

## Část III. Proměny ontologie práva

*Zlatý vzešel pak nejprve věk, kdy zákona, soudce  
člověk byl prost a od sebe sám ctil věrnost a právo.  
Nebylo trestu ni strachu, a hrozivá slova se nečtla,  
vyrytá v kov, a prosící dav se nemusel báti  
soudcových úst: ač neměli obhájce, bezpeční byli.*

*Publius Ovidius Naso, Proměny*

### 5 Platnost práva v informačních sítích

#### 5.1 Cesty k organizaci

Jakýkoli systém, ať už jde o celulární automat nebo lidské společenství, potřebuje ke svému přežití a reprodukci organizující informace<sup>1</sup>. Metodou informování může být buďto dodání organizující informace zvenčí nebo její vytvoření v rámci příslušného systému. Metody, které lze k informování respektive k organizaci použít, lze tedy v zásadě rozdělit na anarchické a regulační. Anarchická organizace je postavena na předpokladu samoorganizačních schopností příslušného systému, zatímco regulace staví na organizačních schopnostech a autoritě externisty (v právu typicky suveréna respektive od něj odvozených institucí).

Regulace tedy technicky vzato nepředstavuje jediný postup pro vytváření a distribuci organizujících informací do určitého systému. Přestože je v mnoha případech značně obtížné formulovat exaktní a prokazatelné důvody, proč tomu tak je<sup>2</sup>, nelze opomenout jev, který se označuje jako samoorganizace či méně přesně jako samoregulace<sup>3</sup>. V tomto procesu se systém sám brání entropii autonomním vytvářením a distribucí informací jednotlivým elementům, respektive nastolením situace, kdy se jednotlivé elementy informují navzájem. I v tomto případě mohou mít informace normativní charakter, ale namísto autority je jejich efektivita zajištěna přímo jejich organizující kvalitou.

Lze samozřejmě v tomto případě namítnout Wienerovu premisu, že totiž tvorba organizující informace je vedle činnosti systému rovněž podmíněna původní externí informovaností<sup>4</sup> a že samoorganizace tedy v podstatě neexistuje. Živé organismy totiž mohou úspěšně čelit entropii nejen díky tomu, že disponují implicitní a doposud neobjasněnou schopností tvořit organizující informace, ale též proto, že jim je větší než kritická masa

<sup>1</sup> Srov. Schrödinger, E. *What is Life*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. Dílo je dostupné i on-line na adrese <http://home.att.net/~p.caimi/Life.doc>

<sup>2</sup> Jak bylo uvedeno, můžeme tvorbu a distribuci organizujících informací často prostě vidět jako důsledek složitosti určitého systému, aniž bychom tento jev byli schopni důsledně analyzovat – na vině může být přitom zejména již diskutovaná komplexita. K ilustraci mohou posloužit již zmíněné příklady mraveniště či celulárního automatu.

<sup>3</sup> Pojem samoregulace nebo autoregulace je ve své podstatě *contradictio in adiecto*, neboť definičním znakem je autorita a ta v případě samoorganizace určitého systému prostřednictvím samovolně vznikajících a distribuovaných informací neexistuje.

<sup>4</sup> Viz Wiener, N. *Cybernetics: Or the Control and Communication in the Animal and the Machine*. Cambridge: MIT Press, 1961, str. 11.

informace dána do vínků. Chybí-li jedno nebo druhé (tj. počáteční informovanost nebo schopnost reagovat na změnu prostředí tvorbou informace), systém s postupem času nutně podléhá entropii. Tuto implicitní informovanost však lze jen těžko označit za regulaci, neboť regulující autorita (příroda, Bůh) je evidentně (to jsme zjistili díky Gödelovi – viz dále) mimo dosah našich poznávacích schopností.

Hovoříme-li tedy o regulované respektive o anarchické organizaci, rozlišujeme obě tyto informační alternativy ve vztahu k reálným našim informačním možnostem. Pokud dále uvažujeme o regulaci jako o možné metodě informování (organizace) informační společnosti, máme tím na mysli regulaci aplikovanou společenskou autoritou suveréna. Nejde samozřejmě v tomto případě o autoritu stojící zcela mimo společnost *lato sensu*, ale o autoritu stojící mimo příslušný sociální systém. Za regulaci tedy budeme nadále označovat situaci, kdy je společnost organizována zvenčí, byť samozřejmě nelze konstatovat, že příslušná autorita, typicky státní suverén nebo definiční autorita, stojí zcela mimo lidské společenství – vždyť i král je přeci jen člověk.

Debata ohledně adekvátní metody organizace společnosti je v právu tradiční a může se zdát být svázána se základním problémem popsaným Humovou tezí. Pokud totiž přijmeme Humovu tezi a nesmlouvavě oddělíme skutečnost od pravidel, vypadá to, že tím nutně popíráme samoorganizační model. Pozitivistický přístup k právu se tedy nutně jeví být spojen s modelem externí regulace, kdy pravidla jsou vytvářena suverénem a implementována do společnosti zvenčí. Přírozenoprávní metoda organizace pak naproti tomu zdá se být založena na sledování a ochraně existujících pravidel, ať už jsou implicitně obsažena v informační výbavě jednotlivce nebo jsou spontánně vytvořena společností.

Dlouho před tím, než bylo možno zabývat se právem jako informačním systémem, se k poměru implicitních (samoorganizačních) a regulačních metod organizace společnosti důkladně a přesvědčivě vyjadřuje jeden ze zakladatelů moderního právního myšlení Thomas Hobbes z Malmesbury. Ve svém všeobecně známém díle *Leviathan*<sup>5</sup> se Hobbes nejen staví za tezi dominantní role suveréna<sup>6</sup> ve společnosti, ale rozebírá i možné modely vnitřní organizace a fungování státu. Namísto pojmu „informace“ používá Hobbes možná i případnějšího a elegantnějšího pojmu „myšlenka“ a diskutuje, do jaké míry mají myšlenky určující život jednotlivce, tj. pravidla, být autonomní (*unguided*) či usměřňované pověřencem (*regulated by a designee*). Přestože jsou podle Hobbese autonomní myšlenky ve své podstatě hybnou silou společenského pokroku, jsou až příliš motivovány konkrétními individuálními touhami – úlohou suveréna pak je tyto myšlenky usměrnit tak, aby užitek z nich plynul nejen jednotlivci ale celé společnosti.

Vedle nepoužitelnosti individuálních tužeb jako základu pro tvorbu společenských pravidel přitom Hobbes argumentuje i dnes poněkud opomíjeným aspektem času. Člověk je totiž do značné míry závislý ve svém normativním úsudku, tj. ve svém chtění, na vnímání času jako dominantního aspektu lidského života. Lidské touhy se tak často vážou k minulosti a projevují se snahou vrátit zpět to, k čemu si člověk dříve získal pozitivní vztah a co už není. Suverén

<sup>5</sup> Původní znění viz Hobbes, T. *Leviathan, Or the Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth, Ecclesiastical and Civill*, project Gutenberg, 2009 (převzato z původního vydání v nakladatelství Andrew Crooke, 1651).

<sup>6</sup> Připomeňme, že *Leviathan* byl poprvé publikován v době, kdy se právo začíná profilovat k jednoznačné hodnotové orientaci na člověka – oproti starověkému právu, jehož dominantním zdrojem legitimacy byla republika, vidí Hobbes prioritu člověka sice jako inspirativní, avšak potenciálně problematickou centrální vlastnost práva. Spojení pozitivních vlastností centrality republiky a ústřední úlohy člověka vidí v legitimaci státní moci souhlasem společnosti.

naproti tomu nejenže nepodléhá slabostem a banálním lidským touhám<sup>7</sup>, ale není (nesmí být) zatížen ve svém normativním úsudku ani marnými snahami po návratu v čase, tedy po vrácení toho, co už objektivně vrátit nelze.

Jak bylo uvedeno na začátku této kapitoly, je debata o povaze práva, tj. o jeho regulační nebo samoorganizační nátuře, prastará a ve své podstatě nekonečná. O více než tři sta let poté, co Hobbes, pochopitelně neznalý morálních a mentálních kvalit naší současné politické a soudní reprezentace, předkládá sugestivní argumenty ve prospěch regulačního modelu, vrací se k témuž problému ve skvělé práci *Anarchy, State, and Utopia*<sup>8</sup> harvardský profesor filozofie Robert Nozick. Jedna z dominantních tezí této práce, tj. liberální teze o neviditelné ruce regulující společnost prostřednictvím komplexního samoorganizačního efektu, byla později přebírána, diskutována a dále rozváděna, ale bohužel též různě pitvořena a zneužívána<sup>9</sup>.

Její původní verze však nesází, jak se domnívají někteří interpreti z řad našich současných postkomunistických politiků, na bezmezném oddání se pravidlům nabídky a poptávky či na přizemních touhách člověka po materiálním bohatství<sup>10</sup>. Nozick totiž v individuálních společenských vztazích vidí i bez přítomnosti hobbesovského *designee* implicitně obsažené vyšší hodnoty a jejich kýžený organizační společenský efekt. Na první pohled banální transakce a jimi vytvářený řád tak dle Nozicka přirozeně obsahují organizující informace vyššího řádu hodné suverénní ochrany. Pohledem kybernetiky se tedy jedná o systém, kde dochází ke komplexnímu informačnímu efektu, tj. k celkové organizaci, aniž bychom museli nutně sledovat explicitní přítomnost organizující informace mezi jednotlivými jeho elementy. Podobně tedy jako nacházíme vysokou úroveň organizace při komplexním pohledu na mraveniště, aniž bychom byli schopni ji odhalit zkoumáním individuálních informačních vazeb mezi jednotlivými mravenci, vidí Nozick společenský řád jako důsledek komplexity relativně banálních individuálních vztahů.

Hobbesovu tezi o nezastupitelné úloze suveréna a o nemožnosti spolehnout se na samoorganizační komplexní efekty hájí v debatě s Robertem Nozickem jiný titán harvardské filozofie John Rawls. Nestaví přitom primárně na dominantní roli státu, ale všímá si především elementární rovnosti v příležitostech legitimovat suveréna<sup>11</sup>. Paternalistickou úlohu suveréna pak v tomto směru vidí jako nutný a individuálně racionálně uznaný předpoklad ochrany jednotlivců před „slabostmi a nedůslednostmi jejich rozumu a vůle,<sup>12</sup>“ které by je z procesu legitimace suveréna mohly diskvalifikovat. Regulací tedy v tomto případě Rawls primárně nechrání komplexní zájem státu (společnosti), ale především integritu jednotlivce.

<sup>7</sup> Zkázu pak státu přináší situace, kdy pravomoci suveréna vykonávají lidé neschopní odhlédnout od svých individuálních tužeb po moci, majetku nebo příkladně po sexuálním vyžití. Neschopnost uvědomit si s nástupem do funkce, že člověk přechází z role individua omezeně do role suveréna fungujícího jako hobbesovský *designee* pro myšlenky ostatních lidí, je pak u nás často viditelným selháním politika či soudce.

<sup>8</sup> Viz Nozick, R. *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1975.

<sup>9</sup> Omezení teorie neviditelné ruky jen na krátkozrakou ochranu individuálních snad o dosažení maximálního užítku, ať už jím je cokoli, kritizuje ve své práci i Tomáš Sobek. Ptá se přitom: „Co je na uspokojení subjektivních preferencí apriori dobrého? Co je apriori dobré na tom, že někdo uspokojí svoji preferenci někoho znásilnit nebo vypít kyselinu?“ – srov. Sobek, T. *Nemorální právo*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, str. 214.

<sup>10</sup> Je v tomto směru zajímavé, že byly v našem politickém prostředí bez potřebných souvislostí spojeny vybrané aspekty Nozickovy teze s podobně banální Hobbesem popsanou touhou po návratu starých časů (opět mylně označenou jako konzervativní teze – k ní se vrátíme ve výkladu dále). Výsledný politický směr, který se u nás těší nemalé popularitě, tak z filozofického liberalismu a konzervatismu prakticky selektivně vybírá to nejhorší a perverzní syntetikou se dobírá synteticky k čemusi, co by se snad dalo nazvat primitivním gangsterským zpátečnictvím.

<sup>11</sup> Srov. Graham, P. Rawls, Oxford: Oneworld, 2007, str. 54.

<sup>12</sup> Viz Rawls, J. *A Theory of Justice*, 6. vydání, Cambridge: Harvard University Press, 2003, str. 219.

Prostřednictvím paternalistické ochrany individuálních práv jednotlivce pak je u Rawlse dosaženo i žádoucí organizace společnosti<sup>13</sup>.

Právě provedené krátké resumé teorií zabývajících se metodou organizace společnosti může docela dobře demonstrovat skutečnost, že spor o metodu organizace není jen jednoduchým sporem pozitivismu s iusnaturalismem. Ani Rawlsova společenská smlouva tak není ve své podstatě totožná s Hobbesovou implicitní dohodou se suverénem, byť jsou obě založeny na stejné organizační metodě, tj. na regulaci. Liberální pozice Nozickova, metodologicky naopak přirozenoprávní, se pak v technologii dosažení sledovaného účelu, tj. adekvátní organizace společnosti, od Rawlsova přístupu rovněž diametrálně odlišuje.

Jestliže jsme shora uvedli, že debata o adekvátní metodě organizace společnosti může být důsledkem permanentního sporu o národu práva respektive o platnost Humovy teze, můžeme tedy toto tvrzení nyní ve vztahu k otázce adekvátní organizační metody zcela zrelativizovat. Noetický optimismus, typický pro přirozenoprávní myšlení, totiž, jak vyplývá ze shora provedené krátké rekapitulace, může se v organizační metodě projevit jak tendencí k regulaci, tak i k anarchické organizaci (záleží pouze na tom, zda věříme v to, že jsou jheringovské kořenové hodnoty společnosti schopny prosadit se bez explicitní pomoci suveréna).

Podobně tak i pozitivismus, byť by se mohlo zdát, že je kvůli akceptaci Humovy teze a noetickému skepticizmu založen výlučně na regulaci, může pracovat s oběma uvedenými organizačními metodami prakticky rovnocenným způsobem. Můžeme v této souvislosti připomenout v předchozí části této práce citovaný Kelsenův postulát ryзости - výlučným důrazem na pravidla vytvořená suverénem v něm právo ztratilo přirozený obranný mechanismus před tím, co Radbruchovými slovy „přeměnilo Rechtstaat v režim bezpráví“. Poválečný pozitivismus v důsledku toho rovněž sází na anarchickou reflexi projevů komplexních efektů nezadatelných základů společenské organizace, byť pro něj nepředstavují určující řád ale jen korektiv či referenční rámec. Historická zkušenost tedy již ani pozitivistickému vidění práva neumožňuje zcela odhlížet od metod anarchické organizace, byť tyto nejsou z metodologického hlediska primárním zdrojem obsahu právních pravidel<sup>14</sup>.

Jestliže jsme v předchozí části této práce vyloučili souvislost mezi organizací a regulací respektive mezi organizací a anarchií, můžeme nyní vyloučit i přímou souvislost mezi uvedenými organizačními metodami, tj. organizací a regulací, a přirozenoprávním respektive pozitivistickým přístupem k právu. Dále se však už nebudeme věnovat problému organizačních metod obecně, ale pokusíme se odpovědět na otázku, která z nich spíše odpovídá nátuře informačních sítí a informační společnosti.

## 5.2 Zlatý věk informačních sítí

Když se v Ovidiově básni píše o samovolném respektu k věrnosti a právu, jedná se právě o situaci, kdy je systém i bez regulace (zákon) a autority (soudce) organizován a příslušné normativní informace (věrnost, právo) jsou distribuovány horizontálně a akceptovány jednotlivými elementy společnosti. V důsledku toho je celá společnost organizována - tuto formu organizace pojmenoval Ovidius jako Zlatý věk, *aetas aurea*. V dalších dobách popsaných Ovidiovým dílem pak společnost čím dál tím víc ztrácela komplexní schopnost

<sup>13</sup> Srov. Graham, P. Rawls, Oxford: Oneworld, 2007, str. 77.

<sup>14</sup> Důkazem toho může být Hartova koncepce přirozeného obsahu spravedlnosti ve struktuře pozitivního práva zajišťující pozitivnímu právu materiální legitimitu – srov. Hart, H. L. A. Pojem práva, přel. Fantys, P., Praha: Prostor, 2004, str. 192.

samoorganizace, což se projevilo ztrátou efektivity organizujících informací, konflikty a stále gradující potřebou organizovat společnost zásahem zvenčí<sup>15</sup>.

Podobnost společenského vývoje v kyberprostoru s Ovidiovým dílem je až zarážející. Ačkoli autority v prvních fázích vývoje informačních sítí měly čistě technický charakter a sociální regulace tak prakticky neexistovala, normativní informace regulující sociální interakce, tj. Ovidiovými slovy věrnost a právo, se v tomto prostředí vytvářely v čistě horizontální struktuře a byly prakticky bez výjimek organicky šířeny a zpracovávány jednotlivými členy společenství.

Výlučnost a průkopnický charakter prvních informačních sítí, ať už se jednalo o lokální sítě, dial-up BBS huby, sítě typu FIDO aj. společně se skutečností, že přístup k této technologii mělo zpočátku jen pár vysoce privilegovaných expertů, daly původní zdejší sociální interakci nevidanou míru kultivovanosti. Elitní charakter prvních síťových komunit společně s dnes již těžko představitelnými technickými parametry působily, že vzájemná komunikace byla příkladně slušná a věcná – neslušnost nebo balast by totiž jen mrhaly vzácnou přenosovou kapacitou<sup>16</sup>.

Vzhledem k existenci definičních autorit nelze o takovém prostředí hovořit jako o plně anarchickém. Definiční normy však neupravovaly chování účastníků informační výměny, ale pouze základní technické parametry vzájemné komunikace. Odhlédneme-li od technických pravidel (tj. od definičních norem), je možné konstatovat, že zdejší sociální organizace skutečně měla anarchický charakter – i přes to však sociální vztahy realizované v tomto prostředí vykazovaly v porovnání s off-line světem až pozoruhodnou míru slušnosti a noblesy. V souhrnu bychom tedy za užití informační metodologie mohli hovořit o anarchickém stavu, v němž byl systém vysoce organizován a díky tomu se prudce vyvíjel<sup>17</sup>.

Podobně, jako je možné dlouze diskutovat o důvodech, proč zlatá doba postupně přešla ve stříbrnou, pak v bronzovou a nakonec v železnou, lze dlouze a bezvýsledně spekulovat i o důvodech, proč se v anarchickém avšak dobře organizovaném systému společenských vztahů v informačních sítích začaly vyskytovat chaotické elementy, tj. jevy narušující organizaci a působící entropicky. Kromě prudce rostoucího rozsahu internetu a tím i značného zvýšení počtu zde realizovaných společenských vztahů mohou být na vině v diskutabilní intenzitě i takové faktory jako společenské či hospodářské změny, kulturní konflikty ale například i náhoda či nahodilost. Bez ohledu na důvody však můžeme opět empirickými metodami zjistit, že chaotické elementy se na internetu vyskytují čím dál častěji a jejich celkový dezorganizační efekt sílí<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Vzhledem k tomu, že k regulaci nedošlo, autor vyřešil situaci, která vygradovala chaotickou avšak přesto silně regulovanou dobou železnou, relativně jednoduchým způsobem – Bohové téměř celé toto nešťastné pokolení vyhubili potopou.

<sup>16</sup> Až postupný výskyt chaotizujících elementů vedl k potřebě vytvoření pravidel on-line interakcí (k nim viz dále). Tento vývoj popisuje Christian Fuchs v práci Fuchs, C. *Internet and Society – Social Theory in the Information Age*, New York: Routledge, 2008.

<sup>17</sup> Srov. např. Mara, A. Norm Origin and Development in Cyberspace: Model of Cybernorm Evolution, in *Washington University Law Quarterly*, číslo 78, str. 75.

<sup>18</sup> Za ilustrativní příklad může posloužit aktuální statistika kybernetických útoků zpracovávaná průběžně společností Symantec, dle které vykazující stabilní nárůst prakticky všechny typy kybernetických útoků – viz Symantec Internet Security Threat Report, číslo 16, cit. 12. 7. 2011, on-line na adrese [https://www4.symantec.com/mktginfo/downloads/21182883\\_GA\\_REPORT\\_ISTR\\_Main-Report\\_04-11\\_HI-RES.pdf](https://www4.symantec.com/mktginfo/downloads/21182883_GA_REPORT_ISTR_Main-Report_04-11_HI-RES.pdf).

Typickým příkladem právě uvedeného je i výskyt balastních informací, tj. spamu<sup>19</sup>. Výrazu 'spam' se v prostředí informačních sítí typu BBS tu a tam používalo ve významu jako 'plané řeči' nebo 'kecy,' hackeři pak jako 'spamming' označovali techniku, při níž je určitý systém napaden zahlcením vyrovnávací paměti nepotřebnými daty<sup>20</sup>. Jako první použili výrazu 'spam' pro označení hromadně zasílané komerční informace uživatelé sítě USENET. Jednalo se o zprávu poslanou na cca 6000 diskusních fór v rámci USENETu jistými druhořadými advokáty Laurencem Kanterem a Marthou Siegelovou, kterou byly americkým imigrantům nabízeny předražené advokátní služby při získání zelených karet. Toto bezskrupulózní zneužití komunikační svobody<sup>21</sup> bylo komunitou uživatelů USENETu oceněno stovkami listinných a faxových stížností a nakonec i odpojením spammerů od sítě. Otevřelo však Pandořinu skříňku neetické a později i protiprávní, přesto však relativně účinné<sup>22</sup>, obchodní techniky – spammingu.

### 5.3 Legitimita práva na internetu

Vzhledem k tomu, že se síťová informační infrastruktura začala původně vyvíjet ve Spojených státech amerických, přebírá celosvětová informační síť do značné míry tamější organizační modely. USA jsou přitom zemí, kde mají hluboké kořeny myšlenkové směry jako liberalismus či dokonce libertariánství. Jednou ze základních myšlenek liberalismu je odstranění nejrůznějších forem regulace omezující jednotlivce v realizaci jejich záměrů a dosažení odpovídajícího prospěchu, ať už materiálního či jiného<sup>23</sup>. Přesně v tomto duchu se nesou aktivity i jednoho z nejvýznamnějších hnutí za tzv. svobodný internet, organizace Electronic Frontier Foundation, jejímž zakladatelem je známý rocker a pozdější úspěšný podnikatel John Perry Barlow.

Již od počátku svého vzniku, tj. od roku 1990, se tato organizace významně angažuje, to zejména formou veřejné osvěty a právní pomoci v soudních sporech, v boji proti právnímu či jinému omezování svobody jedince na internetu. Jejím základním dokumentem je takzvaná Deklarace nezávislosti kyberprostoru<sup>24</sup>, jejímž ústředním motivem je problém právní regulace a činnosti států a jejich orgánů autoritativně aplikujících právo. Z deklarace vybíráme následující pasáže (překlad RP):

*„Vy, vlády všech průmyslových světů, Vy unavení obři z masa a oceli. Já, přicházející z Kyberprostoru, nového sídla Mysli, Vás v zájmu budoucnosti vyzývám: Nechte nás být! Nejste mezi námi vítáni. Nemáte žádnou moc nad místy, kde přebýváme.  
Nemáme vládu ani po žádné netoužíme. Mluvíme k Vám tedy z pozice autority ne větší, než jakou má sama Svoboda. Vyhlášíme, že globální společenství, jež budujeme, nezávisí na tyranii a zákazech, kterými jste nás svázali. Nemáte morální právo nás řídit a nemáte ani nástroje, kterých bychom se museli bát.“*

<sup>19</sup> Podrobně se problematice spamingu věnuje publikace Polčák, R. Právo na internetu – spam a odpovědnost ISP. Brno: Computer Press, 2007.

<sup>20</sup> Viz Raymond, E., Steele, G. L. (2002) The Jargon File, verze 4.2.2, Project Gutenberg, dostupné on-line na adrese <http://www.gutenberg.org/etext/3008>.

<sup>21</sup> Jedná se o typický příklad zvrhlé realizace pravidla budícího zdání, že k individuálnímu prospěchu lze činit vše, co zákon nezakazuje. Frapantní porušení nekodifikovaných pravidel svobodné on-line komunity zde odstartovalo proces vedoucí nejprve ke smluvnímu a posléze i veřejnoprávnímu omezení svobody on-line komunikace – srov. Everett-Church, R. (1999) The Spam That Started It All. Wired, 13. 4. 1999, <http://www.wired.com/politics/law/news/1999/04/19098>.

<sup>22</sup> Právě popsany první spam údajně vydělal jeho původcům nějakých \$100.000, a to i přes ostrou negativní reakci on-line komunity – viz Mossoff, A. (2004) Spam, Oh What a Nuisance! Berkeley Technology Law Journal, ročník 19, číslo 2, str. 633.

<sup>23</sup> Z toho též vychází ústřední důležitost distributivních práv v americkém právním systému a mezi nimi pak i výlučné postavení práva na svobodu projevu. Někteří autoři pak vzhledem k informační nátuře internetu dovozují, že regulovat internet v USA může být kvůli výsadnímu postavení prvního dodatku americké ústavy zásadně nemožné – viz Krasovec, J. Cyberspace: The Final Frontier, for Regulation? Akron Law Review, roč. číslo 31, str. 101.

<sup>24</sup> Plný text deklarace viz [homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html](http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html)

*Moc vlád je odvozena ze souhlasu těch, kterým vládnou. Náš souhlas jste však nežádali a nikdy jej neobdržíte. Nechceme Vás. Neznáte nás jako neznáte náš svět. Kyberprostor leží mimo hranice Vašeho poznání. Nemyslete si, že jej můžete tvořit a dotvářet jako by se jednalo o nějakou další Vaši veřejnou zakázku. Nemůžete. Vznikl přirozeným vývojem a roste díky našemu společnému úsilí.*

*Dovoláváte se problémů okolo nás, a říkáte, je potřeba je řešit. Používáte je k ospravedlnění svých výpadů vůči nám. Mnoho z nich však neexistuje. Když se objeví skutečný konflikt nebo jiná špatnost, poznáme to a vypořádáme se s nimi vlastními prostředky. Máme novou společenskou smlouvu. Takové vládnutí se nezakládá na podmínkách Vašeho světa, ale toho našeho a náš svět je jiný.*

*Pojmy Vašeho práva jako vlastnictví, vyjadřování, subjektivita, pohyb nebo okolnosti, se na nás nevztahují. Všechny jsou založeny na hmotné podstatě a zde žádná hmotná podstata není.*

*Nemáme těla a na rozdíl od Vás se řád mezi námi nevytváří prostřednictvím násilí. Věříme v nastolení pořádku díky etice, osvícenému individualismu a smyslu pro všeobecné blaho. Můžeme se volně přemísťovat mezi Vašimi jurisdikcemi a tak jediné pravidlo, které skutečně ustavuje naše společenství, je zlaté pravidlo morálky. Na tomto základě chceme řešit všechny problémy a nepřijímáme způsoby, které se nám snažíte vnutit.*

*Vaše rostoucí nepřátelské a koloniální snahy nás staví to stejné role, jakou měli i v minulosti ti, kteří toužili po svobodě, seburčení a kteří se rozhodli odmítnout formální autority. Nedáváte nám jinou možnost než vyhlásit naše virtuální identity nezávislými na Vaší vládě i přes to, že naše těla jí i nadále podléhají. Naše myšlenky však nikdo omezovat nebude, neboť je rozprostřeme po celé planetě.*

*Založíme v kyberprostoru novou civilizaci Mysli. Snad bude humánnější a spravedlivější než svět, který Vaše vlády doposud vytvořily.“*

Z uvedených pasáží deklarace, která se s postupem času stala všeobecně přijímaným manifestem svobody internetu, lze vyčíst hned několik momentů zásadních pro otázku platnosti práva v informačních sítích. Především je to argument neexistence společenské smlouvy mezi adresáty právních norem a jejich tvůrcem, tj. státem. Tento argument je postaven na premise, že na internetu vzniká zcela nové společenství, jehož zřízení, pokud má disponovat autoritou, musí být založeno na nové společenské smlouvě. Pouze jejím prostřednictvím se adresáti právních norem mohou vzdát části vlastní svobody ve prospěch suveréna. Deklarace v tomto směru hovoří o neexistenci společenské smlouvy, jakož i o neexistenci vůle internetového společenství takovou smlouvu uzavřít.

V návaznosti na nezájem internetové komunity o autoritu státu se pak objevuje další argument nepotřebnosti právní či jiné autoritativní regulace internetu. V deklaraci je doslova uvedeno, že řada problémů zmiňovaných jako důvod k autoritativní realizaci státní moci na internetu neexistuje a pokud už nějaké problémy jsou, má internetové společenství dostatečné nástroje i snahu k tomu je řešit. Právo a státní donucení jsou pak v tomto smyslu zbytečné.

Poslední ze závažných a co do legitimacy práva a státu relevantních argumentů je zaměřen na neschopnost států, uzavřených v tradičních prostorových hranicích jurisdikce, efektivně vynucovat právo. Deklarace hovoří o tom, že státy, přestože by se o to mohly pokoušet, nemají nástroje, jak své právo efektivně v prostředí informační sítě vynutit, tzn. jak (fyzicky) donutit adresáty norem, aby se podle nich chovali<sup>25</sup>. Doslova je pak zmíněn moment plošného rozprostření myšlenek (dat) nejen přes všechny jurisdikce ale též přes místa, která žádná jurisdikci nepodléhají vedoucí k zamezení možnosti jejich postihu<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Obzvláště problematickým se tento moment jeví být v rovině trestního práva, které je tradičně založeno na individuálním násilném postihu pachatele – k problému srov. Thomas, D. 2003, Criminality on the Electronic Frontier. In Cybercrime, ed. Thomas, D., Loader, B. D. Routledge, London, p. 17 a násl.

<sup>26</sup> V tomto směru můžeme připomenout, že deklarace vznikala dávno před příchodem v současné době populárních technologií typu cloud computing – k technologii a jejímu vývoji viz např. sborník z první konference CloudCom, která se uskutečnila v roce 2009 v Číně – Jaatum, M. G., Zhao, G., Rong, C. Cloud Computing, Heidelberg: Springer Verlag, 2009.

Na uvedené argumenty, jež si s postupem času získaly značnou publicitu a oblibu mezi uživateli služeb celosvětové informační sítě, samozřejmě nelze odpovědět prostě tak, že právo platí, protože je to napsáno v zákoně<sup>27</sup>. Namísto spoléhání na to, že stát disponuje dostatečnými prostředky k tomu právo vynutit, je třeba odpovědět na otázku, zda je regulační metoda organizace informační společnosti za užití státního práva adekvátní a zda je v porovnání s anarchickou organizací schopna snižovat společenskou entropii.

První Barlowův argument paradoxem Leviathana bez existence společenské smlouvy lze spolehlivě a poměrně snadno vyvrátit za užití shora citovaných myšlenek Thomase Hobbesa a Johna Rawlse. Podstatou společenské smlouvy totiž není projev vůle toho, kdo se jejím prostřednictvím vzdává svobody ve prospěch ochrany před vlastní slabostí, ale i jen prostá objektivní potřeba takové ochrany. Není tedy třeba, aby informační společnost otevřeně deklarovala svoji vůli být regulována. Stát (Leviathan) má právo a povinnost se své úlohy regulátora ujmout vždy, pokud se společnosti v důsledku projevů přirozených lidských slabostí začnou nedostávat organizující informace.

Instituce státu jakožto regulátora nadaného mocí vynuocovat právní pravidla je předně ospravedlněna, ba přímo povinna, autoritativně vystoupit, ať už činností právotvornou nebo aplikační, tam, kde chybí anarchická ochrana jheringovských kořenových hodnot. Není přitom třeba, aby se o takovou ochranu společnost aktivně hlásila (toho ostatně ani často není schopna) – postačí, když autoritativní *pouvoir* konstatuje pozitivně nebo negativně na základě své ultimátní legitimacy suverén respektive jím legitimovaná instituce<sup>28</sup>. Je to pak rovněž hraniční orgán<sup>29</sup>, kdo může regulační povinnosti a práva státu omezit nebo vyloučit – typicky tam, kde je příslušná regulace nepotřebná nebo nadměru zatěžující rovnováhu společenských kořenových hodnot majících nejčastěji formu základních právních principů.

V této souvislosti se nabízí otázka, zda má být regulace internetu státním právem legitimována pozitivně nebo negativně, tj. zda má stát pozitivně odůvodňovat své regulační zásahy nebo zda má naopak shora zmíněný obecný autoritativní *pouvoir*, z něžž je třeba hledat a argumentovat jen existenci výjimek. K první možnosti se kloní liberál Lessig v požadavku citovaném v úvodní části této práce, tj. že je třeba v reálném čase neustále testovat právo v tom smyslu, zda „činí dobře<sup>30</sup>.“ Lessig jde v tomto směru ještě dál, neboť nepožaduje aktivní legitimaci práva pouze při tvorbě jeho pozitivních pramenů ale i při jeho každé jednotlivé aplikaci vedoucí k omezení svobody jednotlivce.

Druhé možnosti by nasvědčovala především univerzalita práva, přičemž prakticky nelze dnes nalézt konfliktní společenskou otázku, která by mohla uniknout z dosahu věcné působnosti právních norem. K tomu pak přistupuje základní teze této práce, že totiž se ve společnosti ani v právu v souvislosti s virtualizací společenského života nic podstatného nemění a není tedy ani třeba pohlížet na formálně nové vztahy jako na cosi stojící mimo dosah smyslu a účelu platného práva. Jsou-li společenské vztahy vznikající v rámci informačních sítí i přes velmi rozdílnou formu co do své podstaty totožné s těmi, jejichž

<sup>27</sup> Srov. Samuelson, P. Five Challenges for Regulating the Global Information Society, in *Regulating the Global Information Society*, ed. Chris Marsden. Routledge, London, 2000.

<sup>28</sup> K legitimaci instituce viz MacCormick, N. *Institutions of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, str. 31.

<sup>29</sup> K pojmu hraničního orgánu a problematice institucionálního sepětí práva a morálky viz Holländer, P. *Filosofie práva*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, str. 269 a násl.

<sup>30</sup> Viz Lessig, L. 2004, *Free Culture*, The Penguin Press, New York, str. 305. Kniha je k volnému stažení pod licenci Creative Commons na adrese <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>.



právní (státní) regulace je již historicky dobře legitimována<sup>31</sup>, není třeba ztrácet čas a platné legitimační důvody společenské smlouvy znovu hledat a argumentovat.

Z výše uvedeného plyne, že není na místě dovozovat, jak to dělá Barlow, neexistenci společenské smlouvy z prostého faktu, že informační společnost nevyjádřila s ní svůj explicitní souhlas<sup>32</sup>. Otázkou však proti Barlowovým argumentům zůstává, zda má Leviathan na internetu právo a povinnost normativně působit z důvodů vyslovených Hobbesem nebo zda je třeba jeho moc a sílu vždy testovat oproti konkrétní společenské potřebě.

Nekonečné debatě nad tím, zda je třeba Leviathana do informační společnosti zvat nebo jej z ní naopak vyhazovat, dá se předejít aplikací pragmatické metody. Vrchnostenské působení státu prostřednictvím práva totiž může mít buďto charakter aktivního mocenského zásahu vůči subjektům práv nebo formu řešení jejich vzájemných sporů. Nabízí se pak vcelku jednoduché řešení odpovídající zaráz oběma na první pohled rozporným požadavkům Lessigovým i Hobbesovým, tj. konstatovat paušální legitimitu státního mocenského zásahu tam, kde se o regulační působení přihlásí sám regulovaný subjekt a naopak vyžadovat konkrétní materiální legitimitu v případě, vynucuje-li stát své právo aktivně bez individuálního požadavku.

Z právě uvedeného poněkud paradoxně vyplývá, že k ochraně soukromých zájmů na internetu disponuje stát širší mírou apriorní legitimacy než k aktivní ochraně zájmů vlastních<sup>33</sup>. Individuální požadavek, tj. odvolání ke státnímu právu<sup>34</sup>, totiž je vždy důkazem konkrétní potřeby právního pokrytí příslušné situace. Soud pak dokonce ani nemá možnost konstatovat absenci právní regulace, ale je povinen nalézt právo a spor mezi stranami rozhodnout<sup>35</sup>. Vede-li pak takové rozhodnutí (samozřejmě vydané jako výsledek spravedlivého procesu) k omezení svobody jednotlivce, není třeba ptát se po jeho základní legitimitě, neboť tu mu implicitně propůjčila již sama žádost oprávněného<sup>36</sup>.

Tam, kde však do informační svobody jednotlivce zasahuje stát aktivně, je každopádně třeba dle našeho názoru testovat, Lessigovými slovy, každý nový zásah oproti materiální otázce po tom, zda skutečně „činí dobře.“ Byť i zde může být objekt právní regulace co do

<sup>31</sup> Může jít v tomto případě o regulaci slušnosti, rovnosti, solidarity apod. – takovou historickou legitimitu však doposud rozhodně nedisponují některé z vlastnických institutů aplikovaných na informační společnost, typicky současná podoba institutu absolutních práv k autorskému dílu – viz Lessig, L. *Free Culture*, New York: Penguin Press, 2004, str. 116.

<sup>32</sup> Tezi o prostém neuzavření společenské smlouvy on-line komunitou odmítá i liberální právní filozof Neil Netanel v článku Netanel, N. W. *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*, *California Law Review*, číslo 88, str. 395.

<sup>33</sup> Implicitní legitimitu k autoritativní regulaci dovozují z praktické potřeby řešení individuálních sporů též Larry Alexander a Emily Sherwinová. Regulační nástroje vytvářené k tomuto účelu suverénem označují jako autoritativní pravidla – viz Alexander, L. Sherwin, E. *The Rule of Rules*, Durham: Duke University Press, 2001, str. 26.

<sup>34</sup> Pojmu odvolání zde používáme v jeho původním významu – odvolání totiž původně neznámá institut, díky němuž je možné zhojit nějaké vady řízení, chyby soudu nebo nejednotnost ve výkladu práva, ale institut, jímž se subjekt práva dožaduje jiného režimu posouzení své právní situace. Když se svatý Pavel odvolal k císaři, neznamenovalo to jen devolutivní účinek ale též skutečnost, že chce být souzen dle římského práva.

<sup>35</sup> I proto je integrální součástí instrumentaria soukromého práva analogie respektive metody k ad hoc zaplňování právních mezer, slovy nového občanského zákoníku „podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon, tak aby se dospělo se zřetelem k zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k dobrému uspořádání práv a povinností.“

<sup>36</sup> Teze ad hoc uzavírané společenské smlouvy k ochraně konkrétních práv jednotlivce se jeví být mírně problematickou především ve světle aktuálních zkušeností s fenoménem kverulace. Zneužití procesních práv k ochraně nesouvisejících zájmů jednotlivce již dnes představuje velmi problematický jev a dle našeho názoru mu bude již brzy třeba věnovat specifickou doktrinní pozornost. Nejde přitom o nikterak nový fenomén, jak dokládá například hned několik zvláštních kapitol ve více než sto let staré publikaci soudního rady Augusta Fingera – viz Finger, A. Hoche, A., Bresler, J. *Juristisch-psychiatrische Grenzfragen*, sv. 6, Halle: Carl Merhold Verlagsbuchhandlung, 1905 – publikace je k dispozici i v elektronické verzi v archivu archive.org.

své podstaty totožný s tím, který legitimuje aktivní státní zásahy v off-line prostředí, forma takového zásahu je kvůli jeho virtualizaci vždy nová<sup>37</sup>. V řadě případů pak právě tato formální odlišnost působí podstatný rozdíl mezi aplikací veřejného práva v off-line a on-line prostředí vyžadující specifickou legitimaci vzhledem k účelu příslušné on-line regulační akce<sup>38</sup>.

Druhý Barlowův argument týkající se nepotřebnosti regulace internetu lze diskutovat na podkladě empirických poznatků z dosavadních forem sociální interakce na internetu<sup>39</sup>. Shora zmíněný vývoj informační společnosti od zlatého věku dále (níže) lze kromě spamu ilustrovat též na příkladech dalších nežádoucích (chaotizujících) fenoménů, jimž umožnila informační společnost bouřlivý rozvoj nebo dokonce i samotný vznik<sup>40</sup>. Můžeme v tomto směru hovořit o šíření dětské pornografie, stalkingu, krádežích identity, různých formách internetových podvodů, přímém informačním násilí (tj. o útocích na informační infrastrukturu), cybersquattingu aj<sup>41</sup>.

Výskyt a pozitivní dynamika chaotizujících elementů *per se* samozřejmě neukazuje na to, že by bylo třeba ke zvýšení míry společenské organizace regulačního působení. Skutečnost, že tu a tam dochází ke zranění za užití nože, přeci také nevede k plošnému zákazu prodeje a používání všech ostrých předmětů. Studie z poslední doby však ukazují, že anarchické organizační mechanismy internetu i přes spolupůsobení definičních autorit nejsou v ochraně informační společnosti dostatečně efektivní a že v některých aspektech života informační společnosti již dynamika rozvoje chaotizujících aktivit dosáhla takového stupně, že veřejnoprávní regulační zásah státu je nevyhnutný<sup>42</sup>. Příkladem v tomto směru může být právě shora zmíněné šíření dětské pornografie nebo kybernetické útoky. Přestože nelze kvůli nedostatku globální statistiky<sup>43</sup> operovat v komplexním měřítku s přesnými daty, plyne i z dílčích statistických studií<sup>44</sup> jednoznačný závěr ohledně pozitivního vývojového trendu společensky nežádoucího (chaotizujícího) jednání.

Můžeme tedy odmítnout první Barlowův argument s odkazem k podstatě práva a možnosti jeho sice obtížné avšak dosažitelné dokonalé adaptace na nové formy standardních společenských problémů. Druhý argument pak můžeme odmítnout dokonce s poukazem na

<sup>37</sup> Srov. Granic, I. Lamey, A. V. The self-organization of the Internet and changing mode of thought, *New Ideas in Psychology*, 2000, číslo 18, str. 93.

<sup>38</sup> Typickým příkladem budiž naivní legislativní pokus o novelizaci zákona č. 480/2004 Sb. zmíněný v předchozí kapitole. Skutečnost, že český zákonodárce je v tomto směru zřejmě nepoučitelný, dokládá další legislativní iniciativa z první poloviny roku 2011, která už sice nezavazuje provozovatele služeb informační společnosti k tomu, aby zajišťovali „nemožnost připojení uživatele ke stránkám elektronických prostředků s pornografickým obsahem,“ ale k tomu, aby pro změnu zajišťovali „nemožnost připojení uživatelů ke stránkám elektronických prostředků nabízejícím či umožňujícím účast na loteriích či jiných podobných hrách provozovatelů, kteří k tomu nemají povolení vydané podle zvláštního právního předpisu, obsahujícím reklamu na takové služby či činnosti, nebo takové činnosti propagujícím či podporujícím.“

<sup>39</sup> Viz např. Price, M. E., Verhulst, S. G. *Self-regulation and the Internet*, The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 16.

<sup>40</sup> Srov., Nagy, Z. A. *Traditional and New Form of Crimes on the Internet, and Other Networks*, in Kuchta, J. *Nové jevy v hospodářské a finanční kriminalitě*, Brno: Masarykova univerzita, 2008, str. 57.

<sup>41</sup> Řada z forem společensky nebezpečného jednání v prostředí informační sítě je kvalitativně nových a nejde tedy jen o realizaci standardních aktivit novými metodami – k tomu viz např. Smejkal, V. a kol. 2004, *Právo informačních a telekomunikačních systémů*, C.H. Beck, Praha, str. 752 a násl.

<sup>42</sup> K tomu srov. např. Kerr, O. S. 2005, 'Virtual Crime, Virtual Deterrence: A Skeptical View of Self-Help, Architecture, and Civil Liability', *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 1, str. 1 a násl.

<sup>43</sup> V tomto směru je potřeba upozornit na skutečnost, že empirické odůvodnění regulačních zásahů je třeba podložit i statisticky – kvalitní metodika pro informační sítě se však v tomto směru stále vyvíjí a jednotlivé statistické výstupy tak trpí nízkou mírou unifikace a tím i vzájemné porovnatelnosti. K problému viz např. Brenner, S. W. 2004, 'Cybercrime Metrics: Old Wine, New Bottles?', *Virginia Journal of Law and Technology*, vol. 9, no. 13, pp. 1-52.

<sup>44</sup> Viz např. každoroční statistiky amerického Internet Crime Complaint Center, které jsou pravidelně publikovány na adrese [www.ic3.gov](http://www.ic3.gov).

empiricky ověřitelné údaje ohledně dynamiky vývoje chaotických elementů informačních sítí získané od doby, kdy Barlow svůj manifest formuloval - zůstává v tomto samozřejmě otevřenou otázkou, zda je právě stát tím, kdo je schopen formou regulace tento negativní trend zvrátit<sup>45</sup>.

#### 5.4 Fakticita internetu a problém působnosti práva

Vypořádání se s třetím argumentem ohledně fakticity působící praktickou nevyužitelnost práva však je v porovnání s prvními dvěma nesrovnatelně složitější a za stávající právní situace v řadě ohledů dokonce prakticky nemožné<sup>46</sup>. Jeden z aspektů virtualizace sociálních vztahů spočívá totiž v oddělení obsahu těchto sítí od fyzické infrastruktury. Zatímco tedy v dopisní či telefonické komunikaci stále zohledňujeme kvantitativní aspekt místa nebo typu použité komunikační technologie, při komunikaci prostřednictvím služeb internetu se nezajímáme o to, kudy naše komunikační spojení prochází, jakým prostředkem je realizováno a často nás nezajímá ani to, kde se fyzicky nachází adresát našeho sdělení.

Tento aspekt virtualizace společenského života můžeme označit stručně též jako delokalizaci společenských vztahů na internetu<sup>47</sup>. Změna vnímání delokalizovaných vztahů nespočívá ani tak v tom, že by technika pouze pomáhala překonávat fyzické vzdálenosti mezi jejich účastníky (stát nevyjímaje), ale že dnes dostupné a hojně užívané informační a komunikační technologie dokonce zcela vyjímají fyzický odstup či hranice z relevantních faktorů mezilidské komunikace<sup>48</sup>. Není to tedy vzdálenost, co by určovalo pravidla pro vzájemnou komunikaci, ale pouze její forma (záleží na tom, zda strany zvolí SMS, videokonferenci nebo třeba některý z instant messengerů, nikoli to, jaký je mezi nimi fyzický odstup).

Především soukromoprávní pojmání fenoménu delokalizace může na první pohled vypadat jako opраšování římskoprávní doktríny distančních forem právního jednání. Dokonce i právtvůrce používá z nějakého důvodu výrazu „dálkový přístup“ pro označení komunikačních metod využívajících služeb informační společnosti. Dálka či distance se v právu zohledňovala a zohledňuje jednak z důvodu *de iure* přiznané důležitosti osobního kontaktu, především však z důvodu souvislosti mezi fyzickou vzdáleností a rychlostí komunikace. Vzdálenost tedy podmiňovala užití takových komunikačních prostředků, které byly kromě omezeného rozsahu zatíženy též břemenem časové prodlevy.

Společenské vztahy včetně těch regulovaných právem, které vznikají nebo se realizují v prostředí celosvětové informační sítě, však ve skutečnosti díky použitým technologiím postupně ztrácí distanční aspekt. Ani účastníci těchto vztahů se vzájemnou fyzickou vzdáleností nezabývají – omezením v komunikaci je jim pouze použítá technologie<sup>49</sup>.

S absencí fyzické vzdálenosti jako faktoru komunikace úzce souvisí i další výše naznačený aspekt delokalizace společenských vztahů, a to irelevantnost fyzického umístění subjektů a

<sup>45</sup> Tuto tezi odmítá i David G. Post. Akcentuje přitom i v regulačním modelu organizace dominantní úlohu decentralizovaných autorit a autonomii jednotlivce – viz Post, D. G. *Governing Cyberspace*, Wayne Law Review, číslo 43, str. 170. K autonomní regulaci kyberprostoru prostřednictvím činnosti jednotlivých uživatelů a definičních autorit se vrátíme níže.

<sup>46</sup> Podrobněji se problematikou působnosti práva na internetu se zabýváme v publikaci Polčák, R. *Právo a evropská informační společnost*. Brno: Masarykova univerzita, 2009.

<sup>47</sup> Srov. Post, D. G. *Governing Cyberspace*, Wayne Law Review, číslo 43, str. 159.

<sup>48</sup> Srov. Škop, M. *Hranice práva a kyberprostoru - Subverzivita kyberprostoru*. Právník, roč. 144, číslo 5, str. 1157.

<sup>49</sup> K pojmu a jednotlivým aspektům virtuálních identit viz např. Robins, K. *Kyberprostor a svět, ve kterém žijeme*. Revue pro média, roč. 2003, číslo 5, str. 17.

objektů právních vztahů vznikajících nebo realizovaných v prostředí informačních sítí. Služby sítě internet ve spojení s komunikační infrastrukturou totiž umožňují (či dokonce ukládají) uživatelům zcela zapomenout na to, kde jsou například umístění adresáti jejich sdělení, kde se nacházejí data, o něž mají zájem nebo odkud se někdo snaží zaútočit na jejich systém. Uživatele tak například často vůbec nezajímá (a technicky vzato ani zajímat nemusí), kde je fyzicky usazen poskytovatel jejich oblíbených služeb nebo kde je umístěna jeho komunikační infrastruktura. Namísto tradičních identifikátorů off-line světa, jakými jsou například poštovní adresy poskytující vyjma P.O. BOXů precizní informace o fyzické lokalizaci dotyčného subjektu, se tak používají adresy založené především na doménových jménech nebo na vnitřních identifikátorech partikulárních sítí<sup>50</sup>. Takové adresy však nemají co do fyzického umístění subjektů prakticky žádnou vypovídací hodnotu.

Faktickou delokalizaci společenských vztahů v prostředí informačních sítí není možné brát *per se* jako negativní jev. Právě naopak - skutečnost, že informace mohou mezi subjekty proudit bez toho, aby byla vzájemná komunikace zatížena teritoriální bariérou, můžeme vidět jako veskrze pozitivní důsledek použití moderních informačních a komunikačních technologií.

Z hlediska právního je však delokalizaci třeba vidět jako jeden z naprosto zásadních problémů aplikace práva v podmínkách informační společnosti. Faktická delokalizace společenských vztahů je totiž přímo rozporná s jedním z nejtradičnějších konceptů práva a současně s jedním z nejstarších principů mezinárodního práva veřejného, tedy s konceptem místní působnosti ve spojení s principem státní suverenity<sup>51</sup>. Právě k tomu pak směřuje Barlowův třetí a nejproblematictější argument.

Je-li místní působnost práva vztahem mezi fyzickou lokalitou a právním pravidlem, pak v situaci, kdy fyzická lokalita je irelevantním kritériem, pozbývá tento koncept význam. Je-li pak státní suverenity vedle dalších znaků vymezena především územní výsostí, dochází v situaci ideálního stavu informační společnosti k tomu, že nad územím státu konstatujeme existenci jakési informační vrstvy, která je kvůli absenci možnosti lokalizovat informace imunní vůči této územní výsostí<sup>52</sup>. Důvodem je fakt, že kyberprostor, jak naznačeno výše, nezná fyzické hranice<sup>53</sup>.

Základní problém navýsost nutného vývoje v chápání *de iure* místní působnosti práva v informačních sítích spočívá v tom, že řada států má přirozenou tendenci zakládat vlastní jurisdikci spíše, než si ji omezovat. Objeví-li se tedy právní vztah s mezinárodním prvkem, lhotejně, zda jde o vztah soukromoprávní či veřejnoprávní, můžeme v některých případech pozorovat snahu národních soudů dostat takový vztah pod vlastní jurisdikci.

Příkladem ilustrujícím výše uvedené může být spor mezi francouzskou společností SG 2 a německou společností Brokat o užití ochranné známky 'payline'.<sup>54</sup> Německá společnost měla známku

<sup>50</sup> Příkladem může být vnitřní adresa sociální sítě, kterou je například uživatelské jméno nebo číslo.

<sup>51</sup> Srov. Kohl, U. Jurisdiction and the Internet, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, str. 28.

<sup>52</sup> Viz tamtéž, str. 26.

<sup>53</sup> K zásadnímu významu absence fyzických hranic viz např. Johnson, D. R., Post, D., G. Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. Stanford Law Review, číslo 48, str. 1367.

<sup>54</sup> Případ rozhodnul dne 13. 10. 1996 Apelační soud v Nanterre a vyjadřovala se k němu, zpravidla negativně, řada komentátorů – viz Kur, A. Identical Marks Belonging to Different Owners in Different Countries. (How) Can They Coexist in Cyberspace? The Journal of World Intellectual Property, ročník 3, číslo 2, str. 307–319 nebo též Bettinger, T., Thum, D. Territorial Trademark Rights in the Global Village - International Jurisdiction, Choice of Law and Substantive Law for Trademark Disputes on the Internet. IIC, číslo 31, str. 166-167. Uvedení případu do souvislostí s českým právem viz

zaregistrovanou a používala ji k označení svého platebního systému Brokat-Payline. Francouzská společnost si však shodnou známku již dříve zaregistrovala ve Francii pro tentýž typ služeb a rozhodla se bránit proti jejímu užití na německých stránkách brokat.de. Francouzský soud v Nanterre posoudil celou záležitost tak, že místem škodní události je i Francie, neboť na jejím území lze prostřednictvím internetu ke stránce brokat.de přistupovat. Soud nepřesvědčily ani argumenty německé společnosti, že stránky jsou umístěny v Německu, jsou v němčině, služba, pro kterou je označení použito, je určena pro německé zákazníky a že společnost o expanzi s touto službou do Francie ani neuvažuje. Bylo tedy vydáno poněkud pitoreskní a prakticky nevykonatelné rozhodnutí, jehož enunciatem zakázal francouzský soud německé společnosti užívat ochrannou známku 'payline' na francouzském území a to včetně jejího užití na internetu.

Jedním ze světově nejznámějších a rovněž nejdiskutovanějších precedenčních případů týkajících se extenzivního uplatnění státní jurisdikce pak byl spor známý pod označením Gutnick v. Dow Jones<sup>55</sup>. Spor se týkal oznámení uveřejněného na zpravodajských internetových stránkách provozovaných žalovaným. V říjnu roku 2000 se na stránkách internetového časopisu Barron's on-line objevil článek s titulkem „Nekalé výdělky,“ který referoval o podnikatelských aktivitách australského podnikatele židovského původu a pozdějšího žalobce Josepha Gutnicka. Gutnick se proti tomuto článku rozhodl bránit soudně, neměl však zájem žalovat vydavatele časopisu, společnost Dow Jones, u soudu v místě jejího sídla – řízení by totiž bylo nejen nákladné, ale především by byla vzhledem k existenci prvního dodatku Ústavy USA velmi malá pravděpodobnost úspěchu. Rozhodl se tedy podat žalobu v Austrálii a argumentoval právě kritériem místa vzniku škody. Újma mu tak podle jeho argumentace měla vzniknout právě v Austrálii, kde bylo možné si na internetu předmětný článek přečíst a kde žila židovská komunita, jejímž členem Gutnick byl a v jejímž rámci mohla jeho reputace nejvíce utrpět. Soud těmto argumentům přisvědčil, když uvedl, že (překlad RP) „za místo, kde se uskutečnila pomluva, je třeba považovat místo, kde došlo k újmě na cti poškozeného. (...) Informace šířené prostřednictvím WWW mají formu způsobitou naplnit skutkovou podstatu pomluvy teprve tehdy, jsou-li přesunuty do počítače osoby, která k nim přistupuje prostřednictvím svého WWW prohlížeče. Místem, kde dochází k újmě na cti je tedy právě to místo, kde uživatel stahuje informace z příslušného WWW serveru.“ Když však Gutnick žádal o uznání a výkon rozhodnutí v USA, byl mu tento odepřen s poukazem právě na první dodatek Ústavy USA týkající se svobody projevu – rozhodnutí tak bylo sice pravomocné ale prakticky nevykonatelné. Strany nakonec spor definitivně ukončily dohodou v hodnotě 440.000 USD.

Vedle snah o extenzivní analogickou aplikaci hraničních určovatelů můžeme především ve státech s nižší mírou právní kultury nebo s menším rozsahem sebeuvědomění si národní právní identity pozorovat i opačný extrém, kdy se orgány autoritativně aplikující právo rády zbavují břemena rozhodování s poukazem na skutečnost, že předmětný vztah „je na internetu.“ Namísto nedostatku místní působnosti práva je však v takových případech spíše argumentováno důkazní nouzí.

V České republice tak například policie odložila případ trestného činu pomluvy s poukazem na to, že se uskutečnil na internetovém diskusním fóru a nelze tedy prokázat spáchání trestného činu. Vyšetřovatel se v tomto případě nezabýval zjištěním všech skutečností, které mohou být pro posouzení skutku rozhodné, a k odložení případu si vystačil v podstatě jen s výsledkem podezřelého. Rozhodnutí o odložení případu pak napadl ministr spravedlnosti stížností pro porušení zákona a Nejvyšší soud ČR této stížnosti vyhověl. Z rozhodnutí, v němž Nejvyšší soud ČR poskytl vyšetřovateli i obsáhlý návod, jak ve věci dále postupovat, vybíráme<sup>56</sup>: „Podstata porušení zákona v daném případě spočívá v tom, že vyšetřovatel učinil rozhodnutí o zastavení trestního stíhání obviněného Ing. J. Z. z výše uvedeného

---

Slováková, Z. Protection of trademarks and the Internet with respect to the Czech law. Journal of International Commercial Law and Technology, ročník 2, číslo 1, str. 73.

<sup>55</sup> Spor rozhodoval nejprve v roce 2001 soud státu Victoria pod č.j. [2001] VSC 305, o odvolání pak rozhodoval Vrchní soud Austrálie v roce 2002 pod č.j. [2002] HCA 56. Plný text rozhodnutí Vrchního soudu Austrálie viz např. na adrese [http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high\\_ct/2002/56.html](http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/2002/56.html).

<sup>56</sup> Viz rozsudek Nejvyššího soudu ČR č.j. 4 Tz 265/2000 ze dne 16. 1. 2001, publ. prostř. [www.nsoud.cz](http://www.nsoud.cz).

*důvodu, aniž náležitě zjistil skutkový stav a provedl veškeré dostupné důkazy, které se v této věci nabízely. (...) Dále bylo třeba vyžádat znalecký posudek z oboru výpočetní techniky se zaměřením na software a provést příslušné zkoumání zajištěných internetových stránek nalézajících se pod internetovou adresou, jakož i zřízené internetové schránky na jméno Z. S., s cílem získat údaje směřující k identifikaci osoby, která uvedené stránky a schránku zřídila, včetně údajů, jež by umožnily určit osobu, jež předmětný pomlouvačný text na tyto stránky umístila.“*

Mnohem tragičtější konec měl náтурой podobný případ, který se odehrál v Číně. Jednačtyřicetiletému hráči jedné z nejpůvodnějších čínských on-line role-playing her *The Legend of Mir 3* Qiu Chengweiovi se podařilo získat ve hře pro svou postavu unikátní dračí meč. Půjčil ho pak svému kamarádovi Zhu Caoyuanovi, který ho však obratem ruky v internetové aukci za 7.200 juanů (cca 19.000,- Kč). Když šel Qui oznámit tento skutek na policii, bylo mu sděleno, že na virtuální vlastnictví se zákony nevztahují a policie tak tento skutek odmítla řešit. Qui byl pak natolik rozezlen, že Zhua napadl a několika bodnými ranami ho usmrtil – za to byl odsouzen k trestu smrti, který byl později zmírněn na doživotní vězení<sup>57</sup>.

Shora uvedené příklady pozitivního i negativního konfliktu státní jurisdikce mají společné to, že potvrzují třetí Barlowův argument proti existenci práva v informační síti. V obou typech popsaných situací totiž dochází k dramatickému omezení faktické efektivity práva a tím ke zřejmému nepoměru mezi tím, co je jako právo státem formálně označeno a co z toho lze fakticky realizovat.

Pohledem Kelsenovy ryzí nauky právní tedy vlivem delokalizace právních vztahů dochází k situaci, kdy norma není následována odpovídající sankcí. Taková norma pak v uzavřeném systému ryzího práva logicky postrádá jeden ze svých podstatných znaků zajišťujících jí faktickou účinnost a dokonce podmiňujících její formální platnost<sup>58</sup>. Právo neobsahující sankce respektive objektivně neumožňující jejich uplatnění, tedy nemůže být podle Kelsena ani formálně platným.

Z hlediska přirozenoprávního chápání právního normativního systému má absence efektivního vynucení právních pravidel sice poněkud jiný charakter, to však nic nemění na jeho zásadní důležitosti. Pokud platné právo hodnotíme morálními principy, jedním ze základních předpokladů jeho platnosti nepochybně bude soulad mezi jeho hmotnou podstatou a výsledkem procesů jeho uplatnění. Fuller v této souvislosti používá označení této základní náležitosti platného práva jako shody „mezi úředním postupem a deklarovaným pravidlem“<sup>59</sup>.“ Není-li tedy právní pravidlo náležitě vynucováno (tj. jeho vynucení mu obsahově neodpovídá, je nedůsledné, pomalé apod.), lze Fullerovými slovy říci, že Leviathan respektive jeho zaměstnanec Rex svou právotvornou a soudcovskou roli prostě zpackal.

Mohlo by se z právě uvedeného jevit, že neoddiskutovatelnou akceptací třetího Barlowova argumentu jsme nuceni přiznat absenci působnosti státního práva v informačních sítích, ať už na základě argumentu formálního (tj. absencí sankce) nebo materiálního (tj. absencí elementárního souladu *law in books* s *law in action*). Odchod Leviathana z internetu a ponechání informační sítě anarchické organizaci však filozoficky brání skutečnost, na kterou poukázal poslední ze shora uvedených příkladů – není-li totiž právo sjednáno státem, může nutková potřeba vyrovnat se s bezprávím vést k tomu, že meč Leviathana nahradí soukromá zbraň a namísto objektivního práva legitimovaného fakticky společenskou smlouvou se ve společnosti projeví tak, jako se to přihodilo v případě ukradeného meče ze hry *Legend of Mir*,

<sup>57</sup> O případu informovala řada světových médií a dostal se dokonce i jako ilustrativní příklad do výkladu k heslu „Virtual Crime“ na Wikipedii – k případu viz např. Tennesen, M. Avatar Acts, in *Scientific American Magazine*, číslo 7, roč. 2009.

<sup>58</sup> Srov. Kelsen, H. *Všeobecná teorie norem*, Brno: Masarykova univerzita, 2000, str. 147.

<sup>59</sup> Viz Fuller, L. *Morálka práva*, přel. Příbáň, J., Praha: OIKOYMENH, 1998, str. 78.

právo individuální legitimované mírou spravedlnostního nutkání (vedeného vedle intuitivní spravedlnostní úvahy též přirozenou lidskou slabostí) a kvalitou obstaraných zbraní.

Vzdát se regulační metody organizace společnosti státem tím, že popřeme faktickou a v návaznosti na to i formální působnost práva, tedy znamená mimo jiné i rezignaci na objektivní zajištění pozitivních ale především intuitivních součástí jheringovského stromu zajišťujících ochranu společnosti před entropií<sup>60</sup>. Je přitom posláním právníků nedopustit, aby se společnost zbavila práva jako přirozeného organizačního mechanismu, který není jen akademicky zajímavým projevem společenského života ale vzhledem k nenávratnosti zlatého věku dokonce podmínkou jeho dalšího zachování.

K tomu, aby právo disponovalo v prostředí celosvětové informační sítě dostatečnou efektivitou a bylo tedy možno popřít i třetí Barlowův argument, je třeba zaměřit pozornost namísto tradičních mechanismů zajišťujících faktickou jeho realizaci v off-line prostředí k takovým prostředkům, které budou odpovídat shora rozebraným virtualizovaným aspektům jeho působnosti. Dále se budeme věnovat dvěma aspektům, které v této souvislosti považujeme za dominantní, tj. současného zapojení definičních autorit<sup>61</sup> a mezinárodní spolupráci<sup>62</sup>. Nejde přitom o to, že by snad tyto momenty mohly společně vyřešit problém platnosti práva na internetu, ale spíš o reakci na skutečnost, že bez jejich důkladné realizace dojde zde k postupné faktické i formální obsolecí práva<sup>63</sup>.

## 5.5 Spolupráce s definičními autoritami jako podmínka platnosti práva na internetu

Ustupující vliv státu na informační společnost je patrný především na vývoji soukromých informačních transakcí<sup>64</sup>. V tomto případě dochází stále častěji k tomu, že informace jsou vytvářeny, zpracovávány a ukládány mimo efektivní dosah státu a práva<sup>65</sup>. Příkladem mohou být sociální sítě, jejichž obliba je v České republice obdobně vysoká, jako je tomu ve zbytku Evropy nebo v zámoří. Provozovatelé a uživatelé těchto služeb se běžně zapojují do takových informačních aktivit, které jsou v evidentním rozporu s platným českým právem<sup>66</sup>. Jsou-li však tyto informace nebo příslušné subjekty mimo faktický dosah českých orgánů

<sup>60</sup> Diskusi této otázky provádí Amy Bomse v článku Bomse, A. The Dependence of Cyberspace, Duke Law Journal, číslo 50, str. 1717.

<sup>61</sup> Obecně k otázkám přiznaných faktických deficitů státní jurisdikce a legitimních forem kooperace státu a soukromého sektoru viz např. Engel, C. A Constitutional Framework for Private Governance, German Law Journal, roč. 5, číslo 3, str. 197 a násl. nebo Snyder, D. V. Private Lawmaking, Ohio State Law Journal, číslo 64, str. 370 a násl.

<sup>62</sup> Skutečnost, že mezinárodní spolupráce států nemůže sama o sobě zajistit působnost platnému právu, zdůrazňuje i Timothy Wu, a to s poukazem na důležitost úlohy subjektu (nikoli jen regulátora) – viz Wu, T. S. Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System, Harvard Journal of Law and Technology, roč. 10, číslo 3, str. 660.

<sup>63</sup> Ke stejnému závěru dochází ve své knize i Rolf Weber, jen namísto pojmu „spolupráce s definičními autoritami“ používá pojmu „samoregulace“. Domníváme se však, že pravá samoregulace čistě ekonomickými faktory v tomto případě nemůže sjednat kompletní reflexi plně struktury účelů práva a že role státu, byť jen asistenční či sponzorská, je i v tomto případě nezastupitelná – srov. Weber, R. Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges, Heidelberg: Springer, 2009, str. 23.

<sup>64</sup> K tomu srov. např. Cosson, J.-B. Standard Private International Law Tested by the Networks. In Internet International Law, ed. Georges Chatillon. Bruxelles: Bruylant, 2005.

<sup>65</sup> Problém dosahu efektivní jurisdikce státu samozřejmě není nový. S nemožností se tak státy potýkají vždy, pokud nemohou využít principu suverenity a uplatnit fyzické (násilné) donucení – srov. Lacher, H. Putting the state in its place: the critique of state-centrism and its limits. Review of International Studies, roč. 2003, číslo 29, str. 521 a násl.

<sup>66</sup> Příkladem mohou být nejrůznější zásahy do soukromí či ochrany osobních údajů prostřednictvím textů a jiných materiálů vztahujících se ke konkrétním osobám – běžně se tak stává, že se například na sociální síti objeví identifikovaná fotografie, na níž je v nelichotivé póze zachycen účastník bujarého večírku. Aniž by k takovému užití své podobizny dal souhlas, stává se díky jejímu rychlému rozšíření proti své vůli nebo i nevědomky nechvalně známou osobou – viz např. Sparrow, A. The Law of Virtual Worlds and Internet Social Networks, Burlington: Gower Publishing, 2010, str. 151.

autoritativně aplikujících právo, nemůže Česká republika efektivně prosadit často ani svá nejdůležitější imperativní pravidla<sup>67</sup>.

Otázky efektivity nebo dokonce faktické existence práva nás s praktickou nutností vedou k postupnému přehodnocování tradičních mechanismů právní regulace a jejich přetváření na mechanismy, které by se daly nazvat synergickými formami organizace nikoli pod přímou vládou ale za užití státního práva<sup>68</sup>. Různé typy autorit – zejména pak autority státní, technické a ekonomické – tak v zájmu reprodukce a rozvoje informační sítě k sobě postupně hledají cestu<sup>69</sup> a namísto ignorace či vzájemné konkurence se snaží své působení koordinovat<sup>70</sup>. Význam tohoto sice pomalého<sup>71</sup> přesto však nezadržitelného vývoje přitom není zásadní jen pro samotné prostředí celosvětové informační sítě, ale může naznačit cesty, kterými se bude právo v budoucnosti obecně ubírat. Kritické i konstruktivní studium ekonomických, technických, etických či sociální souvislostí působení práva tak v současné době začíná pro právníky na všech úrovních znamenat nikoli jen zajímavou možnost ale doslova životně důležitou nutnost.

Vedle mezinárodní spolupráce, které se věnujeme dále, mohou tedy státy výrazně zvýšit respektive zachovat efektivitu práva v informačních sítích i prostřednictvím spolupráce se soukromým a občanským sektorem. Jsou to totiž právě nejrůznější poskytovatelé služeb informační společnosti<sup>72</sup>, kdo disponuje technickými kompetencemi a faktickými možnostmi přímo a bezprostředně ovlivňovat kódem informační sítě život informační společnosti<sup>73</sup>. Na rozdíl od státních orgánů, kterým je dovoleno činit jen to, co jim právo výslovně ukládá nebo umožňuje, mohou navíc tyto subjekty těžit i ze své soukromoprávní povahy a činit vše, co jim není právem zapovězeno<sup>74</sup>.

Ať už se jedná o provozovatele síťové komunikační infrastruktury, dodavatele software nebo provozovatele logických služeb informační sítě (jako např. internetové vyhledávače), může v těchto subjektech pod přímou jurisdikcí nebo i mimo ni nalézt stát významné spojení při prosazování svého právního řádu<sup>75</sup>. Nabízí se v této souvislosti námitka, že totiž soukromoprávní subjekty z občanského nebo podnikatelského sektoru zřejmě nebudou mít

<sup>67</sup> Graham Greenleaf přirovnává tuto situaci k postavení dánského krále Knuta, který vládl na konci prvního tisíciletí našeho letopočtu a s oblibou dával formou zákonů příkazy přírodě – ta ho však příliš neposlouchala. Viz Greenleaf, G. *An Endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs. Law?* UNSW Law Journal, číslo 21, str. 574.

<sup>68</sup> K tomu srov. např. Galindo, F. A. 2002, 'Code of Practice for the Globalisation of Electronic Commerce and Government', *Journal of Information, Law and Technology*, vol. 1, z česky psaných pramenů pak viz Polčák, R., Škop, M., Macek, M. 2005, *Normativní systémy v kyberprostoru (úvod do studia)*, Masarykova univerzita v Brně, Brno, p. 92 a násl.

<sup>69</sup> Běžná je již například spolupráce státu s dodavateli informační infrastruktury v oboru potírání kriminality – nejrůznější technické prostředky tak mohou být vybaveny relativně jednoduchými a nenákladnými mechanismy, které buďto zcela znemožní páčání trestné činnosti nebo významně usnadní její vyšetřování – k tomu srov. např. Katyal, K. *Digital Architecture as Crime Control*, *Yale Law Journal*, 2003, číslo 112, str. 2261 a násl.

<sup>70</sup> K tomu srov. např. Kleinwächter, W. 2003, 'From Self-Governance to Public-Private Partnership: The changing Role of governments in the Management of the Internet's Core Resources', *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 36, p. 1103 a násl.

<sup>71</sup> Možná zde není zcela na místě hovořit o pomalém vývoji v situaci, kdy se právo ICT teprve pozvolna dostává do třetí dekády své existence. Je přeci řada právních institutů, jejichž vývoj postupně probíhá po stovky či dokonce tisíce let.

<sup>72</sup> K pojmu viz např. Weber, R. H. *Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges*, Heidelberg: Springer, 2009, str. 39 a násl.

<sup>73</sup> Změna regulačních modelů v souvislosti s přesunem stále větší části společenského života na internet je předmětem první části výjimečného sborníku Brownsword, R., Yeung, K. (eds.) *Regulating Technologies*, Oxford: Hart Publishing, 2008, str. 49.

<sup>74</sup> Srov. Aviram, A. *Network Responses to Network Threats: The Evolution Into Private Cyber-Security Associations*. Public Law and Legal Theory Working Paper No. 115, Florida State University, 2004.

<sup>75</sup> Srov. Zittrain, J. *Perfect enforcement on Tomorrow's Internet*, in Brownsword, R., Yeung, K. (eds.) *Regulating Technologies*, Oxford: Hart Publishing, 2008, str. 125.



samy od sebe zájem na tom investovat úsilí nebo dokonce finanční prostředky do podpory státu a jeho aktivit. Smysl a účel jejich existence je totiž logicky jiný než v případě státu, tj. společenská prestiž (a z ní pramenící sociální kapitál) u občanského sektoru respektive zisk u sektoru podnikatelského<sup>76</sup>.

Vůle podnikatelských nebo občanských kruhů k podpoře státu a práva v prostředí informační sítě zde však i přes odlišné sledované zájmy objektivně existuje a je stále silnější<sup>77</sup>. Hybnou silou je v tomto případě především snaha o celkový rozvoj informační společnosti v kvantitativním i kvalitativním smyslu, tj. o rozvoj informační infrastruktury i o zvyšování obsahové úrovně informační sítě<sup>78</sup> (tj. informační atraktivitu, bezpečnosti, důvěryhodnosti apod.) Přestože tedy například telekomunikační operátoři nebo softwarové společnosti nemají na první pohled žádný důvod ke spolupráci se státem při blokování extremistických nebo pedofilních informací, rádi na takovou spolupráci i za cenu vlastních nákladů přistupují. Důsledkem jejich působení je totiž nejen zvýšení jejich prestiže v očích společnosti, ale i zvýšení kvality samotné informační sítě – to pak logicky vede k jejímu dalšímu rozvoji a tím i k rozvoji jejího komerčního potenciálu.

Důležitým motivačním faktorem je i společenské či politické postavení definičních autorit. Spolupráce se státem, byť pro definiční autoritu nemusí být sama o sobě bezprostředně přínosná, totiž pozvedá roli této technické autority z prostého soukromoprávního subjektu na společensky mnohem vyšší úroveň. Doménová autorita nebo telekomunikační operátor se tak stávají nejen ekonomicky úspěšnými a technicky mocnými, ale též společensky a politicky uznanými a respektovanými institucemi<sup>79</sup>.

Právě uvedené však funguje pouze v případech, kdy je synergický efekt pro různé státní, soukromé i občanské instituce zřejmý a o užitečnosti modifikované regulační metody není pochyb. Stát se v takovém případě může spolehnout na aktivní roli definičních autorit, které bez dalšího nebo na základě adekvátní motivace zajistí prostřednictvím definičních norem faktickou realizaci platného práva respektive státní politiky. Existuje však řada zájmů, k jejichž ochraně se stát aktivně hlásí, avšak z hlediska soukromého nebo občanského sektoru jsou indiferentní nebo dokonce kontroverzní.

Společenská odpovědnost podnikatelského a občanského sektoru tedy dle našeho názoru představuje jeden z významných faktorů, na nichž lze do budoucna stavět faktickou efektivitu práva. Je však v tomto případě třeba zdůraznit, že primárním zájmem především komerčního sektoru není podpora státu a práva ale podpora informační společnosti<sup>80</sup>. Lze tedy předpokládat, že spontánní aktivity organizované jako projev CSR (tj. korporátní společenské

---

<sup>76</sup> Otázce motivace soukromého sektoru a nezastupitelnosti role státu diskutují Shearing a Woodová v článku Sheraing, C., Wood, J. Governing Security for Common Goods, *International Journal of the Sociology of Law*, 2003, číslo 31, str. 205.

<sup>77</sup> Srov. např. Martin, F. Corporate Social Responsibility and Public Policy, in Mullerat, R., Brennan, D. *Corporate Social Responsibility: the corporate governance for 21<sup>st</sup> century*, The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 78.

<sup>78</sup> Podstatným rysem informační společnosti je její globální charakter. Podpora globalizace pak je především pro velké korporace dominantním motivem k investicím do informační infrastruktury a do nejrůznějších forem rozvoje informační společnosti – srov. např. Hopkins, M., Hopkins, I. Labour Standards and Corporate Social Responsibility: The Need for a Planetary Bargain, in Mullerat, R., Brennan, D. *Corporate Social Responsibility: the corporate governance for 21<sup>st</sup> century*, The Hague: Kluwer Law International, 2005, str. 148.

<sup>79</sup> K míře legitimacy definičních norem uznaných státem viz např. Greenleaf, G. An Endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs. Law? *UNSW Law Journal*, 1998, číslo 21, str. 607.

<sup>80</sup> Kvalita informační společnosti je určována mimo jiné i úrovní znalostí a motivace členů společnosti k využití informační infrastruktury – k tomu viz. Wilhelm, A. *Digital Nation – Towards an Inclusive Information Society*, Cambridge: The MIT Press, 2004, str. 17 a násl.

odpovědnosti) se budou vyskytovat jen v těch oblastech, kde vyvolají prokazatelně pozitivní společenský efekt sledovaný nejen státem, ale i příslušnými mimostátními institucemi.

Ve výše naznačeném smyslu je běžné, že za součinnosti komerčního a občanského sektoru dochází ke svépomocnému potírání jevů, jako jsou rasismus nebo pedofilie. Dokonce lze na základě zkušeností ze zahraničí konstatovat, že zapojení dobrovolníků z řad korporací a občanských iniciativ do boje proti těmto společensky nežádoucím jevům s sebou nese v porovnání se státními aktivitami nesrovnatelně vyšší míru faktické efektivity<sup>81</sup>. Naproti tomu se však korporátní a občanský sektor jen velmi neochotně angažují například v boji za dodržování restriktivní složky majetkových práv autorských. Důvodem je zcela zřejmě skutečnost, že oblast ochrany majetkových autorských práv není příslušnými institucemi vyhodnocena jako důležitá či užitečná pro jejich zákazníky a zprostředkovaně ani pro další rozvoj informační společnosti (této problematice se podrobněji věnujeme dále). To, že se v tomto případě komerční i občanský sektor (snad s výjimkou vydavatelských organizací) jen nerad angažuje při vymáhání platného práva, pak může pro stát představovat nejen nepříjemný moment, co se týče efektivity platného práva, ale i poučný signál ohledně materiální legitimacy příslušných právních institutů<sup>82</sup>.

Zatímco tedy v případě boje proti extremismu či pedofilii může mít stát jistotu, že, Lessigovými slovy, činí dobře, u vymáhání majetkových práv autorských může být výsledkem nezájmu o součinnost u komerčního a občanského sektoru i poznání, že je tato práva záhodno nastavit jinak (tj. k širšímu společenskému prospěchu)<sup>83</sup>. Podobně kontroverzní nebo v lepším případě indiferentní je situace například v otázkách ochrany soukromí, ochrany osobních údajů, fiskálních nebo bezpečnostních zájmů státu a v řadě aspektů dokonce i v případě ochrany zdraví nebo životního prostředí. V těchto případech tedy stát na přirozenou synergii s definičními autoritami nemůže spoléhat a působnost práva musí zajistit jinak. Jako nejefektivnější metoda se v tomto směru jeví realizace práva prostřednictvím definičních autorit - nikoli však v tomto případě dobrovolná ale přímo sankcionovaná. Institut odpovědnosti ISP, který k této formě realizace práva slouží, podrobněji rozebíráme v následující kapitole.

## 5.6 Mezinárodní spolupráce jako podmínka platnosti práva na internetu

Vedle dobrovolné či vynucené kooperace definičních autorit se k zajištění faktické realizace právních pravidel nabízí využití možností mezinárodní spolupráce. Právě shora na praktických příkladech demonstrováné pozitivní či negativní konflikty pravomocí<sup>84</sup> jsou

<sup>81</sup> Řadu příkladů detailně popisuje Graham Greenleaf v článku Greenleaf, G. An Endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs. Law? UNSW Law Journal, číslo 21, str. 608 a následně.

<sup>82</sup> K tomu obecně viz Wu, T. S. Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System, Harvard Journal of Law and Technology, roč. 10, číslo 3, str. 664. Příklad konkrétní pragmatičtější analýzy platného práva a jeho efektivity, jejímž výsledkem je návrh na racionalizaci právních pravidel týkajících se odpovědnosti definičních autorit v oboru ochrany osobnosti, viz v článku Patel, S. K. Immunizing Internet Service Providers from Third-Party Defamation Claims: How Far Should Courts Go? Vanderbilt Law Review, číslo 55, str. 686.

<sup>83</sup> V tomto směru se přímo nabízí myšlenka Jamese Fullbrighta, aby „národ vykonával svou základní funkci nikoli jako mocnost ale jako společnost, neboli řečeno aby nejhlavnějším cílem státu nebyl on sám, ale jeho lid“ – viz Fullbright, J. W. Pýcha moci, přel. Korbař, T., Marek, V., Volek, J., Praha: Svoboda, 1969, str. 264.

<sup>84</sup> Závažnost problému působnosti národního práva na internetu dokládá mimo jiné i to, že je této otázce věnována zvláštní část aktuální syntetické publikace Fundamental Perspectives on International Law. Delokalizace internetových právních vztahů se tak dostalo stejné pozornosti, jako otázkám ochrany základních práv, konstitutivních prvků státu nebo mezinárodní ekonomické výměně – viz Slomanson, W. Fundamental Perspectives on International Law, Boston: Wadsworth, 2011, str. 256.

společně s fenoménem definičních autorit důvodem, proč se současné právo stále nemůže zbavit třetího Barlowova argumentu.

Problém však je v tomto případě značně komplikovaný a spočívá nejen v tom, že by státy nebyly ochotny právo na internetu efektivně vymáhat, ale především v tom, že se jejich faktické (technické) i formální (právní) kompetence často překrývají nebo se naopak vůbec nedotýkají<sup>85</sup>. Je pak zadáním *par excellence*, a to nejen pro srovnávací pravovědu, určit i jen to, do jaké míry jsou jednotlivé národní právní řády srovnatelné co do teoretických možností efektivní realizace práva na internetu. Obecné srovnání faktických forem, v nichž je právo na internetu pod národními jurisdikcemi uplatňováno, pak je vzhledem ke komplexnosti materie prakticky nemožné a vznikají tak jen dílčí studie zaměřené na konkrétní aspekty práva ICT nebo dokonce i jen na konkrétní řešené případy.

Jak bylo uvedeno shora, není pro existenci problému delokalizace nijak zásadně důležité, zda je předmětem zkoumání soukromoprávní či veřejnoprávní otázka. Delokalizace je totiž průvodním jevem virtualizace všech společenských vztahů lhostejno, kam je teoretická právní věda řadí<sup>86</sup>. Rozprostření informací po celé planetě, o kterém hovoří Barlow v souvislosti s únikem před státní jurisdikcí, tak lze realizovat v případě zásahu do ústavou zaručených lidských práv, kriminálního útoku, zakázaného provozování koncesované činnosti nebo třeba i jen při překročení mezí citační licence autorského práva.

Podobně, jako tomu je v případě dobrovolné nebo vynucené spolupráce států a definičních autorit, je i mezinárodní spolupráci v zajištění faktické realizace právních pravidel nutno chápat nejen jako pomůcku ale přímo jako podmínku zachování působnosti práva na internetu<sup>87</sup>. Nejde v tomto případě ani tak o ochotu států efektivně bránit své vlastní právo, ale naopak o to vzdát se i přes určité právní a kulturní nepohodlí své vlastní jurisdikce a přijmout a chránit namísto ní jurisdikci cizího suveréna<sup>88</sup>. Klíčem k úspěchu mezinárodní spolupráce v nastolení efektivní působnosti práva na internetu tedy není ve svém důsledku nic menšího, než potlačení státní suverenity a přijetí a spolehlivá ochrana cizí jurisdikce<sup>89</sup>.

Shora jsme pragmaticky konstatovali hořkou avšak nutnou rezignaci států na totální efektivitu práva existující prostřednictvím prosté jeho formální platnosti a na nutnost spolupráce s definičními autoritami k dosažení alespoň nějaké míry faktické realizace právních pravidel. I druhý nutný aspekt nastolení respektive zachování působnosti státního práva na internetu, tj. mezinárodní spolupráce, si pak žádá ústupky ze suverénní jurisdikce. Jedná se v tomto případě opět o paradox, kdy je zachování působnosti práva podmíněno omezením Leviathana v jeho suverenitě<sup>90</sup>. Zatímco jsme jej v předchozí podkapitole nutili k tomu, aby přestal shlížet na ISP jako na své poddané a začal se s nimi přátelit, nyní jej

<sup>85</sup> Srov. May, C. *The Information Society – A Sceptical View*, Malden: Blackwell Publishers, 2002, str. 145.

<sup>86</sup> Srov. Trachtman, J. *Cyberspace, Modernism, Jurisdiction and Sovereignty*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, roč. 5, číslo 2, str. 576.

<sup>87</sup> Shodně viz Perritt, H. H., *Cyberspace Self-Government: Town Hall Democracy or Rediscovered Royalism*, *Berkeley Technology Law Journal*, roč. 12, číslo 2, str. 476.

<sup>88</sup> Srov.

<sup>89</sup> Srov. např. Trachtman, J. *Cyberspace, Modernism, Jurisdiction and Sovereignty*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, roč. 5, číslo 2, str. 577.

<sup>90</sup> Teoretické vymezení suverenity takový postup do značné míry vylučuje – srov. Holländer, P. *Základy všeobecné státovědy*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, str. 326. Je tedy v tomto případě nutno volit mezi idealistickou jistotou a pragmatickou použitelností.

nutíme k pokorné spolupráci s ostatními suverény téhož druhu, a to i (respektive zejména) v případech, kdy mu taková spolupráce není úplně po chuti<sup>91</sup>.

Příkladem právě uvedeného může být situace okolo již několikrát zde zmíněných sociálních sítí. Ochrana soukromí vykazuje i v jinak hamornizovaném evropském právním prostoru značné rozdíly mezi jednotlivými jurisdikcemi. V porovnání s americkou praxí, tj. s praxí v místě, kde je většina dominantních sociálních služeb v čele s Facebookem usazena, pak můžeme vidět dokonce některé diametrální rozdíly. Severoamerické právo totiž nezná specifickou ochranu osobních údajů.

Ani tak ekonomicky a politicky silný celek, jakým je Evropská unie nemůže za této situace zajistit svým občanům užívajícím z domova sociální sítě adekvátní právní ochranu<sup>92</sup>. Nabízí se v této souvislosti prosté tvrzení, že totiž musí být přeci každému Evropanovi jasné, že užíváním Facebooku a akceptací jeho uživatelských podmínek přistupuje na (prakticky neexistující – viz třináctou kapitolu) pravidla ochrany soukromí a osobních údajů podle severoamerického práva. Evropský uživatel však si již zvykl na to, že evropské právo jej často chrání i proti jeho vlastní slabosti a hlouposti a intuitivně předpokládá existenci této ochrany, pokud doma (v Evropě) používá služby informační společnosti. V důsledku pak dochází k tomu, že mohou sociální služby této slabosti a důvěřivosti evropských uživatelů zneužívat v mnohem větší míře, než u uživatelů z neoliberálních právních kultur zvyklých na větší míru každodenní bdělosti a ostražitosti (tj. např. u uživatelů z Ruska, Egypta nebo Bangladéše).

Pokud se nyní snaží Evropská Komise dohodnout s USA právní režim, který by zajistil Evropanům adekvátní míru ochrany soukromí a osobních údajů, střetávají se zde základní odlišnosti obou jurisdikcí. K tomu, aby se USA staly pro Evropu důvěryhodným právním prostředím (což jim přinese nemalý informační a ekonomický efekt) a aby bylo možno zajistit alespoň nějakou působnost evropského práva v sociálních sítích používaných Evropany, však bude třeba bolestivých ústupků na obou stranách. USA budou nuceny přiznat výkon takovým ochranným institutům, které by v tomto právním prostředí nikdy neobstály, zatímco Evropská unie bude nucena ustoupit z maximálních požadavků na působnost svého v některých aspektech až příliš paternalistického práva a přijmout částečné (kompromisní) řešení. Pokud tedy dojde k dohodě, přizná evropský Leviathan, že se spokojí i s působností mnohem užšího katalogu pravidel, než která si pro svou jurisdikci původně vytvořil. Bude to však pragmaticky vhodnější řešení, než kdyby k dohodě nedošlo a evropský Leviathan by sice mohl dát lpět na prosazení svých pravidel – toho by však fakticky nebyl vůbec schopen<sup>93</sup>.

Přestože je problém delokalizace identický ve všech právních odvětvích, jeho řešení formou mezinárodní spolupráce se v jednotlivých částech systému platného práva významně liší. Platí v tomto případě pravidlo, že čím je právem chráněný zájem závažnější, tím je dosažení úspěchu formou mezinárodní spolupráce složitější. Zatímco jsme se shora věnovali otázce faktické legitimacy práva na internetu společně pro všechna právní odvětví, je třeba v případě mezinárodní spolupráce rozlišovat z hlediska metody i úspěšnosti řešení tři základní obory, tj. trestní, správní a soukromé právo.

## 5.7 Mezinárodní spolupráce v trestněprávních otázkách

Trestní právo chrání především vitální zájmy státu a společnosti. Z tohoto důvodu platí princip neoddělitelnosti otázky jurisdikce a rozhodného práva – jinými slovy, trestní soud, je-

<sup>91</sup> Obecně se tomuto problému věnuje Jiří Přibáň, a to vzhledem k evropské integraci. Jeho závěry jsou však použitelné i partikulárně na problematiku právní regulace informačních sítí – srov. Přibáň, J. Právní symbolismus, Praha: Filosofia, 2007, str. 196.

<sup>92</sup> Míra ochrany soukromí a osobních údajů evropských uživatelů sociálních sítí se stala předmětem rozsáhlé mezinárodní studie projektu CONSENT, kterého se za Českou republiku účastní Ústav práva a technologií PrF MU. Výsledky studie jsou průběžně publikovány na adrese consent.law.muni.cz.

<sup>93</sup> Neochotu Evropy ke kompromisům a jí přičitatelnou promarněnou příležitost k tomu stát se hybnou silou světové harmonizace právních pravidel pro informační společnost nesměle kritizuje i Franz Mayer v článku Mayer, F. C. Europe and the Internet: The Old World and the New Medium, European Journal of International Law, roč. 11, číslo 1, str. 169.

li příslušný k rozhodnutí ve věci, rozhoduje vždy podle práva svého státu. Uvedené platí i naopak – vztahuje-li se tedy trestní právo hmotné určitého státu na nějaký skutek, znamená to, že o skutku může rozhodnout i soud tohoto státu<sup>94</sup>.

Trestní legislativa má hranice působnosti i jurisdikce orgánů činných v trestním řízení nastaveny relativně široce. Typicky tak lze stíhat v určité zemi trestné činy, které byly na území tohoto státu nejen přímo spáchány, ale i takové, jejichž následky se na tomto území projeví a v určitých případech i činy, které s tímto územím mají jen nepřímou souvislost. I v České republice tak existuje celá řada trestných činů, které lze orgány činnými v trestním řízení stíhat i v případě, nacházel-li se jejich pachatel v době jejich spáchání mimo naše území.

Vzhledem k tomu, že působnost trestní legislativy vyspělých států je vymezena obdobně jako v případě českého trestního zákona, setkáváme se často u tzv. mezinárodních internetových trestných činů se situací, kdy lze trestný čin stíhat zároveň na území více států. Z internetové trestné činnosti jsou přitom nejhojnější případy, kdy se samotný skutek odehraje na území jednoho státu, jeho účinky však nastanou na území státu jiného – např. je proveden útok na server fyzicky umístěný v jiném státě<sup>95</sup>.

V uvedených případech je zpravidla možné stíhat pachatele v obou resp. ve všech dotčených zemích. Tato situace je však namísto pro orgány činné v trestním řízení spíše příznivá pro samotného pachatele, neboť vyšetření trestného činu a následné provedení příslušných úkonů je nezdědkou otázkou komplikované, zdlouhavé a často i prakticky neefektivní mezinárodní spolupráce. Ačkoli se policejní a soudní orgány snaží při vyšetřování a usvědčování pachatelů internetových trestných činů vzájemně spolupracovat, často jim v tom kromě rozdílné legislativy brání i složité procesní postupy<sup>96</sup>. V častých případech, kdy klíčovou rolí při zjišťování pachatelů a zajištění důkazů hraje čas, je tedy prakticky nemožné pachatele odhalit a usvědčit<sup>97</sup>.

Vedle případů, kdy mají orgány činné v trestním řízení na území více států snahu spolupracovat, se můžeme setkat i s takovým pozitivním konfliktem působnosti trestního práva, který může vést až ke sporu mezi státy o to, či orgány jsou příslušné ve věci rozhodnout.

Prvním z moderních konfliktů tohoto typu řešeným na úrovni mezinárodního práva veřejného byl případ známý pod označením Lotus<sup>98</sup>. Jednalo se o spor mezi Francií a Tureckem o trestní jurisdikci nad

<sup>94</sup> K tomuto základnímu principu trestního práva viz např. Akehurst, M. Jurisdiction in International Law, in *British Yearbook of International Law*. London: Oxford University Press, 1972-1973, str. 179 a násl.

<sup>95</sup> Tato situace samozřejmě nepředstavuje pro trestní právo žádnou zásadní novinku – závažné otázky přeshraniční trestní jurisdikce bylo nutno poměrně často řešit už s příchodem mezinárodního terorismu v šedesátých letech minulého století. Kyberkriminalita je však typická tím, že přeshraniční charakter mohou mít i málo závažné trestné činy včetně relativně bagatelní obecné kriminality – srov. např. Wall, D. *Cybercrime*, Malden: Polity Press, 2007.

<sup>96</sup> Praktické problémy přeshraniční internetové kriminality trefně popsal francouzský soudce Jean-Wilfrid Noël in Noël, J.-W. *Internet and Judicial Investigation*. In *Internet International Law*, ed. Georges Chatillon. Bruxelles: Bruylant, 2005, str. 233 a násl.

<sup>97</sup> Roli v tomto směru mohou hrát i rozdílné standardy pro zajišťování a provádění důkazů tak, aby byly naplněny požadavky na zákonnou a ústavní konformitu důkazů. Zásadní problém mohou v tomto směru hrát například rozdíly mezi státy evropské právní kultury fungujícími na principu volného hodnocení důkazů a státy americké právní kultury, kde dokazování podléhá rules of evidence (zákoně teorii průvodní) – srov. např. Moore, R. *Search and Seizure of Digital Evidence*, El Paso: LFB Scholarly Publishing, 2008.

<sup>98</sup> Rozhodnutí Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti č.j. A.10 ze dne 7. září 1927, publ. např. na [www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07\\_lotus/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/) Podrobnou analýzu sporu viz v Berge, G. W. *The Case of the S. S. Lotus*, *Michigan Law Review*, roč. 26, číslo 4, str. 361 a násl.

posádkou francouzského parníku Lotus, který se v roce 1927 v tureckých teritoriálních vodách srazil s tureckým parníkem, v důsledku čehož přišlo o život několik tureckých námořníků. Otázka trestní odpovědnosti francouzské posádky, která srážku zavinila, pak byla předmětem sporu francouzské a turecké vlády právě na základě pozitivního konfliktu působnosti jejich trestních legislativ. I přes to, že v době spáchání trestného činu byli francouzští námořníci pod teritoriální působností francouzského práva, dal stálý dvůr mezinárodní spravedlnosti nakonec zapravdu Turecku, když ve svém rozhodnutí konstatoval, že (překlad RP) „...*trestné činy, jejichž pachatel se v době jejich spáchání vyskytoval na území jiného státu, je třeba považovat za spáchané tam, kde se vyskytl jeden z jejich základních elementů, konkrétně jejich účinek.*“

Uvedenou koncepci nikoli fyzické, ale efektivní přítomnosti pachatele na území určitého státu lze velmi dobře aplikovat i na případy mezinárodní počítačové kriminality<sup>99</sup>. Orgány činné v trestním řízení jsou obvykle aktivní i v případech, kdy se na území jejich jurisdikce pachatel v době spáchání trestného činu nenacházel ani zde přímo ke spáchání trestného činu nedošlo, ale kde se projevil nebo mohl projevit efekt trestného jednání. Tato extenzivní interpretace se uplatňuje v případech, kde v místě fyzického pobytu pachatele není skutek trestný a naopak je trestný tam, kde se projevil jeho účinky<sup>100</sup>.

V jednom z prvních případů přeshraniční internetové kriminality posuzoval Nejvyšší soud státu New York otázku, zda při provozování portálu s hazardními hrami umístěném ve státě Antigua, jehož zákazníci jsou však obyvatelé státu New York, může dojít k založení trestněprávní odpovědnosti. Při diskusi otázky jurisdikce a působnosti trestního práva státu New York soud doslova uvedl<sup>101</sup> (překlad RP): „*Pokud by tento soud přisvědčil argumentaci žalovaných, že aktivity zaměřené na obyvatele státu New York spadají pod jinou jurisdikci, vyvolalo by to jistě řadu nežádoucích dopadů. Takový přístup by totiž nejen hrubě poškodil soustavný a odhodlaný postup tohoto státu proti nepovolenému hazardu, ale obecně by zbavil odpovědnosti kohokoli, kdo by páchal na internetu skutky, které jsou v tomto státě jinak trestné. Počítačový server nemůže přitom sloužit jako nějaký štít proti odpovědnosti, o to méně pak v tomto případě, kdy obžalovaní přímo zaměřili svou pozornost do státu New York, kde provozovali řadu protiprávních aktivit.*“ Skutečnost, že na základě tohoto rozhodnutí a dalších aktivit amerických úřadů výrazně klesl obrat sázkových kanceláří, vedla k podání žaloby ke Světové obchodní organizaci. Rozhodci v tomto případě dospěli k závěru, že Spojené státy porušily mezinárodní úmluvu GATS, neboť bezdůvodně bránily přeshraničním dodávkám služeb<sup>102</sup>.

Vzhledem ke shora popsaným problémům je v praxi počítačové kriminality spíše běžné, že hlavní slovo mají orgány činné v trestním řízení na území, kde se pachatel aktuálně zdržuje, respektive tam, kde je umístěna jeho komunikační infrastruktura. Ojedinele se pak vyskytují i případy, kdy soud odmítne aplikovat své trestní právo v situaci, kdy protiprávní efekt jednání sice prokazatelně (byť jen zčásti) nastal na území domovského státu, pachatel však zde není

<sup>99</sup> K tomu viz např. Kohl, U. Eggs, Jurisdiction and the Internet. International and Comparative Law Quarterly, číslo 52, str. 577 a násl.

<sup>100</sup> Podrobný výklad k problematice založení jurisdikce na základě analýzy efektu viz např. Brenner, S. W., Koops, B.-J. Approaches to Cybercrime Jurisdiction. Journal of High Technology Law, roč. 4, číslo 1, str. 19 a násl.

<sup>101</sup> Případ je znám jako People v. Interactive Gaming Corp., referenční číslo QDS:22310325, 1999 N.Y. Misc. Lexis 425 (Sup. Ct. N.Y.Co., 24. července, 1999) , plný text je možné nalézt např. na adrese [www.louandy.com/CASES/People\\_v\\_WIGC.html](http://www.louandy.com/CASES/People_v_WIGC.html).

<sup>102</sup> USA jsou na základě tohoto rozhodnutí povinny strpět zásah do práv plynoucích z dohody TRIPS ve výši 21 mil. USD ročně – viz rozhodnutí panelu WTO č.j. WT/DS285/ARB ze dne 21. 12. 2007, publ. prostř. <http://docsonline.wto.org> (na této adrese jsou k dispozici i veškeré dokumenty ze spisu k předmětnému sporu).

přítomen a kvůli absenci možnosti zajištění jeho technických prostředků je prakticky nemožné jej efektivně stíhat<sup>103</sup>.

Harmonizovat trestní jurisdikci v případech počítačové kriminality a omezit shora popsané problémy pozitivních a negativních konfliktů pravomocí si klade za cíl jediná významnější aktivita na poli mezinárodní spolupráce, a to Úmluva Rady Evropy o kyberkriminalitě. Byla otevřena k podpisu 23. 11. 2001 v Budapešti<sup>104</sup> a představuje jednu z prvních iniciativ s cílem minimalizovat negativní dopad delokalizace internetových aktivit na efektivitu práva<sup>105</sup>. Základním momentem Úmluvy, kterou se stručně zabýváme i v jedenácté kapitole, jsou především definice jednotlivých skutkových podstat trestných činů<sup>106</sup>, jež se členské státy zavazují ve svých jurisdikcích stíhat<sup>107</sup>. Členské státy se v Úmluvě rovněž zavázaly provést taková legislativní opatření, která jejich orgánům umožní tyto trestné činy vyšetřovat a zajišťovat k tomu odpovídající důkazy<sup>108</sup>. Obě skupiny závazků, tj. závazek zavést do národní trestní legislativy příslušné skutkové podstaty trestných činů a závazek uzákonit odpovídající procesní pravomoci orgánů činných v trestním řízení mají jednoznačný cíl zabránit situaci, kdy by některý z nově definovaných tzv. kyberkriminálních činů postrádal v některém členském státě trestnost nebo by zdejší orgány činné v trestním řízení nedisponovaly procesními oprávněními nutnými k tomu čin vyšetřit a prokázat. Dodrží-li tedy státy tyto své základní závazky, měl by zde odpadnout problém existence tzv. bezpečných přístavů pro pachatele počítačové trestné činnosti.

Co do závazků týkajících se delimitace jurisdikcí nebo vzájemné spolupráce je již však Úmluva o kyberkriminalitě mnohem zdrženlivější. Obsahuje sice celou hlavu věnovanou otázkám jurisdikce a vzájemné spolupráce orgánů členských států, nejedná se však o skutečnou delimitaci jurisdikcí nebo o založení povinnosti provádět na dožádání úkony v trestním řízení jako například zajištění důkazů, zatčení podezřelých apod.

Jak vyplývá zejména ze znění článku 5, neřeší úmluva pozitivní konflikt působnosti orgánů více států v trestním řízení, což je možné považovat v souvislosti s provedeným výkladem za podstatný problém. Otázka delimitace jurisdikcí by však v opačném případě zřejmě narazila na limity diskrece jednotlivých států a ústavněprávní limity mimo jiné i v otázkách vydávání

<sup>103</sup> Ještě dál šel soudce trestního soudu v Bergamu, když v září 2008 zrušil předchozí nařízení prokurátora příkazující blokaci torrentového serveru Pirate Bay umístěného ve Švédsku, a to s poukazem na skutečnost, že prokuratura nařízením blokace (byť na Italském území) zasáhla do jurisdikce švédských orgánů činných v trestním řízení - viz rozhodnutí GIP Bergamo ve věcech N.3277/08 PM a N.5329/08 GIP ze dne 1. srpna 2008, publ. na adr. [www.ictlex.net/?p=934](http://www.ictlex.net/?p=934). Toto rozhodnutí je však svojí argumentací natolik výjimečné, že jej lze považovat spíše za anomální zajímavost – pravomocně nakonec v něm obsažené argumenty zpochybnil italský kasační soud, který nařídil i původně zrušené blokování – viz rozhodnutí La Corte Suprema si Cassazione č.j. 47437/09 ze dne 29. září 2009, publ. prostř. [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com).

<sup>104</sup> Plný text Úmluvy v anglickém jazyce viz na adrese [conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm](http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm).

<sup>105</sup> Důležitost mezinárodní harmonizace národních trestních legislativ a praxe trestního řízení byla opakovaně zdůrazňovaná i v rámci ženevského jednání Mezinárodní telekomunikační unie zaměřeného na problematiku kyberkriminality. Jednotlivé poznatky shrnuje článek Schjolberg, S., Hubbard, A. M. Harmonizing National Legal Approaches on Cybercrime. Geneva: ITU (publikace č. CYB/04). 2005. Volně ke stažení na adrese [http://www.itu.int/osg/spu/cybersecurity/docs/Background\\_Paper\\_Harmonizing\\_National\\_and\\_Legal\\_Approaches\\_on\\_Cybercrime.pdf](http://www.itu.int/osg/spu/cybersecurity/docs/Background_Paper_Harmonizing_National_and_Legal_Approaches_on_Cybercrime.pdf).

<sup>106</sup> Precizní definice jednotlivých skutkových podstat internetové trestné činnosti představuje přitom jeden z hlavních problémů omezujících působnost trestního práva v kyberprostoru. K tomu srov. Plays, J. Internet and Judicial Investigation: Difficulties in Judicial Practice, in *Internet International Law*, ed. Georges Chatillon. Bruxelles: Bruylant, 2005, str. 245 a násl.

<sup>107</sup> Specifikace skutkových podstat jsou provedeny v čl. 2 – 11 Úmluvy.

<sup>108</sup> Závazek zavést do právního řádu příslušná opatření najdeme v čl. 14 – 21 Úmluvy.

vlastních občanů k trestnímu stíhání do zahraničí<sup>109</sup>. Obě témata jsou přitom pro národní trestní právo natolik závažná a citlivá, že jejich kompletní řešení nelze v dohledné době očekávat.

Podstatným přínosem Úmluvy je naopak zavedení mechanismů, které z procesního hlediska usnadňují vyšetřování trestných činů a shromažďování důkazů. Články 23-34 tak upravují postupy a vzájemnou asistenci v procesech vydávání pachatelů kyberkriminálních činů, spolupráci při vyšetřování a získávání důkazního materiálu. Článek 35 pak zavádí institut kontaktních center s nepřetržitým provozem, jejichž úkolem je koordinovat vzájemnou spolupráci orgánů činných v trestním řízení.

Přestože je dosah Úmluvy v některých směrech omezený, a to zejména co do delimitace jurisdikcí a místní působnosti norem trestního práva hmotného, představuje její koncepcí nesporný a relativně významný krok kupředu. Skutečnému naplnění cílů Úmluvy<sup>110</sup> však stále brání relativně nízký počet stran, které ji ratifikovaly<sup>111</sup> a recipovaly do vnitrostátního práva. Opatrně optimisticky však lze hodnotit skutečnost, že Úmluva byla již podepsána většinou evropských států včetně ČR<sup>112</sup> a její ratifikace je tak mnohdy spíše otázkou času<sup>113</sup>. Za významný pokrok při budování mezinárodní trestní jurisdikce nad kyberprostorem pak lze považovat skutečnost, že Úmluvu podepsaly a ratifikovaly USA – lze tedy očekávat, že ostatní mimoevropské státy budou tento příklad v zápětí následovat.

## 5.8 Mezinárodní spolupráce ve správních otázkách

Zatímco trestní i soukromé právo se mají možnost při vyrovnávání se s nově nastolenými problémy internetové jurisdikce opřít o více či méně tradiční mechanismy a principy, správní právo bylo s příchodem společenských vztahů nové kvality zastíženo náhle a překvapivě. Normy a instituce správního práva si tak neměly až na výjimky možnost postupně zvykat na existenci vztahů, jejichž aspekty nutí státní orgány uvažovat v mezinárodním měřítku, neboť jednoduchá konstrukce takových vztahů, tj. adresát-orgán, tento postup nikdy přímo nevyžadovala. S rozvojem přeshraničních on-line vztahů se tedy musí správní právo (včetně práva finančního) potýkat s již popsanou krizí efektivity a legitimacy prakticky bez předchozích zkušeností s řešením přeshraničních otázek<sup>114</sup>.

V oboru finančního práva představují aktuálně problém především kritéria místa zdanitelného plnění a domicilu subjektů internetových transakcí. Hrozí přitom riziko, že podobně, jako mohou pachatelé trestné činnosti unikat postihu plynulým přesouváním mezi jurisdikcemi nebo svým umístěním mimo jurisdikce, lze se analogicky vyhnout i zdanění<sup>115</sup>. Kritérium místa zdanitelného plnění lze srovnat se soukromoprávním hraničním určovatelem *locus solutionis* (viz dále). U čistě internetových transakcí, tj. nikoli tam, kde internet slouží

<sup>109</sup> K problému viz. De Vel, G. The Convention on Cybercrime, in Internet International Law, ed. Georges Chatillon. Bruxelles: Bruylant, 2005, str. 225 a násl.

<sup>110</sup> Viz text preambule Úmluvy.

<sup>111</sup> K vývoji Úmluvy viz zpráva z jednání Komise Rady Evropy pro Kyberkriminalitu č. T-CY (2006) 11 – relativně vysoký počet států, které k úmluvě nepřistoupily, ale účastní se jednání Komise, však napovídá o zvyšujícím se zájmu států o tuto problematiku.

<sup>112</sup> Do českého trestního zákonodárství se příslušné závazky z Úmluvy měly recipovat především prostřednictvím nového trestního zákoníku, který však z politických důvodů nebyl doposud schválen.

<sup>113</sup> Celkový počet států, které úmluvu ratifikovaly, je prozatím 19. Na ratifikaci se dále čeká ve 24 státech včetně ČR.

<sup>114</sup> Výjimkou je v tomto směru snad jen problematika cel a dalších administrativních překážek mezinárodního obchodu a koordinace preventivních opatření k zamezení dvojího zdanění.

<sup>115</sup> K tomu srov. Brunori, D. The Politics of State Taxation: Saving the Internet from the Taxman. State Tax Notes, roč. 29, číslo 6, str. 1 a násl.



pouze ke komunikaci projevů vůle, je i zde *locus solutionis* značně problematickým určovatelem umožňujícím navíc rozsáhlé spekulace. I přes snahu správních orgánů se tento problém doposud nedaří uspokojivě řešit<sup>116</sup>.

Problém určení místa plnění je aktuální i v loterijním právu. Spory o správní jurisdikci nad sázkovými kancelářemi jsou v současné Evropě velmi časté a lze si je tak představit i jako jakýsi předvoj dalších přeshraničních administrativně-právních konfliktů. Problém zde spočívá především ve spojení principu svobody pohybu služeb a rozdílné kvality národních správních legislativ umocněné shora popsanou delokalizací celosvětové informační sítě. V řadě států jako například ve Francii nebo v Maďarsku je tak například loterijní a sázková činnost v určitých oblastech předmětem státního monopolu, jinde se naopak jedná o koncesovanou, vázanou či dokonce volnou činnost. Usadí-li se pak sázková kancelář na území některého ze států s mírnější administrativní regulací a začne nabízet své služby po internetu, má v porovnání s konkurenty z ostatních států mnohem výhodnější tržní pozici, přičemž díky internetu může obsáhnout i zákazníky v mnohem rigoróznějších jurisdikcích nebo i tam, kde je tato činnost předmětem státního monopolu.

Státy se proti takovému jednání brání různě – české Ministerstvo financí se původně vydalo cestou národní soudní ochrany<sup>117</sup> a podobné řešení přijaly k ochraně loterijních a sázkových zákonů i jiné státy jako například Nizozemí nebo Francie.

Jeden z neznámějších případů kolize správních legislativ v otázce internetového sázení byl pravomocně rozhodnut ve Francii a týkal se dostihových sázek. Na ty má na francouzském území monopol společnost Pari Mutuel Urbain. Sázky na francouzské dostihy však začala po internetu nabízet i společnost Zeturf usazená na Maltě<sup>118</sup>. Francouzské soudy sice pravomocně zakázaly společnosti Zeturf provozovat on-line sázky na francouzské dostihy<sup>119</sup>, rozhodnutí však nebylo na Maltě uznáno a vykonáno pro přímý rozpor s maltskými zákony<sup>120</sup>. Společnost Zeturf tedy nadále poskytuje uvedené služby, a to podle maltských zákonů (současně však v rozporu se zákony francouzskými). Po případu Zeturf následovala celá řada dalších soudních sporů, v nichž formou rozhodnutí o předběžné otázce často figuroval i Evropský soudní dvůr. Spory se týkaly nejrůznějších aspektů činnosti sázkových kanceláří od přípustnosti národních monopolů přes reklamu až po realizaci plateb<sup>121</sup>. Ani přes rozsáhlou judikaturu se však nepodařilo spolehlivě vyřešit základní otázku působnosti národního loterijního práva, přičemž národní jurisdikce států s restriktivní úpravou stále koliduje s delokalizací příslušných sázkových služeb usazených ve státech s benevolentnější legislativou.

<sup>116</sup> Srov. např. poziční dokument Komise publikovaný pod číslem COM(1998) 374 (Communication from the Commission on Electronic commerce and indirect taxation) a reakci ECOSOC pod č. OJ C 407 ze dne 28. 12. 1998.

<sup>117</sup> Masmédiu dokonce proběhla i poněkud neuvěřitelná zpráva, že bylo na jednu ze sázkových kanceláří nabízejících ze zahraničí služby po internetu podáno trestní oznámení. Těžko přitom usuzovat, jak k tomu mohlo dojít, když v České republice nejsou právnícké osoby trestně odpovědné.

<sup>118</sup> Relativně benevolentní správní úprava pro poskytování on-line sázek na Maltě způsobila, že většina evropských on-line sázkových kanceláří je usazena právě zde. Sázkový průmysl je tak jedním z významných zdrojů maltské ekonomiky.

<sup>119</sup> Rozhodnutí Odvolacího soudu v Paříži ze dne 4. 1. 2006 č.j. 05/15773, rozhodnutí lze ve formě scanu nalézt na adrese [http://www.droit-technologie.org/jurisprudences/CA\\_paris\\_%20-040106.zeturf.pdf](http://www.droit-technologie.org/jurisprudences/CA_paris_%20-040106.zeturf.pdf).

<sup>120</sup> Sporu se věnovala řada francouzských odborných i laických médií – viz např. Devillard, A. Zeturf.com contre PMU, les paris judiciaires sont ouverts. 01net.com, 13. 7. 2005, publ. on-line na adr. <http://www.01net.com/article/284722.html>, faktická rekapitulace sporu viz Marchand, M.-J. Quand Zeturf se moque des monopoles. Droit-NTIC.com, 3. 7. 2006, publ. on-line na adr. <http://www.droit-ntic.com/news/afficher.php?id=366>.

<sup>121</sup> Z nejdůležitějších rozhodnutí můžeme jmenovat C-275/92 Gerhart Schindler a Jörg Schindler, C-67/98 Diego Zenatti, C-234/01 Gambelli, spojené případy C-338/04, C-359/04 a C-360/04 Placanica, C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissional, C-203/08 Sporting Exchange, C-258/08 Ladbrokes Betting & Gaming Ltd. a spojené případy C-447/08 a C-448/08 Sjoberg a Gerdin. Český psaný komentář k rozhodnutí C-42/07 viz Lyčka, M. Liga Portuguesa: Je to gambling, a je to online, Jurisprudence, 2009, číslo 6, str. 33.

Soudní ochrana stávajících restriktivních právních předpisů ani další vytváření ještě restriktivnějších právních pravidel evidentně, a to i přes značnou ekonomickou a politickou důležitost problému internetového sázení<sup>122</sup>, nevedou v tomto případě k efektivnímu prosazení národního práva na internetu. Snahy o mezinárodní harmonizační spolupráci, která by jako jediná mohla problém příhraničních internetových sázek řešit, pak naráží na shora popsané zásadní rozdíly mezi jednotlivými státy v přístupu k sázení a sázkovým službám<sup>123</sup>.

Přestože na poli internetového sázení doposud nedochází k harmonizaci srovnatelné se shora popsanou situací v potírání kyberkriminality, můžeme i tuto problematiku považovat za doklad teze, že mezinárodní spolupráce představuje nutnou podmínku působnosti státního práva na internetu. Harmonizace národních právních úprav však v tomto případě postupuje poněkud netradičně, a to bez větší vzájemné mezinárodní koordinace a v důsledku faktických (ekonomických, technických) faktorů. Národní státy tedy v tomto případě zjišťují, že zajištění působnosti totálně restriktivního národního práva prostě není fakticky možné a v reakci tyto restriktce postupně uvolňují. Typicky povolením činnosti domácích internetových sázkových služeb a vytvořením podmínek k tomu, aby byly ve vztahu k zahraničním službám a vzhledem k domácímu publiku konkurenceschopné, může stát zajistit alespoň nějaký svůj autoritativní vliv na část tohoto ekonomicky i společensky citlivého odvětví a těžit z něj i určitý přímý ekonomický prospěch formou daní, poplatků, pracovních míst apod<sup>124</sup>. Fakticky tedy v tomto případě dochází k postupné harmonizaci evropského práva, byť tato harmonizace není dobrovolná a jejím důvodem je spíše než cokoli jiného shora popsaná rezignace na vynutitelnost specificky restriktivního národního právního řádu.

Internetové sázení může být považováno za jednu z prvních důkladněji právně popsaných situací, kdy správní právo trpí fatálním nedostatkem faktické působnosti na internetu. Skutečnost, že současné řešení nedobrovolné (rezignační) mezinárodní harmonizace naplno odhaluje tento problém, však není nutno vnímat zcela negativně. Z problémů efektivity práva, které se okolo internetového sázení hromadí už po několik let a které státy nejsou ani přes značnou snahu schopny uspokojivě řešit, totiž plyne mimo jiné i jednoznačné poučení, že totiž jakákoli specifická regulace internetu musí do budoucna vznikat jako výsledek širšího mezinárodního konsensu – ten totiž může vést i k adekvátnímu pokrytí problému „bezpečných přístavů“, tj. států s extrémně benevolentní úpravou. Pokud totiž má být právní regulace předmětem konsensu, nebude pro taková marginální (deviantní) řešení z politického hlediska prostor – byla-li by tedy v tomto případě pravidla pro internetové sázení a pro činnost internetových sázkových kanceláří předmětem jednotné evropské úpravy, lze si jen těžko představit, že by Malta nebo Kypr riskovaly vlastní benevolentnější úpravu (tj. takovou, ze které dnes díky absenci jednotného právního režimu stále bohatě těží) a vystavily se tím společné nevoli ostatních.

---

<sup>122</sup> Značná závažnost pro národní státy je v tomto případě dána nejen přímým ekonomickým efektem, ale i skutečností, že velké domácí sázkové kanceláře mají často prostřednictvím lobbistických aktivit na národní úrovni značný vliv na místní právo tvorbu.

<sup>123</sup> Nejde v tomto případě jen o důsledek odlišností v ekonomickém chápání otázky sázení a hazardních her, ale též o vzájemně rozdílný pohled na aspekty kulturní, společenské či dokonce zdravotní – srov. Smeaton, M., Griffiths, M. Internet Gambling and Social Responsibility: An Exploratory Study, *CyberPsychology & Behavior*, roč. 7, číslo 1, str. 49.

<sup>124</sup> Detailní analýzu problematiky zdanění příjmů z internetového podnikání a návrh alternativních kritérií k delimitaci správní jurisdikce obsahuje materiál OECD nazvaný *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for e-Commerce?*, který je volně ke stažení na adrese <http://www.oecd.org/dataoecd/58/53/35869032.pdf>.

## 5.9 Mezinárodní spolupráce v soukromoprávních otázkách

Zatímco trestní právo se přímo dotýká vitálních zájmů státu, je smyslem práva soukromého ochrana soukromých zájmů subjektů jednajících ve vzájemně rovném postavení. Stát tak i v případě soukromého práva vykonává jurisdikci nad jednotlivými právními vztahy, ale v jejím prosazování je o poznání méně aktivní a jednotlivé konkrétní momenty mechanismu soukromoprávní regulace jsou v porovnání s trestní regulací pro vitální zájmy státu méně závažné a též méně citlivé.

Důsledky zásadních rozdílů mezi soukromým a trestním právem můžeme vnímat i v oblasti mezinárodní delimitace místní působnosti práva, kdy v soukromém právu dochází k oddělení hmotného práva od otázek příslušnosti a práva procesního. Zatímco je tedy v trestním právu užito jednoho hraničního určovatele k založení pravomoci a příslušnost soudu jakož i k založení působnosti hmotného trestního práva, je třeba v soukromém právu přistupovat rozdílně k otázkám práva rozhodného a práva upravujícího proces uplatnění příslušného nároku.

Výjimečné tedy nejsou případy, kdy je k založení pravomoci užito například hraničního určovatele *patria*, zatímco je pro samotné posouzení individuálních nároků rozhodné právo určené dle hraničního určovatele *locus rei sitae* – státy s vyvinutou doktrínou mezinárodního práva soukromého se tedy nebrání (a kvůli vázanosti mezinárodním právem veřejným často ani nemohou bránit) tomu, aby jejich soudy aplikovaly hmotné soukromé právo cizího státu. Delimitace jurisdikcí resp. působnosti hmotného práva soukromého jde přitom ještě dál, neboť je v některých případech dána stranám možnost vzájemným ujednáním se z dosahu hmotného i procesního práva určitého státu zcela vymanit respektive obojí si vzájemně dohodnout.

V evropském právním prostoru byla kolizní kriteria pro stanovení rozhodného práva i pravomoci a příslušnosti orgánů jeho autoritativní aplikace harmonizována, a to nejprve ve formě úmluv a později i formou evropských nařízení. Struktura kolizního práva je u členských států Evropské unie tvořena v oblasti procesní především nařízením Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, a v oblasti hmotného práva pak Římskou úmluvou o právu rozhodném pro smlouvy a nařízením Rady (ES) č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Řím II<sup>125</sup>). Subsidiárně se pak uplatňuje zákonné mezinárodní právo soukromé, u nás obsažené především v zákoně o mezinárodním právu soukromém, to však jen v relativně omezeném rozsahu případů nekrytých výše uvedenými předpisy.

Z právě uvedeného vyplývá, že zatímco v otázkách trestní nebo správní jurisdikce odmítají státy omezit vlastní suverenitu ve prospěch efektivní působnosti svého práva, je na tom obor mezinárodního práva soukromého nepoměrně lépe. Ani rozsáhlá mezinárodní spolupráce při delimitaci jurisdikcí a působnosti hmotného práva však nešetřila soukromoprávní vztahy problémů s faktickou neefektivitou v případě internetových soukromoprávních transakcí. Důvodem je skutečnost, že doposud nebyly doktrinálně podchyceny ani legislativně upraveny

<sup>125</sup> Mimosmluvní závazky byly původně v roce 1972 rovněž zahrnuty do návrhu Římské úmluvy. Harmonizace kolizních kritérií v oblastech jako jsou náhrada škody, nepřikázané jednatelství apod. se však ukázaly být natolik komplikovanými, že úmluva nakonec obsahovala pouze kolizní kriteria k určení práva rozhodného pro smluvní závazky. K tomu srov. Bogdan, M. Torts in Cyberspace: The Impact of the New Regulation Rome „II,“ MJLT, roč. 2, číslo 1, str. 2. Ani Řím II přitom oblast mimosmluvních závazků plně nepokrývá – z jeho působnosti je vyňata řada oblastí specifikovaných v čl. 1(2).

specifické hraniční určovatele pro prostředí informační sítě<sup>126</sup>. On-line skutkové stavy s mezinárodním prvkem tedy ve smyslu Goldsmithova argumentu posuzujeme za užití tradičních hraničních určovatelů.

Z nejčastěji využívaných a též nejvíce problematických vybíráme k dalšímu stručnému výkladu hraniční určovatel *loci delicti* (místa škodní události). Dojde-li ke škodní události na internetu, vyvstává zásadní otázka, jak uvést jeho internetovou lokaci do souvislosti s jurisdikcí soudu určitého státu respektive s působností rozhodného práva. Za místo škodní události se přitom nemusí považovat jen místo, kde se škoda projevila, ale též místo, kde došlo k jednání nebo opomenutí, které škodní událost založilo<sup>127</sup>.

Vztah *loci delicti* k území určitého státu je i zde poznamenán výše diskutovaným fenoménem delokalizace, především pak v tom směru, že je prakticky lhostejné, kde fyzicky došlo k nastoupení dominantního důvodu ke vzniku závazku *ex delictu*. Přenos informace mezi různými státy je totiž triviálně jednoduchý a tam, kde závazek vzniká protiprávním jednáním majícím informační charakter, může být fyzická lokalizace škodící informace dokonce zcela otázkou libovůle samotného škůdce. Škůdce sám si tedy může bez větších problémů vybrat, zda nactiutrhácnou informaci umístí v České republice nebo třeba ve Španělsku.

Stejně problematické je i kritérium umístění projevu škodlivého následku, tj. místa nastoupení škodní události. Je-li příkladně poškozena reputace uživatele mezi jeho spoluhráči na mezinárodním internetovém pokerovém serveru, vyvstává otázka, ve kterém státě byl vlastně dotyčný subjekt poškozen – nabízí se v tomto případě hned několik relevancí víceméně vyrovnaných interpretací od domicilu poškozeného přes umístění serveru až po domicil většiny pohoršených uživatelů.

Z výše uvedených důvodů se stal *locus delicti* nejproblematictější z všech soukromoprávních hraničních určovatelů<sup>128</sup>. Když pomíneme rezignovaný přístup restriktivní (tj. odmítnutí aplikace národního práva na internetové škodní události), můžeme k jeho interpretaci nalézt dva dominantní přístupy, a to extenzivní a analytický.

Přístup extenzivní považuje za místo internetové škodní události libovolné místo, kde se informace mohou stát způsobilými škodit. Touto interpretací tak lze, a to nejen u ohrožovacích deliktů, založit pravomoc prakticky jakéhokoli civilního soudu na základě konstatování, že se v obvodu tohoto soudu (resp. na území státu) lze připojit k internetu. Obdobně pak lze prakticky libovolně konstatovat i působnost hmotného práva. Poněkud umírněnější variantou tohoto přístupu je doktrína dominantního efektu, kde je k výše uvedenému ještě třeba prokázat, že na určitém místě došlo k nejzávažnějšímu poškození práva nebo právem chráněného zájmu<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Jedinou výjimkou doktrinálně vyvinutého hraničního určovatele je národní doména první úrovně (viz dále) – i ta je však pouze subsumována pod hraniční určovatel *legis patriae* ve variantě „jiná provozovna.“

<sup>127</sup> Evropský soudní dvůr se k této otázce vyjádřil v roce 1976 v rozhodnutí 21/76 *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, publ. v *European Court Reports* č. 1735.

<sup>128</sup> Srov. úvahy Davida Posta v článku Post, D. G. Governing Cyberspace, *Wayne Law Review*, číslo 43, str. 162.

<sup>129</sup> Kombinací obojího byla založena doposud aktivní doktrína výše citovaného precedenčního případu *Gutnick*. Podrobnou analýzu případu viz např. v článku Fitzgerald, B. *Dow Jones & Co Inc v. Gutnick – Negotiating Americal Legal Hegemony in the Transnational World of Cyberspace*, *Melbourne University Law Review*, čís. 27, str. 590.

Evropské soudy řeší problém místa výskytu škodní události podobně, jako je tomu v Austrálii či Kanadě<sup>130</sup>. Poškozený pak má možnost vybírat mezi celou řadou jurisdikcí a tehdy, pokud má možnost uplatnit více nároků současně (např. nárok z titulu ochranné známky, ochrany osobnosti a k tomu ještě postih nekalé soutěže), může dokonce různé nároky adresovat různým soudům podle toho, ve kterých státech je pro něj příznivější právní situace. Jedna škodní událost se tak dokonce může stát předmětem řízení ve více státech současně<sup>131</sup>. Oproti interpretační doktríně založené rozhodnutím Gutnick však mají v některých případech evropské soudy dokonce tendenci vůbec nepřihlížet k materiálnímu kritériu nejzávažnějšího projevu škodlivého následku a na základě formálního kritéria dostupnosti internetu aplikují extenzivní přístup prakticky bez jakýchkoli korektivů<sup>132</sup>.

Extenzivní přístup ke stanovení jurisdikce je sice možný a v Evropě i zámoří relativně oblíbený, problémy s uznáním a výkonem příslušného soudního rozhodnutí jej však činí pro praxi značně problematickým – to i v prostředí, kde jsou jednotlivé jurisdikce vzájemně propojeny delimitačními a transferovými pravidly jako je tomu v případě zemí EU<sup>133</sup>. Významným argumentem proti jeho aplikaci zejména na otázky ochrany osobnosti je pak *reductio ad absurdum* vyložený praktický dopad této koncepce – může-li totiž být škodním místem území státu, kde lze informace stáhnout do počítače a posléze zobrazit, znamená to, že takovým místem je potenciálně každý stát světa. Jakákoli internetová publikace by tedy vzato *ad absurdum* musela být v souladu s právními řády všech států světa, což by však na původce publikace kladlo poněkud nepřiměřené nároky. Zejména s tímto argumentem proti extenzivnímu stanovení jurisdikce pak vystupují zejména novináři. Jejich argument neúměrným zatížením svobody slova se přitom, alespoň co se týče soukromoprávní ochrany osobnosti, zdá být rozumný a odůvodněný<sup>134</sup>.

Neúměrné rozšiřování počtu jurisdikcí, do nichž může spadat zásah do subjektivního práva na internetu, vedl k vytvoření přístupu, který můžeme označit jako analytický. Tato koncepce je založena na analýze příslušného právního vztahu, respektive formy, jíž byl na internetu založen. Místo škodní události je tedy určeno nikoli jen ve vztahu k samotné škodě či újmě ale i s ohledem na způsob, kterým k nim došlo nebo mohlo dojít. Nejznámější z analytických klasifikací míst škodních událostí je takzvaná škála Zippo. Svůj název dostala po často citovaném americkém případě známém jako případ Zippo.

<sup>130</sup> Kanadské soudy přejaly argumenty užití v případě Gutnick a kloní se tak rovněž ke koncepci extenzivního stanovení jurisdikce. K tomu viz Paterson, M. Following the Right Lead: Gutnick and the Dance of Internet Jurisdiction. Canadian Journal of Law and Technology, roč. 4, číslo 1, str. 49 a násl.

<sup>131</sup> Nejedná se přitom o porušení principu litispence založeného článkem 27 Nařízení, neboť z pohledu práva se jedná o zásahy do různých subjektivních práv a tudíž o různé škodní události. K tomu shodně viz Bogdan, M. Internet and Private International Law. In Polčák R. a kol. Introduction to ICT Law (selected issues). Brno: Masarykova univerzita, 2007, str. 22 a násl.

<sup>132</sup> Tento přístup se projevil ve shora cit. případě Brokat.de.

<sup>133</sup> Vedle stanovení pravidel pro založení jurisdikce včetně principů litispence obsahuje nařízení č. 44/2001 (dříve Bruselská úmluva) i sadu ustanovení zajišťujících tzv. volný pohyb civilních soudních rozhodnutí, zejména co do jejich uznávání a výkonu v evropském justičním prostoru. Ani to však nezajišťuje faktický výkon rozhodnutí v případech příhraničních sporů o místo škodní události – viz shora cit. případ Brokat.de.

<sup>134</sup> Nemusí se nutně jednat přímo o omezení svobody slova, ale o neúměrné zatížení autora veřejného projevu povinností (a jí odpovídajícím strachem) znát soukromoprávní úpravu ochrany osobnosti všech států světa a vědět o potenciální existenci subjektů dotčených příslušnou publikací. Tyto argumenty použil americký soud v případě Barrett – viz rozsudek California Supreme Court, č.j. 51 Cal.Rptr.3d 55 ze dne 20. listopadu 2000. Případ vzhledem ke svobodě projevu podrobně rozebírá i Katherine Neikirk v článku Neikirk, K. Squeezing Cyberspace into International Shoe: When Should Courts Exercise Personal Jurisdiction over Noncommercial Online Speech?, Villanova Law Review, čís. 45, str. 353.

V případě *Zippo Mfr. Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*<sup>135</sup> rozhodoval soud o porušení práv k ochranné známce. Základní otázkou však bylo nejprve určení jurisdikce a rozhodného práva. Soud zde jako součást argumentace vytvořil tříprvkovou škálu možných případů zásahu do subjektivního práva, a to na základě posouzení kvality vzájemné komunikace. Doslova se v rozhodnutí uvádí (překlad RP): „*Naše posouzení společně s analýzou doposud známých soudních rozhodnutí a dalších předložených důkazů nás vede k úvaze, že to, zda zde existuje příslušnost k projednávání věci, závisí na povaze a druhu výdělečné činnosti, kterou žalovaný provozuje v prostředí sítě Internet... Na jedné straně stupnice stojí případy, kdy žalovaný bez pochyby podniká v prostředí sítě internet. Pokud tedy žalovaný kontrahuje se subjekty pod cizí jurisdikcí, což obnáší vědomou a opakovanou výměnu dat prostřednictvím sítě Internet, je třeba konstatovat příslušnost soudu. Druhou stranu stupnice představují případy, kdy žalovaný pouze umístil určité informace na svoji WWW prezentaci, která je přístupná uživatelům pod cizí jurisdikcí. Taková pasivní WWW prezentace, která jen zprostředkovává informace těm, kteří o ně projeví zájem, nemůže být základem k prohlášení příslušnosti soudu. Mezi oběma krajními body stojí takzvané interaktivní WWW prezentace, kde může probíhat výměna informací mezi uživatelem a serverem, na němž je tato prezentace umístěna. V těchto případech je třeba zkoumat míru interaktivity a povahu informační výměny uskutečňované prostřednictvím WWW prezentace.*“

Škála Zippo se stala základem pro posuzování případů tzv. internetové jurisdikce zejména v USA. V porovnání s evropským přístupem se toto řešení jeví být poněkud restriktivní, jeho nesporným kladem je však ochrana internetových publicistů před neúměrnou zátěží svobody slova nutností znát právní úpravy všech států, kam se příslušný informační obsah může prostřednictvím internetu dostat. I nadále však zjišťujeme, že většina složitých případů spadá do druhého stupně škály, to znamená, že je třeba hodnotit jejich vztah k území jednotlivých dotčených jurisdikcí *ad hoc*. I z tohoto důvodu se stále množí případy, kdy precedenční rozhodnutí Zippo nelze použít jako základ pro argumentaci<sup>136</sup>. Lze tedy v této otázce poněkud pesimisticky uzavřít, že univerzálně použitelná teorie určení *loci delicti* v současné době schází a pravděpodobně ještě nějakou dobu scházet bude<sup>137</sup>.

Příklady známkových sporů, sporů z práv na ochranu osobnosti a další případy sporného zásahu do subjektivních soukromých práv na internetu ukazují, že i relativně jednoduchá škodní událost může znamenat co do určení jurisdikce a rozhodného práva obtížný právní problém. I v situaci, kdy státy intenzivně spolupracují a ochotně se omezují ve výkonu soukromoprávní jurisdikce, jsou tedy otázky místa vzniku škody respektive místa výskytu škodního jednání často překážkou faktické působnosti státního práva.

Na rozdíl od shora popsaných problémů trestního či správního práva však lze v tomto případě řešit mezinárodní harmonizaci mnohem snadněji, a to dokonce i v rovině pouhé interpretace. Někteří autoři se pokoušejí prosadit pro konkrétní otázky řešení formou přímo použitelných mnohostranných mezinárodních úmluv zakládajících pro internet zvláštní typy hraničních určovatелů.<sup>138</sup> Mezinárodní spolupráce však v tomto případě nemusí mít nutně charakter složitě dosažitelných mezinárodních smluv. K efektivní realizaci práva zde totiž

<sup>135</sup> Rozhodnutí referenční číslo 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997) - plný text rozhodnutí viz např. na adrese <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/domain/dncases/zippo.htm>

<sup>136</sup> K tomu srov. např. Awoyemi, B. *Zippo is dying, should it be dead? The exercise of personal jurisdiction by U.S. federal courts over non-domiciliary defendants in trademark infringement lawsuits arising out of cyberspace.* *Marquette Intellectual Property Law Review*, ročník 9, číslo 1, str. 37 a násl.

<sup>137</sup> Srov. např. Yokoyama, D. T. *You Can't Always Use the Zippo Code: The Fallacy of a Uniform Theory of Internet Personal Jurisdiction.* *DePaul Law Review*, číslo 54, str. 1146 a násl.

<sup>138</sup> Z nejvýznamnějších iniciativ můžeme jmenovat například návrh úmluvy o příslušnosti ve věcech ochrany osobnosti, který na konferenci *Cyberspace 2005* představil australský expert švédského původu Dan Svantesson. Svou představu později konkretizoval v monografii Svantesson, D. *Private International Law and the Internet*, Alpen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, str. 353 a násl.

postačí i jen souladný postup soudů v interpretaci a aplikaci stávajících hraničních určovatelů<sup>139</sup>. Byť ani v tomto případě zřejmě nebude jednoduché donutit například francouzské soudy, aby aplikovaly funkční kvalifikaci namísto extenzivní ochrany domácích subjektů, může v tomto směru dojít k pozitivní změně s mnohem menším úsilím respektive s menší mírou nutnosti rezignovat na domácí právní standardy.

Jako kritérium interpretačně nahrazující prostorové určení státních hranic na internetu se v tomto případě nabízí na prvním místě doménové jméno. Koncepce virtuálních hranic států vymezených logickým kritériem (v tomto případě národní doménou první úrovně) je z teoretického hlediska velmi lákavá<sup>140</sup>. Reflektuje totiž již zmíněný fakt, že jakákoli delimitace působnosti práva v kyberprostoru je prakticky nezávislá na prostorových hranicích jednotlivých států<sup>141</sup>. Aktuálně se o alternativní interpretaci logických delimitačních kritérií hovoří především v souvislosti s hraničním určovatelem typu jiná provozovna (other establishment)<sup>142</sup>, ale stejně dobře může být použit i u dalších problematických určovatelů v čele s výše diskutovaným vysoce problematickým určovatelem *locus delicti*.

### 5.10 Writ k internetovému právu (*lex informatica*)<sup>143</sup>

Když Patrick Glenn líčí důvody vzniku common law<sup>144</sup>, soustředí se především na nepoměr mezi kvalitou zvykového práva anglosaského a kulturně vyspělejšího práva normanských dobyvatelů. Skutečnost, že anglosaské kmeny začaly používat normanské právo (přesněji právo vytvářené normanskými soudci), totiž nebyla jen důsledkem aplikace násilného donucení, ale též dobrovolné jeho recepce společností. Normanské právo se tak sice prosadilo autoritativně, to však jen v nejzávažnějších otázkách, tj. např. u hrdelních zločinů nebo fiskálních záležitostí. Jeho aplikace v méně závažných případech však již často byla záležitostí svobodné volby jeho adresátů – ti se k němu totiž kvůli jeho vyšší kvalitě s čím dál tím větší oblibou odvolávali<sup>145</sup>.

Hledání lepšího (roz. kvalitnějšího) práva stojí ve své podstatě i za vznikem parapravního řádu označovaného jako *lex mercatoria*<sup>146</sup>. Potřeba transparentních, předvídatelných a materiálně rozumných pravidel pro každodenní mezinárodní obchodní styk se totiž

<sup>139</sup> Relativně novým fenoménem je v tomto směru institut zaměření delokalizované informace k území určitého státu – srov. např. Knoblochová, V. Obchodní nabídka na internetu – zaměřená činnost obchodníka? *Jurisprudence*, 2011, číslo 1, str. 33 nebo Lyčka, M. Prammer: Internetová nabídka služeb směřuje na konkrétní členský stát když..., *Jurisprudence*, 2011, číslo 3, str. 27.

<sup>140</sup> Dokonce se v tomto směru objevují i vizionářské studie předpokládající virtualizaci nejen státních hranic, ale i souvisejících funkcionalit jako například osobních dokladů nebo cestovních pasů – srov. Bernam, P.S. The Globalization of Jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, číslo 151, str. 378 a násl. – v takovém případě by bylo možno užití logické delimitace jurisdikcí a rozhodného práva i v případě osobních hraničních určovatelů, tj. typicky u určovatele typu *patria*.

<sup>141</sup> Toto tvrzení lze přitom podepřít argumenty nejen technickými ale i sociologickými – srov. Bernam, P.S. The Globalization of Jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, číslo 151, str. 417 a násl.

<sup>142</sup> Srov. Bogdan, M. Internet and Private International Law, in Polčák R. a kol. *Introduction to ICT Law (selected issues)*. Brno: Masarykova univerzita, 2007, str. 26 a násl.

<sup>143</sup> Termín *lex informatica* zřejmě poprvé použili pro označení parapravního řádu informační sítě Van Boom, W. H., Van Erp, J. H. M. *Electronic Highways: On the Road to Liability*, in Bekkers, V. J. J. M., Nouwt, J., Koops, B. J. *Emerging electronic highways: new challenges for politics and law*, The Hague: Kluwers Law International, 1996, str. 153.

<sup>144</sup> Viz GLENN, P. *Legal Traditions of the World*. New York: Oxford University Press, 2004, str. 224.

<sup>145</sup> Aplikace normanského práva probíhala při odvolání (to nemělo charakter opravného prostředku, ale žádosti o přímou aplikaci tohoto právního řádu) na základě tradičního institutu, takzvaného writu. Ten se v angloamerickém právu používá dodnes, byť je jeho význam v současné době nikoli hmotněprávní ale pouze procesní.

<sup>146</sup> K pojmu a mechanismu tvorby *legis mercatoriae* viz např. Rozehnalová, N. *Závazky ze smluv a jejich právní režim*, Brno: Masarykova univerzita, 2010, str. 53 a násl., 228 a násl.

s postupujícím významem mezinárodního obchodu tvrdě střetává s komplikovaností, nestálostí, malou předvídatelností a často i s prostou ekonomickou iracionalitou národních právních řádů. Obchodní komunita tak má v této situaci tendenci vytvářet taková pravidla, která by nebyla zatížena standardním funkčním marasmem národních právních úprav, přitom byla materiálně akceptovatelná a v aplikaci i dostatečně efektivní. Úvahy o tom, zda je takový paralelní řád pravidel vlastně možno považovat za platné právo, nejsou v tomto směru nikterak podstatné<sup>147</sup> – důležité je, že se komunita těmito objektivními pozitivními pravidly řídí a současně je jejich dodržování efektivně vynucováno.

Jak vyplývá ze shora provedeného výkladu, trpí státní pozitivní právo ve vztahu k internetovým sociálním vztahům hned několika podstatnými deficity. Vedle standardních problémů, jakými jsou právě zmíněná složitost nebo značná volatilita, jde v první řadě o problém chybějící ekonomické efektivity<sup>148</sup> a faktické působnosti či Fullerovými slovy o nesouladnost „mezi úředním postupem a deklarovaným pravidlem.“ Vedle mezinárodní spolupráce států respektive součinnosti států s definičními autoritami se tedy k zachování práva jako organizačního společenského mechanismu nabízí i v tomto případě ještě odvolávka k jinému řádu pravidel vykazujících až na státní původ znaky pozitivního práva<sup>149</sup>.

Teorie paralelního práva informační společnosti, tj. specifického práva síťové komunity, je stejně stará jako komunita sama. Autonomně kodifikovaná a vynucovaná pravidla na bázi *netiquette*<sup>150</sup> nebo třeba výše zmíněná reakce komunity USENET na pokusy o spamming jsou jasným důkazem skutečnosti, že autonomní normotvorba je prostředí informačních sítí přirozeně vlastní.

Vznik skutečné *legis informaticae* mající podobně jako v případě *legis mercatoriae* až na státní původ znaky platného práva, je spojen s nástupem fenoménu, který si jako první vyžádal rozsáhlou soukromoprávní pozornost – doménových jmen. Označení, která se z původně zamýšlené mnemotechnické pomůcky vyvinula v jednu z nejhodnotnějších informačních komodit, se brzy stala předmětem ekonomické aktivity a jí podněceného zvýšeného právního zájmu. Spory z doménových jmen tak jsou prvními případy, kdy se pozitivní státní právo pouští do regulace síťové informační komodity.

Právo doménových jmen se na základě četných soukromoprávních sporů začalo původně vyvíjet především v USA. Spory se však ve značné frekvenci začaly vyskytovat i v Evropě a dokonce i Česká republika, kde je výskyt sporů v oboru práva ICT stále ještě minimální, má na základě různých sporných doménových situací dnes vybudovanou solidní doménovou judikaturu. I přes to však stále docházelo k případům, kdy bylo především vzhledem ke shora popsané problematické působnosti práva na internetu fakticky či ekonomicky nemožné ochránit práva nebo oprávněné zájmy subjektů. Nešlo ani tak o to, že by právo na tuto ochranu materiálně nestačilo – často jde o *soft cases* prosté ochrany práv na označení, práv

<sup>147</sup> Zajímavou diskusi této otázky viz např. v *libri amicorum Reynolds, F. M. B. Lex mercatoria: essays on international commercial law in honour of Francis Reynolds*, London: LLP, 2000, z českých publikací viz např. Rozhnalová, N, Střelec, K. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, *lex mercatoria* a odvaha k aplikaci, *Časopis pro právní vědu a praxi Brno*, roč. 12, číslo 1, str. 48.

<sup>148</sup> Řadu příkladů ekonomicky neefektivního působení státního práva v porovnání s autonomními pravidly předkládá článek Perritt, H. H., *Cyberspace Self-Government: Town Hall Democracy or Rediscovered Royalism*, *Berkeley Technology Law Journal*, roč. 12, číslo 2, str. 419.

<sup>149</sup> Srov. Mefford, A. *Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, roč. 5, číslo 1, str. 211.

<sup>150</sup> K vývoji obsahu *netiquette* a jí podobných pravidel viz např. Scheuermann, L., Taylor, G. *Netiquette, Internet Research*, roč. 7, číslo 4, str. 269.



k firmě apod. – ale spíše o problém přeshraniční jeho aplikace. Těžko se tedy, zjednodušeně řečeno, brání generické doménové jméno v hodnotě desetitisíců korun registrované v USA proti rušiteli se sídlem v Singapuru.

Velké množství sporů střední nebo menší hodnoty, jejichž řešení bylo vzhledem k ekonomickým a formálním překážkám prakticky nemožné, vedlo mimo jiné i k masivnímu rozvoji nejrůznějších forem perverzní ekonomické tvořivosti, jako jsou cybersquatting, domain grabbing aj<sup>151</sup>. Ve snaze eliminovat tyto chaotizující momenty doménové praxe přišla centrální doménová autorita ICANN s alternativním řešením sporů ve formě pravidel rozhodčího řízení zahrnujících vedle procesní úpravy též autonomní hmotněprávní úpravu<sup>152</sup>. Zjednodušeně řečeno se tak subjekt registrující doménové jméno zavazuje registrací mimo jiné i k tomu, že strpí odebrání (převod) tohoto doménového jména v případě, že rozhodce konstatuje naplnění podmínek autonomního doménového práva.

Doménové právo pro spory z generických doménových jmen není nikterak složité – sestává prakticky ze tří kumulativních podmínek, jejichž naplnění vede ke zrušení nebo převodu registrace doménového jména<sup>153</sup>. Rozhodce pak tyto podmínky v doménovém řízení pouze ověřuje a ve formulaci výroku je omezen na převod doménového jména, zrušení registrace nebo zamítnutí žaloby (nelze dokonce ani přiznat náklady řízení). Autonomní doménové právo je tedy ve své podstatě velmi jednoduché, přitom však transparentní, předvídatelné a jak ukázala praxe i dostatečně schopné vypořádat se s řadou negativních jevů vyskytujících se v doménové praxi<sup>154</sup>.

Samotné doménové řízení se pak sice označuje jako rozhodčí řízení, nevykazuje však parametry požadované mezinárodním právem ani národními právními řády států, kde se fakticky koná<sup>155</sup>. Výsledkem celé procedury je rozhodnutí (nález) vydané na základě triviálního soft law, které nemá dle řady názorů ani charakter pravomocného rozhodnutí uznatelného státním soudem a vykonatelného za užití státního donucení. Může se tedy zdát, že celé doménové právo i doménové řízení jsou v porovnání s platným státním právem jen jakousi dětskou hrou na právo a jeho instituce. Přes to všechno jde v současné době o nejefektivnější způsob řešení sporů z generických doménových jmen, kterým jsou ročně rozhodnuty tisíce případů. Na rozdíl od národního práva totiž vedle jednoduchosti, rychlosti a relativní láce vyniká především faktickou efektivitou – přestože tedy nemá rozhodčí nález vydaný rozhodcem některého z akreditovaných center povahu pravomocného rozhodčího nálezu ani soudního rozhodnutí, je doménovou autoritou bez zásahu státních orgánů automaticky vykonán<sup>156</sup>.

---

<sup>151</sup> K pojmům viz např. Mercer, J. D. *Cybersquatting: Blackmail on the Information Superhighway*, Boston University Journal of Science and Technology Law, číslo 6, str. 207.

<sup>152</sup> Podrobnou studii vývoje pravidel a sporné agendy obsahuje monografie Lindsay, D. *International domain name law: ICANN and the UDRP*, Oxford: Hart Publishing, 2007.

<sup>153</sup> Popis procedury, struktury podání a analýzu doménové judikatury viz v učebnici Bettinger, T., Willoughby, T., Abel, S. M. *Domain name law and practice: an international handbook*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

<sup>154</sup> Pro srovnání s klasickým soudním řízením viz Magee, J. *Domain Name Disputes: An Assessment of the UDRP as against Traditional Litigation*, University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy, roč. 2003, str. 203.

<sup>155</sup> Základním problémem je v tomto směru existence souhlasu stran s rozhodčí doložkou nebo dohodou o rozhodci – tuto otázku diskutují s odlišnými závěry články Ware, S. *Domain-Name Arbitration in the Arbitration-Law Context: Consent to, and Fairness in, the UDRP*, Journal of Small and Emerging Business Law, číslo 6, str. 129 nebo Hestermeyer, H. P. *Invalidity of ICANN's UDRP under National Law*, Minnesota Intellectual Property Review, roč. 3, číslo 1.

<sup>156</sup> Je pak sice možné tento „výkon rozhodnutí“ napadnout u místně příslušného soudu doménové autority, možnost úspěchu je však v takovém případě kvůli fakticky uznané kvalitě rozhodovací praxe akreditovaných rozhodčích soudů pouze teoretická.

Na příkladu doménových sporů lze demonstrovat, jaký význam má role definiční autority v otázce faktické platnosti a působnosti práva. Přestože v tomto případě vzniká parapravní řád zcela mimo dosah Leviathana, není pochyb o tom, že příslušná pravidla fakticky existují a materiálně platí<sup>157</sup>. Klíčem faktické platnosti tedy v tomto případě není normativní vůle státu, přičemž to však státům nikterak zvlášť nevádí. Americké soudy, které jako jediné mohou uplatnit přímo svou jurisdikci nad centrální doménovou autoritou, tak zasahují proti rozhodcím nálezům jen velmi sporadicky.<sup>158</sup> Státy se dokonce nepřímou podílejí na fungování doménových soudů – nejpobulárnější z nich, tj. zvláštní doménový panel při WIPO<sup>159</sup>, byl zřízen mezivládní organizací a druhý evropský doménový tribunál je zvláštním panelem rozhodčího soudu založeného zákonem České republiky<sup>160</sup>.

Dalším příkladem faktického a masivního fungování *legis informaticae* je řešení sporů mezi uživateli rozsáhlých služeb typu peer to peer. Největší světový aukční portál eBay tak nabízí svým uživatelům při vzájemném sporu možnost řešení prostřednictvím autonomního systému hodnocení sporné situace dalšími zasloužilými uživateli nebo zvlášť přizvaným nezávislým mediátorem. Tento systém, který pod označením SquareTrade provozuje nezávislý komerční subjekt, řeší ročně naprosto autonomně několik milionů (!) drobných uživatelských sporů.

Jako v případě doménového řízení by i zde bylo možno namítnout, že nejde o rozhodování v pravém slova smyslu, neboť výstup nemá charakter rozhodčího nálezu ani vykonatelného soudního rozhodnutí. Atribut právní moci je však v tomto případě irelevantní, neboť výkon je proveden samotnou službou (dojde například se snížení ratingu uživatele) či dokonce dobrovolně uživateli, kterým je uložena nějaká povinnost<sup>161</sup>. Tam, kde by k „výkonu rozhodnutí“ díky zásahu definiční autority nebo dobré vůle povinného nedošlo, nemá smysl o autoritativním zapojení státních orgánů vůbec uvažovat – hodnota sporů je totiž obvykle tak malá, že činí jakékoli zapojení státních represivních orgánů (nota bene často na velkou vzdálenost) prakticky nemožným.

Vytváření autonomních enkláv *legis informaticae* je možno vidět jako přirozenou reakci na funkční deficit v působnosti státního práva, ale také jako komerční využití příležitosti poskytnuté dezorientovaným Leviathanem a jeho bezradným zaměstnancem Rexem<sup>162</sup>. Důvodem, proč doménové autority nebo poskytovatelé komunitních služeb vytvářejí a spravují autonomní systémy pro řešení uživatelských sporů, je totiž nejen snaha po zvýšení uživatelského komfortu, ale rovněž snaha definičních autorit dostat pod kontrolu spornou agendu nad vlastní službou. Z toho pak plyne i zřejmá finanční úspora – pokud jsou spory

<sup>157</sup> Faktickou platnost jim propůjčuje právě vazba na příslušnou definiční autoritu, která tato pravidla sankcionuje – viz *Lex Informatica*: Reidenberg, J. R. The Formulation of Information Policy Rules through Technology, *Texas Law Review*, roč. 76, číslo 3, str. 553.

<sup>158</sup> Jeden z mála typických případů popisuje Amanda Rohrer v článku Rohrer, A. UDRP Arbitration Decisions Overridden: How Sallen Undermines the System, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, číslo 18, str. 563.

<sup>159</sup> Hlavní portál zvláštního panelu je na adrese <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>.

<sup>160</sup> On-line platforma pro rozhodování sporů je na adrese <http://www.adr.eu/> - tato platforma slouží pro doménové řízení u generických doménových jmen i pro rozhodčí řízení u doménových jmen s evropskou doménou první úrovně.

<sup>161</sup> Pokud by uživatel svoji povinnost nesplnil dobrovolně, hrozí mu vyřazení z komunity – příslušnost ke komunitě má v tomto případě pro uživatele takovou hodnotu, že je ochoten strpět i drobnou ztrátu případně malé ponížení (pokud například sám cítí, že bylo vůči němu rozhodnuto nespravedlivě) – srov. např. Gonzales, A. G. eBay Law: The legal implications of the C2C electronic commerce model, *Computer Law & Security Report*, roč. 19, číslo 6, str. 468 a násl.

<sup>162</sup> Na řadě evropských příkladů tuto situaci ilustruje Franz Mayer v článku Mayer, F. C. Europe and the Internet: The Old World and the New Medium, *European Journal of International Law*, roč. 11, číslo 1, str. 149 a násl. Kulturní a společenskou dimenzi přesunu těžiště rozhodování ze soudů k alternativním formám vysvětluje za užití antropologických metod Oscar Chase v práci Chase, O. *Law, Culture and Ritual*, New York: New York University Press, 2005, str. 94 a násl.

řešeny systémem spravovaným definiční autoritou, nehrozí, že by z takového sporu musela sama autorita cokoli plnit<sup>163</sup> nebo že by na jeho vedení mohla mít nějaké vlastní náklady.

Jak vyplývá z výše uvedených příkladů, je existence *legis informaticae* evidentní a její další rozvoj je za současného stavu faktické působnosti státního práva nezadržitelný. Skutečnost, že jednotlivé soubory pravidel *legis informaticae* prakticky fungují a zvyšují míru (právní) jistoty a uživatelského bezpečí internetových transakcí, však sama o sobě neznamená, že by se státy měly s tímto vývojem bez dalšího spokojit a přenechat internetovému paraprávnímu řádu místo univerzálního normativního systému<sup>164</sup>.

Není v tomto směru pochyb o tom, že *lex informatica* je nadmíru prakticky užitečným regulačním modelem<sup>165</sup>. Připomínkou Radbruchovy struktury účelů práva však dospíváme k poznání, že smyslem platného práva není jen praktická (ekonomická) užitečnost, ale též právní jistota a spravedlnost. Právní jistotou přitom je třeba myslet nikoli jen stabilitu platného práva, ale též jistotu racionálního řešení<sup>166</sup>. Za spravedlnost pak je třeba doplnit vše, co Jhering označuje za kořeny právního systému<sup>167</sup>.

Ekonomicky motivovaný systém pravidel tedy sice může prakticky bezezbytku plnit kritérium praktické použitelnosti a částečně i kritérium rigidity<sup>168</sup>. Všechny ostatní aspekty struktury základních účelů práva však již jsou v takovém systému z podstaty upozaděny<sup>169</sup>.

Generická implementace kompletní struktury účelů práva do *legis informaticae* by byla z podstaty věci možná pouze v případě, pokud by kontrolu nad tvorbou a implementací těchto pravidel převzal stát<sup>170</sup>. Takové řešení je však z důvodů popsanych v této kapitole prakticky nemožné. Nabízí se tedy alternativa takového výkonu státní moci (samozřejmě za předpokladu spolupráce států s ISP a mezinárodní spolupráce), který se co do jurisdikce omezí pouze na poskytovatele služeb on-line řešení sporů a restriktivním způsobem bude

<sup>163</sup> Ve standardních uživatelských sporech může definiční autorita, tj. zde poskytovatel služby, vystupovat jako druhý žalovaný. Typickým příkladem je právě postavení doménových autorit ve sporech o doménová jména – k tomu viz následující kapitola.

<sup>164</sup> Tuto tezi lze argumentovat dokonce i z libertariánské pozice – stát totiž v tomto případě neustupuje svobodě, ale regulaci, byť tato nemá charakter skutečné regulace právní, ale omezení svobody vůlí soukromníka nebo nestátní komunity – srov. Netanel, N. W. Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory, *California Law Review*, číslo 88, str. 483.

<sup>165</sup> Pro ekonomickou analýzu práva je vzhledem k jejímu zaměření na aspekt praktické použitelnosti (efektivity) dokonce obecně výhodnější než státní právní regulace – srov. Trachtman, J. Cyberspace, Modernism, Jurisdiction and Sovereignty, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, roč. 5, číslo 2, str. 580.

<sup>166</sup> Skutečnost, že by v tomto případě nemělo jít jen o racionalitu ve smyslu výběru ekonomicky nejrozumnější alternativy akcentuje ve vztahu k ICANN článek Halpern, M. Mehrotra, A. K. From International Treaties to Internet Norms: The Evolution of International Trademark Disputes in the Internet Age, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, roč. 21, číslo 3, str. 560.

<sup>167</sup> Potřebou spravedlnosti je v tomto případě též zajištění ochrany nedistributivních společenských hodnot. Řada historických příkladů dokládá, že především v tomto aspektu je úloha státu nezastupitelná jednotlivci nebo nestátními korporacemi. Steven McGeady v této souvislosti přirovnává vývoj globální informační společnosti k evropské reformaci – i zde se totiž z počátečního opojení svobodou společnost dostala do stadia, kdy bylo zřejmé, že další její zachování a rozvoj jsou možné pouze při aplikaci alespoň elementárních prvků státního zřízení. Viz McGeady, S. The Digital Reformation: Total Freedom, Risk and Responsibility, *Harvard Journal of Law and Technology*, roč. 10, číslo 1, str. 137.

<sup>168</sup> Na skutečnost, že jistota není nutným atributem ekonomické efektivity, upozorňuje Josef Bejček v práci Bejček, J. Ekonomický přístup k (soukromému) právu, in Hurdík, J., Fiala, J., Selucká, M. Tradice a inovace v občanském právu, Brno: Masarykova univerzita, 2007, str. 81.

<sup>169</sup> Problému nedostatečnosti nahrazení státního práva soukromým (byť ekonomicky efektivním) právním řádem se detailně věnuje i jeden z vedoucích činitelů American Law Institute a špičkový právní komparatista Paul Schiff Bermann ve svém článku Bermann, P. S. Cyberspace and the State Action Debate: The cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation, *University of Colorado Law Review*, číslo 71, str. 1263.

<sup>170</sup> K nezastupitelné organizační funkci státu viz např. Holländer, P. Základy všeobecné státovědy, Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, str. 101.

ošetřovat situace, kdy v jejich činnosti ekonomická efektivita příliš převáží nad ostatními základními účely práva<sup>171</sup>. Namísto tvorby alternativ nebo zákazů *legis informaticae* by se tedy dle našeho názoru mělo státní právo orientovat na subjekty, které *lex informatica* vytvářejí a implementují, sledovat jejich činnost a aktivně zasahovat pouze tam, kde se jejich normotvorná a implementační praxe ocitne mimo strukturu základních účelů práva. Je třeba si rovněž přiznat, že jakékoli jiné řešení prosazení normativní vůle státu proti *legis informaticae* je ze shora uvedených důvodů v současné době nereálné<sup>172</sup>.

## 5.11 Shrnutí kapitoly

V této kapitole jsme se věnovali proměnám v základních noetických rysech práva na internetu, tj. v otázkách jeho platnosti a působnosti. Provedli jsme analýzu regulační metody organizace v porovnání s anarchickou organizací (samoorganizací) a dospěli jsme k závěru, že metoda organizace přímo nesouvisí s metodologickou distinkcí mezi přirozenoprávním nebo právně pozitivistickým přístupem k právu. K zajištění organizace lze tedy u obou přístupů použít jak regulační, tak i anarchické tvorby organizujících informací.

Konstatovali jsme rovněž nezastupitelnou roli regulace prostřednictvím uměle vytvářených pravidel. Empiricky prokazatelná chaotizace internetu v tomto případě vytváří společenskou objednávku a zároveň implicitně (v konkrétních případech dokonce i explicitně) legitimuje užití právotvorné a výkonné moci.

V analýze a diskusi otázek souvisejících s působností práva jsme vycházeli z elementárního požadavku na shodu hmoty s faktickou realizací, který je společný pozitivněprávním i přirozenoprávním přístupům. Dospěli jsme v tomto směru k závěru, že stávající kritéria působnosti práva vytvářejí při pokusech o efektivní uplatnění státního práva na internetu fatální faktický deficit prokazující platnost třetího Barlowova argumentu. Jako možný způsob řešení jsme pak diskutovali synergii státních zájmů se zájmy definičních autorit ze soukromého a občanského sektoru v kombinaci s pragmatickou mezinárodní spoluprací.

Problematické mezinárodní spolupráce při zajištění faktické působnosti státního práva na internetu jsme věnovali zvláštní pozornost, přičemž jsme odděleně diskutovali otázky působnosti trestního, správního a soukromého práva. Dospěli jsme v tomto směru k obecnému závěru, že faktickou působnost práva na internetu a zachování státní suverenity je možno v řadě případů docílit pouze prostřednictvím rezignace na dokonalou aplikaci státního práva a akceptace kompromisních mezinárodně přijatelných a vynutitelných kolaborativních řešení.

V poslední podkapitole jsme se pak věnovali možnosti nahrazení státního či mezinárodního práva autonomním právním řádem vytvořeným definičními autoritami internetu. Konstatovali jsme v tomto směru faktickou existenci *legis informaticae*, jakož i jeho značnou efektivitu a z ní pramenící obecnou oblibu. Vzhledem k jednostranné teleologii *legis informaticae* však jsme argumentovali potřebu doplnění struktury jejích účelů i o standardně chápanou právní jistotu a spravedlnost. Konstatovali jsme, že funkční deficity

---

<sup>171</sup> Před rezignací na kontrolu vyvážení mezi ekonomickou efektivitou a zbývajícímu dominantnímu účely práva respektive před slučováním ekonomických motivů a motivů politické moci důrazně varuje Holländer v práci Holländer, P. Filipika proti redukcionismu. Bratislava: Kaligram, 2009, str. 66.

<sup>172</sup> Jednotlivé možnosti co do vztahu státního práva a *legis mercatoriae* diskutuje ve své práci i Naděžda Rozehnalová. Poukazuje přitom na skutečnost, že stát v řadě případů využívá vývoje *legis mercatoriae* a inkorporuje ji přímo nebo prostřednictvím rozhodovací praxe soudů do svého práva – viz Rozehnalová, N. Závazky ze smluv a jejich právní režim, Brno: Masarykova univerzita, 2010, str. 241.

platného státního a částečně též mezinárodního práva neumožňují právu plně pokrýt nebo převzít materii pod současnou a budoucí působností *legis mercatoriae*, avšak za užití dvou podmínek faktické platnosti práva na internetu, tj. synergie s definičními autoritami a mezinárodní spolupráce, je možné zajistit restriktivní kontrolu tvorby a výkonu *legis mercatoriae* prostřednictvím efektivního uplatnění jurisdikce nad příslušnými jejími institucemi (definičními autoritami).