

Objektivní a subjektivní protiprávnost: švýcarské specifikum aneb právní ptakopysk

BÉNÉDICT WINIGER*

Objective and subjective illegality: Swiss specificity or legal paradox

Summary: *This paper deals with a paradox from our point of view. The Czech civil doctrine considers illegality as an objective category. In contrast, Swiss jurisprudence and doctrine have distinguished between objective and subjective illegality since the late 19th century. The basis for subjective illegality is already to be found in Roman law, which directly influenced Swiss legislation, in particular the 1911 Code of Obligations (Obligationenrecht). The author examines the development of the concept of subjective illegality in Swiss law and makes comparisons with German and Austrian law. He concludes that the distinction between subjective and objective illegality is also relevant with regard to the necessary defence and its justification in criminal law. In contrast to Swiss law, he suggests that subjective illegality is also found in most European legal systems, but is not properly elaborated by doctrine.*

Keywords: *illegality, subjective illegality, objective illegality, Roman law, historical roots, Swiss law, Swiss Code of Obligations, German law, Austrian law, necessary defence*

Všichni známe ptakopyska. Žije v Austrálii, má zobák jako kachna, ocas jako bobr, ploutve, klade vejce a je to savec. Říká se, že první západní badatelé, kteří viděli vycpaného ptakopyska, se zpočátku domnívali, že aranžér z žertu sešil části různých zvířat.

Méně známé je, že existuje i právní ptakopysk. Žije ve Švýcarsku, má římské kořeny a nazývá se „objektivní a subjektivní protiprávnost“. Když jsem svůj rukopis předložil kolegovi, řekl, že je to absurdní konstrukce. Připravte se proto na poněkud neobvyklá tvrzení.

V následujícím textu po stručném nástinu švýcarského pojetí občanskoprávní deliktivní odpovědnosti představím pojmy objektivní a subjektivní protiprávnost, vysvětlím jejich základní důvody a nastíním jejich římské kořeny. Následně se pokusím dokázat, že tyto pojmy existovaly i v rakouském a německém právu a že zákonodárci 19. století je dokonce přiřazovali k jejich dvěma civilněprávním kodifikacím. Mimochodem, jsem přesvědčen, že je lze vysledovat i v českém právu – stejně jako ve většině kontinentálních právních systémů.

Občanskoprávní deliktivní odpovědnost je ve švýcarském právu konstruována obdobně jako v rakouském, německém a českém právu. Skládá se z pěti pojmů: škoda, škodlivý čin, příčinná souvislost, protiprávnost a zavinění. Mé poznámky se týkají pouze protiprávnosti, jejíž pojetí se mimochodem velmi podobá koncepci německého práva.

Rozdíl mezi objektivní a subjektivní protiprávností může být na první pohled poněkud matoucí. V evropské judikatuře a nauce se o něm často nemluví. S výjimkou Švýcarska, kde je v podstatě náhodou předmětem teoretických diskusí už po více než sto let. Pokud znáte pojmy objektivní a subjektivní protiprávnost z německého práva, ignorujte je, protože v německém právu se týkají jiného problému než v právu švýcarském.¹

V následujícím textu stručně vysvětlím rozlišení dvou kategorií protiprávnosti, odhalím jeho historické kořeny a představím důvody, na nichž je založeno. Mé úvahy lze shrnout takto: objektivní a subjektivní protiprávnost jsou dvě různé formy protiprávnosti. Podléhají dvěma různým formám

* Autor působí na Ženevské univerzitě. E-mail: benedict.winiger@unige.ch. Tento příspěvek je překladem rozšířeného a doplněného textu přednášky prosloušené v rámci Fóra Centra právní komparatistiky PF UK dne 31. 3. 2022. Přeložil Luboš Tichý za asistence Andrey Škopkové.

¹ Viz již von JEHRING, R. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*. Festschrift Birnbaum, Giessen 1867, který spojuje subjektivní nesprávnost s pojmem viny, např. 21 (https://books.google.ch/books?id=f1Y0AQAAMAAJ&printsec=frontcover&dq=Jhering,+schuldmoment&hl=fr&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=Jhering%2C%20schuldmoment&f=false; cit. dne 2.11.21).

argumentace a ukládají stranám různá břemena tvrzení a důkazní břemena.

Moje teze zní: rozlišení mezi objektivním a subjektivním protiprávním jednáním (i) vyplývá z právní argumentace, (ii) je každodenně uplatňováno pravděpodobně ve většině evropských právních systémů a (iii) není v současné judikatuře a doktríně téměř rozpracováno. Jedná se o takřka již rozdíly v užívání, který byl více než sto let přehlížen nebo se jím alespoň nikdo nezabýval.

Starý švýcarský obligační kodex a jeho čl. 50: náhodný objev

V roce 1881 přijal švýcarský parlament první švýcarský obligační kodex (tzv. „starý“ obligační kodex, aOR). Jeho článek 50 zněl takto: „Kdo jinému protiprávně způsobí škodu, ať úmyslně nebo z nedbalosti, je povinen ji nahradit.“ Jak uvidíme, švýcarský Spolkový nejvyšší soud to nazývá objektivním protiprávním jednáním, protože jde o porušení právního řádu.

Vzhledem k tomu, že ve Švýcarsku existují čtyři úřední (národní) jazyky, musel být tento zákon, původně napsaný v němčině, přeložen do ostatních národních jazyků. Francouzský překlad zněl takto:

„Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer.“ („Kdo jinému bezprávně způsobí škodu, ať úmyslně nebo z neopatrnosti, je povinen ji nahradit.“) Spolkový nejvyšší soud to nazývá subjektivním protiprávním jednáním, protože žalovaný způsobil škodu, aniž by ji mohl odůvodnit svým subjektivním právem. Výraz „protiprávně“ byl tedy přeložen jako „bezprávně“.²

V obligačním kodexu z roku 1911 (viz dále) nahradil zákonodárce v čl. 41 odst. 1 francouzské „sans droit“ (bezprávně) slovem „d'une manière illicite“, tedy „protiprávně“. Tím se odstranil rozdíl mezi francouzskou verzí a verzemi v ostatních úředních jazycích Švýcarska.

Historické kořeny

Jak je možné, že výraz „protiprávní“ byl původně přeložen jako „sans droit“, a ne

jednoduše jako „illicite“? O přesných znalostech překladatelů nic nevíme, ale můžeme předpokládat, že to byli právníci, kteří měli pandektní vzdělání, tj. důkladnou znalost římského práva, jak to bylo v německy mluvící Evropě v druhé polovině 19. století obvyklé.

Nahlédneme-li do římských pramenů, narazíme v této souvislosti na Ulpiana. Od něho pocházejí nejdůležitější definice pojmu „iniuria“, který je pro naši situaci relevantní. Ulpianus. D. 9.2.5.1: Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit ... (Protiprávnost je třeba předpokládat (...), pokud to nebylo učiněno po právu, tedy v rozporu s právem ...)

Přitom *non iure* odpovídá francouzskému „sans droit“, *contra ius* německému „widerrrechtlich“ starého obligačního kodexu. Rozdíl v obou verzích starého obligačního kodexu tak odráží přesně to, co Ulpian zdůrazňuje ve svých dvou definicích. Zda překladatelé Ulpianův úryvek znali, nebo jim padl do oka náhodou zvolený výběr slov, se teprve ukáže.

Judikatura švýcarského Spolkového nejvyššího soudu

Pravděpodobně jen málo právníků si všimlo rozdílu mezi verzemi, neboť každý četl čl. 50 aOR ve svém jazyce. Nemohl však uniknout pozornosti Spolkového nejvyššího soudu, nejvyššího soudního orgánu Švýcarska, protože tato instituce musí rozhodovat případy ze všech částí země a ve všech národních jazycích.³

Ještě v roce 1904, tedy před nahrazením starého obligačního kodexu dnes platnou kodifikací (OR) z roku 1911, která odstranila rozpor v překladu, Spolkový nejvyšší soud oznámil, že se má použít znění německého BGB (občanského zákoníku) v § 823. V roce 1906 definoval tento soud protiprávnost jako „porušení práva, právních statků nebo právem chráněných zájmů jednotlivce nebo veřejnosti.“⁴ To odpovídá Ulpianovu „contra ius“.

V roce 1956 zaujal Spolkový nejvyšší soud podrobnější stanovisko k objektivní a subjektivní protiprávnosti, když konstatoval, že koncept subjektivní protiprávnosti je v rozporu

² Určitá nedůslednost je patrná i v termínech. V německém textu je hlava II aOR (čl. 50 a násl.) pojmenována „Unerlaubte Handlungen“; naproti tomu ve francouzštině se jedná o „actes illicites“. V novém obligačním kodexu z roku 1911 zůstaly zachovány oba termíny. Pojem „nedovolené jednání“ odkazuje na subjektivní teorii protiprávnosti (*sine iure*), zatímco pojem „actes illicites“ odkazuje na objektivní teorii (*contra ius*).

³ ATF 30 II, str. 567, 571, marg.č.3b.

⁴ „Une violation d'un droit, de biens juridiques ou d'intérêts juridiquement protégés d'un individu ou d'une collectivité“. ATF 32 II 273, odst. 4, 279; viz také 32 II 361, 364 odst. 2; 366 odst. 3; 370 odst. 4..

s jeho judikaturou.⁵ V roce 1991 rozšířil své pojetí takto: „Protiprávnost spočívá v objektivním porušení normy. To neplatí, existuje-li ospravedlnění.“⁶ Soud sice neuvádí, že nyní se použije subjektivní protiprávnost; konstatuje jen, že proti protiprávnosti mohou stát ospravedlnitelné důvody. Subjektivní protiprávnost však již není paušálně odmítána. To však nezabránilo tomu, aby se judikatura v pozdějších rozhodnutích vrátila ke starým zvyklostem a znovu zdůraznila roli objektivní protiprávnosti.⁷

Problém: právní argumentace

V čem spočívá problém vyvolaný rozdílem ve formulaci? Obě formulace vedou ke dvěma různým právním argumentům a ani důkazní břemena nejsou stejná. Tvrdí-li žalobce, že určitý čin je „protiprávní“, musí prokázat, že pachatel porušil zákon. Pokud se naopak dovolává pojetí „sans droit“, musí prokázat, že škůdce nebyl ke svému jednání oprávněn. Rozdíl je významný i pro žalovaného. Proti argumentaci „*contra ius*“ se může bránit tím, že prokáže, že respektoval právo. Pokud je však obviněn ze „*sine iure*“, může prokázat, že měl subjektivní právo jednat.

S důkazním břemenem souvisí také otázka, na jaké argumenty bude Spolkový nejvyšší soud reagovat. Žalobce samozřejmě může tvrdit, že jeho právo bylo porušeno (*contra ius*). Bude však vyslyšen i žalovaný, který tvrdí, že měl právo takto jednat (*non sine iure*)? Ačkoli Spolkový nejvyšší soud druhou argumentační linii výslovně odmítá, ve své praxi ji uplatňuje, jak uvidíme dále. Tato soudní praxe se uplatňuje v rakouském a německém právu.

Sledujme zde ve stručnosti právní argumentaci, která formuje koncepcí objektivní a subjektivní protiprávnosti. Objektivní protiprávnost: poškozený A žaluje škůdce B a tvrdí, že mu způsobil škodu v rozporu se zákonem. V jazyce obligačního práva by A tvrdil, že B jednal protiprávně (*contra ius*). Pokud se B hájí tvrzením, že jeho jednání žádný zákon neporušuje, opírá se také o objektivní protiprávnost. Přesněji řečeno, tvrdí, že jeho jednání není protiprávní (*non contra ius*).

Subjektivní protiprávnost: A tvrdí, že B jednal „neoprávněně“ (*sine iure*). B se proti tomuto obvinění A brání protiargumentem, že měl právo takto jednat (*non sine iure*).

Předpokládejme, že A napadl B a B se bránil, čímž způsobil A škodu. A požaduje po B náhradu škody. Ve většině případů bude A tvrdit, že B jednal protiprávně (*contra ius*). B bude oponovat A, že uplatnil své právo na nutnou obranu, tj. nejednal bezprávně (*non sine iure*). Argumentace B (a možná i O) odpovídá subjektivní protiprávnosti ([ne] bez práva, [*non*] *sine iure*). V právní praxi žaloba pravděpodobně téměř vždy tvrdí objektivní protiprávnost, zatímco žalovaný se opírá o objektivní nebo subjektivní protiprávnost v závislosti na okolnostech případu.

K dalšímu vysvětlení přispějí dvě rozhodnutí švýcarských soudů z oblasti občansko-právní a trestněprávní.

Středoškolák Bally při lyžařském sjezdu ztratil kontrolu nad lyžemi a narazil do Rostyho, který se kochal výhledem. Rosty, který utrpěl zlomeniny, požadoval náhradu škody.⁸ Vrchní soud v Solothurnu jako soud odvolací přiznal Rostymu peněžitou částku s odůvodněním, že mu Bally způsobil škodu, aniž by k tomu měl právo. Spolkový nejvyšší soud přiznal náhradu škody, ale kritizoval argumentaci soudu nižší instance. Vyčítal vrchnímu soudu, že se opírá o subjektivní protiprávnost. Tu Spolkový nejvyšší soud odmítl ve prospěch objektivní protiprávnosti.

Pokusme se tuto argumentaci rozebrat: Rosty žaluje Ballyho s odůvodněním, že mu protiprávně způsobil újmu. Jeho argumentace je založena na objektivní protiprávnosti (*contra ius*). Na svou obhajobu Bally uvedl, že měl právo takto jednat. Nebudu se zde podrobněji zabývat samotným zdůvodněním (věk, lyžařská škola atd.), ale pouze podstatou argumentace. Bally použil subjektivní protiprávnost (*non sine iure* nebo jen *iure*). Vystává proto otázka: Za předpokladu, že by Bally skutečně měl právo takto jednat, jaký dosah by tato úvaha měla? Takové případy vznikají například v případech jednání úředních osob, jako je zatčení policíí apod. Policista by řekl, že na zatčení má právo, a z toho důvodu se dovolává subjektivní protiprávnosti.

V trestněprávním případě byl poškozený B napaden a zbit (pozdější) obětí A a brzy ráno v tehdy nechvalně známé curyšské čtvrti poté, co pronesl hanlivou poznámku. B vytáhl nůž, bodl A do kolena a varoval ho, že bude-li pokračovat, zemře. Protože A od

⁵ ATF 82 II 25, 28 odst. 1.

⁶ BGE 115 II 15, odstavec 18; 3 viz také 119 II 127, 129 odstavec 3; 116 Ib 367, 373 odstavec 4b.

⁷ TF 4A_285/2017 z 3. dubna 2018, 6.1; 4A_261/2015 z 30. října 2015, 4.2; ATF 133 III 323 5.1, 330; TF 4A_428/2014 z 12. ledna 2015, 6.2; ATF 141 III 112, 118 odst. 5.3.2.

⁸ ATF 82 II 25.

svých výroků neupustil, B ještě dvakrát bodl a zranil A na horní části těla. A zažaloval B, který se hájil tím, že jednal v sebeobraně. Soud však musel posoudit otázku, zda nutná obrana B nebyla nepřiměřená.⁹ K tomu je nám zapotřebí ustanovení trestního zákoníku o nutné obraně. Článek 15 švýcarského trestního zákoníku (StGB) zní v překladu takto:¹⁰ „Je-li někdo v rozporu s právem napaden nebo hrozí-li mu přímé napadení, je napadená osoba oprávněna odvrátit útok způsobem přiměřeným okolnostem; stejné právo náleží i třetím osobám.“

I zde vidíme formulaci, kterou jsme zaznamenali již ve starém obligačním kodexu, s tím rozdílem, že tentokrát je použita subjektivní protiprávnost (bez práva) v německé verzi a objektivní protiprávnost (de manière contraire au droit) ve francouzské verzi. Samotná skutečnost, že zákonodárce používá v trestním právu formulace obou teorií, naznačuje, že se praxe nemůže obejít bez jedné z obou teorií, nebo že se jednoduše považují za totožné.

V konkrétním soudním rozhodnutí se konstatuje, že „jelikož škůdce předem nezavdal příčinu k sebeobraně reakci a obrannému jednání nepředcházela žádná provokace z jeho strany, nebyl povinen vyhnout se protiprávnímu útoku, ale mohl se bránit, resp. byl oprávněn se bránit“¹¹. O několik řádků dále se uvádí, že „právo na nutnou obranu poskytuje nejen právo na odvrácení útoku stejnými prostředky, jakými byl útok veden, ale i takovými prostředky, které umožní účinnou obranu.“¹² A konečně: „Žalobce však měl povinnost být při použití nože obzvláště zdrženlivý.“

Odůvodnění rozsudku se skládá ze dvou částí. Za první, nutná obrana znamená právo na účinnou obranu. To odpovídá subjektivní protiprávnosti (*non sine iure*). Za druhé, jeho jednání podléhá zásadě přiměřenosti. To znamená, že poruší své právo, pokud je jeho obrana nepřiměřená. Tato druhá argumentační část je založena na objektivní protiprávnosti. Kdo totiž poruší svou povinnost, porušuje právní řád a jedná *contra ius* (čl. 16 StGB – přiměřená nutná obrana¹³). Z těchto dvou

případů vyplývá, že Spolkový nejvyšší soud skutečně používá pro svá rozhodnutí objektivní a subjektivní protiprávnost.

Rakouské právo

Rakouský občanský zákoník (ABGB) byl přijat v roce 1811. V následujícím textu se budu zabývat pouze německým zněním, a to navzdory mnohojazyčnosti rakouské monarchie. Otázkou opět je, zda lze v rakouském právu nalézt stopy pro argumentační formy *contra ius* a *sine iure*?

ABGB na rozdíl od aOR, BGB a OR nezmiňuje pojem „protiprávní jednání“. Právní úprava v § 1293–1295 ABGB považuje objektivní protiprávnost za zásadu. Objektivní a subjektivní protiprávnost však zanechala stopy v protokolech o rozpravách při tvorbě ABGB. Ustanovení § 12 (dnes se jedná s drobnými změnami o § 1306 ABGB) znělo v překladu do češtiny takto: „Škodu, kterou někdo způsobil bez zavinění nebo mimovolným jednáním, není zpravidla povinen nahradit.“¹⁴ Tvůrci se potýkali se starou kontroverzní otázkou, zda by měli za způsobenou škodu odpovídat také děti a duševně nemocní. Shoda však panovala v jednom bodě: „Právo na obranu proti jakékoli hrožící urážce nebo škodě, nesmí být upíráno, a toto právo se vztahuje, nelze-li uvažovat o bezpečnosti jiným způsobem, i na usmrcení útočící strany, ...“¹⁵

Tyto závěry vycházejí z argumentačního schématu, které již známe: žalobce žaluje o náhradu škody (*contra ius*, objektivní protiprávnost) a druhá strana tvrdí, že měla právo takto jednat (*non sine iure*, subjektivní protiprávnost). Franz von Zeiller, jeden z tvůrců ABGB, také uvažoval v pojmech objektivní a subjektivní protiprávnosti (v římsko-švýcarském smyslu). Ve svém *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* (Komentář k obecnému občanskému zákoníku), který byl uveřejněn v roce 1812, kdy ABGB vstoupil v účinnost, se nemusel příliš vyjadřovat k objektivní protiprávnosti, neboť, jak jsme viděli, ta je zmíněna v § 1294 ABGB. Mohl ji tedy ve

⁹ ATF 136 IV 49.

¹⁰ „Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren.“ („Je-li někdo bezprávně napaden nebo je přímo napadením ohrožen, má napadená osoba i kdokoli jiný právo útok odrazit způsobem přiměřeným okolnostem.“) Ve francouzštině: „Quiconque, de manière contraire au droit, est attaqué ou menacé d'une attaque imminente a le droit de repousser l'attaque par des moyens proportionnés aux circonstances; le même droit appartient aux tiers.“

¹¹ ATF 136 IV 49, 52 marg.č. 4.1.

¹² ATF 136 IV 49, 53 marg.č. 4.2.

¹³ Čl. 16 StGB, odst. 1 „Překročí-li obránce meze nutné obrany podle článku 15, soud trest zmírní.“, odst. 2 „Překročí-li obránce meze nutné obrany v omluvitelném rozrušení nebo zhroutení z útoku, nejedná zaviněně.“ Z formulace odstavce 1 vyplývá, že se jedná o protiprávnost. Trest totiž předpokládá protiprávnost (§ 1 StGB).

¹⁴ OFNER, J. *Der Urentwurf und die Berathungsprotokolle des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II*. Glashütten 1976 (reprint vídeňského vydání z roku 1889), první čtení části 3, zasedání z 19. května 1806, str. 189.

¹⁵ OFNER, J. *Der Urentwurf und die Berathungsprotokolle des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II*. Glashütten 1976 (reprint vídeňského vydání z roku 1889), první čtení části 3, zasedání dne 19. května 1806, str. 190.

svém komentáři považovat za samozřejmost a tu a tam se o ní zmínit spíše náhodně.¹⁶ Na druhé straně se zabýval přímo subjektivní protiprávností. V komentáři k § 1294 ABGB uvedl: „Avšak ani v případě, že někdo pouze využívá svého práva, a tedy se omezuje na svou právní sféru, nelze hovořit o porušení práv, a tedy o právu na náhradu škody, i když při tom třetí osoba utrpí újmu. Pominout je třeba jen tu škodu, kterou jedna osoba protiprávně způsobí druhé.“¹⁷ To také přesně odpovídá argumentačnímu schématu, které jsme již viděli. A požaduje náhradu škody po B (*contra ius*), který se brání tím, že měl právo takto jednat (*non sine iure*).

Stejně schéma obsahuje i komentář k § 1305 ABGB¹⁸: „...; nebo kdo užívá svého přísného osobního nebo věcného práva jako vlastník nebo majitel proti sousedovi (...), jako zástavní věřitel proti dlužníkovi (...), nebo jako držitel služebnosti proti povinnému (...), nebo jako dědic proti věřitelům pozůstalosti a odkazovníkům (...) v mezích zákona, i když třeba ze zlomyslnosti, a tím jim způsobí nepřiměřenou škodu, nemůže být činěn odpovědným podle zákona, pokud nepřekračuje své vlastní meze nebo neodporuje sám sobě.“¹⁹ I zde se B hájí odkazem na subjektivní právo (*non sine iure*).

Judikatura rakouského Nejvyššího soudního dvora (OGH, dále Nejvyšší soud) vykládá protiprávnost způsobem, který subjektivní protiprávnost v žádném případě nevylučuje. V daném případě soud posuzoval tiskovou žalobu. V jednom týdeníku byl zveřejněn rozhovor s nacistickým odpadlíkem, který vznesl závažná obvinění proti svým bývalým spolustraníčkům. Jeden z nich zažaloval týdeník o zákaz šíření těchto obvinění. Soud v odůvodnění svého rozhodnutí uvedl, že „ačkoli zásah do absolutních práv na čest a dobrou pověst je znakem protiprávnosti, lze jej v jednotlivých případech vyloučit, pokud existoval zvláštní důvod pro jednání nebo opomenutí. Takový důvod musí být získán na základě zvážení zájmů plynoucích z příkazů nebo zákazů celého právního systému (...). Při komplexním zvažování zájmů musí být vždy porovnávány zájmy ohroženého statku se zájmy jednající osoby a zájmy široké veřejnosti.“²⁰

Postup při rozhodování by měl být zřejmý, že nejprve je třeba přezkoumat, zda jsou tvrzení protiprávní. Protiprávnost, resp. její vyvrácení závisí na tom, zda žalovanému svědčí ospravedlňující důvody jeho jednání. Ty je třeba odvodit z celého právního systému. Relevantní úvahy vycházejí z následujícího argumentačního schématu: Žalobce tvrdí, že bylo porušeno jeho právo (*contra ius*). Žalovaný oponuje, že měl právo se takto vyjádřit. Taková reakce může mít formu *non contra ius* nebo *non sine iure*. Žalovaný může tvrdit, že neporušil žádné právo (*non contra ius*). Nelze mu však upřít tvrzení, že měl právo takto jednat. Pak se jedná o subjektivní protiprávnost *non sine iure*. Při podrobnějším pohledu se lze dokonce domnívat, že popis Nejvyššího soudu odpovídá této druhé formě. Když totiž soudci uvádějí, že je třeba vzít v úvahu „zájmy jednající osoby a veřejnosti“, mají na mysli, že tvrzení žalovaného o tom, že jeho výroky jsou oprávněné, což by odpovídalo *non sine iure*.

Nauka se zabývá také důvody ospravedlnění. Koziol správně uvádí k dikci svépomoci v § 19 ABGB, že není stanoveno, proč svépomocné jednání nezakládá odpovědnost, neboť takové jednání není zaviněné či protiprávní.²¹ Jinými slovy, znění zákona ponechává otázku *contra ius* nebo *sine iure* otevřenou. V souvislosti s obranou proti neoprávněným útokům Koziol poznamenává: „Obrana je přípustná, pokud zájmy napadeného převažují nad zájmy útočníka, který nejedná protiprávně.“²² Stejně jako v rozsudku Nejvyššího soudu se jedná o vyvažování zájmů, při kterém jsou upřednostňovány zájmy závažnější. Formulace „svěpomoc je dovolena“ znamená, že obránce měl právo takto jednat, tedy právo, kterého se může ve své argumentaci dovolávat. To by opět znamenalo argumentaci *non sine iure* nebo jednoduše *iure*.

Odpověď na základní otázku zní, že i v rakouském právu existují dvě formy protiprávnosti: *contra ius* (jako běžný případ) a *sine iure* (například v souvislosti s vyvažováním zájmů).

Německé právo

I v kontextu německého práva je užitečné zjišťovat, zda v německém právu existuje

¹⁶ Viz např. von ZEILLER, F. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III*. Vídeň 1812, Kommentar k § 1294 ABGB č. 2 a 3, str. 702 a násl.; č. 4 passim, str. 706.

¹⁷ Von ZEILLER, F. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III*. Vídeň 1812, Kommentar k § 1294 ABGB č. 2, str. 702.

¹⁸ Ustanovení § 1305 ABGB. „Osoba, která vykonává svá práva v mezích zákona, není odpovědná za újmu, která vznikne třetí osobě“ (překlad L. Tichý).

¹⁹ Von ZEILLER, F. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III*. Vídeň 1812, ad § 1305 č. 1, str. 728.

²⁰ OGH 6Ob30/95 ze dne 22. srpna 1995.

²¹ KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht I*. Vídeň 2020, C-1 marg. č. 81, str. 316.

²² KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht I*. Vídeň 2020, C-1 marg. č. 100, str. 327.

rozdílení mezi „objektivní“ a „subjektivní“ protiprávností v římsko-švýcarském smyslu. Jinými slovy, existují v německém právu úvahy ve smyslu „*contra ius*“ a „*sine iure*“?

Německá právní úprava

Díl 27 osmé hlavy druhé části občanského zákoníku (BGB) z roku 1896 je nadepsán: „Nedovolená jednání“. Z historického hlediska je tato terminologie v souladu s terminologií švýcarského aOR z roku 1881,²³ drážďanského návrhu z roku 1866²⁴ a pruského obecného zemského práva (ALR) z roku 1794.²⁵ Pojem „nedovolené jednání“ přímo rozlišuje mezi tím, co je dovoleno, a tím, co dovoleno není. To odpovídá (ulpiánskému) pojetí *de iure* a *sine iure*. Kdo uskutečňuje dovolené jednání, činí něco (pozitivně) dovoleného právním řádem a jedná „oprávněně“ nebo „po právu“ (*iure*), zatímco v případě deliktu povolení nebo právo (*sine iure*) neexistuje.

Jinými slovy, díl 27 německého občanského zákoníku již v samotném nadpisu obsahuje to, čemu ve Švýcarsku říkáme „subjektivní protiprávnost“. Ale i v ustanoveních § 830 (spolupachatelství), § 839 (porušení úřední povinnosti), § 840 (spoluodpovědnost), § 842 (rozsah odpovědnosti), § 848 (odpovědnost za náhodu) a § 852 (promlčení) je zmíněno soustředěně „nedovolené jednání“. Pokud bychom se tedy omezili na čtení textu zákona, mohli bychom v německém právu předpokládat kromě objektivní protiprávnosti i protiprávnost subjektivní. Z volby slov by totiž bylo možné usuzovat, že základ pro to existuje.

Pro takovou domněnku existují i další důvody. Windscheid, „otec“ BGB, se ve svém Pandektenrecht vyjádřil takto: „Protiprávnost zahrnuje: a) že škůdce nemá na škodu

právo; b) že škodu lze přičíst jeho zavinění.“²⁶ Windscheid zde v bodě a) odkazuje na subjektivní protiprávnost „*sine iure*“, na Paulusovo „*quod facere ius non habet*“,²⁷ které cituje v poznámkách pod čarou.

Sotva tedy překvapí, že subjektivní protiprávnost je zmíněna i v přípravných materiálech k § 823 a násl. BGB. V Komisi I v roce 1882 Windscheid navrhoval následující znění: „Povinnost k náhradě škody zaniká, pokud osoba, která škodu způsobila, jednala v rámci výkonu práva.“²⁸ I zde Windscheid používá (paulusovsko-ulpiánské) *sine iure*. Planck ovšem předložil následující návrh: „Každý je povinen zdržet se jednání, kterým způsobuje jinému škodu, ledaže by šlo o jednání v rámci oprávněných zájmů.“²⁹ Planckovy „oprávněné zájmy“ se blíží subjektivní protiprávnosti. Komise I se dále výslovně zabývala rozdílem mezi protiprávností v objektivním a subjektivním smyslu a poté dospěla k této formulaci: „Kdo jinému (vědomě nebo z nedbalosti) způsobí škodu, je povinen ji nahradit, ledaže jednal v rámci výkonu zvláštního práva nebo při výkonu přirozené svobody v souladu s dobrými mravy.“³⁰ Takové znění do značné míry předurčuje právní argumentaci:³¹ žalobce obvykle tvrdí, že bylo porušeno právo (*contra ius*). Žalovaný může namítnout, že měl právo jednat (*non sine iure*).

Tento návrh byl však později změněn. V roce 1892 rozhodla komise Říšského soudu o nové verzi, v níž se již subjektivní protiprávnost přímo neobjevuje.³² Tato verze byla znovu revidována komisí II.³³ V průběhu diskuse však byla znovu zmíněna Windscheidova myšlenka³⁴ „nikoliv při výkonu práva, na které má nárok“.

Subjektivní protiprávnost z dnešního § 823 BGB zdánlivě zmizela,³⁵ i když, jak jsme

²³ aOR čl. 50 a násl.

²⁴ Dresdener Entwurf I. část, 2. díl, 2. oddíl. čl. 211 a násl.

²⁵ ALR I. část, 6. hlava.

²⁶ WINDSCHEID, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts II.* 7. vydání. Frankfurt: Bütten & Loehning 1891, str. 642. (https://books.google.ch/books?id=IsaGAAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=windscheid,+lehrbuch+des+pandektenrechts&hl=fr&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=aquilische&f=false; cit. dne 24. 9. 2021).

²⁷ Paulus, D.50.17.151 „Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.“

²⁸ JAKOBS, H. H., SCHUBERT, W. (eds.). *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systemat. Zsstellung d. Unveröff. Quellen*, Berlin etc. (de Gruyter) 1983, Recht der Schuldverhältnisse III, § 652 až 853, Windscheid (marg. č. 118), str. 873.

²⁹ Ibidem, Planck (č. 119).

³⁰ Ibidem, (Prot I 966/967), 875. Obiter dictum: Komise tuto verzi odůvodňuje zejména takto: „Kdo vykonává zvláštní právo, musí být vždy prost odpovědnosti, i když jedná neslušně, ale kdo jedná pouze na základě své přirozené svobody, nesmí ji zneužívat na úkor jiných, a je zneužitím, jestliže jeho jednání odporuje názorům vyjádřeným v dobrých mravech a smyslu pro slušnost všech poctivě a spravedlivě smýšlejících lidí.“ Ibidem, str. 875.

³¹ Pozoruhodné je, že tato formulace nezmiňuje protiprávnost. Postačí, prokáže-li žalobce škodu. Škoda zřejmě zakládá domněnku, že bylo porušeno některé z práv poškozeného.

³² Verze z roku 1892: § 704. „Osoba, která úmyslně nebo z nedbalosti poruší právo jiného nebo poruší zákon určený k ochraně jiného, je povinna nahradit škodu tím způsobenou. Za práva ve smyslu tohoto ustanovení se považuje i vlastnictví; za porušení práva se považuje i újma na životě, zdraví, svobodě a cti.“ Mimochodem, za zmínku zde stojí § 705a: „Povinnost nahradit škodu není vyloučena tím, že škodný čin byl spáchán v nouzi. Ustanovení § 192 zůstává nedotčeno.“ JAKOBS, H. H., SCHUBERT, W. (eds.). *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der Unveröffentlichten Quellen*. Berlin etc. (de Gruyter) 1983, Recht der Schuldverhältnisse III, § 652 až 853, E I-RJA § 704 a E I-RJA § 705a, str. 893.

³³ Ibidem, str. 894 a násl.

³⁴ Srov. tamtéž E I-ZustRedKom § 705 E II § 749, § 898; viz též Reichstag (XII. komise) str. 899 a násl.

³⁵ Ustanovení § 823 BGB

„(1) Kdo jinému úmyslně nebo z nedbalosti způsobí protiprávní újmu na životě, zdraví, svobodě, majetku nebo jiném právu, je povinen nahradit škodu, která tím vznikne.“

viděli, v hlavě 27 nadále existuje. Ulpiánská dvojí pozice *sine iure/contra ius* by snad mohla vysvětlit, že výše zmíněná dvojí formulace nedovolené jednání/protiprávnost v nadpisu dílu 27 a v § 823 a násl. BGB zákonodárci nevodila. Tím se však uvolnila cesta pro obě formy argumentace.

Německá judikatura

Další otázkou je, zda se německá soudní praxe ubírá oběma cestami, nebo pouze jednou z nich. Jinak řečeno, jde o to, do jaké míry německá judikatura uznává objektivní i subjektivní protiprávnost.

Vezměme nejprve v úvahu občanskoprávní případ. Seriózní deník vydávaný žalovaným informoval o podezření, že se žalobce podílel na udavačských operacích. Když se ale později ukázalo, že tomu tak nebylo, požadoval žalobce opravu na základě § 1004 BGB.³⁶ Spolkový soudní dvůr (BGH) žalobu zamítl, neboť žalobce nemohl požadovat opravu, ale pouze určení, že „po objasnění skutkového stavu je předmětné podezření neopodstatněné.“³⁷ Rozdíl mezi opravou a určením spočívá v tom, že oprava předpokládá nepravdivé zprávy, zatímco určení pouze seznamuje čtenáře s aktuálnějším stavem poznání. Jak to plyne z „ustálené judikatury Spolkového ústavního soudu, nesmí být skutkové tvrzení, jehož pravdivost je nejasná a které se podstatně dotýká veřejnosti, zakázáno tomu, kdo je učinil nebo šíří, po dobu, po kterou to považuje za nezbytné k ochraně oprávněných zájmů.“³⁸ Podle této judikatury musí soud zvážit zájmy obou stran. Výraz „nesmí být zakázáno“ umožňuje jak aplikaci *non sine iure* ve smyslu, že žalovaný má na své výroky právo, tak (*non*) *contra ius* ve smyslu, že na výroku není nic protiprávního.

Z uvedeného je zřejmé, že BGH zkoumá otázku přiměřenosti. „Stejně jako neexistuje ospravedlnitelný důvod, aby bylo možné trvat na výroci, které se ukázaly nepravdivé, neexistuje ani ospravedlnitelný důvod pro to, aby se taková tvrzení ponechala bez úpravy, pokud mají trvale nepříznivý dopad na práva třetích osob.“³⁹ BGH zde odpovídá na otázku, zda žalovaný může jednoduše ponechat své informace tak, jak jsou, nebo zda je musí doplnit? Je pravda, že soud uvádí, že žalovaný nemá důvod pro to, aby případně čtenáře neinformoval

o nejnovějším stavu poznání. Tím je však myšleno, že zájem žalobce na poskytnutí dodatečných informací převažuje nad zájmem žalovaného nevracet se ke svým vlastním zprávám.

Naše otázka tedy zní: podle jakého argumentačního schématu se posuzuje oprávněnost argumentace žalovaného? Žalobce tvrdí, že byla porušena jeho právní sféra (*contra ius*). Žalovaný zase tvrdí, že má právo takto jednat (*non sine iure*). Žalovaný uvádí jako podstatu odůvodnění subjektivní právo. Jinými slovy, argumentace jsou založeny na objektivní protiprávnosti na straně žalobce a (většinou) na subjektivní protiprávnosti na straně žalovaného. Za této situace lze však namítnout, že žalovaný pouze tvrdí, že nejednal protiprávně. Podstatný je však základ jeho argumentace. Vychází-li se ze subjektivního práva, využívá subjektivní protiprávnosti *non sine iure*.

Přejdeme nyní k trestněprávnímu případu s občanskoprávními důsledky, u něhož subjektivní protiprávnost nelze vyloučit. Klasické případy lze očekávat v oblasti nutné obrany a stavu krajní nouze.

Podle § 32 německého trestního zákoníku (dStGB) „se osoba, která se dopustí jednání v nutné obraně, nejedná protiprávně“ (odst. 1) a „sebeobrana je obrana nutná k odvrácení současného protiprávního útoku proti sobě nebo jinému“ (odst. 2).

Výraz „nejedná protiprávně“ znamená, že právo neporušuje ten, kdo jedná v nutné obraně. To odpovídá objektivní protiprávnosti neboli *non contra ius*. V konkrétním případě by A tvrdil, že B porušil jedno z jeho práv (*contra ius*).⁴⁰ B mohl na základě § 32 německého trestního zákoníku tvrdit, že nejednal protiprávně (*non contra ius*).

Vezměme si například oběť A, která se vrhla na svého protivníka B. B ji srazil na zem, kde ji pro jistotu kopl do hlavy. Neznáme argumentaci stran. A možná A uváděla, že B porušil zákon (*contra ius*) a B to popřel (*non contra ius*). S jistotou známe pouze argumenty soudců, kteří zdůraznili význam kopnutí, když konstatovali, „že o ospravedlnění sebeobranou lze uvažovat i v případě, že pachatel sleduje kromě obrany proti útoku i jiné cíle, pokud zcela nepopře účel obrany.“⁴¹

Co lze vyvodit z výrazu „ospravedlnění sebeobranou“? Významný významový slovník Duden popisuje sloveso „ospravedlnit“ dvojmým způsobem: „bránit něco proti námitce,

(2) Stejnou povinnost má i ten, kdo poruší zákon určený k ochraně jiné osoby. Pokud je podle obsahu zákona jeho porušení možné i bez zavinění, vzniká povinnost k náhradě škody pouze v případě zavinění.“

³⁶ Ustanovení 1004 BGB Nárok na odstranění a zdržení se.

³⁷ BGH VI ZR 76/14 ze dne 18. listopadu 2014.

³⁸ BGH VI ZR 76/14 ze dne 18. listopadu 2014, marg. č. 15; viz také marg. č. 41.

³⁹ BGH VI ZR 76/14 ze dne 18. listopadu 2014, marg. č. 39.

⁴⁰ Většinou se jedná o útok na zdraví nebo vlastnictví.

⁴¹ BGH 4 StR 318/20 ze dne 3. března 2021 na okraj č. 10 (ECLI:DE:BGH:2021:030321B4STR318.20.0).

výtce; považovat za oprávněné“.⁴² Zejména druhý popis si zaslouží pozornost. Jak mohou něco ospravedlnit? Mohu říci, že něco je v souladu s právním řádem, tj. *non contra ius*. Mohl bych ale také říci, že na to mám právo, tj. *non sine iure*. Jinými slovy, soud zde používá výraz, který ve svém hovorovém významu zahrnuje jak objektivní, tak subjektivní protiprávnost. „Ospravedlnit něco“ spočívá v prokázání souladu jednání se zákonem. Může se jednat o objektivní právní řád i o subjektivní právo.

Německá nauka

V literatuře jsem se přímo s rozlišením *contra ius* a *sine iure* nesetkal. V souvislosti se sebeobranou Grothe uvádí, že § 227 (nutná obrana), § 228 (krajní nouze) a § 229 (svépomoc) BGB upravují „zvláštní skutkovou podstatu oprávnění“; současně také odkazuje na zásadu převažujícího zájmu.⁴³ To by mohlo svědčit o subjektivní protiprávnosti, neboť oprávnění je jisté dáno ve formě práva (*non sine iure*).⁴⁴ Repgen se velmi blíží přístupu *non sine iure* a zdůrazňuje, že § 227 BGB slouží k ochraně subjektivních práv: „Pokud subjektivní práva přisuzují nositeli práva právo jednat, tedy určitým způsobem konat nebo se zdržet konání, nestačí k jejich ochraně neexistence oprávnění jednat, ale je nutná ochrana sankcionovaným zákazem porušení těchto práv.“⁴⁵ I v tomto případě se žalovaný zpravidla dovolává subjektivního práva, které mu umožnilo, tedy opět *non sine iure*.

Shrnutí

V průběhu našeho zkoumání jsme zjistili, že i) rozlišování *sine iure* a *contra ius* a z toho vyplývající rozlišování mezi objektivní a subjektivní protiprávností ve švýcarském právu má svůj původ v římském právu; ii) toto rozlišování bylo známo rakouským, švýcarským i německým zákonodárcům v 19. století; iii) toto rozlišování se však zachovalo pouze ve švýcarském právu, a to jen náhodou; iv) současná soudní praxe ve třech státech využívá obě formy protiprávnosti.

Závěr

Ulpianus a Paulus nám vytvořili doktrínu dvou forem protiprávnosti: *contra ius* a *sine*

iure. Tyto formy přetrvaly dodnes, a to v souvislosti nejen se sebeobranou, krajní nouzí a svépomocí, ale také s žalobami na zdržení se a odstranění protiprávního stavu. Zákonodárci 19. století tyto dvě formy argumentace znali a vtělili je do našich občanských zákoníků. Nauka od té doby však toto rozlišení nečiní s výjimkou Švýcarska, kde diskuse o *contra ius* a *sine iure* nikdy neutichla. V Rakousku a Německu totiž došlo k pojmovému posunu. V nauce se dnes tato problematika (částečně i ve Švýcarsku) posuzuje na základě vážení zájmů, zatímco pojmy subjektivní a objektivní protiprávnost se téměř nezmiňují.

Ve skutečnosti se i v Rakousku a Německu setkáváme s rozlišováním, které má dnes převážně praktický význam a na který nauka, jak je vidět, téměř neodkazuje, ačkoli je denně uplatňován stranami a soudy. Zřejmě se jedná o vývoj, který časem opustil staré názvosloví a nahradil je novým.

Jaké si z toho můžeme vzít ponaučení? Tvrdím, že objektivní a subjektivní protiprávnost ve švýcarsko-římském smyslu se stala pro právníky těchto tří zemí toliko druhou přirozeností. Diskuse je proto zbytečná. Stejný jev lze pozorovat i jinde. Jak ukázal výzkum v Digest of European Tort Law I: On natural causation:⁴⁶ některé právní systémy rozlišují mezi přirozenou a adekvátní příčinností, avšak jiné právní řády, které první kauzalitu souhrnně začlenily do kauzality druhé. Stejně tak některé státy rozlišují mezi protiprávností a zaviněním, zatímco v jiných zavinění pohltilo protiprávnost, byť ji nikdy nestrávil.⁴⁷ Při bližším pohledu jsou však rozdíly v těchto dvou příkladech také docela nápadné.

Právníci denně aplikují právo a používají k tomu mnoho nástrojů. O některých z těchto nástrojů se vedou diskuse a píše se o nich. Jiné zůstávají v teorii nepovšimnuty, přestože jsou v praxi nepostradatelné. V některých případech se stává, že v průběhu času dojde ke změně, při které některé právní nástroje upadnou do zapomnění. V našem případě bylo napětí mezi *contra ius* a *sine iure* natolik důležité, aby je definoval Ulpianus, a zůstalo aktuální i pro zákonodárce 19. století. Podle stejných pravidel jednáme i dnes, ale téměř se nad tím nezamýšlíme.

⁴² Duden. *Deutsches Universalwörterbuch A–Z*. Mannheim etc. 1989, 2. vyd. str. 1223.

⁴³ MüKo/Grothe, BGB § 227 Rn. 1 (https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_9_Band1%2FBGB%2Fcont%2FMuekoBGB%2EBGB%2Ep227%2Egll%2Ehtm, cit. dne 27. 10. 2021).

⁴⁴ Je pravda, že Grothe dodává, že „ospravedlnění podle občanského práva se obejde bez subjektivního prvku.“ Z jeho komentáře (viz marg. č. 18), na který odkazuje, však vyplývá, že se jedná o subjektivní prvek vůle k obraně, který není v našem kontextu relevantní. K vážení zájmů viz také MüKo/Wagner BGB § 823 marg. č. 7 a 370 a násl. [https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoBGB_8_Band7/BGB/cont/MuekoBGB.BGB.p823.glu1.g1A.gll.g1.htm, cit. dne 27.10.21]. MüKoBGB/Grothe, BGB § 227 marg. č. 3 (https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_9_Band1%2FBGB%2Fcont%2FMuekoBGB%2EBGB%2Ep227%2Egll%2Ehtm, cit. dne 27. 10. 2021).

⁴⁵ Staudinger/Reppen, 2019, komentář k § 227 BGB, marg. č. 6, str. 1067.

⁴⁶ WINIGER et al (ed.). *Digest of European Tort Law I: Essential cases on natural causation*. Wien 2007.

⁴⁷ Viz WINIGER et al (ed.). *Digest of European Tort Law III: Essential cases on misconduct*. Wien 2018.