dílčí útok nevytváří ve vztahu k dalším dílčím útokům v pokračování překážku věci pravomocně rozhodnuté (srov. např. č. 60/2002, č. 28/2005, č. 29/2005-I., č. 27/2006-I., č. 32/2007, č. 11/2010, č. 43/20011-I. Sb. rozh. tr.). Následně v situaci, kdy není rozhodnuto o všech dílčích útocích tvořících pokračování v hmotněprávním smyslu jedním odsuzujícím rozsudkem, přichází v úvahu rozhodování o společném trestu podle § 45 tr. zákoníku.

Uvedený závěr, že jde jen o doplněk pokračování, trvajících a hromadných trestných činů, a nikoli o samostatnou kategorii trestných činů páchaných po delší dobu, vyplývá i z toho, že souvislé jednání ve shora uvedeném smyslu se používá nejen z hlediska odlišení od pokračování u trestných činů, které touto formou být spáchány mohou, ale nemusí, ale i jako vymezení typického jednání u trvajících trestných činů, jak to vyplývá ze shora uvedené judikatury Nejvyššího soudu (srov. usnesení velkého senátu trestního kolegia ze dne 17. 12. 2014, sp. zn. 15 Tdo 887/2014, a usnesení Nejvyššího soudu ze dne 23. 9. 2020, sp. zn. 8 Tdo 866/2020).

Na tomto závěru nemůže nic změnit, že někdy se v literatuře nebo v judikatuře objevuje *nejednoznačné vyjádření*, zda určitý trestný čin naplňuje znaky některé z kategorií pokračování v trestném činu, hromadného trestného činu či trvajících trestného činu, popř. tvrzení, že je určení některé z uvedených kategorií sporné, či je třeba to vyjádřit jejich kombinací. Tak např. v prvních i dalších vydáních pražské učebnice *Trestní právo hmotné* se u trestného činu zanedbání povinné výživy objevil názor, že „[p]odle názoru vyjádřeného v rozhodnutí č. 27/1969 Sb. rozh. tr. je zanedbání povinné výživy trestným činem trvajícím. Část praxe má však za to, že je to pokračování v trestném činu s prvky hromadného trestného činu, ty jsou spatřovány v tom, že k trestní odpovědnosti je zpravidla třeba nesplnění několika alimentálních dávek. Tomuto názoru je třeba dát přednost.“<sup>42</sup> Podobný závěr u trestného činu zanedbání povinné výživy je bez bližšího

<sup>42</sup> NOVOTNÝ – DOLENSKÝ – VAĽO – VOKOUN, *c. d.*, s. 109, 2. vyd., s. 125, 3. vyd. s. 137, atd. Podobný závěr bez bližšího odůvodnění je učiněn i ŠČERBOVOU, V. in: ŠČERBA a kol., *c. d.*, s. 1599–1600, kde se uvádí: „Jedná se o pokračující trestný čin s prvky trestného činu hromadného, není proto rozhodné, jestli vyživovací povinnost nebyla plněna soustavně po dobu delší než čtyři měsíce (mysleno po sobě jdoucích), či jestli této doby bylo dosaženo v rámci delšího časového úseku (například v průběhu celého roku). Jednotlivé dílčí útoky tohoto pokračujícího přečinu se sčítají, proto přesáhne-li celková doba, po kterou výživné nebylo plněno, zákonem požadované čtyři měsíce, je trestný čin zanedbání povinné výživy dokonán. K tomu je ovšem třeba uvést, že toto by mohlo platit jen v případě splnění všech znaků pokračování podle § 116 tr. zákoníku, přičemž však nelze souhlasit, že dílčí útoky se sčítají (u pokračování jsou dílčí útoky samostatné, a dokonce procesně jde o samostatné skutky), neboť sčítat se může jen nezaplacené výživné

odůvodnění učiněn i v komentáři ŠČERBA, F. a kol. *Trestní zákoník*, kde se uvádí: „*Jedná se o pokračující trestný čin s prvky trestného činu hromadného, není proto rozhodné, jestli vyživovací povinnost nebyla plněna soustavně po dobu delší než čtyři měsíce (mysleno po sobě jdoucích), či jestli této doby bylo dosaženo v rámci delšího časového úseku (například v průběhu celého roku). Jednotlivé dílčí útoky tohoto pokračujícího přečinu se sčítají, proto přesáhne-li celková doba, po kterou výživné nebylo plněno, zákonem požadované čtyři měsíce, je trestný čin zanedbání povinné výživy dokonán.*“<sup>43</sup> K tomu je ovšem třeba uvést, že toto by mohlo platit jen v případech splnění všech znaků pokračování podle § 116 tr. zákoníku, přičemž však nelze souhlasit s tím, že dílčí útoky se sčítají (u pokračování jsou dílčí útoky samostatné a dokonce procesně jde o samostatné skutky), poněvadž sčítat se může jen nezaplacené výživné (nebo v případě trvajícího deliktu i doba páchání, ovšem za podmínky, že nedošlo k přerušení trvání); jinou otázkou je, zda dílčí útoky vyjadřují „hromadnost“. Podle mého názoru formulace „[k]do neplní [...] svou zákonnou povinnost vyživovat nebo zaopatřovat jiného po dobu delší než čtyři měsíce“ svědčí zde pro trvající delikt, a to z obdobných důvodů, jak jsem to již uvedl shora v části II. ohledně trestného činu nebezpečného pronásledování podle § 354 tr. zákoníku a výkladu pojmu „jiného dlouhodobě pronásleduje“, který také vyjadřuje „trvání“.

Tak také v zásadě vyznívá judikatura, která uvádí u zanedbání povinné výživy argumenty ve prospěch trvajícího trestného činu, který trvá nepřetržitě po dobu, po kterou je udržován protiprávní stav [srov. č. 27/1969 a č. 32/2007 Sb. rozh. tr.; č. 1/1980 (s. 7, 14) *Bulletinu NS ČSR*, trestní část], přičemž minimálně to musí být podle § 196 odst. 1 tr. zákoníku *po dobu delší než čtyři měsíce*. Tento protiprávní stav může být i na kratší dobu přerušen, což je pak třeba vyjádřit v rozhodnutí uvedením takového období či jednotlivé dávky či dávek, popř. i jejich částí, které povinný na výživné neuhradil. Pokud vyživovací povinnost nebyla plněna soustavně *čtyři měsíce po sobě jdoucí*, ale naopak v rámci delšího časového úseku jen v některých obdobích, sčítají se za podmínky, že nedošlo k přerušení trvání, ty doby, kdy výživné nebylo plněno. Rozhodné je, aby součet těchto období, kdy pachatel neplnil vyživovací povinnost, *přesáhl čtyři měsíce*.<sup>44</sup> Musí zde tedy jít o *souvislé jednání* ve shora uvedeném smyslu v části III.; nemusí však jít o jednání soustavné.

Navíc by měl shora uvedený názor, že zanedbání povinné výživy je pokračujícím trestným činem s prvky trestného činu hromadného, se kterým zásadně nesouhlasím, neblahé *procesní důsledky vzhledem k § 12 odst. 12 tr. řádu*. Například byly-li by v obžalobě žalovány určité měsíce neplnění vyživovací povinnosti a v dokazování v řízení před soudem by bylo zjištěno, že za jeden měsíc či dva měsíce (kvalifikované jako dílčí útoky) obžalovaný výživné oprávněné osobě uhradil, zatímco za jiné další nežalované měsíce naopak vyživovací povinnost nesplnil, nebylo by možno při takovém prokázání dalších nežalovaných útoků je doplnit do skutku, a obžalovaného by bylo nutno na základě dokazování pro neprokázané dílčí útoky obžaloby zprostit, příp. pokud by již celý žalovaný skutek v důsledku toho nenaplňoval minimální dobu čtyř měsíců, ho

*nebo doby trvání neplnění vyživovací povinnosti, což právě v tomto posledně uvedeném případě svědčí proti prezentovanému názoru o pokračování, a naopak ve prospěch trvajícího deliktu.*“

<sup>43</sup> Tamtéž, s. 1599–1600.

<sup>44</sup> ŠÁMAL, P. – ŠÁMALOVÁ, M. in: ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní zákoník III...*, s. 2446.

zprostit pro celý skutek, a to přesto, že byly zjištěny další nové, avšak nezažalované dílčí souvislé útoky.<sup>45</sup> Při posouzení zanedbání povinné výživy ve smyslu shora uvedené judikatury jako trvajících trestného činu tyto důsledky nenastanou, neboť trvajících delikt je jak z hlediska hmotněprávního, tak i procesního jediným skutkem i trestným činem (srov. č. 32/2007 Sb. rozh. tr.).

Také z těchto příkladů vyplývá, jak je důležité správně určit povahu konkrétního trestného činu z hlediska, zda se jedná o trestný čin trvajících či hromadný, či zda jde o trestný čin, který může, ale také nemusí být spáchán za podmínek pokračování v trestném činu podle § 116 tr. zákoníku,<sup>46</sup> kdy má pak zásadní význam i určení, zda u této poslední uvedené kategorie jde či nejde o souvislé jednání (srov. č. 57/2007 Sb. rozh. tr.<sup>47</sup> a č. 43/2011-I. Sb. rozh. tr.<sup>48</sup>), a jak je důležité, aby Nejvyšší soud náležitě a odpovědně plnil svou úlohu sjednocovatele judikatury obecných soudů. Jedině tím je možno docílit správné a spravedlivé rozhodování obecných soudů v dalších obdobných věcech.

prof. JUDr. Pavel Šámal, Ph.D.  
Ústavní soud  
pavel.samal@nsoud.cz  
Právnická fakulta Univerzity Karlovy  
samal@prf.cuni.cz

<sup>45</sup> To vyplývá z ustálené publikované judikatury, např. č. 60/2002, č. 28/2005, č. 29/2005-I., č. 27/2006-I., č. 32/2007, č. 11/2010, č. 43/2011-I. Sb. rozh. tr. a další.

<sup>46</sup> Samozřejmě nic nebrání při zásadním rozlišení uvedených kategorií trestných činů a jejich jednoznačného určení, aby takto určená kategorie např. pokračujícího trestného činu nebo trvajících trestného činu, byla doplněna pro jeho bližší charakteristiku i např. formulací „s prvky trestného činu hromadného“ vyjadřující bližší jeho povahu, což však nic nezmění na jeho podstatě trestného činu pokračujícího nebo trvajících pro další hmotněprávní a zejména procesní posuzování.

<sup>47</sup> Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 4. 10. 2006, sp. zn. 5 Tdo 1154/2006 (č. 57/2007 Sb. rozh. tr.), bylo uveřejněno s těmito právními větami: „*U pokračování v trestném činu na rozdíl od trestných činů hromadných nebo trvajících není mnohost útoků nebo delší trvání znakem skutkové podstaty, ale je formou provedení posuzovaného trestného činu, a proto konkrétní trestný čin může v určitém případě naplňovat znaky pokračování a v jiném nikoliv. Byl-li trestný čin zvýhodňování věřitele podle § 256a tr. zákona (nyní zvýhodnění věřitele podle § 223 tr. zákoníku) páchan po delší dobu a ve vztahu k většímu počtu poškozených za stavu, v němž dlužník nebyl schopen plnit své splatné závazky, a to souvislým jednáním, které nelze rozdělit na jednotlivé dílčí útoky, nejde o pokračování v trestném činu podle 89 odst. 3 tr. zákona. (nyní § 116 tr. zákoníku), byť vykazuje některé jiné znaky pokračování a případně i prvky trestného činu hromadného. V takovém případě nelze za dílčí útoky pokračujícího trestného činu ve smyslu 89 odst. 3 tr. zákona (nyní § 116 tr. zákoníku) a § 12 odst. 12 tr. řádu považovat neuhrazení konkrétní pohledávky poškozeného věřitele ani uhrazení určité pohledávky zvýhodněného věřitele, protože rozhodující je až celkový výsledek spočívající ve zvýhodnění některých věřitelů na úkor jiných, a to v souhrnu všech jejich pohledávek.“*

<sup>48</sup> V usnesení ze dne 30. srpna 2010, sp. zn. 11 Tdo 561/2010 (č. 43/2011-I. Sb. rozh. tr.), Nejvyšší soud uvedl: „*U pokračování v trestném činu není mnohost útoků znakem skutkové podstaty, ale je formou provedení konkrétního trestného činu (srov. rozhodnutí pod č. 57/2007 Sb. rozh. tr.). Jestliže se pachatel dopouští trestného činu zpronevěry podle § 248 tr. zákona (nyní § 206 tr. zákoníku) tím, že po delší dobu (např. několika let) na svém pracovišti průběžně prodával svěřené telefonní karty za účelem vlastního obohacení, přičemž toto jeho souvislé jednání není možno rozdělit na jednotlivé dílčí útoky, pak nebude možno učinit závěr o pokračování v tomto trestném činu, byť jeho jednání vykazuje některé znaky pokračování v trestném činu ve smyslu § 89 odst. 3 tr. zákona (např. jednotný záměr, stejný způsob provedení, časovou souvislost nyní podle § 116 tr. zákoníku), nýbrž půjde o jediný skutek jak z hlediska trestního práva hmotného, tak z hlediska trestního práva procesního. Pokud se uvedený čin neskládá z jednotlivých dílčích útoků pokračujícího trestného činu ve smyslu § 12 odst. 12 tr. řádu, nelze rozhodnout zprošťujícím výrokem podle § 226 tr. řádu ohledně těch konkrétních případů, u nichž bylo na rozdíl od obžaloby zjištěno, že pachatel nemohl jednat výše uvedeným způsobem, a to např. proto, že v určitých dnech nebyl v zaměstnání. Taková část žalovaného jednání se pak neuvede v popisu skutku ve výroku odsuzujícího rozsudku (jen se z něj tzv. vypustí).“*

# JUDIKATURA PRVOREPUBLIKOVÉHO NEJVYŠŠÍHO SOUDU TÝKAJÍCÍ SE POPUZOVÁNÍ K ZÁŠTI, NÁSILNOSTEM A JINÝM NEPŘÁTELSKÝM ČINŮM\*

TEREZA KOČÁRNÍKOVÁ, JAN BERÁNEK

**Abstract:** **The Jurisprudence of the Supreme Court of the First Republic Concerning Incitement to Hatred, Violence, and Other Hostile Acts**

The aim of the present article is to analyse the First Republic case law of the Supreme Court of the Czechoslovak Republic related to the provisions of Article 14(2)–(4) of Act No. 50/1923 Sb., on the Protection of the Republic, criminalizing manifestations inciting violence or hatred against an individual or a group of citizens. It examines whether these facts have been interpreted in the spirit of bound or free judicial discretion and whether the approach of the highest judicial authority to this issue has changed over time. It examines the case law relating to the concept of incitement and its forms, as well as conclusions relating to the question of the object and the material object of the offence. Particular attention is paid to the notion of the public as a feature of the facts in question, the interpretation of which was crucial in the application practice of the First Republic judicial authorities and was thus further examined and elaborated in the case law. Although primarily legal-historical, the issue under examination is also of relevance today, as it offers theoretical basis and interpretive guidelines that are applicable also in the contemporary judicial application of the provisions of Section 356 of Act No. 40/2009 Sb., the Criminal Code, which punishes incitement to hatred against a group of persons or restriction of their rights and freedoms.

**Keywords:** incitement to malice, violence and other hostile acts; Act on the Protection of the Republic; First Republic judicial practice; hate crimes; concept of publicity

**Klíčová slova:** popuzování k zášti, násilnostem a jiným nepřátelským činům; Zákon na ochranu republiky; prvorepubliková soudní praxe; trestné činy z nenávislosti; pojem veřejnosti

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.162

## ÚVOD

Problematika nenávistných projevů a jejich kriminalizace je v současné době, i díky rozvoji digitálního veřejného prostoru a mezinárodním událostem posledních let, tématem hojně diskutovaným mezi odbornou i laickou veřejností. Předkládaná studie se snaží zanalýzovat meziválečný přístup Nejvyššího soudu Československé republiky k dílčí výšečí této problematice, konkrétně k trestným činům spočívajícím ve

\* Tento text vznikl v rámci projektu SVV č. 260 621 „Zákony, zákoníky a jejich aplikační praxe v 18.–20. století v českých zemích“.

veřejném popuzování k zášti, násilnostem či jiným nepřátelským činům vůči jednotlivcům či skupině tak, jak je definovaly odstavce<sup>1</sup> 2–4 § 14 zákona č. 50/1923 Sb. z. a n., na ochranu republiky (dále též ZNOR).<sup>2</sup> Práce si mimo jiné klade za cíl posoudit, nakolik byl vrcholný soudní orgán při své rozhodovací praxi vázán textem aplikované normy, a nakolik šlo naopak o výklad rozšiřující či zužující. Analyzována je zejména judikatura týkající se pojmu veřejnosti, který byl dále upraven v § 39 odst. 2 ZNOR, pojmu popuzování a jeho možných forem a objektu zkoumaných trestných činů. Snahy o zhodnocení judikatury a jejích východisek přitom nejsou samoúčelné, jelikož na prvorepublikovou judikaturu se v současnosti odvolává komentářová literatura i nynější soudní praxe.<sup>3</sup>

Samotná kriminalizace projevů či skutků způsobilých popuzovat k zášti nebyla novinkou, kterou by zavedl až ZNOR. Podobné skutkové podstaty znal rakouský trestní zákoník<sup>4</sup> i uherský trestní zákoník.<sup>5</sup> Nová úprava obsažená v ZNOR však do trestního práva přinesla komplexnější a systematictější úpravu skutkových podstat postihujících popuzování k zášti, násilnostem či jiným nepřátelským činům. Jednotlivé skutkové podstaty byly nově v rámci § 14 ZNOR podřazeny pod trestný čin rušení obecného míru, pod který spadaly i skutkové podstaty veřejného pobuřování proti státu a hanobení republiky.<sup>6</sup> Jednotlivá ustanovení § 14 ZNOR byla v době svého přijímání předmětem poměrně ostrých debat na půdě Národního shromáždění. Kritizován byl pojem popuzování k zášti, který dle odpůrců zbytečně kriminalizoval změnu vnitřního myšlenkového stavu osob, na něž bylo působeno.<sup>7</sup> Namítáno též bylo, že ochrana osob bez vyznání proti popuzujícím projevům a činům je zbytečná a ve skutečnosti slouží jen jako maskování přílišné ochrany náboženství.<sup>8</sup> Nejvíce problematická však pro odpůrce byla samotná koncepce § 14. Dle nich návrh *de facto* zakazoval jakékoliv kritické projevy vůči chráněným skupinám a jednotlivcům a v konečném důsledku potlačoval svobodnou diskuzi a zna-

---

<sup>1</sup> Ve studii je používán termín „odstavec“ odpovídající moderní legislativní technice, v dobové terminologii se však setkáváme s termínem „číslo“.

<sup>2</sup> Kriminalizováno bylo dle zákona veřejné popuzování proti jednotlivci či skupině pro jejich národnost, jazyk, rasu nebo náboženství nebo proto, že jsou bez vyznání. Blíže viz: § 14 zákona č. 50/1923 Sb. z. a n. ze dne 19. března 1923, na ochranu republiky. Dostupné také na: <https://ftp.aspi.cz/opispdf/1923/023-1923.pdf>.

<sup>3</sup> Viz např. RŮŽIČKA, M. § 356. In: DRAŠTÍK, A. – FREMR, R. – DURDÍK, T. – RŮŽIČKA, M. – SOTOLÁŘ, A. a kol. *Trestní zákoník: komentář*. [Systém ASPI] [online]. Wolters Kluwer ČR [cit. 2024-06-28]. Dostupné na: [www.aspi.cz](http://www.aspi.cz); Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 17. února 2021, sp. zn. 8 Tdo 1246/2020.

<sup>4</sup> Ustanovení § 302 zákona č. 117/1852 Ř. z. ze dne 27. května 1852, trestní zákon. In: LEPARĚ, M. *Trestní zákon ze dne 27. května 1852, číslo 117 Ř. z. (platný ve státě československém)*. Praha: Eduard Grégr a syn, 1919, s. 164–165.

<sup>5</sup> V něm problematiku popuzování upravoval § 172 odst. 2. Viz: WOREL, J. A. – ETTTEL, J. – MILOTA, A. *Uherský trestní zákoník*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1919, s. 34.

<sup>6</sup> K aplikaci těchto skutkových podstat blíže viz: LAČLAVÍKOVÁ, M. – GÁBRIŠ, T. Zákon na ochranu republiky a ľavicová opozícia vo svetle rozhodovacej praxe Najvyššieho súdu ČSR (prečin „rušení obecného míru“). *Právněhistorické studie*. 2023, roč. 53, č. 3, s. 55–77.

<sup>7</sup> *Stenografický záznam řeči poslance Theodora Bartoška v rozpravě při projednávání zákona na ochranu republiky*. 194. schůze Poslanecké sněmovny Národního shromáždění republiky Československé, 6. březen 1923. Dostupné také na: <https://www.psp.cz/eknih/1920ns/ps/stenprot/194schuz/s194009.htm>.

<sup>8</sup> Tamtéž.



menal prolomení zásady subsidiarity trestní represe.<sup>9</sup> I přes tuto vlnu odporu byl nakonec § 14 přijat v navrhovaném znění, avšak již záhy po jeho účinnosti se soudní orgány musely potýkat s různými spornými a nejasnými otázkami souvisejícími s jeho aplikací.

Náležitost veřejnosti, resp. veřejného spáchání činu jakožto součást objektivní stránky rovněž nepředstavovala naprostý odklon od dosavadních trestních předpisů. Ačkoliv byl tento znak obsažen už v recipovaném rakouském trestním zákoníku,<sup>10</sup> zákonodárce v tomto případě neurčitý pojem sám vyložil prostřednictvím legální definice obsažené v § 39 odst. 2 ZNOR.<sup>11</sup>

Oproti pozdějším trestním předpisům<sup>12</sup> však zákonná definice do uvedené problematiky vnášela více otázek než odpovědí, neboť se sama skládala z neurčitých pojmů vyžadujících interpretaci. V tomto ohledu stojí za pozornost zvláště pojmy shromáždění a zástup, jejichž aplikace působila značné interpretační potíže na straně soudů, obžalovaných i generální prokuratury. Nedostatky ZNOR byly ještě palčivějšími, pokud vezmeme v potaz skutečnost, že znak veřejnosti byl charakteristickým pro řadu trestných činů obsažených v třetí hlavě zákona, rušení obecného míru nevyjímaje, ale též na jiných místech. Nedostatkům zákona pak musely čelit i soudy, kterým vágnost ustanovení umožňovala volit mezi různými výklady odpovídajícími různé míře trestní represe.<sup>13</sup>

## KVANTITATIVNÍ ASPEKT POJMŮ ZÁSTUP A SHROMÁŽDĚNÍ

Problematikou veřejného spáchání činu podle ZNOR se Nejvyšší soud zabýval již záhy po jeho přijetí. S přijetím nového zákona vyvstala naléhavá potřeba vyjasnit vztah skutkových podstat v něm obsažených ke stávající trestní úpravě, jakož i otázky dotýkající se retroaktivity jeho ustanovení.<sup>14</sup> Aby mohl soud naznačené otázky zodpovědět, musel nejprve přiblížit význam zákonem nedefinovaných pojmů shromáždění a zástup.

<sup>9</sup> *Stenografický záznam řeči poslance Rudolfa Mlčocha v rozpravě při projednávání zákona na ochranu republiky*. 194. schůze Poslanecké sněmovny Národního shromáždění republiky Československé, 6. března 1923. Dostupné také na: <https://www.psp.cz/eknih/1920ns/ps/stenprot/194schuz/s194004.htm>.

<sup>10</sup> K pojmu veřejnosti, respektive veřejného spáchání činu se tak do určité míry vyjadřovaly i rakouské soudy. Kasační dvůr tak ve svých rozhodnutích například dovodil, že pojmem veřejně se rozumí na veřejném místě, a vymezil, která místa lze za veřejná považovat. Bez zajímavosti není to, že už rakouský soud se zabýval otázkou, zda hlasitý projev pronesený ve vlastním bytě u otevřeného okna naplňuje znak veřejnosti. Na tyto úvahy později ve své judikatuře navázal i Nejvyšší soud Československé republiky. K problematice rakouské judikatury blíže viz KADLEC, D. *Urážka majestátu a urážka hlavy státu v českých zemích v historickém vývoji*. Diplomová práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2021, s. 78–80.

<sup>11</sup> Ustanovení § 39 odst. 2 stanovovalo, že čin je spáchán veřejně, byl-li spáchán v tiskopise, v rozšiřovaném spise, ve shromáždění nebo před zástupem.

<sup>12</sup> Srov. § 76 odst. 3 zákona č. 86/1950 Sb., trestní zákon; nebo § 89 odst. 5 zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon; nebo § 117 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

<sup>13</sup> Ve vztahu k vágnosti skutkových podstat třetí hlavy ZNOR srov. VOJÁČEK, L. *Trestní právo hmotné*. In: VOJÁČEK, L. – SCHELLE, K. – KNOLL, V. *České právní dějiny*. 3. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2016, s. 501.

<sup>14</sup> V tomto kontextu Nejvyšší soud ZNOR prohlásil za „organickou součást“ rakouského trestního zákoníku. Podrobněji viz Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 25. ledna 1924, sp. zn. Kr I 519/23, publikované ve Sbírce pod č. 1465. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*. Praha: Právnické vydavatelství, 1925, s. 57–59.

V této souvislosti lze za první z rozhodnutí vztahujících se k veřejnosti dle § 39 odst. 2 ZNOR<sup>15</sup> označit rozhodnutí Nejvyššího soudu<sup>16</sup> ze dne 25. ledna 1924.<sup>17</sup> Obžalovaný před soudem v řízení o zmateční stížnosti navrhol, aby byl na zjištěný skutkový stav aplikován § 16 ZNOR<sup>18</sup> namísto veřejného zlehčování<sup>19</sup> ve smyslu § 305 rakouského trestního zákoníku, neboť se domníval, že v případě aplikace ZNOR nebude naplněn znak veřejnosti.<sup>20</sup> Tato domněnka se však ukázala být mylnou.

Zatímco skutková podstata trestného činu veřejného zlehčování vyžadovala, aby byl „čin vykonán [...] »veřejně nebo před více lidmi«, což praxí a vědou vykládáno bylo ve smyslu vykonání činu buď na takovém místě a za takových okolností, že [pachatel] mohl být postřehnut i jinými osobami neb v přítomnosti aspoň tří lidí“,<sup>21</sup> legální definice obsažená v § 39 odst. 2 ZNOR se od citovaného soudního výkladu odchylovala. S vědomím zákonné odchylky pak pojmy shromáždění a zástup Nejvyšší soud vyložil jako „několik lidí vůbec přítomných, buď schválně za určitým cílem se sešedších (shromáždění) anebo nahodile (zástup)“.<sup>22</sup> Nadto soud poznamenal, že pro veřejné vykonání činu není rozhodující, zda se jedná o velký počet lidí.<sup>23</sup> Svůj výklad přitom podpořil jazykovým výkladem – formulace obsažená ve ZNOR totiž postrádala odpovídající adjektivum, jež by takovou kvantitu vyjádřilo.<sup>24</sup> Nejvyšší soud tudíž považoval i schvalování trestných činů, které se odehrálo za přítomnosti tří<sup>25</sup> nebo čtyř<sup>26</sup> osob, za spáchané před shromážděním či zástupem.

<sup>15</sup> Ustanovení § 39 odst. 2 ZNOR znělo: „Veřejně je čin vykonán, byl-li spáchán v tiskopise nebo v rozšířovaném spise, ve shromáždění nebo před zástupem.“

<sup>16</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 25. ledna 1924, sp. zn. Kr I 519/23, publikované ve Sbirce pod č. 1465. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 57–59.

<sup>17</sup> Uvedené rozhodnutí těsně následovalo obdobné rozhodnutí z února téhož roku. Vyjma odlišnosti ve straně řízení, jež dala podnět ke změně právní kvalifikace, se rozhodnutí též lišilo drobnou inkonzistencí v rámci shrnutí předcházející praxe. Drobný rozpor v číslovce je ale možné vysvětlit odlišnou předloškou ji předcházející. K tomu srov.: Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 14. února 1924, sp. zn. Kr I 450/23, publikované ve Sbirce pod č. 1496. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 107–110.

<sup>18</sup> Šlo o trestný čin schvalování trestných činů.

<sup>19</sup> Úplný název trestného činu zněl: „veřejné zlehčování zřízení manželského, rodinného, vlastnictví, nebo schvalování činů nezákonných a nemravných“.

<sup>20</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 25. ledna 1924, sp. zn. Kr I 519/23, publikované ve Sbirce pod č. 1465. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 58.

<sup>21</sup> Tamtéž, s. 58.

<sup>22</sup> Tamtéž, s. 58.

<sup>23</sup> Tamtéž, s. 58.

<sup>24</sup> Nejvyšší soud k tomuto tématu doslovně uvedl: „Ani pojmu »shromáždění« ani pojmu »zástup« zákon nevysvětluje. Slova ta neznamenají sama o sobě velký počet lidí, nýbrž znamenají několik lidí vůbec přítomných, buď schválně za určitým cílem se sešedších (shromáždění) anebo nahodile (zástup). Významu většího počtu lidí nabývají výrazy: »shromáždění«, »zástup« teprv připojením přídatného jména k tomu poukazujícího.“ (Tamtéž, s. 58).

<sup>25</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 14. února 1924, sp. zn. Kr I 450/23, publikované ve Sbirce pod č. 1496. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 109.

<sup>26</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 25. ledna 1924, sp. zn. Kr I 519/23, publikované ve Sbirce pod č. 1465. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 58–59.

Jakkoli mohou být uvedené závěry na první pohled nepřiléhavé a vzdálené citu běžného uživatele českého jazyka,<sup>27</sup> je na tomto místě zvláště důležité podotknout, že na výkladu uvedených pojmů v podmínkách první republiky panovala ještě menší shoda než dnes. Toto tvrzení je možné podložit četností sporů v podobných záležitostech i pestrostí námitek procesních subjektů.<sup>28</sup> Výklad Nejvyššího soudu je tak možné hodnotit jako adekvátní až extenzivní, v žádném případě se ale nejedná o nepřipustnou analogii. Dále se přísluší poznamenat, že nastíněný výklad byl v pozdějších rozhodnutích modifikován řadou korektivů a pomocných kritérií, jak bude naznačeno níže. Nadále však platilo, že základní pilíř právní argumentace soudu tvořil gramatický a systematický výklad. Historicko-teleologické argumenty naproti tomu představovaly jen nepodstatnou část jeho metodologického aparátu.

Pozvolné přehodnocování judikatury a určité dostředivé tendence je možné nalézt již v rozhodnutí z 31. října 1924,<sup>29</sup> v němž Nejvyšší soud konstatoval, že „[z]ástupem [...] jest nahodilě sejití se většího počtu lidí, při němž osobnost jednotlivce ustupuje do pozadí a nepadá na váhu a při němž je dána možnost, že výrok dojde k sluchu neohraňčeného počtu osob a tím i značnějšího rozšíření“.<sup>30</sup> Předmětem sporu byl nenávislý projev obžalovaného, který stranil Čechům na úkor Moravanů, a neuctivý projev na adresu prezidenta republiky.<sup>31</sup> V souladu se skutkovými zjištěními nalézacího soudu byly proneseny za přítomnosti dvaceti pěti až dvaceti sedmi nahodilých hostů, kteří byli společně přítomni v hostinské místnosti.<sup>32</sup>

Kromě toho, že Nejvyšší soud výslovně zdůraznil „větší počet lidí“, implicitně přistoupl i na argumentaci nalézacího soudu, jenž za synonyma zástupu označil shluk či houf, tj. výrazy připouštějící též menší počet osob.<sup>33</sup> V jistém smyslu lze ale i na tomto místě výklad považovat za lehce extenzivní, jelikož by průměrný československý občan hosty za zástup označit nemusel. Definice byla podle Nejvyššího soudu naplněna také za situace, kdy byli hosté nahodile usazeni v několika místnostech za předpokladu, že mohli závadný výrok zaslechnout.<sup>34</sup> Takovéto pojetí se nacházelo na hraně obecně přijímaného významu pojmu zástup. Z rozhodnutí je dále zřejmé, že vlastní charakter

<sup>27</sup> Kupříkladu PSJČ k heslu zástup na prvním místě uvádí „neuspořádané množství shromážděných lidí, dav“ (*Příruční slovník jazyka českého*. 8. svazek. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1955–1957, s. 92–93), SSJČ: „velké množství shromážděných lidí obrácených jedním směrem; dav“ (*Slovník spisovného jazyka českého*. 4. svazek. Praha: Academia, 1971, s. 623) a SSČ: „velké množství lidí, dav (v pohybu)“ (FILÍPEC, J. a kol. *Slovník spisovné češtiny pro školu a veřejnost: s dodatkem Ministerstva školství, mládeže a tělovýchovy České republiky*. Praha: Academia, 1998, s. 552). Mimo dlouhodobý přesun ve významu ve prospěch velkého rozsahu však u citovaných zdrojů zjišťujeme, že na druhém místě setrvávají výrazy znamenající menší počet osob.

<sup>28</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu dotýkajících se § 39 odst. 2 ZNOR existuje přinejmenším pět desítek, přičemž pro užký rozsah analýzy jsou uváděny jen ty nejzajímavější z nich.

<sup>29</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 31. října 1924, sp. zn. Zm II 328/24, publikované ve Sbirce pod č. 1779. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 645–647.

<sup>30</sup> Tamtéž, s. 645–647.

<sup>31</sup> Tamtéž, s. 645–647.

<sup>32</sup> Tamtéž, s. 646.

<sup>33</sup> Tamtéž, s. 646.

<sup>34</sup> Srov. např. Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 29. ledna 1934, sp. zn. Zm I 943/33, publikované ve Sbirce pod č. 4912. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 4894–5170*. Praha: Právnícké vydavatelství, 1935, s. 33–37.

místa spáchání činu neměl pro naplnění požadavku veřejnosti bezprostřední význam,<sup>35</sup> což bude přiblíženo v následující kapitole.

Přes kolísavé tendence ve vztahu k náležitostem shromáždění a zástupu však Nejvyšší soud nikdy nepřistoupil na příliš restriktivní výklad pojmů. Názorným příkladem je rozhodnutí pocházející z 14. listopadu 1924, ve kterém odmítl zástup ztotožnit s davem.<sup>36</sup> Tento výraz se sice v běžné řeči s pojmem zástup překrývá, z hlediska počtu osob a okolností jejich seskupení ale není zcela totožný. Soud zde rozhodoval o výroku stěžovatele, který v železničním voze s přibližně patnácti cestujícími „*nadával hlasitě na Československý stát a jmenovitě se vyjádřil, že taková prožraná židovská republika nestojí za nic*“.<sup>37</sup> Stěžovatel se proti obžalobě z trestného činu hanobení republiky bránil námitkou absence veřejnosti, Nejvyšší soud ovšem tuto námitku odmítl, jelikož „*[s]lovo zástup nemá téhož významu, jako slovo dav, jež ovšem znamená sběh velikého počtu lidí, stěžka přehledný (a stísněný na poměrně malý prostor)*“.<sup>38</sup> Mimo podrobné jazykové analýzy obou pojmů zde využil systematické argumenty založené na odlišnosti skutkových podstat vyžadujících veřejné spáchání činu a skutkových podstat vyžadujících spáchání činu před více lidmi.<sup>39</sup> Touto cestou vyloučil veřejnost u trestných činů spáchaných „*v přítomnosti několika málo, ba i pouhých tří osob*“.<sup>40</sup> Za rozhodné označil pouhé „*zvýšené nebezpečí podmíněné tím, že čin byl anebo mohl býti postřehnut větším počtem lidí*“.<sup>41</sup>

V pozdějším období Nejvyšší soud taktéž přiznal, že počet sedm<sup>42</sup> a osm<sup>43</sup> osob může být dostatečným pro naplnění zástupu či shromáždění. Naopak počet čtyř osob za dostatečný neshledal.<sup>44</sup> Hraniční situací byl případ obžalovaného, který se měl svým projevem dopustit trestného činu podněcování dle § 15 odst. 3 ZNOR v hostinci před dvěma hosty, jednou číšnicí a dvěma číšníky, tedy pěti osobami.<sup>45</sup> Podle rozhodnutí soudu byl počet pěti osob příliš malý na to, aby znamenal shromáždění nebo zástup.<sup>46</sup>

<sup>35</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 31. října 1924, sp. zn. Zm II 328/24, publikované ve Sbirce pod č. 1779. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 646–647.

<sup>36</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 14. listopadu 1924, sp. zn. Zm I 389/24, publikované ve Sbirce pod č. 1791. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 670–672.

<sup>37</sup> Tamtéž, s. 670.

<sup>38</sup> Tamtéž, s. 671.

<sup>39</sup> Tamtéž, s. 671.

<sup>40</sup> Tamtéž, s. 671.

<sup>41</sup> Tamtéž, s. 671.

<sup>42</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 6. května 1925, sp. zn. Zm I 120/25, publikované ve Sbirce pod č. 1974. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*. Praha: Právnícké vydavatelství, 1926, s. 241–242.

<sup>43</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 9. září 1925, sp. zn. Zm I 338/25, publikované ve Sbirce pod č. 2080. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*, s. 453–454.

<sup>44</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 2. května 1931, sp. zn. Zm I 293/30, publikované ve Sbirce pod č. 4156. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 4038–4348*. Praha: Právnícké vydavatelství, 1932, s. 221–223.

<sup>45</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 9. září 1935, sp. zn. Zm I 655/35, publikované ve Sbirce pod č. 5356. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 5171–5474*. Praha: Právnícké vydavatelství, 1936, s. 313–315.

<sup>46</sup> Tamtéž, s. 313–315.

I v tomto rozhodnutí Nejvyšší soud hojně argumentoval systematickým výkladem, a to v otázce vztahu druhého a třetího odstavce.<sup>47</sup> Správně pak dovodil, že třetí odstavec rozvíjí skutkovou podstatu ve druhém odstavci, protože v sobě zahrnuje znak veřejnosti.<sup>48</sup>

Možné objasnění nedostatečnosti pěti osob lze nalézt v pomocném kritériu bezprostřední neurčitelnosti,<sup>49</sup> kterým Nejvyšší soud rozvinul myšlenku o ztrátě individuality v zástupu<sup>50</sup> z předchozích rozhodnutí. Srovnáním náležitostí skutkových podstat obsažených v ZNOR dovodil, že v případě spáchání činu před více lidmi „jde [...] o počet osob tak omezený, že jej dle zvláštních okolností případu možno ihned určit, kdežto [v případě shromáždění a zástupu] jest nejisto, jaký počet lidí jej postřehne“.<sup>51</sup> Tento způsob uvažování lze považovat za velmi důmyslný, neboť spojením neurčitého pojmu s neurčitým kritériem vystihujícím pojem zástupu, soud prvotní neurčitost *de facto* kompenzoval. Kritérium bezprostřední neurčitelnosti je totiž neurčitým jen zdánlivě, pokud uvažujeme tzv. *subitizaci*. Tato lidská schopnost spočívá v bezprostředním úsudku o vizuálních prvcích (v kontrastu s odhadem nebo počítáním)<sup>52</sup> a v zásadě odpovídá myšlence bezprostřední neurčitelnosti. Přestože se tato schopnost mezi jednotlivci může lišit, hranice její přesnosti obecně začíná kolísat mezi pátým až šestým prvkem.<sup>53</sup> Pokud se za tyto prvky dosadí osoby vytvářející dav, lze ustálení na hranici pěti osob považovat za logický důsledek pomocného kritéria.

## VNĚJŠÍ ASPEKT POJMŮ ZÁSTUP A SHROMÁŽDĚNÍ

Dalšími pomocnými kritérii, které Nejvyšší soud při rozhodování využíval, byly vlastnosti prostředí, v němž byl projev pronesen. Patřila sem jednak možnost osob vytvářejících shromáždění či zástup projev postřehnout, jednak převažující povaha veřejného prostoru. Jak si však v dalších odstavcích ukážeme, druhý korektiv judikatura neuznala a ustanovení o veřejnosti tak bylo aplikováno velmi široce.

Prvnímu rozhodnutí, které s otázkou veřejné povahy místa činu souviselo, předcházela hlasitá hádka mezi obžalovaným a nájemníky.<sup>54</sup> Ačkoliv byly nenávislné výroky

<sup>47</sup> Tamtéž, s. 314.

<sup>48</sup> Tamtéž, s. 314.

<sup>49</sup> Např. Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 25. října 1924, sp. zn. Zm II 304/24, publikované ve Sbirce pod č. 1769. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 628–630.

<sup>50</sup> Např. Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 14. dubna 1924, sp. zn. Zm I 10/24, publikované ve Sbirce pod č. 1613. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 332.

<sup>51</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 25. října 1924, sp. zn. Zm II 304/24, publikované ve Sbirce pod č. 1769. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 629.

<sup>52</sup> Ke konceptu subitizace a metodám zjišťování počtu prvků viz KAUFMAN, E. L. – LORD, M. W. – REESE, T. W. – VOLKMANN, J. The Discrimination of Visual Number. *The American Journal of Psychology*. 1949, Vol. 62, No. 4, s. 498–525.

<sup>53</sup> Srov. tamtéž, s. 498–525.

<sup>54</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 6. září 1924, sp. zn. Zm I 463/24, publikované ve Sbirce pod č. 1721. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 527–531.

adresovány pouze dvěma osobám v prvním poschodí, přes otevřené dveře je mělo zaslechnout dalších šest osob v přízemí a u domovních dveří.<sup>55</sup> Nejvyšší soud sice potvrdil, že osoby v prvním patře nepředstavovaly zástup, ihned ale dodal, že „[p]ro pojem zástupu nezáleží na tom, by pachatel spáchal čin před více lidmi, tváří v tvář, nýbrž rozhodným je jen zvýšené nebezpečí, podmíněné tím, že čin byl nebo mohl býti postřehnout větším počtem lidí“.<sup>56</sup> Ani soukromý byt tak nepředstavoval překážku pro uplatnění § 39 odst. 2 ZNOR.<sup>57</sup> Rovněž v dalších rozhodnutích Nejvyšší soud nevyloučil veřejnost u projevů na pláži v Portorose v Itálii,<sup>58</sup> v uzavřené místnosti společně přikázané přítomným osobám za bydliště,<sup>59</sup> nádražní kanceláři,<sup>60</sup> vinárně Kavkazský sklípek<sup>61</sup> nebo ve vězeňské cele.<sup>62</sup> Přestože citované závěry přesně odrážejí mimořádný důraz na ohrožovací charakter deliktů podle ZNOR, lze se domnívat, že znamenají příliš vysokou míru trestní represe.

Výše analyzované rozhodnutí mimo specifický skutkový stav obsahovalo i druhé pomocné kritérium – „postřehnutelnost“ jakožto vlastnost projevu.<sup>63</sup> Tuto vlastnost lze charakterizovat jako možnost osob naplňujících znaky shromáždění nebo zástupu zaslechnout, zpozorovat či jinak vnímat projev pachatele. Postačovalo, aby uvedené osoby mohly projev postřehnout (tj. projev se dostal do jejich sféry), zda jej skutečně postřehly (např. pro vlastní nepozornost), nebylo rozhodné.<sup>64</sup> Šlo přitom o možnost relativní, odvislou od vlastností osoby průměrného rozumu nacházející se v daném prostředí. Východiskem pro tato tvrzení je především rozhodnutí z 9. září 1925.<sup>65</sup> Byť byl nenávislný výrok pronesen před více než sedmi osobami roztroušenými po lokálu, definice zástupu naplněna nebyla, poněvadž hlasitý projev vedle jeho adresáta uslyšel pouze

---

<sup>55</sup> Tamtéž, s. 527–531.

<sup>56</sup> Tamtéž, s. 529.

<sup>57</sup> Důvodem zrušení rozhodnutí byly nedostatky ve zjištění nalézacího soudu ohledně subjektivní stránky ve vztahu k veřejnosti, což lze pokládat za jistý korektiv. Tamtéž, s. 530–531.

<sup>58</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 19. října 1932, sp. zn. Zm I 992/31, publikované ve Sbirce pod č. 4503. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 4349–4581*. Praha: Právnícké vydavatelství, 1932, s. 239–241.

<sup>59</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 18. února 1925, sp. zn. Zm II 597/24, publikované ve Sbirce pod č. 1902. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*, s. 107–109.

<sup>60</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 16. září 1925, sp. zn. Zm I 391/25, publikované ve Sbirce pod č. 2089. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*, s. 471–472.

<sup>61</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 19. října 1929, sp. zn. Zm I 325/29, publikované ve Sbirce pod č. 3628. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 3365–3729*. Praha: Právnícké vydavatelství, 1930, s. 548–551.

<sup>62</sup> Srov. Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 2. května 1931, sp. zn. Zm I 293/30, publikované ve Sbirce pod č. 4156. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 4038–4348*, s. 221–223.

<sup>63</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 6. září 1924, sp. zn. Zm I 463/24, publikované ve Sbirce pod č. 1721. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 527–531.

<sup>64</sup> Srov. tamtéž, s. 527–531.

<sup>65</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 9. září 1925, sp. zn. Zm I 338/25, publikované ve Sbirce pod č. 2080. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*, s. 453–454.

jeden svědek, „kdežto ostatní přítomní jej pro vzdálenost, a jsou zabráněni v hovor, vůbec slyšeti nemohli“.<sup>66</sup>

## KVALITATIVNÍ ASPEKT POJMŮ ZÁSTUP A SHROMÁŽDĚNÍ

Jak plyne z první kapitoly, hlavním a jediným rozdílem mezi zástupem a shromážděním byla existence společného cíle sledovaného přítomnými osobami. Tento výklad byl následně potvrzen Nejvyšším soudem v rozhodnutí ohledně pojmu shromáždění.<sup>67</sup> Nejvyšší soud v rozhodnutí zkoumal, zda lze „*schůzku několika členů téže politické strany, tvořících její výkonný výbor, konanou ve vlastním spolkovém domě a ve vlastní zasedací síni*“ považovat za shromáždění podle ZNOR.<sup>68</sup> Obžalovaný měl podle zjištění soudu v přítomnosti osmnácti členů strany urazit prezidenta republiky výrokem, „*že by se raději oběsil, než by si pověsil ve svém pokoji obraz prezidenta Masaryka*“.<sup>69</sup> Ve zmateční stížnosti však poukazyval na skutečnost, že takové shromáždění nelze mít za shromáždění podle § 2 a 3 shromažďovacího zákona.<sup>70, 71</sup> Toto tvrzení ale Nejvyšší soud odmítl jako neopodstatněné, poněvadž § 2 a 3 shromažďovacího zákona obsahují toliko zvláštní formy shromáždění.<sup>72</sup>

Pojem shromáždění soud vyložil jako „*každé seskupení většího počtu osob, které se sešly úmyslně za určitým účelem, zejména, by rokovali neb usnášeli se o záležitostech, všech shromážděných se týkajících*“.<sup>73</sup> Pojem zástup se od něj lišil pouze „*způsobem, jakým se sešli*“.<sup>74</sup> S tímto závěrem lze souhlasit, byť s výhradou, že v obecném jazyce může pojem shromáždění označovat i menší počet osob než takový, který odpovídá pojmu zástup, protože je výklad možné hodnotit jako restriktivní.

Dalšími pomocnými kritérii, která Nejvyšší soud ve své judikatuře formuloval, byla časová a místní kontinuita. Co se týče místní kontinuity, toto kritérium bylo částečně patrné např. z citovaného rozhodnutí o roztržce mezi nájemníky v soukromém bytě.<sup>75</sup> Nejvyšší soud v něm mj. uvedl, „*že se k pojmu zástupu nevyžaduje, by všechny osoby, tvořící zástup, byly jen na jednom místě seskupeny, nýbrž stačí, když projev se stal dle okolností místa takovým způsobem, že mohl býti postřehnut počtem osob, vyhovujícím*

<sup>66</sup> Tamtéž, s. 454.

<sup>67</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 19. listopadu 1925, sp. zn. Zm I 431/25, publikované ve Sbírce pod č. 2184. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*, s. 673–675.

<sup>68</sup> Tamtéž, s. 673.

<sup>69</sup> Tamtéž, s. 673–674.

<sup>70</sup> Zákon č. 135/1867 Ř. z., o právu shromažďovacím.

<sup>71</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 19. listopadu 1925, sp. zn. Zm I 431/25, publikované ve Sbírce pod č. 2184. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*, s. 673.

<sup>72</sup> Tamtéž, s. 674.

<sup>73</sup> Tamtéž, s. 674.

<sup>74</sup> Tamtéž, s. 674.

<sup>75</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 6. září 1924, sp. zn. Zm I 463/24, publikované ve Sbírce pod č. 1721. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 527–531.

pojmu zástupu, poněvadž již touto možností postřehu osobami skutečně přítomnými je pojem veřejnosti vyčerpán“.<sup>76</sup>

Podrobněji byla místní i časová kontinuita rozvedena v rozhodnutí ze 17. září 1924.<sup>77</sup> Jedna z vznesených námitek vůči postupu krajského soudu se opírala o skutečnost, že přítomné osoby byly v hloučcích rozptýleny na ploše 30 m<sup>2</sup>.<sup>78</sup> Argumenty stěžovatele ale Nejvyšší soud zavrhl. Na základě myšlenky o ztrátě individuality v zástupu totiž dospěl k tomu, že „se na zástupu nezmění ničeho, když z něho jednotlivé osoby odejdou nebo jiní k němu přistoupí“.<sup>79</sup> Ve vztahu k místní kontinuitě dodal, že „nezáleží [...] na tom, je-li nahodile seskupený zástup v hloučcích rozptýlen na poměrně malé ploše, jak jest zjištěno v tomto případě, nýbrž rozhodno jest, aby všechny osoby zástupu měly možnost postřehnouti výrok pachatelův“.<sup>80</sup> Uznal tedy, že zákon pro naplnění definice zástupu nevyžaduje absolutní nezměnitelnost popuzovaných osob ani jejich ucelené seskupení.<sup>81</sup> Tento výklad lze ve srovnání s předchozím rozhodnutím hodnotit jako adekvátní syntézu pomocného kritéria „postřehnutelnosti“ s abstraktním rozměrem zástupu spočívajícím v jeho integritě.

## OBJEKT A HMOTNÝ PŘEDMĚT ÚTOKU SKUTKOVÝCH PODSTAT OBSAŽENÝCH V ODS. 2–4 § 14

Ve vztahu k otázkám objektu a hmotného předmětu útoku byl Nejvyšší soud ve své judikatuře poměrně zdrženlivý. Soudci se v zásadě drželi textu zákona a při výkladu nešli nad jeho rámec. I v této oblasti však bylo vydáno několik rozsudků, které stojí za pozornost, a to i z hlediska dnešního práva.

První rozhodnutí, které je nutné v souvislosti s objektem a hmotným předmětem útoku zmínit, bylo vydáno dne 18. února 1925. Nejvyšší soud v něm zamítl zmateční stížnost obžalovaného a mimo jiné konstatoval, že výrok vyzývající k fyzické likvidaci členů tělovýchovné organizace Orel je nutné posuzovat jako popuzování k násilnostem nebo jiným nepřátelským činům vůči skupině obyvatel pro jejich náboženství.<sup>82</sup> Na první pohled by se mohlo zdát, že podřazení pod skutkovou podstatu dle § 14 odst. 2 ZNOR bylo ze strany Nejvyššího soudu rozšiřujícím výkladem předmětného ustanovení. Bližší analýza soudního odůvodnění však tento závěr spíše vylučuje. Soud vycházel z toho, že spolek Orel je tvořen lidmi se zjevným náboženským cítěním, o čemž svědčí i stanovy zkoumané organizace.<sup>83</sup> Naopak odmítl argumentaci obžalovaného, podle

<sup>76</sup> Tamtéž, s. 529.

<sup>77</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 17. září 1924, sp. zn. Zm I 236/24, publikované ve Sbirce pod č. 1726. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 542–544.

<sup>78</sup> Tamtéž, s. 543.

<sup>79</sup> Tamtéž, s. 543.

<sup>80</sup> Tamtéž, s. 543.

<sup>81</sup> Srov. tamtéž, s. 543.

<sup>82</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 18. února 1925, sp. zn. Zm II 596/24, publikované ve Sbirce pod č. 1901. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*, s. 103–104.

<sup>83</sup> Tamtéž, s. 106.



kteří byl Orel *de iure* organizací čistě tělovýchovnou a *de facto* organizací politickou.<sup>84</sup> Soud konstatoval, že tvrzení obžalovaného je bezpředmětné, protože již samotná členská základna a stanovy Orla dokazují, že sdružuje členy na základě náboženského principu, a zkoumání tvrzeného klerikalismu a politických aktivit je zbytečné, protože není samou podstatou organizace.<sup>85</sup>

Zajímavý byl i názor vyjádřený v rozhodnutí vydaném v březnu 1931 pod sp. zn. Zm I 413/30. Nejvyšší soud zde judikoval, že ustanovením § 14 odst. 3 není chráněna církev jako taková a nelze automaticky přijmout, že každé popuzování k zášti vůči církvi je zároveň i popuzováním k zášti proti jejím příslušníkům pro jejich náboženství.<sup>86</sup> Soudci připustili, že zkoumané výroky evangelického duchovního během pohřební řeči namířené proti katolické církvi mohou naplňovat skutkovou podstatu neslušného chování v čase veřejného provozování náboženství dle § 303 zákona č. 117/1852 Ř. z., o zločinech, přečinech a přestupcích.<sup>87</sup> K naplnění skutkové podstaty uvedené v ZNOR však bylo dle názoru soudu nutné předložit skutková zjištění o tom, že dané popuzování bylo namířeno proti konkrétním osobám hlásícím se ke konkrétní církvi, v daném případě církvi římskokatolické.<sup>88</sup>

Ač by se mohlo zdát, že v daném případě zvolil Nejvyšší soud poměrně restriktivní výklad, jeho postup naopak poměrně přesně sledoval účel aplikované normy. Důvodová zpráva k ZNOR hovoří „o *poválečných zostřených náboženských a národnostních bojích, které otravují klidný politický a hospodářský život do té míry, že je tím ochromen zdárný vývoj států*“.<sup>89</sup> Zákonodárce ale rovněž konstatuje, že tyto konflikty jsou součástí každodenní reality a vydávaný předpis, respektive jeho ustanovení, si nečiní ambici je zcela odstranit, ale pouze zamezit výstřelkům, které se dotýkají veřejné bezpečnosti a veřejného pořádku.<sup>90</sup> V případě posuzovaná štvavá pohřební řeč protestantského duchovního namířená proti katolické církvi obecně se i při nejpřísnějším posouzení žádné ze jmenovaných hodnot nedotýkala. Jako problematické se ale jeví strohé odůvodnění daného rozhodnutí, které dostatečně nerozvádí důvody, proč soud rozhodl zdánlivě odchýlně od textu normy.

Určitou paralelu k postoji tehdejšího vrcholného soudního orgánu lze nalézt i v současné judikatuře, zvláště při úvahách o aplikaci zásady subsidiarity trestní represe. Například v rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky 8 Tdo 1246/2020 ze dne 17. února 2021 bylo judikováno, že výroky učiněné na sociální síti přirovnávající islám k rakovině a odsuzující jeho vyznavače a podporovatele sice představují urážku, kterou

<sup>84</sup> Obžalovaný ve své stížnosti tvrdil, že je nutné rozlišovat mezi náboženstvím a klerikalismem, tedy snahou o prosazení církevních názorů v rámci světské moci. Orel pak dle obžalovaného představoval pouhý nástroj klerikalismu a podněcování k násilí vůči jeho členům nenaplňovalo zkoumanou skutkovou podstatu. Viz tamtéž, s. 106.

<sup>85</sup> Tamtéž, s. 106–107.

<sup>86</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 10. března 1931, sp. zn. Zm I 413/30, publikované ve Sbírce pod č. 4097. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 4038–4348*, s. 123–125.

<sup>87</sup> Tamtéž, s. 125.

<sup>88</sup> Výslovně odmítnuto bylo důkazy nepodložené konstatování soudů nižší instance o tom, že pokud někdo popuzuje vůči církvi, automaticky popuzuje vůči jejím členům. Viz tamtéž, s. 125.

<sup>89</sup> LEPŠÍK, J. *Zákon na ochranu republiky s důvodovou zprávou*. Praha: František Borový, 1923, s. 71–72.

<sup>90</sup> Tamtéž, s. 72.

je hanobena skupina osob pro své vyznání, avšak pro závěr o nutnosti kriminalizace takového výroku je nutné zkoumat i další skutkové okolnosti, zejména kontext, ve kterém byly výroky proneseny, jakož i jejich dopad na hanobenou skupinu a širší společnost.<sup>91</sup> V daném případě nebyla zjištěna žádná osoba z hanobené skupiny, která by se danými výroky cítila dotčena, či jiná osoba, u které by vyvolaly ohlas či podnítily k nenávisti vůči skupině osob. Nejvyšší soud proto konstatoval, že v daném případě nebyla naplněna míra společenské škodlivosti, která by odůvodňovala uplatnění trestní represe.<sup>92</sup>

Prvorepublikový i současný Nejvyšší soud tak ve srovnatelných kauzách došly k obdobným závěrům. I přes odlišnost aplikované normy i úvah obou justičních orgánů nastíněných v odůvodněních lze najít v obou rozhodnutích společné styčné plochy. Oba soudy potvrdily, že kromě samotného výroku je nutné zkoumat i faktický dopad, ať už na skupinu, která je výrokiem napadána, nebo na osoby, které jsou jím popuzovány (podněcovány) k zášti (nenávisti). Nad rámec diskutované otázky je vhodné rovněž zmínit, že výše zmíněné rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky se přihlásilo k prvorepublikové judikatuře, když soudci s odkazem na rozhodnutí vydané pod sp. zn. Zm I 261/27 dne 20. října 1927 potvrdili, že hanobením je každé úmyslné snižování vážnosti, které se může projevat v jakékoliv formě.<sup>93</sup>

Ve vztahu k otázce objektu trestného činu a hmotného předmětu útoku je nutné zmínit i rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky z listopadu 1924. V řízení, které se týkalo zmateční stížnosti do rozhodnutí Krajského soudu ve Znojmě, kterým byl obžalovaný uznán vinným přečinem dle § 14 odst. 4 ZNOR, se soud na jedné straně držel zákonné dikce předmětného ustanovení, na straně druhé ale projevil výkladovou kreativitu ve vztahu k třetímu odstavci § 14. V dané kauze byl obžalovaný viněn z toho, že popuzoval k vyvedení jiné osoby německé národnosti z německé taneční zábavy pro její tvrzené čechofilství.<sup>94</sup> Nejvyšší soud v souladu s dikcí zákona konstatoval, že popuzování k nepřátelskému činu vůči jednotlivci se musí dít pro jeho vlastní národnost, nikoliv pro jeho pozitivní afilaci k jiné národnosti, a proto obžalovaný nemohl naplnit skutkovou podstatu obsaženou ve čtvrtém odstavci § 14.<sup>95</sup> Soudci však zároveň judikovali, že výzvy k ostrakizaci Čechům nakloněného Němce mohou být prostředkem, pomocí kterého je podněcováno k zášti vůči skupině obyvatel pro jejich národnost, a dané jednání tak může naplňovat skutkovou podstatu obsaženou ve třetím odstavci.<sup>96</sup> Toto pojetí sice na jedné straně odpovídalo duchu aplikované normy, avšak ve vztahu k jejímu samotnému textu se jevilo jako poměrně rozšiřující.

<sup>91</sup> Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 17. února 2021, sp. zn. 8 Tdo 1246/2020.

<sup>92</sup> Tamtéž.

<sup>93</sup> Tamtéž.

<sup>94</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 14. listopadu 1924, sp. zn. Zm II 405/24, publikované ve Sbírce pod č. 1794. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 676.

<sup>95</sup> Tamtéž, s. 675–676.

<sup>96</sup> Tamtéž, s. 676.

## POJEM POPUZOVÁNÍ

Zásadní otázkou, kterou se prvorepublikový Nejvyšší soud opakovaně zabýval, byl výklad pojmu popuzování, což bylo zcela zásadní pro aplikaci skutkových podstat obsažených v odst. 2–4 § 14 ZNOR. To, zda daný projev či skutek byl pronesen či učiněn v úmyslu popuzovat a byl k tomu objektivně způsobilý, byla nejčastější sporná otázka, přičemž obžalovaní naplnění těchto znaků hojně zpochybňovali. Obdobný trend lze ostatně pozorovat i v současné judikatuře, kdy vrcholné soudy musí opakovaně zkoumat tenkou hranici mezi svobodou projevu a podněcováním k nenávisti.

Ve vztahu k pojmu popuzování byla prvorepubliková judikatura poměrně konzistentní a soudní výklad nevybočoval z mezí stanovených aplikovanou normou. Samotný pojem popuzování byl v judikatuře i v komentářové literatuře definován jako úmyslné jednání, jehož účelem je vzbudit u jiných osob rozhodnutí vykonat násilnost či jiný nepřátelský čin (popuzování k násilnostem či jiným nepřátelským činům dle § 14 odst. 2 a 4 ZNOR), nebo vyvolat duševní stav, v němž se utváří sdružování negativních představ o skupině, proti níž je popuzováno (popuzování k zášti dle § 14 odst. 3 ZNOR).<sup>97</sup> Od příbuzného pojmu pobuřování, se kterým operovala skutková podstata obsažená v prvním odstavci § 14, se popuzování lišilo obecně menší mírou intenzity výroku či skutku, avšak autor komentáře Albert Milota připustil, že kritérium intenzity nemusí platit ve všech případech a pro posouzení je třeba zkoumat konkrétní okolnosti daného případu.<sup>98</sup> Z výše uvedeného vyplývá, že norma nechávala poměrně velký prostor pro úvahu soudu. Nejvyšší soud se sice snažil v některých rozhodnutích vytvořit přesnější interpretační vodítka, avšak opakovaně docházel ke zmíněnému ne zcela spolehlivému kritériu intenzity, které se snažil v odůvodněních obhájit.<sup>99</sup> V praxi tak docházelo spíše k tomu, že soudy tyto různé pojmy vykládaly spíše v souvislosti s chráněným zájmem, na který daný výrok či skutek útočil, a podle něj teprve zpětně rozhodovaly o tom, zda jde o popuzování, pobuřování, či případně podněcování.<sup>100</sup>

Druhým pomocným kritériem, které se objevovalo jak v judikatuře, tak v odborné literatuře, byl předpoklad, že pobuřováním, popuzováním a podněcováním se působí

<sup>97</sup> MILOTA, A. *Zákon na ochranu republiky*. 2. přepracované a judikaturou opatřené vyd. Kroměříž: J. Gusek, 1930, s. 58.

<sup>98</sup> Tamtéž, s. 58–59.

<sup>99</sup> Nejvyšší soud se pokusil vytvořit pyramidu intenzity, dle které byly nejintenzivnější výroky a skutky pobuřováním, ty nejméně intenzivní popuzováním a výroky a skutky, které svou intenzitou nevybočovaly ani na jednu stranu, měly být podřazeny pod pojem podněcování, se kterým pracovala například skutková podstata obsažená v § 15 odst. 2 ZNOR. Viz např. Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 27. listopadu 1926, sp. zn. Zm II 210/26, publikované ve Sbírce pod č. 2562. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 2228–2610*. Praha: Právnícké vydavatelství, 1927, s. 695–696.

<sup>100</sup> Soudci Nejvyššího soudu dokonce ve 30. letech judikovali, že jednotlivé pojmy se sice odlišují svou intenzitou, ale zákon nijak nespécifikuje, jaké prostředky je nutné užít, aby došlo k naplnění konkrétního pojmu. Bylo tak například stanoveno, že pobuřování sice vyžaduje intenzivnější působení na jiné osoby, což ale automaticky neznamená požadavek na použití silnějších prostředků. Na jedné straně soud v daném případě vložil normu v souladu s jejím doslovným zněním, na straně druhé však *de facto* posvětil interpretační volnost při rozlišování těchto příbuzných pojmů. Viz Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 5. ledna 1935, sp. zn. Zm I 862/33, publikované ve Sbírce pod č. 5175. In: VÁŽNÝ, F. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 5171–5474*, s. 8–9.

spíše na emoční stránku recipientů než na stránku rozumovou.<sup>101</sup> I toto kritérium však připouštělo výjimky a samo o sobě nemohlo sloužit k jednoznačné identifikaci podřaditelných výroků či skutků.<sup>102</sup>

V porovnání s předchozími pojmy bylo rozlišení mezi pojmy popuzování a hanobení triviální. Hanobení bylo v komentáři i judikatuře definováno jako úmyslné snížení vážnosti, přičemž toto snížení bylo samo o sobě cílem, na rozdíl od popuzování, které sloužilo jen jako prostředek k dosažení jiného cíle spočívajícího ve vyvolání určitého duševního stavu u jiných osob.<sup>103</sup>

Z hlediska subjektivní stránky trestného činu vyžadovaly všechny skutkové podstaty obsažené v § 14 ZNOR zavinění ve formě úmyslu. K otázce subjektivní stránky se judikatura vyjadřovala poměrně hojně, přičemž nijak nešla nad rámec aplikované normy. Na druhou stranu došlo k vyjasnění některých nejasných otázek. Nejvyšší soud tak například dovodil, že u potenciálního pachatele musí být přítomny dvě složky vědomí: vědomí o tom, že jeho výrok či skutek jsou způsobilé popuzovat, a zároveň vědomí o tom, že jeho výrok či skutek může slyšet či pozorovat skupina osob, jejichž počet naplňuje definici zástupu či shromáždění.<sup>104</sup> Tento závěr byl pak rozvinut v pozdější judikatuře. Pro naplnění skutkové podstaty nestačilo pouhé vědomí o potenciální způsobilosti výroku či skutku popuzovat. Pachatel musel jednat přímo ve zlém úmyslu popuzovat, jenž měl být předmětem dokazování, zvláště v případech, kdy zkoumané výroky či skutky připouštěly různý výklad.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> MILOTA, c. d., s. 57; LACLAVÍKOVÁ – GÁBRIŠ, c. d., s. 62.

<sup>102</sup> Komplikovanější terminologickou situaci týkající se vztahu mezi pojmy popuzování, podněcování a pobuřování lze sledovat i v pozdějších obdobích. Skutkové podstaty kriminalizující popuzování k zášti, násilí či jinému nepřátelskému činu byly obsaženy jak v zákoně č. 231/1948 Sb., na ochranu lidové demokratické republiky (§ 26), tak v zákoně 86/1950 Sb., trestní zákon (§ 118). Z československého práva zmizely až k 1. lednu 1957 novelou trestního zákona 1950 provedenou zákonem č. 63/1956 Sb. Obdobná skutková podstata, která kriminalizovala podněcování k národnostní a rasové nenávisti, byla do československého práva navržena zákonem č. 557/1991 Sb., který novelizoval zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, jako § 198a. Kromě toho, že postihovala pouze podněcování k nenávisti kvůli příslušnosti k národu a rase, a nikoliv kvůli náboženské příslušnosti, tak zároveň operovala s pojmem podněcování, který v dřívější úpravě nebyl synonymem pro popuzování. Mohlo by se zdát, že šlo o změnu koncepční naznačující posun ve vnímání míry intenzity útoku, zvláště za situace, když tehdejší trestní zákon (stejně jako dnešní) operoval i s pojmem popuzování v rámci skutkové podstaty ohrožování morálního stavu jednotky, respektive vojáků. Tento závěr však nelze přijmout. Jak vyplývá z dobových stenoprotokolů Federálního shromáždění ČSFR, byla skutková podstata přijata v rámci plnění závazků vyplývajících z Úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace. Její oficiální český překlad, který byl publikován v rámci vyhlášky ministra zahraničních věcí č. 95/1974, pracoval s pojmem podněcování, který se tak popsal do pozdější trestněprávní úpravy na úkor dříve používaného termínu popuzování. K žádnému terminologickému upřesnění ze strany zákonodárce tak nedošlo, spíše naopak. Bližší viz *Stenografický záznam řeči místopředsedy federální vlády ČSFR Pavla Rychetského v rozpravě při projednávání návrhu zákona, kterým se mění a doplňuje trestní zákon. 19. společná schůze Sněmovny lidu a Sněmovny národů Federálního shromáždění ČSFR, 10. prosince 1991. Dostupné také na: <https://www.psp.cz/eknih/1990fs/slsn/stenprot/019schuz/s019035.htm>; Vyhláška ministra zahraničních věcí č. 95/1974 Sb., o mezinárodní úmluvě o odstranění všech forem rasové diskriminace ze dne 15. srpna 1974. Dostupné také na: <https://www.psp.cz/sqw/sbirka.sqw?cz=95&r=1974>.*

<sup>103</sup> MILOTA, c. d., s. 57.

<sup>104</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 10. září 1924, sp. zn. Zm I 335/24, publikované ve Sbirce pod č. 1721. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1429–1842*, s. 527, 530.

<sup>105</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 19. března 1925, sp. zn. Zm II 77/25, publikované ve Sbirce pod č. 1976. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*, s. 246–247.

## FORMY POPUZOVÁNÍ

Prvorepubliková judikatura Nejvyššího soudu se rovněž poměrně detailně vyjadřovala k tomu, jaké výroky a skutky mají objektivní potenciál popuzovat k zášti, násilí či k jinému nepřátelskému činu. Tyto závěry tvoří dodnes základ, ze kterého vychází i nynější soudní orgány. Obecné pravidlo, které stanovovalo, že popuzování nemá žádnou pevně stanovenou formu a za určitých okolností jím může být takřka jakýkoliv výrok či skutek, bylo některými rozsudky dále upřesněno. Zásadní bylo v tomto ohledu rozhodnutí z roku 1925, které stanovovalo, že popuzující výrok nemusí mít formu přímé výzvy nebo rozkazovací věty.<sup>106</sup>

Velmi propracovaný judikatorní výklad se vázal k otázce omezování přístupu na kulturní či sportovní akce dle národnostní příslušnosti. Nejvyšší soud rozlišoval mezi situacemi, kdy dané omezení stanovovalo, že daná akce je přístupná pouze pro členy určitého národa, a situacemi, kdy určovalo, že příslušníci některých národů mají na akci vstup zakázán. Zatímco v prvním případě, pokud nebyly přítomny skutečnosti svědčící o opaku, nešlo o popuzování k zášti, u druhého případu soud připustil, že obdobný zákaz může naplňovat předmětnou skutkovou podstatu, pokud byl vytvořen s úmyslem popuzovat.<sup>107</sup> V prvním případě by sice bylo možné namítat, že i obdobně formulované omezení mohlo být vytvořeno se skrytým úmyslem popuzovat proti osobám jiné národnosti, avšak soud v tomto případě upřednostnil teorii, podle které podpora vlastního národa sama o sobě nepopuzuje k zášti k jinému.<sup>108</sup>

Za specifickou formu popuzování k nepřátelskému činu považovala prvorepubliková judikatura výzvy k hospodářskému či sociálnímu bojkotu.<sup>109</sup> Soud v souladu s dřívější komentářovou literaturou vycházel z toho, že nepřátelského činu se lze dopustit i opomenutím, kterým se působí újma, kterou by poškozený jinak neutrpěl.<sup>110</sup> Výzvy k bojkotu kvůli národní, rasové či náboženské příslušnosti bojkotovaných (ve většině případů Židů či Čechů) se tak skutečně podle zákonné definice daly považovat za popuzování k nepřátelskému činu a výklad Nejvyššího soudu tak ani v těchto případech nebyl extenzivní. Judikatura zároveň zdůraznila, že samotná výzva k bojkotu nestačí k naplnění některé ze zkoumaných skutkových podstat, pokud je motivována osobní nenávisť k bojkotovanému, a nikoliv snahou popuzovat pro jeho národní, rasovou či náboženskou příslušnost.<sup>111</sup> Naopak skutková podstata dle § 14 odst. 4 byla dle

<sup>106</sup> 2021 Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 17. června 1925, sp. zn. Zm II 73/25, publikované ve Sbírce pod č. 2021. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 1843–2227*, s. 344–347.

<sup>107</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 24. června 1925, sp. zn. Zm II 21/25, publikované ve Sbírce pod č. 2032. In: Tamtéž, s. 363–365; Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 9. prosince 1926, sp. zn. Zm II 331/26, publikované ve Sbírce pod č. 2579. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 2228–2610*, s. 742–744.

<sup>108</sup> Tamtéž, s. 742–744.

<sup>109</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 20. května 1926, sp. zn. Zm II 34/26, publikované ve Sbírce pod č. 2382; Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 27. listopadu 1926, sp. zn. Zm II 210/26, publikované ve Sbírce pod č. 2562. In: Tamtéž, s. 309–310, 697.

<sup>110</sup> MILOTA, *c. d.*, s. 59.

<sup>111</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 27. května 1926, sp. zn. Zm II 127/26, publikované ve Sbírce pod č. 2391. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 2228–2610*, s. 330–331.

soudců naplněna v případě, kdy bylo vyzýváno k bojkotu s poukazem na národnost bojkotovaného, i když primární motivací pachatele nebylo rozdmýchávání národnostního konfliktu, nýbrž získání konkurenční výhody.<sup>112</sup>

I v otázce formy popuzování lze najít styčné plochy mezi prvorepublikovou a současnou judikaturou. Například v rozhodnutí z října 1935 došel Nejvyšší soud Československé republiky k závěru, že článek, který brojí proti výstupům na podporu Židů v Německu a poukazuje na údajné zvrácenosti obsažené v Talmudu, je způsobilý popuzovat k zášti, zvláště s přihlédnutím k prostředí a době, ve které byl publikován.<sup>113</sup> Obdobně hodnotil Nejvyšší soud České republiky internetový článek informující o umístění textové tabulky u symbolického hrobu Anežky Hružové v Polné členy krajně pravicové Národní demokracie.<sup>114</sup> Nejvyšší soud i na základě znaleckého posudku vyhodnotil, že samotný text tabulky operující s pojmem „řešení židovské otázky“, jakož i text vysvětlující okolnosti jejího umístění, jsou způsobilé podněcovat k nenávisti vůči Židům.<sup>115</sup> I v daném případě soud zasadil předmětné texty do širšího kontextu a dovodil, že i s ohledem na předchozí, antisemitsky orientovanou publikační činnost jednoho z obžalovaných nelze připustit jeho tvrzení, že pojem „řešení židovské otázky“ je běžně používaný a v daném případě věcně neutrální.<sup>116</sup>

## ZÁVĚR

Analýza dobové judikatury naznačuje, že Nejvyšší soud Československé republiky volil při aplikaci zkoumaných odstavců § 14 ZNOR ve většině případů výklad doslovný a nijak zvláště se od textu normy neodchyloval. K obdobným závěrům jde pak dojít i v případě veřejnosti jako definičního znaku zkoumaných skutkových podstat, který byl blíže rozváděn v § 39 odst. 2 ZNOR. Výše uvedené nijak neumenšuje klíčový význam, který závěry vrcholného soudního orgánu měly pro interpretaci zkoumaných ustanovení. Právě judikatura dokázala osvětlit některé nejasné a sporné aspekty týkající se aspektu veřejnosti, subjektivní stránky a objektu či forem kriminalizovaného jednání. Prvorepublikové soudní závěry mají význam i v dnešní době, což dokazuje i to, že se na ně v některých případech odvolává současná teorie i justiční praxe při interpretaci a aplikaci § 356 trestního zákoníku, který lze považovat za nástupnické ustanovení k odstavcům 2–4 § 14 ZNOR. Tato funkce prvorepublikové judikatury je o to významnější za situace, kdy část zákonodárců navrhuje vpuštění § 356 z trestního zákona

<sup>112</sup> Nejvyšší soud v daném případě vycházel z toho, že plakát brojící proti společnosti Baťa byl objektivně způsobilý popuzovat k bojkotu kvůli českému původu společnosti, který byl na daném plakátu akcentován, s čímž byl pachatel srozuměn a jednal tak v nepřímém úmyslu. Viz Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 3. května 1929, sp. zn. Zm II 46/29, publikované ve Sbirce pod č. 3472. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 3365–3729*, s. 261–262.

<sup>113</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československé republiky ze dne 25. října 1935, sp. zn. Zm I 433/35, publikované ve Sbirce pod č. 5410. In: VÁŽNÝ, *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech trestních: 5171–5474*, s. 406–407.

<sup>114</sup> Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 6. prosince 2017, sp. zn. 4 Tdo 1324/2017.

<sup>115</sup> Tamtéž.

<sup>116</sup> Tamtéž.

s odůvodněním, že pojem podněcování je „neurčitý a neumožňuje adresátům této trestněprávní normy seznat, jaké konkrétní jednání je touto normou zakázáno, jelikož ‚podněcováním‘ může být označeno v podstatě jakékoli jednání, projev, či postoj“.<sup>117</sup>

Ze zkoumaných rozhodnutí rovněž vyplývá, že se soudní orgány snažily v souladu s důvodovou zprávou k zákonu postihovat ty skutečně nejflagrantnější výstřelky poválečných náboženských a zejména národnostních bojů, které měly potenciál ohrozit veřejnou bezpečnost a veřejný pořádek, a implicitně tak dodržovaly zásadu subsidiarity trestní represe. Ze statistického hlediska analýza judikatury ukázala, že obžalovanými v drtivé většině kauz byli příslušníci německé národnostní menšiny.<sup>118</sup> Specifická skladba obžalovaných však spíše vycházela z reality tehdejší doby a minimálně v přístupu Nejvyššího soudu k obžalovaným nebyla zjištěna žádná tendenčnost a diskriminace na základě národnosti.

Tereza Kočárníková  
Právnická fakulta Univerzity Karlovy  
tereskok@gmail.com

JUDr. Jan Beránek, Ph.D.  
Právnická fakulta Univerzity Karlovy  
98416841@cuni.cz  
ORCID: 0000-0002-1866-9031

---

<sup>117</sup> Toto tvrzení se v roce 2021 objevilo jako jeden z argumentů navrhovatelů novely trestního zákoníku usilující o úplné zrušení předmětného ustanovení. Tato iniciativa poslaneckého klubu Svoboda a přímá demokracie nebyla úspěšná. Blíže viz Návrh zákona, kterým se mění zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů ze dne 2. června 2021. Dostupné také na: <https://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=190819>.

<sup>118</sup> Autorská dvojice Miriam Laclavíková a Tomáš Gábriš na základě analýzy rozhodovací činnosti Nejvyššího soudu České republiky ve vztahu ke skutkovým podstatám obsaženým v ustanoveních § 14 odst. 1 a 5 ZNOR identifikovala velké množství tzv. levicových kauz. Naopak při analýze judikatury vztahující se k odstavcům 2–4 § 14 bylo objeveno jen naprosté minimum kauz, v nichž by byl obžalován příslušník radikálních levicových sil. Tato skutečnost může být odůvodněna i tím, že naprostá většina případů, ve kterých soud rozhodoval, se týkala popuzování proti jednotlivci či skupině pro jejich národnost. Naopak kauz, kdy byla řešena otázka popuzování kvůli náboženské příslušnosti, bylo minimum. Značná rozdílnost objektů a subjektů trestného činu v jednotlivých odstavcích § 14 ale vedou k otázce, zda nebyl zastřešující trestný čin rušení obecného míru pojat příliš široce a zda zákonodárce neměl jít spíše cestou dvou na sobě nezávislých trestných činů. K otázce levicových kauz týkajících se § 14 odst. 1 a 5 ZNOR blíže viz LACLAVÍKOVÁ – GÁBRIŠ, c. d., s. 58–59.





# LZE PŘI ZOHLEDNĚNÍ SUBJEKTIVNÍHO A OBJEKTIVNÍHO KRITÉRIA MENŠINOVÉ DEFINICE PŘÍSLUŠNÍKY LGBTI<sup>1</sup> KOMUNITY POVAŽOVAT ZA MENŠINU?

MARKÉTA POLENDOVÁ

**Abstract:** **Can Members of the LGBTI Community Be Considered a Minority Taking into Account the Subjective and Objective Criteria of the Minority Definition?**

The publication focuses on the status of LGBTI persons in the context of minority law, which is traditionally associated with national, linguistic, and religious minorities. It aims to evaluate the potential of the LGBTI community to fulfil the defining characteristics of a minority. The author analyses the features of the minority definition, i.e., the objective and subjective criterion, and subsequently evaluates the possibility of fulfilment of the individual characteristics by the LGBTI community. Problematic aspects arising in connection with the specific nature of the LGBTI community, especially its internal diversity and the difficult objectification of the differentiating characteristics of individual members, are emphasised. The author concludes that provided the specific features are fully considered, the LGBTI community in principle meets both the objective and the subjective criterion of the minority definition.

**Keywords:** LGBTI; definition of minority; minority rights

**Klíčová slova:** LGBTI; definice menšiny; menšinová práva

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.163

## ÚVOD

Práva LGBTI komunity jsou výzvou pro lidskoprávní regulaci na evropském i mezinárodním poli. Přestože první judikát Soudního dvora týkající se LGBTI osob vyšel již před více než dvaceti lety,<sup>2</sup> ochrana jejich práv je stále pulzujícím problémem zaměřeným na teorii i praxi. V popředí zájmu odborné veřejnosti bylo dosud téměř výlučně postavení LGBTI osob z hlediska obecné ochrany lidských práv.<sup>3</sup> Menšinový charakter LGBTI komunity a související možnost příznání specifických menšinových práv z toho důvodu nebyla příliš často analyzována.

<sup>1</sup> Anglická zkratka LGBTI odráží souhrnné označení leseb (*lesbian*), gayů (*gay*) a bisexuálních (*bisexual*), transgender (*trans*) či intersexuálních (*intersex*) osob.

<sup>2</sup> C-13/94 P. v. *S. a Cornwall County Council*, ECLI:EU:C:1996:170.

<sup>3</sup> PETRÁŠ, R. – PETRŮV, H. – SCHEU, H. C. (eds.). *Menšiny a právo v České republice*. Praha: Auditorium, 2009, s. 34–35.

Zhodnocení práv LGBTI osob v rámci menšinové ochrany přitom může skýtat dosud neprozkoumaný přístup k postavení LGBTI komunity a jejího vztahu k většině. Autorka si proto klade za cíl s pomocí dosud přednesených návrhů definice menšiny extrahovat její charakteristické znaky. V návaznosti na to se věnuje zhodnocení menšinového charakteru LGBTI komunity, tedy zda a za jakých okolností LGBTI komunita naplní tradiční definiční znaky menšiny.

## 1. DEFINICE POJMU MENŠINA

Definice pojmu menšina patří mezi nejsložitější otázky právní ochrany menšin a není obsažena v žádném závazném mezinárodněprávním dokumentu.<sup>4</sup> Zároveň je pojem menšiny neodmyslitelně spojen s menšinami národnostními, etnickými a jazykovými („tradiční menšiny“), které byly předmětem zkoumání již v systému Společnosti národů.<sup>5</sup> Přestože i o samu definici menšiny bylo dosud usilováno jen s ohledem na tradiční menšiny, lze určité opakující se definiční znaky extrahovat i pro menšiny nové, mezi které je možné zařadit i LGBTI komunitu.

Obecně platí, že každá definice menšiny musí zahrnovat objektivní a subjektivní kritérium.<sup>6</sup> Objektivní kritérium tvoří požadavek určitého počtu příslušníků skupiny v nedominantním postavení ve společnosti, kteří sdílejí společnou charakteristiku,<sup>7</sup> jež je odlišuje od zbytku populace.<sup>8</sup> Subjektivní kritérium je dáno v pocitu solidarity mezi členy a v záměru udržovat vlastní identitu.<sup>9</sup> Tento přístup lze aplikovat rovněž na příslušníky LGBTI komunity.

## 2. OBJEKTIVNÍ KRITÉRIUM DEFINICE MENŠINY

### 2.1 URČITÝ POČET PŘÍSLUŠNÍKŮ V NEDOMINANTNÍM POSTAVENÍ

Při hodnocení první z uvedených podmínek objektivního kritéria, tj. určitého počtu příslušníků skupiny, je třeba se zabývat statistickými údaji o podílu LGBTI osob v poměru k celkové populaci. Získání přesných údajů je však velmi obtížné, jelikož šetření mohou být ovlivněna vysokou citlivostí tématu pro osobu respondenta i konkrétní formulací otázky, která je v průzkumu položena a jaké možnosti odpovědí

<sup>4</sup> Tamtéž, s. 30.

<sup>5</sup> Tamtéž, s. 26.

<sup>6</sup> Tamtéž, s. 28–29.

<sup>7</sup> Objektivní kritérium u tradičních menšin spočívá např. ve sdílení etnicity, jazyku nebo náboženství. Srov. CAPOTORTI, F. *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic*. New York: United Nations, 1979, s. 96, bod č. 568.

<sup>8</sup> F. Capotorti za definiční znak objektivního kritéria považoval i občanství daného státu, na zahrnutí tohoto znaku však nepanuje shoda. Požadavek občanství státu se tak například neobjevuje v pozdější definici A. Eideho. Srov. PETRÁŠ – PETRŮV – SCHEU, c. d., s. 28–29.

<sup>9</sup> Srov. CAPOTORTI, c. d., s. 96, bod č. 568.

na ni jsou nabízeny.<sup>10</sup> Z jednotlivých průzkumů rovněž vyplývá, že pokud je otázka na sexuální orientaci vyplňována samostatně respondentem, pohybují se čísla výrazně výš, než pokud je přítomna osoba tazatele.<sup>11, 12</sup> Výsledné hodnoty se proto nacházejí v poměrně širokém rozmezí, mezi 2 % až 5,9 % LGBT jedinců v populaci, přičemž obě statistiky poskytující zmíněné hodnoty reflektují stav v Evropské unii („EU“), a to bez zahrnutí intersex jedinců.<sup>13</sup> Jejich podíl na celkové populaci se pak odhaduje mezi 0,5 %<sup>14</sup> až 1,7 %.<sup>15</sup> Ve Spojených státech se podíl LGBTI udává na 4,5 %.<sup>16</sup> Autorka si nicméně neklade za cíl ověřit či uvést naprosto přesný údaj počtu LGBTI osob ve společnosti. Z toho důvodu postačí, že bylo všemi uvedenými statistickými údaji prokázáno, že je podíl nenulový, současně však nezanedbatelný, a zároveň ve vztahu k celé společnosti nepředstavuje většinu. S ohledem na výše uvedené lze proto uzavřít, že LGBTI komunita splňuje požadavek určitého počtu příslušníků i nedominantního postavení.

## 2.2 ODLIŠUJÍCÍ CHARAKTERISTIKA MENŠINY

Druhým předpokladem pro naplnění objektivního kritéria definice menšiny je nalezení charakteristiky, jež určitou skupinu odlišuje od zbytku populace. Naplnění určité charakteristiky odlišující menšinu od zbytku populace v rámci objektivního kritéria definice menšiny je však velmi obtížným aspektem menšinové ochrany, který

<sup>10</sup> DEVEAUX, F. Counting the LGBT population: 6% of Europeans identify as LGBT. In: *Dalia Research* [online]. 18. 10. 2016 [cit. 2021-02-14]. Dostupné na: <https://daliaresearch.com/blog/counting-the-lgbt-population-6-of-europeans-identify-as-lgbt/>.

<sup>11</sup> Tento rozdíl je patrný i v rámci průzkumů uskutečněných v jedné zemi. Z osmi dostupných dotazníkových šetření provedených v USA se čtyři spoléhaly na samostatné vyplnění odpovědí respondentem a přinesly shodný výsledek ukazující podíl LGB osob čítající 4,6 % populace. Oproti tomu šetření probíhající na bázi osobního či telefonického rozhovoru tazatele s respondentem ukazovala podíl výrazně nižší, konkrétně 2,9 %. Srov. OECD. Society at a Glance 2019: OECD Social Indicators. In: *OECD iLibrary* [online]. 2019, s. 17 [cit. 2021-02-14]. Dostupné na: [https://doi.org/10.1787/soc\\_glance-2019-en](https://doi.org/10.1787/soc_glance-2019-en).

<sup>12</sup> Ještě větší rozdíly pak ukazují data z EU. Z údajů Evropské komise získaných osobními rozhovory tazatelů a respondentů vyplývá, že se jako příslušník LGBT menšiny identifikovala 2 % respondentů. Oproti tomu průzkum společnosti Dalia Research ukazuje až na 5,9 %. Výsledky se velmi lišily v jednotlivých zemích a pohybovaly se od 7,4 % v Německu až po 1,5 % v Maďarsku. Srov. Special Eurobarometer 437. Discrimination in the EU in 2015. In: *European Union* [online]. 2015 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d629b6d1-6d05-11e5-9317-01aa75ed71a1>.

<sup>13</sup> Termín intersexuál (dále také jen „intersex“) označuje stav, kdy se jedinec narodil s reprodukční nebo sexuální anatomii a/nebo chromozomální skladbou, které jsou odlišné od typicky mužské či ženské. Biologické odlišnosti jedince, v lékařské terminologii taktéž označované jako poruchy sexuálního rozvoje, mohou být zjevné již při narození, mohou se objevit v pubertě nebo mohou být objeveny při lékařském vyšetření v pozdějším věku. Srov. TRAVIS, M. Accommodating Intersexuality in European Union Anti-Discrimination Law. *European Law Journal* [online]. 2015, Vol. 21, No. 2, s. 180–199 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/eulj.12111>.

<sup>14</sup> VAN LISDONK, J. *Living with intersex/DSD: An exploratory study of the social situation of persons with intersex/DSD*. Haag: Netherlands Institute for Social Research, 2014, s. 29.

<sup>15</sup> BLACKLESS, M. – CHARUVA STRA, A. – DERRYCK, A. – FAUSTO-STERLING, A. – LAUZANNE, L. – LEE, E. How sexually dimorphic are we? Review and synthesis. *American Journal of Human Biology*. 2000, Vol. 12, No. 2, s. 151–166.

<sup>16</sup> Srov. The Williams Institute, UCLA School of Law. *LGBT Demographic Data Interactive* [online]. 2019 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/visualization/lgbt-stats/?topic=LGBT#density>.

způsobuje problémy i u tradičních menšin, což lze velmi dobře ilustrovat na jazykových a náboženských menšinách.

### 2.2.1 JAZYK JAKO ZPOLITIZOVANÝ DIALEKT

Obtížnost objektivního vymezení charakteristiky odlišující menšinu od zbytku populace u jazykových menšin spočívá v teoretické komplikovanosti určení přesné definice pojmu jazyk. Evropská charta regionálních či menšinových jazyků („Charta“)<sup>17</sup> v čl. 1 stanovuje, že výraz „regionální či menšinové jazyky“ chráněné v Chartě „neoznačuje dialekty úředního jazyka (úředních jazyků) státu“. Charta ovšem neuvádí kritéria pro rozlišení dialektu a úředního jazyka samotného. Vodítkem mohou být kritéria užívaná jazykovědci, nicméně rozlišení jazyka a dialektu je považováno za „jeden z nejtěžších teoretických problémů jazykovědy“.<sup>18, 19</sup>

Nejčastěji používaný způsob odlišování mezi jazykem a dialektem je test „vzájemné srozumitelnosti“,<sup>20</sup> tzn. pokud jsou dvě formy jazyka vzájemně srozumitelné, jsou považovány za dialekty stejného úředního jazyka. Jazykové hranice jsou nicméně neostře a rozdíl mezi jednotlivými jazykovými formami, zejména svěbytným jazykem a dialektem, je mlhavá.<sup>21</sup> V praxi se proto místo kritéria vzájemné srozumitelnosti často vychází primárně z politických a administrativních hranic, které ovšem podobnost jazykových projevů často překračuje. Například švédština a norština jsou vzájemně srozumitelné jazykové projevy, ale jelikož se jedná o jazyky, kterými se mluví v samostatných státech, jsou obecně považovány za dva svěbytné úřední jazyky, a nikoliv za dialekty jednoho jazyka. Obdobná situace je rovněž na hranicích Nizozemska a Německa, kde státní hranice rozdělují různé dialekty západoněmeckého dialektového spektra, přičemž některé jsou klasifikovány jako dialekt holandštiny a jiné jako dialekt němčiny, přestože jsou vzájemně srozumitelné.<sup>22</sup> Současně není zcela zřejmé, jestli se kritérium pro určení, zda se jedná o samostatný jazyk či pouze dialekt, posuzuje podle mluvené nebo psané formy jazykového projevu, případně obého.<sup>23</sup> Některé formy jazyka, které jsou snadno vzájemně zaměnitelné ve své mluvené podobě, užívají

<sup>17</sup> Council of Europe. European Charter for Regional or Minority Languages. European Treaties: ETS No. 148. In: UNHCR [online]. Strasbourg, 2. 10. 1992 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://www.refworld.org/docid/3de78bc34.html>.

<sup>18</sup> V originále „one of the most difficult theoretical issues in linguistics“ (CRYSTAL, D. *The Cambridge Encyclopedia of the English Language* [online]. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 25, poznámka pod čarou č. 4 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://www.cambridge.org/highereducation/books/the-cambridge-encyclopedia-of-the-english-language/2B10AC8766B73D09955C899572C1E7EC#overview>.

<sup>19</sup> DUNBAR, R. Minority Language Rights in International Law. *International and Comparative Law Quarterly* [online]. 2001, Vol. 50, No. 1, s. 96 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://abdn.elsevierpure.com/en/publications/minority-language-rights-in-international-law>.

<sup>20</sup> V originále: „mutual intelligibility“ (tamtéž).

<sup>21</sup> PALANDER, M. – RIIONHEIMO, H. – KOIVISTO, V. (eds.). *On the Border of Language and Dialect* [online]. SKS Finnish Literature Society, 2018, s. 8 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/29742>.

<sup>22</sup> Tamtéž.

<sup>23</sup> RAMAGA, P. V. The Bases of Minority Identity. *Human Rights Quarterly*. 1992, Vol. 14, No. 3, pp. 409–428.

jiný druh psané abecedy.<sup>24</sup> Rovněž nastává situace, kdy dvě formy mluveného projevu, které jsou považovány za regionální dialekty stejného jazyka, nejsou vzájemně srozumitelné ve své mluvené podobě, ale pouze v podobě psané.<sup>25</sup>

V konečném důsledku je rozdíl mezi jazykem a dialektem často založen na politických a historických, spíše než na jazykových, důvodech.<sup>26</sup> Sama Vysvětlující zpráva k Evropské chartě regionálních či menšinových jazyků v bodě č. 32 říká, že otázka rozdílu jazyka a dialektu „není příslušná pouze striktně lingvistickým úvahám, ale závisí též na psychosociálních a politických fenoménech, jež mohou v každém případě poskytnout odlišnou odpověď“.<sup>27</sup> Při snaze o objektivizaci odlišující charakteristiky jazykových menšin se proto *de facto* naplňuje známý citát M. Weinreicha, který zní, že „jazyk je dialekt s armádou a námořnictvem“, který byl zpropagován jazykovědci, sociology a aktivisty za menšinová práva.

### 2.2.2 OBJEKTIVIZACE NÁBOŽENSKÉHO PŘESVĚDČENÍ

Obdobně obtížné jako rozlišení jazyka a dialektu je vymezení definice náboženství, jelikož musí být dostatečně široká, aby zahrnovala všechny důležité znaky přílehlavé pro rozmanitou škálu různých náboženských tradic. Zároveň by měla zohledňovat vnitřní interpretační odlišnosti. Náboženské komunity nejsou homogenní a problémem různých definic náboženství je tendence zvýhodňovat majoritní interpretaci.<sup>28</sup> Tento přístup může marginalizovat nová, méně uznávaná náboženství, včetně sekt v rámci jednotlivých náboženství. Definice náboženství musí zohledňovat rovněž místní specifika, a to i u náboženství, která jsou globálního charakteru.<sup>29</sup>

Definovat náboženství nadto může být vnímáno jako zásah do náboženské sféry, protože samu definici lze vnímat jako věc náboženského významu.<sup>30</sup> Aplikování objektivního definičního testu náboženství vytváří riziko nedostatečné reflexe, či dokonce ignorování, subjektivní sebeidentifikace dotčené osoby,<sup>31</sup> jelikož úzce užití definiční testy odírají náboženským jedincům právo na sebeidentifikaci.<sup>32</sup> Sebeidentifikace je přitom základním faktorem při rozhodování, zda je určitá skupina náboženská pro účel

<sup>24</sup> Tamtéž.

<sup>25</sup> CRYSTAL, c. d., s. 25, poznámka pod čarou č. 4.

<sup>26</sup> Tamtéž.

<sup>27</sup> Explanatory report to the European Charter for Regional or Minority Languages [online]. European Treaty Series, No. 148. Strasbourg: Council of Europe, 1992, bod č. 32 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5e5>.

<sup>28</sup> JAMAL, A. A. The Impact of Definitional Issues on the Right of Freedom of Religion and Belief. In: HILL, M. – JAMAL, A. A. – BOTTONI, R. – FERRARI, S. (eds.). *Routledge Handbook of Freedom of Religion or Belief* [online]. London: Routledge, 2020 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://www.taylorfrancis.com/books/edit/10.4324/9780203732625/routledge-handbook-freedom-religion-belief-silvio-ferrari-mark-hill-qc-arif-jamal-rossella-bottoni>.

<sup>29</sup> NEO, J. L. Definitional imbroglios: A critique of the definition of religion and essential practice tests in religious freedom adjudication. *International Journal of Constitutional Law* [online]. 2018, Vol. 16, No. 2, s. 578–579 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://academic.oup.com/icon/article/16/2/574/5036472>.

<sup>30</sup> Tamtéž, s. 579.

<sup>31</sup> Tamtéž, s. 580.

<sup>32</sup> Tamtéž, s. 588.

ochrany náboženských menšin. To znamená, že pokud se skupina identifikuje jako náboženství a svou víru a její praktikování jako náboženský projev, má takové přesvědčení velkou váhu při rozhodování o možnosti považování skupiny za náboženskou menšinu. Oproti tomu, pokud skupina osob, která vykazuje znaky náboženství, popírá náboženskou povahu svého sdružení, mělo by to představovat klíčový argument. Tento přístup je vhodný i z toho důvodu, že náboženské formy se liší mezi jednotlivými náboženstvími i v rámci jednotlivých směrů jediného náboženství.<sup>33</sup>

Ponechání naplnění objektivní charakteristiky pouze na základě sebeidentifikace ovšem představuje riziko zneužití ochrany náboženských skupin. Z toho důvodu je nutné představit objektivní korektiv sebeidentifikace. M. Emerton uvádí, že rozhodování na základě korektivu sebeidentifikace spočívá v tom, že sebeidentifikace je v procesu přiznání menšinové ochrany náboženské skupině rozhodujícím a výchozím bodem, pouze pokud neexistuje přesvědčivý důvod svědčící o opaku. V praxi se hodnotí zejména upřímnost náboženského přesvědčení.<sup>34</sup> I tento přístup ovšem vzbuzuje značné kontroverze, jelikož přiznání menšinového statusu opírající se o dobrou víru a upřímnost vyznání více než o soulad s konkrétním objektivním kritériem umožňuje identifikaci jakékoliv víry jako náboženské. Jednotlivec by v takovém případě mohl těžit z ochrany poskytované v rámci náboženské svobody, přestože by ve skutečnosti nebyl věřícím. Tento problém získal pozornost kupříkladu v roce 2014, kdy byl ateistovi z Afghánistánu udělen azyl na území Spojeného království pro oprávněný strach z pronásledování v zemi původu v důsledku opuštění islámské víry.<sup>35</sup> Soudy v daném případě chránily víru ne na základě její náboženskosti, ale na základě upřímnosti víry, což odpovídá tomu, že definice náboženství a víry je subjektivní a individuální.<sup>36</sup>

### 2.2.3 FRAGMENTACE LGBTI KOMUNITY

Naplnění odlišujícího charakteru coby součásti objektivního kritéria definice menšiny je problematické i ve vztahu k LGBTI komunitě. Jak již zkratka LGBTI napovídá, jedná se o pojem zastřešující několik odlišných skupin. Z toho důvodu je klíčové určit, jakým způsobem je nezbytné k určité odlišující charakteristice a jejímu zobecnění přistupovat, a to zejména s ohledem na jednotlivé podskupiny v rámci LGBTI komunity. Za tímto účelem je nutné zhodnotit, zda je možné LGBTI komunitu považovat za jednu menšinu, více menšin, nebo ji nelze za menšinu označit vůbec. Problematickým aspektem snahy o identifikaci odlišující charakteristiky LGBTI menšiny je dále zhodnocení, zda je pro členství v minoritě rozhodující objektivní příslušnost jednotlivce k dané menšině, či jeho subjektivní pocit identifikace, což do jisté míry replikuje úskali definice náboženství a ochrany poskytované náboženským menšinám.

<sup>33</sup> Tamtéž, s. 590.

<sup>34</sup> EMERTON, M. Routledge Handbook of Law and Religion Edited by Silvio Ferrari Routledge, London, 2015. *Ecclesiastical Law Journal*. 2019, Vol. 21, No. 3, s. 375–377.

<sup>35</sup> Muž byl vychován v muslimské víře a v 16 letech přicestoval do Spojeného království, kde žádal o azyl pro obavy, že by po návratu do Afghánistánu čelil persekuci včetně možného trestu smrti pro opuštění islámu, jelikož se během svého pobytu ve Spojeném království stal ateistou. Srov. tamtéž, s. 99.

<sup>36</sup> Tamtéž.

Osoby tvořící LGBTI komunitu lze zjednodušeně rozdělit do dvou hlavních skupin. V první řadě se historicky<sup>37</sup> jedná se o jedince s odlišnou sexuální orientací od heterosexuální („sexuální menšiny / minority“), tj. gaye, lesby a bisexuály. Yogyakartské zásady z roku 2007 přitom popisují sexuální orientaci jako „*lidskou schopnost hluboké emoční, romantické a sexuální přitažlivosti, spojenou s intimním a sexuálním vztahem, k příslušníkům opačného nebo stejného pohlaví či k více pohlavím*“.<sup>38</sup> Americká asociace psychologů<sup>39</sup> k téměř totožné definici přidává charakteristiku, podle níž je daná přitažlivost „*zároveň charakteristická pocitem identity založené touto přitažlivostí a souvisejícím chováním a účastí v komunitě jiných, kteří sdílejí stejnou přitažlivost*“.<sup>40</sup> Z toho vyplývá, že již identifikace s určitou sexuální orientací je spojena s jistou mírou přináležetosti k osobám sdílejícím stejnou sexuální orientaci. Nelze ovšem říci, že by tento názor byl obecně přijímaným faktem.

Druhou skupinou jsou osoby charakterizované genderovou identitou odlišnou od vrozeného biologického pohlaví. Genderová identita označuje jedince „*hluboce pociťovanou vnitřní a individuální identifikaci s některým z pohlaví, která může, avšak nemusí, korespondovat s biologickým pohlavím fyziologicky určeným při narození, včetně osobního vnímání těla, které může na základě svobodné volby zahrnovat modifikace tělesného vzhledu nebo funkce medicínskými a chirurgickými prostředky, a další vyjádření pohlaví, včetně oblékání, řeči a gest*“.<sup>41</sup> Jedním z nejvýznamnějších aspektů genderové identity je přitom její nezávislost na sexuální orientaci.<sup>42</sup> Nejtypičtější genderovou minoritou je poté komunita trans<sup>43</sup> a intersex osob („genderové menšiny / minority“).

Z výše uvedeného je zřejmé, že zkratka LGBTI zastřešuje osoby, které se od většinové společnosti odlišují buď svou sexuální orientací (gayové, lesby, bisexuálové), nebo svou genderovou identitou (trans a intersex osoby). V zásadě se proto jedná o dvě různé charakteristiky, které samy o sobě naplňují druhý prvek objektivního kritéria definice menšiny, jelikož odlišují skupinu osob od většiny populace.

S ohledem na tento závěr je nutné zhodnotit, zda i LGBTI komunita jako celek může naplnit objektivní kritérium definice menšiny, jelikož odlišující charakteristika je

<sup>37</sup> Tamtéž, s. 15.

<sup>38</sup> V originále: „*each person's capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender*“.

<sup>39</sup> V originále zvaná The American Psychological Association (APA).

<sup>40</sup> The American Psychological Association. *Answers to your questions for a better understanding of sexual orientation and homosexuality* [online]. Washington, DC: Office of Public and Member Communications, 2008 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://www.apa.org/topics/lgbtq/orientation.pdf>.

<sup>41</sup> V originále: „*each person's deeply felt internal and individual experience of gender; which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms*“: (The Yogyakarta Principles: Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity [online]. Yogyakarta, 2007 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles\\_en.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf)).

<sup>42</sup> SMALLEY, K. B. – WARREN, J. C. – BAREFOOT, K. N. Gender and Sexual Minority Health: History, Current State, and Terminology. In: SMALLEY, K. B. – WARREN, J. C. – BAREFOOT, K. N. (eds.). *LGBT Health* [online]. New York: Springer Publishing Company, 2017, s. 5–9 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://connect.springerpub.com/content/book/978-0-8261-3378-6>.

<sup>43</sup> „Trans“ je souhrnným označením pro osoby transsexuální a osoby identifikující se jako transgender.

v takovém případě v zásadě tvořena dvěma svébytnými charakteristikami, které mohou být naplněny alternativně. V části psychologické a sociologické akademické obce převládá názor, že sexuální identita a genderová identita mají být zkoumány nezávisle a neměly by být směřovány, jelikož sjednocení obou skupin pod množinu LGBTI komunity může vést k jejich marginalizaci.<sup>44</sup> Na druhou stranu však nelze přehlédnout, že z právního hlediska se argumenty ochrany sexuálních a genderových minorit překrývají, a často se shodně odvíjejí od těch pro zákaz diskriminace na základě pohlaví. N. Bamforth se dokonce vyjadřuje v tom smyslu, že existuje úzké kulturní spojení mezi nenávisť k těmto minoritám a jejich vnímaným odloučením od konceptů genderových rolí ve společnosti.<sup>45</sup> Souhrnné označení pojmem LGBTI zároveň dává oběma skupinám širší platformu pro prosazení jejich práv.<sup>46</sup> Společný přístup je současně v souladu s historickým vývojem i se subjektivními přáními příslušníků této diverzifikované komunity. Vzhledem ke stejnému zdroji společenského vyloučení a překrývajícím se argumentům pro jejich ochranu lze proto uzavřít, že existuje možnost, že objektivní kritérium bude naplněno i při spojení sexuálních a genderových minorit do jediné LGBTI menšiny.

#### 2.2.4 SEBEIDENTIFIKACE JAKO SUBJEKTIVNÍ PRVEK OBJEKTIVNÍHO KRITÉRIA

Pro naplnění objektivního kritéria definice menšiny je nezbytná nejen identifikace určité odlišující charakteristiky, ale zásadní je rovněž vymezení konkrétních objektivních podmínek, při jejichž naplnění lze jednotlivce označit za příslušníka dané menšiny. Definování těchto podmínek je vysoce problematické, a to nejen ve vztahu k LGBTI komunitě. Stejný problém vyvstává i v souvislosti s tradičními menšinami.<sup>47</sup> V následující části článku si proto autorka klade za cíl identifikovat pravidla pro určení příslušnosti k menšině diskutované v souvislosti s tradičními menšinami v kontextu Rámcové úmluvy o ochraně národnostních menšin z roku 1995 (dále jen „Rámcová úmluva“). V jejím závěru se poté věnuje LGBTI komunitě.

Při uvažování menšinového statusu určité skupiny osob je problematické zejména vymezení osobní působnosti takového statusu, tj. kterým osobám mohou být práva plynoucí z příslušnosti k menšině přiznána, které osoby menšinu skutečně tvoří a na základě jakých kritérií je lze objektivně identifikovat.<sup>48</sup> Právní základ pro určení osobní aplikovatelnosti Rámcové úmluvy leží v čl. 3 odst. 1, který upravuje, komu náleží práva

<sup>44</sup> GALUPO, M. P. – MITCHELL, R. C. – DAVIS, K. S. Sexual minority self-identification: Multiple identities and complexity. *Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity* [online]. 2015, Vol. 2, No. 4, s. 355–364 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2Fsgd0000131>.

<sup>45</sup> BAMFORTH, N. (ed.). *Sexual Orientation and Rights* [online]. Routledge, 2017, s. 25 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://www.taylorfrancis.com/books/edit/10.4324/9781315243375/sexual-orientation-rights-nicholas-bamforth>.

<sup>46</sup> TAYLOR, J. – HAIDER-MARKEL, D. – LEWIS, D. *The Remarkable Rise of Transgender Rights* [online]. University of Michigan Press, 2018, s. 39 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://www.fulcrum.org/concern/monographs/kh04dq580>.

<sup>47</sup> HOFMANN, R. – MALLOY, T. H. – REIN, D. Introduction. In: HOFMANN, R. – MALLOY, T. H. – REIN, D. (eds.). *The Framework Convention for the Protection of National Minorities* [online]. Leiden: Brill Nijhoff, 2018, s. 17 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://brill.com/edcollbook/title/34409>.

<sup>48</sup> MARSAL, S. – PALERMO, F. Commentary of Article 3 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities. In: HOFMANN, R. – MALLOY, T. H. – REIN, D. (eds.). *The Framework*



v Rámcové úmluvě obsažená.<sup>49</sup> Čl. 3 odst. 1 Rámcové úmluvy stanoví, že „[k]aždý příslušník národnostní menšiny má právo svobodně si zvolit, zda chce či nechce být za takového příslušníka považován, a žádná nevýhoda nesmí vzejít z této volby nebo z výkonu práv s ní spojených“. Systematicky je toto ustanovení jádrem Rámcové úmluvy, protože určuje osobní rozsah jejího použití a stanoví zásady přiznání menšinových práv v ní obsažených.<sup>50</sup>

Z čl. 3 odst. 1 Rámcové úmluvy vyplývá, že v případě národnostních menšin je za zásadní kritérium považována sebeidentifikace jednotlivce, kdy určení příslušnosti k národnostní menšině je ponecháno primárně na příslušnících dané menšiny.<sup>51</sup> Ze stejného ustanovení zároveň vyplývá, že menšinová pozice se může vyvíjet a proměňovat v čase.<sup>52</sup> Jednotlivec dokonce může svou identitu definovat odlišně dle konkrétní situace.<sup>53</sup> Výhoda takového přístupu je komentátory spatřována ve skutečnosti, že při přijetí sebeidentifikace jako hlavního kritéria příslušnosti k menšině je možné zpochybnit externě vytvořené etnické ukazatele a sociální kategorie užívané pro vnější určování příslušníků menšiny. Zmiňované kategorie na jednu stranu přispívají k pocitu vnitřní sounáležitosti dané skupiny osob, kdy se jednotliví členové s těmito ukazateli ztotožňují. Na druhou stranu však tento přístup působí i vylučujícím způsobem při určení, kdo může a nemůže patřit do dané skupiny, a to na základě kritérií přisouzených osobami vně menšiny samotné.<sup>54</sup>

Sebeidentifikace však musí mít korektiv v konkrétním objektivním kritériu, které se k určité menšině váže. Čl. 35 důvodové zprávy k Rámcové úmluvě výslovně říká, že čl. 3 odst. 1 „*nezahrnuje právo jednotlivce svévolně si zvolit příslušnost k jakékoliv národnostní menšině. Subjektivní volba jednotlivce je neoddělitelně spojena s objektivními kritérii, příznačnými pro identitu této osoby.*“<sup>55</sup> S. Marsal a F. Palermo dále rozvádějí, že „*jelikož identita je osobní a intimní aspekt každého jednotlivce, každý má v principu právo si svobodně vybrat jeho či její identitu a identifikovat se jako člen skupiny nebo rozhodnout se, že tak neučiní. Svoboda nicméně neznamená svévoli, individuální volba proto musí být spojena s nějakým objektivním kritériem.*“<sup>56</sup> Konkrétní objektivní kritéria mají být určena ve spolupráci s dotčenými menšinami a neměla by být svévolná.<sup>57</sup>

Dle S. Marsal a F. Palerma lze sebeidentifikaci zpochybnovat pouze ve výjimečných situacích, pokud například vede ke zneužití menšinových práv a získání neoprávněných výhod osobami, které mají malou nebo žádnou souvislost s dotčenou menšinovou

---

*Convention for the Protection of National Minorities* [online]. Leiden: Brill Nijhoff, 2018, s. 93 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://brill.com/edcollbook/title/34409>.

<sup>49</sup> Tamtéž.

<sup>50</sup> Tamtéž.

<sup>51</sup> Tamtéž, s. 94.

<sup>52</sup> Tamtéž, s. 93.

<sup>53</sup> Tamtéž, s. 108.

<sup>54</sup> Tamtéž, s. 92–93.

<sup>55</sup> Framework Convention for the Protection of National Minorities and Explanatory Report, H (95) 10 [online]. Strasbourg: Council of Europe, 1995 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://rm.coe.int/16800c10cf>.

<sup>56</sup> V originále: “*As identity is a personal and intimate aspect of each person, everyone has in principle the right to choose his or her identity and therefore to identify as a member of one group or to decide not to do so. However, free does not mean arbitrary, and the individual choice shall be linked to some objective criteria.*” (MARSAL – PALERMO, c. d., s. 94).

<sup>57</sup> Tamtéž.

komunitou.<sup>58</sup> V rámci poradního výboru se nadto prosadil přístup, že naplnění stanovených objektivních kritérií by mělo být posuzováno individuálně ve vztahu ke každému jednotlivému právu zakotvenému v Rámcové úmluvě.<sup>59</sup> Z výše uvedeného je zřejmé, že k omezení sebeidentifikace na základě korektivu v podobě objektivního kritéria je v případě národnostních menšin přístupováno velmi zdrženlivě.

V případě sexuálních a genderových menšin je otázka objektivního korektivu sebeidentifikace obzvláště obtížná. Sexuální orientace a genderová identita jsou komplexní a dynamické koncepty, které je těžké empiricky vyjádřit. Přestože existují způsoby objektivního určení sexuální orientace<sup>60</sup> a psychologická vyšetření hodnotící genderovou identitu, moderní metody se snaží o pochopení sexuálních a genderových menšin zejména inkorporací vzorců sebeidentifikace jejich příslušníků.<sup>61</sup> Tento přístup v důsledku znamená, že každá metoda „měření“ sexuální orientace a genderové identity do jisté míry odráží subjektivní pocit respondenta. Nadto nelze připustit, že pro získání práv připsaných LGBTI komunitě by se jednotlivec musel vždy povinně podrobit psychologickému či sexuologickému vyšetření.<sup>62</sup>

Stanovení toho, jaké osoby k menšině patří, ovšem není pouze otázkou naplnění definice, ale i přiznání jednotlivých menšinových práv. Jestliže je jednotlivci přiznána nějaká výhoda, např. mezinárodní ochrana / status uprchlíka na základě příslušnosti k LGBTI menšině, není akceptovatelné přijetí sebeidentifikace jako jediné podmínky pro naplnění určité charakteristiky objektivního kritéria definice menšiny, jelikož by mohlo bezpochyby dojít ke zneužívání menšinového statusu. Přestože je tedy sebeidentifikace považována za výchozí bod určení příslušnosti jednotlivce k menšině, nelze připustit naprostou libovůli.

Jistým vodítkem pro ověřování pravdivosti objektivního základu sebeidentifikace jednotlivce za příslušníka sexuální či genderové menšiny lze považovat písemné vyjádření Úřadu vysokého komisaře OSN pro uprchlíky („UNHCR“) k případu Soudního dvora ve věci *A, B, C, C-148/13, 149/13 a 150/13* („Vyjádření“) ve spojení s Pokyny pro mezinárodní ochranu č. 9 z roku 2012 („Pokyny“) vytvořené UNHCR. Přestože bylo Vyjádření předloženo v případě týkajícím se posuzování azylových žádostí v EU a Pokyny vytvořeny za účelem osvětlení procesu posuzování žádostí o status uprchlíka dle Úmluvy o právním postavení uprchlíků z roku 1951, poskytují oba dokumenty propracovaný návod pro hodnocení hodnověrnosti žadatelova tvrzení o jeho sexuální orientaci či genderové identitě.

Vyjádření UNHCR obsahuje primárně limity pro ověřování pravdivosti žadatelova tvrzení, kdy dělí metody posuzování hodnověrnosti tvrzení o žadatelově homosexualitě do dvou základních kategorií. Do první kategorie spadají metody, které jsou za všech okolností v rozporu s Listinou základních práv EU („Listina“). Tyto metody tvoří tzv. „černou listinu“ (bod č. 3.6 Vyjádření) a zahrnují (i) výslech zasahující do soukromí

<sup>58</sup> Zneužití benefitů poskytovaných menšině se v minulosti týkalo např. Maďarska, kde došlo ke zvolení politických reprezentantů národnostní menšiny, kteří ve skutečnosti k menšině nepatřili. Odborníky je takový jev označován jako tzv. „kukaččí problém“. Srov. tamtéž, s. 95.

<sup>59</sup> Tamtéž.

<sup>60</sup> Mezi ty nejčastěji používané patří Kinseyho škála a Kleinova mřížka sexuální orientace.

<sup>61</sup> GALUPO, *c. d.*, s. 362.

<sup>62</sup> Srov. C-473/16 *F. v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, ECLI:EU:C:2018:36.

týkající se podrobností o sexuálních praktikách žadatele (např. otevřené otázky týkající se sexuálních aktivit); (ii) lékařské nebo pseudolékařské prohlídky (např. falometrie) a (iii) požadavky předložení důkazů určitého sexuálního chování (např. požadavek, aby žadatelé předložili fotografie, na kterých vykonávají homosexuální akt).

Druhá kategorie je popsána jako „šedá listina“ (bod č. 3.7 Vyjádření), která zahrnuje postupy, u kterých, nejsou-li použity vhodným nebo citlivým způsobem, vzniká riziko, že budou v rozporu s Listinou. Šedá listina zahrnuje předpoklad, že žadatel postrádá věrohodnost, protože se své sexuální orientace nedovolával jako důvodu pro příznání postavení uprchlíka při první příležitosti, nebo proto, že nedokáže správně odpovědět na otázky týkající se organizací, které zastupují homosexuály v zemi, ve které žádá o azyl. Šedá listina UNHCR odkazuje rovněž na vnitrostátní postupy, které žadateli neposkytují příležitost vysvětlit skutečnosti, které se zdají být nevěrohodné. Na obsah Vyjádření je jako na užitečný zdroj informací o přípustnosti různých metod posuzování věrohodnosti žadatele o azyl odkazováno i ve stanovisku generální advokátky E. Sharpston ke spojeným věcem *A, B, C, C-148/13, 149/13 a 150/13* („Stanovisko“).<sup>63</sup> Ačkoliv E. Sharpston nesouhlasí s užitím terminologie „černé listiny“ nebo „šedé listiny“, s materiálním obsahem Vyjádření se ztotožňuje (Stanovisko, bod č. 54, 58 a násl.).

Pokyny UNHCR pak kromě negativního výčtu zakázaných způsobů ověřování věrohodnosti žadatelova tvrzení nabízejí i výčet pozitivní, upozorňující na vhodné způsoby posuzování žádostí. UNHCR nejprve v bodu č. 62 Pokynů připomíná, že určení žadatelovy sexuální orientace či genderové identity „je v zásadě otázkou důvěryhodnosti. *Posouzení důvěryhodnosti je v takových případech potřeba provést individualizovaným a citlivým způsobem. Zkoumání prvků žadatelova osobního vnímání, pocitů a zkušeností z odlišnosti, stigmatu a hanby žadatele je obvykle lepším nástrojem rozhodující osoby při zjišťování sexuální orientace nebo genderové identity žadatele, než je zaměření na sexuální praktiky.*“<sup>64</sup> Za nejvhodnějším nástroj určování hodnověrnosti žadatele Pokyny stanovují otevřené i konkrétní otázky, které, pokud jsou kladeny neutrálně, umožňují žadateli osvětlit jeho tvrzení. UNHCR ovšem upozorňuje, že neexistuje žádný předem daný seznam otázek a správných odpovědí na tyto otázky, jelikož pohovory musí být vždy individualizovány.

Pokyny ovšem uvádějí oblasti otázek, které mohou být užitečné. Patří mezi ně otázky (i) ohledně sebeidentifikace, která by měla být výchozím bodem posuzování; (ii) týkající se žadatelova dětství; (iii) na uvědomění si vlastní LGBTI identity (osobní i veřejný „*coming out*“); (iv) ohledně genderové identity (např. kroky procesu změny pohlaví); (v) týkající se prožitků z vyčlenění ze společnosti / rodiny / okruhu přátel,

<sup>63</sup> C-148/13, C-149/13 a C-150/13 *A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, stanovisko generální advokátky E. Scharpston, ECLI:EU:C:2014:2111.

<sup>64</sup> V originále: „*Ascertaining the applicant's LGBTI background is essentially an issue of credibility. The assessment of credibility in such cases needs to be undertaken in an individualized and sensitive way. Exploring elements around the applicant's personal perceptions, feelings and experiences of difference, stigma and shame are usually more likely to help the decision maker ascertain the applicant's sexual orientation or gender identity, rather than a focus on sexual practices.*” Srov. Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/12/09 [online]. Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2012, bod č. 62 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://www.unhcr.org/509136ca9.pdf>.

pocitů méněcennosti, studu atp.; (vi) ohledně žadatelových vztahů v rodině; (vii) ohledně romantických a intimních vztahů (nepřípustné jsou ovšem detailní otázky na sexuální život); (viii) týkající se LGBTI komunity (znalost organizací, akcí, skupin a jiných aktivit) a (ix) týkající se žadatelova náboženského vyznání. UNHCR v Pokynech ovšem striktně uvádí, že nelze odpovědi na jednotlivé otázky posuzovat izolovaně. I Pokyny obsahují tzv. černou listinu metod, které nemohou být užívány pro rozpor s lidskými právy žadatelů. V případě trans a intersex jedinců ovšem činí výjimku z nepřipustnosti lékařského vyšetření, kdy lékařské důkazy o chirurgickém zákroku souvisejícím se změnou pohlaví, související hormonální léčbě nebo biologických charakteristikách (v případě intersexuálních jedinců se může jednat např. o genetické vyšetření) mohou potvrdit osobní příběh žadatele (bod č. 65).<sup>65</sup>

Z výše uvedeného vyplývá, že existují způsoby ověřování pravdivosti sebeidentifikace příslušníka LGBTI komunity. Mezi nejméně invazivní je řazen rozhovor s jednotlivcem, během kterého mu jsou pokládány otevřené dotazy, jejichž cílem je odhalení důvěryhodnosti dotazovaného. S ohledem na závěry učiněné ve vztahu k tradičním menšinám je nicméně nutné vyzdvihnout, že zpochybňování sebeidentifikace osoby o její sexuální orientaci je možné pouze v závažných případech, kdy skutečně hrozí zneužívání menšinových práv, a mělo by vždy být posuzováno individuálně s ohledem na konkrétní uvažované právo.

### 3. SUBJEKTIVNÍ KRITÉRIUM DEFINICE MENŠINY

Druhou definiční charakteristikou menšiny je subjektivní prvek ve formě solidarity mezi členy a záměru udržovat vlastní identitu. Pro první podmínku, zkoumání sounáležitosti mezi členy sexuálních a genderových minorit, lze odpověď nalézt v historickém kontextu. Důvod, proč se pro obě zmiňované podkategorie LGBTI komunity vžilo souhrnné označení, můžeme totiž hledat v historickém vývoji a ve vývoji terminologie označení skupiny osob, které jsou spojeny charakteristikou příslušnosti k sexuální či genderové menšině.

#### 3.1 VNITŘNÍ SOUNÁLEŽITOST

Solidaritě sexuálních menšin můžeme vysledovat dříve než jejich spojení s genderovými menšinami. Prvotním byl vznik společenství, které bylo známé pouze jako „gay komunita“ a které bylo počátkem moderního hnutí za práva sexuálních menšin, a to v důsledku Stonewallských nepokojů v roce 1969. Rezistence komunity, která se poprvé v historii bránila razii v gay baru v hotelu Stonewall Inn v New Yorku přerostla v nepokoje, které jsou členy komunity označovány jako „*osvobození sexuálních menšin*“.<sup>66</sup> Brzy po této události byly formovány první organizace na ochranu

<sup>65</sup> Tamtéž.

<sup>66</sup> OGURI, K. *Sexual Occidentation and Its Consequences in LGBT Rights Politics: Reverse Orientalism, Homonationalism and Postcolonial Homophobia* [online]. Disertační práce. Ohio: Ohio University,

sexuálních minorit, nejprve v USA, později i v Británii a dalších státech Evropy.<sup>67</sup> Je vhodné poznamenat, že oproti dřívějším politickým hnutím sexuálních menšin bylo období po Stonewallských nepokojích charakteristické „novým smyslem identity založené na hrdosti v homosexuální orientaci“.<sup>68</sup> Aktivismus byl v počátcích ovšem soustředěn téměř výhradně na práva gayů a leseb.

Spouštěčem pro inkluzi většího množství sexuálních minorit bylo pandemické šíření nákazy AIDS ve Spojených státech.<sup>69</sup> Rostoucí společenské spojení mezi gayi, lesbami a bisexuály vyvrcholilo přijetím označení LGB. Následně se rozšířilo do pravděpodobně nejnámějšího LGBT, což zároveň mělo odrážet podobnost příslušníků sexuálních a genderových menšin. V dalších letech byla snaha o co největší inkluzi a zohlednění dalších genderových identit a sexuálních minorit, což vyústilo v přidání několika dalších písmen pro jejich reprezentaci (např. LGBTI+ označující LGBTI a související komunity)<sup>70</sup> či LGBTIQ<sup>71</sup> (písmeno „Q“ v takovém případě označuje „queer“ či „questioning“ osoby),<sup>72</sup> LGBTQIA<sup>73</sup> (písmeno „A“ označující asexuální jednotlivce) a různé další kombinace uvedeného.<sup>74</sup> V určité fázi vývoje tedy sexuální a genderové minority vyjádřily vůli po souhrnném označení, které bylo odkazem na podobnost obou komunit. Tvrzení podporuje také skutečnost, že ILGA, nejvýznamnější celosvětová organizace LGBTI založená v roce 1978, nese inkluzivní název International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association („ILGA“).<sup>75</sup> Z výše uvedených důvodů proto lze v komunitě LGBTI spatřovat vůli po vzájemné solidaritě členů, a to napříč oběma podkategoriemi, čímž dochází k naplnění požadavku sounáležitosti mezi členy minority.

---

2015, s. 18 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: [https://etd.ohiolink.edu/acprod/odb\\_etd/etd/r/1501/10?clear=10&p10\\_accession\\_num=ohiou1429552752](https://etd.ohiolink.edu/acprod/odb_etd/etd/r/1501/10?clear=10&p10_accession_num=ohiou1429552752).

<sup>67</sup> ROSE, K. *Diverse Communities: The Evolution of Lesbian and Gay Politics in Ireland*. Cork: Cork University Press, 1994, s. 5.

<sup>68</sup> ALTMAN, D. *Homosexual: Oppression and Liberation*. New York: E. P. Dutton & Company, 1971, s. 109.

<sup>69</sup> VANCE, K. – MULÉ, N. J. – KHAN, M. – MCKENZIE, C. The rise of SOGI: Human rights for LGBT people at the United Nations. In: NICOL, N. – JJUUKO, A. – LUSIMBO, R. – MULÉ, N. J. – URSEL, S. – WAHAB, A. – WAUGH, P. (eds.). *Envisioning Global LGBT Human Rights: (Neo)colonialism, Neoliberalism, Resistance and Hope*. London: Human Rights Consortium, Institute of Commonwealth Studies, University of London, 2018, s. 225, 232.

<sup>70</sup> Mezi související komunity mohou patřit asexuální osoby (osoby, které necítí sexuální přitažlivost k žádnému z pohlaví), pansexuální osoby (osoby, jejichž sexuální přitažlivost se nevzájemně neliší podle pohlaví a genderové identity), či „non-binary“ osoby (osoby, které se necítí být reprezentovány žádným z označení pro genderovou identitu v binárním rozdělení muž a žena). Srov. SMALLEY, c. d., s. 5–9.

<sup>71</sup> *Lesbian, gay, bisexual, intersex, queer/questioning*.

<sup>72</sup> „Queer“ je souhrnné označení pro množinu osob, které se identifikují jako pohlavně, sexuálně nebo/a zároveň fyzicky rozdílní. Slovo je ponecháno v anglickém znění, jelikož nemá v českém jazyce odpovídající překlad. „Questioning“ je termín používaný pro osoby, které si jsou nejisté svou sexuální orientací či genderovou identitou, stále ji zkoumají a/nebo mají z různých důvodů obavy se ve společnosti s určitým označením identifikovat. Srov. SMALLEY, c. d., s. 5–9.

<sup>73</sup> *Lesbian, gay, bisexual, queer/questioning, intersex, asexual*.

<sup>74</sup> SMALLEY, c. d., s. 5–9.

<sup>75</sup> Nelze opomenout, že existují i samostatné organizace věnující se genderovým menšinám. První nezávislou trans organizací je GATE (Global Action for Trans Equity) založená roku 2010 a první samostatnou organizací intersex osob je OII (Organization Intersex International) založená roku 2004. I přes tuto skutečnost je ovšem klíčové, že žádná z těchto organizací nedosahuje vlivu a postavení ILGA. Srov. VANCE, c. d., s. 227.

### 3.2 UDRŽOVÁNÍ IDENTITY

Pro naplnění subjektivního kritéria definice menšiny je kromě solidarity nezbytný i záměr udržovat vlastní identitu. Klíčovou je v této souvislosti zejména vnitřní soudržnost LGBTI osob jako komunity s jednotnými cíli. Jak bylo již naznačeno, LGBTI je termínem pro heterogenní uskupení osob patřících do určité sexuální nebo genderové minority, které mohou mít rozdílné zájmy, a to i co se týká usilovaných práv a témat, která přinášejí do společenských diskusí. V tomto kontextu je problematická existence vnitřních pnutí v rámci LGBTI komunity, a to ve skupině sexuálních minorit i mezi sexuálními a genderovými minoritami.

Od počátku se dominantní diskuse zaměřovala zejména na gaye a lesby, zatímco práva osob patřících do skupin bisexuálů, trans osob či intersex byla oproti tomu často marginalizována.<sup>76, 77</sup> Samotné zahrnutí těchto skupin pod deštníkový pojem LGBTI provázely vnitřní rozpory. Bisexualita byla některými vnímána jako potenciální hrozba pro jednotnost a důstojnost homosexuální identity, jelikož zásadně narušuje monosexuální a monogamní představu o společnosti.<sup>78</sup> Tento rozpor byl nicméně překonán vlnou solidarity následující po HIV/AIDS krizi, což bylo zároveň manifestováno v původní zaštitující zkratce LGB.<sup>79</sup>

O poznání komplikovanější bylo začlenění trans osob. Genderová identita je odlišným konceptem od sexuální orientace, což v určitém období naznačovalo, že by transgender hnutí bylo lépe reprezentováno ve spojení s hnutím feminismu než v rámci LGBTI.<sup>80</sup> Problematicke transgender osob se navíc zpočátku věnovala i četná feministická tvorba.<sup>81</sup> Později však převážilo spojení s LGBTI. P. Currah vidí důvod v bližší podobnosti usilovaných cílů trans a LGB osob. Zároveň je skutečností, že v období, kdy se začalo formovat transgender hnutí, tedy v 80. a 90. letech minulého století, dosáhlo feministické hnutí již značných úspěchů, zejména v oblasti anti-diskriminačního práva. Oproti tomu LGB organizace stále bojovaly o stejné cíle v rámci ochrany před diskriminací, násilím, šikanou a snahy o uznání svazků či financování boje proti HIV/AIDS.<sup>82</sup> Cíle komunit se proto nejen protínaly tematicky, ale zároveň o ně bylo usilováno ve stejném čase. Začlenění problematiky trans osob do jádra LGBTI politiky se pak vyvíjelo pozvolna od 90. let minulého století<sup>83</sup> a ve spojení s ustálenou komunitou LGB je spatřován hlavní důvod velmi rychlého úspěchu aktivistů pro práva trans

<sup>76</sup> TAYLOR, c. d., s. 31.

<sup>77</sup> AMMATURO, F. *European sexual citizenship: human rights, bodies and identities*. Cham: Palgrave Macmillan, 2017, s. 9, s. 15.

<sup>78</sup> Tamtéž, s. 16.

<sup>79</sup> Tamtéž, s. 9.

<sup>80</sup> Srov. MICHELSON, M. R. The Power of Visibility: Advances in LGBT Rights in the United States and Europe. *The Journal of Politics* [online]. 2019, Vol. 81, No. 1, s. e4 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/700591>.

<sup>81</sup> TAYLOR, c. d., s. 19.

<sup>82</sup> Tamtéž.

<sup>83</sup> Pozvolné začleňování dokládá zejména časová osa přijímání antidiskriminačních a ochranných zákonů. Instrumenty na ochranu trans jedinců přicházely v časovém sledu až po zákonech na ochranu homosexuálů, což bylo důsledkem chybějící pozornosti pro trans problémy v rámci LGBTI. Srov. TAYLOR, c. d., s. 31.

osob.<sup>84</sup> Spojením s LGB aktivistickými skupinami získaly transgender osoby možnost zapojení do existujícího sociálního hnutí, což poskytlo důležité finanční zdroje a profesionální zázemí.<sup>85</sup> Trans osoby spojením s LGBTI nadto získaly výhodu spočívající zejména v širším společenském přijetí a viditelnosti LGB osob, což v důsledku zásadně přispělo k jejich lepšímu a rychlejšímu uznání.<sup>86</sup> Stejná perspektiva se dá očekávat ve vztahu k intersex osobám. Dosud okrajové zastoupení jejich zájmů a nízké zviditelnění ve společnosti i v akademii se dá odůvodnit jejich poměrně nedávným začleněním a silným překryvem s aktivitami trans osob, které spočívá zejména ve faktickém prolínání těchto skupin. Mezi intersex osobami je mnoho jedinců, kteří se zároveň identifikují jako trans.<sup>87</sup>

Z výše uvedených důvodů je proto možné uzavřít, že prvotní pnutí v rámci LGBTI komunity již nebrání jejich jednotnému vystupování. Začlenění transgender osob do LGBTI nicméně není pouhou politickou strategií, ale je dáno i provázáním cílů a práv sexuálních a genderových menšin pramenícím ze skutečnosti, že diskriminace na základě sexuální orientace a diskriminace na základě genderové identity mají shodný původ v překračování genderových norem ve společnosti.<sup>88</sup> K. Broadus k tomu uvádí, že LGBTI komunita byla jako celek „*spojena nenávistí*“,<sup>89</sup> jelikož širší veřejnost často nerozlišuje mezi jednotlivými skupinami v rámci LGBTI komunity, kterou považuje jako celek za nemorální.<sup>90</sup> Nadto je nutné zmínit i osobní provázanost skupin, mnoho trans osob má zároveň homosexuální či bisexuální orientaci a mnoho z nich bylo dokonce součástí LGB komunity ještě před změnou pohlaví.<sup>91</sup> Snaha o rozdělení sexuálních a genderových menšin by pro tyto osoby byla umělá a nepřirozená. Nicméně nelze tvrdit, že se jedná o homogenní skupinu bez jakékoliv vnitřní diferenciaci.

Aby i přes vnitřní diverzitu jednotlivých sexuálních a genderových minorit mohla být LGBTI komunita v souhrnné podobě označena za jedinou menšinu, je nutné modifikovat tradiční podmínku naplnění záměru o udržení vlastní identity. Tento požadavek totiž v důsledku nemusí znamenat jedinou jednotnou identitu, ale lze jej spatřovat rovněž v zájmu na zachování diverzity členů dané minority, která je ohrožována diskriminačními opatřeními stran většiny. V případě takového přístupu lze LGBTI komunitu označit za uskupení lidí usilujících o udržení vlastní identity a naplňující tak další a poslední z definičních znaků menšiny.

---

<sup>84</sup> Srov. MICHELSON, c. d., s. e4.

<sup>85</sup> TAYLOR, c. d., s. 37.

<sup>86</sup> Tamtéž, s. 39.

<sup>87</sup> Srov. FURTADO, P. S. – MORAES, F. – LAGO, R. – BARROS, L. O. – TORALLES, M. B. – BARROSO, U. Gender dysphoria associated with disorders of sex development. *Nature Reviews Urology* [online]. 2012, Vol. 9, s. 620–627 [cit. 2023-12-14]. Dostupné na: <http://www.nature.com/articles/nrurol.2012.182>.

<sup>88</sup> TAYLOR, c. d., s. 41–42.

<sup>89</sup> Tamtéž.

<sup>90</sup> Tamtéž, s. 46.

<sup>91</sup> Tamtéž, s. 36.

## ZÁVĚR

Vzhledem k výše uvedenému je možné shrnout, že LGBTI komunita může za určitých okolností naplnit objektivní i subjektivní kritérium menšinové definice. Jak ve vztahu k naplnění objektivního kritéria, tak ve vztahu k naplnění kritéria subjektivního však v souvislosti s LGBTI komunitou vyvstává několik problematických aspektů.

V první řadě se jedná o diverzifikovanou povahu LGBTI komunity, která se vnitřně štěpí do dvou základních podskupin na sexuální menšiny a genderové menšiny. Právě sexuální orientace odlišná od heterosexuální a gender v jisté formě nesouladu s biologickým pohlavím či jeho binárním pojetím je přitom základním nositelem charakteristiky, která menšinu odlišuje od zbytku populace. Ačkoliv sexuální a genderové menšiny již odděleně naplní požadavek na určitou odlišující charakteristiku menšiny, lze připustit i možnost naplnění LGBTI komunitou jako celkem. Tento závěr je založen zejména na subjektivním přání příslušníků komunity a jednotném zdroji společenského vyloučení jednotlivých podskupin.

Druhým problematickým aspektem je určení objektivních podmínek příslušnosti jednotlivce k LGBTI menšině s ohledem na vysokou intimitu témat sexuální orientace a genderové identity. Stejně jako u tradičních menšin je za výchozí bod určování příslušnosti jednotlivce k menšině považována ve vztahu k LGBTI jednotlivcům jejich sebeidentifikace. Nicméně, ačkoliv sebeidentifikace může být zpochybněna pouze ve výjimečných případech, s ohledem na možnost zneužívání menšinových práv je nutné představit objektivní korektiv menšinové ochrany. Takovým korektivem může být zejména prokázání důvěryhodnosti žadatelovy sebeidentifikace ve formě pohovoru vedeného pomocí otevřených otázek kladených v bezpečném prostředí a nezaujatým způsobem. Právě komplexní hodnocení odpovědí jednotlivce lze považovat za možný základ posouzení důvěryhodnosti či nedůvěryhodnosti jeho sebeidentifikace.

Třetí problematický aspekt pak vyvstává v souvislosti s naplněním subjektivního kritéria definice menšiny, konkrétně ve splnění požadavku solidarity mezi členy a záměru udržovat vlastní identitu. Lze nicméně uzavřít, že s určitou modifikací záměru o udržení vlastní identity, při zohlednění diversity zahrnutých podskupin, je naplnění subjektivního kritéria možné, a to zejména s ohledem na společný aktivismus LGBTI komunity a osobní provázanost jednotlivých podskupin.

Vzhledem k výše uvedenému lze proto uzavřít, že i přes několik problematických aspektů LGBTI komunita naplnila oba znaky menšinové definice, tj. objektivní i subjektivní kritérium, a měla (mohla) by proto být považována za menšinu z pohledu menšinového práva. Přesto však LGBTI osoby nejsou obecně považovány za menšinu pro účely aplikace menšinové ochrany, což platí na mezinárodní i na regionální úrovni.<sup>92</sup> Primárním argumentem pro neuvážování menšinové ochrany LGBTI osob je přitom tvrzené dostatečné zohlednění jejich situace nástroji lidskoprávní ochrany.

Ačkoliv autorka nezpochybňuje, že ochrana LGBTI osob získala v posledních letech nezanedbatelnou pozornost, její začlenění v rámci mezinárodní ochrany lidských práv

<sup>92</sup> KORKEAKIVI, A. Beyond Adhocism: Advancing Minority Rights through the United Nations. In: HOFMANN, R. – MALLOY, T. H. – REIN, D. (eds.). *The Framework Convention for the Protection of National Minorities*. Leiden: Brill Nijhoff, 2018, s. 34.



není ustálené a všeobecně přijímané.<sup>93</sup> Podstatou zařazení práv LGBTI osob do diskursu lidských práv je tzv. univerzalistický přístup k lidským právům ve vztahu k LGBTI komunitě, který říká, že všechny mezinárodně uznané dokumenty již ochranu genderových a sexuálních menšin implicitně obsahují. Mnoho států jej nicméně důrazně odmítá s poukazem na tzv. kulturně relativistický přístup k lidským právům a odvolává se na vlastní kulturní suverenitu.

Zkoumání menšinového statusu LGBTI osob proto není bez významu, jelikož menšinová práva jsou (na rozdíl od univerzálních lidskoprávních dokumentů) řazena do kategorie specifických lidských práv přiznaných zvláště zranitelným skupinám osob.<sup>94</sup> Tento přístup přitom do jisté míry reaguje na zpochybňování univerzality lidských práv ve vztahu k LGBTI komunitě. Konkrétní nástroj menšinové ochrany LGBTI osob si pak lze v kontextu menšinového práva představit v podobě úmluvy výslovně adresující práva LGBTI osob, přičemž obsahovou předlohou by mohly být např. již zmiňované Yogyakartaťské zásady.

Mgr. Markéta Polendová  
marketa.polendova@brizatrubac.cz  
Bříza & Trubač, advokátní kancelář

---

<sup>93</sup> DONNELLY, J. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2013, s. 285–286.

<sup>94</sup> HENRARD, K. *Equal rights versus special rights? Minority protection and the prohibition of discrimination* [online]. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007, s. 15 [cit. 2021-02-14]. Dostupné na: <https://op.europa.eu/cs/publication-detail/-/publication/52629060-f3b7-4df2-ac64-3882c78bdef1>.



# PENÍZE, NEBO (SOUKROMÝ) ŽIVOT! OCHRANA OSOBNÍCH ÚDAJŮ V OBCHODNÍM MODELU *PAY OR OKAY*

KRISTÝNA BÓNOVÁ

**Abstract:** **Your Money or Your (Private) Life! Personal Data Protection in the Pay or Okay Business Model**

This article discusses the controversial *pay or okay* business model and examines its legal prerequisites and implications when used on online platforms within the European legislative environment. The analysis begins with a review of a decision by the Court of Justice of the European Union, which deemed this model legal, followed by exploration of its theoretical and practical problematic aspects. Criticism of the model primarily focuses on freely given consent and the pricing of the “pay” option. Consequently, the European Data Protection Board and certain national authorities have formulated positions and outlined criteria to consider when contemplating the implementation of the *pay or okay* business model.

**Keywords:** personal data; right to privacy; *pay or okay*; cookies; targeted advertising

**Klíčová slova:** osobní údaje; právo na soukromí; *pay or okay*; cookies; cílená reklama

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.164

## ÚVOD

Digitální ekosystémy se stále více spoléhají na znalost detailních informací o uživatelích. Proto je v zájmu poskytovatelů online služeb získat souhlas uživatelů se zpracováním osobních údajů, které podnikatelům umožňují personalizovat zobrazovaný obsah, včetně reklamy. Tím získají větší pozornost nebo angažovanost uživatelů, a tedy i větší zisky. Poskytování personalizované reklamy se odehrává skrze tzv. *real-time bidding* (RTB). RTB představuje burzu online reklamní plochy, kterou si poskytovatelé reklamy mohou vybírat například podle toho, komu se reklama na dané webové stránce nebo v dané aplikaci bude zobrazovat.<sup>1</sup> V případě možnosti zobrazit personalizovanou reklamu jsou inzerenti ochotni za poskytnutí reklamní plochy zaplatit více než za běžnou reklamní plochu.<sup>2</sup> Na základě sdílení informací o tom, jaké charakteristiky jsou typické pro návštěvníka nebo návštěvnici daných webových stránek,

<sup>1</sup> Srov. např. TOMÍŠEK, J. *Ochrana osobních údajů v systémech internetové reklamy*. Disertační práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2024, s. 74 a násl.

<sup>2</sup> MÜLLER-TRIBBENSEE, T. – MILLER, K. – SKIERA, B. *Paying for Privacy: Pay-or-Tracking Walls* [online]. 5. 3. 2024, s. 7 [cit. 2024-03-20]. Dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=4749217>.

projeví poskytovatel reklamy zájem o inzertní plochu a uživateli se v odpovídajícím čase zobrazí reklama přizpůsobená jeho zájmům.<sup>3</sup>

V tomto článku nejprve stručně představím jednotlivé způsoby, jakými lze přístup k obsahu omezovat, resp. podmiňovat, jestliže není poskytnut zcela volně komukoliv. Tím zasadím model *pay or okay* do kontextu ostatních variant *cookie* lišt. Jednotlivé varianty nazývám obchodním modelem, neboť mají vliv na zapojení uživatele, na způsob financování provozu a na celkový zisk podnikatele. Dále se v článku zaměřím výhradně na model *pay or okay*.

Tento model vešel nejvíce ve známost široké laické veřejnosti teprve nedávno – v uplynulém roce k němu přistoupila společnost Meta na svých sociálních sítích Facebook a Instagram a v době psaní tohoto článku i český zpravodajský server Seznam. Meta jej zavedla v reakci na rozhodnutí Evropského sboru pro ochranu osobních údajů, jež bylo součástí zajímavého rozhodovacího vývoje, v rámci něž se otázkou poskytování služeb výměnou za poskytování osobních údajů zabýval také Soudní dvůr Evropské unie v rozhodnutí Meta v Bundeskartellamt. Přestože se s touto praktikou do určité míry vypořádává jak legislativa, tak i rozhodovací autority, setkává se s kritikou mezi laickou i odbornou veřejností. Na identifikaci milníků rozhodovacího vývoje proto navazují kapitolami popisujícími jednotlivé problematické aspekty přijetí tohoto modelu. Těmi jsou komoditizace osobních údajů, svobodný souhlas a výše ceny, kterou uživatelé platí za ochranu svého soukromí. Článek v rámci hodnocení tohoto modelu poskytuje argumenty, které se vypořádávají s jednotlivými kritikami z teoretického i praktického pohledu a ke kritickým místům tohoto obchodního modelu nastiňuje možná řešení.

Cílem článku je představit možné konflikty praktiky *pay or okay* s předpisy na ochranu osobních údajů a na ochranu soukromí a uvést do vzájemných souvislostí jednotlivé argumenty jak kritiků, tak příznivců této praktiky. Článek zasazuje tuto praktiku do jednoznačných teoretických východisek, zároveň ale neopomíná ani praktické důsledky pro podnikatele, kteří uvažují nad zavedením tohoto modelu.

V článku se proto zaměřuji na evropské právní prostředí. České právo na ochranu osobních údajů a na ochranu spotřebitele silně vychází z unijní právní úpravy. Relevantní unijní úprava je provedena do národních právních předpisů, které se tudíž nijak neodchyľují v tématech zásadních pro tento článek. Článek zohledňuje stav ke dni 25. 4. 2024.

### *PAYWALL, COOKIE WALL, PAY OR OKAY*

V praxi existují vedle volného přístupu k obsahu tři varianty obchodních modelů, z nichž podnikatelé mohou vybírat. Prvním z nich je *paywall*, tedy zpřístupnění obsahu za peníze. V tomto případě web nenabízí (a nabízet nemusí) žádnou alternativu pro uživatele, kteří peníze platit nechtějí. Tato varianta se využívá například u internetových televizí, online zpravodajství nebo u platforem umožňujících sdílení videí a podcastů. Často je tento model modifikován do hybridní podoby, která spojuje volný přístup k části obsahu s formou placeného přístupu k „prémiovému obsahu“.

<sup>3</sup> TOMÍŠEK, c. d., s. 74 a násled.

Pokud je obsah dostupný za *cookie wall*, uživatel musí udělit souhlas se zpracováním *cookies*, aby k obsahu získal přístup. Od typických *cookie* lišt se liší tím, že je skryta celá webová stránka, tudíž přístup k obsahu bez udělení souhlasu není vůbec možný. Souhlas je klíčovým prvkem při zpracování *cookies*. Provozovatelé komunikačních sítí potřebují souhlas uživatele k ukládání analytických a marketingových *cookies* (na rozdíl od ukládání technických provozních údajů). Tyto *cookies* navíc představují natolik podrobné informace, že mohou vést k identifikaci uživatele – představují tedy osobní údaje.<sup>4</sup> Proto se na ně vztahují ještě pravidla pro ochranu osobních údajů, která upřesňují, že udělený souhlas musí být svobodný.<sup>5</sup>

Právním posouzením *cookie walls* se již zabývaly dozorové úřady například v Nizozemsku a ve Francii.<sup>6</sup> Závěrem stanovisek obou orgánů bylo, že souhlas v rámci *cookie walls* nelze považovat za svobodný, neboť je vynucený podmíněním přístupu k obsahu, který se zpracováním osobních údajů jako takovým nespojuje.<sup>7</sup> Stejný závěr prezentuje i Evropský sbor pro ochranu osobních údajů (dále jen EDPB) a odůvodňuje ho tím, že pokud je poskytnutí služby udělením souhlasu přímo podmíněno, uživatel nemá skutečnou možnost volby, a proto nelze souhlas považovat za svobodně udělený.<sup>8</sup>

Podle francouzského dozorového orgánu musí být uživateli v případě zavedení modelu *cookie wall* nabídnut alternativní spravedlivý způsob, jakým může k obsahu získat přístup.<sup>9</sup> Jestliže chce poskytovatel obsahu zachovat určitou míru výdělečnosti, nebo alespoň financování činnosti, bude tato alternativa zpravidla spočívat v zaplacení finanční částky výměnou za zpřístupnění obsahu bez současného zpracování osobních údajů uživatele. I francouzský dozorový úřad tedy ve svém stanovisku ke *cookie walls* předpokládal variantu kombinace s placenou verzí.

K této variantě se poskytovatelé skutečně v poslední době začali uchýlovat a *cookie wall* zkombinovali s modelem *paywall*. Existence dvou alternativ přístupu k obsahu – po zaplacení penězi nebo po poskytnutí osobních údajů – vešla ve známost jako model *pay or okay*.<sup>10</sup> Po zaplacení částky je uživateli buď zpřístupněn určitý obsah (např. k jednomu videu, k deseti článkům apod., tzv. *pay per use*), nebo je mu zpřístupněn všechny

<sup>4</sup> FIALOVÁ, E. Cookies a požadavky na souhlas. In: *Právní prostor* [online]. 8. 9. 2020 [cit. 2024-02-08]. Dostupné na: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/obcanske-pravo/cookies-pozadavky-na-souhlas>.

<sup>5</sup> Souhlas by navíc měl být udělen k jednotlivým typům *cookies* v souladu s požadavky na granularitu. Více srov. The EU's Article 29 Data Protection Working Party. Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookie [online]. 2. 10. 2013 [cit. 2024-02-12]. Dostupné na: [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf).

<sup>6</sup> Autoriteit persoonsgegevens. *Hoe legt de AP de juridische normen rond cookiewalls uit?* [online]. [cit. 2024-02-08]. Dostupné na: [https://autoriteipersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/normuitleg\\_ap\\_cookiewalls.pdf](https://autoriteipersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/normuitleg_ap_cookiewalls.pdf); Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation. In: *CNIL* [online]. 16. 5. 2022 [cit. 2024-06-21]. Dostupné na: <https://www.cnil.fr/fr/cookie-walls-la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation>.

<sup>7</sup> FIALOVÁ, c. d.

<sup>8</sup> European Data Protection Board. Pokyny č. 05/2020 k souhlasu podle nařízení 2016/679. Verze 1.1 [online]. 4. 5. 2020, s. 12, bod 39 [cit. 2024-02-11]. Dostupné na: [https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_cs.pdf](https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_cs.pdf).

<sup>9</sup> France: CNIL publishes criteria for assessing legality of cookie walls. In: *Data Guidance* [online]. 17. 5. 2022 [cit. 2024-02-11]. Dostupné na: <https://www.dataguidance.com/news/france-cnil-publishes-criteria-assessing-legality>.

<sup>10</sup> „Pay or Okay“ bei derStandard.at? In: *noyb* [online]. 10. 12. 2018 [cit. 2024-02-13]. Dostupné na: <https://noyb.eu/en/pay-or-okay-bei-derstandardat>.

obsah na určitou dobu (typicky měsíc, tzv. *pay per period plan*),<sup>11</sup> často s automatickým obnovením.<sup>12</sup> Jednou z nejvýraznějších společností využívající tuto variantu je v současné době Meta.

## EXKURZE DO „HISTORIE“ – JAK ŠEL ČAS SE SPOLEČNOSTÍ META

Možnost placení nebo využití alternativy v podobě poskytnutí osobních údajů, tedy model *pay or okay*, není novinkou. Již před lety tento obchodní model začaly zavádět online časopisy v Německu a v Rakousku.<sup>13</sup> Nedávno se však tato praktika dostala do hledáčku široké veřejnosti díky společnosti Meta, která jej implementovala na svoji sociální síť Facebook a Instagram. Najednou stálo před dlouholetými uživateli těchto platforem rozhodnutí, zda souhlasit s poskytováním osobních údajů za účelem personalizace reklamy, nebo zda zaplatit Metě částku pohybující se mezi 200–300 korunami (v závislosti na webové nebo mobilní verzi). Případnou alternativou bylo se těchto sociálních sítí, které mnozí používali po několik dlouhých let, vzdát. V této kapitole představím, kde celý příběh placeného Facebooku a Instagramu začal a proč Meta k tomuto řešení po tolika letech přistoupila. A to zvláště poté, co měl Facebook drtivou část svojí existence na úvodní stránce informaci, že „*je a vždy bude zdarma*“. Ta v loňském roce bohužel ze stránky nenápadně zmizela. K zavedení možnosti placené verze totiž společnost Meta nepřistoupila zcela dobrovolně, ale v návaznosti na rozhodnutí irského dozorového úřadu pro ochranu osobních údajů, který se zabýval právním titulem zpracování osobních údajů za účelem personalizované reklamy.<sup>14</sup>

Aby mohl poskytovatel služeb zpracovávat osobní údaje, musí si předem určit v zásadě dvě věci: účel a právní titul. Účel poukazuje na to, *proč* a *k čemu* osobní údaje potřebuje, jedná se o motivaci poskytovatele. Aby bylo zpracování zákonné, musí být účel popsán dostatečně konkrétně. V případě *pay or okay* modelu bude účel vymezen například jako poskytování personalizované reklamy. Chybné je, pokud účel není definován dostatečně konkrétně, a odkazuje se například pouze na „vylepšení služeb“ nebo „lepší zážitek pro uživatele“ – takové vymezení totiž uživateli zdaleka neřekne, k čemu vlastně mohou být jeho osobní údaje využity. Pojmenovat účel zpracování zpravidla není těžké, zato určit právní titul zpracování bývá složitější. Právní titul je vymezen obecným nařízením o ochraně osobních údajů (GDPR) a slouží jako právní základ, kterým správce musí zpracování osobních údajů za daným účelem podložit. Právními tituly, které připadají v úvahu v kontextu personalizace, jsou smlouva, oprávněný zájem a souhlas. Zbylé právní tituly (plnění právní povinnosti, plnění úkolů ve veřejném zájmu a ochrana životně důležitých zájmů) proto v tomto článku nebudou rozepsány.

<sup>11</sup> MÜLLER-TRIBBENSEE – MILLER – SKIERA, *c. d.*, s. 10.

<sup>12</sup> Tamtéž, s. 19.

<sup>13</sup> „Pay or Okay“ bei derStandard.at?

<sup>14</sup> EDPB publishes urgent binding decision regarding Meta. In: *European Data Protection Board* [online]. 7. 12. 2023 [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: [https://www.edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-publishes-urgent-binding-decision-regarding-meta\\_en](https://www.edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-publishes-urgent-binding-decision-regarding-meta_en).

Obecně platí, že pokud je zpracování osobních údajů nezbytné pro naplnění smlouvy, tedy pokud bez toho fakticky není možné naplnit účel smlouvy a službu poskytnout, pak je požadavek na zpracování osobních údajů jako podmínka přístupu ke službě legitimní.<sup>15</sup> Jestliže však poskytovatel využívání služby podmiňuje udělením souhlasu se zpracováním osobních údajů, aniž by takové zpracování bylo nezbytnou náležitostí služby, pak je tato praktika považována za nepřipustnou a smlouvu jako právní titul nelze využít.<sup>16</sup>

Původně Meta považovala zpracování za zákonné na základě právního titulu plnění smlouvy,<sup>17</sup> proti čemuž byla v roce 2018 podána stížnost k belgickému dozorovému úřadu, který ji pro nepřislušnost postoupil irskému dozorovému orgánu.<sup>18</sup> V této věci vydal EDPB závazné rozhodnutí,<sup>19</sup> na jehož základě irský úřad konstatoval, že plnění smlouvy není platným právním titulem právě proto, že shromažďované osobní údaje nejsou nezbytně nutné k poskytování služby, která je předmětem smlouvy.<sup>20</sup> Meta proto pro zpracování osobních údajů na svých sociálních sítích musela právní titul změnit a zvolila další, zdánlivě nejjednodušší variantu – argumentaci legitimním zájmem na personalizaci reklamy,<sup>21</sup> který podle společnosti převažoval nad zájmem uživatelů na ochraně jejich soukromí. Tato argumentace se však nepřekvapivě nesetkala s pochoopením u Soudního dvora EU. Ze závěrů rozhodnutí Soudního dvora EU (dále také jen „SDEU“) z roku 2023, konkrétně z podmínek určených pro přípustnost zpracování osobních údajů na základě smlouvy a oprávněného zájmu,<sup>22</sup> plyne, že jediným možným právním titulem zpracování osobních údajů pro účely personalizované reklamy v případě společnosti Meta a sociálních sítí je výslovný souhlas dotčených uživatelů. Meta nicméně vytušila, že souhlas by spousta uživatelů neudělila, kdyby nemusela, čímž by Meta přišla o velkou část osobních údajů a možností jejich zpracování. Proto sociální sítě zpřístupnila buď za podmínky udělení souhlasu, nebo po zaplacení finanční částky. Soudní dvůr se ve svém rozsudku problematikou osobních údajů jako protiplnění nezabýval komplexně, neboť se nejednalo o hlavní předběžnou otázku. Uvedl nicméně, že uživatelé, kteří souhlas se zpracováním osobních údajů neudělí, by neměli být zbaveni možnosti službu využívat, i kdyby to znamenalo, že za ni zaplatí přiměřenou odměnu.<sup>23</sup> Jedná se o izolovaný výrok bez hlubší analýzy a zhodnocení potenciálních následků včetně rizik – toto tvrzení SDEU nicméně není přelomové, se stejnou variantou pracuje

<sup>15</sup> Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21. In: *InfoCuria Judikatura* [online]. Bod 8 [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=275125&pageIndex=0&doclang=CS&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

<sup>16</sup> Tamtéž, bod 155.

<sup>17</sup> Rozhodnutí irského dozorového orgánu pro ochranu osobních údajů ze dne 31. 12. 2022, zn. IN-18-5-7 [online]. [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: [https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/instagram\\_inquiry-18-5-7\\_final\\_decision\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/instagram_inquiry-18-5-7_final_decision_en.pdf).

<sup>18</sup> Tamtéž, bod 2.

<sup>19</sup> European Data Protection Board. Binding Decision 2/2022 on the dispute arisen on the draft decision of the Irish Supervisory Authority regarding Meta Platforms Ireland Limited (Instagram) under Article 65(1)(a) GDPR [online]. 28. 7. 2022 [cit. 2024-06-23]. Dostupné na: [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-09/edpb\\_bindingdecision\\_20222\\_ie\\_sa\\_instagramchildusers\\_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-09/edpb_bindingdecision_20222_ie_sa_instagramchildusers_en.pdf).

<sup>20</sup> Rozhodnutí irského dozorového orgánu pro ochranu osobních údajů ze dne 31. 12. 2022, zn. IN-18-5-7.

<sup>21</sup> Tamtéž.

<sup>22</sup> Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21, bod 155.

<sup>23</sup> Tamtéž, bod 150.

směrnice o digitálním zboží a digitálních službách přijatá roku 2019. Pojetí osobních údajů jako protiplnění se věnuji v následující části článku.

Z vývoje jednotlivých rozhodnutí a postupu společnosti Meta lze usoudit, že Meta vždy volila nejjednodušší možný způsob ospravedlnění svých praktik místo důsledné počáteční analýzy a vyhodnocení potřeby zpracování. Zahrnutí personalizované reklamy do podstaty smlouvy, na jejímž základě je služba poskytována, nevyžaduje ani vypracování balančního testu (na rozdíl od oprávněného zájmu), natož úpravu modelu tak, aby byl od uživatelů vyžadován souhlas, a riskování neudělení souhlasu.

Na jaře tohoto roku zpravodajský server Seznam Zprávy oznámil, že se k této formě obchodního modelu přihlásí také a některé služby poskytované společností Seznam budou nově nabízet službu „Bez cílené reklamy“.<sup>24</sup> Nazvat tuto praktiku „službou“ je zarážející hned v úvodu. Vybrané služby tedy uživatelé nově budou moci využívat buď po udělení souhlasu se zpracováním osobních údajů, nebo po zaplacení částky 79 Kč.<sup>25</sup>

Varianta, která nabízí uživatelům volbu mezi zaplacením ceny nebo poskytnutím osobních údajů, se rychle setkala s širokou kritikou. Kritika se opírá v zásadě o tři argumenty, které budou rozebrány v následujících kapitolách:

- Osobní údaje nejsou komodita, kterou bychom mohli platit.
- Souhlas není v modelu *pay or okay* svobodně udělený.
- Přijímáním modelu *pay or okay* se soukromí stává luxusem, nikoli základním právem.

## OSOBNÍ ÚDAJE JAKO KOMODITA

Prvním zásadním problémem, který vyvěrá z využívání osobních údajů jako protiplnění, je jejich vnímání jako komodity. EDPB se výslovně staví proti takovému pojetí,<sup>26</sup> neboť odporuje způsobu ochrany osobních údajů v evropském právním systému<sup>27</sup> – osobní údaje totiž nejsou vnímány jako obchodovatelný statek a nejsou chráněny vlastnickým právem, které by umožňovalo jejich převedení. Směrnice o digitálním zboží a digitálních službách přesto umožňuje jejich poskytnutí jako protiplnění, a to i pro marketingové účely. I přes významná varování a nepřípustnosti komoditizace osobních údajů se směrnice o digitálním zboží a digitálních službách, rozsudek SDEU

<sup>24</sup> JUNA, P. Platit daty, či penězi? Uživatelé Seznamu mají na výběr. In: *Seznam Zprávy* [online]. 25. 3. 2024 [cit. 2024-03-26]. Dostupné na: <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/ekonomika-firmy-byznsy-seznamu-platit-daty-ci-penezi-uzivatele-seznamu-dostanou-na-vyber-248376>.

<sup>25</sup> Tamtéž.

<sup>26</sup> European Data Protection Board. EDPB-EDPS Joint Opinion 2/2022 on the Proposal of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act) [online]. 4. 5. 2022, s. 18, bod 63 [cit. 2024-02-20]. Dostupné na: [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-edps\\_joint\\_opinion\\_22022\\_on\\_data\\_act\\_proposal\\_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-edps_joint_opinion_22022_on_data_act_proposal_en.pdf).

<sup>27</sup> V americkém kontextu argumenty vedou ve prospěch přípustnosti vlastnictví osobních údajů – kalifornský zákon na ochranu soukromí dokonce osobním údajům přiznává povahu předmětu smlouvy o koupi zboží. Srov. PRINS, C. When Personal Data, Behavior and Virtual Identities Become a Commodity: Would a Property Rights Approach Matter. *SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society*. 2006, Vol. 3, No. 4, s. 272. Shodně též FILATOVA-BILOUS, N. Data as a Tradeable Commodity: Propertization vs. the Concept of Exclusive Rights. *Teisé*. 2022, Vol. 124, s. 58.



ve věci *Meta v Bundeskartellamt* ani stanovisko EDPB nepouštějí do hlubšího vysvětlení tohoto spojení.

Na vlastnictví osobních údajů existují dva názory. Podle některých by tento koncept osobních údajů měl za následek jejich větší ochranu, a potažmo tedy i větší kontrolu jednotlivců nad ochranou jejich soukromí.<sup>28</sup> Podle jiných by naopak lidé využívali možnosti zisku jejich prodejem, což by v důsledku vedlo k většímu šíření osobních údajů, a tedy k nižší ochraně soukromí.<sup>29</sup>

Ochrana osobních údajů je úzce propojena s právem na soukromí.<sup>30</sup> Předmětem ochrany práva na soukromí není jen soukromí jako takové, ale v širším slova smyslu i lidská důstojnost a základní svobody.<sup>31</sup> Jednou ze složek práva na soukromí je právo na informační sebeurčení, které právě úzce souvisí s osobními údaji.<sup>32</sup> První argument, proč má evropské pojetí práva na soukromí bránit převodu osobních údajů, je takový, že právo na soukromí (které ale přes jisté spojitosti není synonymem k osobním údajům) má být jakožto základní lidské právo nepřevoditelné,<sup>33</sup> resp. nezczizitelné. Druhým je argument, že osobní údaje jsou tak úzce spjaty s dotčenou osobou a s její osobností,<sup>34</sup> že jednoduše není možné převést práva k nim někomu jinému, protože náleží pouze k této osobě. Panuje obava, že model *pay or okay* by mohl vzbudit dojem, že se na osobní údaje může nahlížet jako na předmět vlastnictví,<sup>35</sup> protože jsou staveny na roveň zaplacení ceny. Takový pohled je silně nežádoucí, neboť by znamenal významné ovlivnění možností nakládání s osobními údaji ze strany podnikatelů.

Spojování osobních údajů s vlastnickým právem je v návaznosti na jejich rostoucí ekonomický potenciál předmětem mnoha akademických diskuzí.<sup>36</sup> Jejich povaha však vlastnickému právu neodpovídá, což vyplývá například z práv k věci (právo věc držet, užívat, měnit nebo ničit a právo s ní nakládat), která neodpovídají právům a možnostem nakládání s osobními údaji.<sup>37</sup> Zvláštní věcné právo k osobním údajům vedle práva vlastnického nelze zavést, protože občanský zákoník obsahuje *numerus clausus* věcných práv.<sup>38</sup>

Další problematické otázky v případě uznání vlastnického práva k osobním údajům jsou jak teoretické, tak praktické: kdo je vlastníkem osobních údajů nebo například

<sup>28</sup> LESSIG, L. Privacy as property. *Social research*. 2002, Vol. 69, No. 1, s. 255.

<sup>29</sup> Tamtéž.

<sup>30</sup> Byť to není totéž a do ochrany osobních údajů se promítají i další zájmy (například zákaz diskriminace).

<sup>31</sup> PRINS, *c. d.*, s. 275.

<sup>32</sup> Stanovisko pléna Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 24/10, bod 29; TŮMA, P. Komentář k § 86. In: LAVICKÝ a kol. *Občanský zákoník I: obecná část (§ 1–654)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 509–524.

<sup>33</sup> FILATOVA-BILOUS, *c. d.*, s. 57.

<sup>34</sup> PRINS, *c. d.*, s. 280.

<sup>35</sup> European Data Protection Board. Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms [online]. 17. 4. 2024 [cit. 2024-04-22]. Dostupné na: [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb\\_opinion\\_202408\\_consentorpay\\_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_opinion_202408_consentorpay_en.pdf).

<sup>36</sup> Srov. PRINS, *c. d.*; nebo HAZEL, S. H. Personal data as property. *Syracuse Law Review*. 2020, Vol. 70, No. 4, s. 1055–1114.

<sup>37</sup> JANEČEK, V. Ownership of personal data in the Internet of Things. *Computer Law & Security Review*. 2018, No. 5, s. 1039–1052.

<sup>38</sup> Tamtéž.

profilů na sociálních sítích?<sup>39</sup> Které konkrétní údaje by byly předmětem vlastnictví? V případě behaviorálních vzorců odpozorovaných sledováním chování uživatelů je například obtížné určit, které konkrétní údaje vedly k jakým konkrétním poznatkům o chování daného jednotlivce.<sup>40</sup>

Někteří autoři se proto rozhodli prozkoumat možnosti, které nabízí právo duševního vlastnictví.<sup>41</sup> Arlowski tvrdí, že vznik takového nového práva, resp. nového typu duševního vlastnictví k osobním údajům je možný a v dnešní době potřebný.<sup>42</sup> Podobně jako u vlastnictví, i zavedení takového práva by mohlo přispět k ochraně soukromí.<sup>43</sup> Na základě teorie vlastnictví, s níž přišel Locke, dochází k závěru, že používání technologií lze považovat za práci daného jednotlivce, a údaje (např. zmiňované behaviorální vzorce), které tím generuje, je proto možné považovat za komoditu, k níž danému jednotlivci vznikají práva.<sup>44</sup> Naproti tomu existuje opačný argument, že osobní údaje skrze právo duševního vlastnictví nelze chránit mimo jiné právě proto, že ke vzniku osobních údajů jedinec nijak nepřispívá vlastní kreativitou či vlastní cílenou prací, a od existujících předmětů duševního vlastnictví tedy mají diametrálně odlišnou povahu.<sup>45</sup>

Model *pay or okay* je ukázkou toho, že osobní údaje mají ekonomický význam, což by mohlo vést k jejich chápání jako komodity. I přes obavy, že by podnikatelé nabyli dojmu, že k osobním údajům mají nějaká majetková práva, nicméně tato praktika nepopírá povahu osobních údajů a neodporuje pravidlu nezczizitelnosti práva na soukromí jakožto základního lidského práva, protože udělením souhlasu se zpracováním spotřebitel nepřevádí na poskytovatele svá práva k osobním údajům. Naopak poskytovateli kvůli jejich zpracování vznikají povinnosti jakožto správci. Že možná komoditizace a neexistence vlastnických práv k osobním údajům není reálnou překážkou modelu *pay or okay*, ostatně ukazují i závěry SDEU<sup>46</sup> a směrnice o digitálních službách, které poskytnutí osobních údajů výměnou za poskytnutí služby připouštějí. Model totiž neumožňuje nic jiného než poskytování osobních údajů na základě souhlasu, čemuž odpovídá jak faktická realita, tak i právní předpisy na ochranu osobních údajů.<sup>47</sup> Ačkoli se tedy v praxi může zdát, že se z osobních údajů stává komodita, fakticky nejsou při jejich poskytování převáděna žádná majetková práva. Proto nelze hovořit o osobních údajích jako komoditě a ani o vlastnickém právu k nim.

Směrnice o některých digitálních službách představuje nově legislativně ukotvenou možnost nabízení zboží nebo služeb spotřebiteli za protiplnění ve formě poskytnutí osobních údajů. Toto ustanovení zvedlo vlnu pozornosti vůči chápání osobních údajů

<sup>39</sup> PRINS, c. d., s. 276.

<sup>40</sup> Srov. LOERTSCHER, S. Digital monopolies: Privacy protection or price regulation? *International Journal of Industrial Organization*. 2020, Vol. 71, s. 11.

<sup>41</sup> Srov. BARTOW, A. Our data, ourselves: Privacy, propertization, and gender. *University of San Francisco law review*. 2000, Vol. 34, s. 685, který rovněž osobní údaje přirovnává k právu obchodních společností k firmě a jiným údajům (s. 634).

<sup>42</sup> ARLOWSKI, M. Personal Data as a New Form of Intellectual Property. *Journal of the Patent and Trademark Office Society*. 2022, Vol. 102, No. 4, s. 652.

<sup>43</sup> Tamtéž, s. 692.

<sup>44</sup> Tamtéž, s. 655.

<sup>45</sup> FILATOVA-BILOUS, c. d., s. 63.

<sup>46</sup> Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21, bod 150.

<sup>47</sup> FILATOVA-BILOUS, c. d., s. 57.

jako komodity v právním světě dříve, než se obchodní model Mety na její sociální síti Facebook dostal k široké veřejnosti. Samotná směrnice se však straní jakéhokoliv popozování zákonnosti zpracování osobních údajů.

Recitál ke směrnici v bodě 24 upřesňuje, že osobní údaje představují formu protiplnění v případech, kdy „spotřebitel založí účet na sociální síti a poskytne své jméno a adresu elektronické pošty, které jsou použity pro jiné účely než pro výlučné poskytování digitálního obsahu nebo digitální služby či jiné účely než splnění zákonných požadavků. [...] a] kdy spotřebitel dává souhlas k tomu, aby obchodník zpracovával materiály představující osobní údaje, jako jsou fotografie nebo zprávy nahrané spotřebitelem, pro marketingové účely.“ Ačkoli to zprvu se zmínkou kontaktních údajů nevypadá, že by směrnice pokrývala i model *pay or okay*, dovětek o marketingových účelech nasvědčuje opaku. To, že se primárně vztahuje na kupní smlouvy a smlouvy o poskytnutí služeb, je však z pohledu ochrany osobních údajů poněkud matoucí, protože recitál najednou rozšiřuje působnost i na osobní údaje poskytnuté na základě souhlasu, tedy nikoli z titulu plnění smlouvy. Těžko tedy říct, jaký přesně je vztah mezi směrnici a modelem *pay or okay*. Recitál slouží jako výkladové vodítko a není závazný. V souladu s ním nicméně nedávno rozhodl i SDEU v případě společnosti Meta. SDEU naznačil, že by takový obchodní model mohl být v souladu s právem – uživatelé, kteří nechtějí udělit souhlas se zpracováním osobních údajů, by dle SDEU měli mít možnost využít rovnocennou alternativu nezahrnující zpracování osobních údajů, poskytnutou případně i za přiměřenou odměnu.<sup>48</sup> Jakkoli legislativa, rozhodnutí SDEU i praxe ukazují, že osobní údaje jsou vnímány jako možná forma protiplnění (a o jejich ekonomické hodnotě není nejmenších pochyb), právní řád jako celek s tímto konceptem nepracuje. Proto pro některé může být těžké takovou formu „transakce“ uchopit nebo pojmenovat, z čehož právě plynou obavy o dezinterpretaci povahy osobních údajů – jejich poskytnutím a udělením souhlasu s jejich zpracováním se žádná věcná práva nepřevádějí.

## SVOBODNÝ SOUHLAS

Potřebným právním titulem pro zpracování osobních údajů za účelem poskytování personalizované reklamy je souhlas. Se způsobem, jakým je tento souhlas od uživatelů získáván, se pojí druhá kritika modelu *pay or okay*, a vyzdvihována je zejména svoboda souhlasu. Dle průzkumu NOYB pouze 3–10 % uživatelů preferují personalizovanou reklamu (statistika bez zohlednění toho, zda ji preferují i za „cenu“ sdílení osobních údajů s podnikatelem).<sup>49</sup> Přesto podnikatelé tvrdí, že souhlasy se zpracováním osobních údajů za účelem personalizace reklamy jsou uděleny dobrovolně.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21, bod 150.

<sup>49</sup> NOYBeu. Why More and More Websites Make You Pay for Your Privacy. In: *Youtube* [online]. 9. 4. 2024 [cit. 2024-04-18]. Dostupné na: [https://www.youtube.com/watch?v=pybSRk7mFbk&t=2s&ab\\_channel=NOYBeu](https://www.youtube.com/watch?v=pybSRk7mFbk&t=2s&ab_channel=NOYBeu).

<sup>50</sup> Tamtéž.

Mezi aspekty, které se hodnotí v rámci naplnění požadavku na svobodný souhlas, patří mj. granularita souhlasu a nerovné postavení mezi subjekty. Obě tato kritéria byla zmíněna v rozsudku *Meta v Bundeskartellamt* a navazuje na ně EDPB ve svém stanovisku k modelu *pay or okay*.

Ke granularitě SDEU ve svém rozsudku uvádí, že „[I]ze předpokládat, že souhlas není svobodný, není-li možné vyjádřit samostatný souhlas s jednotlivými operacemi zpracování osobních údajů, i když je to v daném případě vhodné, nebo je-li plnění smlouvy, včetně poskytnutí služby, učiněno závislým na souhlasu, i když to není pro toto plnění nezbytné“.<sup>51</sup> Dále dodává, že souhlas musí být udělen ke každé složce služby nebo ke každé službě zvlášť,<sup>52</sup> tedy ke každému účelu zpracování. Pokud chce poskytovatel obsahu zpracovávat osobní údaje ještě za jiným účelem, než je cílená reklama, je nezbytné tento nový účel oddělit a umožnit uživateli udělit k němu souhlas zvlášť, případně jej opřít o jiný právní titul. Nesmí tyto účely „schovat“ pod souhlas udělený se zpracováním reklamy. SDEU však nevyjasnil, zda je v pořádku vyžadovat souhlas rovněž se všemi těmito jinými účely za účelem zpřístupnění obsahu. Model *pay or okay* je stále primárně spjat s možností náhrady výdělkem za reklamu v případě, kdy uživatel souhlas neudělí. Proto je logické, aby byl přístup k obsahu podmíněn pouze souhlasem s cílenou reklamou, která poskytování služby financuje, a nikoli s dalšími účely zpracování. Opačný postup by v tomto kontextu odporoval smyslu granularity a více podporoval argument, že souhlas není svobodně udělený. Navíc by touto praxí docházelo k nežádoucímu rozšiřování *cookie fatigue*<sup>53</sup> a zahlcení informacemi.

Dalším aspektem, který má vliv na svobodnost udělení souhlasu, je reálný vztah mezi oběma stranami. Nerovné postavení mezi subjekty bývá nejčastěji vykládáno jako postavení zaměstnance a zaměstnavatele nebo jako postavení člověka vůči orgánu veřejné moci.<sup>54</sup> Jsou to nicméně pouze příklady, nikoli uzavřený výčet. Nerovnost v kontextu svobodnosti udělení souhlasu lze vnímat i mezi spotřebitelem<sup>55</sup> a podnikatelem, pokud má podnikatel významnou pozici na trhu.<sup>56</sup> Samotná nerovnost není překážkou souhlasu jako validního právního titulu pro zpracování osobních údajů, ale je důvodem pro zvýšenou opatrnost při hodnocení toho, zda byl souhlas udělen skutečně svobodně, a k vyžadování souhlasu by se v těchto vztazích mělo přistupovat spíše vzácně.<sup>57</sup> Pozice na trhu v případě *Meta* je dána několikaletým fungováním jejích sociálních sítí, které byly po celou tuto dobu přístupné uživatelům zdarma a téměř kdekoli v na

<sup>51</sup> Rozsudek Soudního dvora Evropské Unie ze dne 4. 7. 2023 ve věci C-252/21, bod 43.

<sup>52</sup> Tamtéž, bod 100.

<sup>53</sup> Přehlcení uživatelů neustálým udělováním souhlasu a *cookie* lištami. Srov. WEIN, T. Data Protection, Cookie Consent, and Prices. *Economies*. 2022, Vol. 10, No. 12, s. 1.

<sup>54</sup> European Data Protection Board, *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*.

<sup>55</sup> Spotřebitel je slabší smluvní strana. Závěry SDEU a EDPB nicméně nenaznačují, že jakýkoliv souhlas udělený spotřebitelem by mohl být defaultně nesvobodný z povahy nerovných spotřebitelských vztahů. Závěry SDEU a EDPB se v tomto kontextu zaměřují konkrétně na vztahy s podnikateli, kteří mají významné, až monopolní postavení na trhu, což se promítá do povahy služby, kterou poskytují a kterou chce spotřebitel využít bez nutnosti zpracování osobních údajů. Významnou pozici má podnikatel například kvůli jedinečnosti povahy služby nebo jedinečným vlastnostem služby.

<sup>56</sup> European Data Protection Board, *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*.

<sup>57</sup> Tamtéž, bod 98.

světě. Lidé si vytvořili vazby, které díky sociálním sítím snadno udržují, a zvykli si, že jsou sociální sítě součástí jejich každodenního života. Specifická pozice na trhu spočívá v tomto případě i v tom, že většinu kontaktů má uživatel právě například na Facebooku, a při využití jiné služby by bylo komplikované všechny přátele či známé přesvědčit, aby hromadně přešli na jiný komunikační kanál. Uživatel by tím navíc ztratil veškerou historii, kterou na profilu vybudoval. Jedná se tedy jak o „pouhý“ psychologický, tak i o ekonomický efekt a o faktickou praktičnost. Tyto faktory mohou být pro uživatele důvodem, proč vnímají danou sociální síť jako hlavní, přisuzují jí vysoký význam a souhlas se zpracováním osobních údajů udělí. Na tento aspekt upozorňuje i EDPB ve svém stanovisku k modelu *pay or okay*, kde uvádí, že právě vazba vytvořená na dané sociální síti může být důvodem narušení svobodnosti souhlasu.<sup>58</sup>

Pořád samozřejmě existuje alternativa placení, ale v tomto kontextu je důležité, že služby Mety byly po celá dlouhá léta zdarma, s čímž se pojí určitý zvyk a představa člověka o tom, že za sociální síť se neplatí, a pokud ano, je to nestandardní a není to nutné. V podstatě hraje významnou roli skutečnost, že si sociální sítě své uživatele „vychovaly“ způsobem, že tento typ služby je poskytnut zdarma. Na svém počátku samy nastavily určitý obchodní model, který pro ně a jejich cíle nebyl dlouhodobě udržitelný a který s rozvojem technologických možností změnily. To samo o sobě nemusí být problematické, pokud by zvolily způsob financování, který není postavený na nutnosti zpracování osobních údajů.

Tuto specifickou pozici nemají zpravodajské weby, kde si uživatel dovede představit alternativu placení za papírový výtisk a s nimiž uživatele zpravidla nepojí nějaká historie osobnějšího charakteru (fotografie, konverzace apod.), a proto mohou více zvažít vzdání se dané služby za účelem neplacení ceny a neposkytování osobních údajů, případně přejít na jiný zpravodajský web. Možná i proto rakouský zpravodajský web *der Standard*, první, který přišel na trh s modelem *pay or okay*,<sup>59</sup> zaznamenal po uvedení tohoto modelu menší zisky, byť cílem jeho zavedení bylo zachránit financování tohoto zpravodajství.<sup>60</sup>

EDPB přišel se zajímavým argumentem, že placení by pro uživatele mohlo představovat negativní následek, tedy „trest“ za neudělený souhlas.<sup>61</sup> Neudělení souhlasu nesmí mít pro uživatele žádný negativní vliv, a proto EDPB spatřuje problém v tom, že placená verze je jedinou alternativou. Vnímání zaplacení peněz za službu jako „negativní následek“ je z podnikatelského pohledu velmi přísné a mohlo by nastavit špatný standard pro praxi do budoucna. Stejně tak je vhodné přijmout možnost nevyužití služby jako rovnocennou variantu (ačkoli ta prakticky není zohledněna ani v případě zákazu implementace *cookie walls*). S tím se nicméně opět dostáváme do kolotoče s argumentem, že pokud byla služba 17 let zadarmo a během této doby se stala takovým fenoménem, jakým se stal například Facebook, stavení uživatele do pozice „buď začne platit, nebo služba nebude dostupná“ skutečně vede k tomu, že uchýlení se ke třetí možnosti

<sup>58</sup> Tamtéž, bod 108.

<sup>59</sup> NOYBeu, c. d.

<sup>60</sup> Tamtéž.

<sup>61</sup> Tamtéž, bod 69–70.

poskytnout osobní údaje – výměnou za to, co doposud měl, tedy službu zdarma – není rozhodnutí odpovídající skutečné vůli uživatele.

V ekonomii se pro popis vztahu spotřebitele k hodnotě zboží nebo služby používají dva termíny: ochota přijmout (nabídku) (WTA, *willingness to accept*) a ochota zaplatit (WTP, *willingness to pay*).<sup>62</sup> Ukázalo se, že pokud má spotřebitel obdržet peníze za to, že prozradí své osobní údaje, není ochotný se svého soukromí vzdát ve prospěch vize výdělku. Ochota spotřebitele chránit své soukromí se však snižuje, pokud je po něm naopak vyžadována aktivní platba za to, že osobní údaje sdíleny nebudou.<sup>63</sup> Jestliže tedy služba byla dlouhodobě dostupná všem zdarma, lze na základě takového měřítka nastavení placení jako alternativy představující nezpracování osobních údajů skutečně vnímat jako negativní následek, jakkoli takový závěr na počátku bez kontextu může znít absurdně.

## SOUKROMÍ JAKO LUXUSNÍ ZBOŽÍ

Že je zaplacení ceny následkem neudělení souhlasu se zpracováním, není podstatné jen pro náležitosti souhlasu, ale promítá se i do ochrany soukromí jako základního lidského práva. Představme si situaci, kdy je model *pay or okay* akceptován a ceny jsou nastavovány víceméně libovolně. V momentě, kdy spotřebitel využívá vícero služeb, které mají implementovaný model *pay or okay*, stoupá i cena, kterou pravidelně investuje do toho, že jej podnikatelé nesledují. Právo na soukromí by pak mohlo být pro některé uživatele prakticky nedostupné z finančních důvodů. Jakožto základní lidské právo by však právo na soukromí nemělo mít cenovku.<sup>64</sup>

Ekonomická stránka je pro podnikatele zásadní – zisk ostatně tvoří jeden z definičních prvků podnikání. Jednou ze stěžejních otázek, kterou si musí klást podnikatelé před zavedením modelu *pay or okay*, je právě nastavení ceny, za niž budou službu poskytovat. Tato otázka nastává již v případě typických *paywalls*, ale v případě *pay or okay* modelu je mnohem komplikovanější. Dalo by se dokonce říct, že podnikatelé v tomto ohledu mají těžší startovní pozici, neboť často do doby před zavedením *pay or okay* fungovali v režimu „zadarmo“. Tato změna situace placení se pak promítá v neochotě uživatelů platit za něco, co je doposud peníze nestálo. Neznamená to však, že by nastával odliv uživatelů.<sup>65</sup> Kromě toho je tu ale i další aspekt, a sice ocenění osobních údajů.

V zásadě se nabízí dvě varianty, jak dovozovat cenu přístupu k obsahu. První se odvíjí od klasického *paywall* modelu, kde si podnikatel jednoduše určí cenu, za jakou chce obsah zpřístupnit. Ta zpravidla bude zahrnovat náklady na poskytování obsahu a nějaký výdělek. Druhou variantou je náhrada za příjem, o který poskytovatel „přichází“ skrze reklamu v případě, že mu uživatel neudělí souhlas se zpracováváním osobních údajů. Takový postup může být vykládán tak, že lidé, kteří chtějí chránit svoje soukromí, platí

<sup>62</sup> ACQUISTI, A. – JOHN, L. K. – LOEWENSTEIN, G. What Is Privacy Worth? Online. *The Journal of Legal Studies*. 2013, Vol. 42, No. 2, s. 259.

<sup>63</sup> Tamtéž, s. 265.

<sup>64</sup> MÜLLER-TRIBBENSEE – MILLER – SKIERA, c. d., s. 73.

<sup>65</sup> Tamtéž, s. 36.

„extra“.<sup>66</sup> Studie přitom ukazuje, že poskytovatelé zpravidla cenu předplatného za obsah nepočítají na základě příjmů z reklamy,<sup>67</sup> ale nastavují cenu za přístup k obsahu tak, že její výše přesahuje výdělek plynoucí od uživatelů, kteří udělí souhlas se zpracováním jejich osobních údajů.<sup>68</sup>

Dle závěrů NOYB vyplývá, že průměrný uživatel by ročně za neudělování souhlasů na všech platformách v modelech *pay or okay* zaplatil přibližně 8 000 eur,<sup>69</sup> pokud by se staly praxí v běžně používaných aplikacích a na populárních webových stránkách. Je to nicméně teoretický odhad do budoucna, pro ilustraci nyní postačí pracovat s částkou klidně i desetkrát nižší, tedy 800 eur (v přepočtu cca 20 000 Kč). I tato desetinová částka se zdá být za roční zúčtovací období iracionální a těžko si představit, že by spotřebitelé chtěli – nebo si mohli dovolit – platit dvacet tisíc korun ročně proto, aby nebyli vystavováni cíleným reklamám a aby nemuseli sdílet své osobní údaje. Kromě toho, že se zde opět můžeme dostat k argumentu skutečně svobodného udělení souhlasu, bude pro spotřebitele tato částka zpravidla představovat výraznou finanční zátěž a silně narušovat přístup k základnímu lidskému právu na soukromí. Uživatel Seznamu, který si zaplatí za nezpracovávání osobních údajů, se reklamám nevyhne. Pouze nebudou cílené. Meta v placené verzi nabízí Facebook zcela bez reklam. Finanční zátěž na spotřebitele by bylo možné snížit právě zavedením varianty přístupu k obsahu s necílenými reklamami, která by byla levnější než varianta zcela bez reklam.<sup>70</sup> Navíc podnikatel může zavést kontextovou reklamu, která sice přináší menší výdělky než ta cílená, ale větší výdělky než náhodná reklama.<sup>71</sup>

Dalším argumentem pro kontextovou reklamu nebo placenou verzi s náhodnými reklamami je dodržení zásady minimalizace. V případě personalizované reklamy musí podnikatel brát v úvahu princip minimalizace a shromažďovat pouze takové osobní údaje (množství i druh), které jsou nezbytně potřeba pro naplnění účelu personalizace reklamy. Při personalizaci může argumentovat tím, že čím více informací podnikatel o spotřebiteli má, tím lépe může reklamu zacílit. Tento přístup by však vedl k umožnění sběru nekonečného množství a druhů osobních údajů, což není v souladu se zásadou minimalizace. Těžko tedy prokázat, jaké údaje společnosti skutečně potřebují za účelem personalizace reklamy a jak tyto údaje získávají. I tento argument by mohl být motivací přijmout variantu s takovými reklamami a cenou, která bude pro spotřebitele schůdnější.

## STANOVISKA NÁRODNÍCH DOZOROVÝCH ORGÁNŮ A EDPB

Nejnámější případy stížností proti *pay or okay* modelům se před dozorové orgány dostaly v Rakousku a v Německu. Německé dozorové orgány uznaly, že placená verze přístupu ke službám je relevantní alternativou k požadavku na udělení

<sup>66</sup> Tamtéž.

<sup>67</sup> Tamtéž, s. 24.

<sup>68</sup> Tamtéž, s. 4.

<sup>69</sup> NOYBeu, c. d.

<sup>70</sup> MÜLLER-TRIBBENSEE – MILLER – SKIERA, c. d., s. 7.

<sup>71</sup> Tamtéž, s. 42.

souhlasu s *cookies*.<sup>72</sup> To platí za předpokladu, že jsou naplněny legislativní požadavky na způsob udělení souhlasu s ohledem na ochranu osobních údajů. V rámci alternativních variant přístupu k obsahu by měly uživatelům podle německých autorit být v obou případech nabídnuty rovnocenné služby.<sup>73</sup> V případě placené varianty by však neměl být vyžadován další souhlas se zpracováním *cookies*, resp. osobních údajů, v rámci klasické *cookie* lišty. V případě varianty udělení souhlasu se zpracováním údajů musí souhlas dostatečně naplňovat požadavky na granularitu.<sup>74</sup>

Rakouský úřad pro ochranu osobních údajů uvedl šest bodů, jimž podnikatelé při zavádění *pay or okay* modelu musí věnovat pozornost.<sup>75</sup> Tato stanoviska byla vyhotovena předtím, než Evropský sbor pro ochranu osobních údajů vydal vlastní stanovisko, kterým by se národní autority mohly inspirovat v případě rozhodování jednotlivých případů.

Prvním z nich je obecná povinnost postupovat při zpracování osobních údajů v souladu s právními předpisy. Vzhledem k tomu, že je zpracování v tomto případě založeno na souhlasu, jedná se zejména o požadavky na souhlas, zejména na svobodné udělení souhlasu. Druhou podmínkou pro zákonné zavedení *pay or okay* modelu je naplnění předpokladu, že poskytovatel služeb není orgánem veřejné moci. Tento faktor by mohl ovlivnit jednak svobodu udělení souhlasu, jednak přístup jednotlivců k veřejné moci, což by potenciálně mohlo ohrozit výkon jejich dalších základních práv. Dalším důvodem pro zavedení této podmínky mohla být skutečnost, že orgány veřejné moci mohou činit pouze to, co jim zákon ukládá, a zavedení modelu *pay or okay* by bylo v rozporu s touto zásadou. Další bod rovněž omezuje množinu subjektů, které mohou model zavádět. Neměly by tak činit ty společnosti, které mají výlučný vztah k nabízenému obsahu nebo službám, tedy například takové, jež mají veřejné, resp. obecně prospěšné poslání nebo které jsou poskytovateli univerzálních služeb. Obdobně rakouský úřad z této množiny možných subjektů vyloučil společnosti, které mají monopolní nebo kvazi-monopolní postavení na trhu – v návaznosti na stanovisko EDPB, které popisuje významné postavení online platformy na trhu, by možná rakouský úřad podřadil do této množiny i společnost Meta.

Poslední dva body se týkají samotného placení. První z nich se věnuje výši ceny, kterou by měli uživatelé zaplatit v případě, kdy nebudou s podnikatelem sdílet své osobní údaje. Výše této ceny by dle rakouského dozorového orgánu měla být „přiměřená a spravedlivá“. Ke stejnému závěru dochází i francouzský úřad pro ochranu osobních údajů,<sup>76</sup> podle něž musí být podnikatel schopen výši ceny řádně odůvodnit a v rámci naplnění zásady transparentnosti by měl toto odůvodnění i uveřejnit. Pokud se ji uživatel rozhodne zaplatit, nemají být následně sbírány jeho osobní údaje pro účely

---

<sup>72</sup> Die Datenschutzkonferenz. Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder [online]. 22. 3. 2023 [cit. 2024-06-24]. Dostupné na: [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/DSK\\_Beschluss\\_Bewertung\\_von\\_Pur-Abo-Modellen\\_auf\\_Websites.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/DSK_Beschluss_Bewertung_von_Pur-Abo-Modellen_auf_Websites.pdf).

<sup>73</sup> Tamtéž.

<sup>74</sup> Tamtéž.

<sup>75</sup> FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz. In: *Österreichische Datenschutzbehörde* [online]. 20. 12. 2023 [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: [https://www.dsb.gv.at/download-links/FAQ-zum-Thema-Cookies-und-Datenschutz.html#Frage\\_9](https://www.dsb.gv.at/download-links/FAQ-zum-Thema-Cookies-und-Datenschutz.html#Frage_9).

<sup>76</sup> Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation.



personalizované reklamy.<sup>77</sup> Od toho se také odvíjí případné následné použití *cookie* lišty v případě, že se uživatel rozhodne zaplatit finanční částku namísto poskytnutí osobních údajů. Pokud webová stránka nepotřebuje údaje za žádným jiným účelem než personalizovanou reklamou, neměla by se uživatelům *cookie* lišta po zaplacení vstupu na webovou stránku vůbec zobrazovat. Jestliže je po uživatelích vyžadován souhlas se zpracováváním souborů *cookies* i po vstupu na web, měly by být dostatečně důsledně popsány důvody, k nimž budou použity, a mezi těmito účely by neměla být personalizovaná reklama.<sup>78</sup>

Oba dozorové orgány tedy v zásadě připouštějí dovolenost modelu *pay or okay* za daných podmínek. Je však třeba upozornit, že každý z dozorových orgánů zaujímal stanovisko na základě daného případu, který řešil, a rozhodoval tedy s ohledem na specifika daných okolností. Tyto tři zmiňované autority dbají zejména na svobodnost udělení souhlasu a granularitu tak, aby byl souhlas udělen v souladu s pravidly pro ochranu osobních údajů.

Doposud nejvýznamnější a nejpropracovanější stanovisko k problematice *pay or okay* přinesl Evropský sbor pro ochranu osobních údajů, které se prozatím soustředí na velmi velké platformy a které slibuje následně další stanovisko věnující se problematice i v kontextu jiných poskytovatelů online služeb. Nizozemský, norský a německý dozorový úřad z důvodu rozšířenosti tohoto modelu, a také s ohledem na rozhodnutí SDEU ve věci Meta v Bundeskartellamt, EDPB vyzvaly k vytvoření takového stanoviska a které by posloužilo jako vodítko při rozhodování podnětů a stížností.<sup>79</sup> EDPB se ve svém stanovisku při posuzování přípustnosti modelu *pay or okay* silně opírá o formulaci Soudního dvora z uvedeného rozsudku. Svědčí tomu argumenty, které EDPB uvádí jako problematické – jsou jimi již výše uvedené důvody (ne)svobodně uděleného souhlasu. Stejně tak EDPB upozorňuje i na riziko vnímání osobních údajů jako komodity. Skrze zmíněné problematické aspekty budí stanovisko dojem, že EDPB model *pay or okay* schvaluje pouze proto, aby nebylo v rozporu se závěry SDEU. Samo ostatně upozorňuje na skutečnost, že SDEU neprovedl důslednou analýzu potenciálních rizik přijímání tohoto modelu.<sup>80</sup>

Národní dozorové orgány pracují s modelem *pay or okay* jako s alternativou ke *cookie walls*. Soudní dvůr EU s ní pak pracuje jako s legální alternativou k nezákonnému zpracování založeném na smlouvě nebo oprávněném zájmu. Evropský sbor pro ochranu osobních údajů po komplexním hodnocení neshledává *pay or okay* jako dostatečný model zajišťující ochranu osobních údajů a shledává potřebu další alternativy. EDPB vydal své stanovisko prozatím pouze pro velmi velké online platformy, jako jsou například sociální sítě provozované Metou. Nepopírá v principu možnost legálnosti modelu *pay or okay*, zejména z důvodu předchozího schválení Soudním dvorem, jedním dechem však dodává, že prakticky v takových případech nebude možné naplnit

<sup>77</sup> FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz. In: Österreichische Datenschutzbehörde [online]. 20. 12. 2023 [cit. 2024-06-20]. Dostupné na: [https://www.dsb.gv.at/download-links/FAQ-zum-Thema-Cookies-und-Datenschutz.html#Frage\\_9](https://www.dsb.gv.at/download-links/FAQ-zum-Thema-Cookies-und-Datenschutz.html#Frage_9).

<sup>78</sup> Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation.

<sup>79</sup> European Data Protection Board, *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, s. 4.

<sup>80</sup> Tamtéž, bod 117.

požadavek na svobodně udělený souhlas.<sup>81</sup> Proto požaduje další alternativu, která by byla zdarma a která by zároveň nezahrnovala zpracování osobních údajů.<sup>82</sup> EDPB tím v podstatě oklikou říká, že model *pay or okay* v těchto případech v souladu se zákonem není. Tím spíše umocňuje pocit, že východisko dovolenosti tohoto modelu vychází pouze z předchozího rozhodnutí SDEU.

## ZÁVĚR

Obchodní model *pay or okay* je implementován poskytovateli obsahu na internetu za účelem kompenzace výdělků ušlého v případech, kdy uživatel neudělí souhlas se zpracováním osobních údajů v rámci běžné *cookie* lišty a poskytovatel tak nemá možnost využít personalizovanou reklamu jako zdroj zisku. S obchodním modelem, který umožňuje poskytnout osobní údaje jako protiplnění za službu, počítá směrnice o digitálním zboží a digitálních službách. Přesto je za přelomový považován nedávný rozsudek Soudního dvora Evropské unie, z jehož analýzy plyne, že souhlas v těchto případech představuje jediný možný právní titul pro personalizovanou reklamu. Zároveň upozorňuje na potřebnost alternativního přístupu ke službě pro uživatele, kteří souhlas udělit nechťejí. Evropský sbor pro ochranu osobních údajů ve svém stanovisku vyzdvihuje skutečnost, že otázka přípustnosti modelu *pay or okay* nebyla hlavním tématem rozsudku SDEU, který z toho důvodu neprovedl důslednou analýzu všech aspektů. EDPB se drží závěrů rozhodnutí Soudního dvora a tento model neodmítá, nicméně shrnuje mnohá úskalí, na jejichž základě lze legálnost tohoto modelu považovat za nedosažitelnou. Těmi je zejména problém nerovného postavení, svobodnost uděleného souhlasu a výše ceny. Zároveň se přiklání k potřebě zavést vedle možnosti placení nebo udělení souhlasu ještě možnost třetí, za účelem zajištění skutečné svobody rozhodování, a to zejména z důvodu postavení velkých online platforem na trhu. Takový závěr může významně ovlivnit jak další vývoj společnosti Meta a jejích sociálních sítí, tak dalších poskytovatelů, kteří nad tímto modelem uvažovali. Základní specifikum, které bude hrát roli při hodnocení přípustnosti praktiky *pay or okay*, představuje postavení poskytovatele na trhu a roli může hrát také typ poskytované služby – sociální sítě spočívající v angažovanosti uživatelů, zpravodajské weby s pasivními čtenáři a případně i další.

Při hodnocení modelu *pay or okay* velmi záleží na úhlu pohledu a nemělo by se zapomínat ani na jeden z nich: člověk jej může vnímat v podstatě jako *paywall*, který nabízí tu výhodu, že místo zaplacení je možné udělit souhlas se zpracováním osobních údajů. V tomto případě se zdá zavedení modelu *pay or okay* neškodné a poměrně racionální. Dokonce je výhodný pro uživatele, kterým na soukromí tolik nezáleží, a naopak nejsou zpravidla ochotni za službu platit. Druhý pohled bere v úvahu historický kontext a rozhodovací vývoj, který k přijetí tohoto modelu vedl. U zpravodajských webů to bylo financování provozu. Důvodem jeho zavedení společností Meta nebyla ani snaha pomoci uživatelům po finanční stránce, ani financování provozu. Důvodem byla skutečnost,

<sup>81</sup> Tamtéž, bod 179.

<sup>82</sup> Tamtéž, bod 17, 72 a násl.

že dlouhodobě nezákonným způsobem zpracovávala osobní údaje uživatelů, a aby Meta měla možnost dále působit na unijním trhu a zároveň nepřišla o osobní údaje, musela přistoupit k takovým opatřením, která by zajistila soulad s unijním právem. Svoji relevanci má také možnost rozhodnutí uživatele službu nevyužívat. Model nicméně není podnikatelem nastaven proto, aby si uživatel vybral tuto možnost (odejít), ale předpokládá se, že si vybere jednu z variant *pay*, nebo *okay*.

Beze snahy zpochybnit, že za služby (resp. práci) se patří platit, se lze přiklonit k problematičnosti modelu *pay or okay*. Ta spočívá zejména ve zvoleném způsobu financování. Není problém platit za službu jako takovou, problematičným jej tvoří zakomponování osobních údajů, které k financování služby sloužit nemají. Pro podnikatele by proto bylo vhodné zvolit alternativní způsob financování jejich provozu, jestliže nechtějí službu dát za *paywall* zcela, což by se s ohledem na historický vývoj logicky setkalo s vysokou vlnou nevole uživatelů. Případně je možné zvolit jiný typ reklamy, jako je reklama kontextová. Přístup spočívající v jiném způsobu financování, respektive v jiném způsobu nastavení dostupnosti služby ostatně reflektuje i uvedené stanovisko EDPB. Závěr EDPB předpokládající celkem 4 možné varianty je však idealizovaný a v praxi si jej lze jen těžko představit.

Případ Mety je specifický a při hodnocení modelu *pay or okay* na jejich sociálních sítích je nezbytné přihlédnout také k povaze služby a k dlouholeté zkušenosti uživatelů, kteří ji využívali zdarma. Toto specifikum se tolik netýká zpravodajských webů. Ačkoli požadavek na svobodný souhlas platí i pro ně a nelze z něj slevit, posuzování modelu *pay or okay* u zpravodajských služeb by mohlo být díky jejich povaze mírnější. I u médií lze ale v dnešní době hovořit o jistém *lock-in* efektu, a to s ohledem na jejich zaměření, vlastníka nebo způsob interpretace faktů. Roli hraje také skutečnost, že zpravodajských webů existuje nepřehledné množství a v případě neochoty platit nebo udělit souhlas je pro uživatele relativně snadné najít obdobné médium, ze kterého může informace čerpat. V každém případě hraje významnou roli i výše ceny, která by neměla být pro uživatele odrazující a poškozující. Národní autority zdůrazňují, že cena má být přiměřená a férová, ale doposud chybějí konkrétní vodítka, která by podnikatelům pomohla lépe se zorientovat v tom, jak model nastavit tak, aby se v budoucnu neocitli v hledáčku dozorových orgánů. Stanovisko EDPB se netýká všech podnikatelů a národní úřady zdůrazňují potřebu posuzovat každý případ zvlášť. Podnikatelé se tedy ocitají v nejisté pozici. Primárně by proto měli zvážit jiné možnosti financování, například kontextuální reklamu nebo prémiový obsah pro platící uživatele. Pokud se rozhodnou přiklonit k modelu *pay or okay*, neměli by nastavovat cenu, která bude pro uživatele odrazující, a měli by si pohlídat zpracování *cookies* v placené variantě. Prokáží dobrý úmysl také tím, pokud se vyhnou *dark patterns* a řádně naplní zásadu transparentnosti a uživatelům srozumitelně a stručně vysvětlí, na jakém základě jim byla konkrétní cena určena a jaké změny pro ně model znamená.



# SPOLEČENSTVÍ VLASTNÍKŮ JEDNOTEK JAKO PRÁVNICKÁ OSOBA V PRÁVNÍM ŘÁDU ČESKÉ REPUBLIKY – NĚKTERÉ OTÁZKY

TOMÁŠ DVOŘÁK

**Abstract:** **The Association of Unit Owners as a Legal Entity in the Legal System of the Czech Republic – Some Issues**

This article deals with some issues of legal regulation of the association of unit owners as a legal entity in the legal system of the Czech Republic. Due to the complexity and extensiveness of the legal regulation of this issue, only some selected aspects of the legal regulation are discussed here, namely the extent of the legal personality of the association of unit owners, as well as some issues directly related to it.

**Klíčová slova:** společenství vlastníků jednotek; právní osobnost; právní regulace

**Keywords:** association of unit owners; legal personality; legal regulation

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.165

## I. ÚVOD

Společenství vlastníků jednotek<sup>1</sup> (dále jen „společenství“) je zvláštní právnickou osobou upravenou v právním řádu ČR v rámci úpravy bytového spoluvlastnictví.<sup>2</sup> Společenství vzniká výhradně za účelem správy domu a pozemku (dále jen „správa domu“), přičemž dokud bytové spoluvlastnictví konkrétní nemovitě věci trvá,

<sup>1</sup> Laická (a bohužel často i odborná) veřejnost žije v mylném přesvědčení, že zákonodárce přijetím občanského zákoníku s účinností od 1. 1. 2014 „přejmenoval“ společenství vlastníků jednotek na společenství vlastníků. To ovšem není pravda, neboť § 1183 odst. 2 ObčZ upravuje pojem společenství vlastníků jako pouhou legislativně technickou zkratku. Stejně tak používají pojem společenství vlastníků jednotek i jiné zákony [např. § 710 odst. 2 zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), ve znění pozdějších předpisů; § 183 a § 187 odst. 4 zákona č. 283/2021 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů; aj.].

<sup>2</sup> *De lege lata* existují v České republice dva druhy bytového spoluvlastnictví, a to bytové spoluvlastnictví podle zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění dalších předpisů (dále jen „ObčZ“), a bytové spoluvlastnictví podle zákona č. 72/1994 Sb., kterým se upravují některé spoluvlastnické vztahy k budovám a některé vlastnické vztahy k bytům a nebytovým prostorům a doplňují některé zákony (zákon o vlastnictví bytů), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „BytZ“). Tato dichotomie pak má za následek existenci dvou typů jednotek, a to jednotek vymezených podle ObčZ a jednotek vymezených podle BytZ. Právní úprava společenství je však jednotně upravena v občanském zákoníku a použije se pro všechna společenství bez zřetele k tomu, zda vznikla před nebo po 1. 1. 2014 (s výhradou přechodných ustanovení k občanskému zákoníku; o tom se však zde nepojednává).

je povinná jeho existence (až na výjimky). Vzhledem k velkému rozsahu a složitosti zákonné úpravy společenství se tento článek zabývá pouze některými otázkami, jednak právní osobnosti společenství, jednak některými s tím bezprostředně souvisejícími otázkami.

Právní úprava společenství je ve své významné části právní úpravou kogentní povahy, neboť společenství je právnickou osobou. Právní úprava společenství je právní úpravou osobního statutu právnické osoby, jež ze své povahy není a ani nemůže být (zejména v klíčových otázkách normativní regulace) zcela nebo převážně dispozitivní povahy. Výše uvedené samozřejmě nic nemění na skutečnosti, že společenství je soukromoprávní právnickou osobou.

Společenství má pouze jediný, zákonem dovolený předmět, resp. účel činnosti, totiž správu domu v rozsahu stanoveném v § 1189 a násl. ObčZ. Jakýkoliv jiný předmět činnosti společenství není upraven a vzhledem ke kogentní povaze § 1194 odst. 1 ObčZ ani dovolen.

Zákonem stanovený předmět činnosti společenství není oprávněn vykonávat jiný subjekt vedle nebo místo společenství (společenství nemůže být nahrazeno právnickou osobou jiné právní formy). To nevylučuje, aby za účelem zajištění tzv. operativní správy byl smluvně opatřen jiný subjekt, který však správu domu vykonává na základě smluvního zmocnění společenství, a tudíž odvozeně od účelu vzniku a existence společenství.<sup>3</sup>

Společenství má svoji vlastní právní osobnost, tj. způsobilost k právům a povinnostem (§ 15 odst. 1 ObčZ).<sup>4</sup>

Pojmově vzato patří společenství mezi soukromoprávní sdružení osob (soukromoprávní korporace), a to i tehdy, je-li jednočlenné (§ 210 odst. 2 ObčZ). Vzhledem k tomu může činit vše, co mu zákon nezakazuje (čl. 2 odst. 3 LPS).<sup>5</sup>

Společenství bezvýjimečně vždy vzniká a trvá podle principu „jedno společenství pro správu jediného domu“.<sup>6</sup>

Právní osobnost společenství se řídí právním řádem ČR. Tímto právním řádem se řídí i název a vnitřní poměry společenství, poměry mezi společenstvím a jednotlivými členy společenství, vzájemné poměry členů společenství, ručení členů společenství za dluhy společenství, určení, kdo za společenství jako člen jeho statutárního orgánu právně jedná, a zánik společenství (§ 30 odst. 1 ZMPS<sup>7</sup>). Společenství lze založit pouze podle právního řádu ČR a po celou dobu svého trvání se řídí pouze právním řádem ČR (§ 30 odst. 3 věta první ZMPS).

<sup>3</sup> Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 18. 10. 2017, sp. zn. 7 Cmo 13/2017. *Právní rozhledy*. 2017, roč. 15, č. 23–24, s. 856 a násl.

<sup>4</sup> Právní osobnost právnické osoby je vždy odlišná od právní osobnosti jejích členů. Viz administrativní rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR, publikované v tzv. Bohuslavově sbírce pod č. 1 256 (z r. 1922).

<sup>5</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 13. 2. 1995, sp. zn. IV. ÚS 8/93. *Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu*. Svazek 3, s. 35 a násl.

<sup>6</sup> Předmětné pojetí je velmi rigidní a nikoliv univerzální. V řadě vyspělých států je dovolena existence jediné správcovské korporace pro správu více než jednoho domu. Lze uvést např. Francii (čl. 1 zákona č. 65–577 ze dne 7. 7. 1965 určujícího statut spoluvlastnictví budov, ve znění pozdějších předpisů) nebo Slovensko (§ 7 odst. 8 zákona Národní rady č. 182/1993 Z. z., o vlastnictví bytů a nebytových prostorů, ve znění pozdějších předpisů).

<sup>7</sup> Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém, ve znění pozdějších předpisů.

Společenství není určeno k podnikatelské činnosti; jde o neziskovou právnickou osobu. Označení je to ovšem matoucí, resp. nepřesné. *Pro primo* každá (tj. i nezisková) právnická osoba musí mít ziskové nebo alespoň vyrovnané hospodaření, jinak se dříve či později dostane do stavu úpadku, jenž může být i po dost dlouhou dobu jen latentní. *Pro secundo* (ne)ziskovost právnických osob je dána tím, jakým způsobem právnická osoba nakládá s dosaženým ziskem, tedy zda jej použije formou rozdělení podílů na zisku svým členům nebo zda jej použije na nějaký veřejně prospěšný, resp. obecně bohumilý účel – jen takové je *stricto sensu* možno označovat za neziskové právnické osoby. Takový účel ovšem společenství nemá; jeho neziskovost je definována tím, že členové společenství hradí jen ekonomicky oprávněné náklady správy domu, přičemž veškerý zisk<sup>8</sup> je určen toliko k zajištění správy domu.

## II. VYMEZENÍ PRÁVNÍ OSOBNOSTI SPOLEČENSTVÍ

### II.1 ZÁKLADNÍ OTÁZKY

Společenství má právní osobnost omezenou (speciální); je oprávněno pouze k právům a povinnostem v mezích svého zákonem dovoleného předmětu činnosti. Mimo tento rámec není společenství k právům a povinnostem vůbec způsobilé.

Právní osobnost společenství lze vymezit tak, že společenství je způsobilé mít práva a povinnosti související výhradně se správou domu, jenž je jediným dovoleným předmětem činnosti. Společenství ve věcech spojených se správou domu nekoná z pověření členů společenství, nýbrž vykonává svá práva a povinnosti jako by samo bylo výlučným vlastníkem celé nemovité věci v bytovém spoluvlastnictví.<sup>9</sup>

Zákonná úprava právní osobnosti společenství je obsažena v § 1194 odst. 1 a § 1196 ObčZ.

Společenství je nepodnikatelem, což zřetelně plyne z jeho jediného zákonem dovoleného předmětu činnosti, totiž správy domu; jakékoliv podnikatelské oprávnění nesmí být společenství vydáno.

Společenství může právně jednat jen v mezích svého účelu se členy společenství i s třetími osobami. Společenství může vlastním jménem vymáhat plnění povinností uložených jednotlivým členům společenství k tomu příslušným orgánem společenství. Je povinností statutárního orgánu postarat o realizaci jednotlivých povinností stanovených právními předpisy, stanovami a usneseními shromáždění, a to z vlastní iniciativy a bez ohledu na případný požadavek stanov na předchozí rozhodnutí shromáždění ve věci. Naproti tomu, pokud by mělo dojít k prominutí povinnosti některému členovi společenství nebo neuplatnění práva společenství vůči některému členovi společenství, je nezbytné předchozí rozhodnutí shromáždění, ledaže jde o záležitost marginální svým významem nebo rozsahem.

<sup>8</sup> Prakticky jediný zisk, kterého může společenství dosahovat, aniž by porušilo zákonné předpisy limitující jeho činnost, je úrokový výnos z finančních prostředků uložených na bankovních účtech společenství.

<sup>9</sup> Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 22. 8. 2016, sp. zn. 26 Cdo 5610/2015, ASPI JUD335386CZ.

Jestliže vznikne jednomu nebo více členům společenství právo v důsledku vady jedné nebo více jednotek, je společenství oprávněno jej zastupovat při uplatňování těchto jejich práv. Jde o zvláštní zákonné zástupčí právo společenství, jehož smyslem je zamezení velmi neefektivní situace, kdy každý člen společenství musí vůči osobě odpovědné za vady samostatně uplatňovat svá práva týkající se společných částí.<sup>10,11</sup>

Společenství může zastupovat členy společenství také v případě, kdy půjde o vady bytů nebo nebytových prostorů, jež jsou součástí jednotlivých jednotek podle ObčZ nebo jednotkami podle BytZ, byť půjde o výjimečnou situaci, neboť práva z takových vad bude uplatňovat zpravidla sám člen společenství; praktické to však může být, bude-li se např. stejná vada týkat většího množství jednotek.<sup>12</sup>

Výše uvedené pozitivní vymezení doplňuje zákon některými výslovnými restrikcemi a příkazy.

Předně společenství ani nesmí podnikat ani se přímo či nepřímo podílet na podnikání nebo jiné činnosti podnikatelů nebo být jejich společníkem nebo členem. Tato úprava výslovně zakazuje nejen podnikání, nýbrž i jakoukoliv účast v obchodních korporacích (není dovoleno ani nabytí účastnických cenných papírů v akciové společnosti ani členství v bytovém družstvu). Zakázáno je i uzavření smlouvy o tiché společnosti, neboť i zde jde nepochybně o participaci na podnikání jiné osoby. Zakázáno je i investování v investičním nebo podílovém fondu, neboť i to je nepřímé podílení se na podnikání jiné osoby.<sup>13</sup>

Jestliže společenství rozsah své právní osobnosti překročí, je takové právní jednání společenství – bez zřetele k dobré víře třetích osob – vždy absolutně neplatné pro počáteční nemožnost plnění (§ 580 odst. 2, § 588 ObčZ).

Povinnost vydat bezdůvodné obohacení, resp. peněžitou náhradu za něj svědčí osobě, jež toto bezdůvodné obohacení získala. V případě domu stojícího na cizím pozemku se – není-li zde právní důvod takového užití pozemku – na úkor vlastníka pozemku bezdůvodně obohatí jednotliví členové společenství.<sup>14</sup> Ze žádného ustanovení zákona přitom neplyne, že by povinnost vydat bezdůvodné obohacení přecházela na společenství.<sup>15</sup>

Společenství je povinno uchovávat po celou dobu trvání bytového spoluvlastnictví ověřenou projektovou dokumentaci, dokumentaci pro provádění stavby, dokumentaci stavby, došlo-li k odchylce od dokumentace pro povolení stavby, popř. dokumentaci skutečného provedení stavby, včetně její geodetické části, nebo pasport stavby,

<sup>10</sup> Společnými částmi se rozumí jednak společné části nemovité věci podle ObčZ, jednak společné části domu a pozemek podle BytZ.

<sup>11</sup> Bylo již na podkladě § 9 BytZ dovozeno, že společenství může smluvně (vlastním právním úkonem) nabýt a posléze vykonávat právo na bezplatné odstraňování vad společných částí domu, jež se projeví v dohodnuté době; toto právo lze podřadit pod režim správy domu podle § 9 BytZ, jelikož jeho realizace naplňuje účel činnosti společenství spočívající v zabezpečování oprav společných částí domu. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 6. 2015, sp. zn. 26 Cdo 811/2015 (civ. R 6/2017).

<sup>12</sup> Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 14. 9. 2022, sp. zn. 26 ICdo 28/2022, ASPI JUD840258CZ.

<sup>13</sup> Shodně J. HOLEJŠOVSKÝ in: SPÁČIL, J. – KRÁLÍK, M. a kol. *Občanský zákoník: komentář: III. díl*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2021, s. 944.

<sup>14</sup> Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 16. 12. 2015, sp. zn. 28 Cdo 2467/2015, ASPI JUD319820CZ.

<sup>15</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 4. 2012, sp. zn. 29 Cdo 3630/2010 (civ. R 124/2012).



rozhodnutí, osvědčení, souhlasy a jiné důležité doklady týkající se stavby; dokumentaci lze uchovávat i v elektronické formě [§ 167 písm. d) StavZ].<sup>16</sup>

Je-li stavební záměr realizován na nemovité věci v bytovém spoluvlastnictví nebo její části, uděluje zákonem požadovaný souhlas vlastníka stavby s realizací záměru ve stavebním řízení pouze společenství (§ 187 odst. 4 StavZ); tím není dotčena povinnost předchozího uzavření smlouvy o výstavbě, změny prohlášení vlastníka nebo přijetí usnesení shromáždění.

Pro účely správy domu je společenství oprávněno sjednávat smlouvy týkající se zejména (§ 10 BytSpIN):<sup>17</sup>

- a) zajištění činností spojených se správou domu,
- b) zajištění dodávek služeb spojených s užíváním společných částí<sup>18</sup> a spojených s užíváním jednotek, nejde-li o služby, jejichž dodávky si vlastníci jednotek zajišťují u dodavatele přímo,
- c) pojištění domu,<sup>19</sup>
- d) nájmu<sup>20</sup> společných částí,<sup>21</sup> a
- e) zajištění provozu vybraných technických zařízení spojených s užíváním společných částí a s užíváním jednotek, ke kterým společenství nemá oprávnění je provozovat (např. domovní kotelny nebo výměňkové stanice).

Správa domu zahrnuje vždy správu společných částí ve společném užívání.

Cestou vyvratitelné domněnky je dále určeno, že správa domu zahrnuje i správu společných částí ve výlučném užívání. Tato konstrukce však není příliš rozumná, neboť umožňuje určit, že tedy správu společných částí ve výlučném užívání vykonává někdo jiný než společenství, což je teoreticky pochybné a prakticky těžko proveditelné. K výše uvedenému však přistupuje výjimka; vlastník jednotky provádí a hradí údržbu a drobné opravy společných částí umístěných uvnitř bytu nebo nebytového prostoru, které slouží vlastníkovu jednotky k výlučnému užívání (§ 1175 odst. 2 ObčZ).

Člen společenství je povinen hradit příspěvky na správu domu (§ 1180 ObčZ) a zálohy na služby spojené s užíváním jednotky (§ 1181 ObčZ) a společenství je povinno mu příslušné služby zajišťovat. Tato povinnost společenství však není absolutní; společenství není povinno služby zajišťovat vždy a v celém rozsahu bez ohledu na to, zda za ně člen společenství platí. Shromáždění společenství může rozhodnout podle § 1208 písm. d) ObčZ o tom, jaké služby bude členům společenství zajišťovat, a může také *a contrario* rozhodnout o tom, že tyto služby zajišťovat nebude, nebo – je-li to

<sup>16</sup> Zákon č. 283/2021 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>17</sup> Nařízení vlády č. 366/2013 Sb., o úpravě některých záležitostí souvisejících s bytovým spoluvlastnictvím.

<sup>18</sup> Cit. nařízení na vícero místech zaměřuje, resp. nezohledňuje rozdíly mezi pojmy „společné části domu“ a „společné části nemovité věci“.

<sup>19</sup> V některých státech USA je zákonem stanoveno, že právnická osoba sdružující vlastníky jednotek musí mít povinné pojištění domu, ale i odpovědnosti za škodu způsobenou činností této právnické osoby vůči třetím osobám; lze uvést např. Texas (section 82.111 jednotného zákona státu Texas o kondominiu) nebo Washington (section 64.34.352 zákona státu Washington o kondominiu).

<sup>20</sup> Citované nařízení vlády používá chybný pojem „pronájem“.

<sup>21</sup> Předmětem nájmu nemohou být společné části ve výlučném užívání, neboť takovým postupem by toto výlučné užívání bylo oprávněným vlastníkům jednotek reálně nemožné.

technicky možné a neohrozí-li zvolený postup dodávku služeb ostatním, řádně platícím členům společenství – že je nebude dodávat.<sup>22</sup>

## II.2 PROCESNÍ ZPŮSOBILOST SPOLEČENSTVÍ

Je-li to při zajišťování správy domu potřebné, může být společenství účastníkem příslušných soudních nebo správních řízení.

Společenství je aktivně legitimováno k podání negatorní žaloby proti porušujícímu členovi společenství i proti jiné osobě, která neoprávněně zasahuje do práv členů společenství ke společným částem, a to i tehdy, má-li k neoprávněnému zásahu do práv ostatních členů společenství ke společným částem docházet tím, že tato osoba užívá jí vlastněnou jednotku v rozporu se zákonem. Podstatné pro posouzení aktivní legitimace společenství k podání negatorní žaloby je to, zda dochází k neoprávněnému zásahu i ve vztahu ke společným částem či zda se takový zásah týká výlučně práv k některé jednotce, aniž dochází k zásahu do práv ke společným částem.<sup>23</sup>

Společenství je dále aktivně legitimováno k podání žaloby:

1. na vyklizení kterékoliv společné části užívané bez právního důvodu třetí osobou.<sup>24</sup> Pokud však je garážové stání oprávněn výlučně užívat jen vlastník konkrétní jednotky, nejde o zásah do správy domu, užívá-li jej s jeho souhlasem pro parkování vozidla vlastník jiné jednotky,<sup>25</sup>
2. k odvrácení hrozící újmy na společných částech podle § 2903 odst. 2 ObčZ,<sup>26</sup>
3. na určení neexistence služebnosti zatěžující (některé) společné části,<sup>27</sup>
4. proti obtěžování hlukem. Společenství je oprávněno ve prospěch ochrany vlastnických práv jednotlivých členů společenství podat negatorní žalobu, neboť lze předpokládat, že případná opatření vedoucí ke zdržení se obtěžování sousedního člena společenství imisemi hluku se týkají i domu, jehož správu společenství vykonává.<sup>28</sup>

Sepsal-li insolvenční správce do majetkové podstaty dlužníka jako věc v právním smyslu (některé) společné části, je společenství aktivně legitimováno k podání vylučovací žaloby ohledně takové „věci“.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 2. 2024, sp. zn. 26 Cdo 3535/2022, ASPI JUD986821CZ.

<sup>23</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 4. 2012, sp. zn. 29 Cdo 3269/2010 (civ. R 106/2012).

<sup>24</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 15. 11. 2007, sp. zn. 28 Cdo 3372/2007 (civ. R 61/2008).

<sup>25</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 3. 4. 2018, sp. zn. 26 Cdo 3553/2017, ASPI JUD377367CZ.

<sup>26</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 9. 2019, sp. zn. 26 Cdo 379/2019 (civ. R 70/2020).

<sup>27</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 12. 11. 2014, sp. zn. 22 Cdo 2175/2014. *Právní rozhledy*. 2015, roč. 13, č. 9, s. 337 a násled.; a rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 9. 2016, sp. zn. 22 Cdo 3511/2016, ASPI JUD337376CZ.

<sup>28</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 24. 11. 2010, sp. zn. 22 Cdo 3281/2008, ASPI JUD188287CZ.

<sup>29</sup> Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 18. 4. 2017, sp. zn. 16 Cmo 2/2017 (civ. R 122/2018).

### III. MAJETKOVÉ OTÁZKY SPOLEČENSTVÍ

#### III.1 ZÁKLADNÍ OTÁZKY

Za účelem správy domu může společenství nabývat majetek do svého vlastnictví a nakládat s ním (§ 1195 odst. 1 ObčZ).

Společenství může nabýt věci movité; lze tedy pořídit nezbytné kancelářské potřeby (např. hardware a software, papír, jiné drobné kancelářské potřeby) pro činnost svého statutárního orgánu i jiné potřebné movité věci (např. nářadí potřebné k opravám apod.).

Společenství může být vlastníkem některých věcí nemovitých. Konkrétně společenství může nabýt vlastnické právo k jednotce vymezené v téže nemovité věci v bytovém spoluvlastnictví, za účelem jejíž správy vzniklo, což zřetelně plyne z § 1206 odst. 1 části věty druhé za středníkem ObčZ.<sup>30</sup>

Společenství může také nabýt vlastnické právo k funkčně souvisejícímu pozemku, pokud souvisí se správou domu (popř. i spoluvlastnický podíl na takovém pozemku, jestliže pozemek souvisí se správou více domů).<sup>31</sup>

Nikdy však společenství nemůže nabývat do svého vlastnictví pozemek, na němž je dům zřízen, neboť zákon vyžaduje, aby tento pozemek byl (nejde-li o dům na cizím pozemku) ve spoluvlastnictví všech vlastníků jednotek; právní jednání tomuto odporující je pro počáteční nemožnost plnění absolutně neplatné (§ 580 odst. 2, § 588 ObčZ).<sup>32</sup>

Otázkou je, zda může společenství nabýt např. pohledávku. Lze však soudit, že jelikož společenství nemůže nabýt nic, co není potřebné pro účely správy domu, je takové právní jednání pro počáteční nemožnost plnění absolutně neplatné (§ 580 odst. 2, § 588 ObčZ).

Oprávnění společenství k nabývání věcí je třeba vždy interpretovat restriktivně, a to právě v zájmu ochrany řadových členů společenství.

Společenství může být příjemcem finanční podpory (např. dotace nebo úvěru) na modernizaci, rekonstrukci, zateplení, obnovu apod. bytového domu od Státního fondu podpory investic (§ 9 zákona č. 211/2000 Sb., o Státním fondu podpory investic, ve znění pozdějších předpisů).

Příjmem společenství jsou zejména (§ 16 odst. 1 BytSplN):

- a) příspěvky členů společenství na správu domu,
- b) úroky z prodlení přijaté od členů společenství z důvodu prodlení s platbami příspěvků na správu domu,

<sup>30</sup> Katastrální úřady dovodily, že společenství může být vlastníkem výhradně jednotky podle ObčZ, jejíž součástí je nebytový prostor, nebo jednotky podle BytZ, jež je nebytovým prostorem [čl. 5.5.9.1 Návodu ze dne 10. 2. 2016, č. j. ČÚZK-03030/2016-22, pro správu katastru nemovitostí, ve znění pozdějších změn a dodatků (účinnost od 1. 7. 2023) – dále jen „Návod“], pro takovou restrikcí však zákon neposkytuje žádný podklad.

<sup>31</sup> Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 8. 10. 2002, sp. zn. 30 Ca 44/2002. *Bulletin advokacie*. 2003, roč. 33, č. 3, s. 80 a násl.; a rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 7. 12. 2005, sp. zn. 11 Cmo 212/2005; NOVOTNÝ, M. – HORÁK, T. – HOLEJŠOVSKÝ, J. – OEHM, J. *Bytové spoluvlastnictví a bytová družstva: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 161.

<sup>32</sup> Shodný výklad zákona zaujaly i katastrální úřady (čl. 5.5.9.2 Návodu).

- c) úroky z prodlení přijaté od členů společenství z důvodu prodlení s platbami za plnění spojená nebo související s užíváním jednotky, včetně nedoplatků z jejich vyúčtování,
- d) pokuty za nesplnění oznamovací povinnosti člena společenství podle § 13 zákona č. 67/2013 Sb., kterým se upravují některé otázky související s poskytováním plnění spojených s užíváním bytů a nebytových prostorů v domě s byty, ve znění pozdějších předpisů,
- e) úroky z vkladů na bankovních účtech společenství,
- f) penále, úroky z prodlení a smluvní pokuty zaplacené třetími osobami za porušení povinností ze smluv sjednaných společenstvím,
- g) pojistné plnění z pojistných smluv sjednaných společenstvím týkající se společných částí a bonifikace za příznivý škodní průběh, a
- h) příjmy plynoucí z nakládání s majetkem společenství.

Příjmem společenství nikdy nejsou příjmy plynoucí z nakládání se společnými částmi, a to i v případě, že jsou hrazeny na bankovní účet společenství; v praxi jde zejména o příjmy z nájmu společných částí (včetně úroků z prodlení hrazených nájemci) a o jiné příjmy od třetích osob plynoucí z provozování technických zařízení v domě (§ 16 odst. 2 BytSpLN). Tyto příjmy jsou – poměrně podle velikosti spoluvlastnických podílů na společných částech – příjmem jednotlivých členů společenství, což je jednak ekonomicky neefektivní (při rozpočtení nájemného na jednotlivé členy společenství podle jejich spoluvlastnických podílů na společných částech jde v praxi často o velmi nízké částky), jednak sociálně neúčelné (pro členy společenství sociálně slabší nebo handicapované věkem či zdravotním stavem to představuje v mnoha případech nutnost podávat daňová příznání). Argument ve prospěch zachování současného stavu je ten, že nejde o nakládání s majetkem společenství, přičemž se ovšem přehlíží, že právní úprava by měla být jednak ekonomicky racionální, jednak věcně funkční. Bylo by proto vhodné určit, že příjem z nakládání se společnými částmi je příjmem společenství; takové řešení by ovšem vyžadovalo zásah do právní úpravy v občanském zákoníku (pouhá revize cit. § 16 odst. 2 BytSpLN by zde nedostačovala), neboť by se zde změnila osoba příjemce takového příjmu. Členové společenství by tím poškozeni nebyli, neboť jednak by nebylo dotčeno jejich spoluvlastnické právo ke společným částem, jednak by společenství mohlo získané příjmy využít jen za účelem správy domu.

Společenství nikdy nesmí:

- zajistit dluh jiné osoby nebo na jeho zajištění participovat (§ 1195 odst. 3 ObčZ), a
- podílet se na ztrátě jakékoliv osoby, hradit její dluhy nebo je zajistit (§ 1197 věta druhá ObčZ).

### III.2 PŘECHOD PRÁV A POVINNOSTÍ NA SPOLEČENSTVÍ

Obecně je osobou povinnou ke správě domu společenství, ovšem s výhradou těch případů, kdy společenství nevznikne. Pravidelně tedy nejprve vznikne bytové spoluvlastnictví, kde správu domu zajišťuje správce, a až poté vznikne společenství.

Práva a povinnosti ze závazků spojených se správou domu vzniklých před vznikem společenství přechází *ex lege* dnem vzniku společenství na toto společenství. Spole-

členství je povinno oznámit bez zbytečného odkladu po svém vzniku všem věřitelům a dlužníkům, kteří jsou oprávněni a zavázáni z těchto pohledávek a dluhů, že vzniklo společenství.

Přechod práv a povinností nesmí poškodit věřitele. Proto členové společenství ručí i po vzniku společenství za dluhy vzniklé před vznikem společenství (až na výjimku) neomezeně a solidárně; poměrné ručení za dluhy společenství podle § 1194 odst. 2 ObčZ se týká pouze dluhů vzniklých po vzniku společenství. Pokud ovšem věřitel bez zbytečného odkladu po vzniku společenství vyslovil souhlas s tím, aby členové společenství ručili poměrně i za dluhy vzniklé před vznikem společenství, mění se solidární ručení na ručení poměrné (§ 1195 odst. 2 ObčZ). Zákon neupravuje den, kdy k této změně ručení dochází, lze nicméně logicky soudit, že k tomu dochází dnem, kdy byl souhlas věřitele společenství doručen (§ 570 odst. 1 ObčZ).

### III.3 PŘEVZETÍ DLUHU SPOLEČENSTVÍM

Není výjimkou, že nemovitá věc ve vlastnictví soukromoprávní korporace, jejímiž členy – nájemci bytů a nebytových prostorů existujících v této nemovité věci – jsou osoby, jež se podílely prací nebo majetkovou účastí na pořízení této nemovité věci, a které z tohoto titulu mají výhradní zákonné právo na nabytí jednotek vymezených v této nemovité věci podle § 1188 ObčZ, je zatížena úvěrem za účelem opravy, údržby nebo stavební úpravy domu, který je touto nemovitou věcí nebo její součástí.

Společenství může dluh z úvěru poskytnutého původnímu vlastníkovu na opravu, údržbu nebo stavební úpravu domu převzít, přistoupit k němu nebo jej zajistit postupem podle § 1888 a násl. ObčZ, ovšem při splnění podmínky, že s tím souhlasí všichni členové společenství; souhlas musí mít písemnou formu s úředně ověřeným podpisem. Je-li pro to důležitý důvod a lze-li to po členovi společenství spravedlivě požadovat, může společenství navrhnout soudu, aby projev vůle člena společenství, který nesouhlasil s převzetím, přistoupením nebo zajištěním takového dluhu, byl nahrazen soudním rozhodnutím (§ 1195 odst. 4 ObčZ).

Normativní řešení je to sice rozumné, neboť umožňuje, aby po převzetí dluhu zanikla právnická osoba – původní vlastník, jejíž existence po kompletním převodu všech jednotek již nemá žádný reálný smysl, přičemž veškerá práva věřitele jsou tímto zachována,<sup>33</sup> pro praxi je však dosti těžkopádné, neboť zejména u společenství s početnou členskou základnou může být nesouhlasících osob vícero a řízení u soudu se tak může velmi protáhnout. Krom toho tím, že zákon vyžaduje konsensus všech členů společenství, postačí jen jediný nesouhlasící člen společenství, jehož chybějící souhlas nebude soudem nahrazen, a celá úprava se stává rázem nefunkční.

Otázkou je, proč v těch případech, kdy společenství uzavírá smlouvu o novém úvěru, postačí předchozí schválení shromážděním prostou většinou hlasů, ledaže stanovy určují vyšší počet potřebných hlasů [§ 1208 písm. f) bod 2 ObčZ], zatímco při převzetí dluhu z původního úvěru se vyžaduje konsensus všech členů společenství. Meritorně

<sup>33</sup> Povinnost souhlasu věřitele s převzetím dluhu podle § 1888 odst. 1 ObčZ tím není dotčena.

jde přece vždy o stejnou záležitost, tedy o úvěr na opravu, údržbu nebo stavební úpravu domu. Odpověď, proč zde zákonodárce zvolil jiné řešení, ovšem známa není.

#### IV. SDRUŽOVÁNÍ SPOLEČENSTVÍ

V zájmu ochrany legitimních zájmů členů společenství stanovil zákonodárce velmi přísná omezení pro sdružování společenství; úprava je obsažena v § 1197 ObčZ.

Sdružování se společenství musí být vždy za účelem spolupráce při naplňování jeho předmětu činnosti; společenství se může sdružit jen:

1. s jinými společenstvími,
2. s vlastníky jednotek, a
3. s jinými osobami působícími v oblasti bydlení. Díkce zákona je sice dosti vágní, z logiky a povahy věci lze však dovodit, že se společenství může sdružit např. s bytovými družstvy, ne však již s obchodními společnostmi provozujícími běžnou developerickou činnost.

Společenství se může smluvně sdružit bez vzniku právnické osoby (typicky uzavřením společenské smlouvy podle § 2716 a násl. ObčZ).

Společenství se může stát členem soukromoprávní korporace, přičemž se může zavázat k členskému vkladu nebo ke členskému příspěvku. V úvahu reálně vzato připadá jen členství ve spolku,<sup>34</sup> protože spolek není *ex lege* podnikatelem, a to jen při splnění omezujících podmínek, že spolek nevyvíjí žádnou podnikatelskou činnost.

#### V. ČLENSTVÍ VE SPOLEČENSTVÍ

Společenství je tzv. podmíněně uzavřenou korporací. Jde o právnickou osobu, kde členství v ní je absolutně vázáno na splnění zákonné podmínky, totiž existenci vlastnického práva k jednotce; převodem nebo přechodem vlastnického práva k jednotce přechází *ex lege* vždy členství ve společenství. Nikdo, kdo není vlastníkem jednotky vymezené v nemovité věci v bytovém spoluvlastnictví, za účelem jejíž správy společenství vzniklo, jeho členem být nemůže (§ 1194 odst. 2 věta první ObčZ).

#### VI. ZÁKONNÉ RUČENÍ ZA DLUHY SPOLEČENSTVÍ

Členové společenství ručí *ex lege* za dluhy společenství v poměru podle velikosti jejich spoluvlastnických podílů na společných částech (§ 1194 odst. 2 věta

<sup>34</sup> Pokud do 31. 12. 2013 vzniklo zájmové sdružení právnických osob podle § 20f a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, které dosud trvá, může být společenství i po tomto datu jeho členem, nebo se kdykoliv po 1. 1. 2014 mohlo, resp. i nadále může nově stát jeho členem.

druhá ObčZ). Smyslem této úpravy je zajistit, že členové společenství budou řádně plnit veškeré své povinnosti, zejména povinnost úhrady příspěvků na správu domu a ceny služeb.

Lze si představit situaci, kdy by neexistence zákonného ručení vedla k závěrům veskrze negativním. Jelikož smluvní stranou pro dodavatele služeb a energií je společenství, nikoliv jednotliví členové společenství, mohla by snadno nastat situace, kdy by třetí osoba nedostala uhrazeny své poskytnuté služby nebo energie, společenství by bylo bez jakéhokoliv majetku a členové společenství by při absenci zákonného ručení byli reálně nepostižitelní. Neexistence zákonného ručení by tedy vedla k tomu, že by každý dodavatel požadoval vždy stoprocentní úhradu svých služeb předem nebo by požadoval, aby se jednotliví členové společenství smluvně zaručili za dluhy společenství, což je v praxi zpravidla neproveditelné.

Konečně poukázat lze i na výchovný a umravňující efekt zákonného ručení. Jestliže členové společenství *ex lege* ručí za dluhy společenství, tím spíše se budou snažit plnit řádně své povinnosti a také o to pečlivěji budou jednak hospodařit se společným majetkem, jednak rozhodovat, zda se společenství zadluží či nikoliv (a nebudou lehkomyšlně přijímat úvěry, které nebude v jejich silách splatit).

Je třeba rozlišovat povinnost společenství k plnění všech jeho právních povinností a zákonné ručení členů společenství za dluhy společenství, které je vždy omezené. Zde se promítá princip, že jde o nepodnikatelskou právnickou osobu – společenství, jež je povinno k plnění svých právních povinností, jehož majetek je od majetku jednotlivých členů společenství oddělen a kde členové společenství nemají zákonnou povinnost se na činnosti společenství osobně podílet, nýbrž si za účelem jeho správy mohou zajistit profesionální management (cestou volby externích fyzických nebo právnických osob – nečlenů společenství za členy jeho statutárního orgánu).

Jde o koncepci právnímu řádu ČR jinak obecně neznámou. Jistou obdobou je pouze vázanost nájmu družstevního bytu nebo družstevního nebytového prostoru na členství v bytovém družstvu, to však platí jen omezeně. *Pro primo*, členy bytového družstva mohou být i osoby, jež nejsou nájemci družstevních bytů nebo družstevních nebytových prostorů, což u společenství není dovoleno. *Pro secundo*, družstevní byt nebo družstevní nebytový prostor je vždy ve vlastnictví bytového družstva, jde tedy o správu vlastního majetku bytového družstva. *Pro tertio*, členy volených orgánů bytového družstva mohou být jen členové bytového družstva, zatímco členy volených orgánů společenství mohou být i nečlenové. *Pro quarto*, členové bytového družstva za jeho dluhy neručí.

Celá koncepce zákonného ručení člena společenství za dluhy společenství, jež byla původně obsažena v § 13 odst. 7 BytZ ve znění účinném od 1. 7. 2000 do 31. 12. 2013, vyvolala svého času velký odpor a byla záhy po svém přijetí napadena ústavní stížností. Ústavní soud ovšem ústavní stížnost dílem zamítl, dílem odmítl.<sup>35</sup> Navrhovatelé úpravu v ústavní stížnosti považovali za „*flagrantní porušení zásady rovnosti vlastníků v právech, principu stejného zákonného obsahu a ochrany vlastnického práva všech vlastníků a principu právní jistoty*“. Ústavní soud ovšem judikoval, že napadené ustanovení

<sup>35</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 13. 3. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 51/2000. *Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu*. Svazek 21, s. 369 a násl. (a publikován pod č. 128/2001 Sb.).

žádným způsobem uvedené principy neporušuje, a naopak je ve svých důsledcích přiměřeně posiluje. K základním právům vlastníka jednotky patří právo jednotku držet, užívat a disponovat s ní. Vlastník jednotky má také ovšem povinnosti vycházející obecně z koncepce vlastnického práva vyjádřené v čl. 11 odst. 3 LPS dikcí, že vlastnictví zavazuje. Vlastník jednotky se podílí na správě domu v rozsahu, který odpovídá jeho spoluvlastnickému podílu na společných částech domu, což je jeho právem i povinností. Povinnost vlastníků jednotek jako ručitelů podle § 13 odst. 7 BytZ závisí na výši spoluvlastnického podílu na společných částech domu, má tedy jen dílčí povahu a vlastník jednotky nemůže být nucen plnit více bez svého souhlasu.<sup>36</sup>

Konstrukce neomezeného individuálního zákonného ručení vlastníků bytů za dluhy právnické osoby není v zahraničí nijak neobvyklá.<sup>37</sup>

Třeba ovšem upozornit, že jak známo, každá věc má svůj rub a líc.

Věřitelé společenství se totiž často domnívají, že zákonné ručení členů společenství za dluhy společenství představuje dostatečnou garanci dobytosti jejich pohledávek. Pohled je to ovšem zcela mylný.

V podmínkách ČR totiž neplatí poznatek většiny vyspělých států, že byty do vlastnictví si pořizují spíše lidé vyšší a vyšší střední třídy. Významné množství společenství v ČR vzniklo a spravuje buď domy panelové nebo obecně domy staré, zpravidla domy určené pro bydlení lidí sociálně slabších nebo nižší střední a střední třídy, přičemž vlastníci těchto jednotek zpravidla nepatří mezi vyšší třídu. Ostatně i v domech nových a moderních (snad s výjimkou těch nejluxusnějších domů) není výjimkou, že nezanedbatelné množství jednotek je pořizováno s využitím hypotečního úvěru. Důsledkem toho je dvojitá negativní skutečnost.

Ve vztahu ke členům společenství absence zohledňování ručení za dluhy společenství při posuzování jejich úvěruschopnosti nutně vede k jednodušší dostupnosti jiných úvěrů, a tedy v případě, že bude po dotčených členech společenství uplatněno věřitelem jejich zákonné ručení, mohou nepoměrně snadněji nastat jejich finanční potíže, dluhová spirála, předluženost, popř. dokonce exekuce a úpadek.

Ve vztahu k věřitelům společenství je evidentní, že zákonné ručení členů společenství může být zcela iluzorní, neboť k čemu bude věřiteli zákonné ručení, nebudou-li ručitelé schopni uspokojit jeho pohledávku? Ostatně i tržní cena jimi vlastněných jednotek může být v řadě problematických lokalit ne-li nulová, pak velmi nízká. Tento aspekt věci si však mnozí věřitelé dodnes neuvědomují.

Existence zákonného ručení však zároveň nemůže vést k existenčnímu ohrožení členů společenství, kteří byli poškozeni trestnou činností nebo jinými zjevnými excesy statutárního orgánu. Člen společenství si nemůže vybrat, koho bude mít za spoluvlastníky

<sup>36</sup> Pro úplnost možno dodat, že pokud by protiústavní mělo být zákonné ručení členů společenství, pak by nutně muselo být protiústavní i zákonné ručení členů jiných soukromoprávních korporací (např. ručení společníků ve veřejné obchodní společnosti). Ve všech těchto případech přitom platí, že členství jak ve společenství, tak i v jiných soukromoprávních korporacích je dobrovolné. Vzhledem k tomu je evidentní, že právní názor Ústavního soudu je zjevně správný.

<sup>37</sup> Princip individuálního zákonného neomezeného ručení jednotlivých vlastníků bytů za dluhy správcovské právnické osoby platí např. v Rakousku (§ 18 odst. 3 spolkového zákona Rakouska o vlastnictví bytů ze dne 26. 4. 2002, RGBI Nr. 70, v novelizovaném znění) a v Ontariu (§ 14 odst. 6 a 7 zákona provincie Ontario o kondominiu z roku 1980, v novelizovaném znění).



nemovité věci v bytovém spoluvlastnictví a tím eliminovat míru rizika spojenou se zakoupením jednotky. Primárním zájmem kupujícího, který si pořizuje jednotku, je zpravidla vyřešení bytové situace, přičemž nemá možnost a prostředky na to, aby lustraval ostatní členy společenství. V situaci, kdy zákonodárce vyžaduje od členů společenství, aby se v souvislosti s členstvím ve společenství vydali všanc stran celého svého majetku, musí jim soudy zajistit ochranu před negativními excesy člena statutárního orgánu společenství. Každý zásah do práva na pokojné užívání majetku přitom musí splňovat i kritérium přiměřenosti, dle něhož opatření, kterým dochází k zasahování, musí zajistit spravedlivou rovnováhu mezi požadavky obecného zájmu společnosti a požadavky ochrany základních práv jednotlivce, přičemž požadovaná rovnováha nebude dána, pokud dotčená osoba nese zvláštní a nadměrné břemeno.<sup>38</sup>

Celý systém je pro věřitele nevýhodný potud, neboť je nutí v těch případech společenství s početnou členskou základnou vymáhat své pohledávky po velkém počtu ručitelů.

Není v praxi žádnou výjimkou, že ti smluvní partneři společenství (typicky velcí dodavatelé tepla a vody, ale i jiní stálí smluvní partneři společenství), kteří si tuto problematiku uvědomují, v praxi požadují značné zálohy hrazené průběžně po celou dobu plnění (nebo někdy dokonce i jednorázově předem), a to ve výši běžně přesahující 50 % smluvní ceny.<sup>39</sup>

## VII. APLIKACE OBECNÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY PRÁVNICKÝCH OSOB, PRÁVNÍ ÚPRAVY KORPORACÍ A PRÁVNÍ ÚPRAVY SPOLKŮ NA SPOLEČENSTVÍ

Právní úprava společenství je obsažena v § 1194–1216 ObčZ, přičemž i přes poměrnou obsáhlost některých zákonných ustanovení je patrné, že úprava některých otázek zjevně absentuje. Na společenství jsou nepochybně aplikovatelná obecná ustanovení občanského zákoníku o právnických osobách, nicméně ta zjevně nestačí. Se zřetelem k výše řečenému zákonodárce ustavil, že na společenství se přiměřeně použijí některá zákonná ustanovení o spolcích (§ 1221 ObčZ).<sup>40</sup> Určení, která konkrétní zákonná ustanovení to jsou, je v celé řadě případů dosti složitá, a především nikoliv bezrozporná. Předmětné řešení potřebám praxe zjevně nevyhovuje; ani profesionální právník se specializací na civilní právo nebude v řadě případů schopen poskytnout uspokojivou, a především jednoznačnou odpověď, zda některá zákonná ustanovení jsou na společenství aplikovatelná či nikoliv.

<sup>38</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 14. 7. 2020, sp. zn. I. ÚS 3705/19. *Sbirka nálezů a usnesení Ústavního soudu*. Svazek 101, s. 48 a násl.

<sup>39</sup> Výjimkou nejsou ani požadavky na úhradu zálohy ve výši 80–90 % celkové smluvní ceny. Ojedinele se dokonce objevují i požadavky na úplnou úhradu celé smluvní ceny předem.

<sup>40</sup> Podrobný rozbor této otázky publikoval DVOŘÁK, T. Aplikace obecné právní úpravy právnických osob, právní úpravy korporací a právní úpravy spolků na společenství vlastníků jednotek. *Právní rozhledy*. 2023, roč. 21, č. 10, s. 362 a násl.

## VIII. ZÁVĚR

Na základě výše uvedeného lze formulovat následující závěry.

Koncepce společenství jakožto soukromoprávní korporace se speciální právní osobností je *in merito* vcelku rozumná. To samé ovšem nelze říci o některých normativních konstrukcích.

Prvý problém představuje nesrozumitelná konstrukce § 1221 ObčZ; odstranění tohoto konstruktů by bylo nanejvýš rozumné.

Druhý problém představuje konstrukce, podle níž příjmy z nakládání se společnými částmi jsou příjmy členů společenství.

Třetí problém představuje situace, kdy společenství nemůže být – podle názoru katastrálních úřadů – vlastníkem jednotky podle BytZ, jež je bytem, nebo vlastníkem jednotky podle ObčZ, jejíž součástí je byt. Pro společenství přitom může být takové řešení velmi potřebné a užitečné tam, kde vzniká potřeba členovi voleného orgánu nebo zaměstnanci společenství poskytnout služební byt (dnes je třeba tuto situaci řešit tak, že se služební byt vymezi jako společná část).

Čtvrtým problémem je nutnost konsensu všech vlastníků jednotek při převzetí úvěru poskytnutého původnímu vlastníkovi podle § 1195 odst. 4 ObčZ.

K výše uvedenému možno dodat ještě následující.

Jelikož společenství je limitováno správou domu, pak z toho plyne, že může vykonávat správu funkčně souvisejícího pozemku, který je společnou částí nebo který je ve (spolu)vlastnictví společenství. Pokud je však funkčně související pozemek v přidatném spoluvlastnictví všech vlastníků jednotek, pak zde nejde o správu domu, společenství jej spravovat nemůže a jeho správu si musí vlastníci jednotek zajistit jiným způsobem. Takové řešení je vysloveně nerozumné; lze proto doporučit, aby i funkčně související pozemek v přidatném spoluvlastnictví všech vlastníků jednotek mohl být spravován společenstvím v rámci správy domu.

A dále se jeví být vhodným posílit ochranu řadových členů společenství před excesy statutárního orgánu společenství. V praxi přitom existuje nikoliv samospásné, ovšem vcelku jednoduché řešení, a to stanovit, že usnesení shromáždění schvalující uzavření smlouvy o úvěru nebo jakékoliv právní jednání týkající se nabytí, zcizení nebo zatížení nemovitých věcí v majetku společenství musí být osvědčeno notářským zápisem, jinak se k němu nepřihlíží.

doc. JUDr. Tomáš Dvořák, Ph.D.

Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni

thomas@kop.zcu.cz

ORCID: 0000-0002-0403-2427

# THE LAW LIABILITY OF NON-JUDICIAL MEDIATORS IN LAND RIGHT DISPUTES

YAHMAN

**Abstract:** Land disputes are one of the most common cases in Indonesia. It is due to the demand for land ownership rights. In this case, mediation is used to resolve the case. The non-judicial mediator is a neutral party who helps the parties fairly. This study examines the civil law liabilities of non-judicial mediators in land ownership disputes and the legal position of a non-judicial mediator on authentic peace deeds. This research applied a juridical-normative approach with a law and a conceptual approach. The results indicated that non-judicial mediators, in carrying out their primary duties, both in terms of rights and obligations, must be based on law and protected by law to optimally provide services to the community while having a clear legal position in the notary. To sum up, unifying the mediation arrangement in one statutory regulation and mediation in the realm is necessary, both in litigation and non-litigation. In addition, future research can investigate the effectiveness and implementation of mediation certification, secrecy, financing, and repetition of mediation in land dispute cases. Further exploration is needed to understand the impact of mediation on the autonomy of the parties involved in land ownership disputes.

**Keywords:** mediation; non-judicial mediator; law; land right dispute

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.166

## 1. INTRODUCTION

Indonesia is a country that has natural wealth, such as land. The land is a primary need for residents. Besides, it can also be utilized as a place for farming, business, and other activities. Consequently, many people are competing to have land. Sometimes, they are against the applicable law in fulfilling their need.<sup>1</sup> Therefore, it will lead to several conflicts, such as land disputes. The disputes over land ownership rights begin with a claim for land rights, including land status, priority, and ownership, to secure administrative settlements in compliance with existing legislation.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> SUTARSA, A. Model Penyelesaian Sengketa Tanah Di Indonesia Dalam Pembaharuan Hukum Tanah Untuk Mewujudkan Kepastian Hukum [Model of Land Dispute Resolution in Indonesia in Land Law Reform to Realize Legal Certainty]. *Institutional repositories and scientific journal*. 2017.

<sup>2</sup> Peraturan Presiden. Badan Pertanahan Nasional [Presidential Regulation. National Land Agency]. Indonesia, 2006.

Furthermore, many people use various solutions, such as mediation, to solve the case. Mediation is a way of resolving disputes peacefully, exactly, and effectively.<sup>3</sup> In addition, conflicts are settled through mediation when parties agree to a third party's assistance in resolving their issues without using the legal system.<sup>4</sup> It can also give the disputing parties access to justice or a suitable resolution to their disagreement.<sup>5</sup> Parties can access it more widely to achieve satisfying and fair solutions.<sup>6</sup> Thus, in reforming the bureaucracy of the Supreme Court of the Indonesian Republic, which is oriented towards the realization of a tremendous Indonesian judiciary called mediation. It is used to improve public access to justice and implement the principles of simple, fast, and low-cost judicial administration.<sup>7</sup>

Article 50 Jo and Article 51 Number 2 of 1986 determined that the District Court and High Court (General Court) have the duty and authority to examine, decide, and settle civil cases. Therefore, The General Court can adjudicate land disputes that contain aspects of civil law. For example, ownership or control of land is against the law when it violates property rights to land acts of breaking promises of sale and purchase, leases, guarantees, and other land rights.<sup>8</sup> Based on the statements above, it can be defined that land disputes are one example in civil law cases. In addition, there are several applicable regulations of civil law such as Article 154 of the Procedural Law for Regions outside Java and Madura (*Reglement Tot Regeling Van Het Rechtswezen In De Gewesten Buiten Java En Madura, Staatsblad 1927:227*)<sup>9</sup> and Article 130 of recent Indonesian Procedural Law (*Het Herziene Inlandsch Reglement, Staatsblad 1941:44*).<sup>10</sup> It encourages the parties to pursue a fair process utilized through mediation; thus, it integrates into the litigation procedure in court.

A third person outside of the courtroom, not a judge, is referred to by the non-judicial mediator as having the authority to assist the conflicting parties in their negotiations

---

<sup>3</sup> UCHEAKONAM, C. Arbitration, International Mediation, and the Widening of the Alternative Dispute Resolution Space: Bloated Expectations or a Matter of Time? In: *SSRN* [online]. 2023 [cit. 2023-05-29]. Available at: <https://www.ssrn.com/abstract=4491851>; TVARONAVIČIENĖ, A. – KAMINSKIENĖ, N. – ŽEMAITAITYTĖ, I. – CUDOWSKA, M. Towards More Sustainable Dispute Resolution in Courts: Empirical Study on Challenges of the Court-Connected Mediation in Lithuania. *Entrepreneurship and Sustainability Issues* [online]. 2021, Vol. 8, No. 3, pp. 633–653 [cit. 2024-05-20]. Available at: <https://jssidoi.org/jesi/article/804>.

<sup>4</sup> CLAYTON, G. – DORUSSEN, H. The Effectiveness of Mediation and Peacekeeping for Ending Conflict. *Journal of Peace Research*. 2021, Vol. 59, No. 2, pp. 150–165.

<sup>5</sup> SULISTIYONO, A. – MARET, S. Mediation as an Alternative Institution of Disclaimer in Religion Court in Indonesia According to Justice Perspective. *Atkantis Press*. 2019, Vol. 358, pp. 115–118.

<sup>6</sup> TVARONAVIČIENĖ – KAMINSKIENĖ – ŽEMAITAITYTĖ – CUDOWSKA, *c. d.*

<sup>7</sup> SIMANULLANG, C. – IFTITAH, A. Mediasi Dalam Penyelesaian Sengketa Perdata di Pengadilan Negeri Kelas I B Blitar [Mediation in Civil Dispute Resolution at the Blitar Class I B District Court]. *Jurnal Supremasi* [Supremacy Journal] [online]. 2018, Vol. 7, No. 2, p. 3 [cit. 2024-05-20]. Available at: <https://ejournal.unisblitar.ac.id/index.php/supremasi/article/view/379>.

<sup>8</sup> BUNGA, M. Tinjauan Hukum Terhadap Kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara Dalam Menyelesaikan Sengketa Tanah [Legal Review of the Competence of the State Administrative Court in Resolving Land Disputes]. *Gorontalo Law Review*. 2018, Vol. 1, No. 1, pp. 39–49.

<sup>9</sup> Article 154 RBG.

<sup>10</sup> Ibid.

without the need for an impartial case.<sup>11</sup> In addition, some mediators are non-justices who represent the disputing parties in their capacity as a mediator. However, they are neutral and do not speak for any of them because the disputing parties regularly choose court judges to serve as mediators.

In this case, non-judicial mediators consider peacefully resolving disputes over land ownership rights between the two parties by the Regulations of the Supreme Court of the Republic of Indonesia.<sup>12</sup> A non-judicial mediator is a neutral party who helps the parties without coercion in solving the problem. Thus, two issues need to be studied in this research: (a) civil legal liability for non-judicial mediators in the non-litigation mediation process in land ownership disputes and (b) the legal position of a non-judicial mediator on an authentic peace deed. It supports Indonesia's disputed land ownership rights cases positively. In addition, it expects how a non-judicial mediator responds to a condition where the mediation process fails, and a non-judicial mediator experiences civil and criminal prosecution.

The research conducted by Sulistiono et al. found that post-divorce women's rights in cases of talak and judicial divorces with identical rights have been protected by the involvement of non-judicial mediators at the Samarinda Religious Court.<sup>13</sup> Meanwhile, according to Azzahro, mediation is not entirely successful in resolving divorce cases; the function of non-judicial mediators in the Religious Court Bantul's application of the practice has complied with PERMA Number 1 of 2016.<sup>14</sup> In addition, another study found that the two registered non-judicial mediators are no longer actively performing their roles in the Gorontalo Religious Court, which means that the non-judicial mediators' presence has proven useless.<sup>15</sup>

Meanwhile, there are several previous studies that concern land right disputes. Firstly, the research which is analysed by Arwana and Arifin discussed the land dispute conflict by using mediation.<sup>16</sup> Secondly, the study conducted by Hajati analyses mediation as the model of land dispute resolution.<sup>17</sup> Based on both previous studies used a similar method called normative research. Meanwhile, the statute approach is used to analyse the research. Further, the result of this research does not discuss the non-judicial

---

<sup>11</sup> AZZAHRO, M. Z. The Effectiveness of Non-judicial Mediators in Settlement of Divorce Cases in Elderly Cases at the Bantul Religious Court. *INNOVATIVE: Journal Of Social Science Research*. 2023, Vol. 3, No. 2, pp. 6575–6586.

<sup>12</sup> Mediator Non Hakim. Mahkamah Agung RI Pengadilan Ambon [Non-Judge Mediator. Supreme Court of Indonesia Ambon Court]. In: *PENGADILAN AGAMA AMBON* [online]. 6. 9. 2021 [cit. 2024-05-20]. Available at: <https://www.pa-ambon.go.id/layanan-hukum/hakim-mediator-2>.

<sup>13</sup> SULISTIONO, J. – HARIES, A. – RAHMI, M. The Role of Non Judge Mediators Providing Guarantee of Women's Rights Protection in Divorce Cases. *Al Qalam: Jurnal Ilmiah Keagamaan dan Kemasyarakatan* [Al Qalam: Scientific Journal of Religion and Society]. 2022, Vol. 16, No. 4.

<sup>14</sup> AZZAHRO, c. d.

<sup>15</sup> FAISAL, A. The Failure of Mediation in Divorce Cases Handling at Gorontalo Religious Court. *Al-Mizan (e-Journal)*. 2022, Vol. 18, No. 2, pp. 337–356.

<sup>16</sup> ARWANA, Y. C. – ARIFIN, R. Jalur Mediasi Dalam Penyelesaian Sengketa Pertanahan Sebagai Dorongan Pemenuhan Hak Asasi Manusia [Mediation in Land Dispute Resolution as an Encouragement to Fulfill Human Rights]. *Jambura Law Review*. 2019, Vol. 1, No. 2, pp. 212–236.

<sup>17</sup> HAJATI, S. et al. Model Penyelesaian Sengketa Pertanahan Melalui Mediasi dalam Mewujudkan Penyelesaian yang Efisiensi dan Berkepastian Hukum [Model of Land Dispute Settlement through Mediation in Realizing an Efficient and Legally Certain Settlement]. *Jurnal Dinamika Hukum* [Journal of Legal Dynamics]. 2014, Vol. 14, No. 1, pp. 36–48.

mediator. They explained that mediation is used to solve land dispute cases using the judicial mediator. Consequently, this study contradicts previous research by explaining non-judicial mediators' effectiveness in land rights disputes. The non-judicial mediator has several strengths in solving the land dispute case, which this research analyses.

## 2. LITERATURE REVIEW

### 2.1 STUFENBAU'S THEORY

Stufenbau's theory is the legal system by Hans Kelsen, which states that the legal system is a rung of the ladder system with tiered rules in which the lowest legal norms must attend to higher legal norms. The highest legal norms (the constitution) must adhere to the most basic legal norms (*grundnorm*).<sup>18</sup> According to Kelsen, the most fundamental legal norms (*grundnorm*) are not concrete or abstract.<sup>19</sup> Meanwhile, a fundamental norm is a formal argumentation of legal norm validity. Besides, it is a norm system that sets human behaviour or attitude; meanwhile, the legal regulations are not associated with individuals. In addition, there are various kinds of legal norms. Therefore, justification is needed to unify the system of legal norms; it is the fundamental standard. Thus, the basic norms are a basis for establishing the validity of all existing legal norms.<sup>20</sup>

Furthermore, *Pancasila* is the most basic example of a legal norm. In this theory, the hierarchy of norms has a layered and tiered arrangement. *Pancasila* is an ideal value and national ideology that serves as a basis for unifying or functioning as an estuary for various existing statutory regulations. According to the Indonesian legal system, all statutory regulations must be based on and sourced from these basic norms (*staatsfundamentalnorm*) and may not conflict with them. Meanwhile, a new rule is legally recognized at a higher level if it is consistent with the applicable regulations.<sup>21</sup> According to Hans Kelsen, norms are multi-layered. In other words, the following legal norms apply, arise, and find in higher norms. Besides, if it reaches the highest norm, thus, it will be known as the fundamental norm. Nonetheless, the dynamic standard system is incorporated.<sup>22</sup> As a result; the law is produced based on a higher standard, eliminated

---

<sup>18</sup> KELSEN, H. *Teori Hukum Murni: Dasar-dasar ilmu hukum normatif* [Pure Legal Theory: Fundamentals of Normative Legal Science]. Bandung: Nusa Media, 2010.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> MANULLANG, E. F. M. Mempertanyakan Pancasila Sebagai Grundnorm: Suatu Refleksi Kritis dalam Perspektif Fondasionalisme [Questioning Pancasila as a Grundnorm: A Critical Reflection in the Perspective of Foundationalism]. *Jurnal Hukum & Pembangunan* [Journal of Law & Development]. 2020, Vol. 50, No. 2, pp. 284–301.

<sup>21</sup> HARYANTI, D. Konstruksi Hukum Lembaga Penyelenggara Pemilihan Umum Di Indonesia Ditinjau Dari Teori Stufenbau [Legal Construction of the General Election Organizing Body in Indonesia Viewed from the Stufenbau Theory]. *Jurnal Pembaharuan Hukum* [Journal of Law Reform]. 2015, Vol. 2, No. 2, pp. 270–278.

<sup>22</sup> KELSEN, *Teori Hukum Murni...* [Pure Legal Theory...].

by an authorized institution to form authority constantly. Eventually, it produces a lower norm based on a higher or upper norm.<sup>23</sup>

## 2.2 LAW VALIDITY THEORY

The law theory by Sudikno Mertokusumo, Bagir Manan, and JJH Bruggink and enforceability should be understood differently with the attachment to its strength. Sudikno Mertokusumo delivered the discussion about “*the strength of enacting the law has three kinds of implementation capabilities, namely, juridical, sociological, and philosophical law*”.<sup>24</sup> Meanwhile, the positive law will apply if it achieves the goals; thus, the law’s goals are justice, certainty, and utilization.<sup>25</sup> In addition, the law is constantly in motion; it means that the process of the positive rule of law into the regulations occurs repeatedly. Then, the changes also often occur and take place continuously. Thus, it raises the question of whether it cannot be determined further which legal rules we must attend to at a particular time. Moreover, if it is examined from the semantic perspective or the knowledge that deals with the words and sentence interpretation, it will cause the possibility of various opinions about the law in empirical, normative, and evaluative understandings; all of them are placed in a central position.<sup>26</sup> Based on the validity, it can be divided into several types as follows:

### 1) Factual or Empirical Validity of Legal Rule

The factual or practical application of a rule of law can be claimed if the community to whom the rule of law applies is generally complying with the rule of law. A comprehensive understanding of the actual applicability of rules must be understood from all aspects. It means that everyone authorized to apply the relevant rule of law causes society to conduct it.

### 2) Normative or Formal Validity of Legal Rule

Positivity does not refer to effectivity mentioned as an absolute requirement (*noodzakelijke voorwaarde*) for the normative validity of a legal order.<sup>27</sup> It explained that natural law would happen if a person abstracts himself from the standpoint (*standpunt, belief*) of formal structure; it is based on higher law rules. Meanwhile, there is a specific correlation in legal rules indicating each other. In addition, a particular rule of law is also focused on the general law rule.

---

<sup>23</sup> SYAMSUDDI, A. *Proses Dan Teknik Penyusunan Undang-Undang* [Law Drafting Process and Techniques]. Jakarta: Sinar Grafika, 2011.

<sup>24</sup> MERTOKUSUMO, S. *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar* [Getting to Know the Law: An Introduction]. Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2007.

<sup>25</sup> MUSLIH, M. Negara Hukum Indonesia dalam Perspektif Teori Hukum Gustav Radbruch (Tiga Nilai Dasar Hukum) [The Indonesian State of Law in the Perspective of Gustav Radbruch’s Legal Theory (Three Basic Values of Law)]. *Legalitas* [Legality]. 2013, Vol. IV, No. 1, pp. 130–152.

<sup>26</sup> BRUGGINK, J. J. H. *Refleksi Tentang Hukum: Pengertian-Pengertian Dasar Tentang Teori Hukum Terjemahan Bernard Arief Sidharta* [Reflections on Law: Basic Notions of Legal Theory Translated by Bernard Arief Sidharta]. 3rd ed. Bandung: Citra Aditia Bakti, 2011.

<sup>27</sup> KELSEN, H. *General Theory of Law and State* [online]. New York: Routledge, 2017 [cit. 2023-05-29]. Available at: <https://www.taylorfrancis.com/books/9781351517997>.

### 3) Evaluative Validity of Legal Rule

The rule of law is considered valuable if it is based on its substance, which has conclusive power (*verbindende kracht*) or obligatory characteristic (*verplichtend karakter*). Meanwhile, everyone is obliged to obey the rule of law, which they view as valuable or very important for their social behaviour. The evaluative validity of the rule of law is the nature of obliging it or its binding or obligatory power (technical term for *obligatory characteristics*).

Based on Bruggink's perspective above, if it is adjoined with the prevalence of mentioning *applicability*, which in this article is about law, it takes from the term and understanding of the enforceability of law. According to Gustav Radbruch, normative or formal validity, in other words, is juridical validity (*juristische geltung*), factual or empirical validity can be mentioned as sociological validity (*soziologische geltung*), and evaluative validity is philosophical validity (*filosofische geltung*). *Filosofische Geltung* defined that law has power if it is by the legal ambition (*rechtsidee*) as a higher positive value (*uberpositiven Werte: Pancasila*, unprejudiced and prosperous society). *Soziologische Geltung* means that the acceptance and enactment of the law in society cannot be separated from reality, whether formal or informal requirements from the law. It is more focused on the reality of society. *Juristische Geltung* is a constitutional statute or regulation that fulfils the formal requirement.<sup>28</sup>

Furthermore, the law notion as stated by Gustav Radbruch in a study entitled "The Concept of Law" in discussion Legal Philosophy is divided into three principles,<sup>29</sup> as follows:

#### 1) Justice

Justice is a primary principle in law establishment. It is a reference in determining the truth and equality. However, Radbruch emphasizes that there is a debate concerning justice itself. Besides, justice allocation should be equally applied between the right and obligation.<sup>30</sup>

#### 2) Expediency

Expediency is emphasized as a goal, not an appropriate facility. It has an absolute value for balancing the justice value. It is also used for three goals: individual personality, collective personality, and human artifact.<sup>31</sup>

#### 3) Legal Certainty

Legal certainty has functioned in adjusting the weakness of justice and expediency elements. Moreover, legal certainty is more emphasized in law enforcement than the scope of determination. It also leads to the justice content in a factual entity. The legal certainty principle will have a limited role in solving several cases since there is an inadequate scientific explanation.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> BRUGGINK, *c. d.*

<sup>29</sup> RAHARDJO, S. *Ilmu Hukum* [Legal Science]. Bandung: PT Citra Aditya Bhakti, 2000.

<sup>30</sup> SADNYINI, I. A. Legal Protection Interior Design in Industrial Design Intellectual Property Rights. *Jurnal Notariil* [Notarial Journal]. 2021, Vol. 6, No. 1, pp. 27–37.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*



### 3. RESEARCH METHOD

This study discusses normative legal research, which uses existing laws, court decisions, books, and legal theories to analyse qualitative data.<sup>33</sup> This study used two approaches: a statutory approach and a conceptual approach. It analysed various legal materials, such as primary and secondary laws, using legal principles, theories, and concepts. The primary laws used include Article 130 of the Human Rights Law, Article 154 of the Basic Law on General Provisions, and Article 6 of Statute Number 30 of 1999. Additionally, it examined laws like the 1945 Constitution, Statute Number 3 of 2009, and Supreme Court Statute Number 48 of 2009. It also looked at non-litigation issues, mediation, Constitutional Court rules, and guidelines for mediator behaviour.

In this study, legal material collection followed analytical techniques. First, it analysed Constitutional Court Regulation Number 1 of 2016, Article 130 of the Human Rights Law, Article 154 of the Human Rights Law, and Statute Number 30 of 1999. Second, it examined the correlation with other statutes, mainly focusing on *Pancasila*'s fourth precept and Article 18(G) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia. Lastly, it utilized Stufenbau's theory and the theory of law validity.

### 4. RESULTS AND DISCUSSION

#### 4.1 THE MEDIATION OF LAND RIGHT DISPUTES CASES THROUGH A NON-JUDICIAL MEDIATOR BASED ON CIVIL LAW

Mediation is a way of resolving disputes and conflicts by allowing both parties to reach an agreement through a negotiation process employing a mediator.<sup>34</sup> Mediation is a form of alternative dispute resolution, in which disputes and conflicts are resolved through negotiation and facilitation. It aims to reach a mutually agreeable solution for all the parties involved. It may involve legal advice, psychotherapy, and data analysis. Mediation aids in the cancellation and termination of land-related legal relationships.<sup>35</sup>

The mediation process must be completed within thirty (30) days of the High Court or Supreme Court's interim decision. The Supreme Court or High Court receives the case file and the mediation result report from the Chief Justice of the Court. Based on the report, the judge observing the case at the High Court or Supreme Court and provided a decision. Then, all civil disputes caused before the court, including cases of litigants' and third parties' resistance (*partij verzet*) and resistance (*verzet*) against the *verstek* decision, which has permanent legal force, must first be settled through mediation, unless

---

<sup>33</sup> HARDIANTO, Y. – KHOIDIN, W. P. – UTAMI, R. S. The Implementation of Restorative Justice System to Resolve Domestic Violence Acts. *YURIS: Journal of Court and Justice*. 2023, Vol. 2, No. 3, pp. 1–13.

<sup>34</sup> Minister of Agrarian and Spatial Planning or Head of the National Land Agency.

<sup>35</sup> ISWANTORO, I. Strategy and Management of Dispute Resolution, Land Conflicts at the Land Office of Sleman Regency. *Journal of Human Rights, Culture and Legal System*. 2021, Vol. 1, No. 1, pp. 1–18 [cit. 2023-05-29]. Available at: <https://www.jhcls.org/index.php/JHCLS/article/view/3>.

otherwise stipulated based on the Regulation of the Supreme Court The case of land is one of the problems still happening in Indonesia. Based on the Minister of Agrarian and Spatial Planning or Head of the National Land Agency was named Sofyan Jalil, 2019, it received 8,959 land dispute cases. Moreover, land rights are invalidated due to land abandonment, which is the primary cause of around 9,000 land conflicts in Indonesia, according to data from the Ministry of Agrarian Affairs and Spatial Planning / State Land Agency (ATR/BPN). Land disputes are only one part of all issues considered in land cases. Based on the Regulation of the Minister of Agrarian and Spatial Planning Number 11 of 2016, land cases consist of land disputes, land conflicts, and land cases. Land disputes usually arise in every nation due to the intricacy of current land issues, which are not limited to Indonesia. The parties involved in land cases need to understand how to solve the problem correctly so that similar issues do not happen again. The constant ministerial regulation has been explained as a way of settlement by the parties concerned, called mediation.

Moreover, a problem solved through mediation will be simplified and deliberation between related parties. Thus, the result will be a win-win solution for both parties.<sup>36</sup> As a third party, the mediator must assist the related parties in finding the right solution without compulsion.<sup>37</sup> Meanwhile, the type of mediator used by the Ministry of Agrarian and Spatial Planning is an authoritative mediator who can collaborate with one or more non-judicial mediators. A person included in this type of mediator is an official with the competence and knowledge of the dispute. It is classified as a non-judicial co-mediator who has attended and passed through mediator education and examination, which the Supreme Court supervises. The judge and the non-judicial mediators may conduct the mediation when certain administrative conditions are fulfilled.

Furthermore, in carrying out social interactions, conflict often occurs between individual interests.<sup>38</sup> Although it has no solution, thus it develops into disputes. If the dispute occurs, it will take time and money. Meanwhile, developing society's culture and civilization affects the human mindset.<sup>39</sup> Consequently, Alternative Dispute Resolution was raised as an economical solution, both in time and cost; it is used to resolve the dispute, which the parties often do. It is applied to solve a dispute in the increasing demands of work and business. Alternative Dispute settlement (ADR) has been recognized

---

<sup>36</sup> ABBAS, S. *Mediasi Dalam Hukum Syariah Hukum Adat & Hukum Nasional* [Mediation in Sharia Law Customary Law & National Law]. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009.

<sup>37</sup> TAN, D. The Singapore Convention on Mediation to Reinforce the Status of International Mediated Settlement Agreement: Breakthrough or Redundancy? *Conflict Resolution Quarterly* [online]. 2023, Vol. 40, No. 4, pp. 467–482 [cit. 2024-05-20]. Available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/crq.21377>; ADRIAN, L. The Role of Court-Connected Mediation and Judicial Settlement Efforts in the Preparatory Stage. In: ERVO, L. – NYLUND, A. (eds.). *Current Trends in Preparatory Proceedings* [online]. Cham: Springer International Publishing, 2016, pp. 209–231 [cit. 2024-05-20]. Available at: [http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-29325-7\\_9](http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-29325-7_9).

<sup>38</sup> PIETRASZEWSKI, D. Toward a Computational Theory of Social Groups: A Finite Set of Cognitive Primitives for Representing Any and All Social Groups in the Context of Conflict. *Behavioral and Brain Sciences* [online]. 2022, Vol. 45, No. e97 [cit. 2024-05-20]. Available at: [https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0140525X21000583/type/journal\\_article](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0140525X21000583/type/journal_article).

<sup>39</sup> TAVARES, M. C. – AZEVEDO, G. – MARQUES, R. P. The Challenges and Opportunities of Era 5.0 for a More Humanistic and Sustainable Society: A Literature Review. *Societies* [online]. 2022, Vol. 12, No. 6 [cit. 2024-05-20]. Available at: <https://www.mdpi.com/2075-4698/12/6/149>.

in dispute settlement mechanisms. Warren Burger, the Chief Justice of the United States Supreme Court, started the extrajudicial settlement in 1976 that academicians, practitioners, and communities agreed.<sup>40</sup> Based on Article 1(3) The 1945 Constitution of the Republic Indonesia, Indonesia is a state law.<sup>41</sup> It has ideological source called *Pancasila*. It will define that the law has a dialectical character between fact and principle, model, and content; therefore, it will not break into one-sided parts such as form, content, and rule but emphasizes a systematic relationship.<sup>42</sup> In the state law's concept, it is idealized that the commander of dynamical state life refers to the law. It is not politics or economics. Therefore, it is used in English to mention the principle of state law, which means *the rule of law, not man*.<sup>43</sup> It means that the government defines that law as a system; thus, it is not referred to individuals who were doing the act. In addition, the law states that the law has the higher authority; thus, no one has power above the law.

Then, the government's administrative power should be based on the law. It is not an order from the Head of State. Therefore, states and other institutions must be grounded in the law and accountable for legal action. Therefore, the authority directs the government according to the law. It also aims to maintain legal discipline. It is consistent with what Akchurin declared that the country is ruled by law, and its government must be based on the constitution.<sup>44</sup> It is defined as the basis of governance – the national constitution to unify the country.

Meanwhile, the system rules, which have been agreed upon and highly appreciated, involve several relationships. There is the relationship between citizens and the state, the relationship between state institutions, and the performance of authority. It follows the theoretical study by Sudikno Mertokusumo, who stated that the discussion on the *power of enactment of laws* has three kinds of powers of enactment of laws: jurist, sociology, and philosophy.<sup>45</sup>

Further, a mediator is a judge or the other parties with a mediator certificate as the neutral party. It is associated with helping the parties in the negotiation process. It searches various dispute resolution possibilities without breaking or imposing techniques. The mediator's objective in conducting the mediation process is to provide the disputing parties with a final report to the panel of judges observing the case, indicating whether the parties reached an agreement. To achieve this objective, the mediator needs to make every effort to fully resolve the issues of the disputing parties.<sup>46</sup> A mediator

---

<sup>40</sup> SUBRATA, R. Mechanisms of Alternative Dispute Resolution in Conflict and Dispute Resolution in Indonesia. *Jurnal Litigasi (e-Journal)*. 2023, Vol. 24, No. 1, pp. 151–164.

<sup>41</sup> Article 1 of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia.

<sup>42</sup> RIJADI, P. – PRIYATI, S. *Membangun Ilmu Hukum Mazhab Pancasila Dalam Buku: Memahami Hukum Dari Konstruksi Sampai Implementasi* [Building Pancasila Mazhab Law Science in Books: Understanding Law from Construction to Implementation]. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011.

<sup>43</sup> ASSHIDDIQIE, J. *Gagasan Negara Hukum Indonesia* [The Idea of the Indonesian Rule of Law]. Jakarta: Majalah Hukum Indonesia, 2005.

<sup>44</sup> AKCHURIN, M. Constructing the Rights of Nature: Constitutional Reform, Mobilization, and Environmental Protection in Ecuador. *Law & Social Inquiry* [online]. 2015, Vol. 40, No. 4, pp. 937–968 [cit. 2023-05-29]. Available at: [https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0897654600004226/type/journal\\_article](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S0897654600004226/type/journal_article).

<sup>45</sup> MERTOKUSUMO, c. d.

<sup>46</sup> LATUKAU, F. – RUMKEL, N. – SUWARTI. Mediators Optimization of Civil Disputes Mediation Process at Post-Perma Court No. 1 of 2016. *Journal of Social Science*. 2022, Vol. 3, No. 4, pp. 714–729.

certificate is a document proposed by a Constitutional court or institution that has its accreditation. It declares that a person has participated in and graduated from an examination of mediation certification.<sup>47</sup>

Currently, a non-judicial mediator needs legal protection to carry out their primary task of serving society. Thus, after the non-litigation mediation process ends, the settlement approval is obliged and must be strengthened into a settlement agreement if it succeeds. Meanwhile, there are two types of strengthening: the public through an application to determine the settlement agreement from the district court and the private through the notarial settlement agreement. In these two reinforcement types, a non-judicial mediator's professional identity is mentioned completely. Regarding the determination of the court application, it has received legal protection as stipulated in the Regulation of the Supreme Court of the Republic of Indonesia Number 1 of 2016, Article 35(5) and (6). However, it is different if a mediator strengthens it through a notarial certificate. In this case, a non-judicial mediator must receive adequate legal protection if their mediation process fails.

Meanwhile, in carrying out the primary duties regarding rights and obligations, a non-judicial mediator is based on the law and protected by law. It provides services to the community while also having a clear legal position in the notarial certificate optimally. It is supported by Gustav Radbruch's theory, which states that the purpose of the law is justice, certainty, and expediency.<sup>48</sup>

It should be protected by law in its primary duty of serving the community. In this case, when a non-judicial mediator carries out the litigation mediation process, this legal protection has been regulated in the Regulation of the Supreme Court of the Republic of Indonesia Number 1 of 2016, Article 35(5) and (6).<sup>49</sup> It is different if a non-judicial mediator carries out a non-litigation mediation process, as regulated in Article 154 of the Procedural Law Regulations for Regions Outside Java and Madura (*Reglement Tot Regeling Van Het Rechtswezen In De Gewesten Buiten Java En Madura, Staatsblad 1927:227*)<sup>50</sup> and Article 130 Indonesian Regulation which has upgraded (*Het Herziene Inlandsch Reglement, Staatsblad 1941:44*).<sup>51</sup>

Generally, the personality of Indonesian society, when dealing with disputes uses litigation (courts) to achieve justice. Therefore, many cases end up in court. It also provokes the decline of the court institution in resolving disputes; its process is adjudicative. The fundamental character of Indonesian society, reflected in the 4th *Pancasila*, as mentioned, is *democracy, led by the wisdom of the representatives of the people*. It carries out a culture of resolving a dispute through deliberation, including negotiation, arbitration, and mediation (non-litigation). Mediation is a dispute resolution process

---

<sup>47</sup> HANIFA, M. Perbandingan Tugas Mediator Pada Pengadilan Agama Indonesia Dengan Mahkamah Syariah Malaysia [Comparison of the Duties of Mediators in Indonesian Religious Courts with Malaysian Syariah Courts]. *Jurnal Hukum Acara Perdata* [Journal of Civil Procedure Law]. 2020, Vol. 6, No. 2, pp. 101–116.

<sup>48</sup> MUSLIH, *c. d.*

<sup>49</sup> Supreme Court Rules Number 1 of 2016, Article 35(5), and (6)6.

<sup>50</sup> Article 154 RBG.

<sup>51</sup> Article 130 HIR.

that is faster, cheaper, and provides greater access to the parties. It is also for finding a satisfactory settlement and fulfilling an impression of justice.<sup>52</sup>

Otherwise, Indonesian society needs to understand this method of resolving disputes widely through mediation. Currently, the arrangements related to mediation are listed in 10 (ten) laws and regulations. Further, the correlation between the ten (10) laws and regulations, especially in the Supreme Court Regulation Number 1 of 2016, is quite clear that it regulates legal protection for a mediator, both judges and non-judicial, when carrying out their primary professional duties in the realm of litigation, which on the contrary is not written regarding the regulation of legal protection for a non-judicial mediator when carrying out their primary professional duties in the non-litigation realm, it also related to the legal position of a non-judicial mediator in a notarial certificate.

#### 4.2 THE IMPLICATION OF NON-JUDICIAL MEDIATOR IN LAND RIGHT DISPUTE CASES

According to some studies, the most complicated and corrupt area of the problem is the land and justice issue. The land sector accounts for thirty percent (30%) of all cases filed with the court. It is necessary to investigate the various land disputes in Indonesia, the reasons behind their unresolved status and their protracted and throughout the country. The result shows that a non-judicial mediator is not included in the law's validity after the non-litigation mediation process. Meanwhile, five basic principles of non-litigation are a philosophical basis for implementing mediation activity: the secret principle (confidentiality), volunteer principle, empowerment principle, neutrality principle, and a unique solution principle.

Furthermore, the existence of these five basic principles of mediation in Indonesia, the arrangements are divided into ten (10) laws and regulations, which are implemented in the preamble and articles. However, the basic principles of mediation are the philosophical foundation behind the non-litigation of mediation institutions. It follows Supreme Court Regulation Number 1 of 2016, Article 35(3), (4), (5), and (6), as follows:

- (3) If the parties fail to achieve an agreement, the statements and confessions of the parties in the mediation process cannot be used as evidence in the case trial process.
- (4) The mediator's records must be destroyed at the end of the mediation process.
- (5) The mediator cannot be a witness in the trial process of the case in question.
- (6) The mediator cannot be subject to criminal or civil liability for the contents of the settlement agreement resulting from the mediation.

Meanwhile, if non-judicial mediator has fulfilled these basic principles, they have the right to get immunity, which the mediator obtains during and after the litigation mediation process. The legal position of a non-judicial mediator in the notarial settlement agreement is only as a witness; as regulated in Supreme Court Regulation 1 of 2016, mediation can be distinguished into litigation mediation and non-litigation mediation.

---

<sup>52</sup> ABBAS, *c. d.*

The principle of non-litigation mediation is regulated in Supreme Court Regulation Number 1 of 2016 as stated in Articles 36 and 37, Article 36, as follows:

#### Article 36

- (1) After the parties have successfully settled their disputes through a settlement agreement out of court, regardless of whether they have the help of a registered mediator, they can apply to the court with jurisdiction to obtain a settlement certificate by filing a lawsuit.
- (2) The filing of an action within the meaning of subsection (1) shall be accompanied by a settlement agreement and documents serving as evidence of the legal relationship between the parties and the subject matter of the dispute.
- (3) The examining judge before the parties shall convert the settlement agreement into a settlement certificate only if it complies with Section 27(2).
- (4) A settlement certificate for a complaint-enhanced settlement agreement under subsection (1) shall be issued by the investigating judge at a public hearing within fourteen (14) days from the date of filing the complaint.
- (5) A copy of the Settlement Certification as referred to in paragraph (4) must be submitted to the parties on the same day as the recitation of the Settlement Certification.

#### Article 37

- (1) If the Settlement Agreement is proposed to be strengthened in the form of a Settlement Certification which is not relevant to the provisions as referred to in Article 27(2), the Case Examiner Judge is obliged to provide instructions to the Parties regarding matters that must be corrected.
- (2) Due to observance of the grace period for the completion of the submission of the Settlement Certification as referred to in Article 36(4), the parties are obliged to immediately correct and resubmit the amended Settlement Agreement to the Case Examining Judge.

Based on the statements above show that the position of the non-judicial mediator is only limited to a witness in the notarial settlement certification related to non-litigation mediation. There is a need for attributive regulation through laws and amnesty for non-judicial mediators during and after conducting non-litigation mediation processes. Meanwhile, litigation mediation, as regulated in Supreme Court Regulation Number 1 of 2016, contains ten (10) principles governing the use of integrated mediation in court (court-connected mediation), as follows:

- (1) Mediation
- (2) Autonomy of the parties
- (3) Mediation in good faith
- (4) Time efficiency
- (5) Mediation certification
- (6) Mediator Liability
- (7) Secrecy
- (8) Financing

- (9) Repetition of Mediation
- (10) The Settlement Agreements which is out of Court

Meanwhile, in Article 23, such as:

- (1) An out-of-court peace agreement backed by a certified mediator can be strengthened by filing a claim in court and forming a settlement certificate.
- (2) An out-of-court settlement agreement and other documents proving the existence of a legal relationship between the parties and the object of dispute should be attached.
- (3) If the out-of-court settlement agreement meets the following conditions, its effectiveness will be strengthened: a) following the wishes of the parties, b) does not violate legal requirements, c) no abuse of third parties, d) it can be executed, e) it is done in good faith.

In addition, the existence of non-litigation mediation arrangements as regulated in Article 6(7) of Law Number 30 of 1999 with Articles 36 and 37 of the Supreme Court Number 1 of 2016, which relates to strengthening the settlement agreement outside the court into a settlement certification to the local district court, or a notary in the form of a notarial settlement certification. The difference is that Supreme Court Regulation Number 1 of 2016 requires that the settlement agreement, which is confirmed, must be cooperated by the certified mediator. Then, it is submitted through a lawsuit and must meet cumulative requirements. It is according to the parties, not against the law, and not abusing third parties. It also can be executed in good faith; besides that, there is no unlimited time for submission.

Meanwhile, the Law Number 30 of 1999, which has a higher position than Supreme Court Regulation Number 1 of 2016, the strengthening must be registered within 30 days after the signing of the settlement agreement by using Stufenbau's Theory analysis by Hans Kelsen and the Law Validity Theory by Sudikno Mertokusumo, Bagir Manan, and JJH. Bruggink and based on the *Lex Superior Derogat Legi Inferiori Legal Principle*. Therefore, the higher legal rule should be won; in this case, the author understands the Supreme Court Regulation as a statutory regulation whose position is lower than the law because it follows attributive and delegated authority. In addition, it is based on Stufenbau's theory which states that the legal system is a rung system where high legal norms refer to higher laws, while the highest legal norms rely on basic legal norms.<sup>53</sup>

## 5. CONCLUSION

Based on the statements above, unifying the arrangements in one statutory regulation and mediation is needed, both litigation and non-litigation. It is a form of filling legal voids and complementing the provisions of Article 130 HIR/154 RBG related to impunity for non-judicial mediators in the non-litigation mediation process

---

<sup>53</sup> KELSEN, *General Theory of Law and State*.

in the land of right disputes. In particular, for Article 36 and Article 37 of the Supreme Court Regulation Number 1 of 2016, it is necessary to review especially regarding the legal position of non-judicial mediators in civil legal liability cases for non-judicial mediators in non-litigation mediation processes in cases of land ownership rights disputes, on reconciliation deeds notarial. There is impunity for non-judicial mediators in non-litigation cases as a form of respect for human freedoms, as stated in the 1945 Constitution Article 28 Letter G.

The substantial implications for non-judicial mediators in Indonesia include the need for legal protection, the requirement to adhere to the law in carrying out duties, and the importance of unifying mediation arrangements under statutory regulations to optimize services to the community. Additionally, the five basic principles of mediation in Indonesia serve as the philosophical foundation behind non-litigation mediation institutions.

Dr. Yahman, S.H., M.H.  
Faculty of Law, University of Bhayangkara Surabaya, Indonesia  
yahman@ubhara.ac.id  
ORCID: 0009-0003-7110-8684



## SOME INSIGHTS ON APPLICATION OF THE INTERNATIONAL LAW TO THE DAMAGED ENVIRONMENT DURING THE WAR IN GAZA \*

VERONIKA D'EVEREUX

**Abstract:** The paper deals with the environmental damage caused during the war in the Gaza Strip. The issue is mainly examined from the perspective of the international humanitarian law. The war in Gaza is perceived as an international armed conflict and thus the relevant provisions of the Additional Protocol I as well as general principles of international humanitarian law are applied.

The problem is first examined from a broader point of view and deals with the effects of military operations on the environment of Gaza as a whole, explaining which parts of the environment have been damaged. Subsequently, attention is paid to two specific cases, the alleged use of white phosphorus and the flooding of the tunnels with seawater and the impacts of these actions on the environment. Because it cannot be completely ruled out, that the environmental damage in Gaza might become a matter of concern of the ICC, the environmental damage is also marginally assessed from the perspective of the international criminal law. The paper is aimed to contribute to the academic discussion on whether and under what circumstances, it would be possible to consider the examined conduct as breaching the obligations of the state carrying out the military operations.

**Keywords:** Gaza Strip; serious damage to the natural environment; white phosphorus; flooding the tunnels with sea water; international humanitarian law

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.167

### INTRODUCTION

The war in Gaza has had a significant impact to the natural environment in Gaza. There is a high probability that at least some cases of the damage caused to the environment might be rather long term, while other cases might be resolved in a shorter period of time.

The objective of the paper is determining whether the damage of the natural environment in Gaza can be considered as an inevitable result of military operations. In order to meet this objective, there were formulated two research questions: *Is it possible to find that, in the defined period of first 6 months of the war and in relation to the examined military operations, the State of Israel violated its obligations under international humanitarian law in regard to the protection of the natural environment during the armed*

\* This work has been supported by Charles University Research Centre program No. UNCE24/SSH/39.

*conflict? Is it reasonable to assess the conduct of the military operations in Gaza and the decisions taken by the Israeli representatives according to the norms of international criminal law, specifically in relation to the war crimes against the environment?*

In relation to the first question, it can be stated, that the answer would be positive in case it was proven, that the aim of the military operations carried out by the Israeli Defence Forces (IDF) was to wilfully cause the damage of the natural environment.

In relation to the second question, the author noted, that the answer would be positive in case it was proven without any doubts, that the IDF issued the orders to launch the military operations with full knowledge that the environmental damage would be widespread, long term, severe, as well as excessive compared to the military advantage anticipated. She did not find any grounds for this based on the examined cases.

Regarding the methodology used, the author employed analysis, synthesis, and comparison. Analysis was primarily used while working with the sources of information describing the military operations and the caused damage to the natural environment in Gaza. The author in this regard worked with news sources knowing that the information might not be independently verified. This was done mainly because there were not any official results of independent investigation carried out for the purpose of assessment of the situation according to the international law available at the time of this analysis. Synthesis was used to apply the rules of the international humanitarian law to the examined military operations which had the impact to the environment. A comparison was utilised to examine both similarities and differences between selected cases of environmental damage which were previously addressed in legal practise and theory.

The paper is structured in seven chapters. The first chapter explains why the author considers the war in Gaza as an international armed conflict and thus applies the norms of the international law relevant to this type of conflict. The second chapter describes the variety of impact of bombing and military operations carried out in Gaza to the natural environment. The third chapter deals with the provisions of the international humanitarian law concerning the environmental damage as a result of the armed conflict (mainly the provisions of Additional Protocol I of 1977). The fourth chapter assesses in a broader context the environmental damage in Gaza according to the general principles of the international humanitarian law. The fifth chapter is aimed at the environmental impacts of the alleged use of white phosphorus in Gaza City. The sixth chapter deals with potential environmental impacts of the flooding of the tunnels with sea water. The seventh chapter is focused on the environmental damage of Gaza from the perspective of the international criminal law. The conclusion includes the summary of the findings as well as the answer to the research questions.

## 1. PERCEIVING THE GAZA WAR AS AN INTERNATIONAL ARMED CONFLICT

This paper and the application of the relevant norms of international law are based on the postulate, that the war in Gaza is considered as an **international armed conflict**. This opinion is substantiated by following facts. Regardless of political state-

ments of various states recognizing Palestinian statehood, the Palestinian Authority did not yet fully develop its statehood from the perspective of international law. It can be considered as a **state in the stage of birth**, (*state in statu nascendi*) due to non-fulfilment of one of the 4 constitutive signs of statehood, which is the exercise of public authority. Every entity which strives to be considered as a state from the perspective of law, must fulfil the criteria defined by Article 1 of the Montevideo Convention,<sup>1</sup> which has the nature of a customary law. The exercise of public authority by the Palestinian Authority is limited by the State of Israel in the West Bank and excluded by Hamas in the Gaza Strip.

It has not yet been proven whether the Hamas was controlled by the Palestinian Authority, but it is possible to speculate that Hamas might be rather independent.<sup>2</sup> Clear and impartially verifiable finding of the existence or non-existence, duration or interruption of the bond between Hamas and the Palestinian Authority is currently hardly possible. The Palestinian Authority has claimed that Hamas got politically and ideologically separated, and the control over Hamas was lost. Hamas was originally one of the political parties in the Palestinian Authority, and it won the 2006 elections in Gaza. It was not reported that the elections were undemocratic or manipulated, the people were neither reported to be forced under the threat of violence, to vote for Hamas.<sup>3</sup> Based on this the author assumes the Hamas is official and the regularly elected representative of the Gaza Strip, but not of Palestine as a whole. The official Palestinian representation has also been dealing with its deep internal problems, e.g., the parliament has been dissolved and the legislative power is replaced by the issuance of presidential decrees. Thus, the **Gaza Strip is considered to be Palestinian territory over which the official Palestinian government in the West Bank has lost power**. An additional reason to support this opinion is based on the fact that Israel does not consider Gaza as its own territory, Israel considers Gaza a foreign territory, against which it has been carrying out a blockade since 2007. Therefore, it is considerable viewing Gaza as a territory of the Palestinian Authority, over which the official government of the Palestinian Authority has lost control and is unable to exercise public power. This view can be also supported by recent statements by Hamas leaders that they were interested in reuniting with the Fatah government, which represents the Palestinian population in the West Bank, after the end of the war in Gaza,<sup>4</sup> as well as with the statements of the Palestinian Authority Fatah's leaders who claimed that once Israel defeats Hamas's infrastructure, the Palestinian leaders would reunite with Hamas and Islamic Jihad group to rule the Gaza Strip.<sup>5</sup> Finally, this perspective could be also supported by the fact that the political rivals Hamas and Fatah (which has the leading power within the Palestinian Authority), signed

---

<sup>1</sup> *The International Conferences of American States, First Supplement*. 1933–1940, p. 121.

<sup>2</sup> Doctrine of Hamas. In: *Wilson Center* [online]. [cit. 2024-06-29]. Available at: <https://tinyurl.com/mrxh68k5>.

<sup>3</sup> PENN, M. *Japan and the War on Terror*. London: Bloomsbury Academic, 2014, p. 206.

<sup>4</sup> SAWAFTA, A. – AL-MUGHRABI, N. Hamas signals post-war ambitions in talks with Palestinian rival Fatah. In: *Reuters* [online]. 5. 6. 2024 [cit. 2024-06-29]. Available at: <https://tinyurl.com/ycy4er55>.

<sup>5</sup> BOB, Y. J. – LAZAROFF, T. Palestinian Authority calls for terror organization unification to rule Gaza after war. In: *The Jerusalem Post* [online]. 7. 1. 2024 [cit. 2024-06-29]. Available at: <https://tinyurl.com/2favkxhp>.

on 23 July 2024, an agreement on to form an interim national government together with another 12 Palestinian political fractions.<sup>6</sup>

The military wing of the Hamas movement is on the list of terrorist organizations of more than one hundred states. Some countries consider Hamas as a whole (including its political wing, which controls the internal administration and exercises all public power in Gaza) to be a terrorist organization.<sup>7</sup>

The Palestinian Authority might be responsible for the October 7th attack carried out by Hamas in case of the approval or recognition of the actions of civilians as acts by the official political representation of Palestine. M. Abbas made statement in which he approved the terrorist attack of October 7th, supported the Palestinians in their resistance to Israeli oppression and stated that the Palestinian people have the right to defend themselves against the terror of settlers and occupation troops.<sup>8</sup> It might be challenged whether this statement has the same effects as the recognition of the Iranian government of the attack against the US embassy carried out by the Iranian civilians.<sup>9</sup> In author's opinion, M. Abbas's statement does not have the equivalent effects as the declaration of the Iranian government as a whole, based on which Iran was held responsible for the conduct of the individuals, who were not directed by state authorities and did not act on behalf of the state when they attacked the embassy. The responsibility of Palestinian Authority over October 7th might be re-examined in case of new evidence demonstrating that Hamas was controlled by the Palestinian Authority and acted based on the orders of the Palestinian Authority.

Based on the above-described reasoning, the author does not apply the norms of international law relevant to the internal armed conflict and other situations of violence. In the author's opinion, there is no obstacle to examine the events of this war as an international armed conflict based on the fact that the State of Israel does not recognize Palestine as a state. Gaza is still part of the Palestinian territory, and the fact that the official Palestinian representation has lost control over this part of the territory (or claimed that they lost control over it) is not a reason for viewing Gaza as a separate entity.

## 2. THE IMPACTS OF BOMBING AND MILITARY OPERATIONS TO THE ENVIRONMENT

The territory of the Gaza Strip is 41 km long and 10 km wide (therefore it is an area of about of 75% size of Prague) and it has about 2.2 million inhabitants (the population density is about 6.507 inhabitants per km<sup>2</sup>). The number of inhabitants as well as the continuous growth of population in Gaza has an impact on the fact that a significant part of the Gaza territory consists of residential buildings and built infrastructure. There

---

<sup>6</sup> CHEN, L. – AL-MUGHRABI, N. China brokers Palestinian unity deal, but doubts persist. In: *Reuters* [online]. 23. 7. 2024 [cit. 2024-07-25]. Available at: <https://tinyurl.com/m85srj27>.

<sup>7</sup> Australia, Canada, Israel, Japan, New Zealand, United Kingdom and United States.

<sup>8</sup> ABDEL-REZEK, O. Abbas: Palestinians have right to defend themselves. In: *Reuters* [online]. 7. 10. 2023 [cit. 2024-06-29]. Available at: <https://tinyurl.com/2y5mdbu2>.

<sup>9</sup> *Case Concerning U.S. Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S. v. Iran)*; I.C.J. Reports, 1980, p. 3.

are parts, which form a natural environment, mainly orchards with olive, almond, date, fig, and citrus trees, agricultural land where mainly barley, wheat, and cotton are grown, and farms with greenhouses. As another example of the natural environment the Gaza Valley could be listed, which the UN planned to turn back into a natural reserve and clean it of sewage and dumped household waste and construction debris.<sup>10</sup>

The Israeli military operation in Gaza in reaction to the terrorist attacks of Hamas and some other terrorist organisations including the Palestinian Islamic Jihad on 7 October 2023, in its initial phase chose tactics of **aerial, naval, and ground bombardment**. The Palestinian civilians were urged to evacuate from the northern part of Gaza to the South. Later military operations were also carried out in the Khan Younis area and in Rafah city, in which the people previously evacuated there from North of Gaza.<sup>11</sup> The Israeli bombardment destroyed about 70% of residential properties in Gaza and damaged nearly 50% of the buildings which were part of civil infrastructure. The bombardment also caused repetitive damage of water pipelines, which resulted in the significant lowering of the water supply. The freshwater production in the desalination water facilities was affected by the shortage of fuel supplies.<sup>12</sup> Besides the bombardment, the IDF carried out at least 33 controlled demolitions of buildings in Gaza, which destroyed hundreds of buildings, including mosques, schools, and entire parts of residential areas. An IDF spokesman explained that they destroyed terrorist infrastructure located, among other things, inside buildings in civilian areas. He added that some neighbourhoods served as *combat complexes* for Hamas terrorists.<sup>13</sup> The analysis of the satellite data concludes that “*the rate of devastation was worse than either the razing of Aleppo in Syria or Russia’s bombing of Mariupol*”.<sup>14</sup> Besides the above-described impacts on the residential areas, the military operations had a severe impact on the natural environment.

The Israeli military operations in Gaza had impact on the production of **greenhouse gases**. The first 60 days of war generated approximately 281,000 metric tonnes of CO<sub>2</sub>, which was compared to be the equivalent of burning at least 150,000 tonnes of coal.<sup>15</sup>

It was estimated that the bombardment of Gaza created 37 million tons of military **debris and hazardous materials**. The debris contains human remains, bombs, and military material. The debris, including toxic materials, might remain in the ground, on the surface of the land, and in the sea. It might further contaminate the soil, groundwater,

---

<sup>10</sup> Pollution clean-up aims to create Gaza’s first nature reserve. In: *Times of Israel* [online]. 12. 2. 2022 [cit. 2024-01-27]. Available at: <http://tinyurl.com/2xaxs22v>.

<sup>11</sup> Bombardment in southern Gaza increases mass displacement. In: *UNRWA* [online]. 4. 12. 2023 [cit. 2024-01-28]. Available at: <http://tinyurl.com/4vF9x4df>.

<sup>12</sup> BABA, A. There’s a water crisis in Gaza that the end of fighting might not solve. In: *NPR* [online]. 29. 12. 2023 [cit. 2024-01-21]. Available at: <http://tinyurl.com/3v3hertc>.

<sup>13</sup> ABRAHAM, L. et al. Israel’s controlled demolitions are razing neighbourhoods in Gaza. In: *The New York Times* [online]. 1. 2. 2024 [cit. 2024-02-03]. Available at: <http://tinyurl.com/2ex43yy3>.

<sup>14</sup> FRANKEL, J. Israel’s military campaign in Gaza seen as among the most destructive in recent history, experts say. In: *AP News* [online]. 11. 1. 2024 [cit. 2024-01-21]. Available at: <http://tinyurl.com/5794c4x9>.

<sup>15</sup> LAKHANI, N. Emissions from Israel’s war in Gaza have *immense* effect on climate catastrophe. In: *The Guardian* [online]. 9. 1. 2024 [cit. 2024-07-07]. Available at: <https://tinyurl.com/5kkn6wcz>.

surface water, and air.<sup>16</sup> There was also reported the alleged use of **white phosphorus**, which is a hazardous material and causes air pollution.

The military operations also had a significant impact on the **sewage treatment and water management**. Part of the water and sanitation facilities were damaged during the first 3 months of the war. The destruction of water and sanitation facilities might bear a risk of flooding during the winter rains. Due to the shortage of fuel, the remaining sanitation facilities were not able to operate. The untreated sewage was directly disposed into the Mediterranean Sea, which poses a significant environmental threat. The groundwater and soil were contaminated by toxins.<sup>17</sup>

As a result of the military operations, there also occurred a massive **destruction of farmland, orchards, and forests**. This was done partially by the Israeli bombardment, partially due to the Israeli ground operations in which the tractors, tanks, and military vehicles uprooted the trees and damaged the agriculture sites, and partially by the Palestinian inhabitants who suffered between October 2023 till about March 2024 by a shortage of fuel, so they cut the trees to have wood for cooking and heating. Israel, according to some sources, is considering the creation of a military buffer zone around Gaza consisting of a system of fences and other security elements,<sup>18</sup> which would be in the place where there are fields, orchards, and trees.<sup>19</sup> Something similar was also reported by Egypt, however the Egyptian buffer zone would be built along the outside border of Gaza in the Sinai desert.<sup>20</sup>

**Waste generation**, including hazardous waste (e.g., medical waste) might be considered one of the significant indirect impacts of the bombardment to the environment. Due to the war, there are difficulties in transporting the waste from some locations to **landfills**. According to some sources, there is about 3,000 tons of waste is accumulated daily which cannot be disposed due to the ongoing armed conflict and therefore there were established temporary landfills.<sup>21</sup> In the winter, it was reported that the Palestinians **burnt the waste** which resulted in **air pollution**. In the spring and summer, it was reported that the decaying waste caused **soil, water, and air pollution**, which might be a long-term damage hazard.<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> GRAHAM-HARRISON, E. Gaza's 37m tones of bomb-filled debris could take 14 years to clean, says expert. In: *The Guardian* [online]. 26. 4. 2024 [cit. 2024-07-07]. Available at: <https://tinyurl.com/ue9ahuhn>.

<sup>17</sup> AHMED, K. – GAYLE, D. – MOUSA, A. "Ecocide in Gaza": does scale of environmental destruction amount to a war crime? In: *The Guardian* [online]. 29. 2. 2024 [cit. 2024-07-07]. Available at: <https://tinyurl.com/4t6k34sv>.

<sup>18</sup> ARMSTRONG, K. – BERG, R. Israel extends control of Gaza's entire border. In: *BBC* [online]. 30. 5. 2024 [cit. 2024-07-07]. Available at: <https://tinyurl.com/b2uynes9>.

<sup>19</sup> Establishing a "security zone" in Gaza is a war crime. In: *B'Tselem* [online]. 21. 2. 2024 [cit. 2024-07-07]. Available at: [https://www.btselem.org/gaza\\_strip/20240221\\_establishing\\_so\\_called\\_security\\_zone\\_in\\_gaza\\_is\\_a\\_war\\_crime](https://www.btselem.org/gaza_strip/20240221_establishing_so_called_security_zone_in_gaza_is_a_war_crime).

<sup>20</sup> MURPHY, P. P. Egypt is building a new walled buffer zone, more than 2 miles wide on Gaza border, satellite images show. In: *CNN* [online]. 15. 2. 2024 [cit. 2024-07-07]. Available at: <https://tinyurl.com/y5fubesp>.

<sup>21</sup> SOULAIMAN, M. Rivers of sewage, dirty water, and toxic air: The environmental disaster unfolding in Gaza. In: *Green Euro News* [online]. 21. 12. 2023 [cit. 2024-01-21]. Available at: <http://tinyurl.com/498vtfdz>.

<sup>22</sup> A silent threat: Gaza's struggle with solid waste management. In: *UNDP* [online]. 28. 3. 2024 [cit. 2024-06-29]. Available at: <https://tinyurl.com/bdezr9t7>.

According to some opinions,<sup>23</sup> the war in Gaza resulted into an *ecocide*. This term was according to the International Committee of the Red Cross (ICRC) codified in penal codes of several countries in the way of “*mass destruction of the flora and fauna and poisoning of the atmosphere or water resources, as well as other acts capable of causing an ecological catastrophe*”.<sup>24</sup> Applying the term of *ecocide* to the situation in Gaza refers not only to the severe damage of the natural environment, but it also reflects the opinion that the military operations were not carried out in accordance with law, and it emphasises on the potential element of criminal responsibility.<sup>25</sup>

### 3. THE ENVIRONMENTAL DAMAGE A RESULT OF THE MILITARY OPERATIONS IN THE PERSPECTIVE OF THE INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

The Additional Protocol I to the Geneva Conventions (AP I) in Article 35(3) prohibits the use of “*methods or means of warfare which are intended, or may be expected to cause, widespread, long-term and severe damage to the natural environment*”. In Article 55(1) it stipulates that: “[C]are shall be taken in warfare to protect the natural environment against widespread, long-term and severe damage. This protection includes a prohibition of the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population.” And finally in (2) it rules that “*attacks against the natural environment by way of reprisals are prohibited*”.<sup>26</sup>

The ICRC commented that these provisions were clearly new when they were adopted, but since then, significant practice of states has emerged to the effect that this prohibition has become customary. Based on this finding, these articles are thus generally binding even to the states that are not state parties of the AP I. This opinion is supported by the ICRC and also by several states within their submissions to the International Court of Justice in the Case of *Nuclear Weapons*. The states acknowledged that they considered the rules in Articles 35(3) and 55(1) of AP I to be customary.<sup>27</sup> The Report on the Practice of the State of Israel, which is not a party to AP I, was consistent with this opinion because it stated that the Israeli Defence Forces do not utilize or condone the use of methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the environment.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> JOHNSON, J. Report: Deliberate Ecocide a Key Element of Israel’s Genocidal Campaign in Gaza. In: *Truthout* [online]. 29. 3. 2024 [cit. 2024-07-07]. Available at: <https://tinyurl.com/2p9ytuas>.

<sup>24</sup> HENCKAERTS, J. M. – DOSWALD BECK, L. *Customary International Humanitarian Law. Vol. II*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 143–158.

<sup>25</sup> “No traces of life”: Israel’s *ecocide* in Gaza 2023-2024. In: *Forensic Architecture* [online]. 29. 3. 2024 [cit. 2024-07-07]. Available at: <https://tinyurl.com/y82pww8f>.

<sup>26</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I). 8 June 1977.

<sup>27</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons; I.C.J. Reports, 1996 (Advisory Opinion), p. 226.

<sup>28</sup> HENCKAERTS et al., c. d.

A violation of this customary rule of IHL might be obvious in case the state had knowledge or there can be an inference that “*a certain method or means of warfare will or probably will cause widespread, long-term and severe damage to the environment. In relation to another customary rule stipulating ‘the due regard for the natural environment in military operations’<sup>29</sup> the states engaged in the military operations ‘are obliged to obtain the information of the potential results of their planned actions and to refrain from actions that could be expected to cause widespread, long-term and severe damage to the environment’.*”<sup>30</sup> The violation of this rule would be in case the states wilfully caused widespread, long term, and severe damage to the natural environment. In the ICRC Study on Customary IHL it was also stated that: “[I]t is not easy to know in advance exactly what the scope and duration of some environmentally damaging acts will be; and there is a need to limit as far as possible environmental damage even in cases where it is not certain to meet a strict interpretation of the criteria of widespread, long-term and severe.”<sup>31</sup> Determining whether the rate of the environmental destruction crossed the threshold due to the armed conflict might be possible through the provisions of the international criminal law.

#### 4. ASSESSMENT OF ENVIRONMENTAL DAMAGE IN GAZA ACCORDING TO THE RELEVANT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

The military operations in Gaza had a direct impact on carbon emissions. Based on a study aimed at the Greenhouse Gas Emissions from the Israel-Gaza Conflict, there was estimated the total emissions from the conflict amounted to 281,315 tons of carbon dioxide in the initial phase of the war. This number included the combined emissions of bombs, rockets, and artillery, as well as munitions shipments delivered by cargo jet. According to this study, the greenhouse gas emissions from the first 60 days of the war were “*roughly the equivalent of 75 coal-fired power plants operating for a year*”.<sup>32</sup> There was reported that the IDF used the Besorah system, an AI platform programmed to suggest the targets of the bombardment based on the data available. Opinions emerged stating that during the war in Gaza, the Besorah system was allegedly set up in the way that it prioritised quantity, over the quality of targets. The IDF was criticised for targeting large areas by bombing with little focus on specific targets.<sup>33</sup> There was also reported that the IDF, while launching the ground operation, entered Gaza through the natural zones in Gaza. Assessing whether it was possible to carry out

---

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> NEIMARK, B. – BIGGER, P. – OTU-LARBI, F. – LARBI, R. A Multitemporal Snapshot of Greenhouse Gas Emissions from Israel-Gaza Conflict. In: *SSRN* [online]. 9. 1. 2024 [cit. 2024-07-21]. Available at: <https://tinyurl.com/rawz5yry>.

<sup>33</sup> D’EVEREUX, V. Israeli Military Artificial Intelligence, Its Possible Use in the War in Gaza. *Obrana a strategie* [Defence and Strategy]. 2024, Vol. 24, No. 1, p. 129.



the military operations in a way which was more considerate to the environment is possible through applying relevant general principles of the international humanitarian law.

The **principle of military necessity** permits the use of such weapons as permitted by law and to the extent necessary to achieve the purpose of the war in the shortest possible time and with the least possible impact on human life and material resources. The belligerents may use only such means that are absolutely necessary to force the enemy to surrender. Disregarding this principle leads to disproportionate destruction which is prohibited by international humanitarian law and might be also considered as a war crime.<sup>34</sup>

As far of this principle concerned, the State of Israel might be challenged on whether **the extent as well as the way of conducting the military operations**, with regard to their environmental impacts, was **necessary to achieve the goal of the war**. The bombardment had an impact on carbon emissions, resulting in debris, part of which got contaminated. As a result of the bombardment, the majority of the population resettled, which resulted in the generation of waste, that could not be safely and adequately disposed of in landfills due to ongoing military operations. The principle of military necessity, however, must not be interpreted as a reason for violating the law of armed conflict. It is likely that the issue of the State of Israel's operations according to this principle will be the subject of further investigation, which the author considers reasonable. The outcome of the investigation will probably also partially depend on the final outcome of the war in Gaza. However, based on the previous experience of military operations in Gaza, it is possible that both sides of the conflict may hypothetically declare contradicting information. Therefore, the result of this war might also be unclear. If Israel were to end operations at a time when it believed that Hamas was no longer capable of fighting, it is possible that the other side would claim otherwise. An independent examination of the real ability or inability to fight of the Hamas movement is very difficult due to the fact that most of their military resources are hidden underground and even the State of Israel therefore has only partial information about it.

The **principle of distinction** requires a distinction to be made between military objects that are legitimate war targets and civilian objects that need to be spared from attack.<sup>35</sup>

In relation to this principle, in the perspective of the environment, the range of the bombardment might be challenged. Specifically in regard to the current uncertainty whether all the targets had a military nature and whether it was possible to reach the similar results with a lower carbon emission and avoiding unnecessary damage at the same time, so there would be less of building destruction, and less debris. On the other hand, it probably would not have an impact on the issue of the generation of waste, because civilians would probably either way evacuate based on the knowledge that the bombing would take place in the area. The principle of distinction might also apply to the ground operations and the choice of routes for the military vehicles. In case the IDF

<sup>34</sup> O'ETER, S. *Methods and Means of Combat*. In: FLECK, D. (ed.). *Handbook of International Humanitarian Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 127.

<sup>35</sup> KOLB, R. – HYDE, R. *An introduction to the International Law of Armed Conflicts*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, pp. 45–46.

commanders had to choose whether it is necessary for the passage of military equipment to damage civilian infrastructure or natural zones, it might be necessary to prioritise protection of the civilians over the protection of nature. The damage of the environment might be also justified in case there were hidden entrances to the tunnels in the orchards, farmland, greenhouses etc. Any damage to these entrances could be considered as essential, so Hamas fighters were not able to use it as military advantage.

The **principle of proportionality** means that the losses and damages caused by military operations must not be disproportionate to the results that were achieved. The military advantage must outweigh the damage caused. Military operations are to be conducted in a manner that avoids disproportionate and accidental damage and loss.<sup>36</sup>

For this reason, the states must aim to minimise the damage to the natural environment and to carefully weight out, whether the result of the operation is proportional to the damage caused. There is no doubt that the destruction of the Gaza Strip is enormous. In the author's opinion, the damage of the natural environment in Gaza was an **inevitable result of immediate combat**. The fight against Hamas is very specific due to their **spread across Gaza as a whole**. From the perspective of the State of Israel, the aim of the operation was to **expel the fighters of the Hamas movement from their positions**. Some observers however interpreted the IDF operations as **scorched-earth policy**, which is not only a violation of international humanitarian law, but it also may establish the criminal responsibility of the commanders responsible for issuing the relevant orders and their implementation. The grounds for these opinions lies in the extent of the destruction of the Gaza Strip as a whole, including the destruction of natural sources which are necessary to contribute<sup>37</sup> to the survival of civilian population.<sup>38</sup> On the contrary, in the opinion of the author, it is not correct to consider the scorched-earth policy being applied to Gaza due to the fact that this policy is rather a purposely ordered strategy, which is supposed to make it impossible, for resources to become available for use by the enemy or by the civilians in the near future. Thus, this pre-planned strategy is aimed to hinder the enemy's ability to advance or purposefully cause a risk to the survival of the civilian population. Therefore, the author finds the term scorched-earth policy to be incorrectly used because the stage of Gaza's destruction rather corresponds to the indirect consequences of the military operations.

---

<sup>36</sup> NEUMAN, N. *Applying the Rule of Proportionality: Force Protection and Cumulative Assessment in International Law and Morality*. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2004, Vol. 7, p. 84.

<sup>37</sup> The word *contribute* reflects the long-term dependency of Gaza on humanitarian aid, and the inability of Gaza to striving to be self-sufficient as much as possible in relation to food production.

<sup>38</sup> FERNANDEZ, B. Israel is taking scorched earth policy to a new level. In: *Al Jazeera* [online]. 16. 12. 2023 [cit. 2024-01-29]. Available at: <http://tinyurl.com/mv4dzs4b>.

## 5. THE ENVIRONMENTAL IMPACTS OF ALLEGED USE OF WHITE PHOSPHORUS IN GAZA CITY

White phosphorus is a chemical substance which is not prohibited under the *Chemical Weapons convention*.<sup>39</sup> White phosphorus can be used either for marking, signalling, but also for obscuring because it creates smoke which hides some military actions. The use of white phosphorus is restricted in densely populated areas, because it is a hazardous material which pollutes the air, creates heat, and has incidental burning effect, so there is a risk of spontaneous combustion involved with it. The use of white phosphorus is also stipulated in war manuals of several states, e.g., the U.S. Department of Defence in their Law of War Manual state that, “*white phosphorous is a munition [...] that is intended primarily for marking or illuminating a target or masking friendly force movement by creating smoke*”.<sup>40</sup>

Some NGOs, Human Rights Watch (HRW), stated that they hold evidence that the Israeli army used **white phosphorus** on 11 October 2023 in Gaza City,<sup>41</sup> and on 10 October at the border with Lebanon.<sup>42</sup> Amnesty International stated that they hold evidence of the use of white phosphorus on the border with Lebanon and in Gaza by Israel. The State of Israel officially denied that they “*deployed the use of such munitions*”, and stated the accusation as well as the evidence of it is unequivocally false.<sup>43</sup> The IDF further stated that “*in accordance with international law, this type of weapon is not used by the Israel Defence Forces against the terrorist group Hamas*” and claimed that the report of use of white phosphorus was taken from another war.<sup>44</sup>

A theoretical assessment of the questions related to use of white phosphorus in Gaza might be challenging because there is not yet available the unequivocal conclusions of an impartial investigation. Mainly, there are available statements of some NGOs protecting the interests of the Palestinians and advocating for them, and the statements of the IDF denying these accusations.

Examining whether the photographs and videos, which, based on the statements of these organisations, showed that the IDF allegedly used white phosphorus in Gaza

---

<sup>39</sup> United Nations Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May be Deemed to be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects (and Protocols) (As Amended on 21 December 2001), 10 October 1980, 1342, UNTS 137.

<sup>40</sup> COBLE, K. S. – TRAMAZZO, J. C. Israel – Hamas 2023 symposium – white phosphorus and international law. In: *Lieber Institute West Point* [online]. 25. 10. 2023 [cit. 2024-02-02]. Available at: <http://tinyurl.com/mtf5d3s3>.

<sup>41</sup> Israel: White phosphorus used in Gaza, Lebanon, Use in populated areas, grave risk to civilians. In: *Human Rights Watch* [online]. 12. 10. 2023 [cit. 2024-01-21]. Available at: <http://tinyurl.com/5x8c7xau>; Questions and Answers on Israel’s use of white phosphorus in Gaza and Lebanon. In: *Human Rights Watch* [online]. 12. 10. 2023 [cit. 2024-02-02]. Available at: <http://tinyurl.com/ykw88jys>.

<sup>42</sup> Lebanon: Evidence of Israel’s unlawful use of white phosphorus in southern Lebanon as cross-border hostilities escalate. In: *Amnesty International* [online]. 31. 10. 2023 [cit. 2024-02-02]. Available at: <http://tinyurl.com/mv56kwyw>; Israel / OPT: Identifying the Israeli army’s use of white phosphorus in Gaza. In: *Amnesty International* [online]. 13. 10. 2023 [cit. 2024-02-02]. Available at: <http://tinyurl.com/mr2nk2hd>.

<sup>43</sup> WINTOUR, P. Israel denies using white phosphorus in Gaza. In: *The Guardian* [online]. 13. 10. 2023 [cit. 2024-01-21]. Available at: <http://tinyurl.com/3vd7kubs>.

<sup>44</sup> NGOs accuse Israel of using white phosphorus munition in Gaza – but what are they? In: *France24* [online]. 15. 10. 2023 [cit. 2024-02-02]. Available at: <http://tinyurl.com/5fdjnbj>.

City, were authentic, cannot be the subject of a legal research. Rather it is a matter of a different area of expertise. There can be several variants of the future outcomes of the independent investigation in this matter, including finding out that it was not possible to verify whether this substance was used.

It is a fact that in 2009, during Operation Cast Lead in Gaza, the IDF admitted the use of white phosphorus to **mark targets**. The later report of the military inquiry stated, that at that time, the white phosphorus munition was intended for use only for **smokescreen** purposes. It was used as a **camouflage**, which is not considered as an **incendiary weapon**. The report also stated that the white phosphorus was used while balancing the military necessity and in regard to the obligations stemming from the humanitarian law.<sup>45</sup>

In 2013, the IDF responded to a petition to Israel's High Court of Justice concerning the use of white phosphorus in Gaza. The Israeli military stated that they "*would no longer use white phosphorus in populated areas except in two particular situations*". The details about these two exceptions were not published. Judge E. Arbel further explained that the IDF should "*render use of white phosphorous an extreme exception in highly particular circumstances*".<sup>46</sup>

For the purpose of examining whether the allegedly used white phosphorus could be considered a violation as humanitarian law because of the environmental damage, mainly in the form of the air pollution, there can be made a comparison with the case of chemical factory in Pancevo, which was hit by a NATO bombing campaign. The background of these two circumstances is different, but in both cases, it is related to the **environmental damage caused by the chemical substances in connection with a military attack**. The *Pancevo* case, which had a **massive and long-term environmental impact**,<sup>47</sup> was resolved by the ICTY Prosecutor. It was stated that the environmental damage "*did not reach the Additional Protocol I threshold*" and that "*long term damaged would need to be measured in years, rather than months*".<sup>48</sup>

Given the fact that the white phosphorus is not one of the chemical substances prohibited by the international treaties, it is possible to debate about the alleged use of this chemical substance by the IDF in Gaza City in the context of a general prohibition of certain methods of warfare. Specifically in connection the **principle of the prohibition of indiscriminate attacks and principle of proportionality**. Additionally, in connection to the **prohibition of severe damage of the natural environment** (Article 55 AP I). In order to assess the question of compliance of the alleged use of white

---

<sup>45</sup> Military rejects horrific results of use of white phosphorus in Operation Cast Lead. In: *B'Tselem* [online]. 21. 5. 2009 [cit. 2024-02-02]. Available at: <http://tinyurl.com/59kmja69>.

<sup>46</sup> Incendiary weapons: Recent use and growing opposition. Memorandum to Convention on Conventional Weapons delegates November 2014. In: *Human Rights Watch and International Human Rights Clinic* [online]. November 2014 [cit. 2024-02-02]. Available at: <http://tinyurl.com/ycynmpnu>.

<sup>47</sup> JANKUV, J. *Environmentalizácia medzinárodného práva verejného a jeho vplyv na právo Európskej únie a právny poriadok Slovenskej republiky* [Environmentalisation of the public international law and its impact to the European Union law and the legal order of the Slovak Republic]. Prague: Leges, 2021, pp. 268–270.

<sup>48</sup> Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia. In: *ICTY* [online]. [cit. 2024-02-02]. Available at: <http://tinyurl.com/4rt26aae>.

phosphorus in Gaza city with international law, it might be necessary to consider the **factual impacts** of the effects of this chemical substance in this territory. There should be considered the question of proportionality in relation to the **degree, severity, and duration** of the imminent medical complications, and the aim of the IDF operations. It might also be relevant to find out whether the amount of the white phosphorus allegedly used by the IDF had such effects, that it could cause widespread, severe, and long-lasting damage to the environment. In analogy with the case of *Pancevo*, in which the duration of the damage was decisive, it is important to examine whether the **overall effects** of alleged use of white phosphorus in Gaza would take years, rather than months. In author's opinion, there is a minimum probability that the damage mainly in the form of air pollution due to the alleged use of white phosphorus in Gaza City crossed a threshold stipulated in Article 55 of AP I as the air pollution, as reported lasted for only a couple of days.

## 6. THE POTENTIAL ENVIRONMENTAL IMPACTS OF FLOODING THE TUNNELS WITH SEA WATER

The network of the underground tunnels in Gaza was constructed by Hamas with three purposes. First, for smuggling weapons and commerce between Gaza and Egypt. Second, for defensive purposes, from which benefit the Hamas commanders (not Gaza civilians), the tunnels are also used as weapons storage, thus the tunnels can be considered a great military advantage. Third, for offensive purposes which allows the cross-border attack against Israel. These tunnels have concrete walls and roofs, they have electricity and other equipment, which is used for the benefit of the Hamas terrorist, not for the benefit of the protection of the civilians of Gaza. These tunnels are not used by civilians as bomb shelters. At the beginning of war in Gaza in October 2023, it was estimated that there were about 1,300 tunnels with a total length of about 500km in Gaza. It might take around 1.5 million cubic metres of water to completely fill the tunnels.<sup>49</sup>

In December 2023, the IDF declared the intention to flood the tunnels with sea water and set up first pumps at the Al-Shati refugee camp. It was reported that the IDF started the trial of pumping the water into the tunnels in order to drive Hamas's terrorists above the ground and make it impossible for them to use their significant strategic tool.<sup>50</sup> In January 2024, it was confirmed that Israel had been flooding some tunnels with sea water and before doing so, the IDF carried out *professional and comprehensive*

---

<sup>49</sup> GAYLE, D. – LAKHANI, N. Flooding Hamas tunnels with sea water risks 'ruining basic life in Gaza', says expert. In: *The Guardian* [online]. 23. 12. 2023 [cit. 2024-01-24]. Available at: <http://tinyurl.com/3chpxz7v>.

<sup>50</sup> STAFF, T. Report: The IDF has begun pumping sea water into tunnels. In: *The Times of Israel* [online]. 12. 12. 2023 [cit. 2024-07-21]. Available at: <https://tinyurl.com/28xdauv7>; EBRAHIM, N. Israel is testing out flooding the Hamas tunnels. Here is what it could look like scaled up. In: *CNN Middle East News* [online]. 15. 12. 2023 [cit. 2024-01-24]. Available at: <http://tinyurl.com/y2jbbz7a>.

pre-emptive checks, including an analysis of the soil and water system in the area, to ensure groundwater did not get contaminated.<sup>51</sup>

In accordance with **the precautionary principle** IDF commanders have to **continuously evaluate** the variants of the next course of further operations against terrorists during the ongoing conflict. Using the method of combat of flooding the tunnels has certain risks, and it is necessary to also consider them all in order to assess the question of its legality, in connection to the **imminent damage** to the environment.

Prof. Zeitoun mentioned that *“seawater pumped into the hundreds of kilometres of tunnels crisscrossing the porous, sandy soil of Gaza would inevitably seep into the aquifer that its 2.3 million residents rely on for about 85% of their water”*. He further explained that *“the contamination would be such that current neighbourhood-level reverse osmosis desalination methods used by Palestinians in Gaza to treat their water would no longer be feasible”*. Prof. Zwijnenburg mentioned another environmental risk related to flooding the tunnels. There might be over 75,000 litres of fuel stored in the tunnels and *“all those kinds of hydrocarbons that can potentially also affect the soil and get into the aquifer and groundwater”*. He also warned that flooding the tunnels would *“pose risks for the integrity of the ground on which the communities of Gaza, the world’s most densely populated territory, are built. If they were to collapse beneath built-up areas, that could bring whatever buildings remain above them down as well”*.<sup>52</sup>

It was also reported that the IDF used explosives and a *blast-gel* to detonate the tunnels in Gaza.<sup>53</sup> According to some (unverified) sources, the IDF might also have *sponge bombs* which is a chemical substance creating an expanding foam which hardens and blocks off the tunnels.<sup>54</sup> For this reason, the author assessed this method of warfare, which might have environmental dimension, in a broader perspective.

Article 55(1) of AP I refers to the obligation of the state to *“take care to protect the natural environment”* against damage and it prohibits the use of the methods which *“are intended or may be expected”* to cause such damage. Therefore, this stipulation can be interpreted as the obligation of the state to **foresee the possible consequences** of used methods of warfare and their impact to the environment. The way this provision is phrased could therefore rule out the potential argument, that the aim of flooding the tunnels was not to destroy Gaza’s environment, degrading the agricultural land, and water resources (or land subsidence, which subsequently caused the collapse of residential buildings and thus more potentially contaminated debris). But that the purpose of this method was rather to **fight Hamas by depriving them of their military advantage**. This way of understanding of the above-mentioned Article 55(1) AP I might be, in author’s opinion, in accordance with the **precautionary principle**, which as prof. Jankuv states, is interpreted in different ways. Part of the theory of international law, gradually

<sup>51</sup> FABIAN, E. IDF Confirms flooding Hamas tunnels with sea water. In: *The Times of Israel* [online]. 30. 1. 2024 [cit. 2024-07-21]. Available at: <https://tinyurl.com/kva9ssmv>.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> WILLIAMS, D. With mapping robots and blast gel, Israel wages war in Gaza tunnels. In: *Reuters* [online]. 17. 11. 2023 [cit. 2024-01-24]. Available at: <http://tinyurl.com/bdcpaxxf>.

<sup>54</sup> Sponge bombs are Israel’s new secret weapon to block Hamas tunnels. In: *The Telegraph* [online]. 25. 10. 2023 [cit. 2024-01-24]. Available at: <http://tinyurl.com/yc7v8vts>.

begins to perceive this principle as a part of international customary law. However, there are also opinions which do not yet see it as a binding rule because some states are still hesitant to consider this principle as a legally binding rule for their behaviour.<sup>55</sup> As prof. Šturma states, one of the ways of how this principle can be interpreted is as follows. The states should give up their activities, which could cause harm to the environment, even if the expertise is unable to prove, what would be the measure of the related risks.<sup>56</sup> In author's opinion, this principle could hypothetically be considered as a part of customary law, therefore not merely as one of the risk management approaches, stipulated in the Report of the UN Conference on Environment and Development in 1992,<sup>57</sup> (this document is applicable to the economic activities of the states, and it was not considered to be applied in the armed conflict). Enabling such theoretical perception might make it possible to use this principle **in a broader sense** of interpretation. There can be made a hypothetical consideration of flooding the tunnels in relation to this principle, according to which, if there is a possibility that an action might cause harm to the environment, and if there is no expertise on the issue yet, the action should not be implemented. The intended measures can be reviewed when expertise becomes available. Therefore, according to this principle, Israel should carefully consider the impacts of flooding the tunnels and obtain expert opinions in advance, take into account all the risks, their level and the options for preventing them and minimising them. This approach would also be in accordance with Article 35(3) AP I, which **prohibits to use military measures which can be expected to cause damage to the environment**.

Flooding the tunnels with sea water might harm to the natural environment in Gaza, mainly soil and groundwater pollution. Considering the fact that the tunnels are most probably located under the significant part of the territory of the Gaza Strip, the damage might be relatively extensive, however it might be rather uncertain, whether there is a real risk that the threshold of environmental damage might be crossed.

## 7. ENVIRONMENTAL DAMAGE IN THE PERSPECTIVE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Crimes damaging the **natural environment** can be found in the Statute of the International Criminal Court (ICC) Article 8(2)(b)(iv) according to which a serious violation of the laws and customs applicable in international armed conflicts takes places in case of “*intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated*”. Another provision with an environmental dimension, related to the protection

<sup>55</sup> JANKUV, *c. d.*, pp. 88–90.

<sup>56</sup> ŠTURMA, P. – ČEPELKA, Č. *Mezinárodní právo veřejné* [Public international law]. 2nd ed. Prague: C. H. Beck, p. 207.

<sup>57</sup> A/CONF.151/26/REV.1 (Vol. 1) Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3–14 June 1992.

of the natural environment, can be found in Article 8(2)(b)(xvii), which *prohibits the use of poison and poisonous weapons*. These substances can be released into the air, soil and water and thus cause ecological damage.<sup>58</sup>

Prof. Jankuv states that the **cumulative fulfilment of all the individual components of the characteristics of the crimes** described above is so difficult in practice, that one can hardly assume the successful application of this ban.<sup>59</sup> As an example, there can be noted the interest of the ICC in punishing the former president of Sudan, *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*,<sup>60</sup> who was accused of destroying food, wells, wells, crop warehouses, cattle stables, and other infrastructure necessary for the survival of civilians in the Darfur region. He also demonstrably stated that he did not wish to preserve any villages. He issued orders for a procedure leading to the creation of a scorched earth.<sup>61</sup>

It is therefore clear, that the **prosecution of crimes damaging the environment in connection with the armed conflict is theoretically possible** in several ways. It is feasible to assess the conduct, the result of which stemmed into the serious environmental damage, based on the general definition of war crimes, i.e., the *“use of certain means and methods of warfare which cannot be considered as military necessity”*. This is applicable if the *“environmental damage caused serious threats to the health or survival of the population”*.<sup>62</sup> The other option is to assess the conduct based on the definition of war crimes, which strictly *“prohibits the unjustified destruction of the enemy’s property, or which stipulates the prohibition of use of some types of weapons”*. It is also possible to prosecute environmental crimes which occurred during an armed conflict, if the damage to the environment took place *“in connection with the crime of genocide or crimes against humanity”*.<sup>63</sup>

Nevertheless, the prosecution of crimes against the environment in practise of the ICC might be still very difficult because of the interpretation of the **principle of proportionality** in relation to Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute. In the context of most cases the prosecutors found that the threshold of the *“widespread, long-term and severe damage”* was not crossed. The interpretation presented by prof. Gillett is useful.<sup>64</sup> The term **widespread** is based on the geographical scope of the environmental

---

<sup>58</sup> United Nations. Rome Statute of the International Criminal Court. Treaty Series, Vol. 2187, No. 38544.

<sup>59</sup> JANKUV, c. d., p. 272.

<sup>60</sup> *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ICC-02/05-01/09, Pre-trial.*

<sup>61</sup> SMITH, T. Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes in International Criminal Law. In: SCHABAS, W. – MCDERMOTT, Y. – HAYES, N. – VARAKI, M. (eds.). *Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*. London: Ashgate Publishers, 2012, p. 6.

<sup>62</sup> BIRNE, P. – BOYLE, A. – REDGWELL, C. *International Law and the Environment*. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 330.

<sup>63</sup> ŠTURMA, P. *Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva* [The International Criminal Court and the prosecution of crimes under international law]. Prague: Charles University in Prague, Karolinum, 2002, pp. 132–133.

<sup>64</sup> GILLETT, M. Eco-Struggles: Using international criminal law to protect the environment during and after non-international armed conflict. In: STAHN, C. – IVERSON, J. – EASTERDAY, J. S. (eds.). *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices*. Oxford: Oxford Academic Press, 2017, pp. 228–229.



damage, and in terms of its size, it may vary between several hundred<sup>65</sup> to thousands<sup>66</sup> of square kilometres. This interpretation is available as a source of opinion concerning the international humanitarian law, specifically in the background materials concerning AP I. The term **long-term** refers to the temporal duration of the environmental damage, the minimum duration is undetermined by law. It could vary from a period of several months or a season,<sup>67</sup> to a period of decades.<sup>68</sup> The term **severe** refers to the intensity of the damage caused to the environment, and it is independent of its geographic ambit, or temporal duration. Severe environmental damage denotes harm which goes beyond typical battlefield destruction.<sup>69</sup> Prof. Marauhn noted that the general rule, which orders the belligerent parties to prevent the environmental damage, might (due to the high requirements stipulating the extend of the damage) deprive these criminal law provisions from their deterrent effect.<sup>70</sup>

Based on the above-mentioned interpretation it might be rather uncertain, whether there can be found the **cumulative fulfilment** of all three features in relation to the damage to the natural environment in Gaza Strip. On one hand, it might require the considerations within the lower variant of the presented limits. If we were to insist on the higher variant of the presented limits in regard to the widespread aspect, this would *a priori* rule out the applicability of this provision because the size of the territory of the Gaza Strip is only approx. 365 km<sup>2</sup>. On the other hand, assessing the widespread damage based on square kilometres might be rather inappropriate in relation to the generally small territorial units. Thus, there could be hypothetically considered the possibility of assessing the widespread aspect based on ratio or percentage.

## CONCLUSION

In conclusion it can be stated that the damage of Gaza due to the war is excessive. However, a similar adjective could be used to describe the military capacities of Hamas. The war certainly has had impacts on the environment. It is possible to express the opinion that the IDF should have carried out some of their military operations more precisely. On the other hand, it might be beyond the realistic possibilities for the IDF to fight Hamas and at the same time to ensure that there would be no side effects of the military operations. This might be realistic, if Hamas terminated their activities, and surrendered to criminal prosecution.

---

<sup>65</sup> Convention on the Prohibition of Military or any Hostile Use of Environmental Modification Techniques 1976 (ENMOD Memorandum of Understanding). Reprinted in ROBERTS, A. – GUELFF, R. (eds.). *Documents on the Law of War*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

<sup>66</sup> PETERSON, I. The natural environment in times of armed conflict: A concern for international war crimes law? *Leiden Journal of International Law*. 2009, Vol. 22, No. 2, pp. 331–332.

<sup>67</sup> Art. 1 ENMOD Memorandum of Understanding.

<sup>68</sup> Art. 35(3) and 55 Additional Protocol I. to Geneva conventions.

<sup>69</sup> Travaux préparatoires to Art. 35(3) of Additional Protocol I. to Geneva conventions.

<sup>70</sup> MARAUHN, T. Environmental damage in times of armed Conflict – not “really” a matter of criminal responsibility? *International Review of Red Cross*. 2000, Vol. 82, No. 840, p. 1036.

In relation to the first research question aimed at finding out whether the State of Israel violated its obligation under the IHL in regard to the protection of the natural environment, the following answer can be offered. In author's opinion, the positive answer could be given in case it was proven, that the aim of the military operations carried out by the IDF was to wilfully cause the damage of the natural environment. However, it is uncertain, whether the damage caused to the environment could have been minimised if the operations were carried out more precisely. Given the fact that the terrorist infrastructure is widespread in Gaza, it is uncertain if the lesser extend of the bombardment (so it would generate less of carbon emissions and less of debris, some of which might be treated as hazardous material) would bring the equivalent military advantage for the IDF. In author's opinion planning the carbon emissions was probably not a primary part of the IDF military strategy, however it might be advisable to progressively change this practice. It is possible that military manuals will be gradually updated, and this question will also become more relevant in the future practice of warfare. This trend can be already reflected e.g., in the US and EU policy. The waste treatment might be particularly challenging in Gaza as it is not unusual for Hamas to misuse civilian vehicles, including ambulances and the vehicles carrying humanitarian aid. Thus, this might be necessary for the IDF to assess the degree of this risk as Hamas could potentially misuse a garbage truck to attack IDF units operating in the area. In regard to the alleged use of white phosphorus, it only resulted to a minimum air pollution. Flooding the tunnels with sea water might be relatively risky, however the IDF claimed that the tunnels which were selected to be flooded were carefully examined and based on the results of the examination, the tunnels were chosen as suitable to be flooded. The author is rather inclined to state that in regard to the examined areas of damage, the threshold defined by international humanitarian law was not crossed.

In relation to the second research question focused at examining the conduct of the military operations according to the norms of international criminal law, the following answer can be offered. In author's opinion, the positive answer could be given in case it was proven without any doubt, that the IDF issued the orders to launch the military operations with a full knowledge that the environmental damage would be widespread, long term, severe, as well as excessive compared to the military advantage anticipated. Highly inappropriate rhetoric was reported by some Israeli representatives, but it was definitely not comparable to Al Bashir who issued clear and specific orders to damage the environment. The military operations have had an impact on majority of Gaza's territory and therefore it is reasonable to theoretically deal with the issue of criminal responsibility for some of the environmental damage. This might have a potentially positive outcome as it might induce the Israeli military officials as well as the representatives of the state to carefully consider all future operations, and thus prevent all the actions, that might already cause the crossing of the threshold stipulated by international criminal law.

JUDr. Veronika D'Evereux, Ph.D.

Charles University, Faculty of Law, University Centre for Conflict and Post-Conflict Studies  
devereux@seznam.cz

ORCID: 0000-0003-1775-416X

DISKUSE



## CZECH ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW – APPEAL COMMITTEES AND THEIR POWERS

PETR KOLMAN\*

**Abstract:** The article is from the field of administrative procedural law. It deals mainly with the topic of appeal. The appeal is a proper remedy in administrative proceedings in the Czech Republic. The text covers several neglected problems concerning the functioning of the quoted committees, such as the bias of the members of the appeal committees. Or the accessibility of information on the composition and functioning of the committees. Among other things, the author presents some of his *de lege ferenda* considerations.

**Keywords:** public administration; administrative procedural law; remedies; administrative proceedings

**DOI:** 10.14712/23366478.2024.168

### INTRODUCTION

This article is from the field of administrative procedural law in the Czech Republic, but it may be inspiring for lawyers from other countries as well. It deals mainly with the topic of appeal. The appeal is a proper remedy in administrative proceedings in the Czech Republic.

In the following, we will try to reflect on the topic of appeal committees and some related issues. The author, who is otherwise mainly a university lecturer, is also a member of the Czech National Bank's Appeal Committee and the Office for Personal Data Protection. In the past, he also participated in the Appeal Committee of the Office for the Protection of Competition. He has attempted to reflect on his experience and knowledge gained since 2012 in the present text.

Concerning the administrative-law institution of the appeal, it should be briefly noted at the outset that it is a long-existing ordinary (not extraordinary) remedy in Czech (or Czechoslovak) law, which is applied to first-instance decisions issued by a central administrative authority, a minister, a state secretary of a ministry, or the head of another central administrative authority.

---

\* A university teacher (University Ambis, a. s.) and a member of the appeal committee of the Czech National Bank and the appeal committee of the Office for Personal Data Protection.

Together with P. Mates, a leading administrative specialist and also a long-standing member of several appeal committees, let us remind you that although this is an ordinary appeal, it is included in Part Three of the Administrative Code, which regulates special provisions on administrative proceedings, which in itself indicates its certain specifics. In this context, the particular emphasis is placed on the fact that an appeal has, in principle, a suspensive effect (although special laws sometimes exclude it expressly), not a devolutionary effect.<sup>1</sup> The absence of a devolutionary effect is entirely logical and is linked to the organisation of the public administration; simply put, there is no second-instance *supra-ministry* to which the contested decision would *roll*.<sup>2</sup>

Pursuant to § 152(2) and (3) of the Administrative Procedure Code, the Minister or the head of another central administrative authority decides on the appeal.<sup>3</sup>

The appeal committee submits a proposal for a decision to the Minister or the head of another central administrative authority. The appeal committee does not decide on the merits of the case but prepares a draft decision *only and only*, which the head of the central administrative authority (or the Minister) is not obliged to accept. If the appeal committee itself was to decide instead of the Minister (or other head of the central government body), this would be a procedure *contra legem* – *in concreto* a breach of functional jurisdiction resulting in the illegality of the administrative act in question.<sup>4</sup>

In theoretical and legal terms, the appeal procedure can be described as a special type of appeal procedure and it is significant for legal practice that the general provisions of the appeal procedure apply to the appeal procedure.<sup>5</sup>

The chairman and all other members of the appeal committee shall be appointed by the Minister or the head of another central administrative authority. The Minister may not delegate this power to anyone else. The appeal procedure is modified in such a way that (*de facto* fictitiously) there is an imaginary division of one administrative authority into two instances. The clear implication is that the power to select the members (or even the chairman) of the appeal committee must not be transposed to the first instance body.

In order to strengthen its relative independence and impartiality, in the interests of objectivity and to implement the principle of substantive truth, the majority of the members of the appeal committee shall by law be composed of experts who are not employees of the central administrative authority in which the appeal committee carries out its activities.

---

<sup>1</sup> Quote: MATES, P. Řízení o rozkladu [Procedure on appeal]. *Právní rádce* [Legal advisor]. 2007, Vol. 15, No. 7, pp. 39–44.

<sup>2</sup> In the context of the complexity of the view, it must be stated that the absence of a devolutionary effect reduces the objectivity in the assessment of the first-instance decision. However, it is not 100%, which is helped, *inter alia*, by the participation of external members of the Boards of Appeal.

<sup>3</sup> E.g., Chairman of the Office for the Protection of Competition.

<sup>4</sup> See Judgment. High Court in Prague – SJS 410/1999, the mentioned court decision was still in the *old* Administrative Code, however, it is relevant for today's legal situation.

<sup>5</sup> Cf. VEDRAL, J. *Správní řád: komentář* [Administrative Code: Commentary]. Prague: Bova Polygon, 2006, p. 864.

It should be added that one expert can be a member of several appeal committees of several central administrative authorities at the same time. No current legislation prohibits this or limits in any way the number of boards of appeal on which the same person may sit.

The appeal committee may act and adopt resolutions in panels of at least five members, and a majority of the members present must also be external experts who are not employees of the central administrative authority.

The initiation of the appeal procedure is governed by the principle of disposition. It is initiated on the basis of an application (in this case a statement of appeal) lodged by a party, which thus asserts its subjective interest in the proceedings. The general provisions of the Administrative Procedure Code relating to the initiation of proceedings on an application are applied to determine when the opposition procedure is initiated, according to which it is initiated on the date on which the opposition is received by the competent administrative authority (i.e., the competent central administrative authority). Of course, the party to the proceedings also has at its disposal the possible withdrawal of the opposition, which has the legal consequence of terminating the administrative procedure.

## BIAS OF A MEMBER

*Definition of bias:* bias is such a relationship of an official (to the parties, their representatives, or to the subject matter of the proceedings) that may raise doubts as to the objectivity of the hearing and decision-making in the case. Any official who may reasonably be presumed to have a personal interest in the outcome of the proceedings is to be excluded from the administrative (or appeal) proceedings on grounds of bias. A party to an administrative proceeding may challenge the bias of an official.

The author considers that it follows from the last sentence of Section § 152(3) and Section § 14(1) of the Administrative Procedure Code that the members of the appeal committee must also be legitimately regarded as officials, with all the consequences that this entails.

If we consider the members of the appeal committee to be the aforementioned officials, the parties are, in my opinion, entitled to object to their bias. It could be argued that the reverse is – the case since the appeal committee does not itself decide the merits of the case, but only prepares a draft decision that the head of the central body is not obliged, as stated above, to accept. Another counter-argument is that the members of the appeal committee are not, and usually cannot be by the nature of the legislation, employees of the central authority concerned.

However, as the Supreme Administrative Court found in 2009 that: “[A]n official person is any employee of the defendant who is directly involved in the proceedings. In addition to the person who approves and signs documents in the proceedings, it is also those who prepare documents for decisions or perform individual procedural acts in the case. Conversely, by the nature of the case, the official persons are not those who

*merely technically handle the case file, transcribe individual documents according to a draft or issue documents.*"<sup>6</sup>

From the nature and systematics of the appeal procedure, we must view the members of the appeal committee as officials who prepare the proposal for a decision on the appeal. They are thus logically directly involved in the exercise of the powers of the administrative authority. The members of the Board of Appeal mainly carry out technical, analytical, and evaluative operations, so that they certainly cannot be regarded as non-official persons who "*merely technically manipulate the file, rewrite individual letters according to a draft or issue documents*".

Therefore, the members of the appeal committee must be considered as official persons within the meaning of § 14(1) of the Administrative Procedure Code and the parties must be allowed to legitimately object to their bias with the consequence of their exclusion from the hearing and decision-making (or *pre-decision-making*) in the case.

As aptly expressed by the Regional Court in Brno in its decision 62Af 1/2011: "*if the official person is considered to be the one who prepares only the documents for the decision, it must be a member of the appeal committee who prepares the draft decision directly*". He can interfere in the sphere of a party more strongly than the person who only prepares documents or only takes procedural steps in the case. In other words, the position of a member of the appeal committee is stronger than it might at first sight appear.

The objection that the majority of the members of the commission are not employees of the central body to which the appeal is made also cannot be regarded as relevant to exclude the possibility of objecting to their bias. This objection is too formalistic in nature and goes against the spirit of the legislation guaranteeing the objectivity of the procedure and aiming to implement the principle of substantive truth in the appeal procedure. The fact that someone is not an employee of the central administrative authority does not, of course, mean that they cannot have a personal interest in the outcome of the proceedings.

The Minister or the head of a central administrative body other than the ministry should decide on the objection of bias directly, not the appeal committee itself. This should take the form of a resolution on the objection of bias of a member of the appeal committee.<sup>7</sup>

The principle of legitimate expectation (or predictability) should also be applied when assessing bias on the part of the Minister, i.e., the Minister or the head of the central administrative authority should take care not to create unjustified differences when deciding identical or similar cases of bias. This means that the legal certainty of both the members of the appeal committee and, above all, of the parties to the administrative proceedings is not undermined.

---

<sup>6</sup> See Jud. 2 As 83/2008-124 (online available e.g., at: [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)).

<sup>7</sup> Similar opinion VEDRAL, *c. d.*, p. 864.



## IS IT POSSIBLE TO FIND OUT THE NAMES OF THE MEMBERS OF THE APPEAL COMMITTEE?

The previous issue is logically linked to the question – does a party to the administrative proceedings have the right to find out the names of the members of the appeal committee? Popularly written, it is difficult to argue bias against someone whose identification cannot be realistically determined.

I am of the opinion that on the basis of Act No. 106/1999 Sb., on free access to information, it has this authority. According to this legal regulation, which serves to implement the constitutional right to information, it is valid that any information is primarily intended to be provided, unless there is a relevant legal reason for not providing it. Information on the composition of the appeal committee does not fall under any of the restrictions contained in the 106/1999 Sb., and is therefore compulsorily disclosable under the regime of the cited law. In my opinion, the information is *simple* and therefore must be provided within the basic time limit – without undue delay, no later than 15 calendar (not working) days from the date of receipt of the request.<sup>8</sup>

I do not think it is necessary to emphasize to the professional public that central state administration bodies are undeniably obliged subjects under Act No. 106/1999 Sb. The right to information is directly a constitutional right, i.e., a right of the highest legal force.

Let us add that the right to request information according to the cited law is not only for the participant in the administrative proceedings, but for everyone; the applicant may be a foreigner or even a minor.

Therefore, if everyone has the right to know the composition of the appeal committees, then of course the participant in the administrative proceedings has this right as well, as per Act No. 106/1999 Sb., on free access to information, as well as by the interpretation of the Administrative Code itself. As we have already indicated above, if a participant did not have such a right, its defence against the bias of the members of the appeal committee would become completely unworkable, and the provisions preventing bias of the members, and thus improper bias, obsolete.

The right to information about the members of appeal committee is also closely related to the principle of democratic public scrutiny of public administration, which is particularly true for central administrative authorities, where appeal proceedings are conducted as a special type of appeal procedure.

## CONCLUSION ON BIAS

As we have already stated above, an appeal as a proper remedy is linked to the decision-making of ministries and other central government bodies, for which increased caution and control bias must be exercised.

<sup>8</sup> Cf. § 14 para. 5 of Act No. 106/1999 Sb., on free access to information; or FRUMAROVÁ, K. – GRYGAR, T. – POUPEROVÁ, O. – ŠKUREK, M. *Správní právo procesní* [Administrative Procedural Law]. Prague: C. H. Beck, 2021.

For the reasons set out above, we consider that it follows, in particular from the last sentence of § 152(3) and § 14(1) of the Administrative Procedure Code, that the members of the appeal committee must also be regarded as officials. It is therefore perfectly legitimate to argue that they are biased, with the consequence that they are excluded from the hearing and decision in the appeal proceedings. The quoted possibility to argue bias is also fully in the line with the principle of substantive (objective) truth<sup>9</sup> and the principle of legality<sup>10</sup> on which administrative proceedings (and its subset appeal proceedings as a special type of appeal process) in the Czech Republic are based.

In the actual assessment of the objection of bias by the Minister or other head of the central administrative body, the principle of legitimate expectation (or predictability) should be fulfilled, i.e., that the application should not create unjustified differences that undermine the legal certainty of both the members of the appeal committees and the participants in the administrative processes. Finally, it should be recalled that, in accordance with the principle of speed and economy, the heads of central administrative authorities should do so without undue delay.

In order to strengthen the theoretical and legal perspective, we will conclude by briefly looking at the matter at hand through the lens of the increasingly popular so-called fuzzy logic.<sup>11</sup>

The core of fuzzy logic is, as P. Molek has aptly written, the resignation to the age-old requirement of formal propositional logic, according to which every proposition has only one of two truth values: truth and falsity. According to P. Molek, the aforementioned fuzzy logic<sup>12</sup> loosens these two values and makes them not absolute, but polar values, and between them it delineates a range of intermediate values, which makes it possible to label statements not only as (completely) true or (completely) false, but also as very true, not completely true, not completely false or very false.<sup>13</sup>

In the context of looking through *fuzzy logic glasses* at the issue of bias of the members of the appeal committees, we will set two extreme points of the FL-scales: Impossibility to object bias – Possibility to object bias.<sup>14</sup> Since this is a relatively simple problem, we will set a scale of 0 (minimum) to 10 (maximum).<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> On the issue of the principle of material (objective) truth, e.g., SKULOVÁ, S. et al. *Administrative Procedural Law*. Pilsen: Aleš Čeněk, 2008, p. 70 ff; or HORZINKOVÁ, E. – NOVOTNÝ, V. *Správní právo procesní* [Administrative Procedural Law]. Prague: Leges, 2024, p. 45.

<sup>10</sup> On the issue of the principle of legality, e.g., SKULOVÁ, c. d., p. 57 et seq; or HORZINKOVÁ – NOVOTNÝ, c. d., p. 59.

<sup>11</sup> It is currently popular in Czech doctrine, especially among younger legal scholars and lawyers.

<sup>12</sup> Furthermore also FL.

<sup>13</sup> Quote: MOLEK, P. *Právní pojem "pronásledování" v souvislostech evropského azylového práva* [The Legal Concept of "Persecution" in the Context of European Asylum Law]. PhD. thesis. Brno: Masaryk University, 2009, p. 145 ff. And the literature referred to hereafter e.g., (in particular): CRYAN, D. – SHATIL, S. – MAYBLIN, B. *Logika* [Logic]. Prague: Portál, 2002; MCCAWLEY, J. D. *Everything that Linguists Have Always Wanted to Know about Logic... But Were Ashamed to Ask*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

<sup>14</sup> With the consequence, of course, that they will be excluded from hearing and deciding the case in the appeal proceedings.

<sup>15</sup> A rating scale of 0–100 would be unnecessarily detailed and could confuse the reader. Similarly, it would be inappropriate to use values after the decimal point.

Given the above arguments, the author concludes that it is a relatively rare case where a value of 10 can be circled on the FL scale – i.e., maximum polarity: the possibility of arguing bias. This assessment also leads to the answer as to whether the party to the administrative proceedings has the right to discover the names of the members of the appeal committee, as I have argued above, this right is legitimately vested in it.<sup>16</sup>

#### DEFINITION OF THE NEXT ISSUE – VOTE OF THE APPEAL COMMITTEE

We now come to another research question concerning the work of the appeal committee. Who can realistically be present at the vote of the above-mentioned appeal committee? As we have found out *from the public law field* the application practice here is inconsistent. Which must be considered as a bad state of affairs, especially since this is the central level of the Czech public administration.

The Administrative Procedure Code, in the provisions of § 134(1), authoritatively sets a condition – unless a special law provides otherwise, only members of the collegial body may be present during the deliberation and voting. The only legal exception is exclude the person who is entrusted with drawing up the minutes, i.e., in our case if it is not signed directly by a member of the appeal committee.<sup>17</sup>

In practice, the problem arises whether this provision should also be applied in the case of the appeal committee, which is not an administrative body issuing administrative decisions but, as mentioned above, *only* an advisory body to the Minister or the head of another central administrative authority.

Let us recall that the proceedings before a collegial body are regulated in administrative law by the provisions of § 134 of the Administrative Procedure Code.

We are of the view that if the provision of Section §134 is to be applied by analogy under § 152(3), it is quite legally impermissible for other persons – non-members of the appeal committee – to be present during the voting. In practice, it happens that it is mainly the employees of the Central Administrative Authority who are present during the voting (or discussion before the actual voting), this practice has to be rejected as inconsistent with the positive law of the day.<sup>18</sup>

#### *CUI BONO?*

The purpose of this provision is obvious, it is to protect (or strengthen) the independence of the appeal board. It also helps to more fully implement the principle of

<sup>16</sup> As the more attentive reader will notice, the author attempts to demonstrate that the FL is useful and applicable even for so-called *unambiguous* or *clear-cut* cases and makes no secret of the fact that he is trying to popularize it in wider legal circles.

<sup>17</sup> Cf. JEMELKA, L. *Správní řád* [Administrative Code]. 3rd ed. Prague: C. H. Beck, 2011, p. 556; or MATES, P. – KOPECKÝ, M. *Mimořádné opravné a dozorčí prostředky ve správním řízení* [Extraordinary corrective and supervisory means in administrative proceedings]. Prague: Leges, 2022.

<sup>18</sup> As mentioned above, the only exception is a non-member – the recorder of the CoR.

substantive truth on which the Czech administrative process is based. The relevant threat to the cited principle of substantive truth and independence is to be seen in particular if the officials who participated in the adoption of the contested decision at first instance were to take part in the vote. If the quoted persons interfered or in any way influenced the proceedings, the provisions on the independence of the appeal committee would become obsolete. It is here that I see the main *raison d'être* for the existence and proper application of the provisions of § 134(1) of the Administrative Procedure Act (applied by reference from § 152(3) of the Administrative Procedure Act).

## ANOTHER ISSUE – THE PARTICIPATION OF THE MINISTER

In our text, we address in particular the problem of who can realistically be present at the vote of the appeal committee, so as not to jeopardise the independence of this collegial (advisory) body. The more thoughtful reader will have already thought of the follow-up question of whether the, and in particular during the voting, the Minister themselves or the head of another central administrative authority.

Taken purely in the mode of grammatical interpretation of the above-analysed provision § 134(1) of the Administrative Procedure Code, their participation in the deliberation and voting of the appeal committee should be *ex lege* excluded. No exception is provided for in the Administrative Procedure Code.

However, by a teleological and systematic interpretation of the Administrative Procedure Code, we can arrive at and come to the opposite conclusion. As mentioned above, the appeal committee is an advisory body to the Minister. We consider that, from the very nature and meaning of the issue at hand, it would be more appropriate if the Minister's participation in the deliberations and voting of the appeal committee were permissible.<sup>19</sup>

The legal responsibility for the decision of this commission rests with the Minister, or the head of another central administrative office, so I do not see the prohibition of their participation as meaningful, although of course the pure grammatical interpretation of the provisions § 134(1) of the Administrative Code sometimes (partially) leads to it. We also do not consider it appropriate for the Minister to be perceived *de facto* in this matter in the same way as the employees of the administrative authority – to which they would *de facto* be assigned if the same prohibition arising from the quoted provision § 134(1) of the Administrative Procedure Code were applied to them.

*De lege ferenda*, I would argue for an amendment of § 134(1) of the Administrative Procedure Code, in the sense of explicitly allowing the participation of the Minister, or the head of another central administrative authority, in the deliberations and voting of *their* appeal committee.<sup>20</sup> Respectively, they would not be subject to the restriction imposed by the analysed provision § 134(1) of the Administrative Procedure Code.

---

<sup>19</sup> L. Jemelka comes to a similar (though not so explicit) conclusion (JEMELKA, *c. d.*); and MATES – KOPECKÝ, *c. d.*

<sup>20</sup> Naturally, it is completely unacceptable for a minister to participate in a meeting of a *foreign* appeal committee – e.g., at another ministry or other central government body.

## CONCLUSION

We take the strong view – applying the provisions of § 134(1) and § 152(3) of the Administrative Procedure Code – that it is *de lege lata* legally excluded that other persons – non-members of the appeal committee – should be present during the voting.

If a central state administration authority does not respect the aforementioned limitation (in whole or in part) in its application practice, it acts *contra legem*. In particular, care must be taken to ensure that the official persons involved in issuing the contested administrative decision are never present at the vote. The decision in the so-called first instance.

We further conclude unequivocally that the provision of § 134(1) of the Administrative Procedure Code and the content of the prohibition of participation in the deliberations and voting of the appeal committee do not apply to the Minister or the head of another central administrative authority. Since the appeal committee does not decide the merits of the case *ex lege* but prepares *only* a draft decision which the head of the central administrative authority (or the Minister) is not obliged to adopt, we see no relevant logical reason why the Minister cannot be present during the voting. As we have stated above, a more comprehensive teleological and systematic interpretation seems preferable here to a purely grammatical interpretation of the provisions of § 134(1) of the Administrative Procedure Code.

At the very end of the text, I would like to point out one more neglected problematic fact. The deliberations of the appeal committee are conducted in accordance with the rules of procedure of the central administrative authority concerned. The legal regulation of the Administrative Procedure Code does not explicitly stipulate who is to approve the rules of procedure in question – whether the collegial body (the appeal commission) or the body establishing the collegial body (the Minister or the head of the office). To some extent, therefore, both options are possible, however, given the nature of the appeal committee, I am of the opinion that the rules of procedure should be adopted exclusively by the Minister or the head of the office. The Rules of Procedure, as a *de facto* legal regulation of the lowest legal force, must not be in conflict with the law (or constitutional law), for which the head of the administrative authority is also responsible.

JUDr. Petr Kolman, Ph.D.  
Ambis University  
petr.kolman@ambis.cz



ZPRÁVY





## REPORT FROM *THE CZECH-CROATIAN COLLOQUIUM IN LEGAL THEORY*<sup>1</sup>

On May 24, 2024, the Czech Association for Legal and Social Philosophy (Czech section of the IVR), organized an event titled *Czech-Croatian Colloquium in Legal Theory*. The event took place at the Faculty of Law, Charles University, and was co-organized by its Department of Legal Theory and Legal Doctrines. This pilot meeting initiated the collaboration between leading Czech and Croatian academic institutions engaged in legal theory.

The colloquium was initiated by Ph.D. student Tomáš Koref and Professor Karel Beran, who both held an introductory speech and thanked the participants for attending. After the initiation of the seminar, an introductory block followed, where the participating experts from the law faculties of universities in Zagreb, Osijek, Split, Prague, Brno, and Pilsen shortly introduced their faculties and departments.

Following the introductions, the main program started. The colloquium was divided into four thematic blocs – Law and Responsibility; Application of Law, Legal Argumentation and Doctrinal Research; Functions and Challenges of Law; and Human Rights and Balancing.

The first block was titled “Law and Responsibility” and was chaired by Ph.D. student Matěj Czinege from Faculty of Law, Charles University.

The first contribution titled “Rethinking Group Rights” was presented by Professor Ivana Tucak from Faculty of Law, University of Osijek. The contribution was centered around group equality rights and the *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina* judgment of the ECtHR.<sup>2</sup> In her contribution, Tucak focused on the specifics and importance of group rights in the Balkan region.

The following contribution, which was titled “Liability based on fault and no-fault liability in the Czech private law (Why do we need ‘unlawful state of affairs’)” was presented by Professor Karel Beran from Faculty of Law, Charles University. In his contribution, Beran asked the question of whether an insane wrongdoer could be legally liable. He put forward a real-life case from the USA and explained on its basis the need for the concept of an unlawful state of affairs in the Czech legal system, which is vital for solving similar cases.

The second block was titled “Application of Law, Legal Reasoning and Doctrinal Research” and was chaired by Professor Karel Beran.

---

<sup>1</sup> The present report was created under the Specific University Research (SVV) project of Charles University No. 260 622, “Technological Progress and Social Changes as Challenges for Research on Fundamental Questions of Law”.

<sup>2</sup> *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, ECHR 2009.

The first contributor was Ph.D. student Svan Relac from Faculty of Law, University of Zagreb with his contribution titled “Errors in judicial application of law: errors in law”. Relac explained that he was mainly focused on errors in law, that can be used as a ground for appeal in criminal proceedings. He presented his research, methodology, and the categorization of defined errors into different schemes.

The second contribution was made by Ph.D. student Tomáš Koref from Faculty of Law, Charles University and was titled “A tale of two courts”. Koref explained that the supposed tale of two courts is a prevalent view in Czech legal doctrine, and it states that the Supreme Court is formalistic, and the Supreme Administrative Court is not. Koref presented his own study, where he analysed if the judgements of the Supreme Court are formalistic, and concluded, that both courts seem to actually be quite similar concerning formalism and thus the tale of two courts needs to be revised.

The final contribution of the second block was made by Ph.D. student Matěj Czinege and was titled “Comparative doctrinal legal research: example of doctrinal research of usufruct in European legal systems”. In his contribution, Czinege outlined comparative methods in general and stated how they can be used as a distinctive doctrinal research method. He supported this use of the comparative method by his recent experiences with it, as he is currently writing a monograph about the institute of usufruct, where he uses this method. He concluded that comparative research methods are very viable, as they can not only help to understand a legal problem or an institution, but also serve as a useful tool for broadening academic discussion and as a method of teleological interpretation.

After a short lunch break, which also served as an informal forum for continued discussion, the third block with the title “Functions and Challenges of Law” chaired by Ph.D. student Tomáš Koref followed.

The first contribution titled “Functions of law” was made by Associate Professor Mario Krešić. Krešić spoke about various theories and stages related to the concept of legal functions. He mentioned the foundational ideas and explained the axiomatic, methodological, classificatory, and analytical stages of law. Krešić also touched on the theory of artifacts and functions, distinguishing between real and phantom functions and addressing the ambiguity of the term function. Later in the contribution he presented the conflict between essentialism and conventionalism, the analytical and folk concepts of law, and the responses to the contingency problem, including scientific and historical approaches.

The following contribution was presented by Assistant Professor John Gealfow from Faculty of Law, Masaryk University in Brno and was titled “Limits of Effectiveness of the Law: Effectiveness, Efficiency and Cases of Legal Inefficiency” In his contribution, Gealfow utilised his perspective as a practicing attorney and presented how different views of the effectiveness of law from the point of an attorney and a client can be. He demonstrated it on several practical examples, where a certain thing was against the law, but it was very difficult to act on it, because of limited legal effectiveness.

The third contribution was put forward by Ph.D. student Jan Pokorný from Faculty of Law, Charles University and was titled “Is the law getting too fragmented for us to understand?”. Pokorný presented his research, which is aimed at fragmentation and is

still in progress. He explained why fragmentation of law is undesirable and also noted the soviet legacy of fast-paced novelisations, which further fragment the legal system and are common in Central and Eastern European countries.

The final contribution was presented by Ph.D. student Zsófia Folková from Faculty of Law, Charles University with the title “Legal Personhood: current challenge”. The main point of the contribution, and Folková’s Ph.D. research, was whether human rights can expand to non-human subjects like organisations or nature. She covered the genesis of the modern understanding of legal personhood, which developed in the 19th century, and other competing theories.

Followed by a short coffee break, the fourth block with the title “Human Rights and Balancing” chaired by Jan Pokorný began.

The first contribution was presented by Associate Professor Pavel Ondřejek from Faculty of Law, Charles University and was titled “What Has the COVID-19 Pandemic Taught Us about the Constitutional Imperatives of Proportionality and Justification of Regulation in Times of Crisis?”. The Czech government dealt with the COVID-19 pandemic via emergency regulations, which were at the beginning often contradictory, unclear, unjustified and sometimes even unsanctionable. In 2021 the Czech Pandemic Act came into force, which required that the emergency measures be properly justified and proportional. Ondřejek further presented his original analysis of the case law of Czech administrative courts that imposed these requirements. The paper showed how this case-law eventually led to the government changing its practice with drafting emergency regulations and thus to an increase in the quality of the emergency measures.

The second contribution with the title “Alternatives to judicial balancing: interpretative-subsumptive method” was made by Marin Keršić from, Faculty of Law, University of Split. Keršić introduced Juan Antonio García Amado’s interpretative-subsumptive method as an alternative to judicial balancing for resolving fundamental rights conflicts. This method promotes a procedural approach based on inclusive legal positivism and opposes neoconstitutionalist legal moralism. The interpretative-subsumptive method involves justified, non-arbitrary interpretations of normative sentences and distinguishes four types of rights. Keršić presented the application of this method on the 1997 Spanish Supreme Court case *El Toro de Osborne*.

The final contribution of the colloquium was made by Ph.D. student Daniel Barták from Faculty of Law, Masaryk University in Brno and was titled “Bentham’s critique of natural rights”. Barták explained how Bentham’s critique of natural rights centers on the belief that rights are not innate but are rather constructs of legal systems designed to maximize societal welfare. He explained that Bentham viewed natural rights as speculative and devoid of practical utility, advocating instead for a legal framework grounded in utilitarian principles. Barták also stated his view and reservations on Bentham’s critique.

After closing remarks and the official conclusion of the colloquium, the participants were invited to a dinner.

This event was a unique opportunity for academic cooperation between our two countries, due to the fact, that complex discussions followed the contributions, where the Czech and Croatian participants brought the perspective of their national laws into

the debate. The organizers believe that this successful event will lay the foundations for new collaborations between members of the Czech and Croatian IVR, as well as between academic institutions of both countries and their members. The Czech IVR looks forward to future joint activities and further opportunities for cooperation.

Václav Lipš  
Charles University, Faculty of Law  
vaclav.lips@email.cz

DOI: 10.14712/23366478.2024.169

## ZPRÁVA Z MEZINÁRODNÍ VĚDECKÉ KONFERENCE ZÁKONÍK PRÁCE A SOCIÁLNÍ ZABEZPEČENÍ 2024

Ve dnech 25. až 27. září 2024 pořádala Česká společnost pro pracovní právo a právo sociálního zabezpečení, z. s., a Ústav státu a práva Akademie věd, v. v. i., ve spolupráci s Právnickou fakultou Univerzity Karlovy tradiční mezinárodní vědeckou konferenci *Pracovní právo (2024)*, tentokrát na téma *Zákoník práce a sociální zabezpečení 2024*. Mezinárodní konference se konala v zámeckém hotelu v Třešti.

Po slavnostním zahájení pokračovala konference druhým dnem, a to nejprve úvodním jednacím blokem na téma aktuální otázky sociálního dialogu. Po vstupních přednáškách zástupců Ministerstva práce a sociálních věcí, Svazu průmyslu a dopravy i Českomoravské konfederace odborových svazů následovala podnětná diskuze nad přednesenými příspěvky. Navazující blok konference byl zaměřen na aktuální otázky výkonu závislé práce. V rámci vstupních přednášek byla prezentována a diskutována kupříkladu témata novely zákona o zaměstnanosti a zákona o inspekci práce, legálního vymezení závislé práce, či soudobé judikatury Nejvyššího soudu, transparentnosti v odměňování. Ohlas vzbudily rovněž příspěvky týkající se problematiky pracovnělékařských služeb, aktuálních vývojových tendencí českého pracovněprávního soudnictví, nebo Akčního rámce pro podporu kolektivního vyjednávání a související problematiky řešení plurality odborových organizací. Program byl uzavřen příspěvkem zástupců Ministerstva práce, sociálních věcí a rodiny Slovenské republiky a Právnické fakulty Trnavské univerzity v Trnavě s názvem „Vývojové tendencie slovenského pracovného práva“, který nabídl účastníkům konference velmi zajímavý pohled na soudobou slovenskou právní úpravu a její komparaci s právní úpravou českého pracovního práva.

Závěrečný den konference byl věnován zejména vlivu práva EU na sociální ochranu v České republice. V rámci prvního dopoledního bloku mohli účastníci konference vyslechnout velice podnětné příspěvky týkající se problematiky koordinace sociálního zabezpečení, diskriminace a koncepce udržitelného zdravotnictví. Následoval poslední tematický blok konference zaměřený na dávky státní sociální pomoci, podporu v bydlení a další změny v sociální ochraně. Konference byla uzavřena poslední přednáškou na téma důchodové reformy v ČR a jejího vývoje a závěrečnou společnou diskuzí.

Vedle zástupců shora zmíněných institucí na konferenci dále vystoupili přednášející z Nejvyššího soudu, z Právnické fakulty UK, z Právnické fakulty ZČU, Právnické fakulty UPOL, z Kanceláře veřejného ochránce práv, z Ministerstva zdravotnictví a z Kanceláře zdravotního pojištění.

Součástí programu bylo rovněž vyhlášení výsledků každoroční soutěže o cenu Marie Kalenské. Udělováním této ceny se Česká společnost pro pracovní právo a právo sociálního zabezpečení snaží již od roku 2018 přispívat k vytváření příležitostí pro studenty, stejně jako pro začínající akademiky, vědecké pracovníky i praktiky, k prohloubení znalostí v oborech pracovního práva a práva sociálního zabezpečení a k získání zájmu

o ně. Nechyběl přirozeně též společenský program, v jehož rámci probíhaly i četné neformální diskuse k probíraným tématům. Konference byla účastníky hodnocena jako velmi zdařilá, její příští ročník se bude konat opět v Třešti, od 1. do 3. 10. 2025.

JUDr. Kateřina Štěpánková, Ph.D.  
Právnická fakulta Univerzity Karlovy  
stepankova@prf.cuni.cz

DOI: 10.14712/23366478.2024.170

## INCOME TAXATION CONFERENCE

The Department of Financial Law and Financial Science at the Faculty of Law, Charles University, held a conference on tax administration in October 2023. The conference was a big success as it was attended by 130 participants. This year, the department decided to follow with a conference focused on income taxation. It took place at the Faculty of Law, Charles University, on Friday 20 September 2024. The conference was able to repeat the success and brought 110 experts on income taxation from Czechia, Slovakia, Austria, Italy and Poland.

**Prof. Radim Boháč**, head of the department and dean of the faculty, opened with a keynote speech on the object of income taxation. He focused on the lack of definition of income in the Czech Income Taxes Act. It could be surprising that the key term of the income taxes and their regulation is not specified in the legal regulation and even court decisions or legal theory do not provide sufficient grounds for defining the term. This presentation was followed with a panel discussion presided by **Ondřej Málek**, tax advisor and researcher at the Faculty of Law, Charles University. The panel was formed by the leading experts – **Stanislav Kouba**, director general of taxes and customs section at the Ministry of Finance, **prof. Michal Radvan**, vice-dean at the Faculty of Law at Masaryk University, and **Jana Skálová**, tax advisor, auditor and associate professor of Faculty of Finance and Accounting at Prague University of Economics and Business. All the members of the panel provided insight view of different perspectives – from the point of view of regulation drafting, economics and tax theory.

There were four more panels that followed the introductory lecture and that offered various topics and experiences.

The first of them was focused on international and European taxation and was presided by **Petr Kotáb**, assistant professor at the Faculty of Law at Charles University. **Giuseppe Moramarco** (Vienna University of Economics and Business) brought an up-to-date topic of BEFIT regulation – a proposal for a new legislative framework for corporate taxation in the EU. He was followed by **Miroslava Večeř** (Faculty of Law, Charles University) who spoke on the topic of athletes and cross-border income challenges.

The second panel was mostly dealing with personal income taxation topics and was presided by **prof. Hana Marková** (Faculty of Law, Charles University). The first paper was given by **prof. Wojciech Morawski** (Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University). He provided insight view on problems of taxation of remote employment and related cross-border challenges. **Jan Kopřiva** (Brno University of Technology) brought a topic of taxation of different ways of ownership transfer in case of immovable property. **David Kučerka**, as a member of the Knights of the Cross with the Red Star, spoke on taxation of a mass stipend and varieties in the Archdiocese of Prague. The panel was concluded by **Petra Kerndlová** (Faculty of Law, Charles

University) with a presentation on post-pandemic changes of income taxation. A lively discussion followed.

The third panel was dealing with corporate taxation and was presided by **Pavel Martiník** (Faculty of Law, Charles University). It was opened by **Jana Skálová** (Faculty of Finance and Accounting at Prague University of Economics and Business) with an analysis of exit tax in case of cross border mergers. **Jan Bonaventura** (Faculty of Law, Charles University) followed with a up-to-date topic of taxation of winding-up profit. **Kristýna Šedová** (Faculty of Law, Charles University) focused on abuse of tax law in case of holding structures. It is no surprise that it initiate a deep discussion as the institute of abuse of tax law, Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Czech General Anti-Avoidance Rule (GAAR). The final paper of the panel was given by **Tatiana Jamrichová** (Faculty of Law, Matej Bel University).

The last panel was presided by **prof. Radim Boháč** (Faculty of Law, Charles University) and was fully formed by speakers from Slovakia. **Prof. Miroslav Štrkolec** (Faculty of Law, Pavol Jozef Šafárik University) opened with a speech on recent tax changes and their impact on public finance. **Andrea Szakács** (Faculty of Law, Komenský University) focused on exchange of information in tax matters. **Soňa Kubincová** (Faculty of Law, Danubius University) was dealing with income tax assessment in Slovakia. The panel was concluded by **Michal Úradník** (Faculty of Law, Matej Bel University) with a paper on taxation and liability in tort in the case of a taxpayer's legally reprobated conduct. The papers were followed by a final discussion. The different approaches to evidence in tax and criminal procedure became the leading topics of the debate.

The conference was able to attract not only tax advisory but also tax administration officers, students and academics from various EU countries. Therefore, it can be concluded that the conference was a big success. As it is a second conference by the department of Financial Law and Financial Science on tax law in a row, we can hope it means a start of a new conference series.

Mgr. Ondřej Málek  
Charles University, Faculty of Law  
malek@prf.cuni.cz

DOI: 10.14712/23366478.2024.171



### TŘETÍ ROČNÍK VÝJEZDNÍHO SEMINÁŘE KATEDRY TRESTNÍHO PRÁVA PRÁVNICKÉ FAKULTY UNIVERZITY KARLOVY

Ve dnech 19. až 22. září 2024 se v Peci pod Sněžkou uskutečnil třetí ročník výjezdního semináře katedry trestního práva Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Semináře se aktivně zúčastnilo 25 studentů druhého a vyšších ročníků, kteří přes léto pod vedením jednotlivých konzultantů z řad členů katedry písemně zpracovali a následně přímo na akci ústně prezentovali své odborné příspěvky na jimi zvolená témata.

Ústředním tématem letošního ročníku bylo „*Trestní právo, kriminologie a kriminalistika v měnícím se světě*“. Toto zastřešující téma reflektovalo současné výzvy v oblasti trestního práva a souvisejících disciplín. Prezentované příspěvky se zaměřovaly především na aktuální problematiku spojenou s umělou inteligencí, moderními vyšetřovacími metodami 21. století, kyberkriminalitou či drogovou trestnou činností.

Široký záběr hlavního tématu poskytl studentům možnost zvolit si oblast blízkou jejich odborným zájmům, což vedlo k vypracování příspěvků vyznačujících se vysokou mírou osobního zaujetí a důkladností zpracování.

Program výjezdního semináře byl zahájen úvodním slovem prof. Gřivny, vedoucího katedry, po němž následoval první blok příspěvků moderovaný dr. Šellengem. Úvodní prezentaci přednesla kol. Fraňková na téma „*Zneužití bezbrannosti s využitím lsti*“, se zaměřením na problematiku tzv. *stealthingu*, jíž se následně z jiného úhlu pohledu věnovala také kol. Slováková. Na toto téma navázali kol. Vlasák a kol. Příbylová, kteří se ve svých prezentacích věnovali problematice označované jako „*Revenge porn*“. Oba příspěvky kriticky zhodnotily samotný termín, poukazující na skutečnost, že tento fenomén se neomezuje pouze na aspekt odplaty, ale zahrnuje širší spektrum trestné činnosti, konkrétně *sexortion* (online vydírání skrze nahé fotografie druhé osoby) a *upskirting* (tajné focení především intimních partií).

Odpolední blok příspěvků, moderovaný dr. Dvořákem, se soustředil na aktuální výzvy spojené s drogovou trestnou činností. Kol. Doanová představila příspěvek zaměřený na kriminalistické aspekty látky fentanyl. Tato prezentace vhodně navázala na předchozí diskusi o problematice (ne)kriminalizace látky HHC v České republice, kterou ve svém příspěvku nastínil kol. Švajda. Tematická provázanost prezentací a aktuálnost tématu podnítila živou odbornou diskusi o trendech v oblasti drogové politiky a jejich dopadu na trestněprávní praxi. Převážně kriminalistickým tématům věnované odpoledne bylo doplněno také prezentací kol. Havlíše o metodě pachové identifikace osob a kol. Černého o útocích aktivních střelců z pohledu praxe bezpečnostních sborů.

Druhý den výjezdního semináře se nesl ve znamení rozmanitosti příspěvků, které se zaměřily zejména na otázky trestněprávní. Ranní blok moderovaný prof. Gřivnou přinesl řadu podnětných diskusí. Zvláště živou debatu vyvolal příspěvek kol. Ambrožové, která se zaměřila na současnou praxi uplatňování dohod o vině a trestu, a kol. Drozdekové,

věnující se rozšířeným konfiskacím. Následně kol. Štencel přednesl kritickou analýzu navrhované novely trestního zákoníku, konkrétně ve vztahu k problematice deepfake pornografie. Příspěvek zakončil předložením konkrétních návrhů na úpravu zamýšlené novelizace. Dopolední část programu, v níž nechybělo ani pojednání o redefinici znásilnění přednesené kol. Paulů, uzavřel kol. Píkl s příspěvkem na téma „*Trestní odpovědnost za umělou inteligenci a trestní odpovědnost umělé inteligence*“. Ve svém výkladu dospěl k závěru, že otázka přímé trestní odpovědnosti umělé inteligence nepředstavuje v současnosti aktuální právní problém.

Údpolední část příspěvků moderovaná doc. Bohuslavem začala prezentací kol. Přichystalové o kryptoměnách, kterou oživila kvízovými otázkami. Následoval kol. Hebík s tématem „*Soukromá žaloba v trestním řízení – ano, či ne?*“. K diskusi přispěl prof. Gřivna, dlouhodobě se zabývající tímto tématem. Právům poškozeného v trestním řízení se věnoval kol. Barták a první část údpoledne uzavřela kol. Otmarová úvahami *de lege ferenda* o trestání návodu k činu jinak trestnému u dětí mladších 15 let.

Závěrečný blok pátečního programu moderoval dr. Mulák. Kol. Chmelová přednesla příspěvek „*Sankcionování osob mladších 15 let*“ a kol. Chvátaťal navázal úvahami nad postihem bigamie, přičemž jako jedno z možných řešení navrhl její postih prostředky správního práva.

Páteční večer zakončil kol. Lipš, s velmi zdařilým příspěvkem na téma „*Přečin kyberšikany? Komparativní analýza a návrh nové skutkové podstaty*“. Kol. Lipš identifikoval nedostatky v současné právní úpravě, která zejména nedostačuje na postih kyberšikany v případech šíření pravdivé informace (např. *fatshaming*) a obtěžování. Tyto poznatky následně refletoval v podrobně zdůvodněném návrhu nové skutkové podstaty kyberšikany.

Ústředním bodem sobotního programu byla společná výprava účastníků na horu Sněžku. V průběhu výstupu kol. Mikinová přednesla příspěvek věnovaný problematice vazebního práva v judikatuře. Následně kol. Spousta představil právně-filozoficky laděný příspěvek na téma „*Eutanasie – ano, či ne?*“.

Sobotní večer byl pak věnován aktuálnímu tématu digitalizace justice. Kol. Balaš ve svém příspěvku upozornil na vývoj v oblasti elektronizace soudního spisu, čímž poukázal na technologické změny ovlivňující současnou právní praxi. Výjezdní seminář byl po stránce akademické završen příspěvkem kol. Kotěry na téma „*Automatizace soudních rozhodnutí na základě analýzy umělé inteligence*“. Tento závěrečný příspěvek se zaměřil na kritickou analýzu využití umělé inteligence v soudnictví, přičemž kol. Kotěra na příkladu ze Spojených států amerických objasnil problematiku předpojatosti umělé inteligence.

Oborný program výjezdního semináře byl doplněn bohatým programem doprovodným, například mimotrestním vědomostním a hudebním kvízem nebo hraním ping-pongu. Ve volných chvílích probíhaly četné diskuse o prezentovaných tématech, do kterých se aktivně zapojili i přítomní pedagogové katedry trestního práva (prof. Gřivna, doc. Bohuslav, dr. Mulák, dr. Šelleng a dr. Dvořák).

Na závěr je nutno zdůraznit pozitivní atmosféru, jež provázela celý průběh výjezdního semináře. Krásné prostředí hor, neformální ráz akce i zápal všech účastníků do oborů trestního práva, kriminologie a kriminalistiky poskytly účastníkům ideální platformu

pro přirozené získání mnoha zajímavých poznatků a inspiraci do další odborné činnosti. Je třeba vyjádřit poděkování všem zúčastněným studentům i pedagogům – především pak dr. Šellengovi a hlavnímu organizátorovi akce dr. Dvořákovi, bez nichž by se výjezdní seminář nemohl v této podobě uskutečnit.

Radovan Štencel  
Právnická fakulta Univerzity Karlovy  
radovanstencel@seznam.cz

DOI: 10.14712/23366478.2024.172

## REDAKČNÍ RADA

### *Předseda a šéfredaktor:*

prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc. (Univerzita Karlova, Praha, Česká republika)

### *Výkonný redaktor:*

doc. JUDr. Miroslav Sedláček, Ph.D., LL.M. (Univerzita Karlova, Praha, Česká republika)

### *Tajemnice:*

Mgr. Martina Holcová (Univerzita Karlova, Praha, Česká republika)

### *Členové (Univerzita Karlova, Praha, Česká republika):*

doc. PhDr. JUDr. Ilona Bažantová, CSc.

prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

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

prof. JUDr. Kristina Koldinská, Ph.D.

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

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

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

doc. JUDr. Bc. Vladimír Pelc, Ph.D.

prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.

doc. JUDr. Vojtěch Stejskal, Ph.D.

prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.

### *Externí členové:*

prof. JUDr. Michael Bogdan (University of Lund, Švédsko)

prof. Dr. Reinhard Bork (Universität Hamburg, Německo)

doc. JUDr. František Cvrček, CSc. (Ústav státu a práva AV ČR, Praha, Česká republika)

prof. dr hab. Władysław Czapliński (Instytut Nauk prawnych PAN, Warszawa, Polsko)

prof. JUDr. Jaroslav Fenyk, Ph.D., DSc. (Masarykova univerzita, Brno, Česká republika)

prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Masarykova univerzita, Brno, Česká republika)

prof. Dr. Michael Geistlinger (Universität Salzburg, Rakousko)

prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc. (Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská republika)

prof. JUDr. Juraj Jankuv, Ph.D. (Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská republika)

prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc. (emeritní profesorka, Univerzita Karlova, emeritní předsedkyně a rozhodkyně, Rozhodčí soud při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR, Praha, Česká republika)

prof. JUDr. Martin Kopecký, CSc. (Západočeská univerzita v Plzni, Česká republika)

Dr. Kaspar Krolop (Humboldt Universität zu Berlin, Německo)

prof. JUDr. Jan Musil, CSc. (emeritní profesor, Univerzita Karlova, Praha, emeritní soudce, Ústavní soud, Brno, Česká republika)

prof. JUDr. Václav Pavlíček, CSc., dr. h. c. (Západočeská univerzita v Plzni, Česká republika)

prof. JUDr. Jiří Přibáň, DrSc. (Cardiff University, Velká Británie)

prof. JUDr. Ján Svák, DrSc. (Ministerstvo spravodlivosti SR, Univerzita Komenského, Bratislava, Slovenská republika)

prof. Dr. Miroslav Vítěz (Ekonomski fakultet u Subotici, Srbsko)

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

prof. JUDr. Alena Winterová, CSc. (emeritní profesorka, Univerzita Karlova, Praha, Česká republika)

ACTA  
UNIVERSITATIS  
CAROLINAE

---

IURIDICA 4/2024  
Vol. LXX

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](http://www.ceeol.com)) a zařazen v databázi DÓAJ (Directory of Open Access Journals) a Scopus.

Vědecký redaktor: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Vydala Univerzita Karlova

Nakladatelství Karolinum

Ovocný trh 560/5, 116 36 Praha 1

[www.karolinum.cz](http://www.karolinum.cz)

Praha 2024

Sazba DTP Nakladatelství Karolinum

Vytiskla tiskárna Nakladatelství Karolinum

Periodicita: 4×/rok

ISSN 0323-0619 (Print)

ISSN 2336-6478 (Online)

MK ČR E 18585