

12 Distributivní práva k informacím

12.1 Informační práva

Přes stále častější pokusy udělat z právnických fakult učiliště pro čtenáře zákonů se v Evropě stále daří držet povinnou výuku římského práva. Tento postrach studentů a často též pohříchu jeden z mála skutečně právnických předmětů v úvodních fázích studia všeobecného práva je zaměřen především na základní systematiku právních pravidel a jejich pojmosloví.

Doba, kdy vznikal obsah současných učebních osnov, však se od doby, kdy se římské právo praktikovalo, lišila v tom nejpodstatnějším. Zatímco totiž byla primárním objektem římského práva republika, je naše právo směřováno k jinému centrálnímu objektu – k člověku. Těžko soudit, zda centralita člověka jako dominantní myšlenka euroatlantické civilizace rozšířila se a zakotvila díky křesťanským filozofickým fundamentům¹ nebo díky Kantovi, který ji jednoznačně přednesl a logicky argumentoval.² Každopádně je třeba k jakémukoli právnímu pravidlu dnes systematicky přistupovat prostřednictvím této základní maximy platného práva.

Skutečnost, že ve středu zájmu současného našeho práva je člověk, se projevuje nejen ve struktuře platného práva, kde ústřední roli hrají lidská práva, ale též v nejrůznějších partikulárních hmotněprávních nebo procesních institutech. Například i na první pohled banální otázky právního režimu regionálních bloků u DVD přehrávačů nebo jailbreakingu populárního telefonu iPhone je tedy třeba posuzovat s ohledem na to, že středobodem veškerých právních (právnických) úvah musí být nutně člověk.

Centralitu člověka je třeba šetřit i v případě informačních práv, tj. práv k nejrůznějším typům informací. Tato práva mají různý charakter, původ i režim právní ochrany – spojuje je však skutečnost, že jejich subjektem je člověk a sekundárním objektem je nehmotná kategorie informace. Může vypadat jako projev elementárního nedostatku systematiky, pokud se budeme nadále zabývat současně právem na informace, ochranou soukromí nebo autorským právem. Byť ale mají všechny tyto instituty zcela odlišný původ, historii a liší se i jejich praxe včetně institucionálního zajištění, jejich axiologická podstata je identická – jde totiž o člověka a jeho poměr k informacím.³

Snaha práva pojmut informace a podrobit je právnímu režimu je vcelku pradávna. I již zmíněné římské právo tak pracovalo s konceptem reputace jako informační sféry člověka a trestalo neoprávněné zásahy.⁴ Vždy však šlo o partikulární instituty, které chránily různé typy informací a přebíraly základní axiologii podoborů, do nichž spadaly. Tehdejší informační a komunikační technologie byly navíc natolik těžkopádné a jejich užití natolik obtížné, že praktická manipulace s ochrannými instituty mohla spoléhat na faktickou (fyzickou) dostupnost informačních prostředků respektive na fyzické donucení jako na určující kritéria pro aplikaci práva v rámci příslušné jurisdikce.⁵

¹ Srov. GLENN, P. *Legal Traditions of the World*. New York : Oxford University Press, 2004, str. 143 a násl.

² Srov. WOOD, A. *Kantian Ethics*. Cambridge : Cambridge University Press, 2008, str. 85.

³ Fundamentální rozdíl mezi orientací euroatlantického práva a jiných právních kultur působí mimo jiné i kontradikce a regulatorní laby v oboru ochrany duševního vlastnictví. Skutečnost, že Čína tradičně orientuje své právo směrem k prospěchu společnosti a jednotě celku, je podle řady komparatistických studií důvodem, proč v této oblasti doposud uspokojivě nefunguje mezinárodní spolupráce (to i přes existenci harmonizačních úmluv) – srov. BINKERT, B. Why the Current Global Intellectual Property Framework Under TRIPS Is Not Working. *Intellectual Property Law Bulletin*. 2005-2006, č. 10, str. 146.

⁴ Zajímavé v tomto směru je, že nárok proti zásahu do dobré pověsti měl člověk pouze tehdy, pokud mu újma byla způsobena úmyslně – k tomu srov. De VILLIERS, M. Roman Law of Defamation. *Law Quarterly Review*. 1918, č. 34, str. 412.

⁵ Paul Goldstein v tomto směru trefně poznamenává, že „autorské právo je dítětem technologie“ – srov. GOLDSTEIN, P. Copyright in the New Information Age. *Catholic University Law Review*. 1990-1991, str. 829.

Právě z důvodu vazby informace k nosiči a kvůli technické náročnosti informačních transakcí často nebylo nutno ani žádné ochranné instituty zavádět. Například technická náročnost výroby Bible kralické byla na počátku šestnáctého století taková, že prakticky znemožňovala pirátskou reprodukci – každá kopie by totiž v tomto případě přišla na srovnatelné peníze, jako sám originál. Nějaká autorskoprávní ochrana navíc v takovém případě stejně neměla smysl – směšná je totiž představa, že by se překladatelé z Jednoty bratrské nějak bránili tomu, že jejich dílo, kterým se pokoutně snažili vzdělat český lid, někdo vlastním nákladem reprodukuje a rozšiřuje.

V jednom z nejčastěji citovaných textů týkajících se informačních práv člověka popisují Samuel Warren a Luis Brandeis charakter proměn práva a argumentují důležitost nového chápání informačních práv slovy (překlad RP): „*Politické, společenské a ekonomické změny jsou následovány poznáním nových práv a věčně mladé common law roste, aby nadále plnilo společenské potřeby. Proto v dávných dobách poskytovalo právo ochranu pouze v případě ohrožení života a vlastnictví, tj. pro případy narušení vi et armis. Právo na život tak chránilo subjekt pouze před různým fyzickým útokem, svoboda znamenala ochranu před fyzickým omezením a vlastnické právo chránilo jednotlivci jeho území a dobytek. Později přišlo poznání duševní podstaty člověka, jeho pocitů a intelektu. S postupem času se pak rozsah těchto práv rozšiřoval. Dnes dostalo právo na život charakter práva užívat si života – práva být nechán na pokoji, právo na svobodu zajišťuje výkon rozsáhlých občanských svobod a pojem ‚vlastnictví‘ se rozrostl a zahrnuje všechny možné formy majetku – nehmotného i hmotného.*“⁶

Pomineme-li otázku politického působení člověka a s tím souvisejících věčných informačních problémů (právo veřejně hovořit, právo na ochranu dobré pověsti apod.), začala být otázka informačních práv aktuální v situaci, kdy se reprodukce a šíření informací staly technicky dostupnějšími. Ochrana byla v takovém případě vedena jednak potřebou chránit investice (typicky u autorského práva) nebo z jiného důvodu restriktivně chránit objektivně existující informace (typicky u ochrany soukromí). Jiná větev informačních práv, tj. průmyslová práva duševního vlastnictví, pak se začala rozvíjet na základě toho, že se exponenciálně vyvíjelo množství informací účelně vkládaných do hmoty tak, že výsledek pak plnil nějakou sofistikovanou funkci – právo pak mělo ochránit investici do tvorby takové informace a motivovat k tomu, aby se zušlechťování hmoty dále průmyslově rozvíjelo (typicky formou patentů).

Nejdůležitějšími současnými instituty chránícími informace tak jsou:

- Svoboda projevu (vč. svobody vědeckého bádání)
- Soukromí (vč. ochrany osobnosti a práva na soukromý život – viz dále)
- Právo na vzdělání
- Ochrana osobních údajů
- Právo na informace veřejného sektoru (vč. práva na další užití těchto informací)
- Práva duševního vlastnictví
- Know-how
- Obchodní tajemství
- Nezapsaná označení (např. reklamní slogany chráněné právem proti nekalé soutěži)
- Utajované informace

Kromě systematiky zohledňující zařazení shora uvedených ochranných institutů do struktury platného práva můžeme jejich vnímání pragmaticky zjednodušit též prostřednictvím funkční klasifikace. Je v tomto směru očividné, že se informačních transakcí neúčastní jen lidé, ale též právníkové osoby, stát a v čím dál větší míře i autonomně fungující umělé systémy.

⁶ Viz WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*. 1890-1891, č. 4, str. 195.

Vzhledem k základní orientaci systému právních pravidel na člověka však považujeme za vhodné upřednostnit v systematické klasifikaci právě toto hledisko. Ve vztahu k člověku tedy můžeme rozeznávat práva:

- Získávat informace (tj. přijímat informace z vnějšího prostředí)
- Mít informace (tj. mít je pod kontrolou případně je zpracovávat)
- Tvořit a komunikovat informace

Všechny shora vyjmenované instituty lze kompletně zařadit do uvedených tří kategorií. V některých případech je možno příslušný ochranný institut zcela zahrnout do jedné z nich, zatímco jiné instituty jsou rozprostřeny po více kategoriích záraz. Právo na vzdělání nebo právo na informace veřejného sektoru tak je příkladně právem získávat informace. Ochrana osobních údajů se primárně týká práva mít informace a částečně také práva je komunikovat, zatímco autorské právo zasahuje záraz hned do všech tří kategorií.

Ochranné instituty mají kromě toho, že sestávají z komponent subjektivních práv tvořit (komunikovat), kontrolovat a získávat informace společně ještě to, že konstruuji vzhledem ke svým adresátům distributivní práva. Znamená to, že z právních pravidel plynou konkrétní oprávnění či povinnosti konkrétním subjektům, to mimo jiné i s důsledkem možného uplatnění jejich individualizované soudní ochrany.

Otázka distributivnosti jednoho z informačních práv byla v řadě případů i předmětem rozhodování našeho Ústavního soudu. V případě, kde se uchazeč o studium na vysoké škole domáhal soudní přezkoumatelnosti rozhodnutí rektora o přijetí ke studiu, byl charakter práva na vzdělání rozhodující pro posouzení akcesorického práva na soudní ochranu. Soud tenkrát rozhodl v neprospěch stěžovatele a soudní přezkum tím nebyl umožněn. Tato interpretační praxe však již byla změněna aktuální legislativou i judikaturou, která právu na vzdělání přisuzuje distributivní charakter, a to včetně práva na soudní ochranu individuálních oprávnění. Jako rozhodující se tak nakonec ukázal být argument původně obsažený v odlišném stanovisku cit. rozhodnutí, z něhož vybíráme: „*Ústavní úprava postavení jedince ve společnosti obsahuje ochranu individuálních práv a svobod, jakož i ochranu veřejných statků (public goods, kolektive Güter). Rozdíl mezi nimi spočívá v jejich distributivnosti. Pro veřejné statky je typické, že prospěch z nich je nedělitelný a lidé nemohou být vyloučeni z jeho požívání. Příklady veřejných statků jsou národní bezpečnost, veřejný pořádek, zdravé životní prostředí. Veřejným statkem se tudíž určitý aspekt lidské existence stává za podmínky, kdy není možno jej pojmově, věcně i právně rozložit na části a tyto přiřadit jednotlivcům jako podíly. (-) Pro základní práva a svobody je, na rozdíl veřejných statků, typická jejich distributivnost. Aspekty lidské existence, jakými jsou např. osobní svoboda, svoboda projevu, účast v politickém dění a s tím spjaté volební právo, právo zastávat veřejné funkce, právo sdružovat se v politických stranách atd., lze pojmově, věcně i právně členit na části a tyto přiřadit jednotlivcům. (-) Podmínkou existence základního práva nebo svobody je možnost jeho konkretizace a individualizace. V případě studia na vysoké škole tyto znaky vymezit lze, a to následujícím způsobem: Obsahem základního práva na vysokoškolské vzdělání je nikoli pouze právo ucházet se o studium na vysoké škole, nýbrž i právo být přijat ke studiu a právo studovat na vysoké škole, a to na základě splnění školou (nebo státem) předem stanovených podmínek, rovnosti šancí a tím i práva na využití objektivizovatelných možností vysoké školy.“⁷ Byť šlo v tomto případě o disentanční stanovisko, Ústavní soud jej postupem času převzal do své judikatury a první část citované pasáže se tak pravidelně objevuje v judikatuře v případech, kdy je otázkou distributivnost některého ze základních práv.⁸*

Shora vyjmenovaná informační práva konstruuji individuální oprávnění konkrétním subjektům a požívají individualizované právní ochrany. Nároky plynoucí z informačních práv

⁷ Viz náleží pléna Ústavního soudu ze dne 3.4.1996, č.j. Pl.ÚS 32/95, 112/1996 Sb., N 26/5 SbNU 215. Dostupné z: <www.nalus.usoud.cz>.

⁸ Srov. např. náleží Ústavního soudu ze dne 9. 10. 1996, č.j. Pl. ÚS 15/96, 280/1996 Sb., N 99/6 SbNU 213. Dostupné z: <www.nalus.usoud.cz> a náleží Ústavního soudu 21. 3. 2002, č.j. III. ÚS 256/01, N 37/25 SbNU 287. Dostupné z: <www.nalus.usoud.cz> nebo náleží Ústavního soudu 27.8.2002, č.j. I. ÚS 625/01. Dostupné z: <www.nalus.usoud.cz>.

mohou mít v první řadě charakter subjektivních oprávnění tvořit (komunikovat), kontrolovat nebo přijímat informace.

Jak jsme argumentovali v páté a šesté kapitole, je uplatnění možností soudní (státní) ochrany těchto práv na internetu silně limitováno faktickými okolnostmi souvisejícími s delokalizací a jurisdikčním konfliktem. Možnost individualizované ochrany informačních práv je tedy v řadě případů čistě teoretická. To však samo o sobě neznamená, že by v důsledku faktických deficitů působnosti práva měla být informační oprávnění automaticky přehodnocena. V dalším výkladu se tedy zaměříme na vybraná informační práva nikoli z pohledu jejich praktické vynutitelnosti ale z hlediska jejich obsahové stability. Pokusíme se v tomto směru pojmenovat proměny, které zaznamenala a zaznamenává axiologie těchto práv v souvislosti s přesunem podstatné části společenského života do prostředí internetu. Ze shora vyjmenovaných ochranných institutů se budeme podrobněji věnovat vlastnickým právům k informacím a skupině práv společně označovaných jako právo na informační sebeurčení.

12.2 Axiologie vlastnictví k informacím

Polský historik, emigrant a pozdější poradce Ronalda Reagana Richard Pipes dává ve svém kapitalistickém manifestu⁹ do přímé souvislosti institut vlastnictví se svobodou. Dovojuje, že svobodná společnost může být pouze taková, kde vlastnictví není omezováno a kde stát do výkonu vlastnických oprávnění prakticky nezasahuje (jen je bezvýhradně chrání). Na příkladech socialistického a komunistického diktátu nachází přímé implikace mezi politickým systémem a mírou ochrany vlastnického práva. Za vrcholně nebezpečné pak označuje tendence k erozi vlastnictví, rovnostářství nebo ke státnímu direktivismu,¹⁰ zatímco prioritní ochranu vlastnictví bere za projev základní lidské přirozenosti, jejímž dominantním motivem je chtivost.¹¹

Příklady, které Pipes vybírá k prokázání vztahu mezi vlastnictvím a svobodou, však nezahrnují kompletní historii lidstva – soustředí se totiž prakticky výlučně na poválečnou euroatlantickou civilizaci a v tomto rámci pak prakticky jen na rozdíly mezi socialistickým a kapitalistickým zřízením. Pomíjí přitom současné příklady neoliberálních zejména arabských či postsovětských diktatur, kde jediným typem svobody je právě státem chráněná svoboda vlastnictví respektive státy, kde má důsledná ochrana vlastnictví chránit majetek nakradený v době politické transformace nebo jiných společenských změn.

Druhým problémem Pipesova díla pak je vnitřní kontradiktornost, přičemž na jedné straně dovojuje nutnost minimalizace státního působení na společnost, přitom však bezvýhradně žádá o nekompromisní státní zásah tam, kde je porušováno vlastnické právo. V tomto směru je rovněž třeba se ptát, co je zrovna na vlastnickém právu v porovnání s ostatními distributivními právy tak specifické a výjimečné, aby si právě toto právo zasloužilo (na úkor ostatních) takovou pozornost státu, *nota bene* v Pipesově pojetí pozornost výlučnou.

Třetím problémem Pipesovy knihy je skutečnost, že instituty vlastnického práva považuje za přirozené a nediskutuje o jejich racionalitě nebo o alternativách. Například vlastnictví půdy je ale v tomto směru možno vnímat jako velmi problematické – institut vzniklý z evropské historické nutnosti je totiž možno podrobit jednoduché racionální kritice, jak to udělal například i náčelník Seattle ve své údajné odpovědi na nabídku ke koupi území obývaného jeho kmenem.¹²

⁹ Viz PIPES, R. *Vlastnictví a svoboda*, přel. Bednář, L. Praha : Argo, 2008.

¹⁰ Viz tamtéž, str. 281.

¹¹ Viz tamtéž, str. 78. Je v tomto směru zajímavé, že na prakticky stejných tezích, tj. na přirozené chtivosti, stojí filozoficky zcela opačná pozice marxistická.

¹² O autentičnosti Seattlova dopisu prezidentu Pierceovi z roku 1855 se stále vedou spory. Bez ohledu na to, zda respektive do jaké míry se jedná o věrný přepis, obsahuje text řadu racionálních argumentů proti konceptu vlastnictví půdy. K projevům náčelníka Seattla a jejich aktuálním dopadu na euroatlantickou právní kulturu viz např. WILSON, P. S. What Chief Seattle Said. *Environmental Law*. 1992, č. 22, str. 1451.

Ještě problematičtější, než je otázka racionality pozemkového vlastnictví, jeví se problém vlastnického vztahu k informaci. Sporné přitom není jen to, zda je vhodnější v souvislosti s právy k výsledkům informační aktivity jednotlivce (tvůrčí činnosti) užívat pojmu duševní vlastnictví nebo nehmotný majetek¹³ – mnohem závažnější je totiž otázka přirozené adekvátnosti vlastnické ochrany informace.¹⁴

Má-li být skutečně vlastnický chráněna informace, musí mít taková ochrana ve výše naznačeném smyslu především charakter absolutního práva tuto informaci mít (tj. kontrolovat – *ius possidendi*) – z něj se pak odvíjí též oprávnění s informací disponovat (*ius disponendi*), nebo informaci zničit (*ius abutendi*). Toho lze samozřejmě snadno dosáhnout v situaci, kdy je informace vázána na hmotný podklad, neboť jeho kontrolu a dispozici lze zabezpečit standardními postupy. Tam, kde je informace nedělitelně spojitelná s hmotným nosičem, lze ji skrýt do skříně nebo spálit v krbu.¹⁵

Díky informačním a komunikačním technologiím a veřejně široce dostupné celosvětové informační síti je však možno nejen teoreticky ale jednoduše prakticky oddělit informaci od jejího hmotného zachycení.¹⁶ Vzhledem k praktické absenci omezení datovou kapacitou ji pak lze libovolně přenášet, ukládat či kopírovat. Technická realizace *ius possidendi* je tedy značně problematická a v praxi mimo jiné i z důvodů limitů platnosti a působnosti práva na internetu jen obtížně dosažitelná. Informaci lze totiž nejen libovolně kopírovat, ale i umisťovat ji tak, že je sice všeobecně dostupná, avšak je mimo dosah efektivní jurisdikce státu, který by se snažil chránit *ius possidendi* jejího vlastníka.

Filozoficky možná ještě závažnější paradox hovořící proti *ius possidendi* ve vztahu k informaci se váže k podstatě informace jako ke *conditionis sine quae non* samotné existence života. Hovoří-li Pipes o přirozeném nakódování člověka ke chtivosti nebo Ridley o kódem dané soutěživosti,¹⁷ nelze opomenout skutečnost, že tento kód je ve své podstatě informací. Přirozenost organizačního působení informace, jakož i přirozenost její tendence k dalšímu šíření, je pak možno vidět jako fundament stojící ve srovnání s lidskou chtivostí a soutěživostí ještě o řád výše. Přirovnáme-li tedy lidskou chtivost a soutěživost k základům domu, je tendence informace k šíření a organizování plánem, dle kterého byly tyto základy původně zbudovány a co je v nich tedy implicitně obsaženo.

Restriktivní koncepci informačního vlastnictví nezpochybňuje jen přirozená tendence informace k šíření ale v komplexním měřítku též implicitní hodnoty informační společnosti, které jsme rozebrali v předchozí kapitole, tj. svoboda a solidarita. Z toho můžeme dovodit, že tam, kde se právo snaží upravit *ius possidendi* ve vztahu k informaci, je taková snaha kontradiktorní nejen k fakticitě informace a současným technickým možnostem jejího zpracování, ale dokonce i k její filozofické podstatě. Právní úprava *ius possidendi informationis* je tedy za současného stavu techniky a filozofického poznání prakticky nemožná a logicky nesmyslná.¹⁸

¹³ K tomu srov. diskusi TELEČ, I. *Tvůrčí práva duševního vlastnictví*. Brno : Doplněk, 1994, str. 15.

¹⁴ Problém krátce, ale velmi trefně, popisuje David Evans v recenzi EVANS, D. E. Who Owns Ideas? *Foreign Affairs*. 2002, č. 81, str. 160.

¹⁵ Z hlediska soutěžního práva rozebírá vztah hmotné podstaty a informace Mark Patterson. Jeho analýza se zaměřuje nejen na hmotné zachycení původní myšlenky, ale též na hmotu, která je opakovaně přetvářena díky téže informaci (tj. produkce kopií v případě autorských děl nebo výroba strojů s patentovaným mechanismem) – viz PATTERSON, M. R. When is Property Intellectual? The Leveraging Problem. *Southern California Law Review*. 1999-2000, č. 73, str. 1133.

¹⁶ Marshall Leaffer předpovídal, že kromě oddělení informace od jejího nosiče bude autorské právo zatíženo též nepostižitelnou možností permanentních změn informace, která ze stejného důvodu nebude fixována v čase – srov. LEAFFER, M. Protecting Authors' Rights in a Digital Age. *University of Toledo Law Review*. 1995-1996, č. 27, str. 7.

¹⁷ Srov. RIDLEY, M. *Genom*, přel. Müller, I. Praha : Portál, 2001, str. 97.

¹⁸ Aniž by disponoval našimi dnešními zkušenostmi, vyzývá v polovině devadesátých let minulého století James Boyle ve své práci k tomu, aby byl koncept informačního vlastnictví podroben testu racionality, jakož i filozofické a technické přípustnosti. Podobně, jako autoři věnující se problematice autorského práva (viz dále), odmítá Boyle vztah mezi svobodou a informačním vlastnictvím a vyzývá liberální teorii ke zdůvodnění koncepce informačního vlastnictví alespoň do té míry, jako

Výše uvedenému odpovídá i etická reflexe vlastnických informačních institutů, zejména pak autorského práva. Ve snaze o udržení autorského práva založeného právě na restriktivním *iuris possidendi* jsou zastánci této doktríny používány v souvislosti s neautorizovaným užitím informací výrazy jako „krádež.“¹⁹ Dokonce i nejedna veřejná kampaň přirovnává kopírování a sdílení autorskoprávně chráněných informací ke krádežím reálných věcí.²⁰ Společenský dopad takových kampaní je však minimální, neboť faktická i filozofická rovina přirovnání mezi zásahem do kontroly nad věcí a nad informací, jak uvedeno shora, elementárně nesouhlasí.²¹

Fakticky vzato tedy nelze srovnávat například krádež automobilu s „krádeží“ ve formě sdílení hudebního alba na internetu. Podstatou krádeže a její společenské nemravnosti totiž je především protiprávní odnětí věci jejímu právoplatnému majiteli – dojde-li ke krádeži auta, spočívá nejzávažnější újma v tom, že právoplatný vlastník, zjednodušeně řečeno, již auto, které si dříve pořídil, prostě nemá. Pokud bychom však měli přirovnat tuto situaci ke „krádeži“ duševního vlastnictví, musela by vypadat, tak, že by si „zloděj“ auto od jeho vlastníka prostě s jeho souhlasem okopíroval. Újma by v tomto případě prakticky vznikla pouze automobilce, která by trčila zisk z prodeje originálu - otázkou samozřejmě je, zda by si „zloděj“, pokud by neměl možnost automobil takto „ukrást“, skutečně pořídil nový vůz právě od příslušné automobilky, *nota bene* často za přemrštěnou pořizovací cenu neodpovídající vždy jeho užitné hodnotě. Terminologie, kterou jsme právě použili, navíc není zcela přesná, neboť zlodějem by v tomto případě nebyl ten, kdo auto okopírováním získal, ale ten, kdo mu takové jednání umožnil (tj. jeho právoplatný vlastník, který si jej původně koupil od výrobce) a který ze svého jednání nemá kromě dobrého pocitu žádný subjektivní prospěch.

Kontradiktorností informačního vlastnictví v oboru autorského práva se zabývá i americký konstitucionalista Lawrence Lessig. Připomíná v tomto směru aktivitu Americké filmové asociace (Motion Picture Association of America – MPAA) a sugestivní projev jejího prezidenta a skvělého řečníka Jacka Valentioho, který při slyšení v americkém Kongresu v roce 1981 prohlásil (překlad RP): „*Majitelům duševního vlastnictví musí být přiznána stejná práva a stejné prostředky ochrany, které mají všichni ostatní vlastníci v tomto národě. Tak to celé stojí. To je ta otázka. A to je základ, na kterém celé toto slyšení a následující debata musí zůstat.*“²²

Lessig se sice sklání před lobbyistickým uměním Valentioho, avšak poukazuje na základní chybu v jeho úvaze o rovnosti duševního a reálného vlastnictví – mezi oběma typy vlastnictví je totiž nejen shora popsán filozofické, ale též historické kritérium specifikace. Lessig píše (překlad RP): „*V této kapitole jsem si dal za cíl přesvědčit vás o dvou věcech. Zaprvé, že z historického hlediska je Valentioho požadavek absolutně chybný. Za druhé pak, že by byla strašná chyba odmítnout v tomto případě naši historii. Vždy jsme totiž posuzovali práva k výsledkům tvůrčí činnosti jinak než práva přiznaná všem ostatním vlastníkům. Tato práva nikdy nebyla stejná a nikdy stejná být nesmí. Jakkoli to může znít nesmyslně, postavit tato práva naroveň by znamenalo zásadním způsobem oslabit možnosti nových tvůrců tvořit.*“²³

odůvodňuje koncepci vlastnictví reálného – viz BOYLE, J. *Shamans, Software & Spleens*. Cambridge : Harvard University Press, 1996, str. 49.

¹⁹ Výrazy jako „krádež“ nebo „zloděj“ se v odborné literatuře vyskytují v souvislosti s autorským právem jen sporadicky. Jejich výskyt totiž spíše než odbornou kvalitu zpravidla indikuje autorovo osobní nadšení z restriktivní ochrany autorských práv – srov. TOWNER, H. Copyright Law on the Information Superhighway: A Critical Analysis of the Proposed Amendments to the Copyright Act. *Regent University Law Review*. 1996, č. 7, str. 292.

²⁰ Je poněkud zvláštní, že tato kampaň se objevuje tam, kde je příslušný informační obsah prezentován plně v souladu s vůlí vykonavatelů majetkových práv autorských, tj. například v kině nebo na „originálních“ DVD nosičích. Konzument filmu, přestože způsobně platí vše, co po něm vydavatel požaduje, musí shlédnout instruktážní video, které jej *de facto* osočuje z krádeže. Je to něco podobného, jako kdyby se majitel nového vozu musel při startování stále dokola dozvídat z instruktážního videa o nebezpečí nákupu auta z druhé ruky – srov. např. kampaň České protipirátské unie na stránkách <www.filmnejsouzadarmo.cz>.

²¹ Tarleton Gillespie označuje tuto situaci jako efektivní frustraci a jízlivě podotýká, že v právu duševního vlastnictví by měl být tu a tam vedle podnikatelského zájmu investorů (nakladatelů) zohledňován i zájem konzumentů (uživatelů) – srov. GILLESPIE, T. *Wired Shut – Copyright and the Shape of Digital Culture*. Cambridge : MIT Press, 2007, str. 242.

²² Viz LESSIG, L. *FreeCulture*. New York : Penguin Press, 2004, str. 117.

²³ Viz tamtéž, str. 118.

Je v tomto směru poněkud s podivem, že se debata ohledně srovnání autorského práva s vlastnickými instituty ještě vůbec vede. Neadekvátnost analogické aplikace vlastnických práv na informace totiž neplyne jen z aktuálního rozeznání informace jako svébytného sekundárního objektu právních vztahů, ale i z dříve řešených konfliktů mezi autorským právem a tradičními komponentami informačního sebeurčení (viz dále), zejména pak svobody projevu. Stephen Zimmermann tak v roce 1983 píše (překlad RP): „*Soudy občas mátlly právní vědce označováním autorských práv jako vlastnictví. Podíváme-li se však na judikaturu Nejvyššího soudu [USA – dop. R.P.], docházíme k závěru, že soud považuje autorská práva spíše za regulativní koncept, byť na něj tu a tam aplikuje vlastnické pojmy.*“²⁴ Zajímavé je, že ohledně nesrovnatelnosti kategorií reálného a duševního vlastnictví panuje jinak velmi vzácná shoda mezi představiteli různých směrů v právním myšlení. Pojímání duševního vlastnictví analogicky k reálnému tak shodně omítají zastánci historického přístupu, neomarxisté i přívrženci ekonomické analýzy práva.²⁵

Nepřímo se k otázce ochrany autorského práva a kritérií specifikace mezi touto ochranou a ochranou reálného vlastnictví vyjádřil i náš Ústavní soud. V případě, kdy bylo předmětem sporu placení poplatků kolektivnímu správci (viz dále) a kde majitel baru vyjádřil přesvědčení, že vymáhání těchto poplatků je zásadně nespravedlivé, soud uvedl: „*Je evidentní, že stěžovatel kolektivním správcům autorských práv neplatil za užití autorsky chráněných děl nejen pro pouhou neznalost autorského práva, ale bral věc jako principiální spor a formu protestu proti poplatkům, které pokládal, byť mylně, za protiprávní a nemorální. Tento stěžovatelův postoj k věci byl výrazným rysem celého případu a má bezpochyby vypovídací hodnotu, pokud jde o společenskou nebezpečnost spáchaného činu.*“²⁶ Podobný závěr by soud jistě nemohl učinit v případě, pokud by stěžovatel například ukradl automobil s poukazem na to, že jde o principiální spor a že ochranu vlastnického práva považuje na amorální.²⁷

Proti *iuris possidendi informationis* hovoří i v předchozí kapitole vyložená základní axiologie informační společnosti, za jejíž centrální prvky jsme označili svobodu a solidaritu. Právě solidarita se v případě informací projevuje typicky tím, že má člověk přirozenou tendenci předat organizující informaci dál (a zajišťovat tím další snižování entropie ostatních a zprostředkovaně celého společenství). Sdílení informací tedy je v tomto směru přirozeným projevem informačního charakteru společnosti a, jak jsme uvedli v předchozí kapitole, je velmi obtížné klást jeho přirozenosti jakékoli překážky včetně právních.²⁸

Právě uvedené nemá být v žádném případě chápáno jako nějaké anarchistické či komunistické diktum nebo jako filipika proti vlastnickému právu. Absence jakéhokoli absolutního práva k informaci (ať už jej nazýváme vlastnictvím, majetkem nebo jinak) by ve svém důsledku vedla v dnešní společnosti k demotivaci těch, kteří tyto informace vytvářejí.²⁹ To by rovněž ohrozilo celou řadu odvětví, která jsou na tvorbě informací přímo založena, od

²⁴ Viz ZIMMERMANN, S. S. A regulatory Theory of Copyright: Avoiding a First Amendment Conflict. *Emory Law Journal*. 1986, č. 35, str. 183.

²⁵ Na počátku tohoto století spolu na stránkách Texas Law Review svedli bouřlivou debatu o rozdílech mezi duševním a reálným vlastnictvím Mark Lemley a John Duffy. Logická i ekonomická kontradiktornost Duffyho argumentů, na kterou Lemley poukázal, se v doktríně i praxi opakovaně objevuje. To však pouze u právníků, které přímo nebo zprostředkovaně živí restriktivní ochrana autorského práva – srov. LEMLEY, M. A. What's different about Intellectual Property? *Texas Law Review*. 2003-2004, č. 83, str. 1097. Tento text byl zakončením polemiky zahájené článkem LEMLEY, M. Property, Intellectual Property and Free Riding. *Texas Law Review*. 2004-2005, č. 83, str. 1031, na který odpověděl John Duffy článkem DUFFY, J. Intellectual Property Isolationism and the Average Costs Thesis. *Texas Law Review*. 2004-2005, č. 83, str. 1077.

²⁶ Viz náleze Ústavního soudu ze dne 12. 10. 2006, č.j. I. ÚS 69/06, N 186/43 SbNU 129. Dostupné z: <www.nalus.usoud.cz>.

²⁷ Ke kolizi etické a právní platnosti práva v souvislosti s informačními restrikcemi viz též SOBEK, T. *Nemorální právo*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, str. 41.

²⁸ Za základní společenskou hodnotu považuje solidaritu i Udo Di Fabio. Dochází k závěru, že vzájemnost je jedním z přirozených projevů rovnosti – viz Di FABIO, U. *Kultura svobody*, přel. Šedová, L. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2009, str. 165.

²⁹ Srov. LEAFFER, M. Protecting Author's Rights in a Digital Age. *University of Toledo Law Review*. 1995-1996, č. 27, str. 5.

kreativních oborů uměleckých přes technické vynálezeckví až například po vědeckou produkci.³⁰

Právě tato kreativní odvětví tvoří základ současného úspěchu euroatlantické civilizace a představují i její nejvýznamnější bohatství.³¹ Není to tedy vojenská ani ekonomická síla, zásoba surovin nebo politická zručnost, co prosazuje takzvanou západní kulturu mezi jihoamerickými, africkými nebo asijskými národy, ale právě produkty nedostižného euroatlantického kreativního potenciálu. Jeho využíváním a dalším zušlechťováním se navíc drobnými kroky přibližujeme k pravé (informační) podstatě života – rozvoj informační společnosti a jejích nejrůznějších kreativních oborů je tedy, jak jsme popsali v předchozí kapitole, přirozený a v komplexní efektu bezvýhradně prospěšný.

Právo je tak v tomto případě postaveno před složitý úkol. Na jedné straně je třeba ochránit výsledky informačních aktivit tak, aby byli jejich původci za svou snahu náležitě odměněni,³² na straně druhé však je nemožné a protismyslné zakládat ochranu na *iuris possidendi* k informaci.³³ Klíč k pochopení možností řešení této složité situace tkví podle našeho názoru v doposud málo využitém potenciálu dalších aspektů vlastnického práva společně s odlišnou orientací subjektivní a institucionální.³⁴

Právo kontroly nad vytvořenou informací, tj. *ius possidendi* ve spojení s *iuris disponendi* a *iuris abutendi*, sice představují v současné době základ autorskopravní ochrany objektivně vnímatelných výstupů tvůrčí činnosti – katalog oprávnění vázících se přičitatelně k informaci je však širší. Autor tak může svého díla sám užívat (*ius utendi* – toto oprávnění je z podstaty samozřejmé, proto není třeba se jím nijak zvlášť zabývat), především však má ale autor právo na to brát užítky z díla (*ius fruendi*).

Pravá proměna těžiště vlastnictví informací v porovnání s reálným vlastnictvím tkví právě v tom, že zájem původce informace (jejího vlastníka) není ve své podstatě na tom, aby měl informaci pod kontrolou, ale aby z ní měl možnost brát užitek, který tato informace nese.³⁵ Dokonce lze konstatovat, že aplikace *iuris possidendi*, tj. v praxi restrikce v šíření informace, je pro autora kontraproduktivní, neboť větší její rozšíření nese s sebou též větší efekt jejího užítku (restrikce naopak tomuto užítku brání).

Jak jsme naznačili shora, není sice přirozené klást šíření informací nějaké právní překážky, naproti tomu není nic proti přirozenosti člověka nebo proti nátuře informace, pokud je tvůrce organizující informace za pozitivní efekt své práce náležitě odměněn. Úprava *iuris fruendi informationis* tedy nekoliduje s podstatou informace ani s povahou informační společnosti.³⁶ Přirozenost ochrany užítku v porovnání s nepřirozeností restriktivní ochrany *iuris possidendi* se částečně projevuje i v současné komerční právní praxi. Komerční vymahači vlastnických

³⁰ Shora zmíněné paradoxy přitom ohrožují autorské právo jako takové – zřejmá kolize mezi formální platností stávajícího autorského práva na jedné straně a jeho etickou, respektive sociální platností na straně druhé může v důsledku znamenat fatální nedostatek legitimacy autorskopravní ochrany jako takové. K problému kolize platností viz ALEXÝ, R. *Pojem a platnost práva*, přel. Holländer, P. Bratislava : Kaligram, 2009, str. 119.

³¹ Srov. LEAFFER, M. Protecting Author's Rights in a Digital Age. *University of Toledo Law Review*. 1995-1996, č. 27, str. 2.

³² Problém napětí mezi restriktivností duševního vlastnictví a jeho obecnou ekonomickou efektivitou diskutuje v kontextu soutěžních vztahů Josef Bejček. Jako jeden z přirozených korekčních nástrojů v tomto směru vidí dynamiku technologického rozvoje – viz BEJČEK, J. *Soutěžní politika a říze v evropském kontextu*. Brno : Masarykova univerzita, 2010, str. 194 a násl.

³³ Z českých publikací srov. např. jednoduchou, ale přesnou diskusi – POŽÁR, J. *Informační bezpečnost*. Plzeň : Aleš Čeněk, 2005, str. 280.

³⁴ Právě uvedené platí pro přímou ochranu užítku z informací, jakož i pro harmonizační úpravu mezinárodním právem veřejným – srov. GOLDSTEIN, P. *International Intellectual Property Law – Texts, Cases, Materiále*. New York : foundation Press, 2008, str. 82.

³⁵ Srov. HAJN, P. K souběhu práva autorského a práva proti nekalé soutěži. In ZOUFALÝ, V. (ed.) *Karlovarské právníké dny*. Praha : Leges, 2011, str. 31 a násl.

³⁶ Sofistikovaný model ochrany autorských práv zaměřený na *iuris fruendi* a postavený na analogii s cennými papíry nabízí John Gabala ml. v článku GABALA, J. M. *Intellectual Alchemy: Securitization of Intellectual Property As an Innovative Form of Alternative Financing*. *John Marshall Review of Intellectual Property Law*. 2003-2004, roč. 3, č. 2 str. 307.

informačních práv, ať už jde o práva autorská nebo například o patenty,³⁷ se systematicky snaží dosáhnout nikoli restrikcí ale užitku – jejich zájmem tedy je, aby byl příslušný produkt co nejlepší a co nejvíce rozšířen mezi uživateli. Počet aplikací a jejich hodnota totiž hrají určující roli při stanovení výše plnění vymáhaného však nikoli jako odměna za použití duševního vlastnictví ale jako náhrada škody. Nároky na zastavení prodeje nebo na stažení příslušných produktů z oběhu, jsou přitom vznášeny jen velmi výjimečně (patentový troll totiž není až tak hloupý, aby si restriktivní akcí omezoval zdroj vlastních, byť zpravidla nezasloužených, příjmů).³⁸

Axiologická proměna autorského práva má ještě dva další podstatné aspekty, a to subjektivní a institucionální orientaci. Přestože by měl být dominantním subjektem zájmu autorského práva autor, je jím ve skutečnosti vykonavatel majetkových práv autorských. Je to tedy subjekt, který investuje do kreativní produkce a tu pak dál komerčně zužitkovává. Autor, vzhledem k tomu, že nemá finanční ani jiné prostředky k tomu, aby mohl ošetřit svá práva a zajistit svému dílu náležitou distribuci, je tedy ke kreativní produkci motivován nikoli přímo, ale prostřednictvím vydavatele (investora).

De facto je tedy dnešní autorské právo spíše právem vydavatelským.³⁹ To s sebou samozřejmě nese i řadu problematických vedlejších efektů. Snahou vydavatele je samozřejmě docílit co největšího užitku tím, že vydá autorské dílo a inkasuje z něj plynoucí ekonomický prospěch. Ekonomicky ideální pak je situace, kdy lze z jednoho autorského díla těžit nekonečně, tj. není třeba investovat do tvorby nových děl a formou marginálních nákladů pouze šířit to stávající – namísto kreativní produkce tedy restriktivní autorská ochrana formou *iuris possidendi* motivuje vydavatele, aby se spíše než tvorbě nových a ještě skvělejších děl věnoval obraně před tím, aby takové nebo podobné dílo někdo nevytvořil a neumístil na trh.⁴⁰

Zaměření motivace k vydavateli má i další negativní efekty – téma či námět kreativní produkce totiž často neurčuje autor, ale právě vydavatel. Intuitivní schopnosti autora jsou tak v tomto případě co do volby látky výrazně omezeny a dominuje úvaha vydavatele i stran toho, co se bude nejlépe prodávat (respektive co si vydavatel sám myslí, že se bude nejlépe prodávat).

Proti právě uvedenému by se nabízel argument, že totiž autor není v současné době vázán na spolupráci s vydavatelem – může totiž využít služeb informační společnosti a své dílo vytvořit a rozšířit bez toho, aby se nutně musel zavazovat vydavateli. Nejde však v tomto případě o to, zda je technicky možné rozšířit kvalitní informaci, ale o to, jak je autor za její kvalitu ve výsledku odměněn, tj. jakým způsobem může autor kvalitu svého díla zužítkovat. Přestože se již objevily některé alternativní modely,⁴¹ zůstává jediný právně zakotvený a prakticky dostupný způsob zužitkování autorského díla, a to právě prostřednictvím spolupráce s vydavatelem. Ve stávajícím systému zužitkování autorských děl založeném na platném autorském právu tedy nemá autor, pokud se nechce po většinu svého času věnovat budování a

³⁷ Pro jednotlivce a společnosti, které se živí skupováním patentů a jejich následným vymáháním po nic netušících producentech, se vžilo nelichotivé označení „patentový troll.“ Tento pojem odkazuje k pohádkovým bytostem vyznačujícím se hloupostí, ohromnou silou a velkou palicí, které nedělají nic užitečného a jen mlátí a děsí ostatní.

³⁸ V patentovém právu jsou restriktivní nároky používány zpravidla jako nástroj hospodářské soutěže – patent pak v takovém případě prakticky chrání nedotknutelnost technologického monopolu. K tomu srov. PATTERSON, M. R. When is Property Intellectual? *The Leveraging Problem*, *Southern California Law Review*. 1999-2000, č. 73, str. 1149.

³⁹ Skutečnost, že spokojenost konzumenta autorských děl je definičně svázána s ekonomickou spokojeností vydavatele, zdůraznil v závěru své přednášky věnované budoucnosti technické ochrany autorských práv Paul Goldstein – viz GOLDSTEIN, P. Copyright and its Substitutes. *Wisconsin Law Review*. 1997, str. 871.

⁴⁰ Nabízí se v tomto případě i paralela s patentovým právem – výrobce léků nemá ekonomický zájem na tom, aby vyvinul ještě lepší léčivo odvozené ze svého stávajícího produktu, a to po dobu trvání patentové ochrany. Vývoj léků či spíše jejich nasazování na trh je tak uměle brzděno pravidelnými prodlevami odpovídajícími délkou patentové ochrany.

⁴¹ Jedním z takových modelů je psaní knih na pokračování s výběrem odměny přímo od čtenářů. Autor tak vždy zpřístupní k volnému stažení část díla (typicky kapitolu) a oznámí výběr příspěvků na zpřístupnění další části. Až čtenáři postupně složí požadovaný obnos, uvolní autor další kapitulu atd.

údržbě vlastního *modu fruendi*, jinou standardní možností, než zužít své dílo vydavatelským způsobem.

Zajímavou alternativu nabízí ve své knize *The Pirates Dilema* Matt Mason.⁴² Popisuje v ní jeden z případů, kdy vydavatelská korporace vznikla jen jaksi mimochodem a jejím cílem nebylo zhodnocovat investice ale poskytnout možnost umělcům k tomu, aby nemuseli podléhat diktátu nahrávacích společností a přitom mohli materiálně těžit ze své kreativní práce. Dle Masonova názoru tak je prakticky možno proměnit autorská práva přirozeným vyměněním těch, kdo sází na jejich restriktivní ochranu. Je totiž v tomto směru přirozené, že se kvalitní kreativní produkce bude stahovat okolo obchodních modelů, které budou založeny na svobodě informací a pro něž bude primárním zájmem *ius fruendi*. Mastodonti z řad vydavatelů zakládajících svůj obchodní model na restrikcích pak postupně vymřou a vzhledem k tomu, že nebude, kdo by restriktivní složku autorského práva aplikoval, vyjde tato z užívání.

Poslední axiologickou proměnu autorského práva můžeme vidět v jeho institucionálním zajištění. Původně centrální institucí autorského práva byl stát respektive suverén. Nešlo však v tomto případě ani tak o materiální užitek z autorských děl, jako spíše o kontrolu nad jejich produkcí. Jedni z prvních rušitelů autorského (nakladatelského) práva na našem území tak byli již zmínění příslušníci Jednoty bratrské, kteří svůj překlad Bible tiskli tajně, tj. bez potřebných vrchnostenských povolení. Až nepoměrně později se pak stát dostává do role ochránce informačního vlastnictví, a to včetně shora kritizovaného *iuris possidendi informationis*.

Nesmýslnost opomíjení kritérií specifikace mezi duševním majetkem a reálným vlastnictvím lze v tomto směru demonstrovat i na úloze státu při ochraně příslušných práv. Ochrana reálného vlastnictví má v první řadě charakter ochrany *iuris possidendi* – stát předně dbá na to, aby oprávněný vlastník věci nebyl vlastnictvím zbaven. Podobně konstruovaná ochrana vykonavatele majetkových práv autorských však nemá charakter přímého zásahu proti odebrání věci nebo práva (tj. zabránění *damni emergentis*), ale spíše ochrany obchodních zájmů či obchodního modelu (tj. bránění v šíření díla a vymáhání *lucris cessantis*).⁴³

Typicky jako neadekvátní se pak tam, kde má být vymáháno *ius possidendi* vykonavatelů majetkových práv autorských, jeví být uplatnění trestní represe. K tomu dochází v současné době i v případech, kdy jsou autorská díla nevýdělečně a vzájemně sdílěna uživateli služeb informační společnosti. Poukaz vykonavatelů majetkových práv autorských na materiální škody je přitom často problematický – přestože soudy s touto skutkovou argumentací často souhlasí, nelze v žádném případě tvrdit, že počet stažení příslušného díla je roven počtu potenciálně prodaných kopií.⁴⁴

K problematice trestní represe jako *ultimae rationis* postihu za zásah do autorského práva se vyjádřil náš Ústavní soud ve shora cit. rozhodnutí. Konstatoval v něm, že trestní represi nelze zneužívat k tomu, aby si vymahač majetkových práv autorských usnadňoval řešení běžné obchodní agendy využitím iniciativně jednajícího státního aparátu. Soud k tomu doslova uvedl: „Trestní právo tak nemůže sloužit jako prostředek nahrazující ochranu práv a právních zájmů jednotlivce v oblasti soukromoprávních vztahů, kde závisí především na individuální aktivitě jednotlivce, aby střežil svá práva, jimž má soudní moc poskytovat ochranu, ve smyslu zásady *„vigilantibus iura scripta sunt (-)Ústavní soud má též za nutné připomenout postavení kolektivních správců autorských práv. V projednávané věci autorské svazy spor se stěžovatelem neřešily cestou občanskoprávní, nýbrž ve věci podaly trestní oznámení, ač jsou profesionálními organizacemi předurčenými k odbornému hájení práv autorů. Ústavní soud je toho*

⁴² Viz MASON, M. *The Pirate's Dilema*. London : Penguin Books, 2008, str. 9 a násl., resp. 134 a násl.

⁴³ Prioritu vymáhání užítu před restrikcemi zdůrazňuje i Christian Camarce v článku CAMARCE, C. A. Harmonization of International Copyright Protection in the Internet Age. *McGeorge Global Business & Development Law Journal*. 2006, č. 19, str. 464.

⁴⁴ Je, slušně řečeno, bláhové domnívat se, že lidé, kteří si stáhnou hudební skladbu, by v případě její takové nedostupnosti šli do obchodu a zaplatili několik stokerun za CD. Jako nehorázný pak se jeví takový přístup ke kalkulaci ušlého zisku, který počítá nikoli jen s autorskoprávní hodnotou kopie, ale s celkovou hodnotou finálního na trhu dostupného produktu (tedy například s prodejní cenou CD včetně obalu, bookletu, všech možných marží, transportních nákladů, DPH apod.).

názoru, že pokud k ochraně autorských práv byly vytvořeny takovéto specializované subjekty se zákonem danými oprávněními, mezi jejichž povinnosti patří mimo jiné právě i vymáhání nároků vzniklých z neoprávněného výkonu kolektivně spravovaných práv (srovnej např. § 100 autorského zákona), je třeba nutnost zásahu orgánů činných v trestním řízení zvažovat zvláště pečlivě.“

K otázce uplatnění trestní represe v případech nevýdělečného sdílení autorských děl se pak specificky a jednoznačně vyjádřil i Evropský parlament ve svém usnesení o kulturním průmyslu v Evropě.⁴⁵ V odstavci 17 se píše: „[Evropský parlament] v souvislosti s rychlým technologickým vývojem a vývojem trhu a s cílem zajistit, aby měl kulturní průmysl a tvůrci obecně prospěch z vývoje digitálních platforem, naléhavě žádá Komisi, aby přezkoumala zásadní otázku duševního vlastnictví s ohledem na kulturní a hospodářské aspekty a aby v zájmu zachování rovnováhy mezi možnostmi přístupu ke kulturním aktivitám a obsahům a duševním vlastnictvím, která zaručí spravedlivou a účinnou odměnu všem kategoriím držitelů práv, skutečný výběr pro spotřebitele a kulturní rozmanitost, vyzvala všechny aktéry působící v tomto odvětví, zejména telekomunikační operátory a poskytovatele internetových služeb, ke společnému nalezení řešení, jež by byla spravedlivá pro velké i malé zúčastněné subjekty; v tomto ohledu upozorňuje na skutečnost, že kriminalizace spotřebitelů, kteří neusilují o zisk, za účelem boje proti počítačovému pirátství není vhodným řešením[.]“

Názor, že při nevýdělečném šíření autorských děl prostřednictvím internetu nemá stát zasahovat formou trestní represe, není v právu nikterak nový. V široce diskutovaném precedenčním případě známém jako La Macchia se k němu v roce 1994 přiklonil i americký soud. Skutečnost, že soud s poukazem na absenci individuálního prospěchu porušitele majetkových autorských práv odmítl aplikovat trestní reprezi, vedl v USA nedlouho poté pod vlivem lobby vydavatelských organizací k přijetí Criminal Copyright Improvement Act.⁴⁶

Jak poznamenal Ústavní soud ve shora cit. rozhodnutí, není to jen stát, kdo tvoří institucionální zázemí autorským právům. Specifické postavení mají též organizace kolektivně spravující autorská práva. Jejich úlohu i postavení upravuje v České republice zákon, přičemž dává těmto organizacím v mnoha směrech paradoxní institucionální charakteristiky. Historicky totiž byla myšlenka zákonné kolektivní správy spojena nejen s účtováním zákonných plnění, ale též s podporou kultury a ochranou veřejného zájmu na kreativní produkci. Kolektivní správa autorských práv však byla v tomto směru nyní zcela oddělena od kulturních fondů a tyto fondy pak byly následně bez dalšího privatizovány.⁴⁷ Zákonná kolektivní správa autorských práv tak má dnes prakticky výlučně charakter vybírání a přerozdělování zákonných plnění s tím, že veřejný zájem je otázkou speciálních institucí působících mimo rozsah autorského zákona.⁴⁸ Zatímco tedy zákon zakládá našim kolektivním správcům ekonomicky velmi zajímavá oprávnění, nechává jim extrémní volnost v jejich uplatňování a nevyžaduje po nich ani prakticky žádné působení ve veřejném zájmu.

12.3 Definiční autority a restriktivní práva

Zcela novým prvkem mimo standardní strukturu institucí zajišťujících ochranu autorského práva jsou poskytovatelé služeb informační společnosti. Jak jsme ukázali v šesté kapitole, je jejich faktický vliv na fungování informační společnosti natolik zásadní, že svou důležitostí často předčí i suverénní státy. Někteří z ISP se snaží svého postavení využít mimo jiné též ke kontrole majetkových práv autorských a k zajištění přímých nebo nepřímých zisků ze souvisejících autorskoprávních trhů.

Jedním z příkladů může být jednání monopolního dodavatele informačních systémů, společnosti Microsoft. Pevným spojením vlastního multimediálního přehrávače s dominantním operačním systémem se společnost Microsoft snažila dosáhnout pozitivního ekonomického efektu nejen

⁴⁵ Viz Usnesení Evropského parlamentu ze dne 10. 4. 2008 o kulturním průmyslu v Evropě, č. 2007/2153(INI).

⁴⁶ K případu a k politickému řešení nevole soudů trestat kriminální sankcí nevýdělečné rušitele autorských práv viz TOWNER, H. Copyright Law on the Information Superhighway: A Critical Analysis of the Proposed Amendments to the Copyright Act. *Regent University Law Review*. 1996, č. 7, str. 290.

⁴⁷ Srov. TELEČ, I.; TŮMA, P. *Autorský zákon – komentář*. Praha : C. H. Beck, 2007, str. 753.

⁴⁸ Srov. např. zákon č. 241/1992 Sb., o Státním fondu České republiky pro podporu a rozvoj české kinematografie, ve znění pozdějších předpisů.

odstraněním konkurence na souvisejícím trhu multimediálních přehrávačů, ale též založením praktické nutnosti používat příslušných datových formátů a souvisejících technologií dodavateli obsahu včetně kreativní produkce. Evropský soud prvního stupně k tomu v odst. 1038 svého rozhodnutí nejprve uvedl: „Je tak zaprvé zjevné, že dotčený vázaný prodej poskytl přehrávači Windows Media Player nebyvalou možnost být přítomen na klientských osobních počítačích ve světě v tom smyslu, že tomuto přehrávači multimédií umožnil automaticky získat úroveň proniknutí na trh odpovídající úrovni proniknutí na trh operačního systému Windows pro klientské osobní počítače, a to aniž by musel soutěžit s konkurenčními výrobky na základě svých výkonů.“⁴⁹ Ke vztahu snahy o dominantní roli multimediálního přehrávače k trhu kreativní produkce se pak soud vyjádřil v odst. 1062 následovně: „Soud má za to, že Komise správně shledala existenci takového jevu v projednávaném případě a konstatovala, že dodavatelé obsahu a vývojáři softwaru vybírají technologii, pro kterou by vyvíjeli své vlastní výrobky, právě na základě procentních podílů instalace a používání přehrávačů multimédií (bod 879 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Komise jednak správně konstatovala, že tyto subjekty měly tendenci používat přednostně Windows Media Player, neboť jim to umožňovalo zasáhnout velkou většinu uživatelů klientských osobních počítačů ve světě, a jednak že šíření obsahů a aplikací slučitelných s daným přehrávačem multimédií je samo o sobě významným soutěžním faktorem v rozsahu, ve kterém zvyšuje popularitu tohoto přehrávače multimédií, což dále zvýhodňuje používání základních technologií multimédií, včetně codec, formátů (včetně formátu DRM) a softwaru pro servery (bod 880 a 881 odůvodnění napadeného rozhodnutí).“

V některých případech využívají definiční autority svého výlučného faktického postavení dokonce k tomu, že se vedle své technické činnosti věnují přímo vydavatelskému nebo zprostředkovatelskému působení – příkladem v tomto směru může být společnost Apple, která využila dominantního postavení svého multimediálního přehrávače iPod a s ním spojeného obchodu s multimediálním obsahem iTunes k tomu, aby se stala významným distributorem autorských děl.

Příklad společnosti Apple ukazuje, že význam a technická a ekonomická síla ISP vedou dokonce k tomu, že se ISP nestávají jen zprostředkovateli či distributory autorských děl, ale má jejich jednání dokonce znaky kolektivní správy autorských práv. Inkasují totiž licenční poplatky v takovém rozsahu, že si mohou dovolit dokonce paušální licencování autorských děl s následným přerozdělováním dle stanovených kritérií. Uživatelé služeb informační společnosti pak platí paušální poplatek s tím, že jim je veškerý obsah služby volně dostupný. Tento model se podobá situaci, kdy by stát například zavedl univerzální autorskou daň s tím, že by umožnil volné uživatelské šíření autorských děl.⁵⁰

Znaky faktické kolektivní správy má i aktuální iniciativa společnosti Google s názvem books.google. Jedná se o službu, která převádí do digitální formy desítky milionů literárních děl s tím, že tyto mají být zpřístupněny prostřednictvím speciální aplikace tvořící součást portfolia Google. Na skutečnost, že jsou skenovány i knihy, k nimž doposud trvalí majetková práva autorská, reagovali formou *class action* vykonavatelé těchto práv sdružení v několika autorských a vydavatelských asociacích. V rámci řízení mělo dojít k dohodě, která by díky charakteru *class action* umožnila společnosti Google za stanovenou vyrovnací sumu (předmětem návrhu byla částka 125 mil. USD) provést naskenování libovolných knih s tím, že nároky dalších vydavatelů by byly znemožněny. Soudce Denny Chin však soudní smír zamítnul s poukazem na skutečnost, že by tím byl společnosti Google udělen *de facto* univerzální *puvoir* k zásahu do majetkových práv autorských nejen amerických ale i zahraničních vykonavatelů – tím by mohlo mimo jiné dojít i porušení závazků USA z mezinárodních smluv. Přisvědčil tedy mimo jiné i argumentům některých evropských účastníků řízení (z nich zejména Německa a Francie) a konstatoval, že k řešení s takovým praktickým dopadem není v tomto případě soud oprávněn. Doslova se v rozhodnutí píše (překlad RP): „Skutečnost, že další národy se proti smíru brání tvrdíce, že by tím došlo k porušení mezinárodních principů a smluv, je dalším důvodem k tomu ponechat rozhodnutí v této věci na Kongresu.“⁵¹

⁴⁹ Viz rozhodnutí Evropského soudu prvního stupně ze dne 17. 9. 2007, č.j. T-201/04, OJ C 269, str.45.

⁵⁰ Jak jsme uvedli shora, jsou přítom některé služby založené na paušálních platbách za autorská díla natolik populární, že počty jejich uživatelů často převyšují počty daňových poplatníků v suverénních státech.

⁵¹ Viz rozhodnutí U. S. District Court, Southern District of New York ze dne 22. 3. 2011, č.j. 05 Civ 8136 (DC). Dostupné z: <www.scribd.com/doc/51331062/Google-Settlement-Rejection-Filing>.

Skutečnost, že se americké soudy brání faktické kolektivní správě literárních děl ze strany jednoho z nejvýznamnějších světových poskytovatelů služeb informační společnosti, však nemění nic na skutečnosti, že ISP hrají v otázce institucionálního zajištění autorských práv zásadně důležitou roli. Jak naznačují poslední příklady komerčně úspěšných aktivit provozovaných dominantními ISP, mohl by model distribuce autorských děl informačními kanály vytvořenými ISP prvního typu respektive prostřednictvím úložišť provozovaných ISP třetího typu, velmi dobře fungovat. Systémy pracující s nízkými transakčními náklady ve spojení s cenovou a komunikační politikou motivovanou nikoli restrikcí ale pokud možno co největším rozšířením příslušných autorských děl mohou dle našeho názoru funkčně nahradit současný systém kreativní ekonomiky založený na informačních restrikcích a *iuris possidendi*. Podpora ISP může v tomto směru přinést nejen prakticky neomezené a technicky i ekonomicky snadno dostupné komunikační možnosti, ale též na rozdíl od současných kolektivních správců i fakticky fungující modely výběru a rozdělení autorských odměn.⁵²

Ochrana autorských práv na definiční úrovni respektive na úrovni definičních norem informační sítě se stala v posledních několika letech dominantním tématem snahy vydavatelů a distributorů autorských děl. To však bohužel až na výjimky nikoli ve smyslu tvorby progresivních obchodních modelů k rozšíření distribučních kanálů a transparentnímu výběru odměn, ale naopak ve formě restriktivních opatření typu DRM⁵³ a blokování komunikačního provozu.

Problematické technických prostředků ochrany autorských práv (DRM) jsme se stručně věnovali v sedmé kapitole. Jedná se o zvláštní situaci, kdy je dodržení právního pravidla chráněno technickým prostředkem, který pak je následně sám chráněn dalším právním pravidlem. Není tedy právem chráněn jen sekundární objekt sám o sobě, ale dokonce i technický mechanismus, který je k jeho definiční ochraně použit.

Faktický respektive ekonomický problém většiny typů DRM spočívá podobně jako u *iuris possidendi* především v jejich nepřirozené restriktivnosti.⁵⁴ Kupříkladu u hudby tak může mít ochrana charakter omezení na určitý počet zkopírování na různá přehrávací zařízení nebo dokonce i omezení na určitý počet přehrávání. U počítačových her pak může být vyžadováno například nepřetržité připojení k internetu vyžadované ke kontrole aktivačních klíčů v reálném čase. Většina DRM tedy uživatele spíše obtěžuje a působí konkurenční výhodu alternativních forem získání příslušných informačních komodit (typicky z protiprávně dostupných zdrojů regenerujících autorovi žádný ekonomický užitek).⁵⁵

Ještě závažnějším problémem řady DRM pak je, že často nechrání majetková práva autorská, ale obchodní model příslušného podnikatele. Typickým příkladem může být takzvaná regionální ochrana DVD zajišťující, aby se DVD zakoupené v jednom regionu nedalo přehrát v jiném. Distributoři DVD mohou této protiprávní ochrany využívat například v tom směru, že mohou stanovit pro různé regiony odlišnou cenovou politiku v návaznosti na místní kupní síle. Přestože může být i tento typ DRM svébytným autorským dílem (jedná se zpravidla o software), není již jeho odstranění nebo vyřazení za účelem zajištění plné funkce příslušného zařízení považováno za protiprávní.⁵⁶

⁵² Srov. GOLDSTEIN, P. Copyright in the New Information Age. *Catholic University Law Review*. 1990-1991, str. 835.

⁵³ Detailní komparativní analýzu použití DRM k ochraně autorských práv v Evropě viz např. v článku LINDSAY, D.; RICKETSON, S. Copyright, privacy and digital rights management (DRM). In KENYON, A. T.; RICHARDSON, M. *New Dimension in Privacy Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2006, str. 121 a násl.

⁵⁴ Před tím varoval ještě před masivním nástupem DRM Paul Goldstein a jako univerzální řešení navrhnul prosté šifrování chráněného obsahu s tím, že prodávanou komoditou by byly dešifrovací klíče – srov. GOLDSTEIN, P. Copyright and its Substitutes. *Wisconsin Law Review*. 1997, str. 868.

⁵⁵ Srov. CAMARCE, C. A. Harmonization of International Copyright Protection in the Internet Age. *McGeorge Global Business & Development Law Journal*. 2006, č. 19, str. 463.

⁵⁶ Soudy původně hodnotily jakýkoli zásah do kódu příslušných zařízení jako protiprávní, tato praxe se však postupně měnila. K restriktivnímu přístupu srov. např. rozhodnutí High Court of Justice, Chancery Division ze dne 23. 1. 2002, č.j. HC

Tématem, které v současné době hýbe evropskou informační společností, je aktivní úloha ISP typu *mere conduit* v prosazování informačního *iuris possidendi* u majetkových práv autorských.⁵⁷ Snaha vykonavatelů těchto práv o zapojení ISP třetího typu pramení především z deficitů působnosti platného práva – přestože mají tyto subjekty díky svému stále značnému lobbyistickému potenciálu na platné právo jednotlivých států velmi solidní vliv, nedaří se jej prosadit, to především kvůli deficitům platnosti a působnosti popsáným v páté kapitole. Umístění autorskoprávně chráněných informací na internet anonymním uživatelem nebo jejich fyzický přesun mimo jurisdikci státu tak stále představují efektivní možnost, jak z dosahu platného autorského práva uniknout. Prostřednictvím ISP prvního typu usazených na území pod jurisdikcí kontrolovanou vykonavatelem majetkových práv autorských pak lze dosáhnout alespoň toho, že jsou přerušeny linky, po kterých informace nezákonně (i když nikoli vždy protiprávně) proudí.

Jak jsme zmínili v páté a šesté kapitole, není však vždy spolupráce na vymáhání restriktivních aspektů autorského práva ze strany ISP prvního typu vždy vítána. Důvodem je jednak filozofický problém restrikcí vůči informacím popsáný shora (a v důsledku toho silící nevole veřejnosti) a rovněž také skutečnost, že jakékoli kvantitativní omezení informační výměny představuje z hlediska ISP prvního typu ekonomicky negativní faktor. Přestože tedy mají ISP prvního typu poskytující individuální služby připojení k internetu možnost smluvně se svými klienty upravit například to, že bude docházet k blokování uživatelů sdílejících nezákonně autorská díla, nemají žádný dobrý důvod k takovému omezení vlastních služeb a vlastních klientů sahat.

Mediálně velmi známým se stal případ irského poskytovatele připojení k internetu UPC Ireland. Vydavatelská společnost EMI se v tomto případě domáhala na UPC zavedení takzvané procedury třikrát a dost (*three strikes policy*).⁵⁸ Tato procedura měla spočívat v tom, že by EMI informovala UPC o tom, kteří uživatelé sdílejí podle jejího názoru protiprávní autorskoprávně chráněné informace. UPC by tyto uživatele upozorňovala a po třetím upozornění by pozastavila jejich uživatelský účet. Přestože jsou z rozhodnutí znát jednoznačné sympatie soudce k uplatněnému nároku (roli hrálo možná i to, že soudce Charleton je aktivní hudebník a příznivec restriktivní ochrany autorských práv), soud byl nakonec nucen žalobu zamítnout. Hlavním důvodem pro soud však v tomto případě nebylo negativní posouzení samotné materie navrhovaného mechanismu (tj. kdy soukromoprávní subjekt rozhoduje o protiprávnosti informací a udílí instrukce příslušnému ISP), ale skutečnost, že by rozhodnutím ve prospěch žalobce založil obecné právní pravidlo. To by bylo zřejmým porušením principu dělby moci. Soud k tomu v rozhodnutí uvedl (překlad RP): „*Respektuje, jak ostatně činí, doktrínu dělby moci, nemůže tento soud rozhodnout o navrženém opatření nahrávací společnosti proti internetovému pirátství, přestože je návrh založen na relevantních faktech.*“⁵⁹

01C0 5235, [2002] EWHC 45 (Ch). Dostupné z: <www.bailii.org>. K vyřazení DRM ze specifické ochrany v USA viz ostře sledovaný případ doporučení Library of Congress ve věci tzv. *jaibreakingu* (odstranění ochrany u telefonu iPhone) Recommendation of the Register of Copyrights in RM 2008-8; Rulemaking on Exemptions from Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies ze dne 11. 6. 2010 [on-line]. Dostupné z: <www.copyright.gov/1201/2010/initialed-registers-recommendation-june-11-2010.pdf>. V doporučení se uvádí (překlad RP): „Register souhlasí s tím, že jednání vlastníka iPhone, který změní firmware /operační systém telefonu, aby na něm mohl používat aplikaci, kterou Apple sice neschválil, ale kterou si uživatel přeje spustit, pohodlně spadá do mezí fair use“ (americká obdoba volného užití).

⁵⁷ Majetková práva autorská mohou do určité míry efektivně vymáhat též ISP třetího typu, tj. provozovatelé infrastruktury, na niž jsou příslušné informace ukládány. Působnost restriktivních právních předpisů však lze snadno vyloučit za užití služby, jejíž provozovatel je usazen mimo území příslušné jurisdikce nebo služby, v jejímž rámci dochází k technické delokalizaci dat – k tomu viz např. MELZER, M. A. Copyright Enforcement in the Cloud. *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Review*. 2010, č. 21, str. 403.

⁵⁸ O případu ve srovnávací perspektivě podrobně referuje irský profesor Rónán Kennedy v práci KENNEDY, R. No Three Strikes for Ireland (Yet): EU Copyright Law and Individual Liability in Recent Internet File Sharing Litigation. *Journal of Internet Law*. 2011.

⁵⁹ Viz rozsudek The High Court Commercial ze dne 11. 10. 2010, č.j. 2009 No. 5472 P. Dostupné z: <www.scribd.com/doc/39104491/EMI-v-UPC>.

Na rozdíl od Irska, kde se především hudební a filmoví vydavatelé rozhodli jít soudní cestou, podařilo se jim v jiných evropských státech prosadit legislativní úpravu zapojení ISP prvního typu do vymáhání restriktivních komponent majetkových práv autorských. Legislativně tak byly upraveny procedury, na jejichž základě mají ISP povinnost za určitých okolností blokovat přístup vlastních uživatelů ke službám informační společnosti. Podobně, jako tomu bylo v irském pokusu, jsou tato opatření obvykle založena na dvojitým upozornění ze strany ISP, které je pak následováno odpojením uživatele.

První zemí, kde byl princip „třikrát a dost“ zakotven zákonem, byla Francie. Zákon HADOPI (*Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet*) byl původně pod vlivem nahrávacích společností a filmových distributorů navržen podobně, jako se o to pokoušela irská EMI, tj. s povinností odpojit uživatele na základě informace od vykonavatele majetkových práv autorských. Přes silnou podporu prezidenta Sarkozyho byl zákon napoprvé v březnu 2009 odmítnut Národním shromážděním (za pozornost stojí i to, že francouzská vláda, aby přešla veřejnému projednání, předložila zákon procedurou legislativní nouze), aby byl po menších úpravách a několika procesních kotrmelcích nakonec v dubnu 2009 schválen. Skutečnost, že zákon pracoval s odpojováním uživatelů internetu bez možnosti soudní ochrany a uplatnění práva na spravedlivý proces, se stala počátkem června téhož roku důvodem jeho pozastavení pro neústavnost⁶⁰ (respektive pro rozpor s francouzskou obdobou Listiny základních práv a svobod - *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*). Poté, co byl do zákona doplněn institut soudního rozhodnutí předcházejícího odpojení uživatele, Ústavní rada vyslovila se zákonem souhlas a ten nabyl účinnosti.

Podobnou úpravu, jakou přinesl francouzský HADOPI, zavedlo téměř přesně po roce též Spojené království. Přes opoziční kritiku i hlasitý nesouhlas zástupců ISP, občanského sektoru i ochránců lidských práv⁶¹ byl Digital Economy Bill schválen v dubnu 2010 a jako Digital Economy Act vstoupil v účinnost v červnu téhož roku. Přestože je uvedeno v prohlášení předkladatele Lorda Mandelsona, že dle jeho názoru „*je návrh v souladu s lidskými právy dle Úmluvy*“, zasahuje faktické jeho uplatnění hned do několika základních práv. Nejzávažnější jsou v tomto směru zasaženy právo na spravedlivý proces a to, co německý Ústavní soud označil souhrnně jako právo na informační sebeurčení (viz dále).

Otázce zapojení ISP prvního typu do vymáhání restriktivních práv duševního vlastnictví (tj. *iuris possidendi informationis*) se na základě posledního legislativního vývoje nejen ve Francii a v Anglii, ale též v zemích třetího světa detailně věnoval guatemalský expert na lidská práva Frank William La Rue. Pro potřeby Valného shromáždění Organizace spojených národů provedl analýzu řady aktuálních legislativních a organizačních vládních opatření a dospěl k závěru, že snahou o zapojení ISP do vymáhání platného práva často dochází k porušování základních informačních práv člověka. Poukázal přitom nejen na případy politických nepokojů, kdy vlády z obavy o šíření protivládních názorů dokonce blokovaly internet jako celek (tento přístup se objevil v Egyptě, Libyi nebo Syrii), ale též na shora zmíněné situace, kdy vlády nařizují blokování přístupu ke službám informační sítě nikoli z politických ale z komerčních důvodů.

Přestože Frank La Rue není expertem v oboru práva ICT, obsahuje jeho zpráva pozoruhodně detailní a případné postřehy především k problematice blokování přístupu k internetu a ochraně distributivních informačních práv ve vztahu k působení definičních autorit. Ve zprávě se doslova uvádí (překlad RP): „*Zprostředkovatelé [tj. ISP – dop. RP] hrají zásadní roli ve zpřístupnění práva na svobodu vyjadřování a svobodu přístupu k informacím uživatelů služeb internetu. Jejich bezprecedentní vliv na to, jak a co se komunikuje na*

⁶⁰ Viz rozhodnutí Conseil constitutionnel ze dne 10. 6. 2009, č.j. 2009-580 DC. Dostupné z: <www.conseil-constitutionnel.fr>.

⁶¹ Kritický komentář viz např. DAVEY, F. *Digital Economy Bill* [on-line]. Open Rights Group, 1. 12. 2009 [cit. 15. 10. 2011]. Dostupné z: <www.openrightsgroup.org/ourwork/reports/deb-first-look>.

internetu, působí, že státy se je snaží s rostoucí intenzitou kontrolovat a činit je právně odpovědnými za to, že nepředcházejí přístupu k informacím, které jsou považovány za nezákonné.⁶²

K problematice blokování pak zpráva uvádí (překlad RP): „Zvláštní zpravodaj zdůrazňuje, že nástroje cenzury nesmí být nikdy delegovány na soukromé subjekty a že zprostředkovatelé informační výměny nemají být činěni odpovědnými za to, že odmítnou jednat proti lidským právům.(-) Nadto, zatímco jsou státy primárně odpovědné za ochranu lidských práv, zvláštní zpravodaj zdůrazňuje, že i korporace mají odpovědnost za respekt k lidským právům, což znamená, že mají jednat s náležitou péčí, aby bylo předcházeno porušování práv člověka. Zvláštní zpravodaj tedy informační zprostředkovatelům doporučuje: implementovat pouze omezení těchto práv na základě soudního příkazu; postupovat při implementaci opatření transparentně vůči uživateli a tam, kde je to možné, i vůči širší veřejnosti; poskytnout, pokud je to možné, uživatelům varování před implementací restriktivních opatření; a minimalizovat dopad restrikcí striktně na předmětný obsah. Konečně je nutno zavést účinné prostředky obrany pro postižené uživatele, a to včetně možnosti odvolání formou procedury zajištěné informačním zprostředkovatelem a příslušným soudem.“

Zvláštní zpráva se dokonce specificky věnuje i problematice blokování z důvodu ochrany práv duševního vlastnictví – nekompromisně hodnotí proporcionalitu ochrany autorských práv vzhledem k základním právům slovy (překlad RP): „Zatímco blokovací a filtrovací nástroje znemožňují uživatelům přístup ke konkrétnímu obsahu, začaly státy rovněž aplikovat nástroje k celkovému odpojení přístupu na internet. Zvláštní zpravodaj považuje odpojování uživatelů od přístupu k internetu, bez ohledu na jeho ospravedlnění, včetně porušování duševního vlastnictví, za neproporcionální, čímž dochází k porušení článku 19, odstavce 3 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech. Zvláštní zpravodaj vyzývá státy, aby zajistily, že přístup k internetu je udržován nepřetržitě, a to včetně období politických nepokojů. Zvláštní zpravodaj pak obzvláště naléhá na státy, aby zrušily nebo změnilы existující zákony na ochranu duševního vlastnictví, které umožňují odpojit uživatele od internetu a aby se zdržely přijetí takových zákonů.“

Především v poslední části zprávy provedená krátká úvaha ohledně proporcionality informačních práv je v kontextu právě probíhajících legislativních změn zásadně důležitá. Evropa v tomto směru nemá ani tak problém s tím, na což zvláštní zpravodaj rovněž poukázal, tj. s masovým odpojováním uživatelů nebo celých sítí od internetu v důsledku politické objednávky respektive s užitím odpojování jako nástroje politického boje.⁶³ Aktuálním problémem Evropy však je zapojení ISP prvního typu do proaktivního vymáhání práv duševního vlastnictví. Byť může takové konstatování působit nepatřičně, jeví se situace okolo odpojování uživatelů v Evropě nikoli jako diktatura politická ale ekonomická.

Využití instituce definičních autorit, zejména pak ISP prvního typu, k plošnému prosazení restriktivních práv duševního vlastnictví, zejména *iuris possidendi* autorského práva, je tedy sice fakticky možné, to dokonce i formou zákona, avšak ve své podstatě protiprávní. Lze totiž v tomto směru docela dobře argumentovat, že ochrana duševního vlastnictví nemá ve struktuře informačních práv takové postavení, aby bylo možno odůvodnit jí totální zásah do práva na informační sebeurčení (viz dále). Pokud tedy už má být z nějakého důvodu užito blokování jako prostředku ochrany práv duševního vlastnictví, je třeba, aby takové užití bylo protektivní (uplatněné na základě skutečného výskytu škodní události),⁶⁴ objektivně

⁶² V tomto případě je třeba zdůraznit pojem nezákonnosti – to, co autoritářský režim označí za nezákonné, totiž nemusí být nutně protiprávní.

⁶³ K tomu srov. ZIMMERMANN, S. S. A regulatory Theory of Copyright: Avoiding a First Amendment Conflict. *Emory Law Journal*. 1986, č. 35, str. 186.

⁶⁴ Lze v tomto směru připustit i preventivní uplatnění, to však pouze v případě, že zásah do práv hrozí bezprostředně. Prevenční doktrína je silná především v německém právu – k tomu srov. např. rozhodnutí BGH ze dne 11. 3. 2004, č. j. I ZR 304/01. Dostupné z: <www.netlaw.de/urteile/bgh_31.htm>. Srovnávací pohled na problematiku ochrany

specifické (tj. orientované k informaci, nikoli k člověku) a nařízené soudem za dodržení základních principů práva na spravedlivý proces.

12.4 Axiologie informačního sebeurčení

Člověk neprodukuje pouze tvůrčí dále užítkovatelné informace, jejichž užití má být předmětem autorského práva. Řadu typů informací vytváří i mimoděk a v souhrnu s těmi, které jsou tvořeny úmyslně, pak představují lidskou informační stopu⁶⁵. Jak bylo uvedeno v první podkapitole, není otázka právní reflexe informačního života člověka pouze záležitostí ochrany informační sféry ale též možnosti informace zpracovávat respektive komunikovat. Na rozdíl od vlastnického pojmání soukromých informací založených na problematické paralele mezi informací a reálným vlastnictvím jde u informačního sebeurčení o pravou reflexi aktuální orientace euroatlantického práva na člověka. Přijímané, zpracovávané nebo komunikované informace mají v tomto směru buďto charakter shora zmíněných informačních stop nebo informací, které člověk potřebuje k solidnímu životu.

Pojem informačního sebeurčení byl původně vytvořen německým Ústavním soudem v první polovině osmdesátých let jako reakce na případy, kdy se zásahy do informační diskrece jednotlivce začaly projevovaly nejen jako banální epizody, ale jako systémový fenomén se závažnými individuálními i společenskými následky.⁶⁶ Implicitně v sobě původně zahrnoval především právo na ochranu soukromí a zprostředkovaně též právo na ochranu informací, které soukromí generuje – v rozhodnutí se tak doslova uvádí, že (překlad RP): „*Ochrana základních práv zahrnuje též způsobilost člověka určit v zásadě dostupnost a užití jeho/jejích osobních údajů.*“⁶⁷ Postupem času zjišťujeme, že stejné generické znaky mají i další distributivní informační práva, tj. nejen pasivní práva na ochranu proti zásahům do soukromé informační sféry,⁶⁸ ale též aktivní práva k získávání, zpracování a komunikaci informací.⁶⁹

Předně bylo v tomto směru rozšířeno chápání kategorie soukromí o komplexnější rozměr soukromého života.⁷⁰ Plnohodnotný soukromý život totiž nelze chápat jen tak, že je chráněna diskreční informační sféra, ale též že jsou zajištěny informační vazby. Člověk tak může soukromě žít jen za předpokladu, že má dostatečným způsobem chráněnu vlastní diskreci (tj. informační soukromí), ale též mu jsou dostupny informační kanály k sociální interakci. Nelze si totiž dnes představit plnohodnotný život bez toho, aby se člověk mohl zapojit do společenské informační výměny.

ochranných známek a uplatnění prevenčních povinností viz CHEUNG, ASY; PUN, K. H. Comparative Study on the Liability for Trade Mark Infringement of Online Auction Providers. *European Intellectual Property Review*. 2009, roč. 31, č. 11, str. 559.

⁶⁵ Praktické příklady informačních stop člověka barvitě líčí brněnský soudce a specialista na problematiku ochrany soukromí Michal Ryška v příspěvku RYŠKA, M. Ochrana vnitřního kruhu i jeho okolí v praxi práva na ochranu osobnosti. In ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Právo na soukromí*. Brno : Mezinárodní politologický ústav, 2011, str. 79 a násl.

⁶⁶ Rozhodnutím, kde pojmenoval právo na informační sebeurčení, zasáhl Ústavní soud Spolkové republiky do připravovaného sčítání lidu, jehož předmětem měly být i nejrůznější choulostivé údaje. Viz náleží Spolkového ústavního soudu ze dne 15. 12. 1983, č.j. BVerfGE 65, 1 [on-line]. Dostupné z: <www.thm.de/datenschutz/images/stories/volkszaehlungsurteil_bverfger_1983.pdf>.

⁶⁷ Viz tamtéž.

⁶⁸ Ústavní rozměr mají tato práva pochopitelně i v zemích angloamerické právní kultury – pro srovnávací analýzu viz např. KEITH, K. J. Privacy and Constitutions. In KENYON, A. T.; RICHARDSON, M. *New Dimension in Privacy Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2006, str. 229 a násl.

⁶⁹ Skutečnost, že na prvním místě citujeme judikaturu německého Ústavního soudu, není náhodná. Rozhodovací praxe tohoto soudu v otázkách informačního sebeurčení, respektive jeho proporcionality s dalšími právy, do značné míry definuje směr vývoje v ochraně tohoto komplexního distributivního práva v celé kontinentální Evropě. Srov. De VRIES, K.; BELLANOVA, R.; De HERT, P.; GURWITH, S. The German Constitutional Court Judgment on Data Retention: Proportionality Overrides Unlimited Surveillance (Doesn't it?). In GUTWIRTH, S.; POULLET, Y.; De HERT, P.; LEENES, R. (eds.) *Computers, Privacy and Data Protection: An Element of Choice*. Heidelberg : Springer, 2011, str. 3.

⁷⁰ Srov. MATES, P. *Ochrana soukromí ve správním právu*. Praha : Linde Praha, 2006, str. 14.

Skutečnost, že soukromí člověka tvoří i možnost komunikovat s okolím, zdůraznil náš Ústavní soud, přičemž původně poukázal především na nutnost ochrany informačních vztahů v rámci rodiny. Doslova k tomu uvedl: „Právo na ochranu osobního soukromí je právem fyzické osoby rozhodnout podle vlastního uvážení zda, popř. v jakém rozsahu a jakým způsobem mají být skutečnosti jejího osobního soukromí zpřístupněny jiným subjektům a zároveň se bránit (vzepřít) proti neoprávněným zásahům do této sféry ze strany jiných osob. Přílišná akcentace pozitivní složky práva na ochranu soukromého života vede k neadekvátnímu zúžení ochrany pouze na to, aby skutečnosti soukromého života fyzické osoby nebyly bez jejího souhlasu či bez důvodu uznávaného zákonem a tak nebyla narušována integrita vnitřní sféry, která je pro příznivý rozvoj osobnosti nezbytná. Ústavní soud nesdílí toto zúžené pojetí, neboť respektování soukromého života musí zahrnovat do určité míry právo na vytváření a rozvíjení vztahů s dalšími lidskými bytostmi.“⁷¹

Přímou souvislost mezi ochranou aktivního informačního soukromí pak náš Ústavní soud vyjádřil v nálezu, jímž z titulu práva na informační sebeurčení přiznal ochranu individuální internetové konektivité.⁷² Přestože bylo rozhodnutí *ad hoc* poněkud problematické,⁷³ nelze proti premisám, na kterých bylo postaveno, nic zásadního namítnout. Ústavní soud doslova uvedl: „Lze dovodit, že člověk tak bývá netoliko objektem společenských "poměrů", ale stává se i objektem práva, je-li nucen podrobovat se mu zcela při jeho interpretaci a aplikaci, tj. bez zohlednění jeho individuálních zájmů, resp. základních práv. Vedle subjektivních faktorů na straně jednotlivce je při posuzování 'obvyklosti, resp. oprávněnosti' výdaje třeba vzít v úvahu i faktory objektivní, mezi ty mimo jiné patří technologický vývoj (např. mobilní telefony, internet) a s ním související změny ve způsobech komunikace, získávání informací, styku s úřady, sdružování apod., resp. vývoj technologií, skrze niž je realizováno právo jednotlivce na osobní rozvoj, vztahy s ostatními lidmi a vnějším světem, tedy právo na soukromý život.“

Pojem informačního sebeurčení samozřejmě nepředstavuje nějaký nový koncept – jde v tomto případě pouze o jednotné označení základních informačních práv člověka, k jejichž vymezení a ochraně tradičně přistupujeme prostřednictvím týchž premis, paradigmat a metod. Základní premisou v tomto případě je prioritní význam informace v lidském životě, ať už z hlediska technického nebo společenského. Informace totiž organizuje konstituci člověka, je průvodním jevem jeho biologické existence, přitom je zdrojem a zároveň produktem lidského života duševního či duchovního. Ať tedy jde o otisk prstu, informace o oblíbeném jídle, politickém přesvědčení nebo o přednášku na vysoké škole, jde v každém případě o informaci, jejímž subjektem (ať už původcem, uchovatelem nebo příjemcem) je vždy člověk.

Informační a komunikační technologie nepřinášejí do práva na informační sebeurčení prakticky nic kvalitativně nového. Techniky tvorby, zpracování a komunikace informací umožňující oddělit informaci od jejího nosiče, vytvářet a komunikovat ji v libovolném množství, pouze pomáhají lépe poznat podstatu absolutních informačních práv. Dramatický nástup těchto technologií do každodenního života pak jen urychluje rozvoj informační kultury, tj. uvědomění si a odpovídající společenskou reflexi hodnoty a významu informace.

I z tohoto důvodu můžeme chápat pojem informačního sebeurčení jako relativně neurčitý a stále se vyvíjející komplex jednotlivých vzájemně souvisejících distributivních informačních práv, jehož konkrétní rozsah a obsah se mění mimo jiné i na základě vývoje informačních technologií. Neznamená to však, že by byl v tomto případě obsah základních práv nějak technologicky determinován. S novými technologiemi totiž přichází nejen nové komunikační možnosti, ale též nové způsoby, jak omezovat člověka v jeho informačních právech – právě na ty je pak třeba reagovat úpravou struktury a zaměření doktríny informačního sebeurčení.

V současné době můžeme ze shora vyjmenovaných distributivních informačních práv označit za integrální součást práva na informační sebeurčení následující instituty:

- Svoboda projevu (vč. svobody vědeckého bádání)

⁷¹ Viz nálezu Ústavního soudu ze dne 1. 3. 2000, č.j. II. ÚS 517/99, N 32/17 SbNU 229.

⁷² Viz nálezu Ústavního soudu ze dne 07.04.2010, č.j. I.ÚS 22/10. Dostupné z: <www.nalus.usoud.cz>.

⁷³ Na problematický charakter rozhodnutí, které přiznalo ochraně nikoli minimálního standardu konektivitu ale jeho vyšší formě, to navíc za velmi diskutabilních skutkových okolností, poukázala v disentu soudkyně Ivana Janů.

- Soukromí (vč. ochrany osobnosti a práva na aktivní soukromý život)
- Právo na vzdělání
- Ochrana osobních údajů
- Právo na informace veřejného sektoru

Použití pojmu informačního sebeurčení, byť sémanticky nikoli ideálního, pro shora naznačený komplex práv nemá jen mnemotechnický smysl. Sjednocení uvedených práv pod společnou značkou není jen výrazem toho, že k nim můžeme přistupovat prostřednictvím téže premisy a za užití téže metody, ale že má vlastní smysl samo o sobě. Tím, že lze vzájemně spojit a sjednotit pod jedním označením různá lidská práva, je prokázána jejich vzájemná souvislost a komplexní důležitost. Byť jsou tedy ochrana soukromí či právo na informace vnímány samy o sobě jako velmi důležitá informační práva, uvedením od vzájemných souvislostí jejich společný význam ještě dále roste, neboť intenzita závažnosti komplexu uvedených práv v tomto případě není dána jen prostou jejich kumulací. Tam, kde je předmětem posuzování právo na informační sebeurčení, je váha tohoto komplexního informačního práva mnohem větší, než kdybychom na jednotlivé jeho komponenty hodnotili zvlášť.

Komplexní efekt ve formě vyšší intenzity závažnosti práva na informační sebeurčení v porovnání s intenzitou závažnosti jednotlivých jeho komponent se nejvíce projevuje při poměřování tohoto práva oproti jiným distributivním či nedistributivním právům. Tam, kde se právo na informační sebeurčení například dostává do *ad hoc* struktury principů poměřovaných k určitému právnímu institutu a test proporcionality dospěje do své třetí fáze, zdůrazňuje použití společného jména informačního sebeurčení hluboký a přirozený jeho základ. Přestože je tedy například právo na ochranu duševního vlastnictví uznáno jako jedno z lidských práv, lze si jen těžko představit situaci, kdy jeho ochrana co do intenzity závažnosti jednoznačně převáží nad informačním sebeurčením.

U informačního sebeurčení tedy můžeme rozeznat přímou jeho vazbu, respektive přímou vazbu jeho komponent, k ničemu menšímu, než je informační podstata života. Strukturu jeho komponent a jeho konkrétní aktuální obsah však nelze přesně a jednoznačně stabilizovat v čase. Skutečnost, že do informačního sebeurčení dnes například nezahrnujeme korporátní informační práva (např. právo na ochranu obchodního tajemství) nebo informační práva státu (např. práva chránící utajované skutečnosti), je tedy důsledkem shora zmíněné euroatlantické orientace platného práva na člověka jako na jeho základní subjekt a zároveň zdroj veškeré jeho legitimacy.

Pokud by za dnešního stavu ICT centrálním momentem platného práva nebyl člověk ale republika (jako tomu bylo ve starém Řecku a Římě), hovořili bychom zřejmě na prvním místě o informační sebeurčení státu. Pokud by základním cílem práva bylo reprodukovat či artikulovat Boží vůli (jako v raném středověku), byl by systém práv k informacím zřejmě stabilizován okolo informačního sebeurčení církve nebo Boží vůli dosazeného suveréna. První ani druhá varianta přitom nepředstavují jen nějaké hypotetické intelektuální cvičení – s prioritou republiky nebo Božího náměstka se totiž běžně setkáváme například v sice z našeho pohledu exotických avšak neoddiskutovatelně důležitých právních kulturách čínského respektive islámského práva.

Rozdílný obsah a orientace informačního sebeurčení v různých právních kulturách s sebou logicky nesou též nebezpečí konfliktu. Internet přitom konfliktním situacím, tj. střetu různých informačně-právních kultur, přímo nahrává svou delokalizací. Vcelku běžně se tak stává, že s pozitivním překrytím jurisdikcí suverénních států na internetu nedochází jen k prosté kolizi dvou nebo více právních řádů, ale že se mohou dostat do kolize genericky odlišné základy celých právních kultur. Zatímco je jednoduchá kolize právních řádů teoreticky řešitelná (byť

často s obrovskými technickými obtížemi – viz výklad páté kapitoly), fundamentální kolize právních kultur žádné obecné řešení nemá.⁷⁴

12.5 Axiologický paradox ochrany soukromí a osobních údajů

Když Warren s Brandeisem citovali michiganského soudce Thomase McIntyrea Cooleyho, který označil právo na ochranu soukromí jako do češtiny těžko přeložitelné právo „*to be let alone*“⁷⁵ zřejmě netušili, jaký význam budeme této definici přisuzovat o více než sto let později.⁷⁶ Podobně, jako tomu bylo s autorským právem, i v případě soukromí se totiž faktické možnosti kontrolovat vlastní diskreční informační sféru⁷⁷ v posledních několika dekádách kvůli nástupu informačních a komunikačních technologií dramaticky proměnily.⁷⁸ Informační stopa člověka během několika dekád exponenciálně rostla a trvalá dostupnost ohromného množství informací o životě jednotlivce už dnes násobně přesahuje i nejzazší meze Warren-Brandeisovy představivosti.⁷⁹

Evropa se na rostoucí rozsah a význam informační stopy člověka rozhodla reagovat další specifikací ochrany soukromí a vytvořením speciálního ochranného institutu osobních údajů⁸⁰ následovaného celým komplexem relativně nových typů práv a procesních postupů⁸¹. Unikátnost tohoto projektu, jehož úspěch je prozatím nejistý, spočívá především v oddělení subjektu od jeho soukromého informačního projevu.⁸²

Ochrana soukromí je založena na materiální povaze osobnosti a z ní odvozených mezi informační diskrece⁸³. Při hodnocení toho, zda bylo zasaženo do diskreční informační sféry

⁷⁴ Souvisí-li aplikace práva s fundamenty příslušné právní kultury, nelze takovou kolizi řešit dokonce ani v případě přímo aplikovatelných nebo harmonizovaných kolizních pravidel mezinárodního práva soukromého. I tam, kde by kolizní norma jednoznačně stanovila použitelnost cizího práva, dojde k vyloučení fundamentálně nepřijatelných jeho pravidel na základě kulturně založené výhrady veřejného pořádku. Kulturní konflikt přitom brání i vzájemnému uznávání rozhodnutí příbuzných právních kultur evropské a angloamerické – k tomu srov. např. případ *LiCRA v. Yahoo* cit. v 6. kapitole a diskusi k němu v článku REINDEMBERG, J. L. *Yahoo and Democracy on the Internet*. *Jurimetrics*. 2002, č. 42, str. 261 a násl.

⁷⁵ Snad by se nabízel překlad ve smyslu práva na to, aby nás ostatní nechali na pokoji. Náš Ústavní soud přeložil Cooleyho výraz jako poněkud pesimistické „právo být ponechán sám sobě“ a přisoudil autorství Luisi Brandeisovi – viz nálezný pléna Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2011, sp. zn. Pl.ÚS 24/10, 94/2011 Sb. Dostupné z: <www.nalus.usoud.cz>. Ve skutečnosti se však toto pojetí práva na soukromí objevilo mnohem dříve, a to v druhém vydání dnes již běžně nedostupné práce Cooley on Torts citované v *BRANDEIS, L. D.; WARREN, S. D. The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*. 1890-1891, č. 4, str. 195.

⁷⁶ Typickou novinkou je v tomto směru specifická hodnota komplexních personalizovaných informačních profilů, jejichž význam jde daleko za hranice součtu jednotlivých v nich obsažených informací. Možnostem specifického právního režimu komplexních informačních profilů se věnuje například sborníkový příspěvek GUTWIRTH, S.; HILDEBRANDT, M. *Some Caveats on Profiling*. In GUTWIRTH, S.; POULLET, Y.; De HERT, P. (eds.) *Data Protection in a Profiled World*. Heidelberg : Springer, 2010, str. 31 a násl.

⁷⁷ Srov. FILIP, J. Úvodní poznámky k problematice práva na soukromí. In ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Právo na soukromí*. Brno : Mezinárodní politologický ústav, 2011, str. 9 a násl.

⁷⁸ Warren s Brandeisem určitě nemohli předpokládat, že jejich teorii budeme aplikovat například na řešení otázky, do jaké míry tvoří součást diskreční informační sféry člověka avatar či jiná virtuální identita – srov. De VRIES, K. *Avatars Out of Control: Gazira Babeli, Pose Balls and “Rape“ in Second Life*. In GUTWIRTH, S.; POULLET, Y.; De HERT, P.; LEENES, R. (eds.) *Computers, Privacy and Data Protection: An Element of Choice*. Heidelberg : Springer, 2011, str. 211.

⁷⁹ Kromě úvah o spojení soukromí s institutem vlastnictví, kterým se budeme věnovat dále, se oba autoři vyjadřují i k důvodům, proč považují ochranu soukromí za nezbytnou. Je v tomto směru zajímavé, že stejně, jako je tomu dnes, se jejich úvahy odrážejí od aktuálních zkušeností se zkažeností a vlezlostí médií. V článku se tak doslova píše (překlad RP): „Podle všeho nemůže být žádných pochyb o potřebnosti či dokonce o nutnosti takové ochrany. Tisk překračuje v každém směru očividné hranice korektnosti a slušnosti. Klevety už nejsou jen zdrojem lenochů a zlomyslných, ale staly se obchodním artiklem vytěžovaným usilovně a nestydatě. K ukojení chlápých choutek jsou v novinových sloupcích publikovány i detaily sexuálních vztahů.“ – viz tamtéž, str. 196.

⁸⁰ Ke hlediskům odlišení viz např. MATES, P. *Ochrana osobních údajů*. Praha : Karolinum, 2002, str. 38.

⁸¹ V naší odborné literatuře se setkáváme spíše s analytickými publikacemi, které rozebírají jednotlivé ochranné instituty, aniž by je hodnotily v širším kontextu. Výjimkou je v tomto směru vynikající sborník ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Právo na soukromí*. Brno : Mezinárodní politologický ústav, 2011, kde je provedena, byť prakticky výhradně pohledem současné antropocentrické doktríny, systematická diskuse smyslu a účelu ochrany soukromí jako takové.

⁸² Viz ROWLAND, D., MacDONALD, E. *Information Technology Law*. 3. vyd. Oxon : Cavendish Publishing, 2006, str. 299.

⁸³ Srov. WAGNEROVÁ, E. *Právo na soukromí: kde má být svoboda, tam musí být soukromí*. In ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Právo na soukromí*, Brno : Mezinárodní politologický ústav, 2011, str. 49 a násl.

člověka, tak je vždy třeba posoudit, zjednodušeně řečeno, o jakého člověka jde. Jednotlivé osobnostní charakteristiky, tj. například povolání, rodinné vazby apod., tedy mají přímý dopad na to, kde se nacházejí meze informační diskrece. Typickou vlastností ochrany soukromí pak je, že základní její úroveň má soukromoprávní charakter. K nastoupení ochranných právních institutů může v takovém případě dojít pouze na základě iniciativy člověka, jehož diskrétní informační sféra byla narušena.⁸⁴

Osobní údaje naproti tomu jsou definovány jednoduchými formálními znaky, a to bez ohledu na jejich subjekt.⁸⁵ Na základě naplnění hypotézy legální definice je možno prakticky sylogisticky aplikovat jednotlivé ochranné instituty. Ty jsou na rozdíl od soukromoprávní ochrany soukromí založeny na správní metodě regulace – ochrana je tedy v tomto případě primárně svěřena iniciativě výkonné moci.⁸⁶ Jediným subjektivním momentem důležitým k posouzení právního režimu osobních údajů, tak je souhlas člověka, o jehož údaje se jedná.⁸⁷

Není smyslem této podkapitoly poukazovat na partikulární regulatorní paradoxy ochrany osobních údajů. Drobné i systematické mezery, lapsy, kontradikce a směšnosti evropské a potažmo české ochrany osobních údajů detailně rozebírá celá řada specializovaných publikací.⁸⁸ Skutečnost, že se ochrana osobních údajů začala v Evropě objevovat i v dokumentech konstatujících katalog lidských práv,⁸⁹ však dává tušit, že se specifické ochrany osobních údajů nehodlá Evropa v dohledné době vzdát. Můžeme dokonce v tomto směru pozorovat spíše opačný trend, kdy mimoevropské státy ve snaze udržet obchodní výměnu zavádějí evropský standard ochrany osobních údajů. V rozvojových zemích, v zemích s vysokým procentem lidí žijících pod hranicí chudoby nebo v zemích s autoritářskou formou vlády⁹⁰ pak působí tato, chce se říci až právně luxusní, ochrana poněkud pitoreskním dojmem. Namísto partikulárních, byť důležitých, paradoxů ochrany osobních údajů, zaměříme se však dále spíše na popis základního axiomatického paradoxu společného ochrany soukromí i ochrany osobních údajů.

Přestože se ochrana soukromí a ochrana osobních údajů vzájemně genericky odlišují objektem i konstrukcí jednotlivých práv, mají společnou centralitu člověka – to ostatně vyplývá i ze skutečnosti, že oba ochranné instituty řadíme do struktury informačního sebeurčení. Dalším jejich společným znakem pak je primárně restriktivní povaha ochrany. Ať už jde o informace pocházející ze soukromé sféry člověka nebo o osobní údaje, chrání

⁸⁴ Závažnější zásahy samozřejmě mají podobu přestupku nebo správního deliktu, v zemích angloamerické právní kultury je využito institutu torts. Nejzávažnější obecně (společensky) nebezpečné formy zásahu do soukromí pak jsou postiženy trestními sankcemi – u nás srov. část druhou, hlavu II, díl 2 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁸⁵ Někteří autoři v této souvislosti považují osobní data za „komodifikované soukromí“ – srov. SCHWARTZ, P. M. Property, Privacy and Personal Data. *Harvard Law Review*. 2003-2004, č. 117, str. 2069.

⁸⁶ K vývoji správního práva trestního u nás a jeho základním principů viz např. MATES, P. *Základy správního práva trestního*. Praha : C. H. Beck, 2010, str. 3 a násl.

⁸⁷ Evropské právo v tomto případě používá poněkud nesmyslně namísto pojmu „člověk“ či „fyzická osoba“ neutrálního označení „subjekt údajů.“ Přestože o osobních údajích hovoříme pouze v souvislosti s fyzickými osobami, jakoby si v tomto případě odmítalo právo přiznat, že jde o lidi – srov. KUNER, C. *European Data Privacy Law and Online Business*. Oxford : Oxford University Press, 2003, str. 55.

⁸⁸ Vzhledem k Hartovým požadavkům na implicitní obsah spravedlnosti a Fullerovým zásadám spravedlivého práva kriticky hodnotí filozofii ochrany osobních údajů i přední evropský odborník na tuto problematiku Christopher Kuner. Dospívá k závěru, že ke splnění elementárních požadavků Hartových a Fullerových je třeba sáhnout dokonce k zásadním změnám celého systému ochrany a jeho právních základů - viz KUNER, C. *The 'Internal Morality' of European Data Protection Law* [on-line]. 24. 11. 2008 [cit. 15. 10. 2011]. Dostupné z: <www.ssrn.com/abstract=1443797>. K podobným závěrům viz též POLČÁK, R. Aims, methods and achievements in European data protection. *International Review of Law, Computers & Technology*. 2009, č. 23, str. 3. Je v tomto směru škoda, že se české publikace zpravidla věnují pouze analýze platné právní úpravy bez toho, aby ji kriticky hodnotily nebo přispívaly k debatě nad evropskou a mezinárodní budoucností tohoto problémového institutu.

⁸⁹ Srov. např. čl. 8 Listiny základních práv Evropské unie.

⁹⁰ Optimistickou analýzu současného vývoje předvídající nástup globální ochrany osobních údajů včetně vývoje právní úpravy v zemích třetího světa viz BIRNHACK, M. The EU Data Protection Directive: An Engine of a Global Regime. *Computer Law and Security Report*. 2008, roč. 24, č. 6.

v tomto případě právo schopnost člověka mít tyto informace pod vlastní kontrolou (tj. rozhodovat o jejich výskytu a pohybu).⁹¹ Přestože řada autorů v tomto směru odmítá hovořit o vlastnictví těchto informací, *de facto* je základním smyslem ochrany soukromí i ochrany osobních údajů obdobně jako v případě duševního vlastnictví zajištění *iuris possidendi informationis*.

Ve druhé podkapitole jsme diskutovali otázku restriktivních informačních práv a dospěli jsme k závěru, že plně vlastnické pojetí informací a snaha o analogickou aplikaci reálného katalogu vlastnických práv jsou nesmyslné a dlouhodobě neudržitelné. Rovněž jsme formulovali a argumentovali tezi, že namísto restriktivního zajištění *iuris possidendi*, musí se právo orientovat na efektivní pokrytí *iuris fruendi*.

Fundamentální axiologický paradox, který z těchto závěrů vyplývá pro ochranu soukromí a osobních údajů, je nasnadě. Zajištění obou komponent informačního sebeurčení totiž vyžaduje efektivní aplikaci informačních restrikcí podobně, jako je tomu u shora kritizovaného restriktivního přístupu k autorským právům. Zjednodušeně řečeno tedy efektivní ochrana osobnosti a osobních údajů vyžaduje aplikaci takových technik a procedur, o nichž jsme shora prohlásili, že jsou buďto nesmyslné nebo technicko-organizačně nedosažitelné. Stejně, jako je dlouhodobě neudržitelný restriktivní charakter práv duševního vlastnictví, jeví se tedy být dlouhodobě neudržitelnou i restriktivní ochrana soukromí a osobních údajů.⁹²

Teze o neudržitelnosti restriktivní ochrany soukromí a osobních údajů je z dnešního pohledu extrémně pesimistická a prakticky potvrzuje Dworkinovy obavy o osud společnosti, podlehne-li právo postupné realistické degeneraci.⁹³ K jejímu vyvrácení však je třeba vyvrátit buďto premisy, z nichž vychází nebo logický postup jejího dovození. Informační restrikce u soukromí a osobních údajů se však technicky nijak neliší od informačních restrikcí v případě ochrany autorských práv a žádné důvody k popření premis nebo logického dovození tedy nenacházíme.

Dworkinem kritizovanou realistickou degeneraci práva v tomto směru dokládá i aktuální právní praxe. Restriktivní ochranu diskreční sféry člověka nebo jeho osobních údajů lze totiž aplikovat pouze za předpokladu, že člověk nevyužije svého práva s těmito informacemi disponovat. V soukromoprávní ochraně soukromí, správní a dokonce i trestní ochraně osobních údajů tedy obecně platí princip *volenti non fit iniuria*.⁹⁴

Nejúspěšnějšími komerčními službami informační společnosti jsou ty, jejichž obchodní model je založen na síťových efektech a uživatelské aktivitě. Typicky se jedná o služby, které poskytují pouze prostor a strukturu, přičemž samotný obsah dodávají živelně přímo jejich uživatelé. Příklady mohou být služby typu webmail, instant messaging, sociální sítě, vyhledávače aj. Přestože se uživatelům tyto služby jeví na první pohled jako bezúplatné, ve skutečnosti si jejich provozovatelé berou jako protiplnění právě obsah, který jejich uživatelé iniciativně vytvářejí.⁹⁵ Smlouvy, na jejich základě jsou tyto služby poskytovány, pak,

⁹¹ Většina dílčích ochranných institutů má restriktivní povahu, tj. člověk se může domáhat odstranění údajů, zákazu jejich dalšího zpracování apod. – srov. SCHWARTZ, P. M. Property, Privacy, and Personal Data. *Harvard Law Review*. 2003-2004, č. 117, str. 2056.

⁹² Neaplikovatelnost vlastnických institutů na ochranu soukromí konstatoval a argumentoval v reakci na Warren-Brandeisův článek již v roce 1894 americký právník a politik Herbert Spencer Hadley. Jeho poněkud zapomenuté argumenty ohledně nemožnosti posuzovat soukromou informační sféru (či dnešní terminologií osobní údaje) za sekundární objekty restriktivních práv analogickým k vlastnictví, se zdají být stále aktuálními – viz HADLEY, H. S. The Right to Privacy. *Northwestern Law Review*. 1895, č. 3, str. 1.

⁹³ Viz DWORKIN, R. *Justice in Robes*. London : Belknap Press, 2006, str. 36 a násl.

⁹⁴ K pojmu viz např. Bachmann, G. Volenti non fit iniuria – How to make a principle work, *German Law Journal*, 2003, roč. 4, č. 10, str. 1033. V našem zákonném právu srov. § 5 odst. 2, první věta nebo § 9 písm. a) zákona č. 101/2000 Sb. o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů respektive § 12 odst. 1 *in finem* zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Důkladnou diskusi otázky souhlasu jakožto dispozičního nástroje pro manipulaci s osobními údaji viz v článku SCHWARTZ, P. M. Property, Privacy, and Personal Data. *Harvard Law Review*. 2003-2004, č. 117, str. 2074.

⁹⁵ Viz např. KARAS, S. Privacy, Identity, Databases. *American University Law Review*. 2002, č. 52, str. 399.

zjednodušeně řečeno, umožňují uživatelům přístup ke službě výměnou za práva k informacím, které prostřednictvím této služby budou komunikovány.⁹⁶

V praxi dochází k paradoxní situaci, kdy právo na jedné straně sverpě chrání soukromí člověka a jeho osobní údaje, přičemž však se člověk této ochrany prakticky v totálním rozsahu zříká právě ve prospěch provozovatelů služeb informační společnosti.⁹⁷ Téměř až směšně pak působí, pokud orgány moci výkonné aktivně vyšetřují a snaží se sankcionovat bagatelní případy zpracování osobních údajů (typicky u zaměstnavatelů, jejichž nezákonné jednání nahlásí úřadu jejich zhrzení bývalí zaměstnanci), zatímco jsou detailní údaje o osobním životě příslušného člověka včetně nejrůznějších pikantérií dostupné na sociální síti typu Facebook nebo je dotýčný o sobě šíří prostřednictvím služby Twitter (k tomuto axiomatickému paradoxu viz blíže další kapitolu).⁹⁸

Byť je to velmi nepřijemným popřením faktické efektivity ochranných institutů soukromí, je tedy třeba konstatovat, že podobně, jako s sebou virtualizace duševního vlastnictví nese odpadnutí restriktivní komponenty příslušných práv, je důsledkem virtualizace soukromí oslabení ochrany o její na první pohled nejdůležitější prvek, tj. *ius possidendi*.⁹⁹ Byť na rozdíl od práv duševního vlastnictví mohou i nadále zůstat ochraně soukromí a osobních údajů teoretické (proklamativní) restriktivní nároky¹⁰⁰, jejich praktické uplatnění již dnes často ztrácí smysl.¹⁰¹

Skutečnost, že právo se svými restriktivními nároky nestačí sekundovat přirozenosti informační sítě, dokládá i mediálně známý případ někdejšího prezidenta Mezinárodní automobilové federace FIA Maxe Mosleyho. Ten byl zachycen na choulostivém videu, kterak se, oděn do nacistické uniformy, oddává sexuálním radovánkám ve společnosti několika prostitutek. Video zveřejnil dnes již neexistující bulvární list News of the World na svém webu. Mosley se pak žalobou domáhal finančního zadostiučinění a rovněž odstranění videa z webových stránek deníku. Anglický soud mu sice zadostiučinění přiznal, nárok na odstranění videa z webu však zamítnul s poukazem na skutečnost, že by odstranění videa z jednoho místa stejně nevedlo k nápravě – video se totiž již mezitím živelně rozšířilo po celém internetu. Soudce k tomu v odůvodnění doslova uvedl¹⁰² (překlad RP): „...dospěl jsem k závěru, že předmětný materiál je tak široce dostupný, že by příkaz k jeho odstranění ve smyslu návrhu vedl jen k nepatrnému rozdílu oproti současné situaci. Někdo by tento závěr mohl brát tak, že pan Mosley už nemá žádná oprávněná očekávání ohledně soukromí ve vztahu k předmětnému veřejně známému materiálu nebo, i pokud by snad taková očekávání měl, že tím, že tento materiál v takovém rozsahu vstoupil do veřejné sféry, prakticky nezůstává nic, co by právo mělo chránit. Přehrada v tomto případě

⁹⁶ Řada služeb typu UGC má na první pohled líbivé dokumenty slibující uživatelům ochranu osobních údajů – ve skutečnosti však je chráněno pouze takové užití uživatelských údajů, ze kterého by příslušnému provozovateli neplynul zisk nebo jiný prospěch. Hetcher v této souvislosti hovoří o imitaci ochrany osobních údajů – srov. HETCHER, S. Changing the Social Meaning of Privacy in Cyberspace. *Harvard Journal of Law and Technology*. 2001-2002, č. 15, str. 203.

⁹⁷ Schwartz v této souvislosti hovoří o hororové show o soukromí – viz SCHWARTZ, P. M. Privacy and Democracy in Cyberspace. *Vanderbilt Law Review*. 1999, č. 52, str. 1621.

⁹⁸ Zajímavé řešení navrhuje ve svém textu Christopher Kuner – podle něj je morální povinností advokátů praktikujících v oboru ochrany osobních údajů využívat zkušenosti, získané často praxí pro pokoutné (nikoli ovšem nutně protiprávní) služby zpracovávající osobní údaje, ve prospěch veřejnosti. Advokáti mají tak dle jeho názoru veřejně upozorňovat na mezery v právní úpravě a vyučovat způsobům, jak se má veřejnost před zásahy do informační diskrece bránit. V intencích naší advokátní služby zní tento apel spíše směšně (naš advokát mezery v právu naopak miluje a jejich znalost považuje za konkurenční výhodu) – Kuner sám, jinak úspěšný partner jedné z největších amerických advokátních kanceláří, se jím však ve své praxi pozoruhodně řídí – srov. KUNER, C. The Role of Private Lawyers in the Data Protection World. In GUTWIRTH, S.; POULLET, Y.; De HERT, P. (eds.) *Data Protection in a Profiled World*. Heidelberg : Springer, 2010, str. 265 a násl.

⁹⁹ Někteří autoři, jakoby odmítali akceptovat deficit vynutitelnosti restriktivních informačních práv, navrhují řešit ochranu soukromí analogicky s fakticky nefungujícími restriktivními instituty duševního vlastnictví – srov. SCHWARTZ, P. M. Property, Privacy and Personal Data. *Harvard Law Review*. 2003-2004, č. 117, str. 2095.

¹⁰⁰ Proměnami teleologie těchto nároků se zabývá Zdeněk Kühn v příspěvku KÜHN, Z. Ochrana soukromí v internetové době. In ŠIMÍČEK, V. (ed.) *Právo na soukromí*, Brno : Mezinárodní politologický ústav, 2011, str. 110 a násl.

¹⁰¹ Zcela nový rozměr přináší této skutečnosti moderní sensorové technologie schopné sledovat v reálném čase jen těžko představitelnou škálu nejrůznějších typů informací – k problematice nasazení těchto technologií v domácnostech a veřejných službách ve vztahu k ochraně soukromí viz např. CRONIN, M. J. *Smart Products, Smarter Services*. Cambridge : Cambridge University Press, 2010, str. 262 a násl.

¹⁰² Viz rozhodnutí High Court of Justice ze dne 9. 8. 2008, č.j. [2008] EWHC 687 (QB). Dostupné za: <www.bailii.org>.

*prostě praskla. Dospěl jsem, byť s určitými výhradami, k závěru, že přestože je předmětný materiál protiprávní a ponižující, a přestože zde není ani žádný legitimní veřejný zájem na jeho dalším zveřejnění, že vydat v tomto okamžiku příkaz proti žalovanému by představovalo jen zbytečné gesto. Každý, kdo má o to zájem, se k záznamu může jednoduše dostat a není tak důvod zakazovat News of The World dále ukazovat, co už je nyní všem k dispozici.*¹⁰³

Na toto rozhodnutí reagoval Mosley podáním k Evropskému soudu pro lidská práva. Argumentoval v něm však už nikoli proti závěrům High Court ohledně praktické nesmyslnosti odstraňovacího nároku ale proti absenci institutu, který by ochránil poškozené. Takovým institutem by v podobných případech dle Mosleyho názoru měla být povinnost upozornit poškozeného ještě před tím, než dojde k publikaci příslušného materiálu. Rozhodnutí, kterým Evropský soud pro lidská práva Mosleyho nárok zamítnul, tak *de facto* nejen potvrdilo pragmatickou rezignaci na efektivní informační restrikci, ale též konstatovalo nemožnost obrany preventivním institutem.¹⁰⁴

Je otázkou, jakým způsobem bude společnost v relativně krátkém čase reagovat na rychlé a vcelku drastické proměny soukromí.¹⁰⁵ Situace je v tomto případě o to závažnější, že restriktivní aspekt soukromí, který měl doposud zásadní důležitost, váže se i k několika zřejmě přirozeným lidským vlastnostem, z nichž nejdůležitější je zapomínání. To pak pojmově souvisí i s rovněž přirozenou postupnou bagatelizací negativních zkušeností, tj. s odpouštěním. Angličtina dokonce oba pojmy lexikologicky spojuje - zapomínání („forgiving“) i odpouštění („forgetting“) má v tomto jazyce očividně podobnou lexikální strukturu.

S rostoucím rozsahem informační stopy člověka stále častěji narážíme na problém permanence informací v kontrastu právě s přirozenou tendencí člověka zapomínat a odpouštět. Běžné jsou případy, kdy informace z něčího soukromí, která by za normálních okolností dávno upadla v zapomnění, představuje kvůli své přítomnosti v informační síti trvalou překážku sociální interakce.

Na brněnské právnické fakultě se před několika lety vyskytl případ doktorandky, která do svého článku bezdůvodně opsala několik odstavců z cizí práce (jednalo se prakticky o překlad cizího odborného textu, dokonce včetně citací). Nešlo o nijak dlouhý text, ale z hlediska akademické etiky se bezpochyby jednalo o plagiátorství, neboť k doslovnému převzetí cizího textu zde nebyl nejmenší důvod. Jednání této doktorandky se však stalo předmětem nikoli jen zájmu disciplinárních orgánů fakulty, ale též veřejného právnického blogu – její čin tak byl diskutován odbornou veřejností, a to na velmi oblíbeném digitálním fóru.

Pokud by na internetu fungovaly stejné mechanismy zapomínání jako v off-line světě, upadl by tento poklesek, a to zcela oprávněně, po nějakém čase v zapomnění. Pokud by se dotyčná delikventka stala věhlasnou akademičkou a její další práce byly by nejen původní ale i kvalitní, nikdo by si na její někdejší lapsus po právu ani nevzpomněl. Skutečnost, že internet nedá lidem zapomenout, však působí, že bez ohledu na to, jak tvrdě a poctivě bude dotyčná mladá právní vědkyně pracovat, objeví se odkaz na debatu nad jejím někdejším jednáním na jednom z prvních míst při googlení jejího jména. V tomto případě tak nemožnost zapomenout funguje jako krutý stálý trest, který nikdo nezamýšlel, nikdo o něm nerozhodoval, a přesto je svým účinkem horší než jakékoli rozhodnutí disciplinárního orgánu. Nabízelo by se v tomto případě drakonické vysvětlení ve smyslu: „Její chyba, neměla to dělat“ – rozpor mezi kompenzovanou (prohřešek) a kompenzující entitou (trest)¹⁰⁶ je však v tomto případě do očí bijící a

¹⁰³ Podrobnější diskusi případu viz v referátu CHEER, U. *The Tort of Privacy - a discussion of Mosley v News Group Newspapers Ltd* [on-line]. New Zealand : Annual Media Law Conference 2009, 17. dubna 2009 [cit. 15. 10. 2011]. Dostupné z: <www.ir.canterbury.ac.nz/handle/10092/4880>.

¹⁰⁴ Viz rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. 5. 2011, č.j. 48009/08 *Mosley v. United Kingdom*. Dostupné z: <www.echr.coe.int/hudoc>. Toto rozhodnutí, jehož hlavní precedenční význam spočívá v popření vhodnosti institutu předběžné notifikace subjektu publikovaných údajů, bylo pochvalně komentováno tiskem a přijato jako vítězství svobody slova – analýzu viz např. v článku ROSATI, E. Combining theory and practice to understand (and reform?) publicity rights. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 2011.

¹⁰⁵ Skutečnost, že společnost není na rychlost změn ve faktické realizaci soukromí, respektive osobní diskrece plně připravena, dokládá i termín „radikální transparentnost“ použitý Danielem Solovem v souvislosti s právem na informace – viz SOLOVE, D. *The Digital Person*. New York : New York University Press, 2004, str. 73.

¹⁰⁶ Srov. HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň : Aleš Čeněk, 2006, str. 263.

nezapomenutelnost osobního selhání lze v tomto případě srovnat i s vypálením trvalého cejchu na tváři delikventky.¹⁰⁷

Nedosažitelnost zapomnění považujeme v souvislosti s nemožností zajistit restriktivní ochranu informační diskrece člověka za jeden z dlouhodobě nejvýznamnějších důsledků vzniku celosvětové informační sítě.¹⁰⁸ Nejde přitom jen o případy pošramocené pověsti doktorandek z právnických fakult, ale prakticky o jakékoli případy informačních úletů, drobných pochybení i závažnějších deliktů. Zatímco totiž při tom, co přísloví nazývá božským odpouštěním, mohli jsme dříve spoléhat na přirozenou naši schopnost zapomínat, budeme nově nuceni naučit se odpouštět bez pomoci přirozeného synaptického rozpadu. Nelze v tomto směru příliš spoléhat ani na exponenciálně rostoucí rozsah informací uložených v rámci informační sítě, tj. na skutečnost, že nepříjemná informace s postupem času někde zapadne – její nalezení je totiž pouze otázkou nastavení vyhledávacího algoritmu.

Jak plyne z právě uvedeného, přistupuje v souvislosti s permanentní informační pamětí k morálním výzvám, které s sebou nově nebo ve změněné podobě přináší internet, zřejmě výzva nejobtížnější. Lze ji samozřejmě chápat jako výzvu právu k tomu, aby prostřednictvím represivního působení státu zajistilo možnost fakticky kontrolovat osobní informační stopu¹⁰⁹ – představa, že by mohl o aplikaci povinného či částečného¹¹⁰ informačního zapomnění rozhodovat například soud a jeho rozhodnutí by pak bylo efektivně vykonáno pro celý internet, však je více než naivní.¹¹¹

Jsme tedy nuceni konstatovat, že právní ochrana diskreční informační sféry člověka a jeho osobních údajů může mít do budoucna restriktivní charakter jen v deklaratorní respektive demonstrativní rovině. Při uplatnění příslušných restriktivních nároků totiž nelze spoléhat na možnost odstranění nebo omezení v komunikaci příslušné informace.

Permanentní paměť bez zjevného odlišení časové adresy a bez možnosti efektivně odstranit informace z informační sítě vede v důsledku k nutnosti změnit společenské i právní vnímání lidské informační stopy.¹¹² Právo se musí nutně zaměřit nikoli na existenci a dostupnost diskrečních informací, ale na způsoby, kterými jsou tyto informace využity. To se netýká jen

¹⁰⁷ Nezapomenutelnost osobních selhání byla typická nejen pro drakonické právní kultury nadosmrtní cejchující delikventy, ale též pro autoritářské režimy. Projevil-li člověk nespolehlivost vůči komunistickému režimu, upadnul do nemilosti a ta byla díky velmi pečlivé dokumentaci prakticky permanentní (dokonce se často vztahovala i na rodinné příslušníky včetně potomků). Dnes je již zapomenuta fráze, kterou soudružky učitelky umravňovaly žáky a studenty: „Dávej si pozor, nebo to budeš mít v papírech!“

¹⁰⁸ Dosavadní pokusy zajistit soukromí člověka prostřednictvím definičních norem nejsou úspěšné. Komplexní, avšak z politického a právního hlediska utopické, technické zajištění soukromí a osobních údajů nabízí Brian Groeminger v článku GROEMINGER, B. Personal Privacy on the Internet: Should it be a Cyberspace Entitlement? *Indiana Law Review*. 2003, č. 36, str. 827.

¹⁰⁹ Někteří autoři v této souvislosti hovoří o „právu na zapomení“, respektive „právu na výmaz“ – srov. WEBER, R. H. The Right to Be Forgotten More Than a Pandora's Box? *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. 2011, č. 2, str. 120 a násl.

¹¹⁰ Třeba v případě shora zmíněné doktorandky by soud zřejmě vzhledem k proporcionalitě s právem na svobodu projevu nemohl rozhodnout o úplném odstranění článku a celé navazující diskuse. Zřejmě fair by tak bylo, pokud by po nějaké době alespoň usnadnil zapomnění tohoto incidentu, a to například nařízením opatření, na jehož základě by vyhledávače nabízely odkaz na příslušnou diskusi na stále méně exponovaných místech. Představa takového opatření se však svojí naivitou blíží představě některých českých senátorů o blokování pornografického obsahu, kterou jsme diskutovali v sedmé kapitole.

¹¹¹ Partikulární řešení tohoto typu se dnes uplatňují v některých systémech zpracovávajících osobní údaje – systém sám na úrovni svého lessigovského kódu limituje svého operátora v užití diskrečních údajů. Tento model definiční ochrany označovaný jako privacy by design (soukromí prostřednictvím designu) je postupně prosazován do praxe formou průmyslových standardů a lze očekávat jeho implementaci i do legislativních instrumentů. Neřeší však problém zapomínání a jeho uplatnění bude v každém případě velmi selektivní – srov. Le MÉTAYER, D. Privacy by Design: A Matter of Choice. In GUTWIRTH, S.; POULLET, Y.; De HERT, P. (eds.) *Data Protection in a Profiled World*. Heidelberg : Springer, 2010, str. 323 a násl.

¹¹² Lawrence Lessig k tomu poznamenává (překlad RP): „Vstupujeme do doby, kdy soukromí v jakémkoli současném smyslu tohoto pojmu bude zásadně proměněno. Do doby, kdy rozsah monitorovaných a dosah dostupných informací je mnohem větší než cokoli, co jsme doposud poznali.“ - viz LESSIG, L. Remaking Privacy in Cyberspace. *Vanderbilt Journal of Entertainment Law and Practice*. 1999, č. 1, str. 58.

případů, kdy se člověk dopouští protiprávního jednání, ale obecně jakýchkoli informací z jeho osobního života, které se stanou součástí informační sítě.¹¹³

Nemohoucnost práva a drastická zkouška toho, do jaké míry jsme schopni odpuštění bez toho, abychom zapomněli, jeví se ve vztahu k lidské přirozenosti poněkud beznadějně.¹¹⁴ Nelze však v tomto směru zapomenout na jednu ze dvou klíčových hodnot lidské společnosti, jejichž implicitní výskyt v informačních sítích jsme konstatovali v úvodu této kapitoly, tj. na solidaritu.¹¹⁵ Osobní zkušenost s permanentním výskytem nepříjemné informace na internetu tak dle našeho názoru postupně povede uživatele služeb informační sítě k postupnému rozvoji schopností odpouštět bez ohledu na stav paměti.¹¹⁶ Podobně, jako už dnes se řada uživatelů těchto služeb poučila ve smyslu omezení prezentace diskrétních informací na internetu, bude postupně docházet i k solidárnímu respektu k soukromí,¹¹⁷ a to bez ohledu na dostupnost příslušných informací.¹¹⁸ Takový solidární respekt se může projevat prostě tak, že informace, byť objektivně dostupné, budou záměrně (shovívavě) přehlíženy stejně, jako mají moudří prarodiče (často na rozdíl od svých dětí) pozoruhodný smysl pro shovívavé přehlížení nejrůznějších výstřelků svých vnoučat – je jim totiž solidárně jasné, že sami nebyli lepší a že zloba takové poklesky stejně nevyřeší.

Praktickou dostupnost shora naznačeného řešení snad lze demonstrovat na starodávném příkladu z holandských měst a vesnic. To, že v přízemí domů často nejsou instalovány závěsy, působí prakticky totální transparentnost obývacího prostoru při pohledu zvenčí. Obyvatelům domu je tato skutečnost samozřejmě známa a v prostoru, který je transparentní, nedělají nic, za co by se případně museli veřejně stydět (a pokud se už něco takového přihodí a očím z ulice se cosi stydného ukáže, přejdou to ostatní mlčením). Když pak prochází okolo domu souseď, považuje se dokonce za slušnost letmým pohledem nakouknout dovnitř, případně pozdravit toho, kdo se zrovna v domě nachází a (což je nejzajímavější), zároveň se pohledem solidárně přesvědčit, zda není v domě třeba nějaká akutní pomoc.

12.6 Shrnutí kapitoly

V této kapitole jsme se věnovali axiologii distributivních informačních práv. Význam těchto práv, která ve struktuře práva ICT hrají v současné době dominantní roli, přímo odráží základní současnou orientaci euroatlantického práva k člověku. Výlučné jejich postavení je dáno i přirozeným významem informace v lidském životě, k jehož postupnému objevování a přiznávání vede vývoj v oboru informačních a komunikačních technologií. Určující pro

¹¹³ Tato změna se podle některých názorů promítá i do proměny demokratického politického diskursu. Na základě mediálně známého případu sexuální aféry někdejšího amerického prezidenta Clintona se stážistkou Lewinskou ji popisuje Michael Gerhardt v článku GERHARDT, M. J. Privacy, Cyberspace and Democracy: A Case Study. *Connecticut Law Review*. 2000, č. 32, str. 916.

¹¹⁴ S trochou nadsázky lze souhlasit s Anthony Wilhelmem, který pro virtualizaci společenského života používá přirovnání ke Goetheho Faustovi – i v tomto případě se totiž jedná o obchod (tj. něco za něco) – srov. WILHELM, A. G. *Digital Nation – Toward an Inclusive Information Society*. London : MIT Press, 2004, str. 40.

¹¹⁵ Lessig oproti tomu vidí korekční mechanismus spíše v druhé základní hodnotě informační společnosti, tj. ve svobodě. Spoléhá přitom na tržní principy a definiční normy – srov. tamtéž, str. 64. Jeho koncepce informačního sebeurčení (byť jej tak nenazývá) však poněkud kontradiktorně počítá právě s informačními restrikcemi a blíží se vlastnickému pojmání informací, které Lessig sám ve svých pracích kritizuje. Tato kontradikce neušla pozornosti Paula Schwartze – viz SCHWARTZ, P. M. Beyond Lessig's Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy Control and Fair Information Practices. *Wisconsin Law Review*. 2000, str. 771.

¹¹⁶ Skutečnost, že ochrana soukromí nebo osobních údajů má ve skutečnosti solidární podstatu a je třeba ji řešit jako komplexní společenský fenomén, dokládá na příkladu krádeže identit Daniel Solove – viz SOLOVE, D. Identity Theft, Privacy, and the Architecture of Vulnerability. *Hastings Law Journal*. 2002-2003, č. 54, str. 46.

¹¹⁷ Paul Schwartz v této souvislosti používá pojmu „shared life,“ tj. život sdílený s ostatními – viz SCHWARTZ, P. M. Privacy and Democracy in Cyberspace. *Vanderbilt Law Review*. 1999, č. 52, str. 1646.

¹¹⁸ Právě uvedené se může zdát být jen pokusem o smířlivou nijakost či o neexistující zlatou střední cestu. Pragmatická řešení formou postupného hledání vyváženého (středního) přístupu dávající šanci svobodě i solidaritě záraz se však již v praxi osvědčila – dokládá to na kanadském příkladu řešení rozporů mezi svobodou slova a ochranou soukromí i Paul Knopf v článku KNOPE, P. Free Speech and Privacy in the Internet Age: The Canadian Perspective. *Comparative Labor Law & Policy Journal*. 2002-2003, č. 24, str. 67. Autorka demonstruje snahu o vyvážený přístup i vtipem o kanadském kuřeti. Ptáme-li se, proč chce kanadské kuře přejít přes silnici, odpověď je jasná – aby se dostalo doprostřed.

proměny v axiologii těchto práv je především dekonstrukce informací, tj. jejich prakticky dokonalé oddělení od hmotné podstaty umožňující jejich bezprecedentně jednoduchou tvorbu, komunikaci a ukládání.

V úvodní diskusi absolutních distributivních informačních práv jsme konstatovali, že informace nelze považovat za adekvátní objekt standardních vlastnických vztahů. Nelze tedy v tomto směru uvažovat o tom, že by bylo možno přiznat subjektu stejný katalog vlastnických oprávnění, jaká aplikujeme u reálného vlastnictví. Klíčový problém z hlediska filozofického i technického představuje právo na kontrolu informací (*ius possidendi informationis*). Jeho nedosažitelnost respektive kontradiktorní podstata však nebrání existenci a efektivitě prostředků právní ochrany informací – jen je nutno přenést těžiště této ochrany od restrikce k efektivní akvizici z užitku.

Z institucionálního hlediska se s postupným přesunem společenského života do prostředí internetu zvyšuje míra důležitosti definičních autorit, tj. poskytovatelů služeb informační společnosti. Zapojení ISP prvního typu do vymáhání restriktivních práv duševního vlastnictví, k němuž pod tlakem vydavatelů začíná docházet, je značně problematické. Trend blokování či odpojování uživatelů služeb informační společnosti nebo dokonce plošného vypínání těchto služeb jsme podrobili kritice, a to především vzhledem k základním hodnotám informační společnosti a z nich vycházejícího práva na informační sebeurčení. Dospěli jsme v tomto směru ke stejnému závěru jako zvláštní zpravodaj Valného shromáždění OSN, tj. že za dnešního stavu společnosti je informační sebeurčení nutno proporcionalně stavět před hodnoty, k jejichž ochraně se některé vlády snaží využít přímého tlaku na ISP prvního typu. Takovými hodnotami, které při poměrování s informačním sebeurčením typicky nemohou obstát, jsou politické zřízení nebo duševní vlastnictví.

Z komponent informačního sebeurčení jsme se podrobněji zabývali otázkou ochrany soukromí a ochrany osobních údajů. Vedle vnitřní kontradiktornosti ochrany osobních údajů jsme se věnovali především proměnám v konstrukci, chápání a realizaci oprávnění, která souvisejí s diskreční sférou člověka. Dospěli jsme v tomto směru k pragmatickému závěru, že podobně jako u práv duševního vlastnictví je dlouhodobě neudržitelný restriktivní přístup k ochraně informací před jejich zpracováním a komunikací. Jako pesimistické až cynické, avšak nikoli beznadějně, východisko ze stále se zhoršující situace jsme označili adaptací mechanismů společenské percepce diskrétních informací. Byť jde v tomto případě o praktické potvrzení Dworkinovy kritiky pragmatického práva kvůli jeho postupné degradaci, argumentovali jsme názor, že rezignace práva na restriktivní ochranu soukromí a osobních údajů není jen nutným následkem filozofické podstaty informace a technických charakteristik informačních sítí, ale že jde o jev aktuálně existující i *de iure* - aniž by se právo formálně vzdávalo restriktivní ochrany soukromí a osobních údajů, je tato ochrana totiž masivně vylučována i formou souhlasu těch, jejichž údaje zpracovávají nejrůznější služby typu UGC.

Faktickou i právní nemožnost restriktivní ochrany soukromí a osobních údajů jsme konečně označili i za jednu z nejvážnějších výzev informační společnosti. Virtualizace soukromí se v tomto případě dotýká velmi tradičního momentu ovlivňujícího percepci diskrétních informací, tj. zapomínání. Přirozená tendence člověka k úletům nebo drobným i vážným deliktům je totiž v běžném společenském životě vyrovnána fyzicky přirozeným zapomínáním v kombinaci s (božskou či morální) schopností odpouštět. Vyloučením přirozeného zapomínání z procesu odpouštění drobných nebo větších poklesků pak nutně dochází k přenesení tíhy společenské koherence čistě na schopnost odpouštět – otázkou v tomto směru zůstává, zda tato schopnost může u dnešního člověka takovou zátěž unést.